

## מראה מקומות מסכת כתובות

### פרק בתולה נשאת

דף בע"א

(א) תוד"ה נשאת, ועוד דאי תנא הכי הוה אמינא אפי' בע"כ. והנה התוס' בקידושין ב' ב' כתבו דהא דתני האיש מקדש משום דכבר שמעינן ד"ז דאין מתקדשת בע"כ ממתני' דהאשה נקנית, ולפי"ז קשה דה"ל בכתובות הו"ל לסמוך על מתני' דהאשה נקנית. ותירץ בשטמ"ק דהו"א דאם כבר נתקדשה ברצונה תנשא בע"כ כיון דכבר נתקדשה ברצונה. [וכ"כ מהרש"ל ומהרש"א ומהר"ם שיף בשם תוס' בקידושין, ול"מ].

ומבארים בזה דהס"ד דנישואין שניא מקידושין, משום דקדושין הוי מעשה קנין וצריך דעת לעצם החלות, משא"כ נשואין הוא מעשה בעלמא של הנהגת אישות ועי"ז נעשית ממילא אשתו ואי"ז מעשה קנין [ועי' בחי' הגרש"ר סי' יב שדן דמה"ט י"ל דאין טעות בנשואין] ולפי"ז י"ל דההו"א היא דגם בע"כ הוה נישואין כיון דא"צ כונה לחלות, ול"ד לקידושין שהם קנין, וקמ"ל דמ"מ אם הוי בע"כ אי"ז כלל "מעשה" של נשואין, דכל דהוה בע"כ הוה אונס ולא אישות.

אמנם מלשון השטמ"ק דההו"א היא מחמת שכבר נתקדשה ברצונה משמע דלא כביאור הנ"ל, דאם כביאור הנ"ל אי"ז תלוי במה שכבר נתקדשה ברצונה, ואולי י"ל דגם הך סברא דנשואין בע"כ אינם נשואין היא סברא פשוטה, ולכן כל הס"ד הוא דמאחר שכבר הסכימה להתקדש ומונח בזה גם הסכמה לנשואין, שוב אפשר לעשות נשואין בע"כ וזה מקרי מעשה אישות, וקמ"ל דאפי"ה לא הוי נשואין.

(ב) תוד"ה שאם. בשיטת רש"י דהתקנה משום שיבואו עדים, כתבו תוס' דהתקנה גם משום אשת כהן ופחותה מבת ג' וכ"כ רוב הראשונים, אכן הריטב"א הביא דיי"מ דאליבא דרש"י כל התקנה היא רק בגדולה אשת ישראל שבלא ב"ד אינה נאסרת [משום ס"ס] אבל בפחותה מבת ג' או אשת כהן שאסורה עליו גם בלי ב"ד לא תקנו כלל. והגרע"א הקשה עי"ז מלקמן ג' ב' "ואיכא נמי כהנות" ע"ש.

ובדעת ר"ת הביא הריטב"א להיפך. דכל התקנה רק באשת כהן ופחותה מבת ג' שאסורה ע"י הפתח פתוח, אבל באופן שגם אם ימצא פ"פ הוי ס"ס לא תקנו כלל ומותרת לינשא באיזה יום שירצה, וע"ש משכ"ב.

(ג) מבואר בדעת רש"י שתקנו שתינשא ביום ד' כדי שיבוא לב"ד ויתברר הדבר. והנה בדין ס"ס שאפשר לבררו נחלקו הראשונים אם מותר או שחייב לברר, עי' ברמ"א יו"ד סי' ק"י ס"ט בשם תה"ד שא"צ לברר, והש"ך סקס"ו הביא דעת הרשב"א שצריך לברר ומביא ראיות לדבריו ע"ש.

והשתא צ"ב לדעת הרמ"א שא"צ לברר ס"ס אמאי כאן צריך לברר, ובחי' חמדת שלמה כתב בזה שני אופנים, (א) דכאן שעלול להתברר מאיליו ע"י שיבואו עדים אסור לכו"ע בלי ברור דאם יבואו עדים יהיה גנאי. (ב) דכאן חיישין לאיסור האשה שהיא יודעת האמת וכלפיה אין ס"ס.

(ד) והנה התוס' דפליגי על רש"י וס"ל דעיקר התקנה משום בת כהן או פחותה מבת ג', לכאן צ"ל דס"ל דא"צ לברר, אכן אם נימא כן איכא סתירה ברשב"א, שהש"ך הנ"ל הביא בשמו שס"ס צריך לבררו ואילו בסוגין ס"ל דעיקר התקנה משום בת כהן ופחותה מבת ג'.

וכתבו ליישב בזה עפ"ד החלקת יואב סי' כב דרק היכא דאפשר לברר בודאי חייב לברר, וא"כ כאן דא"צ לברר שיבואו עדים ויתכן שישאר הספק במקומו אינו חייב לברר.

עי"ל דהנה התוס' כתבו "שמתוך כך יתברר הדבר ויבואו עדים שזינתה ברצון", ומשמע דע"י העדים יתברר שאסור בודאי. אכן הריטב"א כתב "ויבואו עדים שזינתה תחתיו", משמע דהעדים יעידו רק שזינתה תחתיו אך לא יעידו אם היה באונס או ברצון, וסברת הריטב"א היא דגם זה מקרי דאפשר לברר דע"י העדים יהפך הדבר לספק אחד וספיקא דאורייתא לחומרא. [ועיין עוד בזה באות ח'].

והנה בפתחי תשובה יו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס סקל"ה הביא מדברי הנו"ב (יו"ד סי' מג, נז) והגרע"א (סי' עז) והחור"ד, דכל דין אפשר לברר הוא רק ביכול לברר שתי הספיקות, אבל אם יכול לברר רק ספק אחד אינו חייב לברר, אכן מדברי הש"ך שם מוכח דגם בכה"ג מקרי אפשר לברר [כן נקטו האחרונים הנ"ל מלבד הנו"ב בתשובה מג שמיישב גם דברי הש"ך כדבריו] ולכאן מדברי הריטב"א מוכח כש"ך.

והשתא יליע בד' הריטב"א אמאי לא פירש כתוס', די"ל דהה"ל מודה לתוס' דצריך לחשוש גם שמא יבואו עדים שהוא ודאי איסור, אלא דהוסיף הריטב"א דדין איכא לברורי הוא אפי' אם יבואו עדים ויעידו רק דהוא ספק איסור. או דילמא דהריטב"א פליג על תוס' וסובר דאין חשש שהעדים ידעו שהיה ברצון דזה לא שכיח שידעו זאת, וכל החשש רק שידעו אימתי היה מעשה הזנות. ואם נימא כן י"ל דהרשב"א לא חש לבירור זה משום דס"ל כאחרונים הנ"ל דאם א"א לברר את שתי הספיקות אין חיוב לברר.

עי"ל עפ"ד הנו"ב (שם) דכל מה שהצריך הרשב"א לברר הוא רק במקום חזקת איסור, ולפי"ז כאן שהאשה בחזקת היתר א"צ לברר. [עי"ל עפ"משי"כ הפ"ת שם בשם שעה"מ שהרשב"א חזר בו בתוה"ב ובתשובה].

(ה) ובעיקר החיוב לברר ס"ס, יליע אם הטעם דכל ספק שאפשר לברר לא מקרי ספק אלא חסרון ידיעה, או דהטעם משום שאין לסמוך על הכרעת ס"ס אם אפשר לברר בקל, ולכאן בזה תלוי הנדון באפשר לברר ספק אחד - דאם הטעם משום דלא הוי ספק א"כ גם באפשר לברר ספק אחד לא הוי ספק, ואם הטעם משום שאין לסמוך לכתחילה על ס"ס אם אפשר לברר, י"ל דכל שא"א לברר דאסור בודאי אינו חייב לברר. [ועי' בשעה"מ מקואות פ"י דמשמע דהטעם משום דאם אפשר לברר לא מקרי ספק, ע"ש בלשוננו].

ובתשובת הגרע"א סי' ע"ז כתב דאין להתחשב במה שאפשר לברר את הצד היתר, (אלא רק אם אפשר לברר את הצד איסור חייב לברר) דהצד היתר הלא ידוע בין כך קמי שמיא ואין צורך לברר זאת, אכן בפ"ת הנ"ל כתב דאם א"א לברר הצד היתר א"צ לברר דחיוב הבדיקה הוא ליתר שאת כדי שיאכל בודאי היתר וכיון שלא יוברר לגמרי א"צ לבדוק, ופירש

דבריו נבחרת צבי דהטעם דצריך לברר הוא משום עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר [וכנראה טעמו דגם באיכא ספק איסור יש בזה איזה נדנד איסור והוי כנתכוין לאכול בשר חזיר ואכל בשר טלה, והגרע"א חולק ע"ז דהא ע"י ס"ס הוי היתר ודאי לגברא] ונמצא דלדעת הפ"ת יש טעם חדש משום "עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר" ולכאוי מדברי הראשונים כאן שכתבו דחיישינן שיבואו עדים ויאמרו שהיא אסורה משמע דעיקר הברור משום צד האיסור ולא משום צד ההיתר וצ"ב.

ו) כתבו תוס' "דאם אינו בקי לא יצא הקול", והיינו דראית הגמ' רק על הא דהוא בקי ולא על הא דנאמן. אכן בר"ן משמע שמפרש בדעת רש"י שכל מה שבי"ד צריכין לברר הוא רק אם הבעל נאמן, אבל אם אינו נאמן אין בי"ד מבררין אלא אדרבה משתקין אותו שלא יוציא עליה לעז, [ועי' בריטב"א שכתב "דאי לא קים ליה בפתח פתוח לא הוי חוששים לעשות תקנתא", הרי שמפרש בחדא כר"ן - דאין ההוכחה מכח הא דיש קול, אלא מכח מה שרבנן תקנו לברר, ומאידך פ"י כתוס' - דהראיה היא שהוא בקי, ולא שהוא נאמן].

ומדברי הר"ן חזינן דהא דנאמן בשווא אנפשיה הוא לא רק במידי דאיסור, אלא נאמן גם לומר שיש ס"ס ובי"ד חייבין לברר [אך אם נפרש כדלעיל שכל ספק שאפשר לבררו הוא אסור בנתיים י"ל דגם לומר דהוי ס"ס מקרי מידי דאיסורא, אך מדברי הר"ן נראה שהוא דין על בי"ד ולא איסור משום שאפשר לברר [ויתכן דהטעם משום סברת החמד"ש - אות ג']. ואפ"ה מהני דין נאמנותו לזה.

ז) כתבו תוס' דעיקר התקנה משום אשת כהן או פחותה מבת ג', והקשה הגרע"א דהא בתוס' לקמן ט' א' מבואר דאם תטעון דמוכ"ע היא נאמנת, [וכל דברי ר"א דהאומר פ"פ מצאתי נאסרת, הוא רק בשותקת דמוכח מזה שאינה מוכ"ע] וא"כ למה תקנו, הרי לעולם יש לבעל ס"ס דשמא תטעון אח"כ מוכ"ע אני, ועי' בחי' חמד"ש משכ"ב.

ח) לעיל אות ד' הובאו דברי הראשונים דהעדים שיבואו ע"י הקול [לשיטת רש"י] יעידו שהיה תחתיו או שהיה ברצון. והנה ברש"י עצמו לא משמע כן אלא דאם יבואו עדים שזינתה ואין יודעים אימתי ג"כ סגי, וזה צ"ב דהרי נתינתה מטעם ס"ס, ובשם הגר"ח שמואלביץ ביארו דכיון דבעינן דו"ח ממילא יעידו ג"כ אימתי זינתה. ולפ"ז כוונת רש"י כמו שביארו תוס' בדעתו. ועי' בחי' הגרע"א בדף ט' מה שביאר בזה בנו הגרש"א באופן אחר.

ט) הגיע זמן ולא נישאו אוכלות משלו. הנה מצינו ג' אופנים שאשה ניזונת בלא נישואין וצריך לברר דין כל אחד מהם. ואלו הן: א) במגורשת ואינה מגורשת, להלן צ"ז ב', מבואר ברש"י שאפי' ארוסה אוכלת, והטעם כיון שמעוכבת ע"י מלהינשא לאחר זה מחייבו במזונות. ב) יבם שברח, עי' להלן ק"ז ב' וביבמות מ"א ב'. ג) הגיע זמן ולא נישאת.

והנה גבי יבם שברח דנו הראשונים אם הטעם שחייב במזונות הוא משום קנס, או שהוא מחמת האישות, עי' בתוס' להלן ק"ז ב' שנקטו בדעת רש"י שהוא קנס, והתוס' מסקי גם לשיטתם שהוא קנס והוכיחו כן ממה דמבואר בגמ' שם שאין לבעל זכות במעשה ידיה. [וכ"כ הרא"ש ביבמות פ"ד ס"י כה, אך ע"ש שבתחילה רצה לומר שמעש"י של הבעל ופי' דברי הגמ' בכתובות ק"ז באופן אחר]. אבל הרשב"א והרמב"ן ביבמות מ"א הביאו שיטת רש"י דהטעם משום קנס, וחלקו ע"ז, ופירשו שהטעם משום דהוי כארוסה שהגיע זמנה להינשא, וכתב הרשב"א שכן נראה מדברי הראב"ד בכתובות שדימה בורח לארוסה ע"ש. אלא שהקשה הרשב"א דהראב"ד ביבמות פ"י כרש"י שהטעם משום קנס. עכ"ד. והנה מדברי הרשב"א נראה שפשיטא ליה דבארוסה אין הטעם משום קנס, אולם אם נימא דגם בארוסה הוי קנס אין כל סתירה בדברי הראב"ד [וכן תירץ בחי' ר' ראובן ס"י א']. ועי' גם באו"ש (פ"י מאישות הי"ט) שנוקט דבארוסה שהגיע זמנה הטעם הוא משום קנס ולפ"ז פוסק שאין מעש"י של בעלה וע"ש שפלפל בזה. [ובאמת דין מעשה ידיה של ארוסה שהגיע זמנה הוא פלוגתא ראשונים אם שייך לבעלה, עי' ריטב"א להלן נז' א' שמעש"י לבעלה והרא"ה בדף ק"ז ב' חולק].

ולענין מגורשת ואינה מגורשת, עי' באו"ש (שם) שהוכיח מב"מ י"ב שמעשה ידיה של הבעל [ועי' בחי' ר' ראובן שמתמה על ראייתו] ולפ"ז מוכח ששם אין הטעם משום קנס אלא שכיון שמעכבה מלהינשא והיא אגודה בו חייב לפרנסה. ובתוס' הרא"ש צ"ז ב' מדמה דברי רש"י (דדין מגורשת ואינה מגורשת נוהג גם בארוסה) לדין הגיע זמן ולא נישאת, ומוכח מזה דהגעת זמן אינו משום קנס, וכדעת הרשב"א הנ"ל ביבמות.

ועי' בפנ"י בדף צז שכיון לדברי תוס' הרא"ש, והוסיף בזה דברים, דלכאוי לפ"ז קשה למה כל ארוסה אינה ניזונת משום שמעכבה מלהינשא לאחר, וביאר הפנ"י דבארוסה העכוב הוא מחמתה שתכין תכשיטיה, משא"כ כשהגיע הזמן העיכוב מחמתו. ועי' בחי' ר' ראובן בכ"ז.

י) בביאור ל"ק דרב יוסף, עי' בתוס' מש"כ, והראשונים ביארו באופן אחר וכדבריהם מבואר ברש"י (ד"ה אלא). ובעיקר דין שקדו, עי' ברשב"א שאין האשה יכולה לומר אין רצוני בתקני"ח כגון זו [ולדרוש מזונות מיום א'], מג' טעמים: א) דא"א לומר אין רצוני דהוי תקנה קבועה - ומשמע כוונתו דהתקנה היא קביעות זמן לנשואין ותו אין מתחשבין בדעת האשה. ב) דהתקנה גם לטובתו שישמח עמה. ג) שמשאתו שם רע בשכניו.

ובש"מ ב"ק דף ז' ב' הביא קושיא זו בשם ר"י הלבן ותירץ מהר"י כץ דדין אין רצוני הוא רק להחזיק בידו ממון ולא להוציא.

יא) בלישנא בתרא דרב יוסף, "ועכשיו ששנינו שקדו וכו' הגיע זמן באחד בשבת מתוך שאינו יכול לכנוס אינו מעלה לה מזונות". והקשו הראשונים דלכאוי אי"ז תלוי בסברת שקדו אלא דמעצם דין המשנה שאין נישאת בראשון אפשר ללמוד שאין לה מזונות. ותירצו הרמב"ן והריטב"א בחד תירוצא, דלולא טעם שקדו היה מקום לומר דטעם המשנה שאינה נישאת בראשון הוא משום ברכה, וא"כ כיון דעיקר העיכוב משום לתא דבעל [דהברכה היא לפריה ורביה שהוא מצות הבעל בלחוד] חייב הוא במזונות [וע"ש עוד תירוצי].

והנה המהרש"א הקשה מאי נ"מ במה שתקנו שלשקדו בעינן ג' ימים, הרי אפי' אם יתקנו רק שקדו יום אחר שוב תינשא ברביעי משום שבשלישי וברביעי אין ב"ד, ותירץ המהרש"א דאילו משום טעמא דב"ד, כיון שהוא לטובת הבעל חייב במזונותיה, ולכן בעינן לטעם דשקדו שלשה ימים שכל שלשת הימים העכוב לטובת האשה ולכן פטור ממזונות. ולפ"ז מחדש המהרש"א שאם הגיע הזמן בחמישי ובששי שהעכוב משום ב"ד לצורך הבעל חייב במזונותיה, וזה כעין סברת הרמב"ן והריטב"א [והעיר בזה הקרני ראם]. [ועיין ברמב"ן שמדייק דל"ק קאמר רק "יכול הגיע זמן באחד בשבת" משמע דבשאר ימים פשיטא ליה דאין לה מזונות, ובהו"א הרי הטעם משום דב"ד יושבים בחמישי, וא"כ מבואר דלא כמהרש"א. אלא דצ"ע מ"ש מברכה שכתב הרמב"ן שאי"ז סיבה לפטור ממזונות. וי"ל ע"פ סברת החמד"ש - אות ג' - דהטעם דב"ד הוא לטובת האשה. עי"ל דדין יום הרביעי הוא "זמן" מדרבנן, וכל שלא בא יום הרביעי אי"ז זמנה ועדיין לא נתחייב, משא"כ הטעם דברכה לא הוי קביעות זמן. אלא דלפ"ז ממה שהוצרך הרמב"ן לומר דטעם שקדו הוא לטובתה מוכח שגם שקדו אינו "זמן", וזה דלא כר"ן שכתב דשקדו הוי קביעות זמן].

יב) לפיכך חלה הוא. פרש"י דרב יוסף קאמר לה. וכתב הגרע"א דמה דלא פירש רש"י ששמואל קאמר לה, משום דאין ילמד שמואל מדברי עצמו [שאמר דבהגיע זמן ביום א' אין לה מזונות] על חלה, ובע"כ רב יוסף הוא שלמד כן מדברי שמואל.

והקשה הגרע"א והפנ"י דלדברי המהרש"א - אות יא - דתקנת שקדו של ג' ימים היא נ"מ לענין הגיע זמן ולא נישאת, אי"כ י"ל דשמואל קאמר לה, ומקורו הוא ממה שהב"י לקמן ג' ב' נקטה דתקנת שקדו היא ג' ימים, דהנ"מ מזה היא רק לענין הגיע זמן ולא נישאת, ומזה למד שמואל על חולה. ומזה הוכיחו הגרע"א והפנ"י דרש"י לא ס"ל כמהרש"א. ומשה"ק מהרש"א מאי נ"מ דשקדו הוא ג' ימים, תירצו הגרע"א והפנ"י דנ"מ במקום שב"ד יושבים בכל יום. [אכן בריטב"א כתב דהטעם דפרש"י דאת הלפיכך קאמר רב יוסף, הוא משום שבל"ק לא נזכר דבר זה, ולפ"ז לכאוי אין הכרח מרש"י דלא כמהרש"א].

יג) בגמ' או דילמא התם אניס בתקנתא דרבנן. פי' הרשב"א ומהר"י קורקוס בש"מ שהתקנה לטובתה ומשום לתא דידה נתעכב. ובשטמ"ק פי' דכשהוי תקנה דרבנן הוי כלא הגיע הזמן, משא"כ בחלה הוי כהגיע הזמן אלא דהוא אנוס מלישאנה.

יד) בגמ' או דילמא מציא אמרה ליה נסתחפה שדהו. שיטת רש"י כפי שביארו הרמב"ן, דעצם הגעת הזמן מחייבת במזונות ולא איכפת לן באנוס, והטעם דנסתחפה שדהו הוא תולדה מכך, דכיון שהוא מחויב כבר לא איכפת לן במחלתה והוא מפסיד. אכן שיטת תוס' דכל החיוב משום דנסתחפה שדהו והיינו דתלינן שמחלת האשה באה בסיבתו.

והנה לשיטת רש"י צ"ע דמה נסתפקה הגמ' בפירסה נדה, הרי הגיע הזמן והוא חייב במזונותיה [בשלמא לתוס' י"ל דהספק אם אפשר לתלות הנידות מחמתו] וביאר בשטמ"ק דכשפירסה נדה הוי כלא הגיע הזמן, עוד פירש דפירסה נדה הוא כעיקוב מחמתה במה שלא נישאת קודם.

ובעיקר הדין דבחלה הוא חייב במזונותיה [לצד אחד בגמ' צ"ע דהרי לא עצם הגעת הזמן מחייבת [וכדחזינון להצד דבחלתה היא פטור ממזונותיה לשיטת רש"י] ובע"כ דהמחייב הוא משום קנס, ולמה יקנסוהו אם הוא אנוס, וביאר בחי' ר' ראובן ע"פ הרא"ש בדף צ"ז ב' המובא לעיל דהטעם שחייב במזונותיה הוא משום שהיא מעוכבת מלינשא על ידו, ולכן יש מקום לחיבו אפי' בכה"ג.

טו) הנה להלכה פסקין כל"ק דבחלה או חלתה פטור ממזונות. אכן כתב הגרע"א בשו"ע סי' נו בשם המהר"ם שיף דיש נ"מ מסברת "אנא הא קאימנא", באופן שכבר הגיע הזמן ורק אח"כ חלו, דבזה אם חלה הוא חייב במזונותיה [כמבואר בתוס' בע"ב, והטעם משום שכבר נתחייבה - כ"כ תוס' בע"כ והריטב"א, או מפני שהיה לו לישאנה קודם - כ"כ תוס' דף ק"ז והרא"ש ביבמות] אבל בחלתה היא להצד דמצי אמר אנא הא קאימנא פוקע החיוב מזונות. ועי' בחי' הגרש"ר (ס"ס א') שר"ל דל"ק פשיטא דאמרינן אנא הא קאימנא, [אע"פ שלל"ב נסתפקה הגמרא בזה] דכל הסברא לומר נסתחפה שדהו רק לל"ב, אבל לל"ק דבחלה הוא אינו מעלה לה מזונות מוכח דעדיין לא חשוב שדהו וא"כ ודאי דאיכא לסברת אנא הא קאימנא. [ועי' בחי' ר' ראובן שנקט להיפך, דלל"ק ודאי שחייב ע"ש].

ועו"ע בחי' הגרש"ר שמדייק מדברי הטור שהשמיט לסברת אנא הא קאימנא, ומשמע דלא כמהר"ם שיף, ואילו מלשון הרמב"ם (פ"י מאישות הי"ט) "שהרי אינה ראויה להינשא עד שתטהר או עד שתבריא וכן הוא אינו יכול לישא אשה עד שיבריא" משמע דשני טעמים חלוקים הם והיינו דבחלתה "אינה ראויה" והיינו סברת אנא הא קאימנא, ולפ"ז מבואר כמהר"ם שיף.

טז) ובעיקר ביאור הפלוגתא בין ל"ק ול"ב, עי' בקוב"ש אות קפב, ובחי' ר' ראובן סי' א' משכ"ב. יז) פירסה נדה. עי' בר"ן שיש שהוכיח מכאן דחופה היינו יחוד ולכן כשפירסה נדה אינה ראויה להינשא דאסורה ביחוד, ומיהו בדיעבד אם התיחד עם הנדה קנאה, אכן הרמב"ם (פ"י ה"ב מאישות) כתב "אבל אם היתה נדה אע"פ שנכנסה לחופה ונתייחד עמה לא גמרו הנישואין והרי היא כארוסה עדיין", ומבואר דאפי' בדיעבד לא נגמרו הנישואין.

עוד שיטה הביא הר"ן דחופה לאו היינו יחוד, והחסרון בסוגין בפירסה נדה הוא דכיון שאין חופה זו מסורה לביאה לא חייבוהו חכמים לכנסה. ובשטמ"ק בשם תלמידי ר' יונה כתב דאסור לישאנה בעודה נדה מפני שאסורה להתייחד עמו.

יח) והנה בפשטות לדעת הרמב"ם בחופת נדה לא קנאה כלל. ולפ"ז צ"ע מש"כ הרמב"ם (שם בה"ו) "ולא תנשא נדה עד שתטהר ואין מברכים לה ברכת חתנים עד שתטהר ואם עבר ונשא וברך אינו חוזר ומברך", וקשה דמאחר שלא חלו נשואין קמאי למה לא יחזור ויברך, וכבר תמה בזה המאירי.

ותירצו האחרונים דבקנין נשואין ישנם ב' זכויות, (א) קנין אישות ב' זכויות הממון ליורשה וכו', והנה לשון הרמב"ם בהלכה ב' "לא גמרו הנישואין" משמע דמ"מ תחילת נשואין מיהא איכא, והיינו דאחד מן הזכויות נקנה, ומ"מ לא יברך כיון דלא קנה בשלימות, ומ"מ אם בירך על מקצת הקנין שיש בנדה אינו יכול לברך כשתטהר, דעל מקצת הקנין השני בפני"ע לא תקנו ברכה.

אלא דנחלקו האחרונים איזה קנין קונה בעודה נדה, דהבית מאיר (סי' סא) כתב שקונה לענין האישות, והיינו שכבר אין דינה כארוסה שאסור לו לבוא עליה אלא הרי היא כנשואה, אבל מ"מ אינו יורשה דאת זכותי הממון שבאישות אינו קונה.

ובחי' הגרנ"ט כתב להיפך, דאת הזכות ממון [וכן זכות הפרת נדרים] יכול לקנות אפי' בנדה, דלזה א"צ יחוד וסגי בהכנסה לביתו [ומיושבת בזה הערת הבית יעקב כאן מדף מ"ח דסגי במסר האב לשלוחי הבעל], ומש"כ הרמב"ם דחופה היינו יחוד כוונתו על חופה לענין היתר ביאה [שבזה מיירי בפרק י'] וזה לא שייך בנדה.

והנה הבית יעקב הקשה דדעת הרמב"ם של"י יהודה ביומא שמתקנין אשה אחרת לכה"ג שמא תמות אשתו, אם מתה אשתו נושאה ביוה"כ, וקשה דהרי אי"ז מסור לביאה דיוה"כ אסור בתשמיש המטה, וא"כ איך תהיה "ביתו", ותירץ הב"י דיש לחלק בין נערה וקטנה לבוגרת, דכל מש"כ הרמב"ם דחופת נדה אינו קונה הוא דוקא בבוגרת [וביאר הגרנ"ט דכיון דהיא ברשות עצמה לא מהני שתיכנס לרשות הבעל וצריך יחוד, משא"כ בקטנה ונערה שהיא ברשות האב סגי במסירה לבעל וא"צ יחוד וממילא א"צ ראויה לביאה]. ועפ"ז תירץ גם הא דדף מח דסגי במסירה לבעל - דכ"ז דוקא בקטנה ובוגרת.

אכן הגרנ"ט תירץ לשיטתו דחופת נדה מהני ליורשה וכו', ובכהן גדול ביוה"כ לענין דין "ביתו" סגי בקנין זה וא"צ שיהא לו ע"י הנישואין היתר ביאה, ולכן מהני החופה אע"פ שאין מסורה לביאה.

והבייש (סי' סא סק"ז) למד בדעת הרמב"ם דבאמת בחופת נדה ל"ק כלל ואפי"ה לא יחזור ויברך, ודימה זאת למשי"כ הרמ"א שם בשם הגה"מ דאם קידשה בטעות והיו לו נשואין עמה ואח"כ נודע שהקדושין בטעות אין חוזר ומברך והדברים צ"ב, ועי' משי"כ בזה בחי' ר' ראובן סי' ח'.

דף ב' ע"ב

בענין חופת נדה יעו"ע בדברי יחזקאל סי' טז.

כ) ברשי"י לקמן מ"ח ב' כתב דהגיע זמן ולא נשאת, היינו כגון שעכב החתן או אונס שלו. והקשה הגרע"א דל"ק הרי אם החתן אונס אינו מעלה לה מזונות, ול"ב הרי ספק וגם בחלתה היא הוא ספק, וא"כ למה נקט רש"י דוקא אונס ידידה הרי בשניהם הרי ספק. ועי"ש ברשי"ש.

כא) אמר רבא ולענין גיטין אינו כן. ומבואר בגמ' להלן דמעיקר הדין אין הגט גט ורק מדרבנן הוא דהוי גט. והנה בפשטות הנדון אם האונס נכלל בתנאו הוא נידון באומדנא האם כלל את האונס בתנאו או לא, ולפ"ז צ"ב מה זה שייך לדין אונס של הגעת זמן ששם אי"ז נידון של אומדנא. [ועיין במאיר'].

והנה הרא"ה בשטמ"ק כתב "וכשנאנס ולא קיימו הוי כאילו נאנס על עיקר המעשה למפרע" ומבואר בזה דאין האונס "על התנאי" אלא על עיקר המעשה דאדעתא שיאנס בתנאי לא עבד למעשה ויש לזה דין אונס. [ועי' בקה"י סי' א' ובחי' הגרש"ר סי' ב' ובחי' ר' ראובן סי' ג' ביאור ד"ז].

וברשי"י לקמן ג' א' כתב דהא דלא הוי גט הוא משום שמצינו טענת אונס מן התורה שנאמר ולנערה לא תעשה דבר, וביאר הגרש"ר (שם) שכוונתו כרא"ה, והפסוק הוא ילפותא שכל חלות שנעשה באונס אינו חל [ולאו דוקא גבי עונשין ואיסורין אלא בכל חלות כן הוא הדין].

והגרש"ש (סי' א') ביאר דהנה בכל תנאי אומר אם אעשה כך יחול החלות ואם לאו לא יחול, ויש לחקור אם המעשה מצד עצמו קיים וביטול התנאי עוקר, או דהמעשה חל רק ע"י קיום התנאי שהוא גומר את המעשה, והוכיח הגרש"ש מכמה דוכתי דתרווייהו איתנהו, והיינו שקיום המעשה תלוי בקיום התנאי ובטולו תלוי בבטול התנאי, ולפ"ז כשאמר ה"ז גיטך אם לא באתי הרי אי הביאה היא הגורם למעשה לחול, ושייך ע"ז פטור אונס [כהסבר דלעיל].

ובקוב"ש ביאר עפ"ד החמד"ש (או"ח סי' לח) שהחידוש באונס אינו רק שפטור מעונשין, אלא התחדש שהמעשה לא מתייחס אליו, ולפ"ז י"ל דכשאומר "אם לא באתי" כוונתו ל"אי ביאה" שמתייחס אליו ואם נאנס אין ה"אי ביאה" מתייחס אליו.

כב) כתב הרא"ה דכל מאי דאונס מבטל את קיום התנאי [מעיקר הדין] היינו באופן שקיים את התנאי באונס דהאונס משוי כמאן דלא קיים התנאי, אבל להיפך היכא דנאנס ולא קיים התנאי לא אמרינן דע"י האונס יחשב כאילו קיים התנאי. ובחי' ר' ראובן הביא קושיית הגר"ח שהרי כאן אמר "אם לא אבוא יהיה גט ואם אבוא לא יהא גט", וא"כ הרי יש בתנאו גם אמירה "אם אבוא לא יהיה גט" וכאן לא נתקם ה"אם אבוא" לסברת הרא"ה ולמה בטל הגט. וביאר הגר"ר דהכוונה להקשות דכיון דבעינן תנאי כפול א"כ כלפי האונס אי"ז תנאי כפול. ותירץ הגר"ח דתפוס לשון ראשון דהתנאי מתפרש ע"פ ההן ולא ע"פ הלאו. [כן ביאר דבריו הגר"ר, ע"ש].

וכתבו הגר"ר והקה"י דלפי מה שמוכח ברא"ה - אות כא - שהאונס הוא במעשה עצמו ולא בקיום התנאי, א"כ לק"מ דכאן האונס בעצם נתנית הגט וע"ז אי"ז תנאי כפול.

כג) ובעיקר דברי הרא"ה, [גבי קיום באונס] הנה כן מבואר גם בריטב"א כאן ובגיטין דף ל', וכן הביא המל"מ פי"א ממכירה בשם הריב"ש. אכן יעוי' בירושלמי (שהביא הר"ן בקידושין פרק האומר), גבי מקדש אשה ע"מ שיכנסנה עד יום פלוני ונאנס ולא בא באותו יום, ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עבד [ופי' הר"ן דאינה מקודשת] ור"ל אמר אונסא כמאן דעבד ולכאוי' פליגי בסברת הרא"ה הנ"ל אם ע"י אונס הוי כמאן דעבד.

אולם בר"ן שם מפרש דר"ל מדמה לה למגרש ומתנה אם לא באתי, ור"י סבר דלא דמי דהתם דאין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאו ברצון אבל באונס לא, אבל הכא בקדושין שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה אינה מסכמת בקדושו אא"כ יקיים תנאו. עכ"ל. ובביאור דבריו נחלקו הב"ח והש"ך (חוי"מ סי' כא) דהש"ך (סק"ג) מפרש כוונת הר"ן דאונסא רחמנא פטריה אמרינן, אבל אונס רחמנא חייביה לא אמרינן, וגם הכא אין האשה מתחייבת עבור האונס של הבעל, [וביאר בחי' ר' ראובן דפליגי בסברת הרא"ה דלעיל, אך הקשה דא"כ בגיטין ג"כ שיכא הך סברא דאי"ז תלוי האם היה ברצון האשה, אלא באם נאנס בבטול התנאי או בקימו. ומהש"ך משמע סברא אחרת, דא"א לחייב אחרים ע"י אונס, וצ"ב] והב"ח מפרש דאם התנאי תלוי באשה אי"ז תלוי באם ירצה לקיים התנאי אלא בקיום התנאי בפועל ועל ענין זה שהוא ענין מציאותי ל"ש אונס. ולפ"ז מבואר בר"ן דאונסא כמאן דעבד אמרינן לכו"ע בגט, וצ"ל דסברתו משום דלכך נתכוון בתנאו, וכמו שמבואר בלשון הר"ן [ועי' בזה בחי' ר' ראובן ובקה"י ובחי' הגרש"ש].

כד) והנה הרא"ה הביא ראיה דאונסא כמאן דעבד לא אמרינן מגיטין (ע"ד) באחד שאמר ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי אצטליתי ואבדה אצטליתי דלרבנן אינה מגורשת, ותמוה דהרי היא אנוסה וא"כ תהא מגורשת. ובקה"י תירץ דסברת הר"ן הנ"ל גבי קדושין שייכא גם בנידו"ד, שהרי הבעל התנה שהאשה תתן וא"כ רצונו במציאות הנתנה משא"כ כשמתנה ע"מ שהוא לא יבוא שהתנאי עליו דעתו שבאונס ג"כ יקרא כקיום התנאי.

כה) הר"ן ס"פ כל הגט כתב בשם בעל העיטור שהסתפק אם יש אונס בקידושין. [ועי' באבני"מ סי' לח סק"א שהעתיק דברי בעה"ע שם שהספק הוא אם יש בזה תקנת צנועות ופרוצות]. והצד שלא תקנו מבואר כאן בשטמ"ק בשם שיטה ישנה משום דהוא מילתא דלא שכיחא. אכן הרא"ה כתב בפשיטות שבקידושין ליכא תקנת צנועות ופרוצות משום דאם אמר הרי את מקודשת אם לא באתי, ליכא למיחש לאונס דאם נאנס באמת אינן קידושין והיא מותרת, ואם אמר הרי את מקודשת אם באתי, אונסא כמאן דעבד לא אמרינן [וכמשנ"ל לעיל].

והבייש ר"ס לח הקשה סתירה בר"ן, שבפרק האומר כתב דבקדושין ליכא טענת אונס לר' יוחנן משום דעשה ע"ד האשה, וכאן הסתפק בזה, ותירץ האבני"מ דהר"ן בקדושין מיירי בנאנס ולא קיים התנאי, אבל מה שהסתפק באונס בגיטין הוא באופן שקיים התנאי באונס ורוצה לטעון שלא הוי כקיום התנאי, ובזה ליתא לסברת הר"ן בקידושין, ועי' בקוב"ש ובקה"י שהקשו דמדברי הר"ן מוכח שלכ"ד, אלא דאפי' בקיום התנאי באונס ג"כ אם תלוי בדעתה לא מתחשבים באונס [מחמת שהתנה ע"ד שהיא תהא מרוצה בזה ולא נתכוון כלל לתלות התנאי בכך שיהיה קיום כרצונו].

כו) הבית יוסף בסי' כז הביא בשם האגודה גבי הא דתנאי (גיטין עד) בראשונה היה נטמן ביום אחרון של יב חודש כדי שיהא חלוט לו [הבית בעיר חומה] מכאן נראה שאדם שנדר לעשות מעשה בתוך ל' יום ולא נאנס תוך הזמן וביום אחרון נאנס לא חשיב אונס, דאם היה אונס לא מהני מה שנטמן ביום האחרון.

והקשה הקצה"ח (סי' נה סק"א) מהא דמבואר כאן דבמת ולא בא בסוף י"ב חודש מקרי אונס, והרי הוא כאונס ביום אחרון שיכל לבוא קודם מיתתו. והנתיבות הוסיף להקשות ממאן דפסקיה מברא שנאנס רק ביום השלישי. ותיירץ הגר"ח דישנם שני סוגי זמנים בתנאי. אופן אחד, שמתנה שיעשה איזה מעשה ורק דנותן זמן לקיום המעשה ושם אין הזמן חלק מקיום התנאי, אלא רק זמן שבו יכול לקיים את התנאי. ואופן שני, שאומר שלא יבוא שלשים יום, היינו שיהיו שלשים יום של אי ביאה" ויש הזמן הוא חלק מהתנאי ואם נאנס בחלק מן הזמן לא התקיים התנאי דאין כאן ל' יום של אי ביאה.

ולפי' מחלק הגר"ח דבנדר ובבתי ערי חומה - אין הזמן חלק מהתנאי, [דבנדר צריך לעשות מעשה פעם אחת בתוך זמן של שלשים יום, ובבע"ח הדין הוא שיש לו זכות לגאול במשך שנה - ולא שה"א גאולה" של שנה מחליט את הבית] ולכן שייך בזה דין אונס ביום אחרון אבל בע"מ שלא אבוא ל' יום כוונתו שיהיה "אי ביאה" של ל' יום.

והגרש"ר (בחי' סי' ב') הקשה דא"כ באם לא באתי עד ל' יום גם אם נאנס ביום ראשון הוא אונס דחסר כאן ל' יום של "אי ביאה", וזו לא שמענו. [ועי' בחי' ר' ראובן סי' ד' שמכח זה מפרש כוונת הגר"ח באופן אחר]. וכמדומה שמתרצים דאם יכל לקיים אח"כ התנאי הוא כעין תיקון על הלי' יום וכעין תשלומין שמה שנאנס אתמול יכול לקיים היום, אבל אם נאנס ביום אחרון אותו יום אין לו תשלומין. [ובעיקר הנדון אם אונס ביום אחרון שמיא אונס והסברות בזה, עי' בחי' ר' ראובן סי' ד'].

כז) והקצה"ח השיב על ראיית האגודה מבתי ערי חומה - דשם הוא מכירה גמורה, אלא דיש לו זכות לפדות י"ב חודש, ואם עבר הזמן פקע זכותו, ומאחר ואי"ז תנאי ל"ש בזה כלל טענת אונס.

והנתיבות השיג ע"ז מהא דמבואר בערכין (ל"א) דבתי ערי חומה הוא רבית גמורה אלא שהתורה התירה, וא"כ מבואר דלהצד שיגאל את הבית הוא הלואה ולא מכירה, ובע"כ שיש כאן תנאי. ובמשווב הביא שברשב"א בגיטין מפורש כדבריו. ומשה"ק הנתיבות מהגמ' בערכין, עי' בחי' הגרש"ר שהביא דבריטב"א פ' איזהו נשך מפורש כקצה"ח והטעם דהוי רבית כיון דירדה תורה לסוף דעתו שעיקר כוונתו משום רווח המעות, וג"ז הוי רבית אע"פ שהיה כאן באמת מקח. וע"ע בנתיבות שם משכ"ב.

כח) תוד"ה דילמא, עי' מהרש"א שהקשה דמאחר ולכתחילה צריך לכתוב זמן, א"כ אמאי אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, דילמא כתב הזמן משום דבלא זמן הוא משלשה גיטין פסולים. ותיירץ דיש הוכחה מדדקדק לכתוב היום ולא הסתפק בשנה ושבע ש"מ שכוונתו שהזמן יוכיח. והקשה הגרע"א דבתוס' מבואר שאם כתב שנה לא הוי זמנו מוכיח עליו ולדברי מהרש"א אכתי איכא הוכחה מדלא כתב שבוע, וגם מסברא קשה דמ"ל לכתוב שבוע ומ"ל לכתוב היום, דאם כבר כותב הזמן כותבו בצורה מדויקת.

[והנה הגרע"א נוקט שהמהרש"א מפרש קושית תוס', וצ"ע דלכאוי' דברי המהרש"א לא קיימו על עצם דברי תוס', דתוס' דברו באופן שלא שייך זמנו מוכיח עליו ודו"ק].

ובעיקר תירוץ תוס' דכתב שבוע, פי' הגרע"א בדעת המהרש"א דבכה"ג אין הוכחה מזמנו של שטר כיון שלכתחילה צריך לכתוב זמן, [ואין כאן את ההוכחה שיש בכתב יום, שאז דייק טפי לכתוב התאריך וכדלעיל]. [וכבר כ' לעיל דלכאוי' אין הכרח במהרש"א לפרש כן].

והגרע"א מפרש ע"פ ספיקו של ר"ת (בגיטין עב) בכתב בו שבוע, האם הזמן מוכיח מתחילת השבוע או רק מסוף השבוע, וביאר הגרע"א דבהך תירוצא אזלי תוס' להצד דההוכחה היא רק מסוף הזמן, ולפי' י"ל דמייירי בתוך הזמן וא"כ עדיין לא הגיע ההוכחה מהשטר ולכן אינה מגורשת.

ובתירוץ האחרון דהזמן מאחר הקשה הגרע"א דממ"נ אם מת קודם הזמן א"כ הגט לא חל אפי' אם יתנו בסתמא [בלא אמירת ה"ז גיטך לאחר מותי], דא"א לגט לחול קודם זמנו כמש"כ תוס' בגיטין י"ז א'. [ברם דעת הראב"ד דהגט יכול לחול קודם זמנו, אך דוח"ל דתוס' כאן פליגי על תוס' בגיטין]. ואם מת אחר הזמן א"כ הזמן יוכיח מאז זמנו המאוחר שהרי גם זמן זה קדם למיתה.

ותירץ הגרע"א דלעולם מת אחר הזמן, וממ"נ הזמן אינו מוכיח ד"ל שמה שכתב את הזמן אינו כדי לומר שיחול מאותו זמן, אלא להיפך, כדי שאם ימות קודם לא יחול עד אותו הזמן הכתוב בגט, וממילא ל"ש כאן זמנו מוכיח עליו.

כט) משום צנועות ומשום פרוצות. ונחלקו הראשונים אם איכא רק תקנת צנועות או רק תקנת פרוצות לבד, האם תקנו. דהנה התוס' הקשו במת תוך י"ב חודש למה לא תקנו שיהא גט, ושם שייך רק תקנת צנועות דאם מת בתוך י"ב חודש ותאמר הפרוצה שלא מת אין כאן איסור דממ"נ היא או אלמנה או גרושה, [והגם דנ"מ לאיסור יבמה לשוק, הרי זה רק איסור לאו ואין הולד ממזר ולא אשכחן שתקנו בשביל זה]. ומזה הוכיח בשטמ"ק דלדעת תוס' סגי בתקנת צנועות לחוד. אולם הרשב"א ותוס' הרא"ש בדף ג' באמת תירצו כך על קושית תוס' דמשום חדא לא תקנו. [ובבב"מ סי' קמד הסתפק בזה] ועיין בחי' הגרע"א מה שפלפל הגרש"א בדברי תוס' בזה.

דף ג ע"א

ל) הנה תקנת צנועות ופרוצות אשכחן במתנה בסתמא ואירע לו אונס, ויל"ע איך הדין בהתנה בפירוש שאם יארע אונס לא תהא מגורשת, האם גם בזה איכא תקנה.

והנה בעיקר הא דאפקעינהו רבנן לקידושין נחלקו הראשונים, דדעת תוס' בגיטין (ל"ג) ועוד ראשונים דבאמת אין כאן כלל קידושין דהוי כמקדש ע"מ שירצו חכמים [כמש"כ הרמב"ן והריטב"א ועוד בסוגין], אולם יעוי' ברמב"ן וברשב"א ובר"ן כאן [וכן בשו"ת הרשב"א סי' אלף קסב] שביארו דלמעשה לא הפקיעו, אלא כיון שאם יפקיעו תהא בעילתו בעילת זנות ממילא הוא גמר ומגרש על דעת שגם אונס יהא קרוי קיום התנאי, ולפי' פשוט שאם התנה בפירוש לא הוי גט. וכן מפורש בשטמ"ק בשם גליון [על רש"י כתיבת יד] מחמת הך סברא ע"ש, וכן פסק השו"ע סי' קמ"ד ס"א שמסיים על דין אין אונס בגיטין: "כיון שלא התנה חוץ מאם יקראני אונס", ומקורו מדברי הטור, וע"ש בבית מאיר שמפרש סברתו ע"פ הרשב"א הנ"ל.

ובביאור הגר"א סק"ה כתב: כיון כו' שם בכתובות וה"ה לחלה ללישנא קמא עכ"ל, וצ"ב כוונתו. [ובשו"ע החדש ציינו שם בכתובות - ג ע"א, ולישנא קמא - ב' ע"ב]. ונראה כוונתו ע"פ הרשב"א דע"י התקנה דאפקעינהו הוא מגרש גם על הצד

שיתקים התנאי באונס, ואמרינן ע"ז דמדלא התנה בפירוש שבאונס לא יהא גט ש"מ שרוצה בגט, וע"ז כתב הגר"א דכע"ז איתא בגמ' ללישנא בתרא במברא שהוא אונסא דשכיח, וה"ה לליק בחלה דזה ל"ש, מ"מ אחר סברת הרשב"א ג"כ אמרינן בזה דהו"ל להתנות.

לא) בדין אפקעינהו כתבו הראשונים דהקידושין נעקרים למפרע, ואולם לדעת הרשב"א הוי גירושין ע"י הגט וא"כ הוי רק מכאן ולהבא. וכן הביא בשטמ"ק בשם שיטה דאית דמפרשי שהקידושין פוקעים רק מכאן ולהבא. [ועי' מש"כ בזה הגר"ח שמואלביץ בספר אהל אברהם].

ולענין אם נאסרת בקרוביו או לכהן, הנה במאירי כתב דמדאורייתא שריא ומדרבנן אסורה, וכ"כ הרשב"א והרמב"ן להצד דפוקע למפרע, אמנם להצד דחל ע"י הגט וכסברת הרמב"ן והרשב"א דלעיל [אות ל'] אסורה מדאורייתא, דהוי ככל גרושה דעלמא. ועיין ברש"י לעיל ב' ב' שכתב דאסורה לכהן. ועיין ברמב"ן שהוסיף שגם הולד ממזר מדרבנן [להצד דפוקע למפרע] אולם בתוס' גיטין (ל"ג) משמע דאין הולד ממזר [וכן מבואר ברמב"ן כשהביא את שיטת תוס' הנ"ל, ומשמע קצת מדבריו דלשיטתם באמת מותרת לכהן] ובשו"ת כת"ס סי' סח נקט דתהא אסורה לכהן מדאורייתא וכדאשכחן בריש פרק המגרש דאפי' אינה גרושה אלא מאישה אסורה מדאורייתא, אע"פ שא"ז גט באמת, וה"ה כאן אסורה מדאורייתא, ותמה על הראשונים שכתבו דאסור רק מדרבנן. ומיישב דשאני התם שהיא גרושת הלב משא"כ כאן דהוא לא גירשה כלל לצד זה ורק רבנן הפקיעו הקידושין. [ועיקר דמיונו צ"ע, דבשלמא שם גירש את אשתו, אבל כאן הוי כנותן גט לפניה. עוד יש לדון בדבריו דהוא נוקט דגרושה אין זה גט כלל ומ"מ אסורה מדאורייתא, אולם מקובל לבאר דהוי גירושין על הקנין ולא על האיסור ולפ"ז שייך לכאן].

לב) עי' ברמב"ן וברשב"א שכתבו דהמבטל גט כדי להתיר ממזרים לא מקרי בטול, והדברים צ"ב. וביאר העונג יו"ט (סי' קנט) דביטול הוא על הא דאינו רוצה שתהא אשתו, אבל כאן הרי רוצה שלא תהא אשתו ע"י האפקעינהו וא"כ אין רצונו סתירה לגט, וצ"ב.

ובעיקר מש"כ הראשונים דכיון דתהא בעילתו בעילת זנות לכן מגרש גירושין גמורים, הקשה העונג יו"ט תינח בת"ח שידוע שיפקיעו את קידושין, אבל ע"ה שאינו יודע למה יהא גט, ותיירץ [גבי הא דגיטין (ל"ג) במבטל הגט] דהוי בטול בטעות דאילו הוי ידע לא היה מבטל. ויל"ע טובא אם תירוץ זה שייך גם באונס בגיטין ואכ"מ.

ובעיקר דין אפקעינהו והנידון אם יש עצה לטהר ממזרים ע"י אפקעינהו, עי' מש"כ בזה במנחת שלמה סי' עו. לג) כתב רש"י דאדעתא דרבנן מקדש דהקדושין יהיו בטלים ע"י גיטין שתקנו חכמים, וצ"ב דהביטול אינו ע"י הגט אלא ע"י שלא רצו זאת רבנן, ועי' בשטמ"ק מה שביאר ברש"י וצ"ב. ועי' בחכמת מנוח.

לד) תינח דקדיש בכספא, כתב רש"י בשם רבותיו דהוי קדושין דרבנן, ועי' ברמב"ם פ"א ה"ב מאישות שכתב דכסף קונה מד"ס, והרמב"ן בהשגות על ספר המצוות הרבה להשיב ע"ז, וכתב המ"מ דגם הרמב"ם מודה דהוי דאורייתא וכל כוונתו שכיון שנלמד מייג מדות נקרא דברי סופרים, אבל מ"מ הוי דאורייתא. [ועי' בילקוט שמעוני על הפסוק ואל תטוש תורת אמך - אלו דברי סופרים, ופי' הגר"א במשלי דהכוונה על דברים הנדרשים בייג מדות].

ובכס"מ כתב דלפ"ז מתיישבת קושית רש"י על רבותיו דבאמת חייב מיתה ע"ז ומ"מ כיון שהוא נדרש מייג מדות שייך לומר כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש. ופי' הכת"ס (סי' סח) שהכוונה היא כעין פי' הרא"ה [שפי' שקושית הגמ' תינח דקדיש בכספא היינו דכיון דיכולים בין כך לעשות הפקר ב"ד ממילא הוא נכנע לדעתם ומקדש על דעתם, משא"כ בביאה א"א לחז"ל לכופו שלא יהיו קדושין] וה"נ לרבותיו של רש"י כאשר מקדש בדבר שידוע לו מחכמים מקדש ע"ד חכמים, אבל כשמקדש קידושין המפורשים בתורה מקדש על דעתו.

לה) ובמש"כ רש"י שיש מי שמפרש דכל מקדש בביאה שווהו ביאת זנות, [ועיין בראשונים שג"כ הביאו שיטה זו וחלקו עליה] צ"ב איך שייך להפקיע את הביאה, ונראה דיסוד הקנין בביאה הוא דנוהג בה מנהג אישות והוי כבעל ואשתו. וא"כ אם קבעו ב"ד דניהוג זה הוא דרך זנות אי"ז צורה של אישות וממילא אינה מקודשת ועדין צ"ב.

לו) תוד"ה תינח, עי' מהרש"א ומהרש"ל, ובשטמ"ק מפורש כמהרש"ל. ומש"כ תוס' בתחילת הדבור דהוא מטעם הפקר ב"ד, צ"ע א"כ ל"ל לטעמא דכל המקדש, ועי' בזה בשטמ"ק.

לז) בתוד"ה וסברה, הקשו במת תוך יב"ח לא להוי גט משום דאניס, ותיירצו דמיתה קלא אית לה. וצ"ע דלפ"ז יקשה למה באומר מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד יב"ח ומת ה"ז גט, והרי יש קול ול"ש בזה תקנת צנועות ופרוצות, ולכא"ו צ"ל דאה"נ למסקנא שהטעם משום צנועות ופרוצות צריך לשנוא דלא ניחא ליה דתפול קמי יבם וכ"כ הגרע"א. אולם החזו"א הוכיח מתוס' ד"ה איכא שכתבו דלליק א"צ להך שנויא וצ"ע כנ"ל. ותיירץ החזו"א (סי' קלה) דכל דברי התוס' רק בגט לאח"מ, שהחסרון בו מדין "אחר מיתה" אבל בגט דמעכשיו שהחסרון משום "אונס" אמרינן אין אונס אפילו לענין מיתה דלא פלוג רבנן באונסין. [וכ"כ ברע"א בתירוץ השני].

והנה התוס' (ד"ה איכא) הקשו מאכלו ארי, וכתבו דאין ליישב דהתם הטעם משום דכוונת התנאי שימות מחמת החולי דהא במס' גיטין מוכח דהטעם משום אונס. וצ"ע איך תתישב קושייתם בזה, הרי מ"מ שייך בזה תקנת צנועות ופרוצות, וכתב הגרש"ש (סי' א') דמזה ראייה לסברת הגרע"א בתירוץ השני הנ"ל, דבמיתה לא תקנו כיון דלא שכיח, ורק היכא דנפטר ע"י טענת אונס תקנו משום לא פלוג אבל אם הוא במשמעות לשונו אי"ז פטור של אונס, ולא תקנו לבטל במקום מיתה כיון דאית ביה קלא. אמנם בתוס' גיטין עג מבואר טעם אחר, דהיכא שא"ז במשמעות לשונו לא תקנו משום צנועות ופרוצות דמחזי כי חוכא ואטלולא כיון שאין שום צד שהגט יחול, [והגרש"ש בסי' ב' כיון לזה מדעתו] אלא דיתכן דתוס' כאן פליגי ע"ז דהא הקשו שבגט לאח"מ יהיה תקנת צו"פ וכל תירוצם רק משום דיש קול ולא תירצו דהוי כי חוכא ואטלולא.

והנה התוס' הקשו דאם הכוונה באם מתי מחולי זה אינה שימות מחמת החולי למה באכלו ארי אין לנו הרי אין אונס בגיטין, וצ"ע דאחר שמוכח מדברי תוס' דרק בטענת אונס תקנו גט ולא בשאר טענות, א"כ כאן ל"ש טענת אונס, שהרי תלה הדבר במיתתו שהיא ביד"ש ול"ש לומר שצריך מעשה המיתה להתייחס אליו וא"כ אי"ז פטור דאונס, אלא שלא כלול בלשונו, ומ"ש זה מאם נפרש שהכוונה שימות ע"י החולי. ועי' בחי' הגרש"ש משכ"ב.

לח) הפנ"י הקשה היכי שייך תקנת צו"פ במגרש את יבמתו, שהרי הביאה קונה אפי' אם בא עליה בזנות וא"צ דעתו ול"ש תנאי בנשואיו. ע"ש. ובאו"ש סוף ה' סוטה כתב דאפקעינהו לקדושי אחיו הראשון, והפנ"י כתב דא"א לפרש כך דא"כ אם נשאת צרתה לשוק ועתה פקעו קדושיה של המתבמת הויא צרתה יבמה לשוק.

לט) אשה נשאת בכל יום. ע"י ברא"ש שבשבת אסורה להינשא משום דקונה אותה ליורשה וליטמא לה, וע"ש מה שהביא מהירושלמי דאלמנה שונה מבתולה שאין לה חופה, וע"י בתוס' יומא י"ג ב' שני ביאורים בירושלמי, וע"י בב"ש (סי' ס"ד סק"ו).

מ) הא בעינן שקדו דטריח ליה. וצ"ע דא"כ למה בהגיע זמנה ביום א' לא חייב מזונות הרי יכל לטרוח קודם. ובשטמ"ק בדף ב' בשם ר' יונה כתב דאין חייב לטרוח קודם דהאכל יכול להתקלקל. והנה הרמב"ם כתב שלא תנשא בשבת וביום א' שמה ישחוט בן עוף, ולכן אם הגיע הזמן אז פטור ממזונות. ומשמע מדבריו דבהגיע זמן ביום ב' חייב במזונות [אם ב"ד קבועין בכל יום]. וצ"ע מ"ש מהא דאיתא בריש פרקין דתקנת שקדו פוטרת ממזונות. וביאר בחי' הגרש"ר (סי' א') דחלוק התקנה בזמן שאין בתי דינים קבועים, מהתקנה בזמן שב"ד קבועין בכל יום, דכשב"ד יושבין רק בב' וה' גם תקנת שקדו היא תקנה להינשא "ביום ד"י" וזהו "זמן לנשואין" ומש"ה פטור ממזונות דעדיין לא הגיע זמנה, אבל כשב"ד קבועין בכל יום אז תקנת שקדו היא רק דין לטרוח ג' ימים, וא"י יכול לעשות קודם השבת [דלא כר' יונה הנ"ל] ולכן חייב במזונותיה.

ועיין בר"ן בריש פרקין שכתב דגם בזמן תקנת עזרא אם טרח יכול להקדים ליום ראשון, והשטמ"ק מדייק מרש"י שהוא חולק ע"ז, דרק כשב"ד קבועין בכל יום מהני הטריחא ליה, אבל בזמן תקנת עזרא גם השקדו הוא תקנה קבועה ולא מהני הטריחא ליה.

דף ג' ע"ב

מא) מאי שקדו. לשון הרמב"ם (פ"י הי"ד מאישות): אבל שאר הימים יוכל לישא בכל יום שירצה והוא שיטרח בסעודת הנישואין ג' ימים קודם הנישואין. משמע דהתקנה היתה שיטרח בפועל ג' ימים. אבל הטור (סי' סד) כתב "ובלבד שיהא לו צרכי הסעודה מוכן, ואם אין לו מוכן לא ישא קודם יום רביעי". משמע דא"צ טירחת ג' ימים, אלא דיום ד' הוא זמן הנשואין (ואפי' בזה"ז) אלא דהתקנה היתה כדי שיהיה לו זמן ג' ימים, אבל א"צ לטרוח בפועל ג' ימים.

והנה לשיטת הטור צ"ב מ"ש יום ד' משאר ימים, הרי לעולם אם טריח ליה מותר ואם לא טריח ליה גם ביום ד' אסור, וכמבואר בראשונים שחייב לעשות סעודה ולא יכול להיפטר מזה. ובשטמ"ק הקשה כן על עיקר תקנת שקדו גם בזמן עזרא [אם נימא דגם אז מהני טריחא ליה] ותיירץ בשם רב אחאי דנ"מ שבשאר ימים כשרוצה לישא עליו להביא ראיה שכבר טרח אבל ביום ד' א"צ להביא ראיה. וביאר הגרש"ר (בסי' א') דבשאר ימים הוי עקירה על התקנה ולא שרינן ליה עד שיוכיח שיש לו היתר לעקור התקנה, אבל ביום ד' שנושא כדן לא מוטלת עליו חובת הוכחה שטרח. עוד כתב השטמ"ק בשם הרא"ה תירוצ' נוסף, ונראה כוונתו דבשאר ימים אסור לשאת עד שיטרח, אבל ביום ד' יכול לישא ויטרח בסעודה אחרי החופה. [והיינו דהתקנה היתה שיהא לו זמן ג' ימים כדי שיהיה פנאי לעשות קודם החופה, אבל לא חייבוהו שיטרח בפועל ועל כן ביום הרביעי יכול לומר שיטרח אח"כ].

מב) נהגו לגמרי נעקריה. בשטמ"ק הביא דהריב"ש הקשה הרי הוי שעת השמד ויהרג אפי' אערקתא דמסנאי, ואיך יעקרו. ותיירץ דאח"כ אם היו גוזרים על רבנן שיעקרו תקנתם היה ע"ז דין הירג ואל יעבור. אבל באמת גזרו רק על הבתולות, וא"כ לרבנן מותר לעקור התקנה דהם לא עושים כן מחמת הגוים אלא לתקנת הבתולות. ובשם הג"א תירץ השטמ"ק דלרבנן שרי לעולם לעקור [ונראה כוונתו דכשרבנן עוקרים אינם "עוברים" על ד"ת אלא דבאמת הדברי תורה משתנים ע"פ תקנתם וא"כ אין בזה איסור]. וע"ש שדן איך ב"ד עוקרים דברי ב"ד חבירו, ומבאר דכיון שגם ב"ד הראשון היה עוקר התקנה בזמן גזירה - שרי גם לב"ד שאחריהם לעקור שאין הם חולקים על ב"ד הראשון אלא עושים מה שהיה ב"ד הראשון עושה.

ויסוד הפלוגתא, נראה דהריב"ש נקט דענין ערקתא דמסנאי הוא משום שזה פירצה וע"י יעקרו את כל התורה, וא"כ גם כשעושים זאת בהיתר מ"מ יש כאן מכשול שע"י תהיה עקירת התורה. וההג"א ס"ל דרק אם יש בזה איזה סרך איסור זה מוגדר ככפירה בתורה כיון דהגוי רוצה שיעשה כן כדי לבעט בתורה, אבל אם אין בזה שום איסור א"צ שימסור נפשו על כך.

ורש"י כתב דיתקנו ימים אחרים, וביאר השטמ"ק דכוונתו על יום שלישי, ואם א"א בשלישי יהיה בשני, והיינו דאין קושית הגמ' שיעשו תקנה חדשה ועקירה על התקנה הקודמת, אלא דעיקר התקנה לא נתקנה במקום סכנה וממילא יורו להם ב"ד שבמקום סכנה יקדימו יום, ואם יש צורך יקדימו יומים. ע"ש.

מג) והנה הפנ"י הקשה על שיטת ההג"א דא"כ בכל ערקתא דמסנאי יתקנו ב"ד שיחליפו שרוכים ושוב לא יהא הדין יהרג ואל יעבור. ולכא"פ י"ל ע"פ הסברא דלעיל, שבדבר שהוא דרך הנהגת היהודי, א"כ ל"ש ע"י תקנה לעקור דמ"מ המציאות הוא שמלבשו דומה לגוי, אבל דבר שכל ענינו הוא המצוה לשמוע בקול חכמים, אם עקרו ממילא אין כאן כלל מצוה.

לעיל בע"א כתבו תוס' דבאונס דלא שכיח ל"ש תקנת פרוצות כיון דל"ש שיעשה כן. וברא"ש הגירסא "דלא יאמרו כד", וע"י מהר"ם שיף שתמה ע"ז דודאי הן יאמרו כך שלא אירע כי האי אונס ע"ש. וע"י בשו"ת חלקת יואב אבהע"ז סי' כח משכ"ב. והרשב"א כ' דהטעם דבל"ש לא גזרו משום דבזה לא אסיק אדעתיה ולא נתכוון לגרש. וזה לשטתו - אות ל' - דע"י התקנה הוא עצמו מגרש בגט.

מד) ולדרוש להו דאונס שרי. והקשה הגרש"א (בחי' רע"א) הרי אסור להכניס עצמו לאונס [ע"י בר"ן פ' ר"א דמילה] ותיירץ דמשום עגונא שרי. ובחי' הגרש"ר הביא בשם הגרש"ש שתיירץ דהאיסור להכניס עצמו לאונס הוא רק "באונס", אבל כאן מכניס עצמו לפקו"נ שהוא היתר גמור, והגם שמצינו שגם בפקו"נ אסור להכניס עצמו כמו בתינוק דאשתפוך חמימי, היינו משום דשם יש בזה מ"ע דשבת ותחסר לו המצוה, אבל בלי"ת כיון שהוא היתר גמור מותר להכניס עצמו להיתר דפקו"נ. [וע"י קוה"ע סי' כג, ובקה"י שבת סי' טו].

והקשה הגרש"ש דכ"ז ניחא לענין איסור גלוי עריות, אבל עדיין קשה גבי האיסור לבעלה למה נחשב כאונס, הרי שם זה תלוי במרידה בבעלה ולא באיסור [וכמו שהוכיח המהר"ק דבאומרת מותר ג"כ נאסרת, וראיתו מאסתר שנבעלה בהיתר גמור לאחשוורוש ואפ"ה נאסרה על מרדכי משום דיש בזה מרד בבעלה, ונפסק ברמ"א סי' קעו] וא"כ ל"ש בזה היתר דפקו"נ, והוי רק היתר דאונס והרי מכניסה עצמה לאונס. ותיירץ דבאמת מכניס עצמו לאונס מקרי אונס בשעת מעשה,

שהרי אז כבר הוא אנוס גמור, אלא דהפטור של ולנערה לא תעשה דבר לא נאמר באופן שהוא פשע בהתהוות אנוס זה, אבל לבעלה י"ל דשריא כיון שאת עצם האיסור עשתה בכפיה. ודבריו נסתרים ממש"כ המהרי"ט (ח"א סי' כא) לדון בדין מכניס עצמו לאנוס, והביא ראיה מהא דאסתר נאסרה אע"פ שהביאה היתה באנוס, [אלא שדחה ד"ל דגם בשעת הביאה היה ברצון להציל את ישראל] וחזינו דגם לגבי לאוסרה על בעלה איכא דינא דמכניס עצמו לאנוס, וא"כ קשה מסוגין. [ועיין בשו"ת בנין ציון סי' קנ"ד, שכתב דמסברא נראה דאם בעלה אמר לה לעשות הצלה אינה נאסרת, - וע"ש שביאר הא דאסתר נאסרה אע"פ שעשתה ע"פ מרדכי, - ולפ"ז י"ל דכאן דהחופה ברביעי הוא עצם הנשואין א"א להגדיר זאת כמרידה בבעלה, אדרבה כך היא נשאת לו, ויתכן דאפי' לפ"מ דמוכח במהרי"ק שלכ"ד הבנין ציון וכמו שהעיר שם בתשובתו, מ"מ כאן דהוי עצם הנשואין עדיף ולא נאסרת].

מה) בביאור"ל סי' שמג דן בחייל שחייב לעשות איזה מלאכה האסורה בשבת משום פקו"נ, והגיע זמן בין השמשות של ע"ש, האם יחלל שבת עתה שהוא רק ספק חלול שבת, ולא ימתין למחר שהוא ודאי חלול שבת. או דילמא דהשתא עדיין אין לו פקו"נ ויש לו פנאי, ורק למחר ברגע האחרון שיכול אז יחלל השבת אע"פ שאז הוא ודאי אסור, דאז יש לו היתר דפקו"נ. וע"ש שנשאר בצ"ע.

ובקובץ הערות בהשמשות לסי' כג הביא מהח"ח בספרו מחנה ישראל שפשט מסוגין דלדרוש להו דאנוס שרי ופי' בתוד"ה ולדרוש דהיינו דינשא ברביעי ולא יבטלו תקנת חז"ל ואח"כ הביאה תהיה באנוס, ולכא' אם נימא דבאופן הנ"ל עדיף לעבור על האסור הקל בתחילה, גם כאן עדיף שתינשא ביום אחר שהוא איסור קל שעברה על דברי חכמים ולא תיבעל באיסור דאורייתא, ובע"כ דכיון שע"ז אין פקו"נ עדיף לעבור את האיסור החמור.

והנצי"ב בהעמק דבר פרשת קורח כתב דנחלקו בזה משה ואהרן, דמשה אמר "קח את המחטה ותן עליה אש מלפני ה' והנח קטורת", והיינו שיעשה הכל בפנים שלא יהיה הקטרת חוץ שהיא בכרת, אלא רק איסור קטורת זרה שהוא לאו. ואילו אהרן "וירץ אל תוך הקהל והנה החל הנגף בעם ויתן את הקטרת" והיינו מאחר ושמא עדיין לא החלה המגפה ואין היתר דפקו"נ המתין להקטיר בחוץ ועבר באיסור חמור מפני הפקו"נ. [ואולי כוונתו דלמשה היה ברור שהחל הנגף, ולא דהוי פלוגתא דמשה ואהרן בדין].

מו) ולדרוש להו דאנוס שרי, רש"י פי' דע"ז לא ימסרו עצמם למיתה וכן הוא בריטב"א, [וזה כפי' שדחו תוס']. ותירוץ הגמ' דע"ז עבדי הפרוצות ברצון ונאסרות לבעליהן. ובפשטות הכוונה שאת אותה ביאה עם ההגמון יעשו ברצון. [אך במהרש"א משמע דחיישין לבעילה אחרת וצ"ע]. ויל"ע בדברי רש"י למה לא פירש דהחשש משום איסורה דידה גופא, שכשעושה ברצון עוברת איסור [וכשם שנאסרת לבעלה מה"ט גופא דהוי אנוס ורצון יחד], ואולי י"ל דלא חשו לתקנה דידה שהיא מרשעת, אלא חששו רק לתקנת בעלה שיכשל באיסור.

ובזכרון שמואל סי' ס"ה תירץ באופן אחר, דהנה יל"ע באנוס ורצון יחד, אי מקרי אנוס או רצון, ועי' בפנ"י בקו"א בסוגיא דתנאי בגיטין שדעתו דאם היה בדעתו לא לבוא ונאנס, אי"ז גט כיון דגם בלא האנוס לא היה בא, [ובזה מפרש ד' הרמב"ם שפסק דבאנוס דלא שכיח כלל הוי ספק גט, דשמא גם בלא האנוס לא היה בא]. וכן בהפלאה ג' א' כתב דבאנוס ורצון הוי כרצון, והביא ראיה מדף נ"א דאשה שנאנסה אע"פ דבסוף ביאה אומרת שרוצה בזה אינה נאסרת דהיא אנוסה גם על הרצון, ע"ש. ואם נימא דאנוס ורצון הוי כאנוס מ"צ לטעם זה דהרצון עצמו הוא באנוס, תיפול דהיא אנוסה. עוד הביא ראיה מדין לא אפשר וקמכוין דאסור כדאיתא בפסחים. [וע"ע בהפלאה דף כ"ו].

וכתב בזכרון שמואל ד"ל דחלוק בזה אנוס מפקו"נ, דבאנוס אם יש לו גם רצון י"ל דחייב, אבל בפקו"נ כיון דיש לו היתר על המעשה, תו לא איכפת לן שהיה ברצון, וממילא ליכא בזה חיוב מיתה, אבל מ"מ נאסרת לבעלה דזה תלוי במעילת מעל בבעלה וכשי' המהרי"ק הידועה, ולזה סגי באנוס ורצון יחד. [והסוגיא דדף נ"א לפ"ז מתרי טעמי היתה נאסרת, חדא משום דהוי אנוס ולא פקו"נ, ועוד דלבעלה נאסרת אפי' באנוס ורצון יחד. והא דלא אפשר וקמכוין, דחה הגרש"ר דשם הפטור הוא מדין אינו מתכוין שאי"ז כלל מעשה איסור, וע"ז מהני המתכוין לעשות זאת למעשה איסור. אבל כאן דהוי מעשה גמור אלא דיש עליו היתר דפקו"נ, אין כוונתה מוספת כלום באיסור. אולם יעוי' בברכ"ש סי' ז' שביאר היטב דברי ההפלאה]. ולכן כתב רש"י דיש רק איסור לבעלה ולא איסור בביאה.

אולם בשטמ"ק בשם המאירי מבואר דבפקו"נ ורצון יחד איכא איסורא ע"ש, [ובמהרש"א על תוד"ה ולדרוש להו מבואר דאיכא בזה אפי' חיוב מיתה, וכתב בזכרו"ש דמסברא לא נראה כן, ואפי' להמאירי הוי רק איסור ואין בזה חיוב מיתה ע"ש בטעמא דמילתא].

[בדין אנוס ורצון עי' בקו"ה סי' מט.]

מז) תוד"ה ולדרוש להו (א'). שיטת ר"ת דהנבעלת לעכו"ם אינה נאסרת עליו דהוי כביאת בהמה, וכ' תוס' "דלא שייך למימר אחד לבעל ואחד לבועל בביאת מצרי", ויל"ע אם כוונתם דר"ת אמר כן דגם לבעל מותרת, או דכוונתם רק על הבועל. [והריב"ם שהקשה מהא דנאסרת לבעלה ודאי שהבין דלשי' ר"ת מותרת גם לבעל, אך צ"ב אם ר"ת עצמו ג"כ אינו מחלק בזה].

ובתו"י יומא פ"ב א' מבואר להדיא בשם ר"ת דאינו אוסרה לישראל בעלה ול"ש ביה כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל עכ"ל. וכ"כ המאירי בסוגין דלדעת ר"ת אינה נאסרת. וזה צ"ע טובא מהקושיות שהקשו תוס' מכמה גמרות שמבואר שנאסרת לבעלה, ועי' פנ"י שתירץ דמדברבן מודה ר"ת שנאסרת לבעלה.

אולם התרוה"ד סי' ר"ט הסתפק בדעת ר"ת אם הוא אוסרה לבעל. ובטעם החילוק כתב וז"ל, וטפי אית לן למימר דמודה ר"ת דאוסרה לבעלה ואע"ג דחשיבא כביאת בהמה הנ"מ לענין איסור דבועל משום דלגבי נכרי לא שייך איסור כמו לגבי בהמה אבל מ"מ הואיל וביאת אדם היא אוסרת לבעלה לישראל הוא ושייך איסור לגביה". וזו סברא הפוכה מהתו"י, דלתו"י עיקר ההיתר הוא על הבעל, והבועל שמותר הוא רק מאחר ולבעל מותר ה"ה לבועל. ואילו לתרוה"ד עיקר ההיתר הוא על הבועל, והבעל באמת אסור.



אולם עיקר סברת התורה"ד צ"ב, דמדבריו משמע דהדבר תלוי במי שמצווה במצוות, ואילו בתוס' משמע דהוי סברא בעצם הביאה, וצ"ע. ובחי' ר' שמואל סי' ג' מבאר חילוקו של התורה"ד באופן אחר, דהא דאין ביאת הנכרי חשובה כביאה היינו ביחס לנכרי שאין לו שם בועל, אבל האשה ודאי נקראת נבעלת ע"י אדם, דהרי גם גוי הוא אדם, ולכן אסורה לבעלה, אבל לבועל שריא כיון דאין לו שם בועל. [והא דליכא גלוי עריות - משום דלייש ג"ע אם אין בועל דלאיסור ג"ע בעינן איסור שגם הבועל משתתף בו].

ובדעת התו"ם כתב הגרש"ר דס"ל דאינה נאסרת לבעל אא"כ הוי ביאה דגלוי עריות, והא דלבעל אסורה [אי לא הך כללא דכל שמותרת לבעל מותרת לבועל], משום דביחס לגוי יש על בעילתו שם ביאה ורק ביחס לישראל אפקריה רחמנא לביאתו ע"ש.

ובברכ"ש (סי' ח') הביא מהחת"ס שמבאר דהסברא לאסור לבעל ולא לבועל, משום דלבעל יסוד האיסור משום המעילת מעל בבעל, וזה שייך גם בנבעלת לגוי, ובברכ"ש הוסיף, דביאת עכו"ם אינה איסור עריות, אבל מ"מ הוי איסור זנות, והאיסור לבעלה הוא משום זונה כמבואר ביבמות נו.:

מח) שיטת ריב"ם דבשוא"ת אין דין יהרג ואל יעבור בג"ע. ועי' בחי' הגר"ח ה' יסודי התורה, שמבאר דהדין יהרג ואל יעבור לא נאמר בעבירה בקו"ע, אבל בשוא"ת איכא להתירא דפקו"נ. וכתב הגרש"א [בחי' רע"א] דלפ"ז מותר להתרפאות בג"ע בשוא"ת כיון דיש בזה התירא דפקו"נ.

אולם בר"ן בסנהדרין ובריטב"א כאן [מובאים בשטמ"ק] מבואר דההיתר בקרקע עולם הוא מפני שבין כך יכולים לאונסה ולא יועיל לה שתמסור עצמה למיתה, ולפ"ז אסור להתרפאות בגלוי עריות.

ועי' בחי' הגרש"ר סי' ד' [ובזכרון שמואל סי' סה] שהוכיח מדברי הר"ן שגם לשיטת הריב"ם אסור להתרפא בגלוי עריות בשוא"ת, וצ"ע אמאי, הרי יש בזה התירא דפקו"נ. וביאר הגרש"ר דס"ל לריב"ם דבאמת מצד דינא דפקו"נ אין היתר דלגבי זה נתחדש בדינא דיהרג ואל יעבור שאין בזה כלל היתר דפקו"נ. ומה שהתיר הריב"ם בשוא"ת, הוא דין מסברא [וכדמוכח מתוס' סנהדרין (ע"ד) דמסברא אין חיוב למסור נפשו, והביאור הוא או דהוי הגבלה בשעור חובת האדם להשתדל במצוות. או דהוי פטור אונס] ומה"ט הוא דהתיר הריב"ם בשוא"ת, ולפ"ז במתפראין שהוא לא אנוס אלא מתפרא מדעתו ליכא להך התירא. [ועי' שביאר מדוע לענין פקו"נ אין לחלק בין קו"ע לשוא"ת, ולענין אונס יש מקום לחלק ע"ש].

דף ד ע"א

מט) ונוהג שבעת ימי המשתה ואח"כ נוהג שבעת ימי אבילות. בדין אבילות אם היא דאורייתא או דרבנן יש שלש שיטות. שיטת הגאונים המובאת ברי"ף ספ"ב דברכות דכל שבעת ימי אבילות דאורייתא שנאמר ויעש לאביו אבל שבעת ימים. והרי"ף חולק ע"ז והוכיח מהא דפליגי תנאי באנינות אם אנינות לילה דאורייתא ש"מ שאבילות דשאר ימים אינה דאורייתא אבל מ"מ יום ראשון הוי מדאורייתא, וכן פסק הרמב"ם ריש הלכות אבל. ושיטת הרא"ש ספ"ב דברכות בשם התוס' דכל ימי האבילות הם דרבנן.

ולענין שבעת ימי המשתה דחתן, נקטו רוב הראשונים דהוי דרבנן, אמנם הרא"ש בכתובות סי' ה' הביא בשם הרמ"ה דיום ראשון הוא דאורייתא שנאמר ביום חתונתו וביום שמחת לבו. [ועי' בשו"ת חת"ס חיו"ד סי' שמח ביאור הדרשה].

נ) והנה הרא"ש בברכות הוכיח מסוגין דיום ראשון דאבילות דרבנן, דאם הוי דאורייתא איך דוחים את יום ראשון דאורייתא מפני שמחת חתן דרבנן. והרא"ש בסוגין סי' ה' הביא דעת הגאונים שביי"ט שני נוהג אבילות [אם מת בו ביום] משום דאבילות יום ראשון דאורייתא דוחה את היי"ט דרבנן, והקשה הרא"ש דא"כ גם כאן תדחה, ותירץ ע"פ הרמ"ה דגם שמחת חתן ביום ראשון דאורייתא. עוד תירץ דבאמת להגאונים אבילות יום ראשון דרבנן, אלא דליום ראשון דאבילות יש סמך מן התורה, ולכן עדיף הוא מיי"ט שני. ולפ"ז מחלק הרא"ש בין יי"ט שני לחתן, דבחתן אם יתקנו שינהג יום ראשון יהיה הפסק בין ניהוג אבילות דיום ראשון לניהוג אבילות דשאר ימים ולכן התירו לנהוג קודם שבעת ימי המשתה.

נא) והרמב"ן והר"ן נקטו דלשיטת הגאונים באמת יום ראשון דאבילות דאורייתא ויום ראשון דחתן דרבנן, ועפ"ז קשה טובא איך נדחה האבילות דאורייתא מפני שמחת חתן דרבנן, ותירץ הרמב"ן א) דאין קוברין המת אלא למחרתו, ועי"ז הוי האבילות דרבנן, [דכל שאין המיתה והקבורה באותו יום הוי דרבנן]. ב) דבאמת קוברין לאלתר [וכמבואר כן ברש"י] אלא שב"ד מתנין לעקור דבר בשב ווא"ת. וכי"ת למה ביי"ט שני לא עקרו את האבילות, ע"ז מחלק הרמב"ן בתרתי, חדא דשאני חתן שהוא זמן שמחה ואין אבל במקום שמחה. ועוד שא"כ היה נוהג אבילות יום ראשון עכשיו וששה ימי אבילות אחר החתונה ואין שבעת ימי האבילות אלא רצופין [ויבואר באות נג].

והנה הר"ן נקט דלהך תירוצא דהוי משום עקירת ד"ת בשוא"ת, דלפ"ז אינו ראוי להתעסק בדברים של שמחה כל אותו היום אלא שאינו חייב לעשות מעשה של אבילות והיינו שוא"ת. אכן ברמב"ן לא נזכר פרט זה, ובדברי יחזקאל סי' יז רצה לומר דכאן גם ההיתר לשמוח מקרי שוא"ת. דיסוד דין אבילות אינו איסור שמחה אלא יסוד הדין הוא לנהוג באבילות, וכל שהוא שמח הוי בטול האבילות, ונמצא דאמנם מצד מעשיו יש כאן מעשה בקו"ע שמבטל את המצוה, אבל מ"מ החפצא של המצוה מתבטלת ע"י ההעדר של האבילות, וי"ל דהרמב"ן סובר דזה מקרי שוא"ת, והרי"ן סובר דזה מקרי קו"ע. והביא דברי הריטב"א במו"ק (י"ד) דהביא פלוגתא כע"ז בנדוי ביי"ט, דהריטב"א הקשה מה הצד דנדוי ידחה יי"ט בקום ועשה, ורצה להוכיח מזה דנדוי הוא ג"כ דאורייתא. אכן כתב הריטב"א בשם התוס' דהתנהגות נדוי ביי"ט הוא שוא"ת דשב ואל תשמח הוא.

נב) והנה לשיטות דיום ראשון דאורייתא צ"ע איך מותר לבעול בעילת מצוה, ואין לומר כתיורץ הר"ן, דזה הוי קו"ע. ובשו"ת הרשב"א (סי' קנ"ה) הוכיח מזה דגם לשיטת הגאונים אין איסור דאורייתא אלא לאחר מיתה וקבורה (וכמו שהובא לעיל בשם הרמב"ן לתרץ על ניהוג השמחה ביום ראשון) ולכן כאן בועל קודם הקבורה שעדיין אין איסור דאורייתא. והקשה הלח"מ דמדברי הרמב"ם (רפ"א מאבל) משמע דגם קודם קבורה אסור מדאורייתא, שהרי הרמב"ם כתב מקור דיום ראשון דאורייתא מאנינות שנאמר ואכלתי חטאת היום היטב בעיני ד', ואנינות נוהגת קודם קבורה כמבואר ברמב"ם הלכות מע"ש. ורצה הלח"מ לתרץ עפ"ד הר"ן דלעיל דהוי שוא"ת [וכבר תמה ע"ז המנ"ח מצוה רס"ד דהרי ביאה היא בקו"ע]. אלא שחזר והקשה שהרי הרמב"ם פסק שם בה"ב דאונן אינו מצווה במה שהאבל מצווה בו, וקשה דהא כל המקור לאבילות הוא מאנינות, [וכבר תמה בזה הרמב"ן בתורת האדם].

ובדברי יחזקאל כתב לחדש דאה"נ אונן אסור מצד עיקר הדין בכל מה שהאבל אסור בו, אלא דהרי כבר נתבאר דדין אבילות אינו אסורי ל"ת, אלא מצות קו"ע לנהוג באבילות, ומעתה כיון דאונן פטור מכל המצוות פטור גם ממצות ניהוג האבילות.

ג) ובמש"כ הרמב"ן - אות נא - דאין שבעת ימי אבילות אלא רצופין, הקשה בחי' הגרש"ר סי' ה' דבמו"ק יט א' ב' איתא דלת"ק שם הקובר מתו ב' ימים קודם הרגל משלים ה' ימים אחריו [נוחמים לא פליגי עליה אלא משום דס"ל דרגל מבטל אבילות, אבל ביסוד הדין שאפשר להתאבל לא רצופין לא פליגי]. ותירץ דצ"ל דמ"מ לכתחילה לא מפלגין להו. עוד תירץ דיסוד הדין הוא שחלות אבילות הוא אבילות של "שבעת ימים" ולא של ששה ימים ועוד יום. וא"כ גבי הך דמו"ק הימים שאחר הרגל מצטרפים לימים שקודם והוי חלות אבילות של שבעת ימים. אבל כאן שנהג ביום ראשון אבילות רק מחמת הדאורייתא, והדין דרבנן לא חייל כלל ביום ראשון כמו בשאר הימים, ונמצא דחלות הדין דרבנן יחול רק אח"כ לששה ימים, וע"ז נקט הרמב"ן דלא מצינו אבילות לששה ימים. וע"ש שהאריך.

נד) ובעל בעילת מצוה ופורש. הנה בברכות יח. פליגי ת"ק ורשב"ג אם אונן בשבת מותר בתשמיש המטה. וכתב הרמב"ן בתורת האדם דלכאורה מסוגין ראייה דמותר, דבגמ' בע"ב אמרין דהא דבועל לאו קילותא היא אלא מעיקר הדין משום דאכתי לא חיילא עליה אבילות. עוד מוכח דאפי' בחול שרי דאון הוי בחול שהרי עדיין לא חיילא עליה עדיין שמחה דחופה ולא אתי עשה דיחיד דהשתא ודחה עשה דמעיקרא. ואפי' אי נימא דחלה עליו שמחה כשנכנס לחופה מ"מ דמי לשבת ויהיה ראייה דהלכה דבשבת שרי. ותירץ הרמב"ן דודאי שיש בזה קולא "באנינות", אלא דכוונת הגמ' בע"ב דאין קולא "באבילות", וכיון דאנינות קילא מאבילות לא יבוא להתיר דברים באבילות מחמת הקולות שראה באנינות דמקילא לחמירתא לא ילפינן. [ובהמשך דבריו הוכיח הרמב"ן מהא דתניא בועל בעילת מצוה ופורש, אלמא דאח"כ אסור לו לבעול]. וע"ע ברמב"ן מו"ק כ' וצ"ב.

נה) צ"ב מהו ההיתר לבעול, דלכא"ו סיגי במה שנתיר להכנס לחופה בלא בעילה. [ויל"ד לשיטות דחופה שאין ראויה לביאה לאו שמה חופה]. והנה במאירי כאן מבואר דההיתר משום שהנשואין צורך ביאה הם ולכן הקילו בחתן, ובמאירי ברכות יז כתב דכל מה שאסרו תשה"מ באונן הוא משום זלזול במת, וכשעושה כן לצורך חתונה אי"ז זלזול, ובט"ז יו"ד סי' שמ"ב כתב דההיתר הוא משום פסידא [כנראה שאם לא יתירו לבעול לא ינשאו עתה ויהיה פסידא דסעודה].

וברבנו ירוחם (שהעתיקו הנקודות הכסף בסי' שמב) מבואר דאם לא נבעלה עדין לא חלה שמחה ואין מה שידחה את האבילות, דרך הביאה היא גמר השמחה. ואמנם הביא רי"י שנחלקו הרי"ף גיאות והרא"ש באופן שעשו חופה בטרם שמת, [והמת לא היה אביו ואמו] דהרי"ף גיאות סובר דנוהג שבעת ימי המשתה תחילה דכבר חלה השמחה, [דרך בחופה שאחר האבילות נשלמת השמחה ע"י הביאה, אבל בחופה בלא אבילות השמחה נשלמת בחופה] והרא"ש סובר דגם בכה"ג לא חיילא השמחה עד אחר ביאה, וינהג ימי אבילות ואח"כ יבעלה וישמח שבעת ימים. [וע"י בשטמ"ק כאן שהאריך בענין זה].

נו) הרא"ש כאן מדייק מהרי"ף דבמתו שאר קרובים ג"כ יעשה חופה ויבעול, אלא דאז נוהג את שבעת ימי המשתה אחר ימי האבילות. והרא"ש חולק דכל מה שהתירו לעשות חופה ולבעול הוא משום הפסידא אבל כשאין פסידא לא יכנס לחופה ולא יבעול כלל.

ומבואר מדברי כולם דמעיקר הדין שבעת ימי המשתה נדחים מפני האבילות ורק מחמת הפסידא תקנו שיקדמו שבעת ימי המשתה. והנה ברמב"ם פ"א ה"ז מאבל כתב דמי שמת לו מת בתוך שבעת ימי המשתה יסיים שבעת ימי המשתה ואח"כ יתאבל, ולכא"ו זה דלא כהרי"ף והרא"ש הנ"ל וצ"ע. ועוד צ"ע מד' הרא"ש המובא ברי"ו דלעיל. ותירץ החת"ס (חיו"ד סי' שמ"ח) דשאני בגוונא דהרא"ש והרי"ף שמת המת קודם לחופה, וכבר חלה עליו חובה לקבור ולהיכנס בדין אבילות, וכיון שכך מקרי שהאבילות קדמה [אע"פ שבפועל חלה רק אחר קבורה] משא"כ הרמב"ם מיירי שחלה כבר השמחה קודם.

נז) כתב הרמב"ם פ"א ה"ז מאבל דימי המשתה לא עולים לשלשים. והראב"ד השיג דעולים, וכוונתו דלא גרע מרגל שהקובר מתו ברגל עולה לו למנין שלשים. ובכס"מ שם הביא מהטור בשם הרמב"ן שמחלק דחתן גרע דמותר בגיהוץ ובתספורת כל ימי המשתה משום דמלך ביופיו תחזינה עיניך ולא הוי קיום ניהוג של שלשים ולכן אין הימים עולים לו. נח) בדין פתו אפויה וטבחו טבוח ויינו מזוג, דעת הרשב"א דסגי בפסידא דחדא, ובריטב"א משמע דבעינן פסידא דתרתיה ע"ש. ובב"ח סי' שמב סובר דבעינן כל שלשת הדברים, דאם חסר אחד מהם ובין כך צריך לטרוח עליו לא התירו, והש"ך סק"א פליג ע"ש.

נט) אין מונעין תכשיטין מן הכלה כל ל' יום. רש"י מפרש דהכוונה כל שלשים ימי אבל, וכל שכן אחריהם והראשונים (עי' רא"ש ורשב"א) מפרשים דכל שלשים יום הכוונה לשלשים ימי היותה כלה. וע"י מג"א סי' תרי"ג [המצוין בגה"ש] שהקשה דביומא מוכח כפי' הרא"ש ע"ש.

והנה לדעת רש"י בפשוטו משמע דההיתר דכלה הוא אפי' אחר ל' יום, אך זה צ"ע מהגמ' ביומא הנ"ל דכלה תרחץ ביומ"כ רק כל שלשים, וצ"ל דתרווייהו איתנהו ביה דבעינן שלשים לכלה ושלשים לאבילות [לאפוקי תוך שבעה שלרש"י אסורה ולשאר ראשונים מותרת] ברם קצ"ע מש"כ רש"י וכ"ש אח"כ וצ"ב.

ובתניא רבתי סי' סז כתב בשם מהר"ל צדקיה להוכיח מרש"י דס"ל כראב"ד - אות נז - דשבעת ימי המשתה עולין לשלשים, דאם נימא דאין עולין א"כ יסתיימו השלשים של אבילות אחר השלשים של הנשואין, ואיך תהיה מותרת אז בתכשיטין, ובע"כ דהשלשים נמנים מיום הקבורה ומסתיימים יחד עם הנשואין. ואכן כ"ז לצד השני שנתבאר לעיל דההיתר הוא רק בשלשים לנשואין. ובמרדכי במו"ק מבואר דלרש"י אחר שלשים דנשואין ג"כ מותרת כל הי"ב חודש, ואבילות קילא מיוה"כ שכיון שהותר בתוך שלשים שהם עיקר האבילות כ"ש אח"כ, שהוי אבילות קלה יותר, ולפ"ז ג"כ קיימת ראית התניא רבתי, דבתוך ה' לאבילות מותר רק אם הוי ל' לנשואין, ומיושב גם לשון רש"י וכ"ש אח"כ דהכוונה אחר ה' כל י"ב חודש [ועיין במח"ש סי' תריג, וע"י בחי' ר' שמואל סי' ו'].  
ס) מסייע ליה לר' יוחנן דאר"י אע"פ שאמרו אין אבילות במועד אבל דברים שבצינעא נוהג. כך היא גירסת הספרים, אבל הבעה"מ במו"ק גורס אע"פ שאמרו אין אבילות "בשבת", והיינו דדוקא בשבת נוהג אבילות בדברים שבצינעא אבל במועד אין נוהג אבילות כלל.

והרמב"ן (במלחמות ובתורת האדם) מדייק כך גם מדברי הרמב"ם (פ"י ה"ג מאבל, וע"ש בכס"מ) והקשה ע"ז דהא חתן דמי לרגל, ששניהם אינם עולים למנין שבעה וא"כ מוכח דגם ברגל נוהג דברים שבצינעא.

ובלח"מ מתרץ דשבעת ימי המשתה שמחתם פחותה משמחת הרגל ושמחה קלושה כזו הרי היא כשבת. ובחי" הגרש"ר (סי' ה') ביאר דיסוד המחלוקת הוא אם מה שאינו נוהג דברים שבצינעא [לדעת הרמב"ם] הוא מחמת שאחר שאינם עולים למנין שבעה אין כאן מחייב דאבילות. או דילמא דהטעם משום דמצות שמחת יו"ט אוסרת גם ניהוג של אבילות בצינעא. והנה מלשון הרמב"ן משמע כטעם הראשון, ולפי"ז שפיר דימה הרמב"ן יו"ט לחתן, דבשניהם אין הימים הללו עולים למנין שבעה. אבל בדעת הרמב"ם והבעה"מ י"ל דס"ל דהטעם הוא משום דהשמחה אוסרת בדברים שבצינעא, ולפי"ז שפיר יש לחלק דביו"ט הוי איסור אפי' על הדברים שבצינעא, משא"כ בחתן דיסודו משום מלך בפינו תחזינה עיניך זה רק דין על אבילות בצינעא ולא על אבילות בפרהסיא. [ואי"ז סתירה למשנ"ת באות נז דשם מיירי לענין ניהוג מצות שלשים, וכאן מיירי לענין ניהוג אבילות דצינעא].

דף ד ע"ב

סא) מבואר בגמ' דמותר להתייחד עם אשתו נדה (אם כבר בעלה פ"א). והנה איסור יחוד דעריות הוא דאורייתא וכמבואר בע"ז ל"ו ב' ע"ש, וב"ד של דוד גזרו על יחוד של פנויה. ולפי"ז קשה איך מותר ביחוד עם אשתו נדה הרי הוי זה איסור דאורייתא. ויעוי' בתוס' סנהדרין ל"ז א' שביארו דכל האיסור דאורייתא הוא רק בעריות שאין להם היתר אבל נדה שיש לה היתר לאח"ז אין אין בזה איסור יחוד מדאורייתא. וסיימו תוס' "ומיהו היכא דלא בעל אפי' נדה אסורה להתייחד כדאמרין בפ"ק דכתובות", וריהט לשונם משמע דזה איסור דאורייתא, וצ"ב דלכאוי' לשיטת תוס' האיסור לפני ביאה הוא רק מדרבנן.

אמנם מלשון הרמב"ם (פכ"ב מאיסור"ב הל"א) משמע דיחוד נדה קודם בעילה אסור מדאורייתא, והא דשרי אחר בעילה [-] דהקרא דדריש בסנהדרין בסוגה בשושנים הוא רק מדברי קבלה וכמו שהקשו התוס' תירץ בדברי יחזקאל סי' טז ע"פ הרמ"ה שביאר דהיתר דבן עם אמו הוא משום דלא מיגרי ביה יצה"ר, ולפי"ז י"ל דגם באשתו אחר בעילה לא מיגרי ביה יצה"ר וזהו דילפינן בסנהדרין מקרא דסוגה בשושנים דזהו גלוי מילתא דאז לא מיגרי ביה יצה"ר.

[ולענין יחוד בחייבי לאוין, עי' בפרישה (סי' כד) דכתב דאסור מדאורייתא, ובדבר"י שם ר"ל דזה אסור רק מדרבנן, והביא ראיה דהרי לדעת הרמב"ם פנוי הבא על הפנויה עובר בלאו, וא"כ למה לא אסור יחוד עם הפנויה מדאורייתא, ויש לדחות].

סב) תוד"ה עד. בדין גולל ודופק, תנן אהלות פ"ב מ"ד הגולל והדופק מטמאין במגע ואהל ואינן מטמאין במשא, ר' אליעזר אומר מטמאין במשא. ופליגי רש"י והרמב"ם אימת מטמא, דברש"י עירובין ט"ז א' כתב דמטמא לעולם באהל כמת עצמו ואפי' ניטל משם, ומבואר שאפי' אם המת אינו שם ג"כ טמא. אבל הרמב"ם פ"ו ה"ד מטו"מ כתב: ואם פרשו מלהיות גולל או שהסיר המת מתחתיהן הרי הן טהורין. ובקו"ש הקשה איך נטהר ע"י פרישת המת (לדעת הרמב"ם) הרי כל הכלים אין עולין מידי טומאתן אלא בשנוי מעשה, ואפי' אי נימא דאין הגולל מטמא מצד עצמו - שהוא נטמא מן המת. אלא שהמת מטמא את הנוגע בגולל, אכתי קשה דהרי גם בידות מצינו דאין עולין מידי טומאתן אלא בשנוי מעשה. וביאר הקו"ש דאין הגולל "מקבל טומאה" אלא הוא "חפצא דטומאה" כמו שרץ, ובה צריך שכל רגע תהיה בו סיבת הטומאה, וכשפירש המת תו לא מקרי "גולל" ואיחן בו את סיבת הטומאה. ובדעת רש"י כתב דס"ל דגם כשפירש אכתי אית ליה שם גולל.

ובחזו"א (אהלות סי' ז' סק"ח) נקט בדעת הרמב"ם שהטומאה ע"י המת ועי' בקו"ש אות טז שהביא להוכיח כן מהתמים דעים בשם ר"י [ומשה"ק הקו"ש מידות, י"ל דשם עדיין מחוברים הידות לטמא, אבל כאן כבר פרש המת], עוד מצדד שם החזו"א די"ל דלכו"ע (גם לרש"י) אין הגדר דהגולל טמא, אלא הוא שהנוגע בו טמא [ע"ש ראיתו לזה].

סג) כתבו תוס' בשם ה"ר דוד מנצינבורק דרק גולל ודופק שפירשו טמאים, אבל אם הם טמונים בטלים אגב קרקע. ומשמע כוונתם שפירש הגולל לבד. ובחזו"א (אהלות ז' ו') הקשה שהרי בסוף הדבור הביאו תוספתא שאפי' אם היו שני אבנים ופירשה אחת אין השניה מטמאה שיש לטומאה דרך שיצא, וא"כ למה אם פירש כל הגולל טמא. [ובאמת זהו דעת רש"י בעירובין ט"ז, וכמשנ"ת לעיל דס"ל דאפי' פירש טמא, וקשה מהתוספתא הנ"ל].

עוד הקשו התוס' על רש"י מהא דמדלגין היינו ע"ג ארונות של גוים, והקשה החזו"א (שם) דהרי מבואר בתוס' ברכות י"ט ב' דהארונות היו פתוחין מן הצד, וא"כ יש לטומאה דרך לצאת וליכא בזה דין גולל כמבואר בתוספתא הנ"ל, ומה הקשו תוס'.

[ואולי יש לבאר דסברת רש"י היא דגולל מטמא כל עוד שיש לו תורת "גולל". וכשפירש המת או הגולל ועתיד להחזירו עדיין גולל הוא [כמש"כ הקו"ש], אלא דבאופן שהיה הגולל משני אבנים וניטלה אחת מהם, דיינינן לה כנשבר הגולל, דאין האבנים גוף אחד שנדונם כפירש המכסה ולכן טהור. ונראה דמש"ה השעור שם הוא בד' טפחים, דד' טפחים הוא שעור הוצאת המת [וכדתנן באהלות פ"ז מ"ד] וכשנפרץ שעור זה לא מקרי "כסוי" כיון שהמת יכול לצאת מלמעלה, וממילא פקע מיניה שם גולל וזהו ביאור דין "מפני שיש לטומאה דרך שיצא".

ולפי"ז אי"ש קושית התוס' מארונות, דאע"פ שהארונות פתוחים בראשם מ"מ אין זה מבטל תורת כסוי מהגולל, דנהי שיכול המת לצאת מראש הארון, מ"מ במקום הכסוי הוי כסוי גמור ותו לא איכפת לן שהמת יכול לצאת מראש הארון, דאי"ז מחסר בשם גולל של הכסוי.

דף ה ע"א

סד) גזירה שמא ישחוט בן עוף. עי' ברמב"ם (פ"י הי"ד מאישות) שאסר מה"ט גם נשואין ביום בע"ש ובאחד בשבת. ובתוס' להלן ז' א' ד"ה והלכתא הוכיחו דלהלכה ל"ח להך גזירה דשמא ישחוט בן עוף, ועי' בראשונים כאן אריכות בזה, איך בזה"ז נשואין ביום ו'.

סו) א"נ התם אית ליה רווחא הכא לית ליה רווחא. מבואר בגמ' וברש"י דאין חיוב אכילה בליל ערב יוה"כ. ובמג"א סי' תר"ד הביא בשם השל"ה שיש פלוגתא בזה, והגר"א והיד אפרים הוכיחו מסוגין דאין חיוב אכילה. [ואולי י"ל דגם הלילה הוא זמן אכילה, אלא דאין דין לקבוע סעודה גם בלילה וגם ביום, וסגי בסעודה אחת לכל היום] [כמו שא"צ לעשות סעודה בכל שעה] ורגילין היו לעשות אותה סעודה ביום, וצ"ע.

סז) אבעיא להו בתולה נשאת ברביעי ונבעלת ברביעי וכו'. עיין בראשונים שהקשו איך מותרת להיבעל בשבת ולא חיישינן שתתקרב דעתו, והרא"ה סובר דאין איסור בבעילה, אלא דתקנו את הנשואין בזמן שמסתבר שאז יעשה הבעילה באופן שלא תתקרב דעתו, וכע"ז בתוס' בע"ב, והרמב"ן מבאר באופן אחר ע"ש.

סח) בפניי בקו"א אות א' הקשה למה לא נשאים היום בחמישי משום ברכה, וע"ש מה שיישב ע"פ ביאורו בדברי הרא"ש, ומ"מ מסיים דלשיטת תוס' ראוי לקבוע הנושאים ביום החמישי.

דף ה ע"ב

סט) דם מפקד פקיד או חבורי מחבר. בדין איסור חבורה נאמרו בראשונים שלש שיטות. שיטת רש"י [מובא בתוס' כאן] דחייב משום צובע. ושיטת תוס' דחייב משום נטילת נשמה. ושיטת הרמב"ם (פ"ח מהלכות שבת ה"ז) דחייב משום מפרק [שהוא תולדה דמלאכת דש].

והנה איסור נטילת נשמה מפורש בשבת ע"ה גבי שחיטה כמו שהביאו תוס' [וכן הוא מוכרח דהרי השוחט הוא אב נפרד מצובע ומדש] אלא דרש"י והרמב"ם ס"ל דחבורה לא מקרי נטילת נשמה, ובפשטות הסברא דרק אם הורג את כל הבהמה הוי נטילת נשמה, אבל אם עושה חבורה לא חשיב נטילת נשמה.

והתוס' הקשו על רש"י דהכא לא שייך צביעה, ובשטמ"ק מיישב דרוצה לצבוע האשה או הסדינין כדי להוכיח שהיא בתולה, אכן הקשו הראשונים עוד קושיא, דאם האיסור משום צובע מה לי אם מפקד פקיד או חבורי מחבר, הרי מ"מ צובע הוא. ובשטמ"ק מיישב דבעינן דוקא צביעה ע"י טורח או אומנות, [ובלא זה הוי רק כמלכלך ואין לזה חשיבות מלאכה], ולכן אם מפקד פקיד אין טורח בזה ולא חשיב צובע. וגבי מילה תירץ בשטמ"ק דאין חייב משום צובע אלא משום גזוז [ועי' מש"כ בזה בדברי יחזקאל - נדפס בדפוסים החדשים בסוף הספר, וכן באהל אברהם על כתובות].

עוד הקשו תוס' על רש"י מהא דאלו טריפות דביצא הדם חייב אפי' בשאר בע"ח אע"פ שאין להם עור [ועיין בשטמ"ק שתירץ דיש להם עור דק והוא נצבע כשהדם בחוץ] ובקרו אורה בחולין מיישב דכל מה שנקט רש"י דאין חייב משום נטילת נשמה הוא דוקא בלא יצא הדם לחוץ, אבל אם יצא הדם חייב משום נטילת נשמה, [ולפי' מיושבות גם שאר קושיות תוס']. וכן משמע בירושלמי המובא ברשב"א ר"פ שמונה שרצים, ע"ש.

ע) ושיטת הרמב"ם דחייב משום מפרק, והקשה המנ"ח (במלאכת דש) דא"כ מה לי אם דם מפקד פקיד או חבורי מחבר, והרי במלאכת מפרק לעולם החטה מפקד פקיד בקש, [וכן בחולה בשבת חייב משום דש אע"פ שהחלב מפקד פקיד כמבואר ברש"י שבת דף צה] [וכע"ז קשה מהגמ' שבת קלג: המובאת כאן בתוס' דמציצת דם מילה תליא באם הדם מפקד פקיד או חבורי מחבר].

ובספר משנת השבת (מלאכות) עמ' קפא, כתב ליישב ע"פ מש"כ הר"א בן הרמב"ם בתשובותיו (סי' יח) דחלוק "דש" מ"מ מפרק" והם דמפרק תולדה דש מ"מ דיניהם חלוקים, דמפרק נוהג גם בדבר שאינו גידוי"ק לכו"ע, [משא"כ בדש נחלקו ר"י ורבנן בשבת דף עה אם נוהג בחלזון שאינו גידוי"ק]. והגדרת מלאכת מפרק הוא כשנוצר דבר חדש ע"י הפירוק כגון בחובל שקודם היתה בהמה ועתה יש דם, אבל דישה הוי רק הבדלת החיטה מקליפתה, אבל החיטה היתה קיימת קודם.

ולפי' י"ל דכל מאי דחייב בחיטה ובחלזון אע"ג דהדם מפקד פקיד, זה מפני ששם חיובו משום מלאכת דש, אבל בדם בתולים ובאומנא דמייץ דם מילה א"א לחייבו מטעם דש, דהרי אי"ז גידוי"ק ופסקינן כחכמים שאין דישה בגידוי"ק, וא"כ כל חיובו משום מפרק, ובה י"ל דכיון דהגדרת מלאכת מפרק הוא ליצור דבר חדש, זה תלוי באם הדם מפקד פקיד [דאז אי"ז דבר חדש - ופטור], או חבורי מחבר [דאז חייב משום מפרק דיוצר דבר חדש]. וע"ש שיישב בעוד אופן.

עא) והא דלרש"י ותוס' אין איסור משום מפרק כהרמב"ם, הנה בדעת תוס' י"ל דס"ל דאין חלוק בין מפרק לדש ותרויהו לא נאסרו בדבר שאין גידוי"ק [לדעת חכמים]. אכן בדעת רש"י שכתב דחולב חייב משום דש (שבת עג:) א"א לתרץ כן, ועי' במשנת השבת שם משכ"ב.

עב) תוד"ה דם. פירש ר"ת דהוצאת דם חשיבא נטילת נשמה כי הדם הוא הנפש וכשנוטל מקצתו נוטל מקצת נשמה. [ולשון הרשב"א ר"פ שמונה שרצים: וחייב משום נטילת נשמה שבאותו מקום].

ומבואר מדברי התוס' עוד, דבאומנא דמייץ דם המילה הוי זה איסור דאורייתא, ואע"פ שאינו צריך לדם, מ"מ כיון שיש בזה משום רפואת התינוק מקרי מלאכה הצריכה לגופה. ולהלן בתוד"ה לדם, כתבו ב' פירושים גבי דם בתולים, א) שי ר"ת דצריך הוא שלא יהא הדם בפנים כדי שלא ילכלכנו בשאר בעילות, ולפי' כתבו דהוי מלאכה שאצ"ל"ג. ב) ובשם ר"י פירשו שצריך הוא לדם לראות שהיא בתולה, ולשיטה זו הוי צריכה לגופה.

והנה לפמ"ש"כ לפי פירוש ר"י דהוי צריכה לגופה מוכח דגם היכא דצריך לדם עצמו מקרי צריכה לגופה וכן מוכח בשבת ק"ו גבי חובל וצריך לכלבו, ונמצא לפי' דמקרי צריכה לגופה בין אם צריך הדבר לצורך הגוף בין לצורך הדם, וצ"ב מ"ש מחופר גומא וא"צ אלא לעפרה דמקרי א"צ לגופה, הרי דמיא זאת לצריך לדם.

וביאר הקה"י (סי' ג') [וקרוב לזה בחי' הגרש"ש, ועי' בדברי הגרש"ש שבספר אהל אברהם], דבמלאכת נטילת נשמה יסוד האיסור הוא הפרדת הגוף מחיותו, וכיון שהמלאכה מתיחסת להפרדת שני החלקים סגי בצריך לאחד מן החלקים. [והביא שם דברי הרמב"ן בשבת דק"ו, דמפרש כן להדיא, ומדמה לה לגזוז דמקרי צריכה לגופה גם אם התקון אינו בגיזה אלא בגוף שממנו גזוז] משא"כ בחופר גומא "שהבנין הוא בקרקע והוא הנקרא מלאכה" [לשון הרמב"ן] וביאר הקה"י דשם אין המלאכה הפרדת העפר מן הגומא, אלא יצירת הגומא, ומש"ה אינו חייב אלא כשצריך לגומא.

עג) והנה לשיטת ר"ת דצריך שלא יהא הדם בגוף האשה מבואר בתוס' דמקרי אצ"ל"ג, וצ"ע דמ"ש מאומנא דמייץ שג"כ רצונו שלא יהא דם בגוף התינוק כיון שמזיק לו, ושם מקרי מחמת זה צריכה לגופה. ועיין ברש"ש שמחדש שבאמת גם באומנא דמייץ הוי אצ"ל"ג, ורק אם צריך לדם עצמו מקרי צריכה לגופה [ודלא כמשנ"ל לעיל] והא דאומנא חייב הוא רק למ"ד מלאכה שאצ"ל"ג חייב עליה, ומש"כ תוס' דאם המלאכה היא החלשת התינוק פטור, כוונתם משום דהוי מקלקל, והקשה בקה"י דבלשון תוס' מפורש דהפטור משום דהוי מלאכה שאצ"ל"ג.

והבית יעקב תירץ דבתינוק שהוא משביח את התינוק ומרפאהו הוי מלאכה הצריכה לגופה, משא"כ בבתולה שהיא עדיפא מבעולה הוי קלקול בגוף האשה, ובקה"י תמה ע"ז דמה ענין הקלקול לדין מלאכה שאצ"ל"ג.

והקה"י מפרש דכאן ברצונו היה שישאר הדם לעולם ולא יצא, ועיקר קפידתו רק שלא ימצא הדם בפרוזדור, ולכן נחשב אצ"ל"ג גם ביחס לגוף האשה, שאין גוף האשה נתקן במה שיצא הדם אלא רק תקון מבחוץ איכא שלא יהא הפרוזדור מלוכלך בדם.

[ובחי' הגרש"ש בספר אהל אברהם כתב דכאן אינו מתקן אף חלק אלא רק מתקן ענין צדדי לעצמו שלא יתלכלך. וצ"ב למה לא מקרי תקון באשה שאינה מלכלכת בשעת ביאה].

עד) לדם הוא צריך ושרי. הקשו הראשונים דהרי פסיק רישיה הוא שיהיה פתח, ותיירץ רש"י "יש שבקיאין בהטיה ואין דם יוצא ואין פתח נפתח". ובמהרש"א הקשה דהרי אם לדם הוא צריך הרי מתכוון הוא שיהא פתח בשביל הדם ושוב הוי פסיק רישיה, ותיירץ, דבאמת כוונת רש"י על דרך שכתבו התוס' דאפשר להוציא דם בלא פתח, ומה שהוסיף רש"י דאין פס"ר על הפתח, - זאת הוסיף רש"י ליישב לשינא דאיכא דאמרי דלהנאת עצמו הוא מתכוון ואין מתכוון לדם ואין כאן פס"ר אפי' כלפי הדם, וכן מבואר בשטמ"ק.

אכן מלשון הריטב"א נראה דגם ל"ק לא הוי פס"ר, דמאחר ויתכן דלא יצא דם ולא יהיה פתח מקרי אינו מתכוין ע"ש, וכן מפורש להדיא במאירי. [ועיין ברשב"א משה"ק על הראב"ד, ואי"ז שייך לנדון דידן, דהוא מייירי שכשיעשה בלא הטיה הוי פס"ר גמור]. וצ"ב דמאחר ומתכוון לדם, ואם יהיה דם הוי פס"ר שיהיה פתח, למה לא מקרי פס"ר.

ולכאוי' חזינן דכל דין פס"ר הא רק אם ברור שע"י מעשיו יעשה גם הדבר שאין מתכוון אליו, אבל אם אי"ז ברור לא מקרי פס"ר, דאע"פ שהוא מתכוון לדבר אשר בקימו פס"ר שיעשה גם הדבר השני, מ"מ כיון דלא ברור כלל שיצליח במעשיו אי"ז פס"ר. [ויבואר בעז"ה להלן ו' ע"א הסברות בזה].

עה) תוד"ה את"ל הלכה כר' יהודה מקלקל הוא אצל הפתח. והנה רש"י כתב דכאן אי"ז תלוי בפלוגתא דר"י ור"ש במקלקל בחבורה, דכל פלוגתתם בחבורה ובהבערה [ומהכרח הדרשות דמילה ובת כהן - כמבואר בשבת ק"ו א'] אבל במלאכת בונה לכו"ע בעינן שיהא מתקן.

אמנם מדברי התוס' שכתבו כאן "פי' דר' יהודה אית ליה דמקלקל בחבורה פטור" משמע דגם בעשיית הפתח לר"ש חייב במקלקל, וע"י במהרש"ל משכ"ב, והמהרש"א כתב דתוס' כתבו דבריהם רק משום לישנא בתרא דהנידון במקלקל בחבורה.

עו) תוד"ה את"ל הלכה כר"י מקלקל בחבורה הוא. ע"י היטב בתוס', ומבואר מדבריהם דבחובל ומבעיר כשם שמקלקל חייב כך כל הדברים הנלמדים מקרא דמלאכת מחשבת לא נהיגי, ולכן מתעסק חייב. [וכוונתם על מתעסק דשבת, הנלמד מקרא דמלאכת מחשבת כמבואר בכריתות יט, אבל מלבד זה איכא עוד סוג מתעסק שהוא פטור בכל התורה ונלמד מקרא דבעשותה, ע"י בכריתות שם, ומבואר היטב בתוס' שבת ע"ב ב'].  
והבית יעקב הקשה דהרי מבואר בכמה דוכתי דגם בחובל ומבעיר בעינן שתהא המלאכה צריכה לגופה [לר"ש דפוטור במלאכה שאצ"ל] - ע"י בתוס' שבת ק"ו א' ד"ה בחובל שהוכיחו כן - ומ"ש מלאכה שאצ"ל ממתעסק, וכתב הבית יעקב דבע"כ צ"ל דפטורא דמלאכה שאצ"ל אינו נלמד מקרא דמלאכת מחשבת, אלא דכל שלא הוי דומיא דמלאכת המשכן אי"ז מלאכה כלל.

ודבריו תמוהין, דע"י בסוגיא דחגיגה י' א', דחופר גומא וא"צ אלא לעפרה פטור, מאי לאו כר"ש, ומשנינן אפי' כר"י ומשום דהוי מקלקל, ואהא מיייתנן קרא דמלאכת מחשבת, ומשמע דהך קרא קאי בין לפטורא דאצ"ל ובין לפטורא דמקלקל, וכן מבואר להדיא ברש"י שם בע"ב, וכ"ז דלא כב"י שנוקט דפטורא דאצ"ל אינו נלמד ממלאכת מחשבת. ובאמת שאת קושית הבי"י הקשו תוס' בשבת דף ע"ה א' ד"ה טפי, והוכיחו מהך סוגיא דחגיגה דפטורא דאצ"ל הוא משום מלאכת מחשבת. [וע"י בתוס' שבת צ"ד א', דדעת תוס' דאצ"ל הוא כשא"צ לאותו צורך שהיה במשכן, כי הצורך שהיה במשכן הוא גוף המלאכה ושרשו, ושי' רש"י דאצ"ל הוא באופן שברצונו לא היתה באה לו הך מלאכה ע"ש, ובפשטות לשי' תוס' הסברא נוטה כדברי הבית יעקב דאין הפטור משום מלאכת מחשבת אלא משום דאי"ז כלל מלאכה]. ובקה"י (סי' ד') מיישב עפ"ד חידושי הר"ן [המיוחסים לריטב"א] שבת ק"ו א', דיש שני דינים במלאכה שאצ"ל, דבמקום שאין מתכוון כלל למלאכה אחרת, [אלא רק לתקון שאינו בגוף המלאכה] אז הפטור משום מלאכת מחשבת. אבל אם יש צורך אחר מתיקון המלאכה שהוא מתכוון אליו אז נטפלת המלאכה האסורה להך צורך השני, ובזה הפטור משום שאין ע"ז את שם המלאכה האסורה, ע"ש. ולפ"ז א"ש דהא דמבואר בחגיגה דהפטור משום מלאכת מחשבת היינו שיש גם פטור של מלאכת מחשבת [וני"מ כשאין לו צורך אחר בגוף המלאכה] והא דמבואר דבחובל ומבעיר בעינן שתהא המלאכה צריכה לגופה היינו רק לאפוקי שלא תהא לצורך אחר שאינו גופה.

דף ו' ע"א

עז) האי מסוכריא דנזייתא אסורה להדוקה ביומא טבא. רש"י פי' דהנדון משום איסור סחיטה. ומבואר בתוס' דיש ב' אסורים בסחיטה, מלבן, ודש. ור"ת הקשה דכאן ל"ש לא איסור מלבן ולא איסור דש, דמלבן שייך רק במים ולא ביון, ודש ל"ש כאן כיון דהוי פס"ר דלא ניחא ליה.

והר"י פליג על ר"ת בשני ההנחות, א) דשייך מלבן גם בשאר משקין. ב) פס"ר דלא ניחא ליה אסור. ומיושבת בזה שיטת רש"י. וע"י בר"ן ס"פ שמונה שרצים, שסובר כר"ת דאין כיבוס בשאר משקין, מיהו ביון מודה דשייך ביה כיבוס [וראיה מדממעטין גבי שביעית לאכלה ולא למשרה ולא לכבוסה], ומ"מ נוקט הר"ן דבמסוכריא אין משום לבון שאין דרך לבון במסוכריא [וע"י בביאור הלכה סי' שכ שמשאר הראשונים שלא הזכירו סברא זו משמע דפליגי ע"ז] ומ"מ מיישב הר"ן דהאיסור לסחוט המסוכריא הוא מדרבנן.

עח) ובפלוגתא דר"ת והערוד עם ר"י האם פס"ר דלא ניחא ליה אסור. צריך להקדים יסוד ושרש ההיתר של דבר שאין מתכוון [בכל התורה]. והנה יש מהאחרונים שלמדו דכל אינו מתכוון אין המעשה מתיחס אל העושה, והיינו דנחשב כאילו הוא עשה את הדבר שהתכוון אליו, והדבר שלא התכוון כאילו נעשה מאליו [ע"י קוב"ש ח"ב סי' כ"ג שמבאר כך], אולם בשערי ישר (ש"ג פכ"ה עמ' רסה) [וע"ע מה שנדפס משמו באהל אברהם] מבאר דאין החסרון בהתייחסות המעשה, אלא בשם המעשה. והיינו דכדי לחייב על מלאכת שבת למשל משום בונה, בעינן שתיקרא המלאכה מלאכת בונה, ואם יש שתי תוצאות מהמלאכה הדבר תלוי בכוונתו, דאם עיקר עשיתו לצורך אחת המלאכות, נקבע שם המלאכה לפי כוונתו ואין ע"ז את שם המלאכה האחרת. ויש שביארו באופן שלישי, [וע"י שו"ת משנת ר' אהרן] דהתורה חייבה רק אם עושה המעשה בכוונה, אבל אם עושה בלא כוונה פטור, [ואין הטעם משום שם המעשה או התייחסות המעשה, כי אם דכך הוא הדין שאין חייב אלא במתכוון].

ולפ"ז נבוא לבאר איסורא דפסי"ר. דהנה להביאור דבאינו מתכוון אין התוצאה השניה מתייחסת אליו, הביאור בדין פסי"ר יל"פ בתרתי [וחקר בזה הקו"ש כאן אות יח]. א) דע"י שידוע שיהיה כן מתכוון גם לתוצאה. ב) דכיון דהתוצאה השניה היא פס"ר, נמצא שהיא כלולה בהכרח במעשה, וסגי בכוונתו לאחד מהדברים כדי לייחס המעשה אליו דא"א להפריד בין הדבקים וחד מעשה הוא.

ולפי הסבר הגרש"ש הביאור בדין פס"ר הוא דכיון שהתוצאה השניה מונחת בהכרח במעשה, ממילא יש על המעשה שם המלאכה השניה מצד עצם מציאותו, וא"צ כלל לכוונה בזה, ולהסבר השלישי בע"כ הגדר דפס"ר הוי כמתכוון. [אלא שיש לדון אם הוי כמתכוון על הדבר השני, או דסגי במה שמתכוון על המעשה שבו כלול הדבר שאינו מתכוון אליו, לדון כמתכוון כיון דבהכרח הוא כלול בו].

ע"ט ולפי"ז ביאור דין פס"ר דלא ניחא ליה תלוי בהסברים דלעיל, דאם הטעם משום דהפס"ר הוי כמתכוון, א"כ כ"ז שייך כשניחא ליה דאז י"ל דמאחר ויודע שגם זה נכלל במעשיו הרי הוא כמתכוון, אבל אם לא ניחא ליה ל"ש לדון כמתכוון, אכן אם נימא דהטעם משום שהכל כלול במעשיו א"א לומר דע"י הלא ניחא לא יהא זה כלול במעשה, שהרי זה נכלל במעשה משום המציאות [כ"כ הקוב"ש]. [ואולי י"ל לדרך הגרש"ש שכשלא ניחא ליה זה מפקיע מהמעשה את שם המעשה דלא ניחא ליה כיון שאין רצונו כלל שתכלל התוצאה ההיא במעשיו וצ"ב].

פ) ולעיל אות עד הובא מה שמדויק ברש"י ובריטב"א, דאם כוונתו לביאה שעושה דם ואז הוי פס"ר דיהיה פתח, אלא יש אפשרות שלא יצליח במעשיו ולא יהיה לא דם ולא פתח מקרי אינו מתכוון, והנה אם נימא דהגדר בפס"ר הוא שלהך מעשה יש שם מעשה איסור, א"כ הכא דהוא מתכוון להך מעשה [שיש בו הוצאת דם, וממילא גם עשית פתח] לכאוי היה צריך להיות חייב. אמנם להצד דע"י הפס"ר חשיב כמתכוון י"ל דכיון שיתכן שלא יצליח במעשיו לא חשבינן להפס"ר כדבר שמתכוון אליו, וצ"ב.

פא) והנה הטי"ז בסי' שט"ז כתב דמותר לנעול תיבה שיש ספק אם יש בה זבובים, דכיון שהוא אינו מתכוון לצידה ואי"ז פס"ר שיש שם זבובים איכא בזה התיירא דדבר שאין מתכוון. ובביאור"ל שם כתב: ולולא דבריו הסברא להיפוך, דאם האיסור יעשה בודאי ע"י המעשה [היינו בנעילה] הו"ל ספיקא דאורייתא.

ושם בגרירה שאני דמספקא לן על דבר אחר היינו החרץ הנסבב ע"י פעולתו ולכך מותר דבר שאינו מתכוון דאפשר שלא יעשה החרץ משא"כ לענינו דהוא ספק על עצם הנעילה אם יש בזה מעשה צידה הוי כשאר ספיקא דאורייתא.

פב) ובשו"ע יו"ד סי' פ"ז ס"ו כתב הרמ"א בשם הגהות מרדכי שאסור לחתות גחלים תחת סיר של גוי, שמא יש שם בשר בחלב. והקשה הגרע"א הא אינו מכוון לבשל רק לחתות באש, וא"כ יהיה בזה היתר דדבר שאינו מתכוון. וכאן לא הוי פסיק רישיה דשמא לא בשל העכו"ם בקדירה גם בשר וגם חלב. ותיירץ דהוי פסיק רישיה לשעבר [וזה כסברת הביאור"ל] והביא הגרע"א דברי הטי"ז שמתיר פסי"ר לשעבר, [והביאור"ל ציין לדברי הגרע"א הללו].

[ועיין בחי' ר' שמואל סי' ז' שיצא לחלק בין פסיק רישיה דשבת לפסי"ר דכל התורה ע"ש].

והנה הנידון הני"ל תלוי בהסבר דין פסי"ר, דאם ע"י הפסי"ר חשוב כמתכוון, א"כ כאן שאינו יודע אם הוי פסי"ר לא הוי כמתכוון. אולם אם הטעם משום דפס"ר חייב אף שאין כוונה בפועל על המלאכה א"כ גם כאן יהיה חייב. [כ"כ הגרש"ר. והנה בדברי הגרע"א שם מבואר דנידון הטי"ז אינו שייך לפלוגתא הערוך והתוס' וצ"ב דלסברות הני"ל לכאוי הא בהא תליא, ואיך רצה הגרע"א לומר דגם לתוס' יהא מותר מסברת הטי"ז, הרי בשאר איסורים אסור מה"ת בלא ניחא ליה ושי"מ שאי"ז תלוי בכוונתו וא"כ בפסי"ר לשעבר ג"כ יהא אסור. ומצאתי להגרע"א במערכה למסכת יומא דף לג שמבאר סברת התוס' דאין טעמם מהסברות שנתבארו לעיל אות עט, אלא סברת תוס' היא דפסי"ר נחשב כמתכוון אפי' אם לא ניחא ליה, ולפי"ז אי"ש ודו"ק].

פג) והביאור"ל כתב להוכיח דתו"ס ס"ל כהט"ז. דהנה הערוך הוכיח דפסי"ר דלא ניח"ל שרי מהא דמשני בסוכה לג: דאית ליה הושענא אחרייתא. והתוס' דחו דכיון דיתכן שלא יצטרך להושענא לא מקרי פסי"ר. והנה התם אם ישתמש אגלאי מילתא למפרע דתיקן, וא"כ הוי כפסי"ר לשעבר, ואפ"ה שרי. ודחה הביאור"ל דשאני התם דהאיסור תלוי בענין דלהבא היינו אם יצטרך בעתיד את ההושענא. והנה יעוי' ברא"ש שבת פרק הבונה שדחה הראיה באופן אחר קצת, וז"ל: א"נ כיון דר"ש סבר דבר שאין מתכוין מותר מן התורה הכא אע"ג דפסי"ר הוא הואיל ואית ליה אחרינא שרי לר"ש דשמא לא יהא צריך לזה שתיקן ואגלאי מילתא דלא תיקן כלי. אבל לר"י דבר שאין מתכוין אסור ואי צריך ליה איכא איסורא דאורייתא לא שרינן אע"ג דאית ליה הושענא אחריית, עכ"ל. ומבואר להדיא דסובר גם בתירוץ דאם משתמש בסוף הוי פסי"ר, אלא דמ"מ כיון דלר"ש דבר שאין מתכוין מותר [ומדאורייתא מודה לערוך דגם בפסי"ר מותר] ממילא הוי רק ספק דרבנן, משא"כ לר' יהודה הוי ספד"א, ועכ"פ מבואר מזה כדעת הרמ"א ורע"א דפסי"ר לשעבר לא הוי דבר שאין מתכוין.

עוד הוכיח הביאור"ל מדברי הרמב"ן והמאירי שכתבו דמיחם שיש ספק אם הגיע לכדי צירוף ומטיל בו צוננין הוי דבר שאין מתכוין ומוכח להדיא כהט"ז.

והנה ע"י בשו"ת הריב"ש סי' שצד וז"ל, ומה שרצית להכחיש מסברא היות הסריקה פסי"ר ונתת טעם לדברך דהואיל וחזינן דאין הסורק תולש כל שער ראשו עד שלא ישאר בו אפי' אחד הנה הוברר דלאו פסי"ר הוא, שהרי כל שער ושער הוא בגדר האפשר, וכיון שכן אפשר שלא יתלוש אפי' אחד מהם. זה מבואר הביטול. דא"כ במסוכריא דנזיתא תאמר שאינו פסי"ר כיון שאין כל היין נסחט ממנו עד שישאר יבש כחרש, ובכתובות אמרו שהוא אסור לכו"ע משום דהוי פסי"ר. אלא שכל שיהא נסחט ממנו בודאי בשעור הראוי להתחייב עליו אסור ונקרא פסי"ר כי מה שאינו נסחט הכל הוא מפני שאינו מוכן להסחט כמו המשקה היוצא ראשון. אף בסריקה הוא פסי"ר להשיר שתי נימין מדולדלין שהרי אין אדם סורק לבטלה אלא כשקצת שערוותיו מדולדלין קשורים זב"ז, וכשהותרו הנקשרים ע"י השרה נחו שקטו האחרים. עכ"ל.

ובהמשך דבריו מביא ראיה מהאיסור לכבד את הבית מפני שמשוה גומות, והרי ודאי יש גומות שאינן מושוות ואפ"ה מקרי פסי"ר כיון שא"א בלי השואת גומא אחת, וכן ראיה מהא דאסור לגרור כלים גדולים דהוי פסי"ר שיעשה גומא, אע"פ שאין עושה גומא לאורך כל מקום הגרירה, ע"ש.

ויל"ע בכ"ז אי הענין תלוי בפסי"ר לשעבר ויש לפלפל הרבה [דאולי הכוונה דהכל נידון כמעשה אחד ארוך שבו ודאי יהיה איסור, ולכן חמור מפסי"ר לשעבר, או כוונתו דכיון שהמקום של האיסור מוכן ורק אינו יודע אסור דהוי כפסי"ר לשעבר, וצ"ע].

פד) הערוך הוכיח דינו מהא דזבחים צ"א ב' דלר"ש מזלפין יין ע"ג האישים אע"ג דפסי"ר הוא, אלמא פסי"ר דלא ניחא ליה מותר. והתוס' דחו דמצוה שאני. [ומוכח דמודו מיהת דהוי רק איסור דרבנן וע"כ היתירו במקום מצוה, כן הוכיחו האחרונים]. והתוס' ביומא ל"ד א' דחו דשופך בזילוף או ע"ג הנתחים, דאז לא הוי פסי"ר שיכבה את המערכה. וברש"י בזבחים תירץ "אפשר דמזלף ליה בטיפין דקות מאד, הילכך א"נ מכבה בטיפים גסות דבר שאין מתכוין הוא". והנה מדברי רש"י משמע דמה"ט שרי אפי' במכוין לטיפין גסות, וצ"ע דבכה"ג הרי הוי פסי"ר. ויעו"ע בשלטי הגבורים

פרק האורג אות ג', שכתב וז"ל, ואני כתבתי בחדושי דכל מעשה שאפשר לעשות זולת הפסי"ר אז אפי' עבד אותו מעשה בפסי"ר שרי כי לא מתכוין לעשות בפסי"ר. ומבואר ג"כ כיסוד הני"ל. וביאור הדברים, כתב המרכבת המשנה (פ"א מהלכות שבת) דיסוד דין פסי"ר הוא דעייז' הוי מתכוין, אכן כ"ז הוא באופן שאינו יכול לעשות את תוצאת המעשה אשר חפץ בו אלא א"כ יעשה גם את המלאכה האסורה. אבל אם יכול להשיג התוצאה בלא האיסור לא מקרי דמתכוין לאיסור, ועדיין צ"ב. [ועוד קשה עייז' מהסוגיא דפסחים כ"ז ב' דמשמע דבלא אפשר הוי היתר טפי, ועיי' במרכה"מ שמחלק דשם לא הוי פסי"ר, אבל לגבי היתרא דפסי"ר יש יותר סברא להיתר באפשר, עייש] ועכ"פ מבואר מדברי רש"י דהאיסור דפסי"ר הוא משום דהוי כמתכוין ומזה ראיא למש"כ באות פ. [ועיי' בחי' ר' שמואל הוכחה מרש"י בכריתות יט].

פה) הנה דעת ר"י דפסי"ר דלא ניחא ליה אסור רק מדרבנן בכל התורה, וכ"מ ברא"ש פ' הבונה, אולם בתוס' ביומא כתבו דבכה"ת אסור מדאורייתא ורק בשבת שרי משום דלא הוי מלאכת מחשבת. ואח"כ כתבו דההיתר משום מלאכה שאצ"ל. ועיי' עוד ברא"ש פרק שמונה שרצים סי' ט' שהביא דעת השאלות דהלכה כר"ש בשבת וכו"י בכל התורה, והרא"ש פליג עייז', [ובסברת השאלות, עיי' מש"כ בזה בחי' ר' שמואל]. וכתב עוד הרא"ש שם דכל דברי הערוך הם רק בשבת ומשום מלאכת מחשבת ולא בכה"ת. וצ"ע דבפרק הבונה הרי הביא את ראיות הערוך מנסכים וממילה, וצ"ל דכאן כתב דבריו שלא בדעת הערוך. ועיי' ברא"ש שם שהוכיח מהא דזבחים דבכל התורה פסי"ר דלא ניח"ל אסור - מדפריך שם והא קמכבה, ותמהו האחרונים דאדרבה משם ראיא דשרי שהרי התרצן תירץ הא מני ר"ש, וכמו שהביא ראיא זו הרא"ש עצמו בפרק הבונה, עיי' בקרבן נתנאל ובמג"א סי' ש"כ סק"כ משכ"ב.

פו) יסוד החילוק בין מלאכה שאצ"ל לדבר שאין מתכוין בפסי"ר: כתב הכ"מ פ"א ה"ז מהלכות שבת וז"ל, דגבי פסי"ר אינו מכוון למלאכה כל עיקר אלא שהיא נעשית בהכרח, כגון מי שסגר פתח ביתו והיה שם צבי שהוא לא כיון לשמירת הצבי אלא שהמלאכה נעשית בהכרח. אבל מלאכה שאצ"ל הוא מתכוין לגוף המלאכה אלא שאינו מכוין לתכליתה. מיסוד ה"ר אברהם החסיד בשם אביו ז"ל, עיי'.

והנה התוס' הקשו על הערוך דבמפ"ס מורסא וא"צ לפתח יהיה מותר משום דבר שאין מתכוין [דהוי פסי"ר דלא ניח"ל]. והקשה הגרע"א הא במפ"ס מורסא מכוין להמלאכה דהיינו לפתוח המורסא דזהו המלאכה, אלא דא"צ לגופה להוציא ולהכניס אויר אלא להוציא ממנה ליחה, ופשיטא שזה אסור כמו כל מלאכה שאצ"ל, כמו מכבה וחופר בור, והערוך אינו מתיר רק באינו מכוין כמו בגיגית דאינו מכוין שיעשה כלל הסחיטה. ומבואר מדבריו שהבין דהיתרא דאין מתכוין הוא רק כשפועל שתי תוצאות נפרדות, כמו בגיגית שסותם החבית ומלבד זה סוחט את היין, אבל במקום דיש רק פעולה אחת הוי רק מלאכה שאצ"ל.

ותירצו האחרונים עפ"י הרשב"א שבת קלג שהקשה למה מילה בבהרת מקרי אינו מתכוין, הרי הוי רק כמלאכה שאצ"ל, שהרי מתכוין הוא לקצוץ את הבהרת, ותירץ הרשב"א דאין האיסור לקצוץ בהרת אלא לטהר את הגברא. [ובענין נגעים טהורים דאסורים ג"כ, עיי' במל"מ רפ"י מט"ז]. והיינו דכיון שישנה תוצאה נוספת של "טהרת הגברא", כלפי זה הוי כעוד מעשה והוי אינו מתכוין. ולפ"ז י"ל דגם במפ"ס מורסא נהי דהתכוין לנקב, לא התכוין ל"פתח" ומש"ה הוי דבר שאין מתכוין. ולשון תוס' שבת ק"ג א' [וכ"ה ברא"ש שם] "ואינו מתכוין כלל לבנין הפתח אלא לנקיבה בעלמא". ובקה"י הקשה דעדין תקשי מחופר גומא, דגם שם לכא"י הול"ל דהוי דבר שאין מתכוין, ואילו בסוגיות השי"ס משמע דהוי מלאכה שאצ"ל [בחגיגה י' א', ועוד]. ועיי' משכ"ב בחי' ר' ראובן דבגומא שאין ממשות אלא חלל מקרי אצ"ל דאין כאן יצירה נפרדת וצ"ב. אולם הביא שם שבתוס' בסוכה ל"ג ב' מבואר דבאמת חופר גומא הוי דבר שאין מתכוין אלא דמ"מ א"א להיתר מטעם זה כיון דהוי פסי"ר. [ברם קצ"ע דבחגיגה משמע דהבור הוא קלקול וא"כ הוי פסי"ר דלא ניחא ליה והו"ל לתוס' להקשות על הערוך מחופר גומא].

אמנם גבי כיבוי כשאי"צ לגחלים הסכימו כל האחרונים דהוי רק אצ"ל [ולא הוי אין מתכוין] כיון דשם המלאכה הוא "לכבות", והרי באמת נתכוין לכבות. ועיי' בחי' ר' חיים ה' שבת שנוקט דצד נחש הוי אין מתכוין ולא ניחא ליה, והקשו עליו האחרונים דשם הרי נתכוין לצוד [ועיי' בגליונות חזו"א]. ועיי' בדברי הגר"ח שם שמחלק בין אין מתכוון דכל התורה, לאין מתכוין דשבת, גבי פסי"ר דלא ניח"ל, עיי'.

פז) לגבי בטול עשה ל"ש היתרא דאין מתכוין דמ"מ חסר העשה. אלא דקשה עייז' משבת צרעת וכבוי אש המזבח דיש בהם גם עשה. [בשבת עשה דשמור, בצרעת "לעשות" - עיי' שבת קל"ב ב', ובמכבה אש המזבח עיי' ברמב"ן ריש פ' צו]. ותירצו דיסוד העשה בשבת וצרעת הוא לשמור על איסורי שבת וצרעת, ואם אין לאו ממילא פקע העשה. וגבי מכבה אש המזבח תירצו דהעשה הוא רק במכבה כל האש שעל המזבח, דאילו במכבה גחלת אחת איכא רק לאו.

פח) כתב הרשב"א ס"פ האורג דאם צבי נכנס לביתו מותר לסגור הדלת אע"פ שמתכוין גם לצידת הצבי דכיון שרוצה לפעול ביתו מקרי דבר שאין מתכוין. וצ"ע מ"ש מבוטל בשבת שאם כוונתו על דם ופתח אסור, ועיי' בר"ן שם שתמה על הרשב"א והאריכו בזה אחרונים. [עיי' בשה"ג, ובמרכה"מ פ"א משבת, ובחי' הגרש"ש כאן, ובמה שנדפס משמו בספר אהל אברהם, ובעונג יו"ט].

פט) בדין ממעט ענבים של הדס כתבו תוס' ביומא ל"ד דאסור רק מדרבנן, דאייז' תיקון גמור. והגרע"א שם ציין למרדכי שאוסר מדאורייתא, וכן משמע ברא"ש פ' הבונה.

דף ו ע"ב

צ) מאי לאו דאי לא בעל מצי בעיל. עיי' ברש"י שבעל בעילה לא גמורה, והקשו מבני החבורה דא"כ תו הוי אצ"ל לשיטת ר"י דהצריכה לגופה הוא מחמת שרוצה לראות שהיא בעולה, וא"כ אין ראיא מכאן דשרי במקום שהוי צריכה לגופה וי"ל.

צא) רוב בקיאים הם. עיי' ברש"י דמשמע מדבריו דבאמת באינו בקי אסור בשבת, וחייב בק"ש, ועיי' בריטב"א ורמב"ן שהקשו עייז' דא"כ איך סתמה המשנה דחתן פטור מק"ש ומשמע דמיירי בכל החתנים ובפרט שהרי הרוב בקיאים וא"כ המשנה דברה במיעוט. [אך הריטב"א מפרש בד' רש"י עצמו באופן אחר עייש]. ובשטמ"ק הביא בשם הרדב"ז ליישב דרבנן השוו את הדינים משום לא תתגודדו, ולגבי בעילה בשבת דהוי איסור דרבנן היתיר אף לאינו בקי, ולגבי ק"ש אסור לכולם לקרוא ק"ש, וזה עדיף מאשר להשוות ולחייב כולם בק"ש, דאם החייבים ק"ש אינם קורין ק"ש, הו"ל רק שוא"ת. אבל אם יתקנו שכולם יקראו וגם הפטורים מעיקר הדין יקראו יעברו בקו"ע על איסור מוציא ש"ש לבטלה.

ומבואר חידוש גדול בזה, דהקורא ק"ש בלא שמחויב בה הוי הוצאת ש"ש לבטלה, ואע"ג דהוי פרשה שבתורה ומותר לקראה בתורת תלמוד תורה, מ"מ כאשר קורא בתורת חיוב ובאמת הוא פטור הוי מוציא ש"ש לבטלה, וע"י בחו"ד יו"ד ס"י ק"י בבית הספק אות כ' שכתב ג"כ יסוד זה מדנפשיה. [אולם העירו דמדברי הגר"א או"ח ס"ס נח משמע דאין איסור בזה ע"ש].

צב) ובתוס' כתבו "וכל חד וחד מספקין ליה ברוב וכולם מותרין", ומשמע דהיינו משום שכ"א יכול לתלות בעצמו שהוא בקי, אבל היודע שאינו בקי באמת אסור לבעול בשבת. אכן בריטב"א לעיל ה' ב' כתב דכיון שאפשר שיזדמן שיעשה בהטיה שוב אי"ז פסי"ר דכל שאפשר שלא יעשה איסור אפי' בצד רחוק לא הוי פסי"ר. ולשון פסי"ר ולא ימות מוכיח כן עכ"ד. וכ"כ הריטב"א ביומא ל"ד ב'.

אולם בביאור"ל ס"י רעז ד"ה שמא, הביא מדברי המהרש"א שבת קכ דגם אם הוי קרוב לודאי נחשב כפסי"ר [גבי פותח דלת שאחריה מונח נר]. וכן משמע בסי' שיי"ד סקנ"ב שכתב שסכין התקוע בכותל אסור להוציאו בשבת משום שמרחיב הנקב "וכמעט פסי"ר הוא" וכו' בשעה"צ ס"י ש"כ סקמ"ט. ויתכן דתלוי בסברות דפסי"ר שנתבארו לעיל.

והנה התוס' כתבו דכיון דרובא דעלמא בקיאיין תליין שהוא מהבקיאיין, וצ"ב דגם אם הוא ספק הו"ל אינו מתכוון שהרי יתכן שהוא בקי, אכן ד"ז תלוי בדין פסי"ר לשעבר, ומוכח מתוס' דפסי"ר לשעבר אסור [כן הוכיח בחי' הגרש"ש ס"י ד']. וצ"ע ממה שהוכיח הביאור"ל מתוס' בע"א גבי הושענא דספק פסי"ר שרי, וצ"ל כמו שדחה הביאור הלכה דשם תלוי עכ"פ בענין דלהבא. וע"י באיה"ש שהקשה למה אם אינו בקי הוי פסי"ר והרי יתכן שהאשה בעולה והוי פסי"ר לשעבר, ובע"כ דפסי"ר לשעבר אסור. אכן לדעת המ"ב דאם הוי קרוב לודאי מקרי פסי"ר אין ראיה.

צג) בקושית הגמ' ממפיס מורסא, שיטת רש"י דהקושיא היא דמוכח משם שאין איסור בהוצאת הדם, ושיטת תוס' דהקושיא מהא דאין איסור משום הפתח, וע"י ברמב"ן ושאר ראשונים שביארו היטב שיטת רש"י.

דף ז ע"א

צד) אמרי ליה רבנן והא לא כתיבא כתובתה. הר"ן בריש מכלתין הוכיח מסוגין דמותר לעשות חופה קודם כתיבת כתובה ואין בזה איסור יחוד כיון דאיסור ביאה בלא כתובה אינו אלא מדרבנן. אך ע"י בר"י מלוניל דף נו: שכתב דכאן מיירי שנזדמן שלא כתבו כתובה, ולפי"ז אין ראיה דשרי לכתחילה.

צה) אתפסוה מטלטלי. הנה לקמן נו: מבואר שאין עושין כתובת אשה מטלטלין אא"כ קיבל הבעל אחריות המטלטלין עליו. [ע"ש בתוד"ה אבל שמבארים סברת החילוק בין קיבל אחריות ללא קיבל]. והקשו תוס' שם (ד"ה אין) איך מהני כאן התפסת מטלטלין, ותירצו דגם כאן קיבל עליו אחריות. אכן יש ראשונים הסוברים דכאן הוי רק התפסה לזמן עד שיכתוב כתובה ובוה א"צ לקבל עליו אחריות. (ע"י ריטב"א).

צו) עוד הקשו הראשונים איך התפסה מטלטלין הרי אסור לעשות קנין בשבת ומה"ט אסור לישא אלמנה בשבת, ותירצו הראשונים בכמה גווני, א) דכאן אינו משכון גמור אלא התפסה בעלמא, [וזה כשיטת דכאן א"צ שיקבל עליו אחריות, ע"י בריטב"א]. ב) והר"ן מיישב דכאן התירו משום דהוי במקום מצוה [ומה שאסרו לישא אלמנה משום דאושא מילתא]. ג) עוד תירץ שהתפסה מבעוד יום, וע"י בשטמ"ק אריכות בזה.

צז) והנה הב"י בסי' שו מתיר לתת מתנה בשבת בלא קנין סודר, דאז לא מחזי כמו"מ. והקשה עליו המג"א (סקט"ו) מהראשונים בסוגין דמבואר שגם התפסת מטלטלין אסורה בשבת אף שאין בזה ק"ס.

אמנם הבית מאיר (אבהע"ז ס"ס מה) תמה עליהם דהר"ן עצמו בביצה דף ט' כתב כדברי הב"י, וא"כ הוי סתירה בר"ן עצמו, ובע"כ צריך לחלק דכשמתפס עבור משכון, והיינו דיש חוב ותמורתו מתפס משכון זה מקרי דרך מו"מ אפי' אם אין עושה ק"ס, אבל במתנה שרי בלא ק"ס.

צח) תוד"ה מתוך. כתבו דאסור לשרוף חמץ משום מוקצה דאסור לטלטלו. וצ"ע דמ"מ ישרפנו במקומו. והנה הר"ן בפסחים כתב דכופה עליה כלי משום שא"א לטלטלו, וגם לשרפו א"א מפני שאי"ז צורך היום דכבר נפיק יד"ח בביטול. ובע"כ מה שהקשה דישרפנו היינו שישרפנו במקומו. דהא כבר כתב קודם דאסור לטלטלו. ובדעת תוס' באמת צ"ב למה לא ישרפנו במקומו. והנה המג"א ס"י תק"ח סק"ב כתב דאסור להסיק בשברי כלים אפי' בלי להזיז דמוקצה אסור בהנאה. ובבית הלוי (ח"א ס"י יב) הקשה מכמה דוכתי דמוכח דמוקצה מותר בהנאה, ותירץ עפ"י הרשב"א בשבת דף כט ד"שמוש בידים" אסור במוקצה אפי' אם אינו מטלטלו כגון להדליקו או לסמוך בו כרעי המטה. [עוד צידד שם הרשב"א דמוקצה אסור בהנאה, והביה"ל הקשה עליו מכ"ד] וע"ש שמבאר פלוגתת תוס' והר"ן.

צט) אבעית אימא באלמון יום אחד לברכה ושלשה לשמחה ואב"א בבחור שבעה לברכה ושלשה לשמחה. שיטת הרמב"ם ועוד ראשונים (ע"י רמב"ן ורשב"א וריטב"א ור"ן) דהנה תרי לישני לא פליגי, ולעולם שמחת אלמנה היא ג' ימים, והברכה בבחור ז' ובאלמון אחד. וביארו הראשונים דהטעם דבבחור נפיש ימי ברכה מימי שמחה, ובאלמון נפיש ימי שמחה מימי ברכה, משום דדין השמחה היינו ביטול מלאכה תקנו משום תקנה דידה והלכך אלמנה שאין טעונה פיתוי כ"כ סגי בג'. אבל הברכה היא על שמחת לבו של החתן, והילכך אם הוא בחור יש לו שמחה ז' ומברך כל ז' ע"ש.

אמנם שיטת הרשב"א ועוד, דבחור שנשא אלמנה איכא ז' לשמחה, והיינו דתרי הלישנות פליגי בזה וקימ"ל כלישנא דבאלמון יום אחד לברכה ושלשה לשמחה, אבל בבחור איכא ז' בין לשמחה בין לברכה, וכתב הרשב"א דכן מסתבר דלא יתכן שישכים למלאכתו וחבילתו על כתיפו ויברכו לו ברכת חתנים. והביא ע"ז הא דאיתא בפרקי דר"א דחתן דומה למלך וסובר הרשב"א דכל שהוא חתן לענין ברכה כך הוא דינו.

ק) ובב"ש (סי' ס"ד סק"א) כתב דנ"מ בין הני שיטות האם האשה יכולה למחול על השמחה, דאם טעם השמחה משום לתא דידה [כשיטה קמייאת דלעיל] א"כ יכולה היא למחול, אבל אם הטעם משום דחתן דומה למלך אינה יכולה למחול. והנה יעוי' בשו"ע שם בס"א שכתב המחבר דחתן צריך לשמוח עמה שלא יעשה מלאכה וכו', והרמ"א הוסיף וחתן אסור בעשית מלאכה. וביאר הב"ש דהרמ"א הוסיף בזה דלא מהני מחילה. ולהלן בס"ב הביא השו"ע את הפלוגתא הנזכרת בבחור שנשא אלמנה, אם שמח ג' או ז', וכתב הרמ"א דהאשה יכולה למחול על שמחתה, וכתב הב"ש שזה תלוי בבי' השיטות הנ"ל, ותמה על הרמ"א שהביא כן בפשיטות. [ולכא"ו טפי הו"ל להקשות שהוא סתירה למש"כ הרמ"א בס"א]. ובפ"ת הביא מהמקנה שמיישב דדין דומה למלך [שהוא חיוב שמחה על החתן מצד עצמו] הוא רק בנושא בתולה, אבל בנושא בעולה כל חיוב השמחה הוא מצדה, ולכן שפיר מחלק הרמ"א ביניהם, דבנשא בתולה א"א למחול דהוא דין על גופו של חתן שדומה למלך. אבל בס"ב שנשא אלמנה שחיוב השמחה משום לתא דידה יכולה למחול.



קא) והנה לעיל דף ד' שנינו ששמחת חתן דוחה את ימי האבילות עד תום שבעת ימי המשתה. ויל"ע באלמון שנשא אלמנה ובבכור שנשא אלמנה, האם אזלין בתר ימי הברכה או בתר ימי השמחה [ויש בזה קולא וחומרא, דבבכור נפיש ימי ברכה ובאלמון נפיש ימי שמחה]. ויעוי' בהגהות הגרע"א לשו"ע יו"ד סי' שמב שנקט דזה תלוי בימי השמחה [ולא בימי הברכה].

אולם בספר תפאלי"מ מיפשט פשיט אליה דכל ימי הברכה דוחין את האבילות, דדין דגל דחתן הוא כזמן הברכה, והוא דוחה את האבילות. [ולכן בבכור דוחה את האבילות כל שבעת ימי הברכה]. אבל גבי אלמון נסתפק התפאלי"מ דשמא אין ימי השמחה דוחין את האבילות כיון שאינם רגל, או דילמא גם ימי השמחה בכחם לדחות.

ומבואר מדברי התפאלי"מ דאיכא ב' דינים של שמחה בחתן, א' דין רגל, וזה כימי הברכה. ב' חיוב שמחה בפני"ע ושעורו הוא זמן אחר. ובחי' ר' שמואל (סי' ח') הביא משמיה דהגרי"ז ליישב עפ"י מה שהקשה המקנה על הרמב"ם, דהנה הרמב"ם בפ"י הי"ג כתב דמותר לאדם לישא נשים רבות כאחת ביום אחד, אבל לשמחה צריך לשמוח עם כל אחת בפני"ע וינהג ז' ימי שמחה בזא"ז עם כל אחת. ולהלן בהי"ד כתב דבחוה"מ אין נושאים נשים כלל משום דאין מערבין שמחה בשמחה. והקשה המקנה [בקו"א סי' סב] דגם בחוה"מ ישא אשה וינהג את ימי השמחה אחר חוה"מ כמו הנושא שתי נשים. ותירץ הגרי"ז דבחתי' איכא ב' דינים [וכדלעיל] א' דין רגל, ב' דין שמחה עם האשה. והשתא י"ל דמה שיכול לדחות השמחה הוא רק את השמחה עם האשה אבל הדין רגל חל לאלתר וא"א לדחותו. ומעתה מיושב היטב, דבנושא ב' נשים לא איכפת לן במה שיש עליו דין רגל דחתן מחמת שתי הנשים, דהרי זה הוי ב' סיבות לאותו דין רגל, ואין בזה דין אין מערבין שמחה בשמחה. אבל בחוה"מ כיון שיהא לו גם דין רגל דחתן וגם דין רגל דיו"ט יש בזה משום אין מערבין שמחה בשמחה [וכמשנ"ת דדין רגל זה לא ניתן להידחות].

והגרש"ר הביא שכן מפורש במאירי (דאיכא ב' דינים בחתן) דיעוי' במאירי דף ג' ע"ב שכתב כדברי התפאלי"מ דבבכור דוחה את ימי האבילות ז' ימים ובאלמון יום אחד. וע"ש עוד במאירי דף ב' שכתב לענין מלאכה דבכור אסור כל ז' ואלמון אסור יום אחד [וזה קרוב לדברי המקנה - אות ק' - אלא דלהמקנה יש עוד דין איסור מלאכה משום שמחה דידה].

דף ז ע"ב

קב) מנין לברכת חתנים בעשרה. הנוב"ק אבהע"ז סי' נ"ו כתב דדין עשרה בברכה הוא למצוה, ואם בירך בלא עשרה ביטל הך מצוה, אך מ"מ יצא יד"ח הברכה, דאין דין עשרה מעכב בעצם הברכה. והביא ראיה מהא דמדמי במגילה דין ברכת חתנים לקריאת התורה דבעינן בהו עשרה. ובירושלמי שם מבואר דאם התחילו בעשרה ויצאו מקצתן גומר, ואם נימא דהעשרה הם לעיכובא, איך יגמור, הרי זה הוי לבטלה. אלא בע"כ דרק לכתחילה אסרו לקרוא בלי עשרה מפני כבוד ה' ולכן כשהתחיל בהיתר שרי ליה להמשיך.

אכן היד המלך פ"י מאישות כתב דאם לא בירך בפני י' אין זה ברכה כלל. וראית הנו"ב מהא דאם התחיל בעשרה מסיים, י"ל דשם כיון דהוא חובה על הצבור אם כבר חלה החובה תו לא פקעא.

קג) ולענין ברכת אירוסין עי' ברא"ש סי' יב שהביא פלוגתא בזה אם צריך עשרה דדעת רב אחאי דצריך י', ודעת ה"ר שמואל הנגיד דא"צ י', והרא"ש מסיק דצריך י' דהרי בועז עשה גם ברכת אירוסין בעשרה, וכן למאי דילפינן מבמקהלות גם ברכת אירוסין על עסקי מקור באה.

קד) ובעיקר דין ברכת אירוסין עי' ברא"ש שדן אי הוי ברכת המצוות או ברכת השבח. והנה בתחילה הביא הרא"ש פלוגתא אם מברך הברכה קודם הקידושין כדן ברכת המצוות דמברך עובר לעשייתן, או דמברך אח"כ שמא האשה תחזור בה והו"ל ברכה לבטלה, ועוד שכאן שאין מזכיר בנוסח הברכה את המצוה א"צ עובר לעשייתן. ובהמשך דבריו הקשה על נוסח ברכה זו למה אין מברכין ככל ברכת המצוות אקב"ו לקדש את האשה, ועוד מדוע מברכין על שאסר את הארוסות, והרי הברכה באה על ההיתר ועוד מה ענין להזכיר עריות, ומה ענין להזכיר חופה. ומבאר הרא"ש דא"צ ברכת המצוות אלא שהבדילנו מן העמים וצונו לקדש המותרת לנו ולא עריות ע"ש.

והא דבאמת אין בזה ברכת המצוות מבאר הרא"ש דאין מצוה לישא אשה, דאי משום פרו ורבו סגי בפילגש ולא דמי לשחיטה שא"א להתיר הבשר בלא שחיטה. [ועיין רפ"ב דקדושין דאמרינן לענין קדושין מצוה בו יותר מבשלוחו, וקשה מזה על הרא"ש שכתב שא"צ מצוה, וע"ש בר"ן שדן למה באשה אמרינן מצוה בה יותר מהשלוחה הרי אינה מצווה על פרי"ו, ותירץ דמ"מ מסייעת לבעל. ולפ"ז י"ל דה"ה כשהבעל מקדש הוי הוי הכשר מצוה - שע"ז מותרת לו ולא הוי כבא על הפנויה].

אכן הרמב"ם (פ"א ה"ב) מאישות כתב דמצוה לקדש אשה, ובאמת דעת הרמב"ם (פ"ג הכ"ד) דהוי ברכת המצוות. ועי' בר"ן שדעתו דהנשואין הם מצוה אלא דמ"מ אין ע"ז ברכת המצוות משום דבשעת אירוסין עדיין לא נגמרה המצוה, וגם בשעת נישואין א"א לברך ע"ש.

קה) ר"י אומר אף בבית אירוסין מברכין אותה, אמר אביי וביהודה שנו מפני שמתייחד עמה. ופרש"י דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה, ולכן היו מברכים. והנה נחלקו הראשונים אם "כלה בלא ברכה" הכוונה לארוסה בלא נישואין, ומאי דנקט "בלא ברכה" היינו מפני שברך כלל מברכין בשעת הנישואין, או דבאמת הדין תלוי בברכה עצמה. דהנה המרדכי בקידושין אות תקמה [וכ"ה בתשובות מיימוניות סוף ספר נשים תשובה יח] כתב דהכל תלוי בחופה, ולא בברכה, [ומשמע מדבריו דביהודה היו עושים חופה בבית אביה, ואח"כ היו עושים שוב שמחה בעלמא, אבל מ"מ כבר בבית אביה היה לה דין נשואה לכל דבריה]. -

ובתשובות מיימוניות סי' יט הביא ראיה מסוגין דאפשר לברך ברכת נשואין אפי' שנה קודם הנישואין מהא דביהודה מברכין בשעת אירוסין, ומשמע דלא היו נישואין [וקצ"ע ששתי התשובות הם מהר"ש משאנץ, וכנראה תשובה י"ט אזלא לפמש"כ בתחילת תשובה י"ח דבאמת בעינן ברכה]. ומשמע דתלוי בברכה עצמה, והברכה מתרת.

[ועי' בתוס' רי"ד שהביא שתי שיטות אם מברכים שוב בשעת נשואין שוב את ברכת הנישואין, ע"ש ומשמע מלשונו שבתחילה עושין אירוסין בלבד, וכ"ה בריטב"א בשם י"א שמברך בשעת נישואין שלא יתמהו איך נישאת בלא ברכה, ועוד דלא גרע מפנים חדשות, ומשמע דבתחילה עושה רק אירוסין ואפ"ה מועלת הברכה].

וברש"י משמע דבעינן גם נישואין וגם ברכה, והא בלא הא לא סגי, דהרי כתב "ואף ארוסה לא התירו עד שתיכנס לחופה ובברכה", משמע דבעינן תרויהו. ולפ"ז צ"ע מה הועילו ביהודה שהיו מברכים, הרי עדיין לא נכנסה לחופה, ובבב"מ סי' נה כתב דמ"מ תקנו ברכה דלכל הפחות מצד הברכה תהא מותרת.

אלא דצ"ב איך מברך קודם הנישואין ולמה לא הוי ברכה לבטלה, ובח"י ר' ראובן האריך בזה דהברכה היא עצמה יש לה דין חופה לענין להתירה לבעלה, [ועי' ברמב"ם פ"י ה"ו שכתב: המאסר את האשה וברך ברכת חתנים ולא נתייחד עמה בביתו עדיין ארוסה היא שאין ברכת חתנים עושה הנישואין אלא כניסה לחופה, הרי שהיה לו ס"ד לומר דהברכה היא עצמה עושה נישואין גמורים. ועיי' במ"מ שמקורו של הרמב"ם מיהודה - ששם מיקרי אירוסין אפי' בתר הברכה, וכ"ז דלא כהמרדכי הנ"ל בקידושין]. ועיי' שמבאר עפ"י מש"כ המרדכי דגם בקידושי טעות הברכה אינה לבטלה עיי'.

ובהעמק שאלה [להנצי"ב, שאילתא טז אות ח'] מבאר לדעות דביהודה עשו ברכות בלא חופה, דשני דינים יש. דהנה פנויה אסורה בביאה, והבא עליה הוי כזנות [לא מבעיא להרמב"ם, אלא אפי' לשאר ראשונים דאין לאו מ"מ הוי דרך זנות] ואיסור זה קיים גם בארוסה [לכה"פ מדרבנן] שהיא עדיין אינה כאשתו, - וזה מבואר ברש"י ד"ה ואסר - ועוד איסור יש של כלה בלא ברכה, שגדרה כנדה, והיינו דאיי"ז דרך זנות, אלא הוי איסור ביאה. ומחדש ההעמק שאלה דמצד דין "פנויה" אין איסור יחוד, [בארוסתו - דאילו בפנויה ב"ד של דוד גזר עליה כדאיתא בעי"ז ל"ז] אבל מצד האיסור "כנדה" יש איסור יחוד. ועפ"י י"ל דביהודה שברכו התירו את האיסור יחוד, דתו אינה כנדה, ואע"פ שאסורה בביאה, י"ל דבאמת ביהודה אסור היה לבוא עליה גם אחר הברכה, אלא דהברכה הועילה רק לדין יחוד, עיי'. [אולם ברש"י משמע דהאיסור בלא ברכה דמי ג"כ לאיסור פנויה, עי' היטב בלשונו בד"ה ואסר. ועי' בשטמ"ק בשם שטה ישנה הביא מהרשב"א והרא"ה דאיסור ארוסה הוא מדין אשת איש, דהוי כאשת איש כלפי עצמו כיון שאינה אשתו גמורה]. ועי' בב"ש סי' נ"ה סק"א שפי' באופן אחר, דבאמת אם יבעול תלין שיעשה זאת לשם נישואין ואז יהיה גם ברכה וגם חופה. ובאחרונים חלקו עליו בפירוש ד' הרמב"ם.

קו' ואסר לנו את הארוסות. עי' רש"י שהוא כאיסור פנויה, ולעיל אות קה הובא פי' השטמ"ק שהוא מדין איסור אשת איש, ועי' ברשב"א בשם הראב"ד שהוכיח שחופה דאורייתא לענין הפרת נדרים וכי', ומזה ר"ל דגם איסור הביאה דאורייתא, והרשב"א דחה דנהי דלענין נדרים חופה דאורייתא, מ"מ לענין היתר ביאה י"ל דשריא עיי' אירוסין, ונראה דהנדון הוא מצד איסור אשת איש, ועי' התכוון השטמ"ק הנ"ל במש"כ בשם הרשב"א שהאיסור משום אשת איש.

דף ח' ע"א

קז' רב אשי כו' יומא קמא בריך כולו מכאן ואילך אי איכא פנים חדשות בריך כולו ואי לאו אפוש שמחה בעלמא הוא מברך שהשמחה במעונו ואשר ברא. ונחלקו הרמב"ם והרא"ש מהו פנים חדשות, דדעת הרמב"ם דהיינו מי שלא שמע את הברכות בשעת נישואין [עי' פ"ב ה"י מהלכות ברכות]. אבל דעת הרא"ש (סי' יג) דכל מי שלא היה בסעודה אפי' אם היה בחופה מקרי פנים חדשות.

ובקה"י (סי' ו') כתב דיסוד המחלוקת היא האם חיובא דפנים חדשות הוא כיון שעל ידם מתווספת שמחה, [דלפ"ז מסתבר כהרא"ש שכל שהם פנים חדשות בסעודות הוי תוספת שמחה], או דהטעם משום שהפנים חדשות בעצמם מחויבים בשבע ברכות ועדין לא קיימו מצוה זו [דלפ"ז מסתבר כהרמב"ם שאם שמעו שבע ברכות בחופה יצאו יד"ח]. וכתב הקה"י דהסוברים דשבת היא פנים חדשות בעי"כ ס"ל כסברא ראשונה הנ"ל, דלסברא שניה ל"ש לומר דשבת עצמה חייבת בברכות ופשוט.

[ויש להוסיף דלשון הרמב"ם הוא "מברכים בשבילם", משמע כהנ"ל דלרמב"ם החיוב הוא בשביל הפנים חדשות עצמם, ויש לדחות. ועי' ברא"ש ובתוס' שכתבו דצריך פנים חדשות שמרבים שמחה בשבילם, ונראה דזה לשיטתם דאילו לשיטת הרמב"ם ולהסבר הנ"ל דהחיוב הוא על הפנים חדשות, נראה דא"צ שירבו שמחה בשבילם]. ועי' בריטב"א שהאריך בדין פנים חדשות, וקצת משמע מדבריו דאין התליות הנ"ל מוכרחות, ועיי' בקה"י שדן אם קטן יכול להיות פנים חדשות, ותלה זאת בסברות הנ"ל, ועי' בריטב"א בשם תוס' דאשה אינה יכולה להיות פנים חדשות הואיל ואינה ראויה להמנות בעשרה של ברכת חתנים, ואפי' שבת מהני, ומוכח דאין התליות הנ"ל מוכרחות. אלא דמ"מ צ"ב מ"ש אשה משבת, וי"ל. ועיי' בח"י ר' ראובן בענינים הנ"ל.

דף ט ע"א

קח' דין שוי אנפשיה חתיכה דאיסורא. עי' בקצה"ח סי' לד סק"ד, שיש שפירשו שהטעם משום נדר, והביא שהמהרי"ט הקשה עי"ז דא"כ יהני בזה שאלה. ובנו"ב סי' כג הקשה דליכא לשון נדר. ועי' בחת"ס אבהע"ז ח"ב סי' ק"א מש"כ ליישב. והקצה"ח מבאר שהוא מדין דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים, וכשם שמהני זאת בממונות לחובתו דהוא נאמן על בהודאתו, כמ"כ באיסורים כל שהדבר נוגע לו בעצמו נאמן לאסור את עצמו. ועיי' בתרוה"כ סי' א' דבאמת אינו נאמן כלפינו, אלא כיון שטוען שלו ידוע שהדבר כן ב"ד כופין אותו לנהוג כך.

ושיטת הרא"ה בבדק הבית (עמ' כה) דדין שויא אנפשיה חד"א לא מהני באיסורים דרבנן [ועי' ברע"א שהאריך בזה, וסברת הרא"ה דלא תקנו דרבנן שווייה, כ"מ ברע"א].

ולענין אם לוקה עיי' שוי אנפשיה חד"א, עי' רמב"ם ספ"א מאיסורי"ב "וכן האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת על פיה עד שיהיו שם עדים או תחזק". [והוא מפורש בקידושין ס"ג ב']. ובפ"כ הי"ג כתב דמי שאמר כהן אני אם נשא גרושה או חללה לוקה, ומשמע במ"מ שם שהוא מטעם שויה, וצ"ע מ"ש ממש"כ בפ"א. [ועיי' במל"מ]. והמחנ"א בהגהותיו כתב לחלק דבפ"א מיירי שהחזק בפנויה ובפ"כ מיירי שלא החזק לא בכהן ולא בישראל ובכה"ג נאמן אפי' למלקות. אולם בביאור הגר"א (אבן העזר סי' ג' סק"א) מבואר דלוקין ע"פ שוי אנפשיה אפי' נגד חזקה - גבי החזקה נדה בשכנותיה, עיי'.

והחזו"א (סי' ב' סק"יז) כתב דאין לוקין עיי' שוי חד"א, והא דפרק כ' מבאר החזו"א דזה מדין עיי' שוי בבאור הדברים, וכ"כ בדבריי סי' כא. [וכן לתירוץ המל"מ אין לוקין עיי' שוי חד"א].

ולדעת הגר"א קשה מהא דכתב הרמב"ם בפ"א, ומקידושין ס"ג דמבואר דאין נסקלין עיי' שוי אנפשיה חד"א, ובקו"ש אות נח כתב לחלק בין מיתה למלקות, דמלקות באים על דעבר אמימרא דרחמנא, וכיון דעיי' השוי אנפשיה נאמן שהדבר אסור ממילא לוקין עיי' דזה הוי כתולדה מהאיסור ולא פליגין נאמנות בתולדה. אבל מיתה באה על כך שעבר על מציאות האיסור ועיי' אין השוי אנפשיה מועיל. [והביא זאת בשם הג"ר לייב מוילקומיר. ועי' בזכר יצחק שביאר בסברא זו מש"כ הגרע"א בשו"ת סי' קז דדין "האיסור בעי"א יחזק" - רמב"ם פט"ז מסנהדרין - מהני רק למלקות ולא למיתה. ועיי' בחזו"א מכות שמבאר דברי הריטב"א שכתב דדברי ר"ש דכל שהו למלקות הוא רק במלקות ולא בקרבן, משום דמלקות באים על דעבר אמימרא דרחמנא, ולזה סגי בכ"ש. אבל קרבן בא על מציאות האיסור וצריך לזה שיעור שלם].

קט) בדין שוי אנפשיה, נחלקו הפוסקים האם כופין את הבעל להוציא את האשה. עיי' בשו"ת הרא"ם סי' כ"ה שמוכח מסוגיין דכופין, מדקאמר ד"נאמן". ועיי' בפ"ת סי' קט"ו סי' כ"ה שהאריך טובא בזה והביא שיטות דאין כופין להוציא, אלא רק דחייב להוציא לצאת ידי שמים. (ועיי' בפ"ת סי' ס"ח סק"ד בזה). ועיי' בריטב"א דדייק מלשון הגמ' "לאוסרה עליו" ולא "לאוסרה על עצמו" דב"ד כופין. ועיי' רמב"ם פכ"ד מאישות הי"ז י"ח.

ועיי' ברע"א כאן שמביא מהבכור שור [נדפס בסוף ספר תבואות שור בחידושים על יבמות דף פ"ז] דמאן דשוי אנפשיה חד"א אסור לאכול אפי' בחדרי חדרים דכל שאסור בפרהסיא אפי' בחדרי חדרים אסור [כדאיתא בביצה] ומ"מ במקום צורך גדול יכול להקל. אכן בחזו"א (סי' נט סק"ט) מוכיח מסוגיית בגמ' בכריתות דמותר לאכול בינו לבין עצמו. קי' שוי אנפשיה נגד עדים - עיי' במל"מ פ"ט מאישות שהביא בשם תשובות הרשב"א ופסקי ריא"ז דמהני שוי אנפשיה נגד עדים. ובפ"ג מיבוס הי"ג כתב המל"מ דהתה"ד חולק עיי' עיי'. [ובפמ"ג יו"ד סי' א' סק"ט הסתפק אם לדעת הרשב"א מהני השוי אנפשיה מדאוריתא או רק מדרבנן]. ובריטב"א כאן מבואר דאפי' נגד מיגו לא מהני שויה אנפשיה. ועיי' חת"ס אבה"ע ח"ב סי' קא בבאור המחלוקת, ועיי' בדברי ר' שלמה איגר ברע"א כאן, ועיי' תוס' ר"י הזקן קידושין סי' דל"מ שוי אנפשיה נגד עדים.

קיא) המקור לדין שוי אנפשיה, הגר"א באבה"ע"ז סי' ג' ועוד אחרונים (עיי' אמרי בינה עדות סי' ב') ילפי לה מהמבואר בכריתות י"ב, או הודע אליו - דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים. ובקצה"ח סי' ל"ד משמע דילפינן לה מכי הוא זה דכשם שנאמן על עצמו בממון כך נאמן עיי' באיסורים. והנה מצאנו חלוקי דינים בין הודאת בע"ד לשוי אנפשיה, דבהודאת בע"ד אין יכול לחזור בו, ולדברי הקצה"ח דהכל חד דינא צ"ב למה קיימים חלוקי דינים הללו. ועיי' בחי' ר' שמואל שמבאר דחלוק דין הודאת בע"ד משוי אנפשיה חד"א [אע"פ שמקורם ויסודם אחד], דבממונות נאמן על גוף הממון כיון שהוא בעליו, משא"כ באיסורים נאמן רק כלפי עצמו, והיינו דהגביר אסור אבל אינו נאמן על גוף הדבר, ולכן בממונות אחר שנאמן וידוע שהדבר של השני שוב לא יכול לחזור עיי' אמתלא דכבר יצא הדבר מרשותו, אבל באיסורים מהני אמתלא.

אכן יעוי' בחזו"ד סי' קפ"ה סק"ה שכתב בדבר שלו יכול לעשות שוי אנפשיה גם לאחרים [ומבאר דזהו דינא ד"בידו" שנאמן גם כלפי אחרים, והיינו דהוא בעל הדבר ויש לו נאמנות על החפצא] ולפ"ז שוב צ"ב למה שם מהני אמתלא. [והנה החזו"ד כתב שם דבאשה שאמרה שהיא טמאה נדה אינה נאמנת מדין שוי אנפשיה משום שהיא משועבדת לבעל, וכעין שכתב הר"ן בנדרים ז': לגבי שאין נאמנת לומר נטמאתי מה"ט דמשועבדת היא. וכל מה שנאמנת הוא מדין ע"א. אכן הגר"א באבה"ע"ז סי' ג' כתב דנאמנת מדין שוי אנפשיה עיי'. עוד מבואר בגר"א שם שאע"פ שנאמנת על עצמה שהיא נדה ומחמת זה לוקה, מ"מ על בעלה אינה נאמנת, ולכא"ו זה דלא כחזו"ד גם בחידושו השני - שאם החפץ שלו נאמן על החפץ גם כלפי אחרים, ואילו בגר"א מבואר שבעלה אינו לוקה מחמת השוי אנפשיה חד"א. והא דנאמנת לומר שהיא נדה ראיתי מבארים מפני שהוא איסור לזמן ולא דמי לטמאה אני לך שאסורה לו לעולם.

קיב) לעיל הובאו דברי הר"ן בנדרים ז' ב' שהקשה איך האומרת טמאה אני לך מותרת לבעלה [למשנה אחרונה] הרי היא שויה נפשה חד"א, [והפמ"ג ביו"ד סי' א' סק"ט הוכיח מקושית הר"ן דדין שוי אנפשיה חד"א הוא מדאורייתא] ותיירץ בחד תירוצא דמדינא אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך דמפקעת עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו. [וכ"ה בתוס' ר"י דבידושי' (י"ב)]. והקשה הבית יעקב דא"כ למה בסוגין נאמן הבעל, הרי גם הוא משועבד לה, ותיירץ הבית יעקב דבעל כיון שיכול לגרש את האשה בע"כ ולהפקיע את חיוביו נאמן. והקשה"י (סי' י') העיר דלכא"ו מצד הסברא נראה דנהי דבידו לגרשה, מ"מ כ"ז שהיא תחתיו והוא משועבד לה לא יהיה נאמן, וצ"ע.

והקשה"י מתיר ע"פ השיטות דשוי אנפשיה הוא מדין נדר, ועפ"י י"ל דהנה מבואר בנדרים טו ולהלן פרק המדיר דהאומר לאשתו קונם תשמישי עליך אינו יכול לאסור דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו, וא"כ הי"נ כשהבעל אומר שהאשה זינתה הרי אסור את האשה עליו, וזה חל כלפי ידידה, משא"כ באשה שרוצה לאסור את גופה על בעלה אין בידה לאסור כיון שהיא משועבדת לו.

אלא דאכתי קשה דהרי כשהיא אומרת שזינתה אסרת גם את גופה על עצמה. ולמה אינה נאמנת ע"ז, ותיירץ דכיון דאיסורא דידה הוא תוצאה מאיסור הבעל דילפינן דכל היכא דהוא מוזהר היא מוזהרת, הי"נ כיון שהאשה אינה נאמנת כלפי בעלה גם היא לא נאסרת.

[ויל"ע טובא בזה דהרי אם האיסור משום נדר אי"ז שייך לכלל היכא דהוא מוזהר וכו', ויש ליישב דהנדר הוא שתיאסר כפי דיני התורה אם היתה נאמנת בדבריה].

והנה דבריו מחודשין טובא, דבפשוטו דינא ד"כל היכא דהוא מוזהר" תלוי בדין האמיתי במה שידוע כלפי שמיא, וכאן הרי אם האמת כדבריה גם הוא אסור, וא"כ א"א להתירה מטעם זה. אכן באמת מצינו ברשב"א בנדרים שם כדברי הקה"י, דהוא תירץ בשם הר"א ממיץ על קושית הר"ן [- דתיאסר משום שוי אנפשיה] - דכיון שאינה נאמנת על הבעל, גם היא לא נאסרת משום דאיסורא דידה תלוי באסורא דידה וכדלעיל. אכן אכתי דברי הקה"י תמוהין מאד, דהרי ברשב"א חזינן שמתיר כן גם בלא הדין דאיהי משועבדת, אלא דמאחר והבעל עצמו מותר ממילא היא מותרת, ואילו מדברי הר"ן שמתיר שהיא משועבדת מוכח דבעינן גם שלא יאסר גוף הבעל עליה, ולכא"ו פרט זה אינו שייך לכלל דכל שהוא לא מוזהר היא לא מוזהרת, דאפי' אם גופו אסור עליה מ"מ כיון דהוא עצמו מותר בה מקרי דאינו מוזהר וכדחזינן ברשב"א.

[ובעיקר דברי הרשב"א המחודשים - דאם הוא לא יודע מקרי דאינו מוזהר, עיי' במש"כ המגיה לריטב"א בנדרים שם הוצאת המוסד, ועיי' בחי' ר' שמואל סי' י' משכ"ב].

ובחי' ר' ראובן מיישב דאין החסרון משום שעבוד גרידא, אלא משום שהאשה שדהו של בעל. אבל הבעל אינו שייך לאשה, ולכן הבעל נאמן והאשה לא. ועיי' בקה"י עוד יישוב על קו' זו.

[ועיי' בבית יעקב שהקשה דכהן שהוציא שם רע על אשתו, איך מותר לקיימה, והרי לדבריו היא זינתה והוא שוי אנפשיה חד"א, ואע"ג דעדים מעידים ששקר בפיו, מ"מ הא לגבי עצמו נאמן יותר ממאה עדים, ועיי' בחי' הגרש"ש ובקה"י משכ"ב].

קיג) האומר פתח פתוח מצאתי. עיי' ברש"י ותוס' שדנו למה אין הדמים ראייה. והנה מדברי רש"י מוכח דאם באמת היו דמים תו אינו נאמן לאסרה עליו, דהדמים מכחישין אותו. ועיי' בראשונים שחלקו ע"ז, דאפי' אם מצא דם מ"מ שוי

אנפשיה חד"א, שהרי יתכן שיש דם אפי' שפתחה פתוח, וכדתנן נותנין לבתולה ד' לילות. או דתלינן דדם צפור הוא או דם מכה הוא, [עי' רשב"א וריטב"א].

והרשב"א והריטב"א שחלקו על רש"י ג"כ מודים לענין כתובה דאינו נאמן, ורק לענין שוי אנפשיה חד"א דעתם שהוא נאמן, וצ"ב כנ"ל דלמה לא יהא נאמן הרי משכח"ל שתראה דם.

ובב"ש ס"י ס"ח סק"ג מבאר דדם בבעילה שניה לא שכית, ולכן אם לא ידעינן שהיא בעילה שניה ורק הוא טוען פתח פתוח, אינו נאמן. אבל כשידוע שהוא בעילה שניה והספק האם הוא דם נדה או דם בתולים או מכה, לא חיישינן לדם נדה כיון דנידות שלא בזמן וסתה לא שכית.

אמנם צ"ב דכיון דשוי אנפשיה נאמן אפי' נגד עדים א"כ למה לא יהא נאמן לומר שפתחה פתוח נגד ההוכחה מהדם, וביאר הגרש"א בחי' רע"א דע"י שאין דם תלינן שהוא אינו בקי ולא קים ליה.

ובב"ש סק"י"א הביא עוד ישוב מהחלקת מחוקק - דכל שיש דם אכתי לא הוי פתח פתוח דהוי לכל הפחות פירצה דחוקה, ואם טוען שהפתח פתוח לגמרי הדם מכחישו.

קיד) ואמאי ספק ספיקא הוא. בשטמ"ק [והגרע"א בדו"ח מכת"ל] הקשו דהא ספק טומאה ברה"י אסור אפי' בספק ספיקא, והמקור לזה הוא מסוטה, וא"כ כאן תיאסר כדן סוטה אע"ג דאיכא ס"ס. ותיירץ בשטמ"ק דאם לא הוחזקה טומאה כלל אין נאסרת. והדברים צ"ב, דהרי גם בספק שרץ איכא להך כללא [וכדתנן בטהרות פ"ו מ"ד], והאחרונים האריכו טובא בזה, ע"י בשערי ישר שער הספיקות פט"ז אריכות גדולה בזה, וע"ע באבי עזרי משכ"ב].

קטו) ואמאי ספק ספיקא הוא. הנה שיטת ר"י הזקן דלא אמרו ספק ספיקא להקל אלא בשתי ספיקות הבאות מכח ב' תערובות כגון שנפלה טבעת של ע"ז לריבוא, ומריבוא לריבוא, דבכל חד מהתערובות השניה איכא ס"ס, שמא לא היא זו שנפלה לכאן, ואפי' את"ל דהיא זו שנפלה שמא לא זו היא שנפלה לריבוא ראשון. והקשה הרשב"א (בתוה"ב בית רביעי שער שני דף כ"ד) דבסוגין אין הספק בא מכח תערובת ואפי' דיינינן בה דין ס"ס. ותיירץ דכל סברת ר"י הזקן הוא דוקא בשני ספיקות שנולדו בז"א, שכיון שאסרנו כבר את הספק הראשון הוי כודאי [אם לא היה בתערובות] ותו א"א להתירו מדין ס"ס דהוי כבר כודאי איסור. אבל בסוגין שנולדו שתי הספיקות בב"א שרי אפי' שאי"ז בתערובות.

ובבדק הבית (להרא"ה) מיישב בתרי גווני, א) דכאן גם ספק ראשון מותרת מה"ת דמוקמינן לה אחזקה דהתירא. ב) דכל דברי ר"י הזקן הם דין דרבנן ובאיסור דרבנן לא אמרינן שוי אנפשיה חד"א. [ונתבאר באות קח].

ובמשמרת הבית הקשה על תירוץ א' הנ"ל [- דיש לה חזקת היתר] דאדרבה העמידנה בחזקת שלא נבעלה עד השתא [- וזה כעין דברי התוס' ד"ה לא צריכא]. ועוד שהספק הראשון אסור מדין ספק סוטה. [ועי' ברשב"א בסוגין שהביא שיטה שהספיקות כאן אסורים מדין ספק סוטה, והרשב"א בחי' דחה זאת דא"כ כל אשה שנאנסה שמא היה ברצון ומשקרת לומר שנאנסה. ובמשמרת הבית שם כתב דאם חזינן שהיה אונס אין חוששין שהיה רצון. ועי' בשערי"י ש"א פ"י שהאריך בביאור דברי המשמרת הבית].

קטז) לא צריכא באשת כהן. והקשו תוס' דנוקמא אחזקת היתר ותיירצו דאדרבה אוקמה אחזקת הגוף והשתא הוא שנבעלה. והקשו האחרונים [עי' בפנ"י וברע"א] מ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר דאיכא תרתי לריעותא ואזלינן בתר חזקה דהשתא, וא"כ ה"ה כאן נעמידנה על חזקה דהשתא שהיא בעולה.

ובאמת כבר הרגיש בזה התוס' הרא"ש ותיירץ דהתם איכא למימר חסר ואתאי משא"כ כאן, אלא שזה תלוי בתירוץ התוס' [בנדה ב' ובכמה דוכתי] אם בעינן לתרתי לריעותא שיהא חסר ואתאי, ולשאר התירוץ קשה.

והפנ"י מצדד ע"פ המבואר בדף ע"ה דחזקת הגוף שאני ובה לא אמרינן תרתי לריעותא [וכפי שביארו תוס' שם ד"ה אבל, ועי' בש"ש ריש שמעטא ב', ובמשנ"ת בפרק המדיר]. אלא דלפ"ז קשה להיפך, דמאי פריך דבאשת ישראל גדולה הוי ס"ס, והרי על הספק תחתיו איכא אחזקת הגוף וא"כ א"א לצרף הך ספק כדי להתירה. [והנה הרשב"א בתשובה ס"ל דס"ס עדיף מחזקה, אמנם יעוי' בש"ש (א' י"ח) דכ"ז לענין חזקה שמנגדת את שתי הספיקות, אבל אם החזקה מנגדת ספק אחד לכוי' לא מצרפין הך ספק לס"ס].

קיו) והגרע"א תירץ דכל דין תרתי לריעותא הוא רק כשה"חסר לפניך" וכדומה, הוא סיבה לפסוק כהחזקה המתנגדת לחזקה דמעיקרא, כגון במקוה שעכשיו המקוה החסר הוא במצב שאין בו כח מטהר. אבל כאן מה שהיא בעולה לפנינו אינו מתירה דאין סיבת ההיתר מחמת שהיא בעולה, אלא מחמת שלא היה מעשה בעילה אחר האירוסין, וא"כ מאי דחזינן השתא שהיא בעולה אינו סיבה להתירה. ואשר לפ"ז י"ל דכל כה"ג אין החזקה דהשתא מצטרפת לחזקת היתר לומר שהיא מותרת, דהבעילה דהשתא אינה מראה על היתר.

ובאבי עזרי הקשה ע"ז, דהנה ביסוד דין תרתי לריעותא ביאר הגרע"א [בקידושין ע"ט] דתליא בפלוגתא רב ושמואל אם מהני חזקה דהשתא בפנ"ע. דלשמואל דלא מהני, ביאור דין תרתי לריעותא הוא דהחזקה דהשתא הוי רק צירוף לחזקת טמא. אבל לדעת רב דחזקה דהשתא מועלת בפנ"ע, ביאור דין תרתי לריעותא הוא דמוקמינן חזקת כשרות של המקוה כנגד חזקת הטמא והו"ל ספק, והשתא מוקמינן למקוה על חזקה דהשתא. [ועפ"ז מיישב הגרע"א קושית התוס' בקידושין שם, ע"ש]. ולפ"ז קשה דהתינח לשמואל דדין תרתי לריעותא הוא ע"י צירוף החזקות, שפיר י"ל דכה"ג שאין החזקה דהשתא מורה על אותו דין של החזקה דמעיקרא א"א לצרפם. אבל לדעת רב דאחר דהחזקות דמעיקרא הוו חזקה נגד חזקה, תו הו"ל ספק ואזלינן בתר חזקה דהשתא בפנ"ע, א"כ מאי איכפת לן שא"א לצרף את החזקות.

קיח) והגרש"ש בשער החזקות פ"ד מיישב קו' הפנ"י והגרע"א, דכל דין חזקה דהשתא הוא כשהמצב דהשתא הוא סיבת הדין, אבל כאן הרי גם אם ניזיל בתר חזקה דהשתא ונאמר שהיתה בעולה מקודם אי"ז סיבה להתירה, דאכתי יתכן שנבעלה שוב ונאסרה [אלא דמ"מ כיון דתלינן שנבעלה קודם א"כ מאי דחזינן שהיא בעולה אינו גורם לנו להסתפק שמא היתה עוד בעילה, אבל מ"מ אין כאן הכרעה גמורה ע"י החזקה שהיא לא נאסרה] וא"כ ל"ש לדון בזה כלל חזקה דהשתא.

וע"ע בחי' הגרנ"ט שהעלה ליישב כתיורצו של הפנ"י דחזקת הגוף שאני, ומשה"ק הפנ"י דא"כ למה מתירין אותה בס"ס הרי יש חזקת הגוף לאיסור, תירץ הגרנ"ט דאין הבעילה סיבת האיסור אלא רק ראייה וא"א לאסור ע"י וכל דברי התוס' הם רק סברא לבטל את החזקה דהיתר, היינו להתנגד לצד דנבעלה בהיתר, אבל מ"מ א"א להכריע דנבעלה באיסור כיון דהחזקת הגוף אינה על גוף האיסור, וע"ש עוד.

והגרש"ר (בחי' ס"י י') תירץ כעין סברת הגרנ"ט, דהנה עיקר הדבר דמהני כאן חזקת בתולה הוא חידוש, כיון דאין הנידון אם היא בתולה או בעולה, אלא הנידון על המעשה בעילה, וא"כ י"ל דהגם שחידשו תוס' דאיכא כזו חזקה כ"ז שייך

בחזקת הגוף, ולא בחזקת דין, וחזקה דהשתא היא חזקת דין ולכן ל"ש לעשות חזקה דהשתא ע"פ מה שהיא בעולה לפניך.

ק"ט) ע"י ברמב"ן שדן דבאשת כהן איכא גם חשש שנבעלה לפסולים [וזה אוסרה אפי' אם לא תחתיו זינתה] והריטב"א כתב דכיון דרוב כשרים לא חיישינן שנבעלה לפסול. ועי' בשטמ"ק שדן עפ"י בקו' תוס' ע"ש. והגרע"א האריך בזה ע"ש.

קכ) בחזו"א (יו"ד סי' קטו סק"א) כתב דאשה שיש ספק אימתי ילדה, ומכאן זה יש ספק עד מתי נמשכין ימי טהרתה, א"א להעמידה על חזקת מעוברת ולומר דילדה מה יותר מאוחר וימשכו ימי טהרתה יותר, דחזקה אינה אומרת אלא שהולד לא נולד יותר מוקדם, ואילו דין ימי הטהרה אינו נובע מכך שלא נולד הולד מוקדם אלא מכך שנולד הולד מאוחר, ואע"פ שאם לא נולד הולד מוקדם בע"כ שנולד מאוחר, מ"מ בחזקות א"א לדון ע"פ חשבון, אלא דיש הנהגה רק על הדברים המונחים בחזקה ע"ש.

והקשה החזו"א מדברי תוס' דידן שכתבו דאיכא חזקת הגוף שלא נבעלה קודם הנישואין, והרי כאן אין האיסור מחמת שלא נבעלה קודם, אלא מחמת שנבעלה אח"כ ולמה אזלינן בתר חזקה וצ"ע.

וכעין יסוד זה של החזו"א כתב האבני"ז [יו"ד סי' שמא] גבי תינוק שנולד ביהש"מ של ערב שבת שא"א למולו בשבת ע"פ חזקת מעוברת של אימו, דאילו היה הנדון תלוי באם נולד בע"ש, באמת מהני חזקה דמעיקרא, אבל כיון שההיתר למול בשבת הוא מכך שנולד בשבת, ובשבת הוי ודאי שכבר היה ילוד, תו א"א לאוקמה בתר חזקה [נראה דסברתו דכשדנים על שבת אם נולד בה או היה ילוד הוי כריעותא לפנינו משא"כ אם דנים על ער"ש אז עוד לא היתה ריעותא, ואי"ז ממש כסברת החזו"א ודו"ק]. והקשה האבני"ז ע"ד מדברי תוס' דידן, וע"ש מה שיישב.

ויש שישבו דאח"כ א"א למיזל בתר חזקה ולומר שנבעלה תחתיו, אלא כל דברי תוס' קיימי רק כלפי מה שהקשו דנוקמא בחזקת היתר ונימא שודאי נבעלה כשאינה תחתיו. וע"ז תירצו דנגד זה איכא חזקה שלא נבעלה כשאינה תחתיו, ואח"כ שא"א לומר מכאן חזקה זו שודאי תחתיו נבעלה, וכסברות דלעיל, אלא דלהא מיהא מהני החזקה שלא נימא דבודאי קודם אירוסין נבעלה ודו"ק. [ועפ"י מיושבת קו' הפני"א אות קיח ודו"ק].

קכא) ואב"א באשת ישראל. הקשו תוס' הא הוי ס"ס שמא היה בקטנותה דפתוי קטנה אונס הוא, ותירצו דשם אונס חד הוא. ע"י ברע"א שהביא פלוגתת המפרשים אם כוונתם דכיון דהכל מצד היתר אונס אין כאן ס"ס, או כוונתם דלא הוי ספק המתהפך, דאם נתחיל בספק אונס ספק רצון א"א לומר אפי' את"ל רצון שמא קטנה היתה, דאם היא קטנה לא הוי רצון. [ועי' בשטמ"ק דפשיטא ליה בדעת תוס' כביאור הראשון]. והנה הביאור השני תמוה דהיכן כתובה סברא זו בתוס', ועי' ברע"א החדש ביאור בזה, דלא נימא דמ"מ נוכל לומר ואת"ל ברצון היינו בדרך פיתוי שמא קטנה והפיתוי הא הוא אונס כיון דהוא מין אחר, לזה כתבו דהוי בכל ענין אונס אחד ואם אתה אומר שמא ברצון ממילא הוי לאפוקי גם פיתוי קטנה, ולכן הוי אינו מתהפך.

קכב) תוד"ה ואי בעית אימא, בא"ד וא"א א"כ בס"ס נמי תיאסר דספק אונס כמאן דליתיה דמי. והקשה הפני"א לפמ"ש"כ הרשב"א בתשובה דטעם ההיתר דס"ס הוא מחמת רוב, א"כ כאן הספק תחתיו הוא ספק השקול ונצרך לו את המיעוט שבאונס ונתיירנה, ובקונטרס אחרון כתב הפני"א דזה תלוי בפלוגתת ר"מ ורבנן אם אמרינן סמוך מעוטא לחזקה. ובש"ש (א' יח) הקשה דגם למ"ד דלא אמרינן סמוך היינו משום דרוב וחזקה רובא עדיף אבל כאן למה לא נצרך את המיעוט למחצה ויהיה רוב צדדי היתר. וע"ש בש"ש בסוף הפרק שהביא דברי הריב"ש בסימן שע"א דמחלק בין ספק ספיקא לרוב, דברוב [כגון מחצה זכרים ומחצה נקיבות ומיעוט מפילות] מצרפין המיעוט למחצה, והטעם דכיון דטבע העולם שמחצה זכרים ומחצה נקיבות וזה דבר ברור, א"כ כיון דאיכא מחצה ברורה לומר שהיא נקיבה אפשר לצרף את מיעוט המפילות. אבל בספק תחתיו ספק אינה תחתיו שאין לנו מחצה הנבעלות תחת בעליהן ומחצה שאין תחת בעליהן אלא הוי ספק אצלנו מה אירע, ובזה אפי' נצרך את המיעוט אונס אכתי יתכן דנשאר ספק, דגם קודם לכן אין כאן מחצה ברור ומוחלט. וסיים הריב"ש דכע"ז תירץ לו הר"ן, אלא שהוא אומר דלית להו לרבנן סמוך ככה"ג, והריב"ש סובר דאף אם נימא סמוך אכתי הספק במקומו עומד.

והגרע"א בשו"ת סי' פה כתב לחלק דדין סמוך מעוטא לחזקה הוא רק כשהמיעוט מסייע במציאות המעשה, לומר שהולד אינו זכר. אבל כאן הוי ב' התירים נפרדים אונס ואינו תחתיו - והצירוף רק לענין ההכשר שלה, בזה לא אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא.

קכג) הרמב"ם פסק דפיתוי קטנה אוסרה לבעלה, וטעמו מחמת קושית תוס' דבקידשה אביה פחות מבת ג' הוי ג"כ ס"ס שמא היה בפיתוי. והא דלא סבר הרמב"ם דהוי שם אונס חדא, מפני דהוי עכ"פ ב' ענינים שמא גדולה באונס ושמא פיתוי קטנה. ועי' מש"כ הגרע"א בשו"ע יו"ד סי' טו ס"ג.

קכד) במש"כ תוס' דהרוב שאינה אנוסה הוא רוב דרבנן ומ"מ במקום ס"ס שרי. כתב הגרע"א להמתיק הדברים דחכמים אמרו דהוי רוב חלש לגרע החזקה ולומר סמוך מעוטא לחזקה והוי פלגא, וא"כ הוי ספק שדינו שבחד ספק אסור ובס"ס מותר. והחזו"א (סי' ס"ז סק"ד) העיר דבתוס' נדה י"ח ב' משמע דבאמת מדאורייתא כך הוא - שהרוב הוא רוב חלש וכנגד חזקה הוי ספק [ומה שברוב תינוקות מטפחין בעיסה הוי רק חומרא דרבנן היינו משום דמעיקר הדין ספק טומאה טהור כיון שאין בו דעת לישאל] וא"כ כאן מדאורייתא כך הוא הדין שלא אזלינן בתר רוב ובס"ס מותר.

ובתוס' הרא"ש תירץ על קושית תוס' וז"ל: דלא אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף אלא היכא דהרוב מגרע החזקה והחזקה מגרע כח הרוב כגון ההוא דתנוקות מטפחין דאם טפח בעיסה ודאי היא טמאה. אבל הכא אפשר להתירה מטעם חזקה בלא בטול רוב רצון כגון שזנתה קודם שנתארסה. והשטמ"ק הקשה ע"ז דהחזקה [דכשרות] לגבי ספק תחתיו לא מעלה ולא מוריד דאדרבה איכא חזקה [דבתולה], וליכא למימר חזקה אלא לגבי ספק באונס, ולגבי האי ספק שפיר איכא למימר רובא וחזקה רובא עדיף ע"ש.

והגר"י פרצוביץ זצ"ל [באהל אברהם] ביאר דבכל חזקה מלבד ההלכה והגז"כ דחזקה בעינן שיהא הדבר "בחזקת" הך דין, והיינו דבעינן שתהא איזה פשטות שכך הוא הדין ואז נאמר הגז"כ למיזל בתר חזקה. ולפ"ז י"ל דהדין דרובא וחזקה רובא עדיף לא נאמר ביחס לדין החזקה, אלא כלפי ה"בחזקת", והיינו דבמקום רוב אין הדבר בחזקת מצבו הקודם דהרוב אומר לנו שהשתנה המצב, וכיון דאין הדבר בחזקת ממילא פקע החזקה. אבל לו יצויר שיהיה דין חזקה נגד רוב י"ל דשקולים הם ואין עדיפות לרוב מהחזקה.

ולפי"ז י"ל דכאן שאפשר לקיים את ה"בחזקת" היתר ע"י שנאמר שהזנות אינה תחתיו, ממילא נשאר הבחזקת כשרות ונאמר בזה דין חזקה וממילא זה מהני גם כנגד הרוב והוי ספק ומצטרף לס"ס. [והגם דיש חזקת הגוף צ"ל דאיי"ז מפקיע לגמרי את החזקת היתר והוי ספק, ותלוי במשנ"ת מאות קטז ולהלן].

קכה) בקושיית התוס' דלעולם הוי ס"ס שמא היא מוכ"ע, ע"י בחי' הגרע"א שהקשה דטפי הו"ל להקשות דאפי' בחד ספק תשתיר משום חזקת היתר.

עוד הקשה עמש"כ תוס' דלר"ח דס"ל דמוכ"ע פתחה סתום א"ש, והרי להלן אמרינן דבטוען מצאתי דס ג"כ אסורה [ומוקמינן מתני' בהכי כדי לדחות הראיה לר"א] ויקשה לשיטת ר"ח דהוי ס"ס שמא אינה מוכ"ע [והר"ן דחה מה"ט תירוץ זה] וע"ש מה שכתב בארוכה בזה.

ובעיקר קושיית תוס' ע"י ברמב"ן ועוד ראשונים דתירצו דמוכ"ע לא שכיחא.

קכו) הרא"ש (סי' יח) הביא ד' רבנו יונה דמה שבחד ספק אסורה הוא דוקא במכחישתו ואומרת שבתולה היתה או בשותקת, אבל באשת ישראל שאמרה נאנסתי נאמן דברי ושמאי ברי עדיף. והרא"ש הקשה דבסוגיא בדף י"ב ב' מבואר דרך במקום חזקה או מיגו מהני ברי ושמא וכאן אין חזקה ולא מיגו. ודבריו תמוהין, דהרי יש חזקת היתר, וגם איכא מיגו דמוכ"ע לפמ"ש"כ תוס', [מלבד לשיטת ר"ח דמוכ"ע פתחה סתום] ועמדו בזה האחרונים, ע"י בקרבן נתנאל ובגרע"א תשובה צה ובנוב"ת אבהע"ז סי' יד.

ובק"נ תירץ דלא מהני המיגו והחזקה כיון דיש רוב שאין כאן אונס, [ומיגו לא מהני נגד הרוב], והגרע"א הביא בשם עטרת פז דקו' הרא"ש דממה דלא נקט ר' יונה דנאמנת לומר מוכ"ע אני ש"מ דס"ל כר"ח.

והוסיף הרא"ש דאין לומר דהא דבעינן חזקה ומיגו הוא במקום חזקת ממון ולא באיסורים, דהרי כאן יש רוב נגד וא"כ הוי ריעותא יותר מאשר חזקת ממון. ובסוף דבריו מסיק הרא"ש כרבנו יונה ולא מטעמיה, דאיי"ז מדין ברי ושמא, אלא המקור הוא מהא דאורחא מעוברת דנאמנת לומר על הולד שהוא כשר אף דאין לו חזקה ואיכא רוב פסולין.

וע"י בחזו"א (סי' סז) שמבאר דהצד שלא תהיה נאמנת [וכמו שדייק המ"מ מהרמב"ם פי"ח הי"א מאיסורי"ב] משום דשאני התם שהרוב הוא רובא דאיתיה קמן, ואין הרוב נאמנת שבא עליה הפסול, דשמא בא עליה הכשר המיעוט. משא"כ כאן דחזקת בתולה ורובא באונס אומרים שהיא אסורה, ובזה י"ל דלא מהני ברי.

קכז) ובעצם דברי הרא"ש דין גם באיסורים דין ברי ושמא, צ"ב דבשלמא בממונות מהני דיני טענות ושייך בזה דין ברי ושמא, אבל כאן הרי מיירי באיסורים ומ"ש דין ברי באיסורים. [ונתקשה בזה החת"ס אבהע"ז סי' קלא].

ונאמרו בזה כמה דרכים. הגרש"ש בשערי ישר (ו' יח) מבאר דדין ברי ושמא הוא ביחס לכפית ב"ד, שע"ז שפיר שייך דיני טענות שאין לב"ד זכות לכופו כיון דברי לו שאין איסור לעשות כך. ואכתי צ"ב דנהי דשייך בזה טענת ברי, מ"מ למה לא סגי בנאמנות מדין ע"א. [ועיין ברשב"א שכתב גם ברי ושמא וגם דין ע"א ע"ש]. וביאר הגרש"ש דכאן שהדין נוגע רק לעצמו איכא פסול בע"ד ואין בזה נאמנות דע"א, ואמנם אם הדבר נוגע גם לאחרים אז יש נאמנות מדין ע"א וממילא נאמן גם לעצמו, אבל כאן דהוי שוי אנפשיה חד"א וכל הנאמנות רק כלפי הבעל, בזה מהני רק מדין ברי ע"ש.

ובחי' ר' שמואל (סי' טו) ביאר דבעצם ל"ש כאן נאמנות של ע"א דהוי דבר שבערוה. אמנם בדבר שבערוה י"ל דאין הסיבה שלא נאמן מחמת דאין נאמנות על "איסור" דבר שבערוה, אלא דאין נאמן על חלות דבר שבערוה, וי"ל דעל החלות דדבר שבערוה מהני ברי דכיון דהוי חלות בה יש לה טענה לומר דאין כאן חלות זו, וממילא נאמנת על האיסור מדין ע"א אחר דיש ברי על החלות דבר שבערוה [ועי' בקוב"ש כאן].

והקה"י כתב דהברי ושמא הוא מחמת שפוגעים בזכויות האישות של הבעל ע"י האיסור, ולכן דמי לממון דבעינן בזה טענות, ולגבי האיסורים נאמן מדין ע"א.

קכח) ע"י היטב בחי' הרשב"א בענין אם האשה טוענת ברי. והנה דעת הרשב"א דע"י הברי היא מותרת כדאמרינן דבברי ושמא לר"ג היא נאמנת [וכדעת ר' יונה]. אמנם הביא הרשב"א שיטות דלא מהני הברי דידה מדין ספק סוטה והיינו דנאמר בזה דין ספק כודאי. והרשב"א חולק ע"ז דודאי דנאמנת דאל"כ בכל נבעלת באונס ניוחש שמא באמת יש כאן רצון והיא משקרת, והא דסוטה אסורה היינו מפני שיש רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה ושם נאמר דין ספק כודאי. [וע"ש דדין ספק טומאה אינו כן, ושם א"צ רגלים כיון דאין מי שיכחיש וע"י בשערי"א (א' יז) משכ"ב].

ובברכ"ש הביא בשם הגר"ח לבאר דרך בקינוי וסתירה יש ע"ז שם טומאה ובזה חידשה תורה ספק כודאי אבל בלא קינוי וסתירה הוי ככל שאר האיסורים.

והנה לשיטה שהביא הרשב"א דאסורה גם בספק אונס מדין סוטה צ"ע למה בס"ס מותרת, והרי הוי ככל טומאות ברה"י שאפי' בס"ס טמא, וביאר הברכ"ש דלשיטה זו הטומאה הוא המעשה זנות, וכל דלא ברור שיש מעשה זנות לא מקרי שיש טומאה, ולכן אם איכא ס"ס הוי כליכא טומאה [וזו כוונת השטמ"ק אות קיד ע"ש].

קכט) כתב הרשב"א לחלוק על רבנו יונה [דמעמיד הסוגיא בשותקת], והרשב"א ס"ל דבשותקת טענינן לה [כמו לחרשת - לקמן ל"ו א'] ומותרת. [וצ"ע דברשב"א משמע דבעינן גם לדין ע"א ואיך שייך דין ע"א בטענינן].

והרשב"א מחזק דבריו, דאם נימא דבשותקת הוי שתיקה כהודאה שהיא אסורה א"כ גם בס"ס תהיה אסורה, ואף אם הוי כספק למה מותר בס"ס, הרי ר"ג אוסר לקמן י"ד א' אלמנת עיסה בשמא אע"ג דהוי ס"ס. ובע"כ דמיירי במכחשת, דאז אין כאן שמא, ומ"מ לא הוי כברי כיון דהבעל מכחישה, ובזה הדין דספק אחד אסור וס"ס מותר.

ודבריו צ"ב דמאחר והבעל מכחיש א"כ כלפי השוי אנפשיה של הבעל הוי כס"ס בלא ברי, ולמה לא נאסר לר"ע דאוסר באלמנת עיסה. וע"י בברכ"ש (סי' יח) שמבאר דגם במכחשת לא מקרי שמא, דהרי יש לה טענה ואין ריעותא של שמא, ומה שטוענת שהיא בתולה ולא טוענת היתר של אונס הוא משום דמכספא, ולכן היא מותרת.

קל) בגמ' והאמר ר"א אין האשה נאסרת אלא על עסקי קינוי וסתירה. שיטת רש"י ותוס' דקושיית הגמ' דבהו"א סבר המקשן דבעינן עדות לקיומי על זנות, וע"י ברשב"א שהקשה ע"ז כמה קושיות. ומפרש הרשב"א דקושיית הגמ' דבדין איסור אשה לבעלה נתחדש לא רק שאין ע"א נאמן, אלא שאין אוסרין אלא ע"פ דבר ודאי, וקינוי וסתירה הוי דבר ודאי, אבל כאן דהבעל מסופק אין אוסרין מספק. וראית הגמ' היא מעובדא דדוד דשם לא נאסרה על דוד מחמת שלאוריה הוי ספק וכיון שלא נאסרה על אוריה לא נאסרה גם על דוד, ואע"פ שהטעם רק משום חסרון ידיעה אבל כלפי שמא ידוע שאסורה, מ"מ סובר המקשן דגם בזה אם היא מותרת לבעל מותרת לבועל.

ובתירוץ הגמ' אמרינן דפתח פתוח אסור אפי' שאין עדים ברורים. וביאור הדברים, ע"י בשו"ת חת"ס אבהע"ז סי' קלא, דכל שיש ספק השקול באמת מותרת דאין אוסרים זנות אשת איש שבערוה אלא בדבר ברור, אלא שכאן שיש רגלים לדבר [מדשתקה או מדהכחישה] שהיא אסורה, לכן מקרי קצת רגלים לדבר. [אבל מ"מ בס"ס או בחזקה מותרת ולא

דמי לספק טומאה ברה"י כיון דהרגלים לדבר כאן אינם רגלים גמורים, ושלש דרגות הם: א) ספק השקול מותר. ב) רגלים לדבר כמו בפ"פ שם אסור מספק ומ"מ מותר בס"ס. ג) רגלים לדבר ממש כמו בקנוי וסתירה - בזה אפי' בס"ס ובחזקת היתר אסורה].

והגרש"ש בשעריי (א' יח) הקשה עליו כמה קושיות, ולכן מבאר דכל הדין שאין אשה נאסרת אלא ע"י עדים הוא אם יש ספק על עצם הזנות, אבל כאן שידוע שזינתה וכל הספק הוא רק אם היה באונס או ברצון - זה הוי ככל ספק איסור. והמעין בחי' הרשב"א בסוגין יראה דמפורש כחתי"ס.

קלא) הנה הרשב"א כתב דלפי התרצן אף אם אין הבעל יודע אסורה לבעול, ול"ש בזה הכלל שכל שאינה אסורה לבעול אינה אסורה לבעול. ועי' ברש"ש שנוקט לא כן אלא דגם להלכה למעשה אם אין הבעל יודע היא מותרת לבעול, ובאבי עזרי חלק ע"ז, ובאמת כבר מפורש כן ברשב"א. ועי' בחי' הגרע"א החדש שהעתיקו תשובת הרא"ש ומהריט"ץ והגהת הגרע"א על מהריט"ץ, ומבואר שם כל הנידון הנ"ל, וסברת הגרע"א לאסור משום דבאמת הבעל אסור, דאפי' שאינו יודע מ"מ כלפי שמיא גליא שהוא אסור. ועי' אות קיב. ועי' חי' הגרש"ש סי' יב.

קלב) וא"ת מעשה שהיה מפני מה לא אסורה, רש"י מפרש שהיו עדים [ועי' משה"ק תוס' ומה שתירץ תוס' הרא"ש] ולכאוי' כוונתו כהוי"א של הרשב"א דבלי עדים מותרת גם לבעול.

ובתירוץ קמא אמרינן דבבא עליה באונס מותרת לבעול, ופירשו הראשונים והבי"ש סי' י"א סק"ג דהטעם משום שאם אינה אסורה לבעול אינה אסורה לבעול, ועי' בב"ש שדן שלתירוץ שני של הגמ' באמת אסורה לבעול כיון שהוא היה ברצון. ובחי' ר' שמואל סי' ג' מבאר (לדעת תרוה"ד) דמה שמוותרת לבעול אינו מחמת שמתורת לבעול אלא דגם איסור הבעול הוא משום לתא דידה, וכיון שהיא שוגגת ומותרת גם הוא מותר.

דף ט ע"ב

קלג) כל היוצא למלחמת בית דוד וכו' עי' רש"י ותוס'. ובריטב"א הקשה על רש"י מהא דאמרינן בתענית כל האומר דוד חטא אינו אלא טועה, ולרש"י חטא שבא על ספק אשת איש. ולכאוי' כיון שבסוף חל הגט אגלאי מילתא שלא איסור, ואולי כוונתו דהוי כנתכוון לאכול בשר חזיר ועלתה בידו בשר טהה. או די"ל דספק איסור הוי איסור ודאי לגברא לעשותו ולהיכנס לספק, ועי' בקוה"ע שדן בזה.

קלד) אמר אביי אף אן נמי תנינא. עי' בתוס' ב' א', דלדעת רש"י הראיה היא על הא דהוא בקי בפתח פתוח. ועי' בשטמ"ק שהעיר ע"ז דהרי שיטת רש"י בעמוד א' ד"ה אבל, דמירי במשנה בבחור שאינו בקי ואפ"ה נאסרת, וא"כ מוכח שאין טעמו של ר"א משום שהוא בקי ע"ש.

קלה) ולמאי אי למיתב כתובה נתיב לה. מבואר דע"י טענתו נאמן להפסידה כתובתה ומ"מ אינה נאסרת עליו, והיינו משום דלענין לאוסרה עליו יש חזקת כשרות, אבל לענין כתובה אדרבה איכא חזקת ממון לפטרו. [ועי' ברמב"ן שהביא שיטות שרי יהודה אמר שמואל דאמר דנאמן להפסידה כתובה סובר דאינו נאמן לאוסרה עליו, ודלא כר' אלעזר. והטעם כנ"ל]. כן ביאר התוס'.

קלו) והקשו תוס' אמאי מפסדת כתובתה הרי יש לה ספק ספיקא דיש לה כתובה, שמא אינו בקי ושמא תחתיו באונס. והביאו ראיה דבס"ס איכא כתובה מהא דמשאירסתני נאנסתי דאיכא מ"ד דיש לה מנה משום ספק ספיקא. ומבואר לכאורה מדברי התוס' דבס"ס מוציאים ממון. ובפנ"י כאן הקשה הרי לא אזלינן בממון אחר הרוב, וא"כ למה בס"ס אזלינן בתריה להוציא ממון. וכתב הפנ"י דכל דברי התוס' רק בצירוף ברי ושמא, וצ"ב דהרי גם ברוב לא אזלינן בתריה אפי' בברי ושמא, כמו ברובא דזבני לרדיא שהלוקח טוען ברי שהתכוון לרדיא והמוכר ספק, והרגיש בזה הפנ"י בקו"א ותיירץ דהתם כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב היה לו לפרש. [ויל"ע דכיון שידע שיהיה הוא ברי והמוכר שמא ובכה"ג אין הולכין אחר הרוב למה לו לפרש - וכמו דלרב דהולכין אחר הרוב א"צ לפרש, כמו"כ הכא ברוב עם ברי ושמא לא יצטרך לפרש]. ועי' בשו"ת בית מאיר סי' טז.

ובש"ש ש"א פ"כ הביא דברי מוהרי"ן לב דנוקט דס"ס מהני להוציא ממון. [ועי"ש שדן בארוכה בראיות הפנ"י מכמה דוכתי. ובפכ"ב הקשה מדברי תוס' דף י"ב דאפי' בברי וברי ג"כ יש לה כתובה].

והביא הש"ש דברי הש"ך בתקפו כהן (סי' קכ) שחולק על מוהרי"ן לב וס"ל דאין ס"ס מוציא ממון [כמו דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב], ומש"כ כאן תוס' דבס"ס יש לה כתובה הוא מטעם אחר, דהרי כל מה שמפסדת כתובתה הוא מחמת שנאסרת על בעלה, וכיון שכאן מתירין אותה ע"פ ס"ס - דלגבי האיסור בודאי מהני ס"ס - ממילא בתולדה מכך אינה מפסדת כתובתה. [וכדבריו משמע בשטמ"ק כאן, ועי"ש בשטמ"ק שכתב דברשב"א בע"א מבואר שלא כדברי תוס' אלא דאפי' אם אינה נאסרת מ"מ מפסדת כתובתה].

ושיטה שלישית היא דעת הש"ש (פכ"ד) דלעולם ס"ס לא מוציא ממון כמו רוב, וכתובה שאני שכיון שיש לה שטר הוי כמאן דגבוי, ובאמת בכה"ג מהני אפי' רוב, והביא דכן מבואר במרדכי ע"ש. והגם דקיי"ל כב"ה (בסוטה כ"ה) דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי, היינו לענין ספק דלא נחשב לגמרי כנמצא הכסף בידה. אבל להא מיהת מהני דבמקום רוב תגבה, וכן במיגו כה"ג לא נחשב כמיגו להוציא, ע"ש.

ועי' בברכ"ש (סי' ) ובחי' הגרש"ש (סי' ) שמבארים דס"ס הוא סיבה שלא נסתפק ולא יודע הפשטות שיש לה חיוב כתובה. [ובדף י"ב ב' מבואר בתוס' רי"ד דהא דמהני ברי ושמא וחזקה היינו רק חזקה כי האי דהפשטות היא שחייב והנתבע בא לחדש פטור, ובזה מהני ברי ושמא וחזקה, והי"נ כאן הפשטות שחייב לה כתובה ועי"ה ס"ס אין מעוררים בזה ספק].

קלז) והנה הש"ש הקשה על פירוש הש"ך בתקפו כהן, דמה הקשו תוס' מסוגיין וממוכ"ע, הרי יש כאן ספק שמא נבעלה קודם ואז מפסדת את הכתובה מחמת מקח טעות ולא מחמת האיסור - וא"כ לא מהני מידי מה שהיא מותרת מס"ס, דהרי הפסד הכתובה בכה"ג אינו מחמת האיסור אלא מחמת מק"ט]. אכן יעוי' באחיעזר (חי"ב סי' ב') שכתב דזו גופא כוונת תוס' בתירוצם דכל היכא דיש ספק מוכי"ע או שאינה תחתיו לא מהני הס"ס כיון שאין ההפסד מחמת האיסור.

ובעיקר מש"כ הש"ך דהפסד הכתובה מחמת שנאסרת על בעלה, הנה יעוי' במהרש"א לקמן ל' ב' דאפי' לשיטת תוס' דקטנה שזינתה ברצון אינה נאסרת על בעלה משום דפיתוי קטנה אונס הוא, מ"מ מפסדת כתובתה, דלזה סגי במה שעשתה המעשה מרצונה ולא באונס, ומוכח דאין ההפסד מחמת האיסור. [וההפלאה שם פליג ע"ז, אך טעמו דפיתוי קטנה אונס הוא נחשב כאונס גם לגבי הפסד הכתובה]. ועי"ע בהפלאה דף נ"א ב', באשת כהן שנאנסה ואח"כ נבעלה ברצון מפסדת כתובתה, והנה שם בפעם הראשונה נאסרה ולא הפסידה כתובה מחמת שהיא אנוסה, ובפעם שניה שהיה

ברצון לא נאסרה, שהרי אסורה ועומדת היא, ומ"מ מפסדת כתובתה, ומשמע קצת דס"ל כמהרש"א דהפסד הכתובה מחמת הזנות ולא מחמת האיסור. [ואולי י"ל דכיון שיש סיבת איסור נוספת ע"י הזנות ברצון משי"ה מפסדת כתובתה, וצ"ע בזה].

אולם ברמב"ם פכ"ד ה"ו מהלכות אישות כתב: מי שזינתה תחת בעלה אין לה כתובה וכו' שהרי מעשיה גרמו לה ליאסר על בעלה, ודייק מזה הגרש"ר [בחי"י סי' י'] דלא כאחרונים הנ"ל אלא דבאמת מפסדת כתובתה מחמת שנאסרת, ודו"ק. וזה מתאים לדברי הש"ך דהפסד הכתובה מחמת האיסור.

ובנדרים צ"ב, אר"פ בדיק לן רבא אשת כהן שנאנסה יש לה כתובה או אין לה כתובה. כיון דאונס לגבי כהן כרצון לגבי ישראל דמי אין לה כתובה או דילמא מצי אמרה ליה אנא הא חזינא וגברא הוא דנסתחפה שדחו. [ומסיק דיש לה כתובה]. ומשמע להדיא דהפסד הכתובה מחמת האיסור, דאי מחמת הזנות למה פשוט לגמ' דאונס באשת כהן דמי לרצון בישראל ודו"ק. [ולשיטת מהרש"א אולי י"ל דתרווייהו איתנהו ביה, דגם הזנות מפסידתה וגם האיסור, ולפ"ז אין ראייה מהרמב"ם דלא כמהרש"א. ואולם מדברי הש"ך מוכח רק האיסור מפסידתה את הכתובה]. ועי' אות קמג.

קלח) בתירוץ התוס' דלא חשיב ס"ס בכה"ג משום דהאי ספק באונס לא חשיב ספיקא גמורה למיהב לה כתובה וכו'. כבר הובאו [בתחילת אות קלז] דברי האחייעזר דכוונת תוס' דההפסד של אינו תחתיו אינו תולדה מהאיסור ע"ש.

ובפנ"י מפרש כוונת תוס' דכשם שיש ס"ס לדידה כמו"כ איכא ס"ס לדידה שמא הוא פטור. והש"ש (אי י"ט) הקשה ע"ז דהיכי נימא ספק דידה שמא ברצון ואת"ל באונס שמא לא תחתיו, והרי יתכן דאינו בקי וא"כ אין כאן לא אונס ולא רצון בזנות כלל.

ולכן מבאר הש"ש דכוונת תוס' דלהצד שהוא בקי אין הספק שקול, דהרי להך צד רוב הצדדים שאין לה כתובה, וממילא א"א לצרף את הספק הזה לס"ס כיון דאינו שקול. וע"ש שהקשה ע"ז, דבשלמא במש"כ התוס' בע"א דכשיש רוב שלא זינתה באונס אין מצרפין את הצד אונס לס"ס, הטעם הוא מחמת שהספק תחתיו ולא תחתיו אינו מסייע לרובא ברצון ואין ס"ס נגד הרוב, דהרוב מתנגד רק לספק אחד. אבל כאן אפשר לצרף את הספק בקי לספק תחתיו באונס לומר שלא היה כאן ביאה שאינה תחתיו או ברצון. [ועי' בביאורים והגהות להגרש"ז משכ"ב].

קלט) בעיקר קושיית תוס' דיתחייב הבעל לשלם מס"ס, צ"ע לפמ"ש"כ הראשונים דמייירי במכחשתו ואומרת פתחה סתום, א"כ דמי לכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, וגם כאן להוי כהודאת בע"ד שלא זינתה באונס תחתיו. [ואולי קושיית תוס' רק באופן ששוקלת].

ובחזו"א (סי' ס"ז סק"ד) כתב בזה דכאן לא שייך כל האומר לא לויתי, דבשלמא שם כשידוע שהוא לוח הרי הוא חייב, והפירעון הוא "פוטור" מההלואה, וכיון שמונח בהודאתו שלא פרע ממילא הוא חייב. אבל כאן מה שהיא מפסדת את הכתובה [אחר שידוע שנבעלה] אינו מחמת שחזר אונס, אלא להיפך דע"י הרצון יש סיבה חיובית להפסידה כתובתה, וכשאין רצון ממילא יש לה כתובה, והיא הרי אמרה שלא נבעלה ברצון, ואין לנו לתפוס דבורה לחצאין במעשה אחר לומר שהיה הדבר ברצון. וצ"ע החזו"א למה שנסתפק הגרע"א בתשובה קמ"ט אם כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי הוא בדרך הוכחה דמדלא טען פרעתי ש"מ שלא פרע, או דזה מונח בדיבורו שלא היה כאן כלל מעשה הקשור להלואה ולפירעון. ולכאוי תירוצו של החזו"א א"ש רק לצד השני.

קמ) תוד"ה אבל. כתבו דביהודה נאמנת לומר פתח נעול במגו דאי בעי אמרה באירוסין בא עליה. והמהרש"א הקשה דלהלן כתבו התוס' דהא דאינה נאמנת במגו דמוכ"ע הוא מפני דהוי מיגו במקום חזקה או דהוי מיגו להוציא, וא"כ גם הכא אמאי נאמנת. ותיירץ החזו"א (סי' סז סק"א) דהכא הוי פה שאסר, דכיון דבשעת חופה היא בחזקת בעולה ואין כאן ריעותא כלל, הוי כפה שאסר ועדיף ממיגו בעלמא. ולפ"ז כתב החזו"א להלכה דביהודה נאמנת לומר בתולה הייתי במיגו ולא הוי מיגו להוציא מטעם הנ"ל. [והב"ש סי' ס"ח סק"א הסתפק בדין זה].

קמא) תוד"ה מאי, מש"כ מהא דיבמות דעד ל' יום מוקי איניש אנפשיה, תמוה דהרי שם דמבואר דיבמתו בזיו מינה ואינה דומה לאשתו. ועי' משכ"ב הנצי"ב בהעמק שאלה (טז ח') והחזו"א (סי' ח').

קמב) הב"ש (סי' ס"ח סק"א) כתב נ"מ בין רש"י לתוס' (ד"ה מאי) דלשיטת רש"י אפי' אם התיחדו שלא לשם ביאה חיישינן שמא בעל ושכח או הערה ושבר בתוליה. אבל לתוס' דוקא אם התיחד ע"מ לבוא עליה. ועי' בחזו"א (סי' י') ובנצי"ב הנ"ל שחלקו ע"ד, דגם לרש"י כל החשש רק אם התייחד לשם ביאה.

קמג) תוד"ה לא, כתבו דלא מהני המיגו דמוכ"ע משום דהו"ל מיגו להוציא. והקשה הרשב"א דהרי כאן יש לה שטר ובכה"ג לא הוי מיגו להוציא כדמוכח מהא דשבועות דף מ"ב בטוען סטראי שיכול להוציא במיגו דלא פרעתי. ותיירץ הרשב"א דשם היה לשטר שעת הכושר ויש לו תורת שטר ולכן מהני להוציא. אבל כאן אם זינתה שטרא כמאן דליתא דלא חל שעבודא דשטרא כלל, וכן אם זינתה קודם אירוסין לא חל השטר כלל ובכה"ג אין השטר מועיל להוציא. [ועי' בהגהות מצפה איתן]. [ובמה שמבואר ברשב"א דאם זינתה לא נתחייב כלל בכתובה. עי' בחי' ר' שמואל סי' יג אריכות בזה יב שנוקטים דאם זינתה דמי לפירעון ובמקום ספק הוי כאיני יודע אם פרעתיך, ועי' בחי' ר' שמואל סי' יג אריכות בזה דיש לחלק בין היכא דנאסרת על בעלה דאז בטל החיוב למפרע להיכא דאינה נאסרת ואיכא רק מעשה זנות בעלמא דאז בטל החיוב רק מכאן ולהבא, ועי' משנ"ת באות קלז. והנה שם הובא דדעת הרשב"א דאפי' אם אינה נאסרת מפסדת הכתובה. וכמו"כ בסוגין כתב הרשב"א דאינה נאסרת ומ"מ מפסדת כתובתה אף להצד דזינתה תחתיו, ומבואר מזה דגם המעשה זנות בלא שנאסרת מפקיע את החיוב למפרע. אלא דיש לדון דלדעת הרשב"א הא דמפסדת כתובתה אפי' אם אינה נאסרת - מחמת הס"ס - אין הטעם משום דמעשה זנות גרידא מפסיד הכתובה. אלא דהפסד הכתובה מחמת מה דכלפי שמיא גליא אסורה, ולפ"ז א"ש הא דמפסדת למפרע, ואי"ז סתירה ליסוד סברת המהרי"ט [וע"ע בשערי ישר (א' כ') בענין זה].

קמד) והנה הרשב"א בב"ב ל"א ב' כתב דבההיא דסטראי אי"ז מיגו להוציא דאין המיגו על המנה שבשטר, אלא על המנה שתפס, וממילא כבר אפשר לגבות את המנה שבשטר, ולפ"ז צ"ע מה הקשה כאן הרשב"א מסטראי, הרי שם אי"ז מיגו להוציא, והעירו בזה.



קמה) והם האמינוהו שאם אמר פתח פתוח מצאתי נאמן. הקשו הראשונים למה צריך כאן לתקנה שיהא נאמן, והרי לא כתב לה אלא ע"מ שהיא בתולה וכיון שכן עליה להביא ראיה שנתקיים התנאי [וכדאיתא בדף יט: זילו קיימו תנאיכו וחזתו לדינא].

והרי"ף הביא בשם גאון שלגבי תוספת באמת אינו נאמן דהתוספת אינה תקני"ח אלא התחייבות גמורה, וקשה כנ"ל למה אינו נאמן מעיקר הדין.

ותירצו הרמב"ן הרשב"א והרא"ה דמיירי בטוענת בתולה שלימה נבעלתי דמדינא היא מהימנא דלדידה איכא למימר שמא היטה או לא קים ליה שפיר, ועוד דלדידה יש מיגו דמוכ"ע [ועי' בבני אהובה פ"א מאישות ה"ח שמוכח מדברי המתרגמים כן דמיגו מהני להוציא אם איכא שטר. וצ"ע דהרמב"ן עצמו לעיל כתב דאין נאמנות במיגו דמוכ"ע משום דהוי מיגו להוציא בבירי ובירי. ולכא' נראה בביאור דברי הרמב"ן דעיקר הסברא משום דהוא עלול לטעות וכמשי"כ הרמב"ן בתירוץ קמא, אלא שהוסיף דמלבד זה יש תוספת כח לטענת האשה משום המיגו].

עוד תירצו הראשונים דכאן איכא רוב וחזקה שהיא בתולה וזה מהני להוציא ממון. [ועי' ברע"א שהקשה על הרמב"ן למה הוא לא תירץ כן, והרי בריש פרק ב' כתב הרמב"ן עצמו סברא זו. וכנראה שלא היה לפניו ספר חי' הרמב"ן, - אלא רק מה שהביא הר"ן בשמו - שהרי ברמב"ן שלפנינו באמת מתרץ כן].

והר"ן תירץ דכיון דכתובה מטרחה שלא תהא קלה בעיניו להוציא א"כ בע"כ החיוב חל באופן שא"א לטעון טענת פטור דאלי"כ לא מהני התקנה כלום, ואי כתובה דאורייתא גם סברת חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה לא מהני לתקנת כתובה דאין טעם זה אלים כ"כ, ורק אם כתובה דרבנן סמכו ע"ז.

קמו) ובחי' מהרי"ט תמה על קושית הראשונים, שהרי הר"ן פרק מי שאחזו כתב דהא דצריך להביא ראיה שנתקיים התנאי הוא רק בתנאי בקו"ע, אבל בתנאי בשוא"ת תלינן שלא עבר על התנאי, וא"כ כאן דהנידון אם היא בתולה או בעולה הוא נידון לשעבר והוי כשוא"ת, א"צ האשה להביא ראיה, ומה הקשו הראשונים. והנה הסמ"ע בחו"מ סי' רמא ביאר הטעם דבתנאי שוא"ת א"צ ראיה - משום דמסתמא לא נשתנה הדבר מכמות שהיה. והקשה עליו הבי"מ (סי' ס"ח) דהרי אין הולכין בממון אחר הרוב וכ"ש אחר חזקה. ובתשובת מהרי"ט סוף ח"א כתב הטעם דהאומדנא בתנאי שוא"ת שהטילו את ההוכחה על הנותן שהמקבל איך יביא ראיה שלא שתה וכיו"ב. וכתב הבי"מ דסברא זו דמיא לסברת הר"ן שכאן הטילו את ההוכחה על האשה, [וא"ש דאין הר"ן סותר דברי עצמו ודא ודא חדא היא].

והבי"מ כתב דהטעם דבשוא"ת א"צ הנותן להביא ראיה משום דכיון דבדידה תליא מילתא אן סהדי ש"ש ולא ביטל התנאי כיון דחפץ הוא בקיום התנאי. [משא"כ בקו"ע אפשר שלא יעלה בידו לקיים]. ולפי"ז בנידון דידן בחשש שמא זינתה שהוא מעשה שהיה קודם לא שייכא סברא זו, ושפיר הקשו הראשונים.

ובחו"מ (סי' ס"ז) כתב דהטעם דבשוא"ת א"צ המקבל להביא ראיה, משום דהיה מעשה מקח ואם לא יהא מעשה העוקרו הרי המקח קיים ועומד, וא"כ המחדש לומר שיש מעשה המבטל עליו הראיה. משא"כ בקו"ע אדרבה המקח מחוסר קיום התנאי ואין פשטות שהמקח יחול ולכן על המקבל להביא ראיה. ולפי"ז כ"ז שייך רק בשוא"ת דלהבא, אבל כאן שיש ספק בעיקר חלות חיוב הכתובה אין פשטות שחלה הכתובה, ולכן הקשו הראשונים שעל האשה להביא ראיה.

קמו) כתב הרשב"א דכל מאי דנאמנותו רק על כתובה דרבנן [ולא על התוספת כמשנ"ת לעיל] היינו בטוען פתח פתוח, אבל בטוען טענת דמים דטענה ברורה היא נאמן אפי' אי כתובה דאורייתא, [ובמ"מ פ"ח ה"טז כתב בשם הרשב"א דנאמן בטענת דמים גם על התוספת והיינו הך]. וביאר החזו"א דס"ל דהחיסרון בחזקה אא"ט בסעודה ומפסידה אינו מחמת עצם החזקה, דהך חזקה אלימא ומהני גם במקום דאורייתא, אלא החסרון מחמת דאינו בקי כ"כ, [וכן הוא מוכרח להרמב"ן בתירוץ קמא, עי' אות קמא] ולפי"ז א"ש דבטוען טענת דמים מהני החזקה כיון דהטענה ברורה. אולם הבי"ש (סי' ס"ח סק"ח) דן דלפי הרשב"א בטענת דמים א"צ לסברת אא"ט בסעודה ומפסידה [ואפי' אם לא טרח נאמן] וחזין שהטעם לא מחמת הסברא שכתב החזו"א [ובחו"מ תמה על הבי"ש] ועי' בבית יעקב שם.

קמח) לעיל הובאו דברי הגאון דתוספת כתובה אינו נאמן להפסידה. ועי' ברא"ש שכתב לחלוק ע"ז דכיון שכתב לה בלילה לא מסתבר שתיכף ביום יחזור בו ונאמן ע"ז ע"ש, ועי' בב"י סי' ס"ח מש"כ ע"ז וצ"ב.

קמט) בש"ש (בי"י י"א) ביאר הסוגיא באופן מחדש ע"פ הכלל שמי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, ולפי"ז כאן ע"י כאן נמצא כאן היה אמרין דודאי זינתה תחתיו ועל החשש ספק רצון ל"ש לומר שכנסה בתנאי דזה הוי מאורע שאירע אח"כ, [ומיישב בזה קושית הרמב"ן למה לא אמרין קיים תנאי וחות לדינא. ואמנם לעיל קמג הובא מדברי הרשב"א דזנות תחתיו הוי כתנאי]. ועפי"ז דן ליישב קושיות הראשונים בסוגין ע"ש בארוכה. [והנה יסודו שם שאם אין המקח בטל ליכא להך כללא, ובשער"י נחלק בביאור הך כללא ולפי"ד ליתא לדברי הש"ש, עי' שער"י שער החזקות פט"ו].

קנ) תוד"ה אמר ר"נ. דנו אי כתובה דאורייתא או דרבנן, וע"ש שכתבו דרב אשי בדף י"ב פליג על ר"נ. [אבל בבעה"מ ובתלמידי רבנו יונה כתבו דבדף יב גרע, שכיון שהעמידו שושבינן והוא נכנס קודם שמשמשו מוכחא מילתא שעושה הערמה ולכן אינו נאמן, אבל אם אין מעמידין כלל שושבינן נאמן. ועי' ברשב"א שדחה תירוץ זה].

והנה הראשונים נקטו דאכן כל דברי ר"נ אתיין רק אם כתובה דרבנן. ויעוי' ברע"א החדש (באות יג) שמיישב דלעולם כתובה דאורייתא אלא דאף דכתובה דאורייתא מ"מ מן התורה רשאי לפחות, אלא דחכמים תקנו דכל הפוחת ה"ז בעילת זנות, וא"כ מיושבים דברי הגמ' חכמים תקנו לבנות ישראל דהיינו שלא יפחות, וא"כ אם הוא פוחת באיסור בעילתו זנות, ואי דיוציאנה, א"כ חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, עכ"ד. [וצ"ע דממ"נ אם מיירי בשפחת א"כ על השעור שהשאייר חייב מדאורייתא, ומה שפחת אינו חייב כלל, ומהו הדרבנן. ואם לא פחת הכל דאורייתא וצ"ע].

ובש"ש (בי' יא) מיישב ע"פ קושית הרמב"ן (אות קמא) דמעיקר הדין צריך להיות נאמן מפני שהיא צריכה להביא ראיה שקיימה את התנאי. ומתרץ הש"ש דאיה"נ כלפי חשש שמא זינתה קודם הרי הוא נאמן, אלא דאכתי היה לו להיות חייב מנה [למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה] ואת המנה הזה רוצה להפסידה ע"י טענת שמא זינתה

תחתיו ברצון, וחשש זה אינו נחשב כביטול התנאי אלא כפירעון, [ע"י מש"כ אות קמט]. וע"ז מהני החזקה אא"ט בסעודה ומפסידה. ומעתה מיושבת קושית הראשונים דכיון שכל מה שצריך את החזקה הוא רק על מנה, זה לכו"ע הוי דרבנן. [דרך כתובת בתולה היא דאורייתא ולא כתובת בעולה].

ובפניי כתב ליישב דבאמת החזקה מהני גם על דאורייתא, ומה שאמרו בגמ' דהטעם דנאמן הוא משום שהם אמרו, היינו דהתוס' (ד"ה חזקה) הקשו דבאשת ישראל אין מפסיד סעודתו שהרי מותר לקיימה. וע"ז קיימי דברי ר"נ אמר שמואל שחכמים תקנו שאם אינו חייב לבתולה מאתיים אסור לקיימה, ונמצא שע"פ דין אסור לו לחיות עמה וחייב לגרשה, ולכן הוי כהפסד הסעודה ותו יש לו חזקה דמהני אפי' מדאורייתא.

קנא) אכן כל הראשונים נקטו דרך אם כתובה דרבנן נאמן ע"י החזקה [וכבר הובא לעיל (אות קמז) ב' דעות אי החסרון משום דהחזקה אינה חזקה גמורה, או משום חשש שאינו בקי. - ויש להעיר דהנה הגרע"א הקשה עמש"כ תוס' ט' ב' ד"ה לא, דחזקה דהכא עדיפא מחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו. וקשה הא חזינן דחזקה דהכא לא מהני אלא בדרבנן, ושם מהני החזקה להוציא ממון בדאורייתא. ולפי הצד דכאן החסרון משום שאינו בקי יש מקום לישב, ודו"ק]. ונחלקו אם פסקין כתובה דאורייתא או דרבנן.

וע"ע בראשונים גבי מה שכותבים בכתובה "מאתן זו"י דחזי ליכי מדאורייתא", אם מנהג זה א"ש רק אם כתובה דאורייתא [כ"ד תוס' ויש שכתבו דמהני שיגבה מסלע צורי ולא סלע מדינה [ע"י ברא"ש ובריתב"א].

קנב) תוד"ה חזקה. ע"ש שכתבו דאם אין מק"ט ורק מפסידה מנה אין כאן חזקה. ובתוס' הרא"ש כתב דכ"ז אם אין מגרשה לאלתר אבל אם מגרשה יש בזה משום אא"ט בסעודה ומפסידה. והרמב"ן כתב דלעולם מקרי הפסד הסעודה דסתמא כל הטוען רוצה לגרש [ואף אם אינו מגרש אח"כ מחזיקין ליה בנמלך]. ולדעת הרא"ש יל"ע אם צריך שיגרשה בפועל או דסגי במה שאומר שרוצה לגרש אף שבפועל לא יגרש, וע"י ב"ש (סי' ס"ח סק"ד) ובחזו"א (סי' סז סקט"ז).

ומבואר בתוס' עוד חידוש, דלמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מק"ט, מקרי הפסד סעודה אע"פ שיש ספק שמה תחתיו נאנסה, דגם ספק בטול הנשואין מקרי הפסד הסעודה כיון דמספק צריך לקדשה מחדש. וע"ע בחזו"א שם אריכות בביאור דברי התוס'.

קנג) כאן בבחור כאן בנשוי. ולענין לאוסרה עליו [בבחור - להשיטות דאינו נאמן להפסידה כתובתה - ע"י בתוס' שתי שיטות בזה], הנה ברש"י לעיל ט' א' מבואר דגם בחור נאמן לאסור, ואפי"ה כאן דעתו דבחור אינו נאמן להפסיד כתובתה. וע"י בראשונים בדף ט' דפליגי על רש"י וס"ל דבחור אינו נאמן.

וסברת רש"י לחלק, ע"י בחי' הגרש"ש (סי' ז') שמבאר הסברא במש"כ רש"י ט' ב' דהא דביהודה אינו נאמן הוא משום שמה הערה בה ושכח [ודלא כשאר ראשונים שמפרשים שאחר שבא עליה ולא טען שוב ליכא חזקה]. וצ"ב לפ"ז למה לענין איסור נאמן, גם שם נחשוש שמה שכתב. ובתחילה רצה הגרש"ש לבאר דאם שוי אנפשיה חד"א הוא מדין נדר א"ש, אבל אם הוא מטעם נאמנות נימא שמה שכתב. ושוב חזר בו וכתב דאדרבה הסברא להיפך, דאם מטעם נדר כיון די"ל שמה שכתב אז ליכא נדר, דרק אם יודע האמת ואומר להיפך י"ל דכוונתו לקבל על עצמו איסור, אבל אם טועה ליכא נדר. - והביא ש"כ בס' פ"ת ליישב הא דאמר ר"ג לר"י גוזרני עליך שתבוא אלי במקלך ובתרמילך ביוה"כ שחל בחשבונך. - אבל אם הטעם משום נאמנות י"ל דכמו בהעדאת עדים לא חיישינן שמה שכתב, כמו"כ לענין נאמנות האמינה תורה ע"ע יותר ממאה עדים, ורק לענין הפסד הכתובה שהוא משום טענת ברי אמרינן שמה שכתב. ויל"פ גם ברש"י דידן כן. קנד) בגמ' שמה הטייתה. ע"י ברא"ש שאם טוען שלא היטה א"י ספק [ואפי"ה בחור נאמן לענין לאוסרה עליו ע"י בק"נ].

#### דף י"ע"ב

קנה) גיהוץ שלנו ככיוס שלהם. וצ"ע דלפ"ז לדין דאין אפשרות לברר, לעולם הוי ספק שמה טיפי הדמים מכוסים בש"ז ולמה אוסרים אשת כהן הרי הוי ס"ס שמה היה דם. וכתב בזה החזו"א (סי' קלה) דאין חשש זה שכיח כלל, ורק אם בדק ואשכח דם אפשר להתירה, אבל בלא ראיה אין מסתפקים בזה כלל.

קנו) אמר להן הביאו שתי שפחות וכו'. והרמב"ם כתב (בפי"א הי"ב) שבדוקין או מתייחד עמה בפני עדים וחוזר ובוועל. ומה שבגמ' לא אמרו עצה זו, כתב הגר"א (סי' סח) דבגמ' איירי כשלדבריו נאסרה עליו כגון באשת כהן, והרמב"ם מייירי באשת ישראל שאינה נאסרת והנידון כלפי הכתובה. וע"י בבית שמואל סק"ה שכתב דהרמב"ם לא מייירי באופן דמייירי הגמ', דבגמ' מייירי שטוענת שהטה והוא אינו ברור בטענתו והוי כברי ושמה ולכן אם אפשר לבדוק בחבית בודקים ואם לאו א"צ בדיקה, והרמב"ם כתב באופן שמכחשת שלא בא עליה כלל ובזה באשת כהן אסורה ובאשת ישראל מותרת.

#### דף י"א ע"א

קנז) גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד. ע"י בראשונים שהקשו למה נקט מטבילין ולא נקט מלין, שהוא רבואה טפי דהגם דחובה היא בשעתה משום צערא מ"מ הוי זכות. וברשב"א תירץ דמילה פשיטא דמהני כיון דנשאר מהול אח"כ כשהוא גדול ויש בו תורת מהול לעולם, משא"כ טבילה צריכה להועיל בשעתה. ובשטמ"ק כתב דבאמת אין המילה זכות, ואפי"ה מהני מה שמלוהו אע"פ דהויא חובתו כיון דבמצויאות הוא מהול, ושוב כשיטבילוהו ויזכו לו את חלות הגירות שפיר חלה הגירות.

קנח) גר קטן. לשון הריטב"א "ואף על פי שאין בו דעת כלל". ובמאירי הלשון "ואף הוא אינו כדאי למסור לו עול מצוות שיתגיייר על סמך אותה הודעה". ומשמע דאם יש בו דעת אע"פ שהוא עדיין קטן א"צ לדעת ב"ד אלא הוא יכול להתגיייר בעצמו. אולם ברא"ה הלשון "ואע"ג דדעתיה לא חשיבא", ודייק המגיה לריטב"א דמייירי בהגיע לדעת ומ"מ כיון שהוא קטן אין דעתו חשובה.

וסברת הסוברים דאם יש לו דעת א"צ ב"ד [אע"פ שאין קטן יכול לעשות חלותים מגזה"כ] י"ל עפ"ד החת"ס (יו"ד סי' שיה) שנשאל עמש"כ הרמב"ם (פ"י ממלכים ה"ב) דאין עונשין קטן גוי שעבר על ז' מצוות, וקשה דהא שם (בפי"ט ה"ט) כתב הרמב"ם שלא נאמרו שעורים לב"י, ודין גדלות בשנים הרי הוא מדיני שעורים [כמבואר בשו"ת הרא"ש] וא"כ גוי שאין לו שעורים יתחייב גם אם הוא קטן.

ותירץ החת"ס דאח"כ שגוי חייב אפי' בקטנות, אלא דגם בקטן פחות מבן י"ג יש שני דרגות, דקודם שהגיע לכלל דעת הרי הוא כשוטה ואין מעשיו כלום. אבל אחר שהגיע לדעת הלמ"מ דאין מעשיו כלום עד שיגיע לכלל י"ג שנים, ואז אפי' אם אין שכלו זך כל שאינו שוטה גמור הרי הוא גדול לכל דיניו. ולפ"ז בב"נ שאין להם שעורים מיד כשהגיע לכלל דעת הרי

הוא כישראל בן י"ג, אבל בפחות מכן הוא כשוטה, וזו כוונת הרמב"ם (בפ"י ה"ב) שאם הוא קטן נ- פ"י שלא הגיע כלל לדעת] אין עונשין אותו.

ולפ"י י"ל כאן דכיון דכאשר הוא מתגייר הוא גוי שוב סגי בדעת של קטן כיון דבגוי לא נאמרה ההלכה. ובדעת החולקים י"ל דכיון דע"י הוא נעשה ישראל אמרין דבאין כאחת עם היהדות אין לו דעת וממילא לא חלים מעשיו. [וכעין שכתבו התוס' גבי שליחות].

קנט) וע"י תוס' רי"ד גבי הגדילו יכולים למחות שכתב לאו דוקא שבאו לכלל עונשים אלא שבאו לכלל דעת ועדיין לא באו לכלל עונשין. ומבואר שיכול למחות גם בקטנותו. וכן הוא משמעות הרא"ה "והא דאמר רב יוסף אם הגדילו יכולין למחות מסתברא דעד שיגדילו קאמר". והסברא בזה ע"פ החת"ס הנ"ל דכיון דע"י המחאה יהיה גוי סגי בזה בדעת של גוי דבאין כאחת עם מחאתו הרי הוא גוי. [והנה גבי גירות משמע ברא"ה שאם הוא קטן אינה גירות אע"פ שהגיע לדעת, וגבי מחאה משמע דסגי בדעתו וכדלעיל, וצ"ע מ"ש זמ"ז. וי"ל דבגירות כיון דאתא לכלל ישראל דינו כישראל, ובמחאה כיון דע"י בא לכלל גוי דינו כגוי, [וכסברא זו איתא ברע"א דו"ח מערכה ג' סקכ"א דאם עשה שליחות שע"י נעשה מומר בגמר השליחות, יש לו דין גוי ואין לו שליחות, דכשם שכי' תוס' דבגירות יש לו דין יהודי כמו"כ בנעשה מומר יש לו דין גוי].

קס) רש"י ד"ה על דעת ב"ד, אם אין לו אב ואמו הביאתו להתגייר. ובד"ה על דעת ב"ד "והן נעשין לו אבי". משמע לכאור' ברש"י דכשיש אב א"צ לחדושא דרב הונא. וע"י במאירי שכתב וז"ל מטבילין אותו ע"ד ב"ד כלומר שאותן הבאים לגייר מודיעין את הדבר לב"ד ומגייירין אותו על דעתם כאילו הם אבותיו של זה שיהיה ענינו מסור להם כדרך שענין הבן מסור לאב להכניסו לברית ולקדושת אמונה. ומבואר בזה ביאור אחר דהמעלה של אב אינה קשורה להא דבעינן דין זכין, אלא כלפי דין קבלת מצוות. וכשיש לו אב מקרי שעומד לקבל מצוות ע"י שאביו יחנכו, וכשאין אב בעינן "על דעת ב"ד" פ"י שהם האחראים לחנכו שיתנהג כיהודי. אבל גם ביש לו אב אכתי בעינן לדין זכין, ורק שא"צ דעת ב"ד - פ"י שהם מקבלים ע"ע את חינוכו. [וכן מוכח ממש"כ רש"י להלן דהגדילו יכולין למחות קאי גם באופן שגייר אביו].

ולשון הטור (סי' רס"ח) גוי קטן אם יש לו אב יכול לגייר אותו ואם אין לו אב ובא להתגייר ב"ד מגייירין אותו שזכות היא לו, ולא שנא קטן שגייר אביו או גיירוהו ב"ד יכול למחות כשיגדיל עכ"ל. ובב"ח שם כתב דהא דכתב רש"י ואמו מביאתו לא בא לאפוקי אם בא מעצמו [ע"י רשב"א וריטב"א שדנו בזה] אלא לאורוי דאע"פ שאמו מביאתו אפ"ה בעינן על דעת ב"ד דדוקא כשהאב מביאו לא בעינן על דעת ב"ד אבל באמו מביאתו בעי דעת ב"ד.

קסא) ובבה"ג כתב: קטן אע"פ שאין בו דעת מלין אותו ע"פ אבותיו. והקשה הטור למה פסק דלא כרב הונא דאמר מטבילין אותו ע"ד ב"ד. ואע"ג דקאמר לימא מסייע ליה ודוחה אותו עיקר דבריו לא נדחו. ובב"י כתב דדעת הבה"ג לפסוק כרב הונא אלא גם לדידיה מהני רק ע"פ אמו, ומש"כ ע"פ "אבותיו" היינו לאורוי דגם ע"פ אמו מהני ולא בעינן ע"פ אביו. וע"ש בב"ח.

ובחת"ס (יו"ד סי' רנ"ג) הביא לדיק מדברי הבה"ג שבנתגייר ע"פ אבותיו אין יכול למחות. ובבאור הך שיטה דע"פ אבותיו א"א למחות וע"פ ב"ד [לרב הונא] אפשר למחות. יע"י בספר מקור ברוך (גינצבורג) ח"ב סי' מ' עפ"ד הרמב"ם בהלכות עבדים דגוי יכול למכור את בנו לעבדים, ומחדש שם שיש לו קנין הגוף ולא רק שעבוד. ולפ"י האב הוא הבעלים על הגירות, ע"ש באריכות ואכמ"ל. והאבי עזרי פ"י מאיסוי"ב הקשה דבגמ' מבואר דבנתגיירו בניו עמו הוא רק מדין זכין דניחא להו במאי דעבד אבוהון וצ"ע.

קסב) מאי קמ"ל דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו. משמע בגמ' דמהני מדין זכין וכן נקטו תוס' כאן והרבה ראשונים [ובדעת תוס' סנהדרין יבואר להלן בעז"ה]. וצ"ב על מה הזכין, הרי אין מקנה לו שום חפץ.

ובחי' הגרש"ש (סי' י"ג) כתב דדוחק לומר דהזכיה היא על כוונת הטבילה, דרחוק הדבר שיהי כוונה על מעשה של אחר, ואדרבה הכוונה תלויה בעושה המעשה וכאן ע"י שב"ד כוונתו שוב יש לזה תורת טבילה. אלא הביאור הוא דכיון דע"י הטבילה פועל חלות גירות, זה נכלל בכלל הקנינים שצריך התרצות בע"ד וע"ז קיימא הזכיה. [ושייך זכיה גם על התרצות וכוונה, וכמש"כ המ"מ דדעת אחרת מקנה הוא מדין זכין, הובא בקצה"ח סי' רל"ה].

ובאבי עזרי (פ"י מאיסוי"ב) מבאר דהדעת היא על כוונת הטבילה, וע"ז באמת לא שייך שליחות, אלא דבדין זכיה נתחדש שבזכין יאוש שלא מדעת הוי יאוש וכאילו יש כוונה, [והביא ראיה לזה מהא דחצר זוכה שלא מדעתו מדין זכין אע"פ שאין שום כוונה] ולכן מהני גם המעשה גירות שנעשה בהקטן כאילו כיון להיות ע"י גר. [אלא דגם חידוש זה תלוי בדין זכיה מטעם שליחות, שאם הוא מטעם שליחות א"כ בקטן דלית ליה שליחות לא נאמר חידוש זה. ואכתי צ"ב איך שייך לומר בהך דינא שחידש האבי עזרי דזה נלמד משליחות].

והגרנ"ט כתב דתוס' ס"ל דבעינן שהוא בעצמו יעשה את "מעשה הגירות", וכל שאחרים עושים המעשה עבורו בעינן לזכיה או שליחות. ע"ש. [הנה בקו"ש (ח"ב סי' א') הקשה איך מהני שליחות לקטן הרי הוי כמו עשה שליח ונשתתה דמבואר בגיטין ע' ב' דבטלה השליחות, וה"נ במה עדיף קטן משוטה. ולדברי האבי עזרי א"ש].

קסג) תוד"ה מטבילין. "דכיון דזכות הוא לו אגן סהדי דעביד ליה שליח". ובקצה"ח (סי' ק"ה סק"א) הקשה דהרי פסקין דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ומבואר בריש פרק אלו מציאות דמה"ט לא מהני לתרום מדין זכין, וא"כ איך פירשו תוס' דע"י האגן סהדי הוי שליח. ולכן מפרש הקצה"ח דאי זכיה מטעם שליחות הוי גזה"כ שנעשה הוא שליח מאיליו ולא ע"י מינוי המשלח. ובשוב קו' קצה"ח כתב בברית אברהם (אבן העזר סי' קא סק"ה) דהיכא דיש זכות ברורה בלי צד חוב וא"צ גילוי דעת אח"כ לכונ"ע מהני ודמי לזוטו של ים שבזה לכונ"ע יאוש"מ הוי יאוש. והגרש"ש (ח"ד קו' השליחות סי' כה) תירץ דכל מידי דהוי "זכות" חשיב כאילו אמר מראש שרוצה בזה, ועדיף מיאשלי"מ ומתורם ששם א"י זכות גמורה ורק שאומר אח"כ שרצה בזה, ושם באמת זה תלוי בדין יאשלי"מ.

קסד) בא"ד. ואע"ג דאכתי עובד כוכבים הוא הא אתי לכלל שליחות א"נ כיון דבהך זכיה נעשה ישראל הו"ל כישראל גמור לענין זכיה. ופי' במהר"ם שיי"ף דלתירוץ ראשון גם על חסרון של עכו"ם בעינן לתקני"ח שכל דאתי לכלל שליחות יש לו זכיה. אבל לתירוץ השני חסרון של עכו"ם אינו חסרון כלל כיון שלגבי גירות דיינינן ליה כישראל וכל מאי דהוי דרבנן הוא רק מחמת שהוא קטן ולא עדיף מישראל קטן.

ולהלן תירצו תוס' דקטן יש לו זכיה מדאורייתא ולכך הגירות חלה מדאורייתא, וכתב המהר"ם שי"ף דכ"ז א"ש לתירוץ בתרא, אבל לתירוץ קמא דיש גם חסרון של עכו"ם, א"כ ע"ז לא מהני תירוץ התוס'. [וצ"ע דהרי לפי תירוץ השני של תוס' דיש לקטן זכיה מדאורייתא הטעם הוא מפני שאתי כלל שליחות, וחזינן דזו סברא דאורייתא, וא"כ גם בעכו"ם תהני הך

סברא מדאורייתא שיהיה לו זכיה וצ"ע. וכן מוכח בתוס' הרא"ש שהביא בתחילה - להצד דהוי דרבנן - רק את תירוצו ראשון של התוס', ובסוף דבריו מתרץ דהוי דאורייתא לפי הגירסא בב"מ ע"א דיש לו זכיה מה"ת ודו"ק].

קסה) הנה בתירוצו ראשון כתבו תוס' דהגירות רק מדרבנן ומ"מ מהני להתירו בבת ישראל דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקו"ע. ועיין בתוס' בסנהדרין ר"פ בן סורר דלא ניחא להו בתירוצו זה דהרי פסקינן שרק בשוא"ת עוקרים דבר מן התורה. [ועיין בפורת יוסף שמיישב עפ"י דברי הר"יף שהשמיט דינא דרב הונא, דהוא מה"ט דפוסק שרק בשוא"ת מהני ולא בקו"ע. ודבריו תמוהין דהרי"ף הביא בס"פ החולץ דברי רב הונא והשמיט רק את הדין דיכולים למחות - ועי' בר"ן משכ"ב - אולם תירוצו יתכן לדעת הבה"ג המובא באות קסא].

וברש"י כתב דמהני הגירות לענין יין נסך, ומשמע דעל דאורייתא באמת לא מהני, ועי' בב"ח (סי' רס"ח) ובפנ"י דרש"י ס"ל כתוס' דהוי דרבנן, וא"א לעקור ד"ת אלא בשוא"ת, ולכן הנ"מ רק לענין י"ינ שהוא דרבנן. ועי' ברשב"א ובריטב"א בסוף סוגיין.

קסו) בא"ד. משכחת לה גר קטן מן התורה במעוברת שנתגיירה. והנה ביבמות ע"ח א' פריך אהא דאמר רבא נכרית מעוברת שנתגיירה בנה א"צ טבילה, דבשלמא אי עובר ירך אמו שפיר סלקא ליה טבילה דאימיה, אלא אי אמרת לאו ירך אמו אמאי א"צ טבילה, הרי אמו הוי חציצה לטבילתו, ומשני דשאני עובר דהיינו רביתיה ולא חציצה היא. ובפשטות חזינן מדברי הגמ' דלמ"ד עובר לאו ירך אמו הוי מעשה גירות נפרדת על העובר ולכן הוא צריך טבילה לעצמו ולפ"י קשה דאם אין זכיה לקטן מן התורה מה תירצו תוס' דמעוברת שנתגיירה הוי בנה גר דאורייתא, הרי אכתי צריכין לזכין בשביל גירותו. ויעוי' בבית יעקב דפירש דבאמת הסוגיא דסנהדרין אזלא כמ"ד עובר ירך אמו, ומאן דס"ל לאו ירך אמו ידרוש את הדרשא דאם אין לאיש גואל לדרשא אחרתא (כמבואר בר"פ בן סורר דהך דרשא לאו כו"ע מודו לה).

אולם האחרונים הוכיחו מדברי תוס' הרא"ש דהך תירוצא אזיל גם למ"ד עובר לאו ירך אמו, שהרי הרא"ש הוסיף דהא דמהני טבילת אמו משום דהיינו רביתיה, וביבמות מבואר דסברא זו נצרכת רק למ"ד לאו ירך אמו היא, וא"כ הדק"ל. [אך מפשטות לשון הריטב"א משמע דכל התירוצי רק למ"ד עובר ירך אמו ע"ש].

קסז) ומצינו ביישוב קושיא זו שני דרכים. דש שתיצו (עי' חזו"א סי' ד' סק"ט, ובקה"י סי' יג ובחי' ר' שמואל סי' יא) דין עובר לאו ירך אמו לא נאמר לגבי כל הדינים, ולגבי הדעת על מעשה הגירות לכו"ע העובר נידון כירך אמו, וסגי בדעת אמו להך גירות. [ועי' שהביאו ראיות ליסוד זה ואכ"מ].

ועי' בחזו"א שהוכיח דאין הגירות בקטנים עצמם דא"כ אמאי יש לתאומים שהיו עוברים בזמן הגירות שאר אם [כדתניא ביבמות צ"ח] אמנם יש שביארו דע"י הלידה נהיה לה תורת אם וזה כבר אחר הגירות ואין בזה כקטן שנולד [ועיין רש"י מגילה י"ג א', כשנתעברה אמה מת אביה, נמצא שלא היה לה אב משעה שנראה להקרבות אב, וכשילדתה מתה אמה, ולא נראית לקרות אם עכ"ד ומשמע כנ"ל].

אולם הגרש"י הוכיח מדברי רש"י ביבמות דהלידה אינה קובעת שם אם, דברש"י יבמות צח כתב דהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה אין בו דין כקטן שנולד מהא דיש לו שאר אם - והא דאין לו שאר אם משום דרחמנא אפקריה לזרעיהד מצרי - אלמא דבלאו הך טעמא דלא אמרינן ביה כקטן שנולד לא היה לו שאר אם אף שכשנולד כבר היה גר.

קסח) והגרנ"ט פ"י באופן אחר, דבגירות ישנם ב' דינים. חדא, להיות מעם ישראל, [וכמו עם ישראל קודם מתן תורה]. ושנית, לחול עליו קדושת ישראל. והנה מי שהוא כבר מעם ישראל וחסר לו רק קדושת ישראל הוא מחויב ומשועבד להיות גם בר קדושת ישראל ותו א"צ לדעתו. [וזה מוכח ממש"כ הריטב"א דהקטנים שהיו במתן תורה חלה עליהם גירות כיון דזרע אברהם כבר נצטוו על המילה ולהכניסם מקטנותם בבריתו ואי"ז אלא גמר גירות].

ועפ"י כתב הגרנ"ט דכל הנולד מישראלית יש לו דין עם ישראל גם בלי גירות, וכל מאי דבעינן לגירות הוא רק בשביל הקדושת ישראל, וזה מהני בע"כ כנ"ל. ועי' עוד שהאר"ך.

קסט) התוס' ביבמות מז' הקשו איך מועיל הטבילה לעובר קודם מילתו, ותירצו דכיון דעדיין לא חזי למילה לא מעכב המילה. והרמב"ן תירץ דבדיעבד מהני טבילה קודם מילה. והקשו עליו דא"כ לדעת רמב"ן לא הוי גר עד שימול כשילד, ולמה יש לו שאר אם [כמבואר ביבמות צ"ח]. והגרנ"ט תירץ ע"פ הנ"ל דלעם ישראל נכנס כבר ע"י אמו, והמילה היא רק לקדושת ישראל, וזה לא מפקיע קרבה דאין לזה דין כקטן שנולד. [אמנם הדברים אינם מוסכמים. דלפ"י יצא דגם בשעת מתן תורה לא שייך כקטן שנולד כיון דהוי עם ישראל עוד קודם. ואילו הגור אריה - מובא ברש"י בהקדמה אות ט' - הקשה למה בכו עם ישראל למשפחותיו (פי' שלח) ופירש"י על עסקי עריות שנאסר להם, והרי היה להם דין גר שנתגייר, ותירץ דכיון דכפה עליהם הר כגיגית לא נתגיירו מרצונם ואין לזה דין כקטן שנולד. ואילו לדברי הגרנ"ט ל"ש שם כלל דין קטן שנולד.

ובעיקר חדוש הגור אריה דבגירות בע"כ אין דין כקטן שנולד, זה כעין דברי רש"י ביבמות (מובא באות קסז) דעובר לא אמרינן כקטן שנולד, ועיין ביאור הדברים בחי' הגרש"ר סי' יא].

והחזו"א תירץ דהגירות חלה אגב אמו ובאמת אין המילה מעכבת, אלא דסבר הרמב"ן דאם מעכב שתהא המילה קודם טבילה, א"כ טבילתו לאו כלום הוא, והיה מוכח דגירותו חלה גם בלא טבילה כלל וא"כ מאי פריך בגמ' דאמו הוי חציצה. ומזה הוכיח דטבילה קודם מילה נמי הוי מעשה גירות, וכיון דהוא משתתף בהך מעשה גירות עם אמו חלה עליו הגירות בגררא דאמו.

קע) בדגומ"ר סי' רסח הסתפק האם הגירות של העובר חלה אפי' בלי ידיעת ב"ד, או שצריך שידעו שיש עובר ויכונו גם על גירותו. וכתב דזה תליא באשלי רברבי. וביאר הגרש"ר ד"ל דזה תלוי בפלוגתא אי עובר ירך אמו, או ד"ל דזה תלוי בסברא דלעיל אם הוי חלות גירות אחת עם אמו, או ב' גרויות נפרדות.

ועי' בפ"ת (סי' רס"ח סק"ח) בשם תפאלי"מ שעובר שנתגיירה אמו אינו יכול למחות, ויעוי' בתפאלי"מ שכתב דזה תלוי בדין עובר ירך אמו וחתר למצוא ראיות דפסקינן עובר ירך אמו וכתב עוד דמדברי תוס' דידן משמע דהוי כישראל גמור ולא הוי כגר.

קעא) בא"ד, ואית ליה ממון מן התורה כאן שירש מאמו. ובתוס' סנהדרין ח' כתבו דמשכח"ל בכסף שקיבל בשכר טרחו שזוכה בזה מדאורייתא. והאחרונים דייקו מדברי הרשב"א בשו"ת (ח"ג סי' צט) מובא בב"י חו"מ סי' טו, דגם בשכירות אין הקטן זוכה אלא בדעת אחרת מקנה. וכנראה כן הוא דעת תוס' דידן.

קעב) ובתירוצו האחרון כתבו תוס' דקטן יש לו זכיה מדאורייתא ואע"ג דזכיה מטעם שליחות ואין שליחות לקטן, הנ"מ דבדברי שיש בו קצת חובה כגון להפריש תרומתו דשמא רוצה לפוטרה בחיטה אחת אבל בזכות גמור יש לו שליחות.

והנה הגרע"א כתב לישיב קו' תוס' דכל מה שאין לקטן שליחות הוא חסרון רק במעשה המינוי, אבל שליח הנעשה מאליו יכול להיות שליח גם לקטן, ולכן זכיה מטעם שליחות מהני בקטן מאחר שא"צ מינוי. [והגרש"א הקשה ע"ז מחצר שאינה קונה לקטן הואיל ואין שליחות לקטן אף שא"צ מינוי, ועי' משכ"ב הקה"י סי' יב]. אמנם בדברי התוס' א"א לפרש כן, דא"כ גם בזכין שיש בו מקנת חובה אם בגדול כה"ג מהני, יועיל גם בקטן, ואילו מדברי תוס' משמע דמחלקים בזכיה עצמה בין זכיה גמורה לזכיה שיש בה חוב, ונשאר הגרע"א בצ"ע בביאור דברי התוס'.

ובברכת שמואל (סי' כג) ביאר דברי התוס', עפ"ד הגר"ח שביאר דהנדון אם זכיה מטעם שליחות או לאו מטעם שליחות [אין הפירוש כמש"כ הקצה"ח סי' קה דאם אינה מטעם שליחות הכוונה דהוי מטעם יד אלא הביאור הוא] דודאי זכיה הוא מטעם שליחות, והנידון אם הוא מפרשת שליחות, היינו שחדשה התורה דאם הוי זכות נהיה הוא שליח ממילא מפרשת שליחות, או דילמא דבמקום זכות הוי פרשה חדשה של זכין, ואמנם גדרי הדברים הם כשליחות, אבל אין זה מ"פרשת שליחות" אלא פרשה חדשה שבה לא התמעט קטן. עכ"ד הגר"ח. ולפ"ז ביאר הברכ"ש דתוס' ס"ל דהתחדשה פרשה חדשה, אלא דרך בזכות גמור התחדש זאת, אבל בזכות שאינו גמור מהני רק מטעם דאנן סהדי דעביד ליה שליח [וכמש"כ תוס' בתחילת הדבור] ולכן לא מהני זאת בקטן, דקטן מופקע גם מלהיות לו שליח ולא רק ממנוי שליחות.

קעג) בתוס' סנהדרין ס"ח ב' תירצו על קושית תוס' וז"ל, ונראה דזכיה דגירות לא דמי לשאר זכויות דמה שב"ד מטבילין אותו אינם זוכים בעבורו אלא הוא זוכה בעצמו ובגופו שנעשה גר ונכנס תחת כנפי השכינה. עכ"ל. וביאר הבית יעקב דמה שב"ד עושים עבורו הוא כעין הא דמבואר בחולין ל"א דנדה שנאנסה וטבילה לא מהני טבילה לתרומה ולבעל, ואמרינן שם דאי אנסה חברתה כוונה דחברתה כוונה מעליא היא. והגר"ח (מובא בברכ"ש קידושין סי' י"א וסי' ט"ו) מבאר דמהני רק ע"י דעת אחרת של ב"ד. [ועיי' עוד מה שביאר הגר"ח בזה]. ועיי' באבי עזרי פיי"ג מאסו"ב ובחי' הגרני"ט.

והנה התוס' בסנהדרין התקשו לפירושם למה תלתה הגמ' ד"ז בדין זכין, ותירצו דאם אין זכין אין להם להתמצע בדבר, וביאר הב"י דאם לא היה להם זכות להתמצע לא היתה מחשבתם מועלת לשווי ע"ז שם מעשה גירות. והברכ"ש מבאר דאם אין להם זכות אין זה נחשב כנעשה מדעת בעלים ע"ש.

קעד) ובש"ד בנקודות הכסף יו"ד סי' ש"ה הקשה על התוס' דכאן אי"ז שייך לדין זכין דכל התורה, דב"ד שאני וכדמוכח בקידושין מ"ג א' דילפינן לה מהא דהנשיאים חלקו את הארץ אף שיש בזה צד חובה. ובשו"ת חת"ס (חיו"ד סי' רצ"ה) תירץ דמה שב"ד יש להם כח היינו כל ב"ד על שבטו, וסנהדרין גדולה על כלל ישראל, אבל מי שמם ממונים ואפוטרופסים על קטני אומות העולם ע"ש. ועי' בחמד"ש חיו"ד סי' לא לפול עצום בדברי הש"ך.

קעה) יש לדקדק בדברי תוס' בסנהדרין שבקושיתם דאין זכיה לגוי הוסיפו להקשות דבכל גוי גדול ג"כ תקשי איך מגיירין אותו ובע"כ דכיון שהוא מתגייר יש לו דין ישראל. ובתוס' דילן בע"כ דפליגי ע"ז שהרי בחד תירוצא כתבו דהא דמהני בקטן ואין חסרון שאין שליחות לגוי הוא מחמת התקנה של כל דאתי לכלל שליחות יש לו זכיה, וא"כ בגוי גדול דמהני מדאורייתא בע"כ שא"צ כלל זכיה, ויש לפלפל.

קעו) אמר רב יוסף הגדילו יכולין למחות. בפשטות הטעם ככל דין זכין שאם מיחה מגלה דעתו דאי"ז זכות עבורו וממילא בטל למפרע הזכין [וכדתניא בבב"ב קל"ח א'].  
וברשב"א קידושין כ"ג כתב דלמ"ד זכות הוא לעבד לצאת מתח"י רבו לחירות זכין לו ואפי' בע"כ, ומתנת ממון שאני שאינה זכות גמור ואדרבה חוב הוא לו משום דכתיב שונא מתנות יחיה, אלא מצד שנפשו של אדם מחמתן קרי ליה זכות [ולכן מהני מחאתו דלא יהיה זכות], אבל גט שחרור אפי' עומד וצווח בטלה דעתו אצל כל אדם. והקשה הרשב"א ממצאיה ונכסי הגר שג"כ יכול לצווח, וכן מסוגינתו בגר קטן דהגדיל יכול למחות משום דאין זכין לו ע"כ אע"פ שהוא זכות גמור, ותירץ דשאני שחרור עבד שאפשר לשחררו בע"כ. ועוד שלא יהא הרב עובד לעבדו ויהא מפסיד רצון נפשו בעקשותו של עבד ע"ש. [וביאר הברכ"ש (קידושין סי' י"ד) דבדבר שהוא זכות גמור אין המחאה גורמת שיחשב חובה, אלא דע"י שמוחה א"א לזכות לו בע"כ, והיינו דנהי דהזוכה הוא כידו, מ"מ גם בידו עצמה אם אינו רוצה לא זוכה, וה"נ בזכין, ועיי' בארוכה בביאור דברי הרשב"א], ועכ"פ עולה מדבריו דאין המחאה בגירות משום דע"י לא הוי זכין, אלא הוי דין מחאה של זכות גמור שא"א לזכות בע"כ, ואכמ"ל.

והנה לשיטת תוס' בסנהדרין דכאן אין זה מדין זכין א"כ א"א לפרש כנ"ל, ובאמת התוס' בסנהדרין ביארו באופן אחר. [ונראה מדבריהם שהוקשה להם דמהגדילו יכולין למחות ש"מ דהוי גירות דרבנן, ודחו דהא אם הגדילו ולא מחו שוב אין יכולין למחות וביארו הטעם:] דמועיל להו מילה וטבילה של קטנות שהיה בגופם ואין חסירים אלא קבלת מצוות ומתוך שגדלו ולא מיחו היינו קבלה עכ"ל. [עי' בחמד"ש חיו"ד סי' כ"ט ל' דהודעת מצוות וקבלת מצוות שני דברים הם, הודעת מצוות אינה מעכבת וקבלת מצוות מעכבת - ועי' בשטמ"ק בסוגין שכתבו כמה ראשונים דהודעת מצוות אינה מעכבת - והא דמהני גר קטן בלא קבלה, י"ל דע"ז סגי מה שב"ד יגדלוהו למצוות ומסתמא יקבלו עול מצוות, והיינו דאין דין שצריך קבלה בפועל, אלא דהגדרת גירות הוא מעשה שעל ידו יתנהג כיהודי וכל שאין כאן קבלה אין זה חפצא דגירות. וא"כ קטן שיתגדל ליהדות הוי כקבלת עול מצוות [ועי' בלשון המאירי שהוא באות קס] אולם בתוס' בסנהדרין מבואר דבאמת צריך קבלת מצוות, וצ"ל דכשהוא קטן ופטר ממצוות א"צ קבלת מצוות וכשיגדיל ויתחייב אז בעינן קבלת מצוות. ובשטמ"ק בשם שיטה ישנה מבואר דקטן דלא אפשר א"צ קבלת מצוות.

קעז) לעיל (אות קסא) הובא דברי החת"ס שמדיק בדעת הבה"ג והרמב"ם דבנתגירו ע"פ האב א"י למחות, ושם הובא ביאורו של המקור ברוך בזה. [והחת"ס כתב שכן מבואר בשטמ"ק בשם חבל ראשונים ומבואר שם גם טעם לזה, וכבר עמדו ע"ז דבשטמ"ק לא הובאה אף שיטה כזו, ואדרבה הובא בשם הרשב"א דגם בנתגירו עם האב יכול למחות].

והחת"ס כתב טעם בזה דאם נתגירו עם האב הוי זכות גמור ולא תלינן שלמפרע לא רצה בזה אלא ודאי כבר נתרצה רגע אחד [ולכא"ו זה דלא כסברת הרשב"א בקידושין המובא באות קעו]. וכל דבריו יתכנו לדעת הסוברים דהמחאה משום דין זכין, אבל לדעת תוס' בסנהדרין אין מקום לחלק בזה.

והנה ברש"י מפורש דגם אם נתגירו בניו עמו מהני מחאה והרשב"א הוכיח זאת מהא דפריך בגמ' מקנס ומכתובה, ואמאי לא משני בנתגירה עם אביה שאז אין יכולה למחות ע"ש. וביושב הסוברים דבכה"ג מהני מחאה, י"ל ע"פ מש"כ הלחם אבירים [הביאו בהגהות פורת יוסף] דמשמע ליה דאיירי בנתגירה ע"ד ב"ד. [והיינו מדתנן הגיורת שנתגירה ולא שגיירה אביה].

ונראה דעפ"ז יש ליישב משה"ק (באות) על המקור ברוך דבגמ' מבואר דבנתגירו הוא ובניו עמו בעינן לניחותא, ולהנ"ל י"ל דמדויק במשנה דנתגירו שלא ע"י אביהם, והיינו דלא השתמש האב עם כח העבדות שיש לו. אלא רק שנתגיר עמהם באותו פרק, אבל הגירות היתה ע"פ ב"ד. [ולפ"ז מבואר דמלשון המשנה א"א לאפוקי נתגיר עם בניו, אלא רק

שלא גייר את בניו מדין עבד, אבל לדברי החת"ס דסגי בנתגייר עם בניו צ"ע דא"א לתרץ כתירוץ הלחם אבירים דמשמע דלא נתגייר עם בניו, שהרי הגמ' העמידה במפורש את משנתו בנתגייר עם בניו, וזה צ"ע גם על הלחם אבירים עצמו ע"ש בדבריו].

קעח) יהינן לה כתובה דאזלה ואכלה בגיורתה. בתוס' כתבו דמן הדין אין לין לה שהרי עובד כוכבים גמורה היא אם תמחה [והוכיח מזה החת"ס (חיו"ד סי' רנ"ג) דע"י המחאה פקעא הגירות למפרע. וברש"י ד"ה יכולין כתב, "ואם קידש אשה משמיחה" משמע דהוי רק מכאן ולהבא וכן מדויק קצת מרש"י ד"ה רבא. וע"י בקונטרס הביאורים [להגרמ"ש שפירא שליט"א] סי' כב שמחדש דהגירות פקעא רק מכאן ולהבא וכתב שהציע הדברים לפני מרן הגרי"ז ולא הסכים לזה, ע"ש].

וכן מבואר ברשב"א, שהקשה איך שרי להינשא, ניחוש שמא תמחה, ותיירץ דאין צריך לחשוש לכך דמסתמא כיון שגדלה בין יהודים תתנהג ביהדות. ושוב חזר והקשה דא"כ מה החשש גבי הכתובה, ותיירץ דגבי ממון בעינן בירור טפי מבאיסורים כדחזינן דבממון לא מהני ע"א. [וע"ע בתוס' ר"פ אלו נערות שהוכיחו מסוגין דאין כתובה לגויה].

אולם ברא"ש קידושין פ"ק סי' כג כתב דמשומד בירושת אביו טוב לתתו ביד ב"ד דלא יהינן ליה דאזיל ואכיל בעמיה כדאמרין גבי קנס בכתובות, ואם ישוב יתנו לו ירושתו. עכ"ד. ומבואר דהגם דמעיקר הדין יש לו ירושה, מ"מ איכא סברא ד"דיהינן ליה ואזיל ואכל בגיורתה" ומש"ה אין נותנין לו וצ"ב.

וברמב"ם פ"י ה"ג ממלכים כתב "יהיה הכל תחת יד ב"ד עד שתגדיל ולא תמחה בגירות שמא תיטול ותגדיל ותמחה ונמצאת זו אוכלת בגיורתה מעות שאין לה זכות בהן אלא בדניי ישראל". ודייק החת"ס (שם) דבעינן תרתי, גם שיש צד שלא מגיע לה [ומ"מ מחמת מהך ספיקא גרידא יהינן לה כיון דעדין לא מחתה ודלא כהרשב"א, והחת"ס דימה זאת למש"כ ההפלאה ספ"ק דכתובות דאם הוחזק ע"פ רוב מוציאין ממון] וגם שתאכל בגיורתה ע"ש.

[ולשיטת הרא"ש צ"ל דכאן מעיקר הדין יש לו ורק מחמת אזלא ואכלה בגיורתה לא יהינן לה, ודייק כן מהלשון אזלא ואכלה בגיורתה, והחת"ס כתב דהרא"ש דייק מלשון הגמ' דאיכא טעם נוסף - מלבד הספק. דאזלא ואכלה בגיורתה ומזה הוכיח דסגי בטעם זה גרידא].

קעט) כיון שהגדילה שעה אחת ולא מיחתה שוב אינה יכולה למחות. ע"י בת"י שהתחילה למחות יום לפני גדלותה. ובתוס' כתבו שצריך שתנהג בפועל מנהג יהדות. וברא"ה ותוס' ר"י משמע דיכולה למחות בקטנותה (ונתבאר באות קנט) וברשב"א ורשב"א הביאו עוד שיטה בשם תוס' שכשהיא גדולה מודיעים אותה מתן שכר ועונשם של מצוות ואז צריכה למחות.

קפ) הנה ברמב"ם וברא"ש הנ"ל (אות קעח) מבואר דכל זמן קטנותן מוציאין מהם הממון ונותנים אותו ביד ב"ד. ולפ"ז קשה מאי שלא יהא חוטא נשכר ושלא תהא קלה בעיניו להוציאה שייך בזה הרי מוציאין הממון מידו, ועיין בשטמ"ק משכ"ב.

קפא) בעיקר פלוגתא אביי ורבא אם לפרוך מכתובה או מקנס ע"י בשטמ"ק שמדייק מרש"י דלא פליגי לענין דינא אלא רק פליגי מהיכא עדיף להקשות. אך מדברי הרמב"ן והרשב"א משמע דפליגי לדינא ונ"מ דלאביי נוטלת הקנס בקטנותה ולרבא נוטלת כתובה בקטנותה והרמב"ם פסק בפ"י ממלכים בתרויהו דיעמוד הממון בב"ד.

קפב) הגדול שבא על הקטנה וקטן שבא על הגדולה ומוכ"ע כתובתן מאתיים. כתב רש"י דמיירי בנשאן סתם ולא פירש כלום. ומשמע שאם פירש שנושאה ע"ד שהיא בתולה הוי מק"ט [ע"י בשטמ"ק ובאילת אהבים] דאע"פ שאין זה פגם גמור מ"מ גם בתולה אינה.

וברשב"א כתב דכל הנידון במשנה הוא משום דכתובת מאתיים תלויה בחינא של האשה, וכל הנך דכתובתן מאתיים היינו מפני שלא בטל חין, וכתב בשטמ"ק דלפ"ז יתכן דאפי' אם פירש שנושאה ע"ד בתולה יש לה מאתיים, דעדיין מקריא בתולה גם בכה"ג.

והגר"ש"א בספר הערות מבאר כוונת השיטמ"ק בדעת רש"י שאם התנה שתהא בתולה ונמצאת מוכ"ע יש לה מנה, דלא הוי מק"ט אבל מ"מ אם מתנה אינו חייב לה מאתיים וצ"ב.

קפג) בתולה אלמנה גרושה וחלוצה מן הנישואין כתובתן מנה. פרש"י דבחזקת בעולה קיימא משנכנסה לחופה. ועיין בשטמ"ק שלפ"ז אם פירשה לו שהיא בתולה ונמצאת בתולה יש לה כתובה מאתיים. אבל הרשב"א כתב בשם הירושלמי דהטעם דאלמנה בתולה מן הנישואין כתובתה מנה משום דבטל חינא, ולפ"ז דינה ממש כבעולה [אפי' אם היא בתולה] ולא מהני מה שנמצאת בתולה ולעולם אין חייב אלא מנה.

והנה לקמן מ"ח ב' איתא דאם מסר האב לשלוחי הבעל ונתאלמנה כתובתה מנה, וקשה דלשיטת רש"י הרי אין היא בחזקת בעולה, ותיירץ האבנ"ז (אבהע"ז סי' רנ"ג) דשם פירש"י "לשויה אלמנה מן הנישואין שלא תיקנו לה חכמים אלא מנה מן הכונסה אח"כ", והיינו דשם אזלינן למ"ד כתובה דרבנן, ולא תקנו בכה"ג, אבל כאן אזלינן לר"מ דס"ל כתובה דאורייתא ולדידיה רק אם היא בחזקת בעולה כתובתה מאתיים.

קפד) והנה לעיל נתבאר מהשטמ"ק דגם לרש"י מה שיש לה כתובה מאתיים הוא רק בפירשה קודם שהיא בתולה, אבל אם לא פירשה כלום ורק אח"כ נמצאת בתולה משמע דאין לה אלא מנה, ובשטמ"ק בשם השיטה ישנה כתב הטעם: שהרי בחזקת בעולה כנסה. [וקצת צ"ב דמ"מ כיון דבמצאותה היא בתולה למה לא יתחייב משום תקנ"ח ככל הנושא ואינו יודע שתקנו כתובה וי"ל]. וע"י בחזו"א (סי' קלה) שכתב דבנמצאת בתולה אין לה כתובה דרבנן בטלו החיוב ועשאוה כודאי בעולה כמו בשבויה [שכתבו תוס' דף ל"ו ב' דעשאוה כבעולה ודאי כדי שלא תינשא לכהן]. [ואמנם לדברי האבני נזר דלעיל כאן הוי דין דאורייתא וא"א לפרש כן].

וז"ל הרמב"ם (פ"י ה"ב מאישות) ומפני מה תקנו חכמים לאלו כתובה מאה ואע"פ שהן בתולות, הואיל וחזקת הנשואה שתיבעל וחזקת השפחה והנכרית והשבויה שתבעל תיקנו להם מאה בין נבעלו בין לא נבעלו והרי הן כבעולות לכל דבר. ומשמע אפי' ידוע שלא נבעלה (רע"א מהדו"ת סי' נ"א) [והוסיף הגרע"א דהגדר משום לא פלוג]. ויבואר עוד להלן בעז"ה.

דף יא ע"ב

קפה) בקטן הבא על הגדולה, פליגי רב ושמואל אי עשאה מוכ"ע. והנה דעת תוס' והרא"ש והרשב"א דמיירי דוקא בשלא השיר בתולין דאי השיר בתולין לכו"ע לא גרע ממוכ"ע. ולפ"ז סברת רב דכתובתה מנה היא משום שאין בה חינא, והא דקאמר דהרי היא כמוכ"ע דוגמא בעלמא נקט, דכמו שלמוכ"ע אין אלא מנה כך לנבעלה ע"י קטן.

אבל שיטת התוס' רי"ד ושיטה ישנה דאפי' אם משיר בתוליה ג"כ כתובתה מאתים, והטעם דאייז כמוכ"ע ביאר התוס' רי"ד דבעילת קטן הוי כממעכת בתוליה שלא הפסידה מאתים, כיון שאין כוונתה אלא שלא להצטער תחת בעלה, ובמוכ"ע דפליגי רבנן הואיל והוי שלא לדעתה ומסניא בהכי. ובשיטה ישנה כתב הואיל ואייז לא בעילה ולא הנאה מותבין לה כבוגרת. ועי' בשטמ"ק שמדייק מרש"י כשיטה זו, וכן כתב במנ"ח מ' רעב בדעת הרמב"ם. קפ"ו בתוס' ל"ט ב' ד"ה טעמא כתבו דכל שיש לה קנס כתובתה מאתים, והלכך נבעלה שלא כדרכה כתובתה מאתים. והקשה החזו"א (סי' קל"ה) דבתוס' סנהדרין ע"ג ב' מבואר דבהערה בה ואח"כ אנסוה יש לה קנס, וא"כ בכל העראה יש גם כתובה [למאי דדימו תוס' בדף ל"ט קנס לכתובה], ולמה בביאת קטן לרב עשאה מוכ"ע הרי הוי רק העראה [לשי' תוס' דלא השי' את הבתולים], וכתב החזו"א דשמא אה"נ לרב אליבא דרבנן אין קנס גם בהעראה. [ולכא"ו עדין צ"ע דהא משמע דבגדול שעשה העראה לכו"ע אין לה כתובה ומ"ש מקנס]. ובאבני נזר (אבהע"ז סי' רג) כתב דכל דברי תוס' בדף לט הוא אם כתובה דאורייתא דאז דינה כקנס וכאן מיירי אליבא דשמואל בדף י' דס"ל כתובה דרבנן (ועי' אות קפג).

קפ"ו ושני מאי מקח טעות ממאתים אבל מנה יש לו. וצ"ע דא"כ אייז מדין מק"ט [מה שאינו משלם מאתים] אלא משום שבעולה כתובתה מנה. וביאר החזו"א (סי' פ"ב סקכ"ד) דלגבי התחייבות הבעל חשיב כמק"ט, ואם כתב תוספת כתובה הוי מק"ט וזהו הא דקמ"ל בלשון מק"ט.

אמנם גבי מוכ"ע אם כתב לה תוספת הביא החזו"א דמבואר ברמב"ן לקמן ל"ו א' דיש לה תוספת, דהגם דמדרבנן דינה כבעולה הואיל ונעשה בה מעשה, מ"מ בדעת בני"א אין המוכ"ע סיבה לעשות מק"ט. ועי"ש משכ"ב עוד.

קפ"ח ויש לה עדים שלא נסתרה וכו'. ובתוס' לקמן ד"ה כנסה מבואר דאפי' כשיש עדים כתובתה מנה, וצ"ב דהרי ידוע שלא נבעלה ולמה כתובתה מנה. ועיי' באות קפג שנתבאר בזה ב' טעמים, או משום חנא, או משום תקנת חז"ל דלא פלוג וכאילו נבעלה. [ועי' בתשובת רע"א מהדו"ת סי' נא].

והנה התוס' לקמן ד"ה שאני כתבו דהא דאין כאן טעות ע"י העידם משום שסבור דהעדים אומרים כן לשבחה, משעמ דאין חשש אמיתי בזה, אלא רק דהוא אינו סומך על העדים מחמת האי טעמא. אבל ברשב"א ועוד ראשונים מבואר דהטעם שכנסה הוא משום שאינו סומך על עדותו בכך לפי שלא נתכוונו מתחילה לכך ולא דקדקו בדבר. ולפ"ז יש מקום לומר דבאמת אייז עדות גמורה ויש צד אמיתי שנבעלה מבעלה הראשון. ועי' באו"ש (הלכות נערה בתולה פ"א ה"ט) שלפי דברי הרשב"א אין לה קנס [והיינו דנקט דהוי חשש אמיתי שהיא בעולה - דאילו הוי רק סברא שלא סמך על העדים ואין כאן מק"ט, א"כ פשיטא שכ"ז ל"ש גבי קנס].

עוד טעם מבואר ברמב"ן וברשב"א דכיון שכבר נישאת ובין כך אין לה חנא, אין גריעותא כ"כ במה שהיא בעולה ואייז מק"ט. ולסברא זו יש לה קנס, ועי' באו"ש.

דף יב ע"א

קפט) וניחוש שמא תחתיו זינתה עי' ברש"י, ופי' הרמב"ן ורשב"א וריטב"א דכוונתו דמשמע מלשון המשנה שאין מזדקקים כלל לעדותו, ועי"ז לא יתברר אם יש כאן איסור ודאי. [והקשו ע"ז מהמשנה דהאוכל אצל חמיו ביהודה דג"כ איתא שם כהאי לישנא]. והתוס' הרא"ש מפרש דקושית הגמ' לרש"י הוא שיפסידו את כתובתה כדי שעייז יבוא לב"ד ויתברר האיסור ועי"ש בארוכה.

ובתוס' פירשו דהחשש משום אשת כהן שאם לא יפסידו את הכתובה יהיה סבור שפשוט הוא שמחזיקין אותה לבעולה [לרבא דבעלמא אין לה כתובה וכאן דהיתה נשואה יש לה] ולכן אסרו גם אשת ישראל. ותירצה הגמ' דקידש ובעל לאלתר. והקשה הגר"ע דאכתי תקשה דנגזור קידש ובעל לאלתר אטו קידש ובעל לאח"ז. [וכתב דלוי"ד התוס' יש מקום לומר דאין גוזרין אטו אדם אחר או אופן אחר, ובאשת ישראל דאסרינן - בהו"א - הוא מחמת שגם לידה איכא נ"מ לכהונה אם תתאלמן ותינשא לכהן]. ובחזו"א (סי' קל"ה) מיישב דרבנן חילקו שפיר בין בעל לאלתר ללא בעל לאלתר, שסברא זו היא גם כלפי הכתובה ויבינו שאין מפסדת כתובה אלא אם יש ספק שתחתיו זינתה. אבל לחלק בין אשת כהן לאשת ישראל בהפסד הכתובה א"א, שהרי לגבי הכתובה אין שום נ"מ בין אשת כהן לאשת ישראל [ורק בגזירה משום האיסור יש מקום לחלק] ואם יחלקו חז"ל ביניהם מחזי כי חוכא.

קצ) הרשב"א פירש הסוגיא באופן מחודש עי' היטב בדבריו, ועי"ע מש"כ הרשב"א בדף ט' [ולכא"ו דבריו סותרים זא"ז] ועי' בחזו"א (סי' ס"ז סקכ"ד כ"ה) בזה.

קצא) רש"י הביא גירסא שקידש לאלתר ובעל לאלתר, ועי' בשטמ"ק ביאור גירסא זו.

קצב) שקידש לאלתר ובעל לאלתר. הרמב"ם השמיט אוקימתא זו ועי' בט"ז (אבהע"ז ריש סי' פ"ז) שמבאר אליבא דהרמב"ם דכל קושית הגמ' וליחוש דילמא בעל הוא רק למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה, דכיון דמיירי בארוסה יש חשש שזינתה. אבל למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מק"ט ורק בהיתה כנוסה אמרינן שנבעלה, בזה אין כלל חשש זנות דתלינן הבעילות בבעל ראשון. והקשה החזו"א דהרי בברייתא מיירי דאיכא עדים שלא נבעלה ואיך תלינן בבעל ראשון. ולפמשי"כ אות קפח בשם או"ש מיושב.

קצג) הרמב"ם השמיט דינא דבריתא דגם ביש עדים אין טענת בתולים. וכתב הב"ש (סי' סז סק"ג) דס"ל דמאן דמתני אמתניתין אבל אבריתא לא, פירוש דהוא סובר דבגוונא דבריתא יש לה טענת בתולים, כיון דאיכא עדים. ועי' בשו"ת הגר"ע (מהדו"ת סי' נא) שמבאר דזה תלויב נידון אם כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה, דהבריתא סברה דיש לה מנה ולכן אין נ"מ בטענת בתולים, ומאן דמתני אמתניתין סבר דאין לה כלום ולכך יש טענת בתולים. אמנם הרב השואל בשו"ת הגע"א ר"ל דמאן דסובר דבריתא אין טענת בתולים ס"ל דכתובתה מאתים והעדים נאמנים, ועי' ברע"א משה"ק ע"ז, [ויש לדון בדבריו ע"פ דברי הרשב"א והאו"ש באות קפח ואכמ"ל].

קצד) תני כל שלא מושמש. עי' בתוס' י' ע"א ד"ה אמר וברשב"א שם, ובראשונים בשטמ"ק כאן, האם רבא פליג על ר"נ דאמר חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, או דכאן שלא עשה כדרך הרגילה לתת למשמש איכא ריעותא ולכן אינו נאמן.

קצה) ב"ד של כהנים היו גובים לבתולה ד' מאות וזו. כתבו הראשונים דהטעם - שכיון שתקנו כך כל הנישא להם נישא על דעתם ומתחייב ד' מאות. אולם בתוס' בעי"ב משמע דדוקא בשכתב לה בכתובה, ופי' דהחידוש הוא דאע"ג דלא כתב לה בלשון תוספת נמי חייב.

ולהלן בע"ב אמרינן דאפי' משפחות מיוחסות שבישראל אם רצו לעשות כן עושין, והרבותא בזה, כתב התוס' ר"ד דקמ"ל דלא אמרינן דמחזי כעוקרים תיקון חכמים. אך בתוס' משמע דהרבותא הוא שיכול לכתוב "דחזי לכי".

דף יב ע"ב

קצו) היא אומרת משאירסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו. כתב התוס' ר"ד דמכאן מוכח שיש כתובה לארוסה ומשעה שאירסה נתחייב בכתובתה בתנאי ב"ד, ומשום הכי קאמרה ליה הכי דמקודם שנבעלה כבר היה משועבד לה ועכשיו שנאנסה לא הפסידה. אבל אם נימא דאין כתובה לארוסה עד שיכנסנה וזו כבר נבעלה קודם נישואין אדרבה אומר הבעל לאשה נסתחפה שדך שהפסדת בתולך ובעת הנישואין בעולה היית.

אולם הרמב"ם פסק דאין כתובה לארוסה [ע"י פ"י מאישות הי"א] ובפ"א הי"א מבואר דאם בא עליה באונס אחר אירוסין לא הפסידה כתובתה. [ולא משמע דמירי בשכתב לה כתובה דא"כ הו"ל לפרש]. וצ"ב למה לא הו' הנישואין טעות, והרי קי"ל כרבא דאמר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה ה"ז מק"ט. וביאר בזה האו"ש (שם) דכיון דכבר אשתו היא [שהרי באירוסין אין טעות] תו לא קפיד לבטל את הנישואין כיון דנסתחפה שדהו ומזלו גרם ומה יעשה. ובח"י ר' שמואל (סי' י"ב) ביאר מה שאין טעות בנישואין ע"פ דברי הגרע"א (מהדו"ת סי' נא) דמחדש שמק"ט הוא מדין תנאי, ובנישואין ליכא תנאי [דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי כדאיתא בדף ע"ד א']. ומש"ה גם נישואי טעות חלין. עוד כתב הגרש"ר לבאר באופן אחר, דנישואין אינם קנין דבעינן בו לדעת לחלות, אלא הוי מעשה בעלמא של גמר הנישואין, וע"י מעשה זה חלים הנישואין מאליהם, ולפי' כל שהיה לחופה תורת חופה, אפי' אם היתה טעות ברצונו בחלות הנישואין, מ"מ חיל הנישואין.

קצו) עוד חידוש מבואר ברמב"ם דשייך לטעון נסתחפה שדהו גם על חיובים שעדיין לא חלו [ומסברא יש מקום לומר דכלפי הנך חיובים האשה ברשות עצמה והיא זו שהופסדה] והיינו דאע"פ שהחיוב חל רק בשעת הנישואין. מ"מ כבר בשעת אירוסין נחשבת האשה כשדהו גם לענין חיובי הנישואין.

ובדעת התוס' ר"ד שהוכיח ממשנתנו דיש לארוסה כתובה, חזינן דפליג על ב' סברות הנ"ל, דעל הסברא השניה מבואר בדבריו להדיא שחולק וסובר דכיון שעדיין לא התחייב לה בכתובה הוי כשדה של האשה. אמנם על הסברא הראשונה לא מפורש להדיא בתוס' ר"ד שחולק על הרמב"ם [- וסובר דהוי מק"ט], אלא דיש להוכיח זה דאם סובר דלא הוי מק"ט בנישואין מנ"ל להוכיח דיש כתובה לארוסה, דילמא אין לה כתובה ובאמת מצד סברא קמייתא דנסתחפה שדה אין כתובתה אלא מנה. והוכיחו בין הבעל לאשה הוא על הך מנה, דאם נאנסה תחתיו יש לה עכ"פ מנה, ואם נאנסה קודם אין לה כלום והוי מק"ט, ובע"כ דלתוס' ר"ד באמת הנישואין הם מק"ט. [אלא דצ"ב מאי נ"מ בסברא דלגבי דנינים החלים בנישואין הוי כשדה של האשה, אחר דלעולם הוי נישואי טעות, וצ"ל דאיכא איזה נ"מ שלא יהא טעות ומ"מ לא יתחייב אלא מנה].

קצח) ובאו"ש הביא מדברי הר"ח בסנהדרין י' א' דאם נאנסה באירוסין ונשאת אין לה כתובה מאתים, וכתב האו"ש דזה כדעת התוס' ר"ד. אכן הגרש"ר דייק מלשון הר"ח שם שמפסדת רק כתובת בתולה, אבל מ"מ יש לה מנה, וזה כדברי הרמב"ם בחדא וכדברי תוס' ר"ד בחדא [היינו דס"ל דאין זה מק"ט, ומ"מ הנסתחפה שדהו הוא לאשה].

ועי' בריא"ז בשלטי הגבורים שכתב דבזינתה משנתארוסה נהי דיש לה כתובה מאתים, מ"מ תוספת כתובה אין לה. וביאר האו"ש והבית יעקב (סי' סח), דס"ל כתוס' ר"ד דכל הסיבה שיש לה מאתים הוא מפני שכבר התחייב ע"ז באירוסין, ולפי' אין דין זה שייך אלא במאתים שנתחייב לה משנתארוסה, אבל תוספת אין לה עד שתינשא וכדאמר ר"א בן עזריה שלא הוסיף לה אלא על דעת שתיכנס לחופה, והילכך מפסידה את התוספת. [אבל לדעת הרמב"ם באמת יש לה גם תוספת].

אמנם יעוי' בב"ש (סי' סח סקכ"ג) שהביא דברי הריא"ז להלכה, וצ"ע שהרי השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם הנ"ל, ולדעת הרמב"ם הרי יש לה גם תוספת, ואיך פסק הב"ש כריא"ז דאזיל בשיטת תוס' ר"ד ועמד בזה הב"ש שם, וביאר בזה הגרש"ר ע"פ משנ"ת באות קצו דסברת הרמב"ם אינה מחמת שאין כאן טעות [כדעת האו"ש], אלא דאע"ג דיש כאן טעות מ"מ אין תנאי בנישואין. ומעתה י"ל דכיון שבעצם הנישואין יש טעות איכא סברא דנסתחפה השדה של האשה, ורק כלפי הכתובה שחיובה חל ממילא ע"י הנישואין - בזה אמרינן שיש לו דין נסתחפה שדהו גם בשעת האירוסין, דהיא כבר מקריא שדהו לגבי חיובי הנישואין שיחולו ממילא. אבל כלפי תוספת כתובה שהיא התחייבות ידיה שחלה בשעת נישואין אמרינן נסתחפה שדהו, ואע"ג שהיא אשתו מ"מ פטור מתוספת משום שטוען "א"א באשה בעולה", וסברא זו מוכחת מהא דדף ע"א דאיכא מ"ד דאף בנדרה בנזיר אחר שנישאת תצא בלא כתובה משום סברת "א"א באשה נדרנית", וא"כ ה"ה כאן כלפי התוספת שאין עליה סברת נסתחפה שדהו יכול לטעון טענה זו.

אולם יעוי' באו"ש שם שדייק מדברי הרמב"ם (פ"א הט"ז) דאם נאנסה אחר אירוסין יש לה גם תוספת ע"ש. קצט) רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף. סברת מ"ד ברי עדיף, עי' בשו"ת אגר"מ (תחומ"מ סי' כג) שהגרא"מ שך זצ"ל כתב לו דהטעם משום שבדין טוען ונטען הוא שאם אחד טוען מחוייב חבירו להשיב הן או לאו, ותשובת שמא אינה תשובה. [וסברת ר"נ ור' יוחנן משום שסברי שטענה ברי בלא בירור אין לה חשיבות טענה ואינו מחוייב להשיב].

והאגרות משה השיב לו דעיקר היסוד לא נראה כלל, דמהיכי תיתי נימא שמחוייב המוחזק להשיב לו על טענתו ובע"כ סברת מ"ד ברי ושמא ברי עדיף הוא משום דהוי בירור, דטענה יש לה תוקף של בירור וכל שאין מכחישים אותה אפשר להוציא על פיה ממון [או בצירוף הריעותא של השמא] ובקו"ש (אות כו) כתב דפשיטא דאין הדין טענה משום נאמנות דמה כחו של בע"ד להוציא בלא ראייה ובמאי עדיף בע"ד בטענתו מאדם אחר, אלא מדין טענה הוא שזוכה בטענתו כיון שאין הלה טוען כלום. [ולפי' התקשה במש"כ הרא"ש סי' י"ח דמהני ברי באיסורים ע"ש]. ובשיעורי הגר"ד פוברסקי זצ"ל כתב שהוא מדין מוחזק, דע"י הטענה נעשה כמוחזק.

ובספר שמעתתא דמיגו סי' ג' הביא ראייה דטענה הוא מדין נאמנות מתשובת הרא"ש (כלל עט תשובה ח') שמבאר דין מיגו וז"ל, ואמרינן מה לי לשקר, ודאי גם טענה זו שטוען אמת, שאם היה רוצה לשקר היה טוען טענה אחרת שנראה לעולם יותר שהיא אמת, עכ"ל. ומשמע מדבריו שהטענה שמכחה יש לו מיגו ודאי היא אמת. וברא"ש פרק שבועת הדיינין הביא ירושלמי, ולשון הירושלמי למ"ד ברי עדיף "שאם זה אינו יודע, שכנגדו יודע". ויעוי' ברי"י מיגש ב"ב ל"ד ב' שכי דהגם דקיי"ל ברי ושמא לאו ברי עדיף מ"מ היכא דאין הממון ברשות חד מניהו אמרינן ברי עדיף משום דמוקמינן ליה ברשותיה דההוא דקאמר ברי והוי אידך הממע"ה עכ"ל, ויל"ע אם יש ראייה מדבריו לנידוד.



ר) ר"נ ור"י אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מריה. וכתב הקצה"ח (סי' נט סק"א) דלפ"ז אם המוחזק ברי והתובע שמא [ניש סיבה להאמינו כגון שיש לו שטר] אמרינן לכו"ע ברי ושמא ברי עדיף כיון דאייז להוציא ממון, וכתב דזה דומה למאי דאמרינן לקמן דהיכא דמסייע חזקת הגוף לברי אמרינן ברי עדיף אפי' להוציא, וכ"ש הכא דמסייעת לו חזקת ממון להחזיק. [ועי' שיש סוברים דגובה בשטר, ויתכן דס"ל דכל היכא דאיכא שטר הוי בירור גמור ולא משגחין בברי ושמא כל זמן שאין הודאת בע"ד או בירור גמור]. [ועי' במילואי חושן שם מה שציין על דברי הקצה"ח].

רא) הקשה הפנ"י למ"ד ברי ושמא ברי עדיף למה אין מחזירין אבידה אלא בסימנים, הרי התובע הוא ברי ומוצא האבידה שמא. ותירץ דיש רוב נגד התובע דמסתמא נפל מרוב העולם ולא דוקא ממנו. עוד צידד ליישב לפי מש"כ התוס' דדין ברי עדיף הוא רק בברי טוב ושמא גרוע, אבל באבידה הוי הברי טוב והשמא גרוע. והקשו האחרונים על התירוצ' דיש רוב - דכאן אין צירוף בין שאר העולם נגדו, וכל אחד הוא נידון לעצמו ואין כאן רוב נגד התובע. [עי' שער"י ש"ן פ"ד, ועי' באפיקי ים ח"א סי' כו]. ועל מה שתירץ הפנ"י דאייז ברי טוב הקשה השער"י דרק אם המוחזק מסתפק שמא הוא שלו אז יכול לעכב, אבל כאן שהמוצא מודה שאינו שלו אינו יכול לעכב. ולכן מבאר בשער"י דגוה"כ הוא עד דרוש אחיך אותו דאין להחזיר אלא ע"פ סימנים, אע"פ שבדיני ממונות היה אפשר להחזיר ע"פ תביעה. [ואין להקשות איך המצוה מתירה לעבור על דיני ממון, דכיון שהדין נאמר על החפצא הרי שכן רצתה התורה שיושב החפץ. ובקו"ש (ח"ב סי' ה) תירץ דדין ברי ושמא הוא רק אם הנתבע בפנינו, אבל אם אינו בפנינו לא אמרינן דכיון דאינו בפנינו הוי כטוען שמא, אלא טענינן ליה והוי כספק ברי. ולפ"ז כאן שיש ספק שמא אבד החפץ לאחר טענינן לבעל החפץ האמיתי דדידה הוא והו"ל כספק ברי ותו לא מהני בזה המיגו של התובע ועל כן צריך עדים. [ועי' קרוב לזה ברע"א ח"ג סי' צ', דל"ש ברי ושמא אלא בשמא דבע"ד].

רב) תוד"ה רב הונא. ואי מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב אין כאן חיוב שבועה וכו'. והקשה ההפלאה דהא עיקר קרא מיייר בשומרים, ובשבועת שומרים הרי אין תביעת ברי ושם שפיר משכח"ל נידון בשבועה בלא חיוב תשלומין והאב יהא חייב משום מתוך והבן פטור. ועי' משכ"ב ומשה"ק עליו הבית יעקב.

רג) ותירצו תוס' דאפשר לדרוש הדרשה בע"א המעיד שאחד חייב לחבירו מנה. והנה מדברי תוס' מוכח דס"ל דבשביל שבועת ע"א א"צ תביעת ברי אלא משביעין ע"פ העד גרידא, דא"כ אכתי קשה דאם התובע ברי שוב הו"ל ברי ושמא, [ובדין זה איכא פלוגתא בראשונים]. ועמד בזה ההפלאה ע"ש.

רד) בא"ד, ואין לומר דרב יהודה כסומכוס וכו'. מבואר בתוס' דפלוגתא דסומכוס ורבנן הוא באלומות החזקת ממון, [ולא בסברא שכתבו תוס' בב"מ צ"ז דע"י הדררא הממון בחזקת שניהם]. ובקוה"ס הסתפק בזה אם רבנן אית להו להסברא דהממון בחזקת שניהם [באופן שאין חזקת ממון], עי' בדבריו סוף כלל ח'. [ועי' בכלל א' ס"ה שנקט בפשיטות דרבנן סברי דלא נחשב כ"א כמוחזק בחציה]. ועי' בתוס' ב"מ קט"ז ב' שמבואר להדיא דגם לרבנן הממון בחזקת שניהם [אם אין אחד מהם מוחזק]. ודלא כקוה"ס, ועמד בזה הנחל יצחק.

רה) בא"ד, ור"נ ור"י יוחנן ע"כ כרבנן דלסומכוס לכל הפחות חולקין. לכאז' דברי התוס' תמוהין, דהרי כל דברי סומכוס דחולקין הוא במקום דררא דממונא, וכאן שאין דררא דממונא למה יחלוקו [אי לאו משום דברי ושמא ברי עדיף ואז יטול הכל]. ובאמת התוס' בב"מ צ"ז ב' ד"ה לימא כתבו בזה"ל, ור"נ כרבנן דאית להו המע"ה. אי"נ ר"נ אי"ש כסומכוס דמודה סומכוס היכא דליכא דררא דממונא דהמע"ה עכ"ל. ודברי התוס' דהכא דנקטו בפשיטות שהדין לכל הפחות יחלוקו תמוה דמה שייך דין חלוקה במקום דליכא דררא דממונא. ועי' במהר"ם שיף שהעיר בזה.

ועי' בדברי המהר"ם שיף, ונראה לבאר דבריו, דס"ל לתוס' דע"י הברי ושמא הוי לכה"פ כעין דררא, דלא מבעיא אם הברי ושמא הוי בירור למ"ד ברי עדיף [עי' אות קצט] י"ל דלאידך מ"ד הוי לכה"פ דררא. אלא דגם אם הוי רק מוחזקות, י"ל דגם למ"ד לאו ברי עדיף מ"מ יש לו מוחזקות כעין דין דררא ע"י טענתו, אלא דלרבנן אלים חזקת ממון גם נגד מוחזקות זו כמו נגד המוחזקות הבאה מכח דררא. ועי' היטב ברע"א בשו"ת ח"ג סי' לא.

רו) בתוס' בב"מ צ"ז ב' תירצו את קושית תוס' דאם לסומכוס מהני הברי להוציא הכל כיון דהממון בחזקת שניהם, אי"כ לרבנן מהני לכה"פ להוציא מחצה. והדברים צ"ב. [ואולי יל"פ עפמשי"כ לעיל (אות רד) דגם לרבנן אית להו דע"י הדררא הוי בחזקת שניהם, אלא דס"ל דחזקת ממון אלימא טפי. ולפ"ז י"ל דנהי דחזקת הממון אלימא מהדין "בחזקת שניהם", מ"מ תו לא מקרי "להוציא", ולכן את אותו החצי שבחזקתו מהני עליו דין ברי ושמא, [וכמשנ"ת באות ר' דבמקום דא"צ להוציא, לכו"ע ברי עדיף].

רי) התוס' הוכיחו דשמואל פליג אסומכוס מהא דמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן. והבית יעקב ציין לדברי הרשב"ם בסוגיא בב"ב שם, שכתב להדיא דשמואל לא פליג אסומכוס [דדעת הרשב"ם דהלכתא כוותיה דסומכוס] ושאי התם דיש למוכר טענה דכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב היה לך לפרש ותו ליכא דררא. [ועי' בשו"ת בית מאיר סי' ט"ז]. והנה גם התוס' לקמן ע"ו ב' ד"ה (בע"א) על, כתבו סברא זו דהיה לו לפרש. ולפ"ז צ"ב איך הוכיחו מדברי שמואל דל"ל דסומכוס, וי"ל.

ריח) בתירוצ' התוס' חילקו בין ברי גרוע ושמא טוב, לברי טוב ושמא גרוע. ויל"ע אם העיקר תלוי בברי הטוב או בשמא הגרוע. והעלוי ממיצ"ט ביאר דהעיקר תלוי בברי, והיינו דע"י החזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו הוי כבירור שהוא טוען אמת ולכן הברי עדיף. אלא דלעולם הברי תלוי בשמא, דאם השמא גרוע והיינו דסבור התובע דהיה לנתבע לדעת, אז איכא שפיר לחזקה, אבל אם הברי טוב אז יודע התובע שהנתבע אינו יודע ושוב ליכא לחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו. [ולפ"ז אם היה לנתבע שמא טוב, אלא דידוע לנו שהתובע היה סבור שהשמא גרוע, ג"כ ברי עדיף כיון דיש הוכחה מהביר].

רט) עד כאן לא קאמר ר"ג אלא כגון דאיכא מיגו. והנה כאן אי"ז מיגו כמיגו דכל התורה, דכאן הרי אינה נאמנת גם בטענת מוכ"ע, ומ"מ בצירוף הברי ושמא מהני לר"ג.

והראשונים תמהו על מיגו זה, עי' היטב סוגיא בדף טז א' "הכא אין שור שחוט לפניך". וברמב"ן כתב "ותמהני שלא מצאתי בתלמוד מיגו אלא כעין מיגו דר' יהושע [שנאמן בטענה השנית] אבל כעין מיגו שאין שור שחוט לפניך לאו", ועי' ברשב"א כאן שכתב דמצינו מיגו כע"ז בקידושין מ"ט ב', דכיון שטען את הטענה הגרועה נאמן, אבל דוקא בצירוף ברי ושמא.

וסברת הראשונים [וכן פירשו הם בגמ' בדף ט"ז בדעת ר' יהושע] לחלק בין מיגו דעלמא שנאמן בטענה השניה, למיגו דהכא, [אף שלכאז' הראיה שאינו משקר שוה בשניהם], ביאר בהגהות אמרי ברוך (סי' פ"ב על כללי מיגו להשי"ך סקכ"ב)

דבכה"ג אי"ז בירור. ולכא' כוונתו משום דאיערומי קמערס. אמנם מסתימת לשון הראשונים נראה דאין החסרון משום שאין ראה אלא משום שכל מיגו שאין בו נאמנות בטענה השניה לאו מיגו הוא. ועי' מה שביאר בזה בשמעתא דמיגו סי' ג'.

רל) להלן ט"ז א', אמרין דר' יהושע דמתניתין מודה באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. ופריך מכדי האי מגו והאי מגו מ"ש האי מגו מהאי מגו, ומשני הכא אין שור שחוט לפניך התם הרי שור שחוט לפניך. ופרש"י דהתם מיירי שאין הבן תובע אלא רק הלוקח עצמו אומר שדה זו של אביך היתה. [ועי' שביאר "שור שחוט" הוא משל שאם אין שור שחוט לפניו אין מעלה על לב לתבוע]. ותוס' פירשו דמיירי גם בתובעו, והחלוק הוא דבמשנתו אין האשה יכולה לומר בתולה אני כמו בשור שחוט שאין יכולה לומר חי הוא ולהכי בין אומרת משארסתני נאנסתי בין אומרת מוכי"ע אני תחתך לא מהימנא, [וכוונתם דאין לה שום אפשרות להיות נאמנת, וכן מבואר בתוס' הרא"ש] ועי' ברמב"ן וברשב"א שפירשו כתוס' והאריכו בזה יותר בביאור הדברים.

ועי' ברב"ד המובא ברשב"א שם שמפרש שהחילוק הוא בין שדה שהוא מוחזק בה לבין הכא שהאשה באה להוציא. [והריטב"א שם כתב דלפי פירושו יש ראה מהסוגיא דאמרין מיגו להוציא, ולכא' צ"ב דשם הוא בצירוף חברי ושמא]. ועי' בר"א שם שהביא שיש מפרשים שהחילוק בין שדה שאין ריעותא בטענתו, לבין אשה בעולה שעצם הדבר שאין לה בתולים הוי ריעותא לחשוש שמא זינתה קודם.

ריא) אי"נ ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאמרין אוקמה אחזקה. ופירש"י דיש לה חזקת בתולה. וצ"ב דנהי דהחזקה מוכיחה שהיתה תחתיו, מ"מ האיכא חשש שמא ברצון זינתה ומספק תפסיד כתובתה. ובפשטות י"ל דגם ע"ז איכא חזקת צדקת וחזקת היתר [באשת ישראל] אמנם ברא"ש סי' י"ח מבואר דליכא להנך חזקות כיון דיש נגדם רוב רצון, וא"כ קשה למה גובה כתובתה. ובמהר"ם ש"ך וכן בחי' מהר"ט דף ט' כתבו דהחשש שמא תחתיו זינתה הוי איני יודע אם פרעתין, וא"כ על ספק זה חייב לשלם, ורק הצד שמא זינתה קודם אירוסין דהוי מק"ט הוי איני יודע אם נתחייבת, ועי' שפיר איכא חזקת הגוף.

ריב) והנה התוס' לעיל ט' ב' הקשו למ"ד (בדף י"א ב') דכשהבעל טוען לא כי אלא עד שלא אירסתין והיה מקחי מקח טעות יש לה מנה, למה לא תפסיד המנה שמא זינתה תחתיו ברצון, ותירצו דיש לה ס"ס שיהיה לה מנה ע"ש. ומדלא תירצו התוס' דעל הספק ברצון יש חיוב משום איני יודע אם פרעתין מוכח דלא כמהר"ט.

והטעם שבאמת אין כאן משום איני יודע אם פרעתין - משום דהברי גרוע והשמא טוב ובכה"ג לא חייב אפי' באיני יודע אם פרעתין. [כ"כ התומים סי' עה סקכ"ב. ועי' במל"מ פ"ד ה"א משאלה ופקדון דבאופן שהלוח לא הו"ל למידע מיפטר גם בא"י א"פ. אך דעת מהרש"ך המובא שם דחייב. והטעם ביאר הנתיבות (סי' עה סק"ז) משום דכל החיוב בא"י א"פ הוא ע"י הרגלים לדבר, ובלא הו"ל למידע אין רגלים.

והנה עיקר הדין דבא"י א"פ בעינן ברי ושמא, ועי' בש"ך (שם סקכ"ז) שמבאר דיסוד הדין א"י א"פ הוא שבמקום חזקת חיוב ברי ושמא ברי עדיף. אולם בקצה"ח (סי' צא סק"ג) כתב דירשי המלוה מיקרו ברי לגבי א"י א"פ משום דטענינן להו, והוכיח מזה הגרש"ר (בחי' סי' יג) דלא כהש"ך, דאם בעינן לזכות ע"י ברי, א"כ פשיטא דטענינן לא הוי כברי גמור, שהרי זהו ספק. [ורק לענין להיפטר מחיוב מהני טענינן כברי כמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות, אבל לא לענין תביעה]. ולדברי הקצה"ח צ"ל דהחיוב הוא משום החזקת חיוב אלא דיסוד הדין הוא שבמקום חזקת חיוב בעינן טענה כדי להיפטר מהחיוב [אלא דכ"ז בתנאי שגם המלוה טוען ברי, אבל אם גם הוא שמא, אז לא רמי עליהו לטעון טענה כדי להיפטר].

והשתא לדברי הש"ך לכא' הנידון אם בעינן ברי טוב ושמא גרוע מיתלא תליא בדין ברי ושמא למ"ד ברי עדיף, דלשי' תוס' כאן שכתבו דלא מהני, ה"ה בא"י א"פ דיסודו מדין ברי ושמא לא מהני, אולם לדעות דבברי ושמא למ"ד ברי עדיף א"צ ברי טוב ושמא גרוע [כ"ה להדיא ברמב"ן בספר התרומות שער לט] ה"ה בא"י א"פ, וכן נקט בתומים שם. אך לדעת הקצה"ח הני"ל, וכן לדעת הנתיבות דלעיל, לכא' הדין ברי גרוע בא"י א"פ הוא נידון לעמו ולא שייך לפלוגתא דברי ושמא בברי גרוע.

ריג) ולדעת תוס' דלא ס"ל כמהר"ט צ"ע מסוגינתו למה לר"ג כתובתה מאתיים, הרי יש ספק שמא זינתה ברצון [וכמובן כאן ל"ש תירוצ' התוס', דאין כאן ס"ס לחייב במאתיים] וצ"ל דס"ל לתוס' דמהני חזקת צדקת להוציא ממון, והרוב כיון שהוא רק רוב דרבנן לא מהני לממון. [ועי' בתומים שהזכיר סברא זו אך דחאה מדברי הרא"ש, וכתב שם דהרא"ש יסבור כמהר"ט].

ובנחל יצחק, וכן בבית הלוי (ח"ב סי' מ') תירצו דבאמת גם תוס' ס"ל דבא"י א"פ אפי' בשמא גרוע חייב לפרוע, ומש"כ בדף ט' להקשות למה יש לו מנה, היינו משום שדין זה תליא בפלוגתא ר"ג ור' יהושע, דלר"ג דחזקה וברי ושמא מוציאה ממון, ה"ה בא"י א"פ, ולר' יהושע דלא מהני להוציא ממון, ה"ה בא"י א"פ לא מהני, ולכן התוס' בדף ט' דמיירי אליבא דר' יהושע הוכרחו לתרץ שיש לה רק משום הס"ס. אבל בגמ' בדף י"ב מיירי לר"ג ולכן שפיר חייב משום א"י א"פ. אכן הקשו ע"ז דמסתמא לא פליג ר' יהושע אמתניתין דסוף ב"ק דבא"י א"פ חייב, ותירצו דהתם מיירי בברי טוב, אבל כאן בברי גרוע תליא בפלוגתא ר"ג ור' יהושע. [והגרש"ר בחי' סי' יג כתב די"ל דהמשנה מיירי שאין ספק לפנינו, אבל כאן שיש ספק לפנינו תליא ברי"ג ורי"ז - וזה ע"פ דברי הרשב"א בגיטין ע"ח דכשיש ספק לפנינו ליכא משום א"י א"פ].

ובאגרי"מ (ח"מ סי' כד ענף ב) תירץ באופן אחר ע"ש. ריד) ובסוטה כ"ה ב' מבואר דאם סוטה לא שתתה לב"ש יש לה כתובה מספק [דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי] ולב"ה [דפליגי על דין כגבוי דמי] לא תגבה מספק, והקשו תוס' למ"ד ברי ושמא ברי עדיף למה לא תגבה. ותירצו דשאני התם שעשה הכתוב ספק והלכך א"א לטעון ברי. וקשה דבקושייתם [דלא סברי דמהני סברא זו על ממונות] למה לא הקשו לכו"ע דהו"ל כא"י א"פ פרעתין. ומזה הוכיח התומים דס"ל לתוס' דבברי ושמא למ"ד ברי עדיף מהני אפי' ברי גרוע, אבל בא"י א"פ בעינן ברי טוב, וזה דלא כדברי מהר"ט. ובדעת מהר"ט צ"ל דהא דלבי"ה אין גובין משום א"י א"פ היינו כתירוצ' התוס' דעשאה הכתוב ספק הילכך א"א לטעון ברי [אלא שלפי הסברא שכי' באות ריב בדעת קצה"ח, דעיקר החיוב הוא משום החזקת חיוב ומה שצריך ברי הוא כדי לחייב את השני לטעון טענת פטור, א"כ א"צ שיהא ברי אלא רק משום תביעה על הנתבע לברר את פטורו, ועי' ל"ש סברת תוס' דעשאה הכתוב ספק, דנהי דהוי ספק מ"מ יש כאן תביעה. ועי' מש"כ בזה הגרש"ר].

ובחי' הגרש"ר כתב ליישב דאין סתירה מהתוס' בסוטה לד' מהר"ט, דהנה בזונה שמפסדת כתובתה י"ל דיש בזה ב' סיבות, א) דכיון דתיאסר עליו לא נתחייב כתובה. ב) הוי כעוברת על דת שמפסדת כתובתה, [אלא דכאן לא בעינן

התראה] ובה י"ל דהחיוב נפקע רק מכאן ולהבא. ומעתה י"ל דמצד הדין דאדעתא דתיאסר לא נתחייב לא כתובה, הוי הפקעה על החיוב למפרע וזה הוי כא"י אם נתחייבתי, ולכן תוס' בסוטה הקשו רק למ"ד ברי ושמא ברי עדיף. אבל בסוגין א"א להפסידה מצד שנאסרת על בעלה, שהרי באמת מותרת היא לבעלה משום ס"ס, וכתולדה מכך יש לה גם כתובה [וכדברי הש"ך המובא באות קל"ו], אלא דכאן מפסידים אותה משום הסברא השניה שהפקיעו לה את כתובתה משום דהוי כעוברת על דת, וע"ז שפיר י"ל כדברי מהר"ט דהוי הפקעה רק מכאן ולהבא והוי א"י א"פ. [וע"ז אות קמ"ג]. והגרש"י כתב דהעירו לו דהרי משנתנו מיירי גם באשת כהן שהיא נאסרת, והשיב דהגרש"י הכריח דמשנתנו מיירי באשת ישראל דאילו אשת כהן הרי מודה שהכשילתו לבוא עליה באיסור ואין אדם משים עצמו רשע. [ולכא"ו יש לדון דגם באשת כהן נהי דנאסרת מ"מ הוי רק איסור דכהונה ואיסור זה אינו מפסידה בכתובה, וכלפי האיסור דישראל איכא ס"ס]. [וע"ז ברע"א ח"ג ס"י לא תירוצו אחר על התוס' בסוטה].

רטו) בדף י"ג א' תנן היא אומרת מוכ"ע אני והוא אומר לא כי אלא דרוסת איש את, דגם בזה פליגי ר"ג ור"א. וצ"ב איזה חזקה יש בזה לר"ג, הרי ודאי שאין לה בתולים. [והעירו דלכא"ו כיון דמוכ"ע אית לה או דמים או פתחה נעול (ע"ז תוס' ט' א' ד"ה האומר) א"כ יש לה חזקת הגוף על חדא מהם שלא כלה].

וברמב"ן דף ט"ז כתב ב' מהלכים בזה. א' דבאמת התירוצו דחזקה קאי רק על המשנה הראשונה, אבל בהיא אומרת מוכ"ע הטעם משום מיגו. [וצ"ע לר' יוחנן דאמר מוכ"ע כתובתה מאתיים ואין לה מיגו - כמש"כ תוס', וכמבואר בסוגיא להלן יג - מאי איכא למימר].

עוד תירץ הרמב"ן דגם במשנה לקמן איכא חזקה דגופא דחזקתן שלא יהיו דרוסות איש בלא בעל. ובר"ן בסוגין הלשון שחזקת בנות ישראל שאינן מזנות. והקשו האחרונים דלכא"ו הך חזקה הוא כעין חזקת כשרות, וא"כ ניחוש שנאנסה קודם אירוסין שזה לא סותר את החזקת כשרות. ובב"ה"ל ח"ג ס"י יז ביאר דמוכ"ע יותר שכיח מאונס, והוליד מזה דין דבמקום דהברי מצוי וטענת השמא אינה מצויה ברי עדיף לכו"ע.

רטו) הנה מבואר בתירוצו דחזקת הגוף עם ברי ושמא מהני להוציא. והקשה התוס' רי"ד דבריש פרק הפרה מבואר ששור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה פטור מלשלם אפי' בברי ושמא, ושם הרי יש חזקת הגוף על האם שמעוברת היא ולמה פטור. ותירץ דהא דמהני חזקה הוא רק באשה ובעל שכבר הבעל מחוייב ועומד בכתובת האשה ושטר כתובה עליו והוא בא מספק לפטור א"ע ממה שהוא מחוייב ועומד. אבל בב"ק שבא לחדש חיוב מספק לא מהני חזקת הגוף. וביאר האגר"מ [ח"ו"מ ס"י כד] דיסוד דין ברי ושמא ברי עדיף היינו דכשהדבר שקול אז יש לברי כח טפי מן השמא ולמ"ד ברי עדיף לעולם הוי כספק שקול דאע"ג שהשמא מוחזק מ"מ ע"י שטוען שמא הוי ריעותא ורגל"ד שאינו שלו ומפסיד את המוחזקות ולכן נאמן. ומאן דפליגי ס"ל דאפ"ה המוחזק עדיף. ולפ"ז י"ל דבמקום שהפשטות שהוא חייב ואדרבה כדי להיפטר צריך טענת פטור שוב הוי התובע שקול עם הנתבע לכו"ע, [דכיון שבלא טענה חייב לשלם, שקול הוא עם התובע], ולכן מהני ברי ושמא. משא"כ בב"ק דצריך לחדש חיוב בזה עדיף החזקת ממון.

ובשער"י (ב' י"ג) מבאר ד' התוס' רי"ד דבאשה אם היא שלימה יש כבר סיבה לחייב כתובה ע"י קנינו ואם נעמיד אותה בחזקת בתולה ממילא יש לה כתובה. אבל בפרה מה שהיא מעוברת אינה סיבה המחייבת את המזיק כלום, רק אם נברר את המציאות שהפרה מעוברת ממילא יוחלט אצלנו שהשור המית את הפרה וע"ז אין כח בחזקה להכריע. וע"ש. ואולי יל"פ עוד עפ"ד החזו"א (אבהע"ז ס"י עב סק"ז) דדין מוחזק אינו מי שהנכסים בפועל בחזקתו אלא כל שבא בטענה שמחדשת את הענין חשיב הוא המוציא, ויתכן דזו סברת התוס' רי"ד. [אלא דמ"מ בעינן כאן חזקת הגוף כיון דיש ספק לפנינו].

ריז) ובש"ש ש"ב פ"ו ופ"ח הקשה מדעת עצמו הקושיא מב"ק. וכתב דבאמת מוכח משם דחזקה שיש בה ריעותא א"א להוציא על פיה ממון אפי' בברי ושמא, והא דבסוגין אמרינן דמהני החזקה, זה רק על הדין של היא אומרת מוכ"ע ששם יש לה חזקה בלי ריעותא, [אמנם לחד תירוצא ברמב"ן - אות רטו - ליכא שם כלל חזקה]. אבל במשנתנו הטעם משום כאן נמצא כאן היה דתלינן שהיה תחתיו, אבל בהיא אומרת מוכ"ע אני ל"ש כ"י כ"ה, דכיון שהיא הודתה שנעשה בה המעשה מקודם הנישואין, הו"ל הודאת בע"ד שלא נעשה המעשה ברשות זה ולכן בעינן לחזקה. [אולם מלשון רש"י מבואר דהחזקה על משנה קמיתא. ועוד הקשה בשי' הגר"י דעד כמה שחוששין שהיא דרוסת איש - ע"ז לא הודתה שהיה זה קודם אירוסין].

ריח) הקשה הפנ"י איך מהני חזקה עם ברי ושמא להוציא ממון, והרי רובא וחזקה רובא עדיף ואפ"ה לא מהני רוב עם ברי ושמא [כדמוכח ר"פ המוכר פירות]. וע"ז בקונטרס אחרון שמתרץ בתרי אנפי. חדא, דהתם כיון שלא פירש הלוקח הוא דאפסיד אנפשיה ול"ש כאן ברי ושמא. ובאופן אחר כתב דלעולם חזקה בפנ"ע עדיפא מרוב בפנ"ע, ורק כשהם סותרים אמרינן רובא עדיף. וסתם ולא פירש מ"ט כשהם יחד רובא עדיף. וע"ז משכ"ב - באות קכב - בשם הגר"י פרצוביץ. ובשער"י (ב' י"ג) וכן בח"י הגרש"ש כתב לבאר דהטעם דרובא וחזקה רובא עדיף הוא משום שחזקה היא הנהגה כשאין ידוע מה הדין. ואילו רוב הוא הנהגה של בירור. ולכן כשיש רוב תו אין כלל דין חזקה שהרי כבר הוכרעה המציאות. אבל במקום דאזלינן בתר חזקה י"ל דחזקה עדיפא, דברוב הרי ידוע שיש גם מיעוט, אבל בחזקה אין כלל ספק. וע"ע בח"י הגרש"ש משכ"ב.

דף יג ע"א

ריט) איש פלוני וכהן הוא. צ"ב מאי נ"מ כלפי האשה בהא דהוא כהן, הא סגי שתאמר איש פלוני וכשר הוא. [ובמאירי כתב לא כהן דוקא אלא כל שאין ביאתו פוסלת לכהונה]. וכתב ההפלאה דנ"מ אם היא כהנת שתאכל בתרומה דבי נשא ולא יפסלנה העובר. והבית יעקב הקשה דהא מעוברת שאינה אוכלת הוא מקרא דבנעוריה, וא"כ גם במעוברת מכהן היתה צריכה להיפסל, אלא דכיון שהולד הוא כהן אכתי מקרי בנעוריה, וא"כ כאן שעל הולד אינה נאמנת לומר שהוא כהן לא לא חשיבא כנעוריה ולא תאכל.

והנה באמת כדברי הבית יעקב איתא בב"י (יו"ד ס"י שלא) דמעוברת מכהן הו"ל כנעוריה. אולם בבעה"מ פ' אלמנה מבואר דכל דין כנעוריה הוא רק ביצאה מרשות אביה ושבה, אבל באשת כהן שמעולם לא יצאה אין מיעוט דבנעוריה. [והא דמעוברת בזנות מישראל אינה אוכלת, צ"ל דעצם הבעילה הוי כעין נישואין שפוקעין לאלתר ובעינן לדין ושבה]. וא"כ כאן ע"י חזקתה מאמינים אותה שלא יצאה מבי נשא אלא זינתה עם כהן, וא"כ הא דאוכלת אינה מכח הולד, אלא דבכה"ג אין דנים על הולד ולא איכפת לן בו, ומיושבת ק' הבית יעקב.

רכ) ה"ז בחזקת בעולה לנתין וממזר. הנה שיטת תוס' (ביבמות דף מ"ד ודף ס"א), וכ"ד הרא"ש (פ' הבע"י סי' ו') והראב"ד (רפ"ח מאיסו"ב) דאין זונה אלא ממי שאין קידושין תופסין בה. והקשה המהרש"א (בגיטין פ"ט) ממשנתו דמבואר דגם נתין וממזר פוסלין אותה. ותירץ המהרש"א דמשנתו כמ"ד אין קידושין תופסין בחייבי לאוין ולכן נעשית זונה. ועיין בשעה"מ (פ"ח מאיסו"ב סוף ה"ג) שהקשה עליו כמה קושיות, ולכן מסיק דגם לדעת ותס' והראשונים הנ"ל דאינה זונה מ"מ נפסלת לכהונה מקרא ד"כי תהיה לאיש זר". [אמנם דעת הרשב"א יבמות ס"ח דגם בחייבי לאוין נעשית זונה וכן דייק הב"ש (סי' ו' סקט"ז) מרש"י ביבמות ס"א, וכ"ד הרמב"ם פ"ח מאיסו"ב].

רכא) ה"ז בחזקת וכו' עד שתביא ראייה לדבריה. והקשה הגרע"א מה מהני שתביא ראייה שנבעלה לאדם זה, ניחוש שמא אפקרה נפשה גם לאחר ונבעלה לפסול. ותירץ דע"ז יש לאשה נאמנות דכל הטעם דלר' יהושע אינה נאמנת ולא סמכין אחזקה, היינו משום דנבעלה בודאי דאיתרע חזקה, או מטעם המבואר בירושלמי דהזנות רצות אחר הפסולים. אבל בספיקא דאפקרה דהספק בעיקר המעשה אם נבעלה עוד גם לר' יהושע מהימנא.

רכב) תוד"ה ואין אוסרין. הנה התוס' דנו באומרת לא נבעלתי לר' יהושע אליבא דזעירי אם נאמנת, וצדדו לומר דנאמנת משום דהוי ס"ס, [והצד דאינה נאמנת - משום דאין אפטרופוס לעריות וודאי נבעלה]. והביאו ראייה מלקמן פ"ב דמבואר שנאמנת לומר לא נבעלה. ועי' בחי' רע"א שדן דדילמא יש בזה חילוק בין רוב כשרים לרוב פסולים, דברוב פסולים ליכא ס"ס [דיש רוב נגד צד אחד] ואינה נאמנת כמו שכתבו תוס' בדף ט' וס"ס שאינו שקול לא מהני. ובריש פ"ב מיירי באופן שיש רוב כשרים דנאמנת לומר שלא נבעלה. ולפ"ז תמה על דברי תוס' בע"ב ד"ה השבתנו שהתקשו לשיטתם [דנאמנת לומר לא נבעלתי] היאך מדמי לה לשבויה, דהרי י"ל דשם מיירי ברוב פסולים שבויה לר' יהושע אינה נאמנת.

רכג) והנה מדברי התוס' נראה דמסקי דבאמת נאמנת לומר לא נבעלתי. אך הראשונים פליגי ע"ז, [עיי' ברא"ה וברטב"א] דר' יהושע אוסר גם באומרת לא נבעלתי [ומישוב בזה הגמ' בע"ב דמדמי לה לשבויה, והתוס' בע"ב נדחקו בזה] והא דאמרין בריש פ"ב דאיכא מיגו, אין הכוונה שבאמת נאמנת לומר לא נבעלתי, אלא דהוי רק טענה אלימא טפי כמו לעיל במיגו דמוכ"ע. ועי' בהפלאה שמדייק שגם שיטת רש"י כך.

רכד) תוד"ה מעלה. מבואר בתוס' דאשת איש אינה נאסרת על בעלה, ודעת הראב"ד המובא בחי' הרשב"א כאן דאם היא נשואה אפי' אם בעלה כהן אינה נאסרת עליו. אמנם הרשב"א סובר דאם בעלה כהן נאסרת עליו דאין חילוק בין פנויה לנשואה, אלא בין איסורי שבהם עשו מעלה לשאר איסורים, וכמו ששב"ה נאסרת אף לבעלה.

דף י"ג ע"ב

רכה) מאן דמכשיר מכשיר אפי' ברוב פסולין. ביסוד דין הנאמנות כאן, נקט הגרע"א בהשמטות לדו"ח דהוא מדין ע"א, ותמה הגרע"א דהא ע"א אינו נאמן נגד חזקה, וכ"ש נגד רוב שהוא עדיף מחזקה, ולמה כאן נאמן. ותירץ הגרע"א דכיון דהיה בידה של האשה לא לזנות משו"ה נאמנת מדין בידה. אכן הקשה ע"ז דניחוש שמא נאנסה ואז אי"ז בידה. ולכן מפרש הגרע"א דכאן אין הרוב מנגד את עדותו, דבשלמא אם כל אפיא שוים לה לזנות בזה יש לנו רוב, אבל באמת י"ל דאולי עיניה נתנה בזה, וא"כ אין הרוב מתנגד לומר דודאי זה שבא עליה הוא מהרוב, דבאמת הרוב בא לזנות והיא לא נתרצתה רק לזה. ולפ"ז מיושב דאפי' דאיכא חשש אונס נמי נאמנת, ואף שעל אונס ל"ש סברא זו, מ"מ כיון דיתכן שהיה ברצון והיא נתנה עיניה בזה שוב אין הרוב סותר לדבריה. [ועי' מש"כ עפ"ז בדברי הרא"ש בדף ט']. אמנם לפ"ז אם ראינוה שנאנסה לא תהיה נאמנת דאז הרוב סותר לדבריה.

רכו) ובאופן אחר מיישב הגרע"א הא דהעד נאמן נגד הרוב, ד"ל דהא דאיתא בריש פרק האשה רבה דאין ע"א נאמן נגד חזקה היינו דוקא באופן שבלא עדותו לא חיישינן כלל שהשתנה הדבר ואין הדבר בגדר ספק כלל, [דמהיכי תיתי לומר שנתרם הכרי או שחולל ההקדש]. אבל במקום שנולד ספק כגון במחצה כשרים ומחצה פסולים או באלמנת עיסה דהדין הוא דמ"מ מוקמינן אחזקה, בזה י"ל דע"א נאמן לפוסלה, והיינו דהחזקה בכה"ג הוא "אל תפסלנה מספק", וכלשון רש"י, וא"כ זהו דוקא בספק אבל כשהעד מעיד תו אין כאן ספק.

ולפ"ז י"ל אותה סברא גם לענין רוב, דברובא דליתיה קמן אין ע"א נאמן נגדו, כיון דהוי רוב מעליא שכך הוא טבע העולם. אבל ברובא דאיתיה קמן דהמיעוט לפנינו ורק דגוה"כ הוא ללכת אחר הרוב, י"ל דכ"ז היכא דאם כשהיה הדבר מחצה על מחצה היה ספק שם אמרה תורה ללכת אחר הרוב, אבל כשיש ע"א אין כלל ספק, ובזה לא אמרה תורה ללכת אחר הרוב.

רכז) והיוצא מדברי הגרע"א דע"א נאמן נגד רוב דאיתיה קמן ונגד חזקה שיש בה ריעותא ואינו נאמן נגד רוב דליתיה קמן ונגד חזקה דמהיכי תיתי להסתפק. אמנם לש"ש דרך אחרת בזה, עי' בדבריו (ש"ו פ"ז) דיסוד הדין שע"א אינו נאמן נגד חזקה הוא רק היכא דגם לדבריו יש חזקה והוא מעיד שהשתנה בחזקה, אבל היכא דלדבריו מעולם לא היתה חזקה והכל טעות, הרי הוא נאמן. [והביא ש"כ"ה בתשובת מיימוני]. ולפ"ז הה"נ ברוב כיון דלדברי העד שידוע לו המציאות ל"ש כלל רוב, דאין המיעוט בכלל הספק, ממילא ע"א נאמן. אבל נגד רובא דאיתיה קמן שהעד מודה שטבע העולם נגד עדותו, אין ע"א נאמן.

וני"מ בין הגרע"א לש"ש בחזקה דאתרעאי דלדברי הגרע"א ע"א נאמן, ולדברי הש"ש אינו נאמן [שהרי העד מודה שישנה לחזקה זו].

ושיטה שלישית מצאנו לנו"ב (קמא אבן העזר סי' סט ד"ה ומש"כ תוס') דודאי ע"א נאמן נגד רובא דליתיה קמן, אבל נגד רובא דאיתא קמן דן שם הנו"ב באריכות. ועי' דמסיק דגם בזה נאמן. והגם דרובא וחזקה רובא עדיף היינו דוקא באופן שאין החזקה מחוסרת מעשה כדי להתירה אבל אם היא מחוסרת מעשה להתירה חזקה עדיפא מרובא.

רכח) והנה כ"ז נתבאר להצד דהנאמנות הוא מדין ע"א, אכן מלשונות הראשונים בדף ט' משמע דהנאמנות מדין ברי, ועיין מה שנתבאר בזה באות קכז.

והנה לפי המהלכים דלעיל - כשם שנאמנת האשה להתיר כך נאמנת גם לאסור [להצד נאמנת מצד ע"א פשוט כן, ולהצד דהוי ברי ג"כ לכאוי הדין כך]. אכן הרמב"ם כתב (בפס"י מאיסורי' הי"ב) דאם אותו פלוני ממזר אינה נאמנת להיות הבן ממזר ודאי על פיה כמו שביארנו אלא יהיה ספק ממזר עכ"ל. וצ"ב מ"ש מלהכשירו דנאמנת. ותירץ המ"מ דלהכשיר דבר תורה אין אנו צריכין לה דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר וספק ממזר מן התורה מותר, ורק מדרבנן הוא דאסור וע"ז האמינו. אבל לפסול ולומר שהוא ממזר ודאי ומותר בממזרת דזה הוי איסור דאורייתא בלי עדותה - אינה נאמנת דרק לאב נתנה תורה נאמנות לפסול את בנו ולא לאם.

ובב"ש (סי' ד' סק"לט) הקשה על המ"מ: א) הא ברוב פסולין ג"כ נאמנת והתם ל"ש הילכתא דספק ממזר להקל. ב) למה אינה נאמנת לפסול, הרי כשם שממזר ספק מותר מה"ת בישראלית כמו"כ מותר הוא בממזרת וכדדרשינן בקהל ודאי הוא דלא יבא הא בקהל ספק יבא. ג) והבית מאיר הקשה דתינח להכשיר ולדה דהנידון לכהונה, אבל להכשיר עצמה דהוא נידון לכהונה [וע"ז ל"ש דינא דספק ממזר מותר] אמאי נאמנת.

רכט) ולתירץ קושיא א', כתב הב"ש דאפי' איכא רוב פסולין אכתי ספק הוא, דדילמא אזלא איהי לגביה והו"ל קבוע דכמחצה על מחצה דמי. והקשה עליו הש"ש (ב' טו) דא"כ מאי משני בסוגיתנו דהראיה משבויה היא לגבי רוב פסולין, והרי גם רוב פסולין הוי רק כמחצה על מחצה משום ספק קבוע. [והחזו"א (נשים סי' א' סק"ג) הוסיף בזה מדברי הרשב"א והריטב"א קידושין ע"ג א' דבספק קבוע אסור משום דהוי רוב צדדים או ס"ס לאיסור - פירוש דאם אזל איהו הו"ל רוב, ואם אזלא איהי אכתי הוי ספק - ודלא כב"ש דנקט דבכה"ג ליכא כלל רוב, וע"ע בשערי ישר ש"א פ"א בענין זה].

ולכן ביאר הש"ש דמאחר והתירה תורה ספק ממזר גם רוב הוי ספק ונכלל בהיתר זה, דרובא דאיתיה קמן אינו רוב של סברא, ומצד הסברא הו"ל ספק גם בדאיכא רוב ולכן התירה תורה. [ולפ"ז נוקט הש"ש דברובא דליתיה קמן דהוא רוב מסברא הולד ממזר, אמנם הביא דברי הפני" דגם בליתיה קמן יש לו דין ספק ממזר]. והביא דכן הוא בשטמ"ק ב"מ ו' ב' לגבי עשירי ודאי ולא עשירי ספק. והחזו"א דחה דבעשירי ספק בעינן ידיעת אדם לחלות הקודשה וכל שאדם מסתפק לא הוי ודאי, [אלא דקשה ע"ז מהא דדף ט"ו דבספק טומאה ברה"ר במקום רוב טמא, ולמה לא נימא גם בזה דמצד הסברא הו"ל ספק והתורה התירה, ועיין מה שכתב בזה הגרע"א (מהדו"ת סי' קח) באריכות].

אמנם הש"ש הביא דברשב"א בקידושין ע"ג [הוא הרשב"א המובא לעיל] מבואר שבמקום רוב ספק ממזר אסור מה"ת, אך בדעת המ"מ י"ל כנ"ל.

רל) ובדבר קושיא ב' תירץ הבית מאיר [והביאו הש"ש בפ"ז] דהמ"מ יסבור כשיטת הריטב"א פ' עשרה יוחסין דרבא פסק להלכה רק את הדרשא דממזר ודאי, ולא את הדרשא דבקהל ודאי הוא דלא יבא בא בקהל ספק יבא, ולכן אינה נאמנת לפסול. אלא דהקשה הש"ש דלדעת הרמב"ם דכל ספק דאורייתא מותר מה"ת א"כ למה לא תהיה נאמנת גם ע"ז כיון דג"ז רק איסור דרבנן, ותירץ דברוב פסולין כיון דאפי' להצד דאזלא איהי לגביהו והו"ל קבוע - מ"מ הוי כמחצה על מחצה, מקרי איקבע איסורא, ואסור מן התורה.

רלא) ובדבר קושיא ג' (איך נאמנת על עצמה דהוא נידון לכהונה) תירץ הש"ש (פ"ז) דעל עצמה נאמנת מדין "בריי", ולכן נאמנת אפי' על איסור דאורייתא, אבל על הולד לא מהני ברי כיון דהיא אינה בעל דבר על הולד ולכן הוצרך המ"מ לומר דמה שנאמנת על הולד הוא מטעם דספק ממזר מותר מן התורה. ולפ"ז מחדש הש"ש (בפרק י"ח) דאינה נאמנת להכשיר את הולד לכהונה, דבשלמא על עצמה נאמנת גם לכהונה מדין ברי, אבל על הולד שכל נאמנותה רק מצד ספק ממזר מותר א"כ א"א להכשירו לכהונה. והחזו"א (סי' א' סק"ד) הקשה דא"כ בהמשך הסוגיא כשהקשתה הגמ' על הבריינא "אבל עדות אשה בבית דברי הכל הולד שתוקי" למה לא מפרשת הגמ' דהיא שתוקית מלהינשא לכהן. ולכן מצד החזו"א דמותרת היא לכהן, דכשם שספק ממזר מותר כך ספק חלל מותר [ע"ש המקור לזה]. אך ברש"י יבמות פ"ח ב' מבואר שספק חלל אסור.

רלב) והנה מדברי המ"מ מבואר שאינה נאמנת מדין ע"א על עצמה ועל הולד. והקשה המ"מ מ"ש מחיה שנאמנת לומר זה ממזר (כדאיתא בקידושין ע"ד). ותירץ דשאני הכא שהיא קרובה, ועוד שמשמיה עצמה רשע ולכן אינה נאמנת. והנה בדבר הטעם דאין משמיה עצמה רשע, ע"י בש"ש (פט"ו) שהקשה דאין נ"מ בין ביאת פסול לביאת כשר, דגם בביאת כשר לוקה משום פנויה לדעת הרמב"ם [ותירצו דמ"מ אם הוא פסול הו"ל איסור חמור יותר דיש בו שני איסורים ושייך בזה דין אין אדם משים עצמו רשע]. ובמש"כ דהו"ל קרובה, ע"י בחזו"א (סי' א' סק"ט) דאין הכוונה משום קרובה אלא משום נגיעה, דדילמא ניחא לה להכשירו. ועי' בר"ן פ' עשרה יוחסין. שמתרץ דהחילוק בין חיה להכא, משום דהתם בקידושין מיירי שידוע שיש שם ממזר וכשר ולכך האמינוה. משא"כ כאן שהאם באה לחדש שהולד ממזר לא האמינוה.

רלג) והנה מדברי המ"מ מוכח דאין לאם נאמנות מדין ע"א [וכל הנידון של המ"מ רק מדין נאמנות חיה, ומשמע מדבריו דנאמנות חיה הוא מה"ת. והטעם מבואר בחזו"א (סי' נט סק"כ) דכיון דהדבר ביד החיה ואינה מרוחת בזה כלום לא חיישינן למשקר, ואחר לא מהימן דחיישינן לטועה אבל חיה קים לה טפי בגוה, א"י משום דמסור בידה. ועוד טעם דגם דבר שבערוה נאמן במסור הדבר בידו].

וצ"ב מ"ט באמת ליכא נאמנות ע"א דהרי ממזר הוא ענין של איסורים. וביאר הגרע"א (סי' קכ"ד) דהו"ל דבר שבערוה לומר שהוא ממזר.

ועי' בש"ש (ו' טו) שהביא דעת התוס' ר"ד שלהעיד על אשה שהיא גרושה או זונה הוי דבר שבערוה ואין ע"א נאמן, ודעת הרמב"ם (פט"ז מסנהדרין) דע"א נאמן. ובגמ' קידושין ס"ו מבואר דלומר זה בן גרושה ובן חלוצה בעינן שנים, והתוס' ר"ד הוכיח מזה כשיטתו דזה הוי דבר שבערוה, ולדעת הרמב"ם תירץ הש"ש דשאני בן גרושה דהו"ל פסול בגופו [ולא כמו גרושה וזונה שהוא פסול מצד מקרה שאירע לה] ובזה בעינן שנים דילפינן מיכיר דרק אב נאמן ע"ז ולא אחרים. [ובקה"י סי' יד ביאר דפסול משפחה דינו כדבר שבערוה. ובחי' הגרש"ש סי' יד מבאר דפסול בגופו דומה לעדות ממון שמפסיד לו מעלה שיש בגופו, ע"ש שביאר בשני דרכים. וע"ש עוד שר"ל דלא נחלקו הרמב"ם והתוס' ר"ד אלא דתלוי אם היתה מוחזקת לנו קודם בכשרות או דבתחילת ביאתה לכאן כבר העידו עליה שכך דינה]. ולפי סברות אלו לכאוי יש מקום לומר דעל עצמה נאמנת היא מדין ע"א, ורק על הולד הוי דבר שבערוה או פסול הגוף, ולכן הוצרך המ"מ לטעם דמה"ת ספק ממזר מותר.

רלד) והנה הגרע"א (בשו"ת כתי"י סי' פה) מדייק מהמ"מ (פ"י"ח הי"ג) דלכו"ע חזקת האם לא מהני לולד, ומה שהולד כשר הוא משום הברי של האם. והקשה ע"ז דמבואר ברמב"ם (פ"ט"ו הי"ז) שאם הארוס מכחישה ונישאת לכהן הולד כשר. ולדברי המ"מ איך נאמנת על הולד, הוי הברי דידה לא מהני דהוי ברי וברי, וחזקה ג"כ ליכא לדעת המ"מ הנ"ל. אכן כבר העירו ברמב"ם פרנקל, לפמשי"כ הגרע"א (מהדו"ת סי' קיא) דהא דחזקת האם לא מהני לולד הוא רק באופן שהולד נולד מאותה ביאה שבה נפסלה האם, דאז פסול הבן אינה תולדה מהאם אלא מכח האב. אבל כאן שהאם נישאת לכהן והפסול מכח האם שוב ודאי מהני חזקתה. וי"ל עוד ע"פ הנ"ל דכיון שלגבי עצמה היתה נאמנת מדין ברי או מדין ע"א וכדלעיל והולד תולדה הימנה, ממילא גם הוא כשר.

ויעוי' ברע"א שו"ת כתי"י סי' פ"ד שלמד בדעת המ"מ - אות רכח - דבאמת נאמנת האם גם לגבי כהונה משום חזקת האם דמהני לבת, ומה שהוצרך המ"מ לסברתו דספק ממזר מותר מה"ת, הוא רק לענין מש"כ הרמב"ם (בה"י"ט) דאשת איש שזינתה ונתעברה ואומרת שהולד מגוי, דנאמנת, ושם ל"ש חזקת האם, דהאם בין כך ובין כך נפסלת, ושם כתב המ"מ דהטעם משום דספק ממזר מותר מה"ת. וצ"ע דזה דלא כדדייק הגרע"א הנ"ל מהמ"מ (בפ"י"ח הי"ג) דלעולם חזקת האם לא מהני לולד.

רלה) החזו"א (סי' א' סק"ג) הסתפק אם לר"ג רק האשה עצמה נאמנת לומר לכשר נבעלתי, או שגם ע"א כשר לזה. [וכגון שהיא שותקת או אילמת ואינה מכחשת את העד]. וכתב החזו"א דנראה שרק היא נאמנת אבל עד אחד פסול, והטעם לחלק בינה לע"א - משום דלה יש נאמנות מצד "בריי", משא"כ לע"א. והא דבאמת אינה נאמנת מדין ע"א כתב החזו"א דהוא משום שהוי דבר שבערוה וכמשי"כ הגרע"א סי' קכד. [וצ"ע דבאות רלב הובא דעת הרמב"ם דע"א נאמן לומר על אשה שהיא זונה, וכל דברי החזו"א יתכנו רק לדעת התוס' ריד המובא שם].

עוד כתב החזו"א שמה שהאשה אינה נאמנת מדין ע"א הוא מפני שראו חכמים שהן חשודין על הדבר וכמו שמבואר בבכורות ל"ה א' דאין הכהנים נאמנים על הבכור לומר שהמום נפל בו מאיליו. [וכתב החזו"א דזה דין דאורייתא, דמסר הכתוב לחכמים דין ע"א באיסורים]. וצ"ב דלכא"ז זה טעם רק על מה שהאשה אינה נאמנת, אבל אכתי צ"ב למה ע"א אינו נאמן, וצ"ע.

רלו) ולגבי שבוייה מצינו שהדין היפך ממש"כ החזו"א בראוה מעוברת. דהאשה עצמה אינה נאמנת, וע"א נאמן. [ע"י במשנה להלן כ"ג ב']. והטעם בזה י"ל ע"פ החזו"א הנ"ל בטעמו השני, דהאשה חשודה לשקר וע"א אינו חשוד. אמנם הפני"י (בדף ט' א') ביאר דהטעם משום דגם באיסורים אין ע"א נאמן היכא שהוא בע"ד, ולכן אין האשה נאמנת על עצמה. ובקוב"ש (אות כא) הוסיף בזה דברים, דאין לומר שהטעם שאינה נאמנת על עצמה הוא משום דחשודה, שהרי מבואר בדף כ"ז ב' דבנה ובתה אינם נאמנים ומ"מ במסיח לפי תומם נאמנים, וא"כ למה היא אינה נאמנת במסיחה לפי תומה. ובע"כ דהיא בע"ד. והא דבאמת מקרי בע"ד - והרי בעלים נאמן על חפצא לומר זה מותר וזה אסור, הוא כמשי"כ בקובץ הערות סי' ס"ה דבכל האיסורים לא מקרי בע"ד דאין החפצא דאיסורא נוגע לו יותר מלשאר העולם -] וכן בנדה הוי כמאורע חצוני ולא כעדות על גופה. אבל לגבי נידון דידן שהוא פסול הגוף שחל באופן קבוע שוב הוי בע"ד ואין נאמנת מדין ע"א. [וצ"ע לדעת החזו"א מ"ש ע"א בשבוייה מע"א במדברת ומעוברת ואולי י"ל דבשבוייה עיקר החשש הוא דרבנן - דמנוולה נפשה באפי שבאי, ולכן ע"א נאמן, אבל כאן הוי ספק גמור וכל ההיתר בדין דאורייתא הוא מחמת הברי, ואין ע"א נאמן ע"ז. שו"ר ברע"א ח"ב סי' נד שדן אם ע"א נאמן להתיר לר' יהושע, וכתב דהגם דילפינן משבוייה מ"מ חזינן דחמור שאסור אפי' ברוב כשרים לר' יהושע, ומסיק דנאמן].

ובאחיזר (חלק אבה"ז סי' ה' אות יא) כתב דהא דשבוייה אינה נאמנת על עצמה הוא מחמת חומר שהחמירו ביוחסין ע"ש.

רלז) כתבו התוס' בחגיגה י"ד ב', דכל מה שלר' יהושע אינה נאמנת הוא דוקא בשאר איסורי כהונה, אבל אם הנידון הוא האם היא בעולה [ואסורה לכהן גדול] נאמנת דהא שם האיסור הוא גם עליה שנאמר בתולה מעמיו יקח אשה וקרינן ביה יקח. והקשה הטו"א דהא גם שאר פסולי כהונה אסורים לאשה, וכדדרשינן ביבמות פ"ד ב' לא יקחו מלמד שהאשה מוזהרת ע"י האיש. ובהגהות אמרי ברוך תירץ דשם האיסור של האשה הוא תולדה מאיסור האיש, ודומה ללפני עור, משא"כ בבעולה האיסור הוא על האשה מחמת עצמה. וביאר הקוב"ש (אות כז) דמה שלר"ג נאמנת הוא מדין ברי כיון דהוא עדות על עצמה, ור' יהושע פליג דכיון דעיקר האיסור על הכהן לא מקרי היא בע"ד לענין שתהא נאמנת בברי [ומ"מ הוי בע"ד לענין שאינה נאמנת מדין ע"א]. אבל בבעולה שעיקר האיסור עליה נאמנת מדין ברי גם לר' יהושע.

רלח) בגמ' השבתנו על המעוברת. כתב רש"י תשובה גמורה ונצחת. והקשה הריטב"א דהרי מבואר להלן דפסקינן הלכה כר"ג גם במעוברת, ואיך יתכן לפרש דר"ג הודה לר"י. ולכן מפרש כפי' תוס' דהכוונה לדידך דלית לך סברת בודקת ומזנה. וע"י בתוס' הרא"ש שמישב בשם ר"ת דאע"ג דנצח אותם בטענה מ"מ קבלתם אמת היתה ויחיד ורבים הלכה כרבים [וכן פי' ר"ת בהא דפסחים צ"ד דאע"ג דנצחו חכמי אוה"ע לחכמי ישראל בטענות, מ"מ האמת כחכמי ישראל].

ובתוס' פירשו דטעמיה דר"ג משום דאשה בודקת ומזנה. ויל"ע אם בעינן לטעם זה לנאמנות מדאורייתא. או דזו רק סברא לחלק בדין דרבנן שהחמירו בשבוייה, וע"ז קאמר דכאן האמינוה רבנן משום דבודקת ומזנה. והגרע"א הוכיח כצד השני, שהרי ר' יהושע מודה דמדאורייתא נאמנת [שהרי מדמי לה לשבוייה ששם רק מדרבנן אינה נאמנת] אע"ג דלית ליה סברת בודקת ומזנה, ובע"כ דכל סברת בודקת ומזנה הוא רק חילוק בחומרות דרבנן. [והא דבאמת נאמנת מדאורייתא נגד רוב, כבר נתבאר באות רכה ולהלן דעת הגרע"א בזה. וע"ע בחזו"א (סי' א' סק"ב) דהטעם משום ברי וחזקת כשרות דעדיפי מרובא. וזה לשיטתו דאין הנאמנות מדין ע"א אלא מדין ברי].

רלט) והנה הרשב"א (בקידושין ע"ג) כתב דהיכא דרוב פסולים כממזר ודאי משוינן ליה דרובא דאורייתא אא"כ בדקו את אמו ואמרה לכשר נבעלתי כר"ג. וכתב הש"ש (ב' י"ז) דמוכח מדבריו שאינו סובר את סברת בודקת ומזנה [דא"כ אי"ז רוב פסולין, דע"י הבודקת מזנה אין כאן רוב]. וא"כ צ"ב מה ישיב על קושית ר' יהושע. ותירץ הש"ש דבשבוייה הו"ל רוב של סברא שמסתמא הנכרי בעלה, ובה אינה נאמנת. אבל במדברת הוי רובא דאיתיה קמן שהוא רק רוב של גזה"כ ובה נאמנת. אכן הביא הש"ש שהרשב"א מתרץ באופן אחר [בחידושו להלן י"ד ב'] דהא דהאשה נאמנת משום דחיישא לקלקולא דזרעא, והא דבשבוייה אינה נאמנת מפני שכיון שלא נודע שנבעלה כסיפא לה מילתא לומר שנבעלה, ובכה"ג לא חיישא לקלקולא דזרעא משום כסופא. אבל היכא שידוע שנאנסה לא כסיפא לה לה מילתא ושוב נאמנת לומר לכשר נבעלתי דלא מקלקלא לזרעא. והקשה ע"ז הש"ש דביבמות צ"ד מבואר דאין נאמנות מסברת חיישא לקלקולא דזרעא.

ותירץ החזו"א (א' יב) דאין דברי הרשב"א טעם על עיקר הנאמנות אלא רק על מה שחילקו רבנן בין שבויה למדברת - עיי' אות רלח - ולגבי זה יתכן דסגי בסברא קלושה של חיישא לקלוקלא דזרעא.

רמ) ובעיקר סברת בודקת ומזנה, צ"ע דהרי יש חשש שנבעלה באונס, ובזה ל"ש בודקת ומזנה. וברא"ה כתב דסתם בעילה היא ברצון. והקשה הש"ש (ב' טז) דהא כתבו תוס' דרובא רצון הוא רק רוב דרבנן. ולכן מבאר הש"ש דהיי"נ דלהצד דהיה אונס יש רוב, אבל מ"מ כיון דהוי ספק שמא היה ברצון ואין רוב לכן נאמנת. [ואם ידוע שהיה באונס באמת ליכא סברת בודקת ומזנה כמש"כ תוס' י"ד ב' ד"ה כמאן].

עוד מצדד הש"ש שם שסברת בודקת ומזנה רק מריעה את הרוב והו"ל ספק, אבל אי"ז ודאי שבדקה ונישאת לכשר והא דנאמנת להכשיר הוא מטעם ברי.

רמא) אמרו לו רוב עובדי כוכבים פרוצים בעריות. וצ"ע שהרי ע"א נאמן בעדות שבויה אע"פ שרוב פרוצים בעריות, וא"כ מ"ט היא אינה נאמנת, ובע"כ מטעם שהיא בע"ד או חשודה אינה נאמנת [כמו שנתבאר באות רלן] ומ"ט הכא נאמנת. וביאר הקוב"ש (אות כג) דנאמנותה מטעם ברי, וע"ז השיבו חכמים דשבויה עשאוה כודאי נבעלה מחמת סברת רוב עכו"ם פרוצים בעריות, ובמקום ודאי אין ברי מועיל, דדין ברי הוא רק במקום ספק אבל במקום ודאי לא. [משא"כ ע"א מסלק את הספק ולכן מהני גם בשבויה]. אבל כאן אי"ז כודאי ולכן מהני ברי.

רמב) תוד"ה מסייע. הקשו דנימא סמוך מיעוטא לחזקה. והנה לשון התוס' משמע דהקושיא רק על מדברת ולא על מעוברת. וצ"ב. [וביאר המהרש"א דבמעוברת לגבי הולד אין חזקה. ומוכח מדבריו דגם למאן דמכשיר בבנה אין הטעם משום חזקת כשרות, והוא פלוגתת ראשונים ויתבאר בעז"ה להלן אות רמד, והחת"ס בהגהותיו גורס בדברא].

ובבית הלוי (ח"ב סי' ז' אות ט') הקשה עוד דהרי גם בשבויה הוי רק רוב דהרי לא ידענו אם נבעלה והוי רק רוב עכו"ם פרוצים בעריות ואיכא מעוטא דלא נבעלה המסייע לחזקת כשרות דידה וא"כ שפיר הקשתה הגמ'. [ואמנם עיי' בת"י על הגליון דמבואר דהוי כודאי דהרי היו כמה שבאים וביניהם ודאי יש כאלה פרוצים ומהם נבעלה. וע"ע במש"כ אות רמב בשם הקו"ש דעשאוה כודאי. והביה"ל הוכיח מתוס' (דף כ"ג) דמבואר דהיא מנוולה נפשה לגבי שבאי, אך י"ל דכ"ז לדינא דאורייתא אבל מדרבנן עשאוה כודאי ועיי' רש"ש. ועיי' אות רנב].

ותירץ הבית הלוי עפ"י הרשב"א במשמרת הבית דיש שני סוגי מעוט. א) מעוט המתנגד לרוב. ב) מעוט המגרע כח הרוב עצמו כגון ברוב נשים מתעברות ויולדות דיש מעוט בתוך הרוב מתעברות - שמפילות. ועפ"ז מחדש הבית הלוי בדעת תוס' דכל דין סמוך מעוטא לחזקה הוא רק ברוב המתנגד לחזקה, ולא ברוב המגרע כח החזקה. ולפ"ז בשבויה המיעוט מתנגד לרוב, וכן בראוה מעוברת שודאי נבעלה הרי המעוט כשרים מתנגד לרוב פסולים. אבל בראוה מדברת דהוי רק רוב שנבעלה ובתוך הרוב יש מיעוט כשרים הרי המיעוט מגרע כח הרוב ובזה שפיר הקשו תוס' דנימא סמוך דף יג ע"ב מעוטא לחזקה, ועיי' שהאריך בזה, ושלדעת הרשב"א דבשני סוגי הרוב אמרינן סמוך.

רמג) אמר רבי יוחנן לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה לדברי הפוסל בה פוסל בבתה. והנה טעמיה דר' אלעזר דלכו"ע בתה פסולה משום דלבתה אין חזקת כשרות. ויל"ע מ"ט דר' יוחנן, האם מכשיר מחמת שסובר שחזקת אם מהני לבת, או דמכשיר גם בלא חזקה. והנה הרא"ש בסי' י"ד כתב בפירושו דמאן דמכשיר בבתה מכשיר אע"פ שאין לבתה חזקת כשרות. וכן דייק הגרע"א מהמ"מ (פ"ח הי"ג מאיסורי"ב) ע"ש.

אולם בתוס' כ"ו ב' הוכיחו מסוגין דחזקת אם מהני לבת ואפי' מאן דפסל הוא מטעם דמעלה עשו בזנות. [וצ"ע מזה על מש"כ המהרש"א המובא באות רמב]. ובתוס' הרא"ש להלן ר"פ אלו נערות גבי בא על הכותית הקשה למה יש להם קנס הרי נתערבו בהם עבד ושפחה ואין הולכין בממון אחר הרוב. ותירץ דכל חדא וחדא מוקמינן לה בחזקת אבונה, דשפחה שנתערבה בהם לכותי נישאת ומוקמינן לה בחזקת אבונה, וכן עבד שנתערב בהם נשא כותית ומוקמינן לה אחזקת אמה, עכ"ד. ומבואר דאיכא גם חזקת אב וגם חזקת אם לולד. [וצ"ע דהרא"ש בתוספותיו סותר למש"כ הרא"ש בסי' יד הני"ל, ועיי' בחי' ר' שמואל סי' טז תירוצים ע"ז].

רמד) ולשיטת הרא"ש והמ"מ הא דנאמנת נגד רוב אפי' בלי חזקת כשרות, הנה לדעת המ"מ י"ל דהוא אזיל לשטתו - אות רכח - דהטעם שנאמנת הוא מפני שמדאורייתא ספק ממזר מותר. אולם בדעת הרא"ש א"א לומר כן שהרי הוא הוכיח מזה דהאשה נאמנת להכשיר עצמה לבעלה. ובע"כ הטעם הוא משום הברי, או מדין ע"א וכפי שנתבאר בדף ט' בדעת הרא"ש. [והרע"א כתב בשו"ת כתי"י סי' פ"ה, נדפס ברמב"ם פרנקל פט"ו הי"ט, דלא ידע מ"ט נאמנת].

רמה) ובשיטת תוס' דף כ"ו דהולד יש לו חזקת כשרות, צ"ב איזה חזקה יש לו הרי הוא נולד בפסול. וכתב בזה הש"ש (ד' ד') דכיון שהוכרע הספק של האם, ממילא גם הולד כשר, והוכיח מזה לגבי חתיכות שרובן כשרות ופירשה חצי חתיכה והותרה משום כל דפריש, דגם החצי הקבוע נותר ע"י ההכרעה של הרוב ע"ש.

ולהלן דף יד א' גבי אלמנת עיסה מבואר (בתוד"ה אלמנת), שאין מכשירין את בתה משום דאין לה חזקת כשרות. והקשו האחרונים דהא חזקת האם מהני לבת, ותירץ הגרע"א דהטעם דחזקת האם מהני הוא משום שגוררין הכרעת הבת אחר הכרעת האם, אבל כאן שהאב בפנינו ופשוט שהוא לא מוכרע ע"י חזקת אשתו, א"כ מאי חזית לגרור אחר האם, הא אפשר לגרור אחר האב, ולכן בתה אסורה. והבית יעקב כתב באופן אחר קצת, שיש ב' סוגי חזקה, אופן אחד שהספק נפשט ע"י החזקה, ואופן נוסף שאין הספק נפשט אלא דמ"מ אין פוסלין מספק. והשתא י"ל דבראוה מדברת שאין האב בפנינו והספק ממי נבעלה, חזקת כשרות של האם פושטת את הספק ואמרינן שמכשר נבעלה ולכך גם הולד כשר - דהספק נפשט.

אבל באלמנת עיסה שהאב בפנינו והספק מיהו האב, ספק זה א"א לפשוט ע"פ חזקה, ונמצא דהחזקה מהני רק להנהגה של האם, אבל הספק לא נפשט ולכך הבת אסורה. ומבואר מדברי כל האחרונים הני"ל דהא דמהני חזקת האם הוא גרירה של הבת אחר חזקת האם.

רמו) אולם מדברי התוס' הרא"ש בר"פ אלו נערות [המובא לעיל] מוכח דאין הטעם משום דהכרעת האם מהני לולד. שהרי שם שהכותית נבעלה לעבד אין שום פסול נוסף בכותית ע"י בעילתה עבד, וכל הנידון רק על הולד, [והיינו להשיטות דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד עכו"ם] ומ"מ מהני ליה חזקת אימיה. ועיי' גם בש"ש (ב' יט) שלמד כן מדברי הרא"ש, ועפ"ז כתב ליישב קושית הבית מאיר. דהנה הרמב"ם (פט"ו הי"ט מאיסורי"ב) כתב דאשת איש שנבעלה נאמנת לומר דנבעלה מכותי ועבד - ואין הולד ממזר. והקשה הבית מאיר שהרי לא שיד כאן חזקת כשרות שהרי אין כלל נידון על האם וכל הנידון רק על הולד [דהאם נפסלה אפי' אם נבעלה לעכו"ם], וא"כ איך נאמנת על הולד. [לשיטות דצריך חזקה]. ותירץ הש"ש דיש לולד חזקה שיהא כאמו וכדברי תוס' הרא"ש הני"ל. [וזה סותר למש"כ בשמעתא ד' המובא לעיל, טעם אחר בזה].

וביאור הך חזקה יל"פ בתרי גווי. ע"י ברא"ה י"ב ב' שכתב וז"ל דאע"ג דבתה לית לה חזקה דכשרות קסבר ר' יוחנן דכיון דמכשרת בה לא סגיאל דלא אכשר בבתה דעובר ירך אמו הוא וחד גופא הוא, עכ"ל, ומבואר דהטעם משום שלעובר יש ממש אותה חזקה דמעיקרא שהיה לאם דחלק מגופה הוא חשוב.

ובאופן אחר מבארים (ע"י ח"י ר' שמואל ס"י טו) דיש חזקת דורות שכל אדם בסתמא דורותיו הבאים אחריו יהיו כמוהו וא"כ יהיה איזה פוסל בדורותיו, וזו היא החזקה שדורותיו כמותו.

רמז) הנה הנדון בסוגיא הוא באופן שהולד נולד מאותה ביאה וסיבת פסול הולד מחמת הבועל. אמנם אם הכשרנו אותה והלכה ונישאת וילדה, לכאוי' לכו"ע הולד כשר שהרי הולד תולדה ממנה, וכן נקט החזו"א (ס"י א' סק"י"ב) בפשיטות.

אמנם יעוי' בתוס' להלן כ"ו ב', שהקשו ע"ד רש"י בקידושין גבי עובדא דינאי דתרי אמרי נשבית ותרי אמרו לא נשבית, דלא מכשירין ע"פ חזקת האם, דהא לא באו להעיד על האם אלא על ינאי ולו לא היתה חזקת כשרות. והקשו תוס' דבסוגין מבואר דחזקת האם מהני לבת. והקשה הגרע"א (מהדו"ת ס"י קיא) דשם שהאם נישאת אח"כ לכו"ע חזקת האם צריכה להועיל, [וכד' החזו"א הני"ל] ולמה תלו זאת תוס' בנידון חזקת האם מהני לבת.

ותירץ בח"י ר' שמואל (ס"י טז) דהנה ברש"י משמע שמחלק בין היכא שדנים על האם להיכא דאין דנים על האם, וא"כ צ"ע מה הקשו תוס' מחזקת האם מהני לבת, הרי שם מיירי שהאם לפנינו ויש נידון גם עליה. וביאר הגרש"ר דתוס' באו להקשות שמדין חזקת האם מהני לבת מוכח דיש לולד עצמו חזקת כשרות ולא רק שנגרר אחר האם, דאילו מצד נגרר אחר האם פשיטא לתוס' דל"ש שחזקת האם תפשוט על הולד שהרי אין הוא תולד הממנה, ובע"כ הטעם כמשנ"ת לעיל בדעת הרא"ש דיש חזקה לולד עצמו [או מצד חזקת דורות או מצד עובר ירך אמו] וא"כ חזקה זו מהני גם כשאין האם לפנינו כיון דהיא חזקה על הולד עצמו. [וע"ש מה שביאר בד' התוס' בב"ב דף ל"ב ע"ש].

רמח) שתוקי מדין כהונה. כתב רש"י דפסול בין לעבודה ובין לתרומה. והריטב"א כתב דפסול רק לעבודה ולא לתרומה.

והנה בסוגיתנו שאינה נאמנת לכו"ע לא מהני אף לתרומה דכיון שאין חזקת כשרות לומר שהולד כהן [כי אם לומר שהולד כשר] אין האם נאמנת. וכן מבואר ברשב"א ובריטב"א. אולם הרא"ה כתב דהאם נאמנת גם לומר שהוא כהן, אלא דהכא מיירי שאין היא יודעת מי אביו [אלא רק יודעת שהוא כהן כשר] ודמי ממש להא דפירש אחד מן הכהנים ובעל. ודבריו צ"ב דלענין יוחסין בעינן שני עדים כדאיתא להלן כ"ג ב'. והעיר בזה המגיה לריטב"א. [ואולי מיירי שידוע שהבועל כהן והיא רק אומרת מי הוא].

וגדר הפסול, הנה ביבמות מה. כתב הראב"ד בהשגותיו על הרי"ף דהא דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד פגום לכהונה הוא משום דאין מיוחס אחריו. וחזין דאיכא פסול דאורייתא לכהונה באינו מיוחס אחריו, ועפ"י ביאר בשי' הגר"י דגם כאן רבנן פסלו כעין אותו פסול. [ולכן סובר רש"י דפסול גם לתרומה כיון דהוי פסול בעיקר הכהונה].

דף יד ע"א

רמט) ועוד האמר רב יהודה הלכה כר"ג. כתב הרמב"ן דגם לפי הועוד בעינן שלא יכחיש, אלא דהועוד מוסיף שאפי' אם אינו לפנינו ג"כ כשר.

והר"י מיגש פירש ועוד, דאמר בודאי שבאתי עליה אבל איני יודע אם הפקירה עצמה לאחר כמו שהפקירה את עצמה לי. והרמב"ן הקשה עליו דא"כ מהו הטעם הראשון דקאמר בגמ' חדא דהא קמודה, אטו מיירי שידוע בודאי שלא הפקירה עצמה לאחר ולא זזה ידו מתחת ידה.

והנה הרמב"ן נקט בפשיטות גם לשי' הר"י מיגש דה"מודה" אינו ע"י שלא זזה ידו מתח"י, אולם יעוי' בשטמ"ק בשם שיטה דמיירי שלא זזה ידו מתח"י, וכ"כ בפירוש בריטב"א ביבמות ס"ט ב'. [והנה לשון הריטב"א שם, שלא זזה ידה מתח"י "אחר שבא עליה", אך בתלמודי ר"י בשם הר"ח מבואר דאומר שלא זזה ידו "משעה שקדשתיה", ובמגיה לריטב"א יבמות ציון 083 מבאר דפליגי אם חיישינן למדאפקרה על הזמן שקודם הביאה הידועה].

אולם לדעת הרמב"ן מבואר דגם להר"י מיגש לא מיירי באופן שלא זזה ידו מתח"י, וא"כ קשה קושיית הרמב"ן מ"ש דברישא מהני הודאתו. וביאר השי"ש (ב' כ') עפמ"ש"כ הבי"ש (ס"י ו' סקכ"ז) דדין "יכיר" הוא לא רק כשהאב יודע המציאות בעצמו, אלא גם באופן שמאמין וסומך על אחרים יש לזה דין יכיר. ועפ"י ביאר החדא דהא קמודה הוא דהאב מאמין לאשתו ומכשיר את הולד מדין יכיר. וה"ועוד" הוא על נאמנות האשה על עצמה, שע"ז אין האב נאמן וכל נאמנותה רק מדינא דר"ג.

רנ) והנה הר"י מיגש מיישב בזה את קושיית תוס' והראשונים, דבלי"ק דיבמות ס"ט מבואר דבארוס שבא על ארוסתו לאביי חיישינן דמדאפקרה נפשה לגבי ארוס אפקרה נפשה נמי לעלמא, וא"כ מאי מהני הכא החדא דהא קמודה. וע"ז חילק הר"י מיגש דשם מיירי שבא עליה פעם אחת, וכאן אמר שלא זזה ידה מתח"י.

והתוס' תירצו דכאן מיירי שאומר שבא עליה פעמים רבות והיה רגיל אצלה תמיד. וצ"ע דזה מתרץ למה הולד כשר - דתלינן שנולד מרוב בעילות. אבל אכתי קשה למה היא כשרה, הרי אפי' אם נבעלה רק פעם אחת מעלמא ג"כ נאסרת. ובח"י ר' שלמה כתב בזה דלא חיישינן סתם לאפקרה נפשה לעלמא, אלא רק כשיש עובר לפנינו אז דנים מאיזה ביאה הוא נולד וחיישינן לאפקרה. וממילא כאן שתולין שהעובר מהארוס שוב לא חיישינן שזינתה מאחר. [ואולם מגדולי האחרונים מוכח שלא נקטו כן. ע"י אות רמט בשם השי"ש דאפי' אם נאמן האב מדין יכיר שהוא בנו מ"מ האם נאסרת. וע"ע באות רס"ד].

והנה הרמב"ן מיישב קושיית תוס' דרך לגבי ולד חיישינן לאפקרה נפשה לעלמא, ולא לגבי דידה לאוסרה על בעלה, וא"כ י"ל דסוגין איירי כלפי האשה, והסוגיא ביבמות כלפי הולד, עכ"ד. ובשי' הגר"י דמיישב עפ"י הקושיא הני"ל, די"ל דגם תוס' סברי כרמב"ן, וכל קושיתם משום שנקטו שהסוגיא מיירי גם לגבי הולד וא"כ שפיר תירצו על הולד דרוב בעילות אחר הארוס.

רנא) עוד תירצו הראשונים דסוגין אזלא כלישנא בתרא דיבמות דבדלא דיימא מאחר ונבעלה לארוס לא חיישינן. וברשב"א הוסיף דגם ללי"ק י"ל דאביי דחויי בעלמא קמדחי דאין ראייה מהמשנה שם לרבא אבל גם הוא סובר למעשה דהולד מותר אם לא דיימא מעלמא.

רנב) חדא דקא מודה. וצ"ע מה מהני הודאתו, הרי לר' יהושע דהיא אינה נאמנת ה"ה שהבעל לא יהא נאמן. ואפי' אי נימא דע"א מהני לזה, [ע"י אות רלה שדעת החזו"א דע"א לא נאמן ודעת הגרע"א ח"ב ס"י נד דנאמן] מ"מ בעל אינו נאמן להתיר את אשתו, וכדתנן להלן כ"ז ב' גבי שבוייה אין אדם מעיד על עצמו, ומשום דאשתו כגופו.



וכבר עמד בזה הגרע"א (שם ובח"א סי' פה) ורצה לצדד דרך בנשואה אינו נאמן אבל בארוסה נאמן, אך כתב דזה דוחק. [ועי' בקוב"ש אות כט הביא הוכחות דבארוס לא אמרינן אשתו כגופו]. ולכן מבאר הגרע"א דהיתר הוא מצד דין "ברי", והיינו דכשם שחזינן בדף כ"ב ב' בתרי ותרי דבאומרת ברי מותרת להינשא, כמו"כ הכא לא גרע מתרי ותרי ואם גם הוא ברי מותר בה. אלא דהקשה הגרע"א דא"כ גם בשבויה נימא כן, ולמה אין הבעל יכול לקיימה באומר ברי שלא נטמאת [וכדתנן להלן כ"ז ב']. ותיירץ הגרע"א דהתם בשבויה הטעם שאסור הוא משום דאומר בדמיון [שסומך על אשתו ואומר ע"פ דבריה] משא"כ בארוס ובתרי ותרי ל"ח לבדדמי ומהני הברי דידיה.

ובחי' הגרש"ש סי' י"ד תירץ דבשבויה החמירו חכמים לעשותה כודאי נשבית (ועי' אות רמב) ולכן לא מהני ברי, משא"כ בארוסה ובתרי ותרי מהני ברי. [ועי' משה"ק הגרע"א על הסוגיא ביבמות דמייתי ראייה מהא דבת ישראל שזינתה אוכלת בתרומה דל"ח למדאפקרה, דדילמא הטעם בתרומה משום ברי, ועי' משה"כ בזה הגרש"ר בחי' סי' יד].

והנה כ"ז א"ש לגבי האשה, דע"ז מהני הברי. אבל אכתי צ"ב איך מהני הודאתו לגבי הולד. [ומתוס' משמע דסוגין איירי גבי הולד]. והנה ד"ז תלוי בפלוגתא הראשונים אם בדין יכיר נאמן לומר על מי שלא הוחזק כבנו שבנו הוא. [עי' בריטב"א סי' אלמנה ב' שיטות בזה אם האב נאמן כאן להכשיר את בנו מדין יכיר, והובא ברמ"א סי' ד', ועי' ברשב"ם ותוס' ב"ב קל"ד ב' שאין נאמן מדין יכיר על מי שאינו מוחזק כבנו, ודעת הרבה ראשונים (מובאים בב"י חו"מ סי' רעט) דהאב נאמן]. ולשיטות דאין האב נאמן קשה איך מהני הודאתו. ועי' בחי' הגרש"ש שכי' דמהני מדין ע"א. ומה שהאם אינה נאמנת מדין ע"א - משום דעדיין היא מעוברת וחשיב כעדות על גופה.

ובמק"א תירץ הגרע"א דמעיקר הדין האם נאמנת ע"י הברי וחזקת כשרות, ורק דרבנן החמירו שלא להאמינה. ובמקום שהארוס מודה לא החמירו.

רנ"ג תוד"ה חדא דקמודה, ולל"ק דיבמות דלא דיימא מעלמא. משמע דאם דיימא מעלמא לא מהני לר' יהושע. והקשה הגרע"א דהא הוי ס"ס, ספק שמא לא זינתה עם עלמא, ואפי' אם זינתה שמא הוא גוי והולד כשר, ור' יהושע מודה בס"ס כמבואר בהמשך הסוגיא, ע"ש מה שתיירץ.

והגרש"ש הקשה דהא לעיל העמידו תוס' סוגיתנו באומר שבא עליה ביאות הרבה, וא"כ ל"ח לבדדימא. ולפי משה"כ בשם ר' שלמה - באות רנ - דכל סברת תוס' שם רק על מדאפקרה, א"ש דכאן החשש הוא על ידי הדימא מעלמא וע"ז לא מהני סברת ר' שלמה.

רנ"ד תוד"ה חדא (ב') ולא דקאמר דלאו מיניה דבא לא מכשיר ר"ג כיון דהוי ברי וברי. וברא"ש סי' כט הוסיף דאם האב מכחיש נאמן מדין יכיר, דנאמן אדם לומר על המוחזק בבנו שהוא ממזר ואינו בנו, כ"ש על בן זה שלא ברור שהוא בנו. [והתוס' כנראה פליגי על טעם זה וכשי' הראשונים שיובאו להלן].

אולם בתוס' רי"ד כתב דאפי' אם הארוס מכחישה הרי היא נאמנת בין להכשיר עצמה ובין להכשיר בתה. [ועי' בשלטי הגבורים]. והנה הא דלא חש לטענת תוס' דברי וברי הוא, היינו משום דרך בממונות יש דין ברי וברי ולא באיסורים [כ"כ הגר"א סי' ד' סקס"ז]. והבית מאיר שם מיישב דהבעל אין לו דין בע"ד ע"ז ולא מתחשבים בברי שלו. ועל הטענה שכי' הרא"ש דהאב נאמן מדין יכיר, בזה הרי"ד לשטתו בקידושין (דף ע"ה ודף ע"ח) דבמקום שמכחישינן אותו אין דין ברי. ועוד י"ל דאזיל לשטתו דס"ל בספר המכריע סי' סד שאין נאמן לומר שאינו בנו, אלא רק לומר שהוא בנו ממזר מחייבי כריתות.

והרמב"ם פט"ו הי"ז כתב: ואם הכחישה הארוס ואמר מעולם לא באתי עליה הרי הולד ממזר שאפילו היה בנו ואמר בני זה ממזר נאמן. והאשה אינה בחזקת זונה אלא נאמנת לומר לארוס נבעלתי ואינה זונה ואם נישאת לכהן לא תצא וולדה ממנו כשר עכ"ל. הרי מבואר שבדין יכיר פסק כהרא"ש, אבל בדין ברי וברי סובר דהאשה נאמנת להכשיר עצמה. [וכטעם הגר"א והבית מאיר דלעיל].

ובגר"א (סי' ד' סקס"ז) כתב ד"ל דגם הרא"ש [והתוס'] שכתבו הטעם משום ברי וברי, כ"ז רק לגבי הולד, אבל האשה כשרה אע"פ דהוי ברי וברי, וטעם החלוק משום דלה יש חזקה אבל לבנה אין חזקה. [וזוה כשיטות באות רמג דלולד אין חזקה]. והדברים צ"ב, דכיון דמ"מ מהני הברי לולד אע"פ שאין לו חזקה, א"כ למה לא מהני ברי וברי, ואם ברי וברי הוי כמאן דליתיה א"כ גם היא תהיה אסורה.

וביאר בזה בחי' הגרש"ר (סי' טו) דהגר"א סובר דהנאמנות היא מדין ע"א [והובא לעיל שכן דעת הגרע"א, וכ"כ הבית יעקב בדף ט'], ולכן כשהעדות חד נגד חד בטלה העדות, אולם מ"מ אין בטול העדות כאילו לא העידו כלום, אלא חד כנגד חד כמאן דאיתיה דמי (עי' בענין זה בתרוה"כ סי' לא) וממילא בזה סמכין על החזקה, והיינו דהגם שכאן החמירו לא לסמוך על החזקה, כ"ז כשהספק מחמת המציאות, אבל אם הספק מחמת שלא יודעים מי מן העדים דובר אמת, בספק זה לא תקנו חז"ל לבטל את החזקה. [והביא שעיקר סברא זו כתבה הגרנ"ט לבאר בזה דברי הריטב"א בדף כג]. וע"ש משה"כ הגרש"ר עוד בדברי הגר"א.

רנה) כתב הרמב"ם פ"ג מיבום וחליצה ה"ד, דמי שזנה עם אשה ואמר שהולד ממנו נאמן לגבי ירושה ולא לגבי יבום, שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר. והקשה המ"מ מהמשנה ביבמות סט: (ופסקה הרמב"ם פ"ח הי"ד מתרומות) דהנאנסת והמפותה ע"י כהן אוכלת בשביל בנה אם לא דיימא מעלמא. ומ"ש יבום מתרומה.

ובבי"ש סי' ד' סק"מ הביא שהב"ח מחלק בין איסור דאורייתא לתרומה דרבנן ע"ש, ובנוב"ת (אהע"ז סי' כז) מתיר דעל תרומה נאמנת מדין ברי שזהו נידון דידה, משא"כ ליבום ולממזרות אינה נאמנת, דא"ז נידון שלה. וכע"ז כתב באבנ"מ (סי' ד' סק"ט), ודימה זאת לברי דר"ג, ועי' בחי' הגרש"ר שהקשה ע"ז דאם הוי נאמנות מדינא דר"ג א"כ גם בדימא מעלמא תהיה נאמנת שהרי גם ברוב פסולין נאמנת לר"ג. ובע"כ דל"ש בזה ברי דר"ג [כיון דיש חזקה נגדה] וכל מה דמהני ברי הוא כדן ברי דדף כ"ב בתרי ותרי, שהוא רק דין על ב"ד שאין בכחם לכפות אבל א"ז נאמנות כלפי אחרים. אולם ק' על תירוצו זה דבגמ' ביבמות מייתי ראייה מתרומה על הא דהולד ממזר, ועי' באבנ"מ משכ"ב. ועי' בחי' הגרש"ר סי' יד בזה.

רנו) בדין אלמנת עיסה. לפי קמא דרש"י הקשו הראשונים אמאי מקרי ספק ספיקא, הרי יש רק ספק אחד. ובשטמ"ק ביאר בשני אופנים. או דבכה"ג יש ב' חזקות, חזקת המגורשת וחזקת אלמנות העיסה. ובאופן אחר ביאר, דהראשונה נולד בה הספק ואיתרע חזקתה. משא"כ אלמנת בזה דהוי ספק מכח אחר בזה לא איתרע חזקתה.

רנז) כתבו תוס' דהא דמכשיר ר' יהושע באלמנת עיסה הוא משום חזקת כשרות, ובתה שאין לה חזקת כשרות באמת אסורה. ונתבאר באות רמה בתרי גווני.

והנה ש"י רע"א - המובא שם - דבעלמא חזקת אם מהני לבת משום גרירה, משא"כ כאן דדילמא גרור אחר האב. והקשה בקו"ש (ח"ב סי' ב') דלפמשי"כ השי"ש (ד' ד') דגדר חזקת אם מהני לבת הוא שהודאי פושט את הספק א"כ כאן האם ודאי והאב ספק. ודינא הוא שהולד יגרר אחר הודאי ולא אחר הספק, ולכן מבאר באופן אחר [וכיון דלברי הבית יעקב המובא לעיל שם].

והנה הרמב"ן כתב גבי תנוק המטפח בעיסה (קדושין פ' א') דאין לפרש כפרש"י שהתינוק נגע ודאי בעיסה, דא"כ ל"ש לדון בעיסה חזקת טהרה מאחר והיה בה ודאי נגיעה. וקשה דא"כ גם הכא למה יש לאלמנה חזקת כשרות הרי ודאי נבעלה. ותירץ הקוב"ש (שם) דשם הדין של התינוק הוכרע ע"פ רוב ושוב הוי כודאי ולא מתחשבים בחזקת העיסה. אבל כאן לא נפשט הספק של האמא [מאחר והאב המספק לפנינו]. ועי' בקה"י משכ"ב. רנח) תוד"ה תנו רבנן, בביאור ש"י ר"ת עי' בשטמ"ק ובמהרש"א ובחזו"א (סי' א' סק"ב).

דף יד ע"ב

רנט) ממזר צווח וחלל שותק. עי' ברש"י ותוס'. והרמב"ן פ"י דכשאומרים לו שהוא ממזר הוא צווח וכשאומרים לו שהוא חלל שותק, וזו ראייה ששתיקתו כשאומרים חלל כהודאה, דא"כ היה לו לצרוח בחללות כמו בממזרות. וכתב הרמב"ן דלשיטות הראשונים האחרות מיירי דוקא שנתערב במשפחה פסול, ואז השתיקה כהודאה, אבל בלא נתערב לא. אכן לפי ההסבר הנ"ל ששותק על ממזרות וצווח על חללות - כתב הרמב"ן דהוי כהודאה גמורה ובכל גווני הוי הודאה.

רס) במשנה אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה ה"ז תינשא לכהונה. והקשה הגרע"א דאם היה רוב של אחד, כגון שהיו בעיר מאה ואחד כשרים ומאה פסולים, א"כ אותו אחד מאנשי העיר הרוצה להינשא לזו שנאנסה איך מותר בה, הרי הוא יודע שאינו בכלל הספק, ומעולם לא בא עליה, וכלפיו הרי אין רוב אלא הוי מחצה על מחצה, ואיך שרי. וכתב הגרע"א דצ"ל דיש רוב בעיר מבלעדי זה הנושאה, וצ"ע שלא העירו בזה הפוסקים עכ"ד. [והעתיקו בפ"ת סי' ו' סק"יח]. וכיו"ב דן הגרע"א (בדו"ח מכת"י בהגה' לשו"ע סי' רנט) במוצא אבידה בעיר שרובה עכו"ם, דאם טעם הפטור משום שתולה שנאבד מהעכו"ם, א"כ גם במצא בעיר שהיא מחצה על מחצה פטור מלהשיב, דכיון שהוא אינו בכלל מנין המאבדים, ממילא איכא רוב נכרים, [שהרי בלעדיו יש רוב נכרים].

והרש"ש כאן נחלק ע"ז, דגם בכה"ג אזלינן בתר רובא, והביא ראייה מהא דב"ב כ"ג ב' בניפול הנמצא בין ב' שובכות דאמרינן שאם באחד יש רוב יותר מחבירו יש לזה דין רובא [אלא דמ"מ אזלינן בתר קרוב דעדיף מרוב]. והשתא לדברי הגרע"א הרי הגוזלות שנשארו בשו"ב אינן בכלל הספק, ולמה מצרפין אותם לרוב, הרי דמי להא דהגרע"א. ולכן מסיק הרש"ש דבכל דפריש מהני אפי' אותן שאינן בכלל הספק. [והסברא בזה דבדין כל דפריש דנים על אפשרויות הפרישה, וכאן יש אפשרות שיפרוש מהגוזלים או שגם הבא לישא אותה הוא זה שבעלה, והגם דהוא יודע שהלא כך היה, מ"מ מתורת אפשרות שהיה יכול לבוא לא נפיק].

ועפ"י חידוש הרש"ש דאם בחנות אחת כשרה היה מ' חתיכות מרובעות ועשר משולשות, ובחנות הטרפה לא היה אלא כ' חתיכות וכולן משולשות, חתיכה משולשת, כשרה. [דאע"פ שידעינן שאין המרובעות בכלל הספק, מ"מ מכלל אפשרות בתחילה לא נפיק וכנ"ל].

רסא) והנה יל"ע להגרע"א אם מצא בעיר שרובה ישראל כאן שהיו ק"א ישראלים [בלעדי המוצא] וק' גוים, והוא שאל ב' יהודים ואמרו שאין האבידה שלהם, ונמצא השתא שהספק בין צ"ט יהודים וק' גוים, וא"כ לכא' יהיה פטור מלהכריז דמעטה הוי כרוב עכו"ם, והוא חידוש גדול. ולכא' צ"ל דשאני התם דהוי כבירור שלאחר מעשה, והיינו דבשעת הספק היתה אפשרות שנפל גם מאותם ב' שהתברר שלא נפל מהם, ולכן הם מצטרפים לרוב, משא"כ בנידון הגרע"א דהוא ידע על עצמו מאז ומקדם שאינו בכלל הספק ואינו נידון כלל בספק. וכמו"כ בחתיכות משולשות דבשעת הספק כבר מבורר שאין הספק על החתיכות המרובעות ובוזה פליג הגרע"א אבל הכא מודה.

ולפ"ז יש לדון גבי ראית הרש"ש מניפול, דשם מקרי ג"כ בירור שלאחר מעשה, דלו יצויר שהיה שם לכ"א מהגוזלות והיה מסתפק בתחילה איזה גוזל מסוים נפל, ע"ז הרי שפיר איכא רוב, ומה שנתברר אח"כ איזה גוזלות נשארו הוי כבירור דלאחר מעשה ומיושבת ק"י הרש"ש.

ובשי' הגר"ד כתב ליישב באופן אחר, דהנה בכל דפריש יש לדון מתרי טעמי, חדא דיש רוב על אפשרויות בפרישה, ב' דהרי בלא דין קבוע היה דין רוב גם בלי פרישה כלל, אלא דעל כל חתיכה לעצמה דנים שהיא מן הרוב (וכמש"כ כ"ז הגר"ח, הובא בקוב"ש אות לו). וא"כ י"ל דסברת הגרע"א שייכת רק בדין רוב השני שהספק הוא על כל אחד מהכשרים אם בעל וע"ז אין רוב כיון שהו' אלא בכלל הספק. משא"כ ברוב דפרישה שפיר איכא למיזל בתר רוב. ולפ"ז הכא דשייך לדון בשני האופנים, ועל האופן של הספק דילמא הפסול בעל אין רוב, לכן אסור מספק. [ואע"פ שעל הפרישה יש רוב, מ"מ הרי יש לדון גם מצד הספק שמא הפסול בעל וע"ז אין רוב]. משא"כ בניפול שכל הנידון רק על הפרישה, דהרי על שאר היונים אין ספק כלל שהם נשארו במקומם, ולכן אזלינן בתר רוב.

רסב) ולגבי רובא דליתא קמן מצינו נידון דומה. עי' ב"ב צ"ב א' גבי מוכר שור ונמצא נגחן דאזיל רב בתר רובא. ופריך ולחזי אי גברא דזבין לנכסתא לנכסתא אי לרדיא לרדיא. ומשני בגברא דזכין להכי ולהכי. ובחי' הרשב"א שם: כתב הראב"ד ז"ל קשיא בהאי שמעתא דמעיקרא אזיל בתר לוקח ושביק רובא דעלמא דקא מקשי ליה ולחזי האי גברא אי לרדיא זבין אי לשחיטה זבין וכו', והדר אזיל בתר רובא דעלמא ושביק ענינא דגברא, ומאחר דגברא זבין להאי ולהאי לא ניוחש לרובא דעלמא. והיא גופא קשיא לי כיון דגברא זבין להאי ולהאי כי רובא דעלמא לרדיא זבני מאי הוי והא איהו לאו מרובא הוי. ואיכא למימר דגברא דזבין להאי ולהאי ולא ידע זבני במאי הוי רב אזיל בתר רובא דעלמא דהאי נמי מההיא רובא הוי, ובהכי מיתרצן תרתין קושייתא, עכ"ל. והדברים צ"ב, ואמנם אי"ז שייך לענינו דנידון הרש"ש והגרע"א הוא בכל דפריש ושם י"ל דתלוי באפשרויות הפרישה, אבל כאן ברובא דליתא קמן שלא שייך לצרף רוב העולם וכסברת הרשב"א בקושייתו, [ותירו צ"ב, אך נראה שאין חוזר בו מעצם הסברא]. [וע"ע בחזו"ד סי' נ' ובחי' ר' ראובן ב"ב סי' כ'].

רסג) מבואר במשנה דגם הנאנסת נאסרת לכהונה, ועי' בסוגיא דיבמות נ"ו ב' ובבעה"מ ושאר ראשונים שם מאיזה דין הוא זה ואכמ"ל.

רסד) במשנה אם רוב העיר משיאין לכהונה וכו'. הקשה השי"ש (ד' כ"ב) דאפי' אם רוב העיר משיאין לכהונה מ"מ הרי יש לה גם קרובים בעיר שהולד מהם ממזר, ובצירופם יש רוב פסולים, ולמה סגי ברוב משיאין לכהונה. ותירץ דכיון דמה

שצריך במשנה רוב הוא מדברגן משום מעלת יוחסין, לא חשו לזה אלא כשיש פסול קבוע בעיר, אבל במה שיש פסול רק כלפיה לא תיקנו. [ואולם דבריו צ"ע, שהוא מיידי היכא דיש רק פסולי קורבה דבזה א"צ תרי רובי כיון דמעיקר הדין יש רוב כשרים וכל טעם התקנה משום דילמא אזלא איהי לגביה. אבל במשנה הלא מיידי שיש רוב מצומצם ואם נצרף הקרובים יש רוב גמור, וא"כ החשש הוא מעיקר הדין. ודוח"ל דבצירוף הרוב סיעה יש רוב נגד העיר, ובפרט דיש מ"ד דהמשנה לא מצריכה ב' רובי [ע"י ברש"י ט"ו ב']. ועמד בזה בשי' הגר"ד]. וע"י בשי"ש שהביא שבנמוק"י מפורש דלא כדבריו ורק בדעת הבי"י והרמ"א שהשמיטו דברי הנמוק"י י"ל כן. וע"י בהפלאה שכתב ע"פ הירושלמי דזונות רצות אחר הפסולים ולכן לא חיישינן לקרובים הכשרים. [וע"י אחיעזר ח"ג סי' כא].

דף טו ע"א

רסה) בקרונות של ציפורי היה מעשה. שיטת רש"י דהגמ' אזלא כר' יהושע, דאילו לר"ג א"צ תרי רובי וסגי בחד רובא וע"י בבעה"מ שקאי בשיטה זו, וכתב דלר"ג סגי בחדא - או ברוב כשרים בלי ברי או ברוב פסולים וברי [ויסוד סברתו משום דאית ליה העמד אשה על חזקתה וכלשון רש"י י"ד ב']. ורק לר' יהושע יש נ"מ מדין תרי רובי ששם תהיה מותרת. והרמב"ן במלחמות פירשו דהסוגיא כר"ג, דכל מה שהתיר ר"ג אפי' במקום רוב הוא רק בטוענת ברי, אבל כאן שאינה טוענת ברי בעינן תרי רובי.

ושיטת הרשב"א דסוגין כר' יהושע, ולרבן גמליאל באמת לא מהני תרתי רובי בלא ברי [כמו דלא מהני ס"ס בלאו ברי, וכמבואר לעיל י"ד א'], ומ"מ להלכה פוסק הרשב"א דתרי רובי מהני בלא ברי, דבזה הלכה כר"י, וכל מאי דפסקין כר"ג הוא רק בברי במקום דאין תרתי רובי.

ונמצא להלכה דבתרי רובי כו"ע מודו דמהני אפי' בלא ברי, ובחד רובא לשי' רש"י והבעה"מ מותר בלא ברי, ולשיטת הרמב"ן והרשב"א מותר רק בברי.

רסה) ולענין הא דאמרינן לעיל הלכה כר"ג ואת לא תעביד עובדא אלא ברוב כשרים, לזה סגי בחד רובא, והיינו דבחד רובא וטוענת ברי תינשא לכתחילה כ"כ הראשונים. אמנם בתוס' בשנויא בתרא כתבו דגם בברי בעינן לכתחילה תרי רובי. וכן מוכח ברמב"ם (פ"ח מאיסורי ביאה הי"ג-ט"ז) דאפי' בטוענת ברי בעינן תרי רובי להחמיר לכתחילה. ובבי"י סי' ו' הקשה מנ"ל הא, דהרי לענין החומרא דלא עבדינן כר"ג י"ל דסגי בחד רובא. ותיירץ דמשמע ליה דסוגין מיידי בטוענת ברי ואפי' מצריכין תרי רובי. [וזה כתירוף שני של תוס' דידן].

והבי"י שם הוסיף להקשות דאין יתכן דריב"י יסבור כר"ג ויצריך תרי רובי, והרי ר"ג מתיר אפי' ברוב פסולים, ותיירץ דר"ג עצמו מתיר רק בדיעבד, אבל לכתחילה ס"ל דצריך תרי רובי. וחזינן מדברי הבי"י חידוש, דהטעם דלכתחילה צריך רוב אי"ז הכרעה לחוש לר' יהושע ברוב פסולים, אלא ר"ג עצמו אוסר לכתחילה. אמנם בתוס' בתירוצא בתרא משמע דלעולם ריב"י כר' יהושע, ולר"ג באמת א"צ תרי רובי, אלא דלהלכה פסק רב להחמיר לכתחילה כר' יהושע להצריך תרי רובי.

והנה הבי"ש (סי' ו' סק"ג) כתב דבאלמנת עיסה י"ל דלא מהני הברי דידה [למאי דלא קי"ל כר"ג לכתחילה]. והקשה הגרע"א בגליון שו"ע, דמה שמחמירים דלא מהני ברי הוא רק במה שר' יהושע אוסר, אבל באלמנת עיסה דלר' יהושע שרי אפי' בלא ברי, ולר"ג מהני ברי, א"כ כשטוענת ברי מהני לכו"ע, ואין טעם להחמיר בזה. אכן לפמשנ"ת בדברי הבי"י דלעיל, הטעם שמחמירים בברי אי"ז כדי לחוש לר' יהושע, אלא ר"ג עצמו ס"ל הכי דלכתחילה אין לסמוך על ברי בלי תרי רובי, ומישוב ד' ב"ש.

רסו) באות רסד הובא דעת הבעה"מ ורש"י דלר"ג בחד רובא שרי אפי' בלי ברי. והמלחמות והרשב"א הקשו כמה קושיות (ע"ז : א) דאם סוגין כר' יהושע, א"כ הרי כבר מבואר לעיל דלא אזיל בתר רוב כשרים, ולמה מקשה הגמ' מתשע חנויות רק כאן, הא לעיל הו"ל לאקשו"י - אבל אי כר"ג ניחא, דלדידה לא ידעה הגמ' דיש מעלה ביוחסין, ולכן מקשה דאי שרי בתרי רובי יהיה מותר גם ברוב אחד. [וליישב שיטת בעה"מ כתב השי"ש (ד' כא) דאי משום הסוגיא לעיל י"ל דטעמיה דר' יהושע דלא אזיל בתר רובא היא משום סברת הירושלמי דהזנות רצה אחרי הפסולים, אבל אחרי שמתיר ר' יהושע בתרי רובי מוכח דלא ס"ל סברא זו - דהרי לסברא זו גם תרי רובי לא מהני - ושפיר הקשתה הגמ' מט' חנויות.

עוד תירץ השי"ש, דאי משום מתניתין דלעיל דאסר ר' יהושע ברוב פסולין, י"ל דטעמו משום דאפי' אי אזיל איהו לגבה אית לן למיחש דאפקרה נפשה גם לאחרים ויתכן דלאחרים היא אזלא לגביהו, ולכן אסר ר' יהושע. אבל במשנתנו דמיידי בנאנסה לא אפקרה נפשה וא"צ לחשוש לזנות אחרת, ומדאסר ר' יהושע ש"מ דלא סמך על הרוב, ושפיר הקשתה הגמ' מט' חנויות.

ויל"ע טובא בתירוצו, דהנה במשנה בדף י"ג מבואר דלר' יהושע אם תביא ראייה לדבריה שעובר זה מאיש פלוני הרי היא כשרה, ולמה לא חיישינן דאפקרה נפשה, וכבר הקשה כן הגרע"א (בתוס' למשניות) ותיירץ דלגבי חששא דמדאפקרה מודה ר' יהושע לר"ג דמהני ברי וחזקת כשרות, וא"כ לפ"ז לכא"ו אין מקום לדברי השי"ש דטעמו דר' יהושע משום החשש דאפקרה נפשה, שהרי בדברי ר' יהושע מוכח שאי"ז חשש ומהני שתביא ראייה להא דנבעלה לכשר אע"פ שנשאר הספק דאפקרה. [ובחי' ר' שלמה תירץ על קושית הגרע"א ע"פ היסוד המבואר (אות רג) דכל החשש דאפקרה הוא רק כשיש ספק על הולד, ואם מביאה ראייה לדבריה שהולד הימנו שוב אין חשש דאפקרה. [ומדברי הגרע"א והשי"ש הנ"ל מבואר דלא סברי כר' שלמה]. ועכ"פ דברי השי"ש צ"ע מהמשנה הנ"ל בין להגרע"א ובין לתירוצו של ר' שלמה].

ב) עוד הקשה הרמב"ן מהא דאלמנת עיסה, דגם שם יש רוב - דרוב משפחת העיסה הם כשרים, ואפי"ה אוסר ר"ג ולא אזיל בתר רובא, אע"ג דפירש אחד מהם. ותיירץ השי"ש (שם) דהנה מדברי הרמב"ן מוכח שכל קושיתו רק באופן שפירש אחד מן העיסה, אבל אם נישאת לו במקומו הו"ל קבוע. ואע"ג דלא ניכר האיסור במקומו מ"מ קבוע דרבנן מיהא הוי, וכיון שכן גזרינן דילמא אתי ליטול מן הקבוע, ואפי' פירש לא מהני, וכדאיתא בר"פ כל הזבחים. [ול"ד לתשע חנויות דלי"ש למגזר שמא יטול מן הקבוע כיון דבמקומו האיסור מבורר].

ג) עוד הקשה הרמב"ן דבגמ' בקידושין אמרינן דהמשנה בדף י"ג איירי ברוב כשרים, וא"כ לדעת בעה"מ האשה מותרת אפי' בלי שתאמר ברי, ולמה תנן במשנה "נאמנת" הרי מתירין אותה ע"פ הרוב בלי נאמנות. ותיירץ השי"ש (ד' כב) עפ"ד הריטב"א בדף י"ג דכי לא טענה הוי כמודה שהיה איסור ולכן בעינן לטענתה שתאמר אם יודעת או אינה יודעת.

רסז) תוד"ה כמאן, מבואר מדבריהם דרב סובר כר"ג, וצ"ע דהרי בקידושין ע"ה א' וביבמות ס"ט ב' מבואר דלשמואל הולד שתוקי שבודקין את אמו ונאמנת לומר שנבעלה לארוס, ורב פליג ע"ז וס"ל דאינה נאמנת, וא"כ מוכח שסובר כר'

יהושע. ותיירץ הגרע"א דטעמיה דרב לאו משום דס"ל כר' יהושע, אלא משום שסובר דמאן דמכשיר בה פוסל בבתה. ועיי' פלפול בזה בדברי התוס'.

רסח) הולכין אחר רוב העיר והוא דאיכא רוב סיעה בהדה. כתב הרמב"ם (פ"ח ה"ט"ו מאיסור"ב) דדוקא בשנבעלה בפרשת דרכים שאין כאן קבוע, אבל ראוה שנבעל הבעיר או שנתעברה בעיר לא תינשא לכתחילה דכל קבוע כמחצה על מחצה ואם ניסת לא תצא הואיל ואומרת לכשר נבעלת.

והטור (סוף סימן ו') כתב דאם אזל הבעל לגבה תינשא לכתחילה אפי' אם נבעלה בעיר, וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך למי תנשא לכתחילה. ועיי' בב"י שהבין דלדעת הטור סגי בחד רובא אם ידענו שהלך הבעל [ועיי' בריטב"א שהביא שיטה כזו] אמנם בש"ש (פכ"ג) הקשה ע"ז דא"כ מאי פריך מתשע חנויות, דשם ידוע שפירש. [ועיי' באות רע"א תירוץ ע"ז]. ולכן מפרש הש"ש כמש"כ התו"ט דגם הטור לא הכשיר אפי' יש תרי רובי, אלא דס"ל דגם אם נבעלה בעיר מצטרפין העוברים ושבים שבעיר לתרי רובי, וכמו שחזינן בנמצא בין החנויות דאם דלתות מדינה פתוחות מקרי תרי רובי אע"פ שהוא בעיר. [אמנם כתב הש"ש דמסברא נראה כהרמב"ם, דהרי כל מה דבעינן תרי רובי הוא כדי שלא יהיה חשש קבוע, ובשלמא אם מצריכין בדין תרי רובי שתיבעל מחוץ לעיר, א"כ ליכא למיחש בזה לקבוע. אבל אם נבעלת בעיר אכתי נישחש דילמא אזלא איהי לגביהו, ואז הוי כקבוע. ותיירץ דמ"מ בכה"ג לא גזרו].

רסח) והנה מדברי הטור מבואר דפליג על הרמב"ם גם באופן דהוי ספק אם אזלא איהי או אזל איהו לגבה, דלדעת הטור מותרת, וביאר הב"י דכיון דהא דבעינן תרי רובי הוא משום מעלה, לא גזרו במקום ספק. והקשה הש"ש (שם) דהא אם יש צד דהוי קבוע אסור מדאורייתא ולא רק משום מעלה. ולכן ביאר הש"ש בשני דרכים, אופן אחד עפ"י הרשב"א והריטב"א בקידושין ע"ה דס"ל דבספק רוב מקרי ס"ס [שמא יש רוב ואפי' הוי קבוע שמא הוא כשר] ולכן מעיקר הדין יש כאן רוב. ובאופן אחר פירש דבסתמא כשיש ספק מי אזל למי תלינן דאיהו אזל לגבה דין הוא הרגילות.

ובדעת הרמב"ם שמצריך שיהיה ודאי, י"ל דהוא מדין המעלה של תרי רובי, אך אולי י"ל דמעיקר הדין סובר כן ודלא כרשב"א הנ"ל, וצ"ב. [ועיי' בש"ש שכתב שהפוסקים לא פסקו כהרשב"א, ועיי' אות רע"א].

רע) בגמ' ל"צ דאזלה איהי לגביהו. ורש"י גרס איכא אזלא איהי לגביהו. והביא רש"י גירסא "מאי איכא אזלא איהי לגביהו", ועיי' בשטמ"ק מה שביאר בזה. [ועיי' בהגהות הגרש"ז על הש"ש (ד' יט') בביתא דברי הש"מ]. ובש"ש (שם) ביאר לפי הגירסא "מאי איכא", ע"פ דברי הרשב"א שכתב דבדין כל דפריש, אם אחד לקח מהחנות ונתן לאחר יש לזה דין קבוע, דאזלינן בתר הראשון שכלפיו הוי קבוע וזה אסור לכל העולם [אפי' איכא דאזל דאזל הוי ספק חדש למוצא ומקרי כל דפריש]. ולפי' כתב הש"ש דכשדנים על הולד תמיד דינו כפריש, דהוא מצד עצמו פריש, אפי' אמו אומרת דהיה קבוע [או ששוקת] דאזל הוי דינו כלוקח ונותן לאחר שדין הולד כדין האם מחמת שהיא הביאתו ודנים הספק כמותה. ולפי' בטוענת ברי שלכשר נבעלה או דאזל איהו לוותה א"כ א"א לדון הולד כמותה מדין לוקח כיון דהיא טוענת שאין כאן קבוע. [ואע"פ שאינה נאמנת מ"מ הולד הוא נידון לעצמו והוא הרי פריש]. וזהו שהקשתה הגמ' - מאי איכא אזלא איהי לוותה והו"ל קבוע, והיינו דמזה מוכח דאסור הולד אינו מחמת אמו - שהיא הרי טוענת לכשר נבעלת - אלא שלולד עצמו יש דין קבוע, א"כ קשה דגם בטי' חנויות נדון זאת כקבוע כיון דיצא ממקום הקביעות ועיי'. [ומשני דבאמת מעיקר הדין יש לולד דין כל דפריש אלא שהחמירו להצריך תרי רובי].

רעא) תוד"ה דילמא. מבואר מתוס' דבבית מקרי קבוע, וביצא מן הבית חשוב כפריש. והנה הנוב"ק (אבהע"ז סי' ז) כתב דהולד מקרי תמיד פריש אפי' אם אזלא איהי לוותה כיון דהתינוק דומה לבשר שנמצא בין החנויות. [והא דמבואר דשתוקי אסור, היינו משום שאם האמא לפנינו דנים את הולד כדין האם - וזה דין דרבנן]. והקשה עליו הבית מאיר (סי' ו') דבתוס' דידן מבואר דתינוק שנמצא בבית יש לו דין קבוע. והש"ש (ד' יז) הקשה על הב"מ דא"כ הדין תלוי אם הוא נמצא בבית או יצא מן הבית, ולפי' שתוקי שיצא מביתו יהיה מותר, ולא מצינו חילוק בין שתוקי שבבית לשתוקי שיצא. ולכן מפרש הש"ש דשאני הנידון דתינוק שנמצא, ששם ידוע שיש בעיר כך וכך תנוקות כשרים ומיעוט תנוקות פסולים, ומספק"ל איזה תינוק הוא וע"ז אמרינן דאם נמצא בבית הרי הוא כקבוע וכמו בחנויות. אבל אם מספקא לן על התינוק הזה בעצמותו מה הוא בזה אפי' אם הוא בבית מקרי פריש שהרי הספק מאיזה בועל הוא בא.

דף טו ע"א

והגרש"ש (בשער"י ש"ד פ"ד) הקשה דמדברי הש"ש יוצא שאם אין בעיר תינוקות פסולים, אלא הספק רק על התינוק הזה אם הוא כשר או פסול יהי הלו דין כל דפריש, וא"כ אם התינוק פריש מן העיר יהיה מותר דהרי הוי כמו כל דפריש וא"כ מה שהקשה הש"ש על הבית מאיר [דא"כ אם יצא מן הבית יהיה מותר] יקשה זאת גם על עצמו.

ולכן מבאר הגרש"ש דבתינוק שנמצא אם נמצא בבית הגדרת הספק הוא "מי גר בבית", וכיון שהספק על המקום מקרי קבוע, ואפי' אם יצא מן העיר אכתי הספק הוא על הבית שנמצא בו, מיהו הגר בו. משא"כ בנבעלה שהנידון מי בא עליה ולא מי גר בבית פלוני מקרי כל דפריש.

ערב) ובעיקר דברי הנו"ב דכל תינוק מקרי כל דפריש אפי' אזלא איהי לוותה, עיי' בש"ש משה"ק ע"ד הנו"ב, והש"ש כתב דהדין תלוי דאם אמו לפנינו יש לזה דין לוקח [כמשנ"ת אות רסט] אבל אם אינה לפנינו הנידון על הולד בעצמו ואז היא מותרת.

והנה בעיקר הדין דאזלינן בתר הלוקח אע"פ שהיום הוא ביד אחר, עיי' בפמ"ג (סי' ק"י שפ"ד אות יח) דהנה בשו"ע שם מבואר דבנמצא ביד נכרי הוי כל דפריש, והש"ך כתב דה"ה בנמצא ביד קטן, ועיי' בפמ"ג שאם הנכרי אומר שהוא מטריפה אסור, ובישראל שאינו בפנינו מותר, וכל הני"מ בין נכרי לישראל הוא אם צריך לשאול ע"ש, והגרש"ש (בש"ד פ"ג) מבאר דרך אם הוא נאמן אז הספק שלו עובר לנו דמאמינים אנו לו שכך הוא הספק, ואם אינו נאמן לא מהני. [ונכרי נאמן כ"ז שהוא תח"י ולא אחר שיצא הימנו כמבואר ביו"ד סי' טז]. אמנם מסיק הגרש"ש שגם בנכרי שנאמן [כ"ז שהוא תח"י] כיון שאין לו נ"מ מדיני טריפה לא מקרי שחל ע"ז הנידון אם הוי קבוע או לא. ונמצא דבשביל לאסור ע"י הלוקח בעינן שני תנאים, א', שיהא נאמן. ב', שיהיה לו נ"מ מזה. ועיי' בשטמ"ק כאן בשם הרא"ה שהקשה על הראשונים שמתירים באשה כשאזל איה לגבה בלי תרי רובי, דא"כ מאי פריך מחנויות שידוע שפירש. [והיא קושית הש"ש באות רסז]. ותיירץ הרא"ה דגם כאן איכא למיחש שמא נפל מן הלוקחים והוי ספק. והרא"ה כתב ע"ז דזו סברא משובשת דאמאי באמת לא חיישינן לזה, הרי הוי ספיקא דאורייתא. [ולכא"ו לשיטת הרשב"א והריטב"א בקידושין עה (מובא באות רסח) הוי בכה"ג היתר משום ס"ס, וכנראה הרא"ה פליג ע"ז וכמש"כ הש"ש (ד' כג) דמדברי הפוסקים נראה דפליגי על הרשב"א והריטב"א. אמנם בדעת הראשונים שעליהם הקשה הרא"ה י"ל דס"ל כרשב"א וריטב"א]. ולכן מפרש הרא"ה דלא אסרו אלא בלוקח עצמו שבה לו הספק במקום הקביעות. ואפי' רואין שנפל מהלוקח - לידת הספק

היא כעת, דהלוקח הרי ידע מנין קנה, וכיון דהספק נולד במקום הפרישה ה"ז מותר. וכ"ת ניוחש שמא גם הלוקח לא ידע ונמצא דהספק שלו הוא משעת הקביעות - זו מילתא דלא שכיחא ולא חיישין לזה. [ויל"ע אם זה מתאים לסברת הגרש"ש הנ"ל שהספק שלו בא אלינו רק אם הוא נאמן].

רעג) בתוד"ה דילמא, כתבו דהנידון בנזיר בקבוע וכל דפריש הוא על האשה המתקדשת, שאם היא קבועה היא אוסרת את אחותה ואם אינה קבועה אחותה מותרת. וכן מבואר בתוס' הרא"ש בשטמ"ק. (ודלא כרש"ש). אמנם בתוס' בנזיר י"ב א' משמע שדנים על האשה שכעת היא נושאה, דאם היא קבועה ה"ז אסורה, ואם פירשה מותרת. וע"י בזה בשער"י (שי"ד פ"א) דתרוייהו איתנהו, ובעינן שיהיה רוב גם על המתקדשת וגם על אחותה ע"ש. [וע"ש שחקר האם דין קבוע הוא דא"י להכריע על הקבוע ע"פ רוב, או דהדין הוא שהקבוע יש חשיבות כאילו הוא שקול במספר כנגד הרוב. והוכיח מתוס' דידן כצד השני, שהרי כאן הנידון על זו שנישאת, ואם היא אינה קבוע מאי איכפת לן שאחותה המקודשת קבועה. ובע"כ דדנים ע"י הקבוע כאילו נישא לחצי הנשים בעולם, וכן הוא בלשון התוס' הרא"ש בשטמ"ק. וכן מוכח ברש"י בסנהדרין ע"ט שדן שאולי הקבוע עדיף מהרוב, וחזינן גדר הדין אינו רק שלא מכריעים ע"פ רוב את הקבוע, אלא דלקבוע יש חשיבות כאילו הוא גדול יותר במספר והיתה הו"א דשקול הוא יותר מהרוב, וע"ז כתב רש"י דאין הוא שקול יותר. אכן בקוב"ש (אות מ') הביא בשם הגר"ח כצד הראשון].

רעד) עוד חילוק יש בין תוס' דידן לתוס' בנזיר, שכאן משמע בתוס' שהדין קבוע תלוי אם אחותה עתה בבית או בחוץ, ואילו בתוס' בנזיר משמע שבנדון על זו שבא עתה לשאתה, גם כשמצאה בחוץ יש לה דין קבוע הואיל ועומדת לחזור למקומה. [ע"י בקוב"ש אות לו].

והנה לשיטת תוס' בנזיר דאדם מקרי לעולם קבוע, קשה טובא למה כאן אם אזל איהו לגבה מקרי כל דפריש הרי הוא הדר לניחותא. ותירץ הקוב"ש (אות לז) עפ"י הגר"ח דיש ב' דינים בכל דפריש, א' דמתירים ע"פ הרוב של הפרישה. ב' שכיון שאין הוא קבוע יש לו דין הלך אחר הרוב מצד גוף הנידון גם בלי הנידון של הפרישה. ונ"מ בין ב' הדינים דדין א' מתיר לעולם גם אם אח"כ יהיה קבוע, אבל דין ב' מתיר רק לשעתו. ולפ"ז כל דברי התוס' בנזיר דההדר לקביעותא משוי ליה כלא פירש זהו רק לגבי הדין של כל דפריש, אבל עדין הוא מותר מפני שעתה אינו קבוע מדין דין הב'. ולפ"ז א"ש הקושיא הנ"ל דבאשה שנבעלה סיבת האיסור הוא רק שעת הבעילה, וסגי לן בדין רוב השני הנ"ל, אבל בנזיר שהיא כל רגע אחות אשה, לא מהני הדין רוב של שעת הפרישה, דאח"כ תחזור ותיאסר.

[ובאופן אחר יש לישב דכל הדין דאדם הוי קבוע הוא רק באדם ידוע, שדנים אותו כ"אדם פלוני מבית פלוני" ותמיד יש לו דין קבוע, אבל כשדנים על אדם שאינו ידוע לא מהני סברת הדר לניחותא].

רעד) תשע חנויות מוכרות וכו'. בדין כל דפריש צ"ע שהרי אם נטל מן הקבוע יש לזה דין קבוע אפי' שעתה כבר פירש ומ"ש פירש מעצמו. והגרש"ש בשער"י (שי"ד פ"ב ופ"ג) הביא שיש שביארו דזה תלוי בשעת לידת הספק, דאם הספק נולד בקביעות יש לזה דין קבוע ואם נולד כשפירש יש לזה דין כל דפריש. אמנם הגרש"ש מבאר דיסוד החילוק הוא שבקבוע שרש הספק הוא מהי החנות שממנה נטל, והנידון על החנות הוא נידון על דבר קבוע, אבל כשפרש הנידון הוא על מעשה הפרישה, ועל המאורע של פרישה ל"ש דין קבוע.

ובקוב"ש (אות מ') הקשה דאיך מהני כל דפריש, הא נהי דהחתיכה שפירשה אין לה דין קבוע, מ"מ שאר החתיכות שנשארו יש להם דין קבוע וא"כ הפרישה היתה ממחצה על מחצה, והביא בשם חכ"א שתירץ דאין הקבוע עושה כאילו אין רוב, אלא דגזה"כ דדבר הקבוע לא אזלינן בתר רובא, אבל מ"מ גם בזה איכא רובא, וכתב הקוב"ש שהסכים לזה הגר"ח, וכ"ז דלא כדברי הגרש"ש שהובא באות רעג, ולכן לשיטתו פירש הגרש"ש כדלעיל שברוב על המאורעות של הפרישה ל"ש קבוע.

רעה) כל קבוע כמחצה על מחצה דמי בין לקולא בין לחומרא, מנ"ל הא. וצ"ב מה הצד לחלק ביניהם, דממ"נ אם הוי רוב תמיד יהיה רוב, ואם הוי כמע"מ לעולם יהיה כמע"מ, והנה השטמ"ק הביא מהרא"ה ושיטה ישנה שהקשו למסקנא דילף מוארב לו היכי ילפינן מהתם לקולא, הרי שם חומרא היא שלא להרוג את הנפש, ותיצרו דכל החילוק בין קולא וחומרא הוא רק אם קבוע הוא דין דרבנן, אבל אם הוי דין דאורייתא אין מקום לחלק בזה. - ומבואר דטעם החילוק בין לקולא ולחומרא - משום דסד"א דקבוע הוא דין דרבנן.

אולם בר"פ המובא בשטמ"ק כתב תירוצו אחר - על קו' הנ"ל - דכיון דהמקור לרוב בכל התורה הוא מקרא דאחרי רבים להטות שנאמר גבי דיני נפשות, ילפינן מנפשות גם דין קבוע. ולפ"ז שוב צ"ב מ"ש לחלק בדאורייתא בין קולא וחומרא. והנה לדעת הקוב"ש (אות רעד) דגם במקום קבוע יש לזה דין רוב אלא דגזה"כ לא ליזיל בתר רובא, י"ל דכ"ז נאמר להחמיר ולא להקל, אבל לדברי הגרש"ש דהוי כאילו יש מחצה צ"ב מ"ש חומרא ומ"ש קולא, וי"ל.

ובשער"י (ד' א') רצה לפרש סברא חדשה - בהסד"א דלא אמרינן קבוע לקולא, משום דאיסור וטומאה הם דברים חיוביים ושייך להחשיבם כרוב, אבל טהרה והיתר הם העדר איסור ול"ש להחשיבם כרוב [לשיטתו דקבוע הוא שהחשיבה התורה כאילו לקבוע יש מספר גדול יותר] וע"ז שפיר מייתי ראייה מוארב לו ששם גם הריגת הגוי היא העדר חיוב.

רעו) תשעה צפרדעים וכו' תשעה שרצים וכו'. מבואר דבספק טומאה ברה"י וברה"ר אזלינן בתר רוב, ואע"פ שטהרה תורה הספיקות ברה"ר וטמאתם ברה"י, מ"מ במקום רוב לא דברה תורה, [ורק בקבוע הוי כמע"מ], וכן מפורש בתוספתא בטהרות.

והקשה הגרע"א (מהדו"ת סי' קח) מ"ש מעשירי ודאי ולא עשירי ספק שכתב הרא"ש בש"מ ב"מ ו' שגם אם פירש מרוב חיוב לא הוי עשירי ודאי. ותירץ הגרע"א ג' תירוצים. א' דהכא ילפינן מסוטה ובעינן דומיא דסוטה שהוי ספק גמור. [ובאבי עזרי פ"ב משבת הקשה ע"ז דבתוספתא ובסוגין מוכח שגם ספק טומאה ברה"י טהור במקום רוב והרי דין רה"י ילפינן מקרא דטהור ודאי ולא טהור ספק. שו"ר דכן הקשה באחיעזר חיו"ד סי' ב' אות יג]. ב' דכאן הוחזק כבר השרץ קודם לכן לענין ללקות עליו ושוב דיינינן ליה כודאי [וזה כעין דברי ההפלאה המפורסמים בדף טו ע"ב דאם הוחזק הוי כודאי ואפשר להוציא ממון עפ"ז]. ג' דשם חל על המנוי תורת ספק קודם הפרישה, אבל כאן לפני הפרישה הכל היה ידוע ורק בשעת הפרישה נולד הספק ובה שלא חל עליו מעולם תורת ספק הוי הוא נידון כודאי גם לדעת תוס' הרא"ש.

רעז) הר"ש - פ"ה מ"ב דטהרות הביא תוספתא דאם פירש הוי ספק ובנמצא הלך אחר הרוב. וצ"ע דלמה אם פירש הוי כקבוע, ומ"ש פירש מנמצא. וביאר הר"ש ד"פירש" היינו שפירש ע"י אחר לפנינו, וזה הוי כנוטל ממקום הקביעות כיון דראינו את הפרישה. "ונמצא" - פירושו שלא חזינו את הפרישה, אלא רק אחר שנפל ראינוהו ובה יש לו דין פרישה.

והקשה הגרע"א דשיטת הר"ן פרק גיד הנשה דגם פירש בפנינו הוי כפירש מן התורה ורק רבן החמירו לדונו כקבוע, וא"כ למה בפירש לפנינו ספיקו טהור ברה"ר הרי מדאורייתא יש לזה רוב טומאה ולא דמי לסוטה. ע"ש מה שצידד בזה ונשאר בצ"ע.

ותירץ באבי עזרי (שם) דגם להר"ן דפירש בפנינו יש לזה דין רוב, מ"מ דינו שונה מנמצא. דבפירש בפנינו הוי ספק עם הנהגה לילך אחר הרוב, אבל בנמצא הדין הוא שהספק מסולק ואין מסתפקין כלל. ומעתה י"ל דדין ספק טומאה מהני אפי' במקום רוב, שכיון שהתורה עשאתו כודאי לא נאמר בזה דין רוב, אבל בנמצא הדין הוא שאין כלל ספק ולכן יש בזה דיני ספק טומאה, וזה מיישב גם את קושית הגרע"א דלעיל.

אמנם קשה ע"ז מסוגין דאיך מוכיח דאמרין קבוע לקולא, דילמא הא דמתירין בנגע באחד הוא כמו שמתירין בפירש בפנינו משום דאע"פ דהוי רוב מ"מ הספק קיים ונאמר בזה דין ספק טומאה, וע"ש באבי עזרי מה שתיירץ ע"ז.

רעת) תנן בפ"ו דטהרות דברה"י אפי' ספק ספיקא טמא. וקשה דלשיטת הרשב"א דס"ס מדין רוב, א"כ מ"ש רוב דמהני וס"ס לא מהני, וע"י באחיעזר (חלק יו"ד סי' ב' אות יג) שכתב דשמה ס"ס הוי כרובא דליתא קמן, ורובא דליתא קמן י"ל דלא מהני בספק טומאה, כמו שנסתפק בזה השאג"א בשו"ת החדשות. עוד מצדד באחיעזר דס"ס שאני, שדנים על כל ספק בפנינו ואמרין עליו שהוא טמא ברה"י או טהור ברה"ר וממילא בטל הס"ס. ע"ש.

רעט) פרט לזורק אבן לגו. שיטת הרמ"ה בסנהדרין [מובא בשטמ"ק] דמייירי שאין ידוע מי נהרג האם יהודי או גוי וע"ז דנים ע"פ רוב. ושי' רש"י בב"ק דבאמת נהרג יהודי, אלא דאי ידוע אם כוונתו היתה ליהודי או לגוי, וע"ז דנים ע"פ רוב. [והיינו דנתכוון להרוג גוי והרג ישראל לכו"ע פטור]. והרמ"ה הקשה על פ"י זה דאם קיבל התראה על יהודי איך שייך להסתפק שהנתכוון להרוג גוי אחר. עוד הקשה דאי תלוי בכוונה אפי' אם אין הכותי קבוע לא הוי רוב [אולי כוונתו דדבר התלוי ברצונו ל"ש בזה רוב, וצ"ע מראה מדברת ומעוברת דהוי רוב, אכן יע"ש בלשוננו שנראה דכוונתו דרך בדבר הנמצא אזלינן בתר רוב, אבל רצון אינו דבר הנמצא ולא פירש משום מקום אלא דנים מה היתה כוונתו וזה הוי ספק השקול].

ובתוס' משמע דהנידון משום דאין על ספק תורת התראה, דעל מעשה המסופק לא שייך להתרות ע"ש. וברשב"א בב"ק (מובא בשטמ"ק) חולק וסובר שאי"ז תלוי בדין התראת ספק, אלא הנידון בהגדרת המעשה אם מקרי מעשה רציחה או לא, והיינו דדנים על כל הקבוצה כאחד והוא התכוון להרוג אחד מן הקבוצה והנידון האם זה מקרי מעשה רציחה, כך נראה בכוונת הרשב"א ע"ש.

רפ) ובעיקר דברי התוס' דעל מעשה שאין ודאות שיתחייב עליו לכו"ע אין התראתו התראה. כתב הגרע"א דלכא"ו תוס' בחולין (י"א) פליגי ע"ז, דשם בעי מני"ל דאזלינן בתר רובא, ובעי למילף מהא דרובא חייב מיתה, והא יש לחוש שהנרצח היה טריפה, ובע"כ משום דאזלינן בתר רובא. ובעי למדחי דדילמא בודקין את הנרצח לראות אם הוא טריפה. והקשו תוס' וז"ל, אך קשה לי מאי קאמר וכ"ת בדבקינן ליה, הא מ"מ הו"ל התראת ספק אי לא אזלינן בתר רובא. ושמה קסבר דשמה התראה, עכ"ל. והשתא לדעת תוס' דידן הרי גם למ"ד שמה התראה שם לא הוי התראה כיון דאי"ז ודאי שיבא לידי חיוב.

וכתב הגרע"א ליישב לדעת תוס' דידן את דברי הגמ' בחולין, דקושית הגמ' שם היתה שמא יש לחלק בין התראת ספק - דמהני בה רוב, אבל מ"מ לא קטלינן מכח הרוב. [וצ"ב תירוצו דאם כוונתו דא"א למילף מאיסורים על מיתה, א"כ היכי בעי למילף שם מפסח וכדו', הרי גם ע"ז איכא למיפרך כנ"ל. ובשי' הגר"י"ד ביאר דהחילוק הוא דבהתראה הדבר תלוי בדעת הרוצח, והוא מתיחס לרוב כודאי, משא"כ מיתה תלויה ב"דין" רוב והתורה לא חידשה דין זה [להו"א]. ונראה שעפ"י י"ל דלא פליגי תוס' דידן ותוס' בחולין, אלא י"ל דשאני החסרון של "אינו יודע שיבא ודאי לידי איסור" מהחסרון של התראת ספק ל"ש התראה [למאן דס"ל הכין], דהחסרון בהתראת ספק הוא דאי"ז חפצא של התראה, ואי"ז תלוי בדעת המותרת, אבל החסרון של "אינו יודע שודאי יבא לידי איסור" תלוי בדעתו, ולכן מהני לזה רוב, ורק במקום קבוע אי"ז התראה. - ואכתי יש בזה חידוש דלענין דעתו יש נ"מ בין קבוע לפרש].

דף טו ע"ב

רפא) לא שנו אלא להחיותו. ברש"י שלפנינו פירש דקאי על הא דצריכין לפרנסו, והיינו דין צדקה. והנה שיטת רש"י ותוס' דרך במקום רוב חייב לתת, אבל בספק לא. וצ"ע הרי הוי ספק מצוה ולחומרא, וביאר הקוב"ש (אות מב) דמצות צדקה הוי כממון ומספק פטור כמו במתני"כ דהממע"ה. אמנם הקשה הקוב"ש דא"כ גם במקום רוב יהיה פטור דאין הולכין בממון אחר הרוב ונשאר בצ"ע.

ואולי י"ל ע"פ המבואר בפני" ר"פ הניזקין, דדין הממע"ה במקום ספק הוא סברא - דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא. אבל הא דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא מגז"כ דמי בע"ד יגש אליהם יגיש ראייה אליהם. וע"ע בתה"ד [מובא בקצה"ח סי' ר"פ סק"ב]. דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה ורוב לא מקרי "ראיה". ויתכן דכוונתו על הגז"כ הנ"ל דצריך שיגיש "ראיה" אליהם. [אך השער"י ש"ה פ"ג פי' באופן אחר].

ולפ"י י"ל דהא דצדקה דינה כממון אין הכוונה דהוי כתובע ונתבע, וודאי אין לעניים זכות ממון [וע"י בזה בקצה"ח סי' לט סק"א], אלא הגדר הוא דהוי מצוה ממונית, והיינו דחובתו היא כלפי חבירו ולא כלפי שמיא, ובזה במקום ספק פטור מסברא דמאי חזית דאיהו עדיף, ומאן דכאיב ליה כאיבא ליזיל לבי אסיא. [ול"ד למצוה לשמים דחייב לעשות כל השתדלות לצאת ידי"ח, אבל כאן המצוה לטובת חבירו וכל שאין ברור שחייב בה א"א לחייבו], אבל אם יש רוב שוב חייב לתת, דכאן ל"ש הגז"כ ד"עליו הראיה", דכ"ז נאמר במקום תובע ונתבע, אבל כאן הוי מצוה וע"פ רוב הוכרע שעליו לשלם ודו"ק.

רפב) וברמב"ם פט"ו מאיסורי הכ"ה ס"ל דבמקום ספק חייב להחיותו וכן הוא לדעת הרמב"ן כאן, [אלא דהרמב"ן מפרש דלהחיותו הכוונה במקום פיקו"נ, אך ברמב"ם לכא"ו י"ל דפירש לענין צדקה, כן נקט הקוב"ש, וצ"ב] וביאר הקוב"ש דהטעם משום דהוי מצוה וספק דאורייתא לחומרא, אלא דהקשה מ"ש ממתני"כ דהממע"ה. [ולכא"ו י"ל דשאני התם שהמצוה מחמת שהחפצא של הכהן, ובגורא דהחפצא נצטוה הגברא בנתינה, וכל שנסתפק על החפצא שהוא של ישראל ע"פ דיני ממונות ממילא ליכא מצוה, אבל צדקה יסודה חובת גברא, והוא מצוה גרידא וספיקה לחומרא] ובקוב"ש מצדד לתרץ דמייירי בקופה של צדקה שאין לאף אחד מוחזקות בה [וע"ש מה שהקשה ע"ז]. ויש לדקדק כדבריו מלשון רש"י "ב"ד מצווין לפרנסו", משמע דקאי רק על הממון שביד ב"ד ולא על חיוב אדם פרטי, אלא דלכא"ו דעת רש"י שרק במקום רוב יתן ולא במקום ספק, ובע"כ ההסבר דרוב מהני לחייב צדקה כמשנ"ת באות רפא, וא"כ שוב צ"ב למה כתב רש"י "ב"ד".

רפג) והרמב"ן הביא בשם רש"י [וכ"מ ברש"י ביומא פד: - פה.] דלהחיותו היינו אם עומד למות ברעב. וע"ש שהקשה דא"כ מה הסי' שבמקום ספק לא חיבו והרי ספק נפשות לכו"ע חייב להציל, ולכן מפרש דברי רב דה"ל לא שנו" קאי גם על מחצה, ע"ש. ושוב מסיק הרמב"ן דלהחיותו היינו לתת לו צדקה.

רפד) והנה הרמב"ם פסק פט"ו הכ"ו מאיסור"ב דהא דמפקחין עליו את הגל הוא רק בעיר שמחצה ישראל ומחצה עכו"ם, וצ"ע דבגמ' מסיק דאין הולכין בפקו"נ אחר הרוב. ותי"ר הרמב"ן דהנה ביומא פד: פרכין על דברי שמואל דאין הולכין בפקו"נ אחר הרוב מהא דאמר ר' יוחנן, תשעה כותים וישראל אחד באותה חצר מפקחין, בחצר אחרת אין מפקחין, ומשני הא דפריש כולו הא דפריש מקצתייהו. [ושי"ר פירשו כולו אין הולכין אחר הרוב משום דאיכבז שם הישראל ובפירשו מקצתייהו אין מפקחין דלא איכבז ישראל. ושי"ר פירשו כולו אין הולכין אחר הרוב משום דאיכבז שם הישראל ובפירשו מקצתייהו אין מפקחין דלא איכבז ישראל. והדברים צ"ב, דהרי בכל התורה כאן קבוע ואזלין בתר רוב, ואם פירשו מקצתייהו לא פקע תורת קבוע ואין מצילין. והדברים צ"ב, דהרי בכל התורה כה"ג מקרי כל דפריש - ע"ש בר"ן שמפורש כן וז"ל "כיון שהקביעות נשארה במקומה משום חומרא דפקו"נ דיינין ליה כמחצה על מחצה". ועי' מש"כ בזה בשער"י [שי"ד פ"ג] דהוא משום דבעינן תרי רובי, אחד לומר שהדין שהולכין אחר הרוב, והשני ללכת אחר הרוב, ע"ש בארוכה ואכ"מ. ובאבי עזרי (פ"ב הכ"א משבת) מבאר ע"פ היסוד באות רעז, דיש רוב שמסלק הספק, ויש רוב שהספק עומד במקומו אלא דיש הנהגה לילך אחר הרוב, ובסוג רוב הראשון שהספק מסולק אזלין בזה בפקו"נ אחר הרוב, ורק באיכבז לא אזלין בתר רוב].

ובתר הכי פריך בגמ' מהא דשמואל דאמר דרך ברוב ישראל מפקחין את הגל, ומשני דהא דשמואל ארישא איתמר וכסוגיא דידן, ומפרש הרמב"ן דלדעת הרמב"ם לפי המסקנא הדר ביה משנויא קמא, וסי' דלשמואל אזלין בתר רוב אפי' בפירשו מקצתייהו, דהא תינוק הנמצא בפירשו מקצתייהו דמי, ואפי"ה ס"ל לשמואל דלא אזלין בתר רוב, וזה ודאי דלא כר' יוחנן, ושוב הדרין משנויא קמא ולעולם הולכין בפקו"נ אחר הרוב אפי' בפירש מקצתייהו.

ודברי הרמב"ן תמוהין (וכמו שתמה החזו"א יו"ד סי' לו סק"א) דאם הוי כפירש מקצתייהו מאי פריך כלל משמואל על שנויא דפריש מקצתייהו, הרי דברי שמואל להו"א דקאי ארישא א"ש עם תירוצא דפירשו. [ועיין ברמב"ן שבאמת רצה לומר דתינוק כפירשו כולו דמי, דמרום סיעה של ישראל נפל, א"י בהוחזק ישראל בפלטיא באותו יום, ותמוה איך לדעת הרמב"ם אפשר לפרש אחרת, הרי זה מוכח מקושית הגמ']. וע"ש בחזו"א שנדחק בזה. אכן יעוי' בגר"א אבהע"ז סי' ד' שמבאר היטב דקושית הגמ' משום דמשמע משמואל להו"א דאפי' במחצה על מחצה לא מפקחין וזו קושית הגמ', וכן מבאר ברש"י שם.

רפה) אכן דברי הרמב"ן בדעת הרמב"ם צ"ע, דלדבריו הרי למסקנא הדרין משנויא דכאן שפירשו כולו כאן שפירשו מקצתייהו ואילו הרמב"ם הביא דין זה [בפ"ב הכ"א משבת] ע"ש שמפרש דבפירשו כולו לא אזלין בתר רוב משום דבטלה הקביעות אבל בפירשו מקצתייהו אזלין בתר הקביעות [ורש"י הרא"ש הנ"ל]. ובע"כ צ"ל דלדעת הרמב"ן הרמב"ם באמת דחה את חילוק הגמ', דבגמ' פירש הרמב"ם כרש"י, ומה שכתב דבפירשו כולו לא אזלין בתר רוב הוא מסבירא דנפשיה. ברם צ"ע מ"ש תינוק מפירש אחר, וכבר עמדו בזה האחרונים.

והגר"ח (בסטנסיל) מתרץ ע"פ מה שנתבאר בשמו באות רעז דיש שני דינים בפריש, חדא דאזלין בתר רוב הפרישה, ב' דכיון דאינו קבוע אזלין בתר הרוב המספרי בלי דיני פרישה. ומחדש הגר"ח דבאדם גדול שהוא בר דעת לא שייך דין כל דפריש, דכיון דהוא בר דעת הוי כלקח מן החנות שלקח ופירש עצמו מן הקבוע, ול"ש בו כלל כל דפריש אכן מ"מ שייך לדון בו דאינו קבוע כיון דפירש וניזל בתר רוב מספר בני האדם, אלא דע"ז איכא סברא דהדר לניחותא אחר שנפקח את הגל, ולכן אין מפקחין.

אבל בתינוק שאינו בר דעת אפשר למיזל בתר רובא דפרישה כיון שאינו בר דעת ולכן הולכין אחר הרוב ואין מצילין אותו, וע"ש שהאריך טובא בזה.

רפו) בהא דבפירשו מקצתייהו לא הוי קבוע מעיקר הדין ולא אזלין בתר רוב כמו בחנויות לדעת הרמב"ם, הובא כבר פירוש הגר"ח דהוא משום דהאדם בר דעת, והאבי עזרי פירש דבאמת לא אזלין בכה"ג אחר הרוב כיון דאין הרוב מסלק הספק. אך במ"מ משמע שפירש דכיון דבשעת הפרישה עדין אין על מה להסתפק דהספק נולד רק אחרי שנפלה החצר לכן לא מקרי קבוע.

רפז) אם רוב עובדי כוכבים עובד כוכבים להאכילו נבילות. כתב רש"י ביומא פ"ה א' י"ע שגידל ויקבל עליו גירות". וצ"ב למה כשיגידל לא ימשיך להיות גוי ע"פ הרוב ולמה לו להתגייר. ופי' הנצי"ב (במרומי שדה ביומא שם) דבגוי אין הולכין אחר הרוב, דהלכה זו נאמרה רק לישראל, ולכן אע"פ שתולה שהוא גוי מ"מ אסור לו לאכול נבילות ולסמוך על כך שהוא גוי, דאם הוא גוי אסור לו לסמוך על הרוב ולעבור עבירות, ולכן אין לו ברירה אלא להתגייר. [והסברא צ"ע דעל הצד שהוא גוי א"צ לרוב כדי להתירו בנבילה, אלא ממילא הוא מותר, וממ"נ שרי ליה לאכול וצ"ע].

ובשם הגריש"א שליט"א ראיתי לבאר דכיון שיש צד שהוא יהודי אין מזניחין אותו ודואגים לגיירו שמא הוא יהודי לבל ידח ממנו נדח.

רפח) להחזיר לו אבידה. עי' בתוס' שהקשו הא אין הולכין בממון אחר הרוב. [והנה דעת הרשב"ם דברובא דאיתיה קמן אזלין בתר רובא, והגרע"א הוכיח מתוס' דידן דלא ס"ל כן, דהרי כאן הוי רובא דאיתיה קמן ומ"מ הקשו דלא ניזיל בתר רובא]. ותי"רצו דכאן שאינו מוחזק אזלין בתר רובא. וביאר החזו"א (סי' ס"ד סק"ג) שאין להמוצא טענה שהיא שלו אלא שרוצה לזכות, ואחר שזכה יטעון שהוא שלו, ובשעת זכיה הרוב מכריע שאסור לו לזכות ושהוא חייב בהשבתה וכה"ג אזלין בתר רובא וצ"ב. ועי' בהפלאה שהקשה איך במוציא ש"ר נוטל האב את הקנס הרי אין הולכין בממון אחר הרוב ודילמא לאו אביה הוא. וייסד מזה, דאם כבר דנים על האדם לגבי איסורים כמו כבוד אב וכדו' ע"פ הרוב, שוב הוחזקה לו האשה לבתו גם לממון. ועפ"ז כתב דגם כאן דינו כישראל לממונות מאחר שהוחזק, ודלא ככל הראשונים. וליישב ד' הראשונים מקושית ההפלאה עי' בשער"י (ש"ה פ"ג) מה שכתב בזה.

רפט) והנה דעת הב"ח ביו"ד סי' קמו שהמוצא אבידה של גוי קודם יאוש נהי דאין לו חיוב השבה, מ"מ גם שלו לא הוי ועדין הוא שייך לגוי. וכתב המחנ"א (גזילה ל"א בהשמטות) דמתוס' מוכח דלא כן, דאם הוה ס"ל דהמוצא לא זכה בזה א"כ אינו מוחזק כלל ואין שום נידון של הולכין בממון אחר הרוב בזה. אכן בשי' הגר"י דחה דהכא משמע דמייירי גם אחר יאוש וגם ליה דינו כישראל אע"פ שאם הוי גוי כבר זכה המוצא.

רצ) לא צריכא דנגחיה תורא ידידה. וכתב תוס' דה"ה דהו"מ לומר דדינו כעכו"ם ובנגחיה תורא דידן לתורא ידידה. ומשמע מתוס' דאם היה רוב אזלין לעולם בתר רוב, בין בנגחיה תורא דידן לדידיה, בין בדידיה לדידן. ולכאוי' הטעם בזה

משום דברובא דאיתיה קמן אזלינן בתר רובא. אכן הקשה הגרע"א דזה סותר לתוד"ה להחזיר שמוכח מדבריהם דגם באיתיה קמן לא אזלינן בתר רובא וכדלעיל אות רפח.

ובשאר ראשונים מבואר דהא דלא אזלינן בתר רובא הוא רק בנגחיה תורא דידיה לדידן, דכיון שע"פ רוב הוכרע שהוא גוי - לגוי אין מוחזקות. משא"כ בנגחיה תורא דידן לדידיה, אפי' במקום רוב פטור דאין מוציאים ממון ע"פ רוב. וביאור הדברים דלגוי אין מוחזקות - ע"י בשער"י (ש"ה פט"ו) דמוחזקות הוא רק באופן שהחזקה גם מוכיחה שהוא שלו, אבל מוחזקות שאין ע"י חזקה שמה שתח"י הוא שלו, אי"ז אפי' מוחזקות. ולכן גוי שהוא בחזקת גנב אין לו גם מוחזקות. [וע"ש ראיות לזה].



## פרק האשה שנתארמלה

א) שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. רש"י פירש דמייירי דוקא שאין הלה תובעו דאז יש לו מיגו דאי בעי שתיק. ותוס' פירשו דמייירי אפי' בתובעו. והקשה הבית יעקב דלעיל י"ג א' פליגי זעירי ור' אסי בנסתרה, ולר' אסי נאמנת בנסתרה במיגו דאי בעיא לא נבעלת, וא"כ מוכח דלר' יהושע נאמנים במיגו אפי' בהלה תובעו, ואיך כתב רש"י דמהני רק באי בעי שתיק.

ותירץ הבית יעקב דתביעה היינו דוקא תביעת בע"ד, אבל לעיל הוי רק תביעת ב"ד ולא תביעת בע"ד.

דף טו ע"ב

ב) והנה לדעת תוס' דמייירי בהלה תובעו הוי ג"כ הפה שאסר וכלשון ר' יהושע במשנה, והיינו מפני שיכול לא לענות להלה התובעו. [ובדעת רש"י עי' במהרי"ט (סי' סב ד"ה וגם דבר) דס"ל דאם הלה תובעו לא הוי פה שאסר אלא מיגו כיון שאינו יכול לשתוק וחייב לענות לתובע, וע"ש שנקט שגם תוס' מודה לזה ובאמת אי"ז הפה שאסר, וצ"ב מלשון המשנה. ועי' במש"כ בשם האגר"מ בדף יב ב']. ובחמדת שלמה מבאר דכיון דכל כח התביעה נעשה רק ע"י הודאתו של זה ממילא אין לו כח לתבוע יותר ממה שניתן לו כח בהודאתו, ע"ש. וכע"ז בבית יעקב סי' סח. ובשו"ת הרשב"א ח"ג סי' עא כתב להוכיח ממשנתו שא"צ להשיב, דאם היה צריך להשיב לא הוי זה פה שאסר, ודלא כאחרונים הנ"ל.

ג) והנה לדברי התוס' י"ל דמה דמודה ר' יהושע הוא רק בפה שאסר ולא במיגו. אכן ברמב"ם בפיה"מ כתב דבהא דפ"ק "אינה נאמנת אליבא דר"י אפי' שיש שם מיגו דיכולה למימר מוכ"ע אני וכשרה לכהונה, וקאמרה נבעלתי דפסלה עצמה לכהונה, נאמנת לומר משאירסתני נאנסתי, אבל אינה נאמנת אליבא דר' יהושע לפי שהוא אינו מחייב הבעל כתובה מטעם שהיא יכולה לומר מיגו במה שתלוי בדרך איסור והיתר לפי שפסולה לכהונה או כשרה לכהונה הוא איסור והיתר. אבל בכאן מודה ר' יהושע לפי דמיגו דהכא תלוי בנתינת ממון שהוא מיגו דיכול לומר שלי הוא וקאמר של אביך הוא ולקחתיה ממנו. עכ"ל.

ועי' בתו"ט שהבין בדברי הרמב"ם שגם על האיסור אינה נאמנת ה"נ על הכתובה, דל"ש לומר שתהא נאמנת על הכתובה ולענין איסור והיתר לא. והגרע"א הקשה דמאי לא מהימנא, הא לענין כהונה אפי' לדבריה פסולה היא, ולענין בעלה ישראל הרי היא מותרת מס"ס כדאיתא בדף ט', וא"כ לא נתבטלו דבריה. וראיתי שכו' לתרץ בזה דבאשת כהן אינה נאמנת לאסור עצמה לבעלה דחיישינן שמא עיניה נתנה באחר, וכן באשת ישראל אינה נאמנת וי"א דצריך לברר אם אפשר, ולכן ל"ש להאמינה גם על ממון, דהוי כמיגו לחצי טענה. אמנם הגרע"א למד דעל איסורים נאמנת ומ"מ לענין ממונות אינה נאמנת, דע"ז אין לה מיגו. ועכ"פ מבואר מדברי הרמב"ם דר' יהושע מודה במיגו בעלמא ורק במיגו דמוכ"ע חולק. ועי' ברמב"ן דף טז שכתב כן, אכן בשטמ"ק כתב בדעת רש"י דר' יהושע פליג בכל מיגו שבתורה ורק בהפה שאסר מודה.

ד) עי' בראשונים (רא"ש רמב"ן ורשב"א וריטב"א) שדנו למה אין כאן שבועת מוב"מ. [שהאשה תובעת מאתים והבעל מודה במנה]. ועי' בדבריהם שיש בזה שתי סברות לפטור, אחד דמודה בממון שא"י לכפור, ב' דהוי כפירת שעבוד קרקעות. אכן הרמב"ם פט"ז הכ"ה מאישות כתב דבאמת הבעל חייב שבועה [ע"ש במ"מ שהקשה הרי הוי ממון שא"י לכפור - במקום שאין כותבין כתובה, אבל במקום שכותבין ד' הרמב"ם דנאמן לומר פרוע. וע"ש בחי' הגר"ח דמבאר דכל ממון שא"י לכפור הוא מדין הילך, וכ"ז שייך רק בשטר שע"י השטר הוי כמחזיק את החוב, ולא במעשה ב"ד. ורימז לזה הגר"א בחו"מ סי' פ"ח אות נז]. והראב"ד השיג דהא הוי שעבוד קרקעות [וכדאיתא לק' פ"ז ב' דמה"ט אין נשבעין על כתובה]. ותירץ המ"מ דכיון שתקנו הגאונים שכתובה גובה ממטלטלין נשבעין עליה. ותמהו בזה האחרונים שהרי בב"מ ה' ב' מבואר שכל חוב הוי ככפירת שעבוד קרקעות אע"פ שאפשר לגבותו ממטלטלי, ועי' מש"כ בזה הגר"ח שם. ועי' ברע"א שכו' דהוא מחלוקת אמוראים, ע"ש. והרמב"ן הקשה על הרמב"ם מהא דאמרין שבועות ל"ב דמשביע עידי קנס חייב אע"פ דהוי כפירת קרקעות משום דמהני תפיסת מטלטלין, וכתב דהרמב"ם ס"ל דגם כאן מהני תפיסת מטלטלין כשי' הרי"ף. ועי' משכ"ב האבנ"מ סי' צו סק"ח, ובחי' ר' שמואל סי' יז.

ה) שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. הנה בדין הפה שאסר נחלקו הראשונים אי נאמן דוקא תכ"ד או אפי' אח"כ. ועי' בהשלמה (המובא בשטמ"ק דף כ"ג א') שחקר אם כאן מהני אחר כ"ד, ודימה זאת להפה שאסר באיסורים. וכתב הקוב"ש כאן שזה תלוי אם הפה שאסר מדין מיגו, או משום שלא אסר יותר ממה שהתיר. עוד דן שם בהשלמה אם באו עדים שהשדה של אבותיו אחר שכבר האמינו את המחזיק, וכתב דנראה דכיון דהימנוהו הימנוהו וכמו באומרת נשביתי וטהורה אני דאם נשאת לו תצא אע"פ שבאו עדים. והרב המעילי (בשטמ"ק שם) נחלק עליו דמי מדמינן ממונה לאיסורא. ומה יעשה זה שלא היה ידוע בתחילה שהיו לו עדים שזו נחלת אבותיו, האם יפסיד בשביל כך.

ועי' בקצה"ח סי' פ"י סק"ג דפשיטא ליה דבמיגו אם באו עדים אח"כ בטל המיגו, ובקוב"ש ב"ב אות קיב כתב דאם מיגו משום הוכחה אין לזה מובן דהרי גם אחר שבאו העדים מ"מ ההוכחה דמה לי לשקר במקומה עומדת. אכן בהפה שאסר מסתבר שאם באו עדים שוב ליכא פה שאסר. ובחי' הגרש"ש כתובות סי' י"ח כתב דכיון דמיגו הוא כח טענה לכן לא מהני אם באו עדים. ובמחנ"א בתשובה מהג"ר משה כהן (בהל' אסו"ב שו"ת סי' יח ד"ה ועוד בה) כתב דהא דאינו נאמן כשבאו עדים אח"כ משום דמסתמא ידע שיבואו עדים ואגלאי מילתא למפרע שלא היה לו מיגו.

והנה לשיטת ההשלמה קשה ממודה בשטר שכתבו שמפורש שאם מקיימו מהני, ולמה לא נימא דכיון שכבר היה נאמן שוב יהא נאמן לעולם. ובשי' הגר"ד ביאר בזה דמודה בשטר שכתבו אין לו נאמנות שהשטר פרוע, אלא הגדר הוא רק שעדיין חסר קיום.

דף טז ע"א

ו) דאי ר"ג הא אמר איהי מהימנא. כתב רש"י דהיא בחזקת בתולה. וצ"ב דהרי אלמנה שנכנסה לחופה ולא נבעלה אין לה מאתים כדתנן לעיל י"א א', וצ"ל דרש"י לשטתו דס"ל שם דאם נמצאת בתולה כתובתה מאתים, ועדיין צ"ע. [ועי' בפ"ק אות קפג קפד].

ולשיטות דגם אם היא בתולה כתובתה מנה, צ"ל דכאן החזקה דמעיקרא היא על הא דאינה נשואה.



יד) וזו הואיל ואין לה קול איתרע רובה. הנה יל"פ דברי הגמ' בתרתי אנפי. חדא, דאשה שאין לה קול אינה נידונה בכלל נשים שבעולם, אלא דנים מהו הרוב והמיעוט במי שאין לה קול, ובזה ליכא רובא בתולות. ובאופן שני יש לפרש, דהוי כרוב נגד רוב, והיינו דנהי דאין מוציאין את האשה מכלל הרוב בתולות, מ"מ יש כאן רוב מנגד להא דהיא בתולה, דאם היא בתולה צריך היה להיות לה קול.

והנה בתוס' ובראשונים מבואר דהאיתרע אינה ריעותא גמורה [ובזה מישבים הגמ' בדף כ"ח, ע"ש] ומבואר מזה דלא כצד הראשון שכאן דנים בנפרד את אלו שאין להן קול, דא"כ הרי אין כאן כלל רוב.

ובטעם הדבר [דאין דנים אלו שאין להן קול בפניע] ביאר בחי' ר' ראובן (ב"ב סי' כ') דהקול הוא דבר צדדי ואינו מחלק את הנשים לשתי מחנות, ולכן דנים רוב בתולות לעצמו, והרוב שאין להם קול הוי רק רוב המנגד.

בעוד אופן ביאר בחי' ר' ראובן, ד"ל דבאמת הרוב בין אלו שאין להם קול הוא ג"כ בתולות. [כגון שחמישית נשואות אלמנות וארבע חמשיות בתולות. ומתוך הבתולות לשני שליש יש קול. וא"כ השליש בתולות שאין לו קול גדול במספרו מהאלמנות דשליש מד' חמשיות הוא יותר מחמישית]. וכל מה דמהני הרוב יש להן קול הוא רק להרע הרוב בתולות.

(טו) ועי' בחור"ד סי' נ' שהביא דברי התב"ש דבהמה שמצאו בה מים בראשה ואין ידוע אם המוח מקיפה, דל"ש בזה רוב בהמות כשרות, דכיון שרוב בהמות אין בהם מים איתרע ליה רובא. והחור"ד נחלק עליו דלא דמי לכאן, דכאן מה שהיא בתולה גורם שהיא לה קול וא"כ כשאין לה קול זה מנגד להוכחה שהיא מהרוב. אבל בבהמות לא הכשרות גורמת שהרוב אין להם מים, דגם רוב טריפות אין להם מים ומה שיצאה מהרוב דאין להם מים אי"ז מנגד את החזקת כשרות. ודבריו צ"ב דאח"כ כלפי כלל הטרפות אין המים סיבה לסתור את הרוב, אבל כלפי הנידון אם יש לה טריפה דמים סמוך לקרום הרי רוב הבהמות שאין להם טריפה זו אין להם מים, וזו שיש לה מים איתרע ליה הרוב דטריפה זו. ועי' בחי' ר' ראובן שמבאר דשאני התם שאין הטרפות סיבה למים אלא המים סיבה לטריפות ע"ש. ועוד האריך טובא בדברי התבוא"ש ע"ש. ועי' בשער"י ש"ב פט"ז.

טז) ובמש"כ תוס' דרובא דנשים בתולות נישאות עדיף מרוב נשים הנישאות בתולות יש להן קול, ביאר הגר"ר דיחס הרוב נישאות בתולות כלפי אלמנות, גדול יותר מהיחס בין בתולות שיש להם קול לבתולות שאין להם קול. [כגון בציור דלעיל דהבתולות ביחס לבעולות הוא ד' חמשיות, ואילו יש להם קול ביחס לאלו שאין להם קול הוא רק שני שליש].

יז) בסוגית כותבין שובר, עי' בראשונים בארוכה, ועי' ברע"א (חי"ג סי' כ"א).

יח) זימנין דתפסה מאתים. כתבו הראשונים דיש מי שפירש שתפסה בעדים, וקשיא להו הא דאמרין בב"מ ו' א' דתקפה אחד בפנינו מוציאין מידו. ותימצו דהתם מיידי אחר פס"ד וכאן קודם. אכן הקשו ע"ז הרמב"ן והרשב"א מ"ש מתקפו כהן דמוציאין מידו. [והרמב"ן מיישב דכיון דהבא עבדא לאגלויי לא מוציאין מידה].

ופירשו הרשב"א והריטב"א דתפסה בלא עדים, ולכן בלא שתהא הוכחה שהיא אלמנה נאמנת במיגו, אבל ע"י ההוכחות שלא עשו לה כמנהג הבתולות הוי כמיגו נגד אן סהדי ומוציאין מידה.

יט) ולהלן י"ט ב' גבי שנים החתומין על השטר ומתו ובאו שנים אחרים ואמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היו, אם כת"י יוצא ממק"א אינן נאמנים, ומסקינן דלא קרעינן ולא גבינן בשטר ואי תפס לא מפקינן. ומשמע דכשאנו מקוים מפקינן מינה, וכתב הרמב"ן דמיידי שתפסה שלא בעדים, דאי בעדים מפקינן אפי' בתרי ותרי, ואפי"ה אם אין השטר מקוים מפקינן משום דהוי כמיגו נגד העדים הפוסלים את השטר. עוד מצד הרמב"ן דמיידי בתפסה בעדים ואפי"ה בשטר מקוים אין מוציאין מידה דשאני תרי ותרי דעדים אלימי וא"א להוציא ממון נגדם.

והרשב"א חלק על האופן הראשון של הרמב"ן, וסובר דבתפסה במיגו אין מוציאין מידה אפי' בשטר שאינו מקוים, דנהי דא"א לגבות עם שטר שאינו מקוים, מ"מ לא מקרי מיגו דידה מיגו במקום עדים כיון דמעיקר הדין השטר כמי שנחקרה עדותו בב"ד אפי' בלא קיום. ולכן מפרש כפירוש השני.

ולכא' דבריו צ"ע, דאם ס"ל דגם בשטר לא מקוים יש לעדים תורת עדות לענין שאין המיגו נקרא מיגו נגד עדים, א"כ למה בתפסה מפקינן מינה והרי יש לה שטר שאינו מקוים המסייע בהדה. וצ"ל דלענין עצם החוב פסול חז"ל את השטר כ"ז שאינו מקוים [ויש ראיות שגם שובר שאינו מקוים לא מהני וגובים את החוב, עי' תוס' ספ"ק דמציעא, ובשו"ת הרמב"ן שבסוף ספר בעה"ת בהוצאות הישנות סי' ח'] אבל לענין מיגו שעצם הגביה ע"י מיגו ורק בענין שלא יסתר המיגו מעדים, ע"ז מהני השטר דלענין זה לא פסלוהו. [וכיו"ב מצינו בתוס' להלן כ' גבי ע"א מקוים וע"א שאינו מקוים דמקרי המקוים עד מתוך ב' עדים, ודו"ק. ועי' בר"ן (חי' א' בדפי הרי"ף) שמפרש כן.

כ) וב"ה אומרים כלה נאה וחסודה. וצ"ע מה השיבו ב"ה על טענת ב"ש שהתורה אמרה מדבר שקר תרחק. ובקרבן נתנאל אות ד' כתב דא"ז שקר שבדעתו נאה וחסודה במעשיה. וכ"ה בפרישה סי' ס"ה. ובמהרש"א בח"א כתב דכיון דבעיניו המקח טוב ה"ז כלה נאה וחסודה בעיניו. וכע"ז כתב המהר"ל. ועי' בחת"ס ד"ל דטעמיהו דב"ה משום דהוי מילתא דמשתמע לתרי אנפי דיתכן להבין נאה במעשיה, ויתכן להבין נאה ביופיה. וב"ש אסרי דבר זה משום שנא' מדבר שקר תרחק, להתרחק אפי' מדברים כאלה שהם גניבת דעת. וע"ז השיבו ב"ה דכיון שצריך שתהא דעתו מעורבת עם הבריות ולשבח, ממילא אי"ז גניבת דעת כיון שכן נהגו ע"ש. [ודומה לזה בט"ז סי' ס"ה].

כא) אמר ר' זירא קמכסיף לן סבא. כתב בקוב"ש דמכאן ראיא למש"כ הרא"ש פ' אלו מציאות גבי זקן ואינה לפ"כ דכיון דפטור מלעשות הוי איסור לעשות ולזלזל בכבוד התורה. ואע"ג דהרב שמחל על כבודו כבודו מחול, בזיון שאני. אמנם מדנחית עמודא דנורא מוכח שעשה כדון, וצ"ל ע"פ מש"כ המ"ב סי' ר"נ בשם פמ"ג דהיכא שניכר שעושה לשם מצוה שרי. וטעמיה דר' זירא, י"ל דמחלק בין מצוה לשמים למצוה לחבירו.

כב) מותר להסתכל בפני כלה וכו' ולית הלכתא כוותיה. כתב הרא"ש (סי' ג') ד"א דמ"מ ביום ראשון שהוא עיקר החיבוב לבעלה מותר. וראי' לזה, דאל"כ מי יעיד שיצתה בהינומא וראשה פרוע. והרא"ש חולק דאפי' ביום ראשון אסור, והעדות תהיה ע"י שרואין שעושיין את ההינומא ואומרים זו של כלה פלונית. אי"נ ראיית ההינומא כשהיא עליה או פריעת הרא"ש אין זו הסתכלות בפניה. [וכתירוץ בתרא זה נפסק ברמ"א אבהע"ז סי' סה ס"ב]. ותלמידי רבינו יונה כתבו בשם הרמ"ה דרק להסתכל אסור אבל בראיה בעלמא לפי שעה מותר. [ועי' במ"ב סי' עה סק"ז דראיה בעלמא לפי תומו בלא מתכוין שרי - בכל אשה - אם לא מדרך המוסר. ועי' באגר"מ אבהע"ז סי' נו].

כג) מעבירין את המת מלפני כלה. עיי בריטב"א שהביא פלוגת הרמב"ם והרמב"ן אם גם לענין קופה של צדקה כלה קודמת או דלענין זה מת קודם. [ומקור הדין ברמב"ם פי"ד מהל' אבל ה"ח, קאי על מי שהיה לפניו מת וכלה מניח את הכלה ומתעסק עם המת וכן הוא אומר לב חכמים בבית אבל עכ"ל. ומזה הוציאו הרמב"ן והריטב"א דגם בקופה מת קודם. וצ"ב מה זה שייד להא דלב חכמים בבית אבל. ובהעמק שאלה (ג' ו') מבאר בדי הרמב"ם דכוונתו שאם יש לפניו אפשרות או לילך למת או לכלה ילך למת, אבל באם יש צורך להתעסקות בהם והנידון את מי להקדים, ל"ש קרא דלב חכמים בבית אבל כיון שהמת בין כך ימתין, ושם כלה קודמת].

ובשי' הגרי"ד כתב לבאר המחלוקת, דדעת הרמב"ם לחלק בין כבוד לבזיון, דבכבוד כלה קודמת ובבזיון מת קודם. [וצ"ב דא"כ אי"ז שייד להא דלב חכמים בבית אבל].

כד) מלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול שנא' שום תשים עליך מלך. פירש"י ישראל הוזהרו ששימו עליהם שימות הרבה. ועיי בשטמ"ק שמבאר כוונת רש"י דגם כשמוחל התחדש שוב דין שימה חדש, עיי'.

ועיי' מש"כ עוד בשם ר' יונה. והנה בפשוטו הא דאין כבודו מחול הוא חיוב כבוד של העם למלך, וא"כ צ"ב למה אסור היה לאגריפס עצמו לזלזל במלכותו, וחזינן דהמצוה משום כבוד המלוכה וגם המלך מוזהר בזה, כ"כ הקוב"ש (אות מז). כה) כתב הבאר היטב (אבהע"ז סי' סה) כבוד לחתן ולכלה עדיף מכבוד הרגל וני"מ שאם יש לו איזה מלבוש חדש ללבוש בחופה ופגע בו הרגל קודם החופה לא ילבישו ברגל אלא יניחו עד יום החופה. (דרשות מהרי"ל). [עיי' דזה קאי על החתן עצמו].

והקשה הפ"ת דבבאר היטב או"ח סי' צ' סק"א הביא מתשובת הרדב"ז דמי שהיה חבוש בבית האסורים ולא היה יכול להתפלל במנין והתחנן לפני השר ולא אבה אלא יום אחד ולא יותר, לא יחמיץ המצוה ויתפלל תיכף בעשרה. [ולא ימתין ליוה"כ]. וא"כ גם הכא למה ימתין עם הבגד עד החג.

והנה השערי תשובה הביא שם קו' החכ"צ מהא דמנחות מ"ט דקמבעיא לן צבור שאין להם תמידין ומוספין, איזה מהם קודם. ומוקי לה במוספין דהאידנא ותמידין דלמחר תדיר עדיף או מקודש עדיף. ולדברי הרדב"ז הרי אפי' אי תדיר עדיף מוספין קדמי מטעם שאין מעבירין על המצוות. והביא דבלקט הקמח תירץ דשאני יחיד מצבור, דיחיד יקיים לאלתר שמא ימות, אבל צבור ימתינו משום שאין ציבור מתים. ובשם יד אהרן תירץ דבמנחות הנידון איזה מצוה לבטל לגמרי, ובה הדין הוא שימתין למצוה העדיפה. אבל בהא דהרדב"ז אינו מבטל לגמרי המצוה אלא רק ירויח לקיים תפילת יוה"כ בשלימות, ובה יקיים המצוה לאלתר. ובקצה"ח (סי' קד סק"ב) תירץ ע"פ ל"ב ברש"י במנחות, דמפרש דצד הגמ' ד"מקודש" עדיף, פירושו מי שמצותו היום שהוא מקודש. והגמ' לא פשטה את הספק, ולכן פסק הרדב"ז דיקיים לאלתר. ולדברי כולם קשה למה בחתן לא ילבש הבגדים לאלתר.

ולכא"י י"ל דשאני התם דאין חיוב ללבוש בגדים חדשים ביו"ט והוי רק תוספת וחבוב מצוה, ובה עדיף להמתין לחתונה [שהרי אף אם קנה בגד סתם אינו חייב ללבוש ברגל]. משא"כ בתפילה בציבור ותמידין ומוספין שהן חובה.

עיי' דשאני הכא שאם ילבש הבגד מבטלו בידים מלהיות ראוי לשמחת חתן, משא"כ ביוצא מבית הסוהר שמה שא"כ לא יוכל לצאת אי"ז בסיבת יציאתו עתה, אלא רק מחמת שהשר אינו מניחו יותר מפעם אחת. [ברם לפ"ז ל"ק מהגמ' במנחות ששם עיי' הקרבת המוספין עוקר בידים אפשרות הקרבת התמידין. והאחרונים הנ"ל שלא תירצו כן מוכח דלא ס"ל כחילוק זה].

כו) מבטלין ת"ת להכנסת כלה. פירש"י כשכלה יוצאת מבית אביה לבית חתונתה, עיי' בב"ש סי' סה סק"ג דהפרישה כתב דהוא בזמן שהולכין לכסות פני הכלה, והט"ז כתב דלדין החופה הוא מה שמכניסין אותה תחת המפה שע"ג הכלונסאות, ואז אי"א ללוותה דהנשים הולכות עמה וא"א להתעכב עמם. ובקצת מקומות כשקריבה הכלה לחופה יוצאין אנשים חשובים לקראת הכלה וכשמתקרבים אליה חוזרים לאחוריהם, ונכון הוא עכ"ד.

ועיי' בחלקת מחוקק סק"ב שנקט דדוקא כשרואה שנכנסת לחופה צריך ללכת, אבל אם יודע שיש חופה בעיר אי"צ ללכת. והב"ש חולק עליו, דהרי בהלוית המת צריך גם ללכת אע"פ שאינו רואה [כך מוכח ברא"ש כאן וביו"ד סי' שס"א] ובגמ' משמע דמדמי להו להדדי.

ועיי' ברא"ש בארוכה שיש שסוברים דהוי רק רשות לבטל תורה, והרא"ש סובר דהוא חיוב. כז) ולענין הלויית המת עיי' ברא"ש שהביא פלוגתא איך הדין באשה שמתה, דיי"א שדינה כמאן דלא קרי ולא תני, ויי"א דכיון שאינה מצווה בת"ת, ועושה כל המוטל עליה דינה כמאן דקרי ותני וזה ע"פ המבואר בברכות י"ז א' דנשי זכין באקרוי בנייהו בבי כנישתא ואתנוי בי רבנן ומתאחרין לגבריהו עד דאתי מבי רבנן. וברי' יונה משמע שיש שיטה שלישית שכיון שאינה בת"ת, אפי' בלא הך סברא דאקרוי בנייהו יש לה דין של קרי ותני.

והנה בגמ' מבואר שעור להלוית המת, אבל על כלה לא נזכר שיעור, ובשטמ"ק בשם ליקוטי הגאונים מבואר דלית לה שיעורא והוסיף ר' יונה כי ברוב עם הדרת חתן והכלה ומוסיף יותר בשמחה ובחיבוב. אכן דעת ר' יונה דדי לה כשמוליכין אותה לפי כבודה.

כח) קרא ושנה. משמע דבעינן תרויהו אך בריטב"א מבואר דסגי בקרי או תני. (ש"ך יו"ד סי' שסא).

דף יז ע"ב

כט) ומודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה וכו'. יעוי' בבית הלוי (ח"ג פי' לו) שמדיק מדברי הרשב"ם בב"ב שהאומר שקנה שדה ונאבד ממנו השטר לפני ג' שנים אינו נאמן במיגו דכיון דחזקה דמיזדהר איניש בשטריה תלת שנין הו"ל כמיגו נגד אגן סהדי [וכ"כ הפרישה סי' קמו]. ולפ"ז קשה ממשנתנו שמבואר דנאמן במיגו. ותירץ הבית הלוי דמיירי שהמחזיק טוען שכבר החזיק ג"ש בקרקע [אלא דאין לו עדים ע"ז] ולכן לא הויא טענתו נגד אגן סהדי. ל) אין מחזיקין בנכסי קטן ואפי' הגדיל. שיטת הר"י מיגש והרמב"ם דאם מחזיק עוד ג"ש בגדלותו של הקטן קנה, ושאר ראשונים פליגי ע"ז, ועיי' בראשונים שפירשו סוגיתנו לפי כל שיטה.

דף יח ע"א

לא) רש"י ד"ה נאמן - מדאורייתא בלא שבועה. צ"ב מאי בעי רש"י בזה, ועיי' ברש"ש שהאריך בזה. לב) עיי' ברשב"א שהקשה דליתני מודה ר' יהושע באומר לחברו מנה גזלתי ממך והחזרתיו, שבה אינו נאמן בלא מיגו, וכתב דיש שהוכיחו מכאן דגם גזלן בעדים אי"צ לפרוע בעדים. ודעת הרשב"א דהגזלן בעדים צריך לפרוע בעדים [דבשלמא הלואה לפירעון קיימא, אבל גזל ניטל ע"ד שלא להחזירו ולכן אינו נאמן לטעון פרוע, וי"ל דהטעם משום דאגן

סהדי שלא יחזיר אלא בעדים כמש"כ הר"ן גבי הלואה באומר אל תפרעני אלא בעדים, וכסברא זו כתב הרשב"א בתשובה גבי הוחזק כפרן. והא דלא תני לה הכא, משום דלא תני במתני' מילתא דאיסורא, [והיינו שאם גזל נפסל לעדות וזה ענין של איסורים ולא של ממונות].

לג) אי אליבא דרבנן הא אמרי משיב אבידה הוי. פרש"י דמאי אשמועינן ר' יהושע באין שור שחוט, אפי' בשור שחוט נמי נאמן. ואזיל רש"י לשטתו דכל דברי ר' יהושע רק בדליכא תביעה [וזה נקרא אין שור שחוט לפניך] וע"ז פריך דלרבנן הרי הוא פטור אפי' בתביעה.

ותוס' פירשו דלרבנן אפי' בדאיכא עדים נאמן במיגו דפרעתי, והיינו משום דתוס' לשיטתם דמתני' מיירי אפי' בהלה תובעו [ולשיטתם גם ככה"ג מקרי אין שור שחוט לפניך - כיון דיש לו טענת מיגו שיכול לזכות בו] וא"כ א"א לפרש כרש"י. אמנם גם פירושם של תוס' א"ש רק לשיטתם, דאילו לשיטת רש"י דר' יהושע פליג על דין מיגו [ורק הפה שאסר מהני] א"כ בדאיכא עדים אינו נאמן, דמיגו דפרע לא מהני לר' יהושע, ונמצא דרש"י הוכרח לפרש כפירושו ותוס' הוכרחו לפרש כפירושם וכל חד אזיל לשטתו.

והנה המהרש"ל הקשה דלפי המסקנא דגם ר' אליעזר בן יעקב מודה דבדליכא תביעה הרי הוא נאמן [וכל פלוגתאם רק בטוענו בנו] א"כ אמאי לא מוקים מתניתין באומר מנה לאביך בידי והלה אינו תובעו כלל, ותירצו המהרש"א ומהר"ם שיף דאכתי תקשי ע"ז כקושית הגמ' לרבנן, דהרי לר"א בלא תביעה הרי הוא כמשיב אבידה. אכן כ"ז א"ש לתוס' [דהקושיא למה בדאיכא עדים אינו נאמן במיגו דפרע], אבל לרש"י [דהקושיא היא דאפי' בשור שחוט נמי נאמן] א"א לומר כן, שהרי אם יש תביעה תו אין אדם מעיז, והדק"ל. וכתבו מהרש"א ומהר"ם שי"ף דגם רש"י יודה דע"ז הקושיא היא כתוס', [ורק בהו"א פירש יותר בפשיטות]. אמנם תמוה דהרי לפרש"י ל"ק כקושית תוס' [דהרי לשטתו לא מהני מיגו לר' יהושע וכדלעיל]. וביאר בהפלאה, דמיירי שהעדים באו ע"י הודאתו ושוב מקרי הפה שאסר, שה"ז כאילו הוא עצמו הביא את העדים ע"ש.

והמהרש"ל מחדש דגם לראב"י אם אח"כ טוענו ברי א"י כמשיב אבידה ופטור, ומתני' משמע דפטור אפי' אם אח"כ טענו. [וע"ש במהרש"ל דבקטן אם תובעו אח"כ לא מפקיע את המשיב אבידה דטענת קטן גריעא, ואע"פ שמהני להיקרות תביעה לגבי שבועה מ"מ לא מהני לענין שלא יהיה כמשיב אבידה, וע"י במהרש"א ובחתי"ס].

ובהפלאה תירץ דלפי מה שמקשה הגמ' דליפטור מטעם משיב אבידה - ושיטת רש"י דהכוונה משום תקנה דרבנן ולא משום מיגו - א"כ א"ש למסקנא דא"א להעמיד המשנה כראב"י דא"כ א"צ כאן לדין "הפה שאסר" אלא דהוא נפטר מתקנה דרבנן.

לד) ור' אליעזר בן יעקב לית ליה משיב אבידה פטור. הקשה הגרע"א למה הקשתה הגמ' רק מדין משיב אבידה, תיפו"ל שאין נשבעין על טענת שמא. וכ"ת דנוקים לה באומר ידוע לי שלא פרעת לאבי, וע"י הודאתך שלווית יודע אני שעדין אתה חייב, הא מ"מ הו"ל הודאה קדמה לתביעה דלא מהני כמש"כ הר"ן פ"ו דשבועות, וצ"ע. ומבואר מדברי הגרע"א דהא דאין נשבעין על טענת שמא הוא דין נפרד מדין משיב אבידה.

וכבר דנו בזה הראשונים. וע"י בבעה"מ פ' הניזקין דמוקים דברי ראב"י באוקימתא הנ"ל שע"י שהודה שלוח אמר התובע שידוע לו שחייב בודאי [שאמר לו אביו שלא פרעו זה מאומה מימיו], וסובר הבעה"מ דבכה"ג לא מקרי משיב אבידה כיון דעתה הלה יודע שחייב. והקשה עליו הרמב"ן דא"כ קדמה הודאה לתביעה, ולכן מעמיד הסוגיא באופן שאין הלה תובעו בברי.

ועו"י בהפלאה כאן שכי' ליישב קו' הגרע"א דבהו"א בע"כ סברה הגמ' דגם בהודאה שקדמה לתביעה מחויב שבועה [מהכריחא דראב"י], אבל למסקנא דמיירי בהלה תובעו שוב אין הכרח לזה. [אמנם דברי בעה"מ אכתי לא מתישבים בזה דהוא מיירי למסקנא. ואולי י"ל דטעמא דקדמה הודאה לתביעה הוא משום שע"י הוי כשתי תביעות נפרדות. אבל כאן שמודה שהיתה הלואה אחת גדולה והנדון כמה פרע בזה חייב אפי' בקדמה הודאה לתביעה. - ובשבועות מיירי בטענו חטים וקדם והודה לו בשעורים דהוי שני תביעות אם לא שהצטרפו על ידי שתבעם כאחר דו"ק].

ולשיטת הרמב"ן י"ל כתיורצו של ההפלאה [וכ"ז הרמב"ן דלא מיירי בתבעו הם רק למסקנא]. ודעת המהרי"ט דדינא דאין נשבעין על תביעת שמא הוא הדין של משיב אבידה, ולפ"ז לק' קו' הגרע"א. [וכבר כ' כן המגיה לרע"א בתוספותיו לשבועות אות ט"ל והביא כן מהמרדכי].

וע"י בקה"י סי' י"ז שתלה נידון זה [אם יש כלל שאין נשבעין על טענת שמא] בפלוגתא הראשונים אם בשבועת ע"א בעינן טענת ברי. [ע"י תוס' לעיל י"ב ב' דע"א כה"ג מחייב שבועה. וע"י ברא"ש פ"ו דשבועות סי' ה' פלוגתא בזה. ודעת הראב"ד בהשגות פ"ד מגזילה הי"ג והי"ז דאין נשבעין]. דלהשיטות דצריך תביעת ברי ש"מ דכללא הוא דאין שבועה אלא בטענת ברי. וע"ע בברכ"ש ב"מ סי' ד' בארוכה בביאור הסוגיא בגיטין ותירוצו קושיית רע"א בסוגין.

לה) בפלוגתא רש"י ותוס' אם קטן הבא בטענת אביו יכול לתבוע, ביאר הברכ"ש [ב"ק סי' מ'] דלדעת רש"י המעוט הוא דלקטן אין תביעה, ולכן אם בא מכח אביו יש לו תביעה שהרי תובע הפקדת של גדול. אבל לדעת תוס' נתמעט מטענה, והוי כגדול הטוען שמא.

וכתב עוד הברכ"ש בדעת הראב"ד שהוא מחלק בזה בין מוב"מ לשבועת שומרים, דבשבועת שומרים מהני בא בטענת אביו, דעיקר המחייב של השבועה הוא ההפקדה ואם ניתן ע"י גדול שוב יש כאן תביעה, משא"כ בשבועת מוב"מ בעינן טענה ולא מהני בא בטענת אביו. ובדעת הרמב"ם בזה יש אריכות, ע"י בברכ"ש שם סי' מ' וסי' מ"א, ובקה"י כתובות סי' יז.

לו) מפני מה אמרה תורה. ברש"י פ"י משיב אבידה, והקשו הראשונים דבב"מ ד: כתב רש"י דזה דין דרבנן, וע"י בנחל"ד ב"מ ג' משכ"ב.

והתוס' פ"י דמקשה מדין מיגו. והנה הרא"ש פ"ז דשבועות סי' ג' הביא דהר"י מיגש סובר דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן דהא מוב"מ אית ליה מיגו ואפ"ה נשבע. והקשה הרא"ש דהא ע"ז אמרינן בגמ' חזקה אין אדם מעיז. ובש"י הגרש"ר ב"מ דף ג' מיישב דמיגו דהעזה אמרינן, וקושית הגמ' כאן אינה מדין מיגו. אלא דע"י המיגו לא יהיה רגלים לדבר ואין סיבה לחייבו שבועה [כמבואר בתוס' ב"מ ד' א' ד"ה הצד דבלא רגל"ד אין חיוב שבועה]. וע"ז אמרינן חזקה אין אדם מעיז פניו, אבל כ"ז מהני רק לענין דיהיה רגל"ד ויתחייב שבועה, אכן אכתי קשה שיפטור ע"י מיגו, [דמיגו דהעזה אמרינן] ומזה הוכיח הר"י מיגש דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

לז) בתוד"ה מפני, וא"ת מנ"ל דכופר הכל פטור, בשטמ"ק ב"מ ג' הקשה דתיפו"ל מהא דטענו חטים הודה בשעורים פטור. וע"י בבית הלוי ח"ג סי' לז משכ"ב.

שם בתוס' כתבו דאין להוכיח מהא דאצטרך לחייב שבועה בע"א דאיצטרך להיכא דאין הלה תובעו. ובפשוטו מוכח מתוס' דע"א מחייב אפי' בלי תביעת ברי. [ע"י אות לד דיש בזה פלוגתא ראשונים]. והבית הלוי (שם) דחה ד"ל דכל דברי תוס' להו"א דכופר הכל נמי חייב ובע"כ החידוש בע"א הוא דמתחייבים על ידו שבועה אפי' בלא טענה. אבל אליבא דאמת דכופר הכל פטור י"ל דבע"א צריך תביעה.

והקשה הגאון ר' משלם איגרא, דלפי סברת תוס' דע"א מחייב שבועה בטענת שמא וכופר הכל חייב א"כ לא ישבע הנתבע וישלם, ואח"כ יחזור ויתבע את התובע, ויתחייב הלה שבועה, וכיון דהוא שמא ישלם מדין מתוך. [וע"א המסייע לא מהני במקום מתוך כמשי"כ הרא"ש פ"ק דב"מ] וע"י ברע"א שני תירוצים בזה, וע"ע משכ"ב בבית הלוי שם.

דף יח ע"ב

לח) תוד"ה ובכולי. משה"ק על רש"י משבועה שלא שלחתי בה יד, ע"י בביה"ל (סי' לו) שהביא תירוץ הפני"י דבגזול בפעם אחרת נפסל רק כשידוע שבדאי גזל, אבל במיגו דחשיד דהוי רק ממ"נ לפוסלו, בעינן שיהא עתה גזלן, דאל"ה תלינן שעשה תשובה [וכע"ז מבואר בקצה"ח (צ"ב א')].

ומה שהוכיחו תוס' מנסכא דר"א, ע"י ברע"א שהקשה דדילמא הדין דחשוד אממונא היינו דמכח שיש בירור שאדם לא רשע ולא יגזול דחמיר בשבועה, זה הוי כהוכחה לטענתו וכאילו נשבע. וא"כ בנסכא שטוען רק ידי חטפי אין הוכחה נגד העד [וכמו שלא מהני שבועת ידי חטפי]. עוד הק' הגרע"א דילמא בטר דראו רבנן ששבועה חמורה עליהם [היינו שהוקל בעיניהם איסור גזל כמשי"כ תוס'] תו חזר הדין דאוריתא כאילו אינו חשוד. ותירץ הבית הלוי (ל"ז ה') דחייב דף יח ע"ב שבועת ע"א הוא דוקא בתביעה [ע"י אות לו לד], וכשהוקל איסור גזל חסר בכח תביעת התובע דשמא תובע בגזל, וא"כ זה שוה לכח הנתבע שנחלשו שני טענותיהם בשוה, וסגי בזה לפוטרו כמו בזמן התורה.

לט) ותוס' פ"י בקו' הגמ' דכיון דהכא כבר העיז במחצה תו נימא מיגו. ומבואר דחזקה גרידתא אינה פוטרת משבועה. וברמב"ן בב"מ כתב דחזקה פוטרת משבועה.

מ) במשנה, העדים שאמרו כתי"י הוא אבל אנוסים היינו נאמנים. וכתב המהרש"א - ע"י אות מב - דקורעין השטר על פיהם. [ולא הוי כתרי ותרי שמבואר להלן י"ט ב' דלא קרעין ולא מגבינן ואי תפס לא מפקינן]. ובחזו"א ע"ס המסכת הביא מהנתיבות שנסתפק בזה [ע"ש סי' מו סקכ"א ונדפס רק בנתיבות שבשו"ע]. ובבית יעקב תמה בזה אמאי קורעין, והרי התוס' הקשו דהוי מיגו נגד עדים ותירצו דלא חשיב קיום כלל כיון שאומרים אנוסים היינו, וא"כ דרך לא הוי קיום למה יקרעו את השטר. וכתב הב"י דדין זה תלוי בתירוצי התוס' ד"ה אין נאמנים. שהקשו דלהימנו במיגו דפרוע, ותירצו בחד תירוצא דכיון דמקוים הוא הוי כמיגו במקום עדים. וא"כ באינו מקוים שוב יש להם מיגו דפרוע, ולכן קורעין השטר. אמנם לאידך תירוצא דבשני עדים לא אמרינן מיגו [וברישא נאמנים רק משום דאי בעו שתקי] אינם נאמנים ובאמת לא יקרעו את השטר. אכן הביא דברי הש"מ גבי עדים אחרים שנאמנים משום שכל שלא נתקיימה העדות הוי כאילו לא נגמרה העדות שבשטר ונאמנים מדין עדים ולכן קורעין השטר. ולפ"ז י"ל דגם אותם העדים עצמם נאמנים מדין עדות לומר שהשטר נחתם על ידם כשהיו קטנים ואנוסים ופסולי עדות, ולכן קרעין השטר. וכע"ז כתב החזו"א [במכתב שנדפס בחזו"א ע"ס המסכת, ע"ש]. וכ"ה בנתיבות הנ"ל. וע"י אות סג.

אלא שעיקר הדבר שהעדים נאמנים מדין עדות צ"ב דהרי כיון שבזמן החתימה היו קטנים א"כ הוי תחילתן בפסלות, וא"א להאמינם דלדברך פסול אתה. [וע"י בחי' הרי"ם שנקט כן, ומבאר בזה את הסי"ד של רמב"ח, ויובא להלן בעז"ה]. ובשי' הגרי"ד מצדד דיכולים להעיד בנוסח שבגדלותם לא חתמו על השטר, [- ולא שיאמרו שחתמו בקטנותם]. וכבר העיר זאת בדברי יחזקאל סי' יט. וע"י אות מט נט.

ולהלן יובא בעז"ה נידון האחרונים אם הנאמנות מדין מיגו או מדין עדות.

מא) פסולי עדות היינו. כתב רש"י קרובים או משחקים בקוביא. והקשו התוס' ר"ד והרמב"ן דהא אין אדם משים עצמו רשע ואפי' ע"י מיגו ולמה נאמנים לומר שהיו משחקים בקוביא. ותירץ הרמב"ן דכיון דמשחק בקוביא הוא רק פסול דרבנן לכן נאמן. [ולכאוי' י"ל דרש"י פ"י כן לס"ד דברישא נאמנים אפי' לומר שהיו אנוסים מחמת ממון]. והראשונים מפרשים דמייירי רק בקרובים, ונדחקו בלשון פסולי עדות "היינו".

מב) תוד"ה הרי אלו נאמנים, הקשו דלקמן קאמר דהוי כתרי ותרי, וע"י מהרש"א שתמה בזה דהרי באמת בתרי ותרי לא מגבינן, וא"כ גם הכא נימא דהיינו הא דתנן הרי אלו נאמנים כדן תרי ותרי. ותירץ דקושיית תוס' על המסקנא לקמן דבתרי ותרי לא קרעין, ואילו במשנה משמע דקרעין. [וע"י משכ"ב באות מ']. אכן לכאוי' דברי תוס' פשוטים, דכאן הנאמנות מדין מיגו ולא מדין עדות, דאין חוזרים ומגידים, וע"ז הקשו תוס' דאחר דמבואר לקמן דהשטר יש לו דין של שני עדים א"כ הוי מיגו נגד עדים, ולא יהיו נאמנים כלל לומר שהיו קטנים. וצ"ל דכוונת מהרש"א דכאן בממ"נ הם נאמנים, דאם לא תאמינם שהיו קטנים נמצא ששיקרו בעדותם ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ואם תאמינם הוי תרי ותרי. אכן הגרע"א כתב בתשובה לחת"ס בסו"ס כתב וחותרם ד"ל דעדות שחוזרין ומגידין בה אין עליה כלל שם עדות ואינם נפסלים ע"ז, ומיישב בזה קו' מהרש"א כדלעיל.

[ובעיקר יסודו של הגרע"א דהחוזר ומגיד בשקר אינו נפסל לעדות, יש בזה אריכות ויתבאר להלן בעז"ה].

מג) בתירוצ' התוס', וי"ל כיון דהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב קיום כלל מה שאומרים כתי"י הוא זה כיון דאינהו גופייהו אמרי תכ"ד קטנים או אנוסים היינו. כתב הגר"ח (פ"ב ה"ג מגירושין): וביאור הדברים דהכא לאו מדין מיגו אתינן עלה, ורק דקיומם לא מהני כיון דאמרי אין זה שטר כלל ורק מעשה כתיבה בעלמא, וממילא לא שייך הכא מה דהוי נגד עדים דמ"מ עדותן אינה מתקיימת רק כמו שהם אומרים, ואמירתן הא הויא דאין זה שטר כלל. וכן משמע בנתיבות כללי מיגו סק"ח, דאין זה מדין מיגו אלא רק העדר קיום.

אמנם התומים נקט דהנאמנות במשנה מדין מיגו, דהנה הרי"ש מקינן כתב דע"א שמעיד דבר ויש לו מיגו שיכל לשתוק אלא שיש לחוש שאין רצונו לשתוק כיון דאם ישתוק יהיה הדין באופן שונה, אי"ז מיגו.

והקשה התומים דא"כ אמאי עדים נאמנים לומר תנאי ואמנה היו דברינו באין כתי"י יוצא ממק"א משום מיגו, והרי דילמא רצונם שיחול עכ"פ המקח אם יתקיים התנאי, ואם ישתקו לא יחול המקח בשום אופן. [וע"ז תירץ הנתיבות הנ"ל דא"ז מטעם מיגו אלא דהוי חסרון קיום].

והגרש"ר [בחי' סי' יח] הוכיח מתוס' כדברי התומים. דהנה ר"מ סובר דאין העדים נאמנים אפי' באין כתי"י יוצא ממק"א, ויעוי' בסוגיא להלן שבתחילה פירשה הגמ' הטעם משום דיש חזקה שהשטר כשר, ובתוס' שם הקשו דא"כ משמע דלר"מ מיגו נגד חזקה לא מהני ולרבנן מהני, וצ"ע דבעיא דלא איפשטא היא בפ"ק דב"ב. ולדברי הגר"ח הרי אי"ז

שייך כלל למיגו, והנאמנות לרבן היא משום שחסר קיום, [ולר"מ, צ"ל דע"י החזקה היא כבירור על שהם גדולים וחשש קטנים לא הוי חשש כלל וא"צ קיום ע"י וע"י כע"י בגליונות חזו"א על הגר"ח הנ"ל לגבי חשש נפילה מיחיד]. ומה הקשו תוס' דזה תלוי במיגו נגד חזקה, ובע"כ כהתומים.

אלא דצ"ב דאם בעינן למיגו הרי שוב הוי מיגו נגד עדים ומה הועילו תוס' בתירוץ. וביאר הגרש"ר דאע"ג דהוא מדין חסרון קיום מ"מ בעינן למיגו, דבלאו מיגו לא היינו צריכים לשמוע את עדותן באמרים "אבל אנוסים היינו" אע"ג דהוי תכ"ד, דהרי כבר העידו וקיימו את השטר וכל מה שמוסיפים הוי חוזר ומגיד. וע"י מהני המיגו לצרף מה שאומרים אבל אנוסים היינו לעדותם, דע"י המיגו יש להם נאמנות לצרף התוספת שהיו אנוסים ולברר שמה שאמרו קודם אינו קיום, אך זה הוי מדין עדות, פ"י שע"י המיגו שוב יש להם כח עדות ע"י ובברכ"ש סי' כו פ"י גם ד' הגר"ח בדרך זו.

ובאבי עזרי פ"ג ה"ו מעדות עמד ג"כ ע"ד הגר"ח, והקשה דא"כ הוי רק חסרון קיום, והרי בגמ' מפורש דטעמיהו דרבנן משום הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ולכן מבאר דשטר שאינו מקוים יש חשש על כל סוגי הפסול כיון שעדיין לא הוחזק בתורת שטר, וכל שנתקיים השטר ומצד עצמו אין ריעותא שוב דינו דהוא מעיד על עצמו שנעשה בכשרות משום החזקה. [ולכן בעדים אחרים שמעידים שעדי השטר הוי פסולי עדות הוי תרי ותרי כיון דהשטר מצד עצמו הוכשר ודינו שהוא מעיד על עצמו שנעשה בהכשר]. אבל כאן שאומרים עם הקיום דהשטר פסול, הרי שמגרעים את עצם הקיום ואומרים שמה שקיימו אינו קיום, והוי כאילו לא קיום השטר כלל ע"י הפה שאסר, משי"ה נאמנים. [וע"י בגליונות החזו"א הנ"ל שכונתו ג"כ לזה].

ולעיל אות מ' הובא נידון האחרונים אם קרעינן את השטר, ובנתיבות (סי' מו סקכ"א - נדפס רק בשו"ע) תלה זאת דאם הנאמנות כאן לומר קטנים היינו הוי מדין עדות - דכאלו לא נגמרה עדות ראשונה ואין בזה משום חוזרים ומגידים - נאמנים גם לקרוע. אבל אם כלפי העדות הראשונה הוי חוזר ומגיד והנאמנות רק על העדות השניה אין קורעין. וע"י משכ"ב בברכ"ש סי' כה.

מד) הנה עד כה נתבאר דברי תוס' דלאו מדין מיגו גמור הם נאמנים, אלא משום חסרון קיום. ובתוס' הרא"ש תירץ קו' התוס' באופן אחר וז"ל: וי"ל דלהכי נאמנים לפי שהן באין בטענת זיוף דאי בעי אמרי מזויף הוא, ובהאי מיגו נאמנים אף במקום עדים דהא אלמנה רבנן לטענת זיוף דיכול כל אדם לומר שטר זה מזויף הוא אע"ג דמן התורה נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, ולקמן כיון שהוא מקוים שכת"י יוצא ממק"א ליכא טענת זיוף, אבל הכא לא חשיב קיום מה שאומרים כת"י הוא זה דהא אינהו גופיהו אמרי קטנים היינו. עכ"ל. וביאר הדברי יחזקאל (סי' יט) דס"ל להרא"ש דהא דלא מהני בעלמא המיגו נגד עדים אי"ז מחמת שעדים עדיפי ממנו, אלא מחמת שגם בטענתו הראשונה אינו נאמן נגד עדים ולא עדיפא טענה שניה מטענה ראשונה. אבל כאן שבטענת מזויף נאמן נגד עדים, הוא הדין במיגו דהך טענה נאמן נגד עדים.

והתוס' דפליגי ע"י י"ל דלא פליגי בעיקר היסוד, אלא דס"ל דהא דנאמן מדרבנן לטעון מזויף אין גדר התקנה דנאמן נגד עדים, אלא מדרבנן אמרו שכל שאין השטר מקוים אין כאן נחקרה ולא מקרי נגד עדים. ולדברי תוס' הרא"ש כל נאמנותו רק מדין מגו, וא"כ לא קרעינן השטר [כ"כ הברכ"ש].

ובתוס' ב"ק ע"ב ב' מתרצים דנהי דמיגו נגד עדים לא מהני, הכא שאני דהפה שאסר הוא, [וע"י ברמב"ן ובריטב"א מכות ד' א' בענין מי שאומר שעדים העידו עדות ושקרנים הם, אם נאמן בהפה שאסר או דהוי נגד עדים].

מה) הנה התוס' בקושיהם הקשו רק משום דהוי מיגו נגד עדים. ובברכ"ש (סי' כד) העיר למה לא הקשו תוס' משום דין חוזר ומגיד. [ולכאוי תמוה קושיתו דהרי הנידון כאן שיהיו נאמנים משום מיגו ולא משום עדות, ובמיגו לכאוי ל"ש חוזר ומגיד. אכן באמת נחלקו בזה הגרע"א ובנו הגרש"א כאן בסוגין, ע"י אות מו. עוד הקשה [בסי' כה] למה לא הקשו התוס' דהוי מיגו לאורועי שטרא. [ע"י להלן י"ט ב' דבאומרים דשטר מודעה ואמנה הוא הוי אורועי שטרא ואין נאמנים, וע"י ביאור הדברים בגר"ח גירושין פ"ב].

ותירץ הברכ"ש דבהו"א ג"כ סברי התוס' דאין כאן שטר מקוים, וכל קושיתם רק משום החזקה דהחזקה הוי כאן סהדי [ולפ"י ביאור תירוץם דכשהשטר לא מקוים אין בזה אפי' חזקה וצ"ב]. וכן משמע בתוס' הרא"ש דהחזקה היא כאן סהדי, והאנן סהדי הוא דעביד לה כתרי ותרי. אכן יש מאחרונים, ע"י בחזו"א בגליונות הגר"ח ועוד, שנקטו דהחזקה מהני לענין שע"י מדין השטר דהוא מעיד ע"י, וע"י פרשת שטרות יש לזה תוקף של "עדות", ולכן הוי תרי ותרי, ולפ"י א"א לפרש כנ"ל.

מו) תוד"ה אין נאמנים, הקשו דלהמני במגו דפרוע, ותירצו דהוי מגו במקום עדים ועוד דחוזרים ומגידים הם. והקשה הגרע"א מה תירצו בתירוץ השני, הרי קושיתם משום דין מיגו ובמיגו ל"ש דין אין חוזר ומגיד. וכתב הגרע"א דשמא י"ל דלא גרסינן ועוד, והכל תירוץ אחד, דאי לאו טעמא דאין חוזר ומגיד היה לו דין עד, וא"כ הוי תרי ותרי ומיגו והיו נאמנים, ולכן כתבו תוס' דהוי חוזר ומגיד, ואכתי קשה דיהיו נאמנים במיגו, וע"י תי' תוס' דהוי מיגו במק"ע. אכן הקשה הגרע"א לל"ק דרמב"ח דהדין דחוזר ומגיד תחזור קו' תוס'.

ובהג"ה מ' שלמה איגר פשיטא ליה להיפך, דאין נאמן לחזור ולהגיד במיגו [והיינו משום שהגדתו הראשונה אלימה וא"א לו לומר היפך ממנה, ורע"א ס"ל דהחסרון בחוזר ומגיד הוא בהגדה השניה וזה התחדש רק בדין עדות. וע"י בדברי יחזקאל סי' יט בהגה"ה].

מז) עוד תירצו תוס' דבשני עדים לא אמרינן מיגו, וברישא נאמנים משום דאי בעו שתקי. והר"ן הוסיף דברישא כ"א א"צ לחבירו דאם הוא שותק ממילא לא מתקיים השטר וכ"כ הש"ך בכללי מיגו סי' פ"ב וכ"כ הפנ"י. וכתב הגרע"א דלפ"י הא דתנן ואם יש עדים שכת"י הוא - סגי בע"א דאז לבי העדים האחרים אין מיגו דהרי יכלו לקיים השטר בלעדיו בצירוף הע"א. וכמו"כ אם יש ג' עדים שאומרים כת"י הוא זה ואנוסים היינו לא יהיו נאמנים וצ"ע [וכן העיר התומים סי' פב] וע"י ברע"א בשו"ע סי' פב שכתב דמחמת זה הוסיף הר"ש את טעם התוס' דיש מיגו דאי בעי שתקי. אכן הנתיבות [כללי מיגו סי' פ"ב אות טו] כתב דגם בג' עדים אמרינן מיגו לטעם הר"ן, דאם חושש שהשנים האחרים יקיימוהו, א"כ לא תועיל לו עדותו דאנוס היה. ואם יאמרו בשקר שאנוסים היו, ממילא גם שתיקתו תועיל.

מח) ובתוד"ה מחמת נפשות הקשו למה לא יהיו נאמנים גם באנוסים מחמת ממון במיגו דאנוסים מחמת נפשות. ותמוה הרי כבר תירצו בד"ה אין נאמנים דהוי מיגו במק"ע [בשלמא התירוץ דאין חוזר ומגיד ל"ש לרמב"ח בל"ק דס"ל דחוזר ומגיד].

ועי' בבית יעקב שתיק דלרמב"ח דס"ל דחוזר ומגיד א"כ עם המיגו יש ג"כ את עדותן שחוזרים בהם, והוי תרי ותרי ומיגו, וזה ל"ח מיגו במק"ע כיון דגם למיגו יש עדים שמסייעים לו, [וזה כסברת הגרע"א אות מו.] ועי' בדברי יחזקאל סי' יט משכ"ב.

מט) אמר רמב"ח ל"ש אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אבל מחמת נפשות נאמנים. והנה לפי"ז צ"ב למה אין נאמנים לומר קטנים ופסולי עדות היינו [דהרי רמב"ח סובר דחוזרים ומגידי]. וכתבו תוס' דהא דאין נאמנים הוא מחמת החזקה דר"ל וכדאמרין בסמוך לדעת ר"מ. והקשה הגרע"א (דו"ח מכת"י) דהא עדים נגד חזקה נאמנים, ואפי' אם נימא דהוי כאן סהדי, מ"מ להוי כתרי ותרי ואמאי תנן דאינם נאמנים כלל [וכמו שהקשתה הגמ' כע"ז על הברייתא בדף י"ט ב']. דבשלמא הגמ' לקמן קאי למסקנא דאין חוזרין ומגידין וכל נאמנותם רק מצד מיגו, אבל להוי"א דרמב"ח דבשטר חוזרין ומגידין הרי הוי עדות ועדים נאמנים נגד חזקה וכנ"ל.

ובחי' הרי"ם עמד ג"כ בזה, וכתב דלולי דברי תוס' היה מבאר דהא דאינם נאמנים משום דהוי"ל תחלתו בפסלות שהרי בשעת החתימה היו פסולים. ועי' אות מ נט.

[ובדברי יחזקאל סי' יט הקשה דלכאוי' יכולים להעיד "שבגדלותם לא חתמו", ולא להעיד "שחתמו בקטנותם", ובנוסח זה לא הוי תחב"פ.

והנה התומים (כללי מיגו סקכ"א) חקר לדברי רמב"ח דחוזרין ומגידין, האם סגי שע"א יחזור בו ויאמר שהיה אנוס מחמת נפשות ועי"ז ישאר רק ע"א [ויהיה רק חיוב שבועת ע"א] או דילמא דגם אם הם חוזרים ומגידין א"א לבטל את ההגדה הראשונה, אלא דהוי כאילו כת אחרת מעידה נגדם והוי תרי ותרי, ודעתו נוטה לצד השני ע"ש. אכן אם נימא כצד הראשון י"ל דאם יעידו בנוסח של "לא חתמנו בגדלות" אי"ז מבטל את העדות הראשונה אלא הוי עדות חדשה, ובהא אינם נאמנים, ורק אם אומרים "חתמנו בקטנות" הוי "חזרה" מעדות הראשונה ומהני].

ט) וליישב ד' תוס' כתב בשי' הגרי"ד די"ל דגם לרמב"ח בהוי"א דחוזר ומגיד, אין הפירוש שיכול להעיד נגד עדותו הקודמת, אלא דצריך בתחילה לחזור בו ולבטל עדותו הקודמת, ועי"ז אין כאן כבר עדות ושוב יכול להעיד מחדש, וא"כ נמצא דא"א לבוא מתחילה בכח עדות כדי לבטל את ההגדה הראשונה, דכ"ז שלא נתבטלה ההגדה הראשונה עדיין אין לו כח להעיד, וצריך מתחילה לחזור בו שלא מתורת עדות, אלא מכח ביטול ההגדה הקודמת וחזרה זו לא מהניא מכח מיגו. [והיסוד בזה הוא דבדין חוזר ומגיד יש ב' דינים, א) דא"א לומר כלל הגדה כשיש הגדה אחרת - ועי' בהפלאה דף כא דאפי' אותה הגדה עצמה א"א לומר פעמיים, ב) דא"א לבטל ההגדה הקודמת. וי"ל דרמב"ח חולק רק על הדין השני ולא על הדין הראשון ודו"ק].

והרמב"ן וריטב"א מפרשים דלהוי"א הא דאין נאמנים לומר קטנים ופסולי עדות היינו דאין אדם נאמן לומר גם שעשה שלא כהוגן, דגם זה נכלל בכללא דאאמע"ר, [ולחתום בקטנות או בפסול שע"ז יוכלו לגבות שלא כדין אי"ז כהוגן].

נא) והנה לרמב"ח דאמר דחוזרים ומגידין ומש"ה נאמנים, יהיה הדין תלוי בספיקו של התומים הנ"ל, דלהצד דחוזרים לגמרי מעדותן יקרעו את השטר, אבל להצד דהוי כתרי ותרי יהיה הדין דלא קרעין ביה ולא מגבינן ביה ואי תפיס לאו מפקין, וכדאמרין י"ט ב' בעדים אחרים שאומרים שהיו החתומים קטנים ופסולי עדות. וכ"כ בבית יעקב, והביא שכי"ה בהפלאה.

ומדברי הגרע"א - אות מט - שהקשה רק מהגמ' בדף יט ולא הקשה דאם בקטנים ופסול"ע הוי תו"ת א"כ הוי ממש כאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות, משמע דנקט דבאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות נאמנים לגמרי.

נב) ובעיקר דברי רמב"ח דבאומרים אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים, כתב רש"י דהטעם משום דלא כל כמינייהו לפסול את עצמם. והקשה הגרע"א מ"צ לטעם זה, תיפול"ל דאם הם אנוסים מחמת ממון הרי הם רשעים, וא"כ אינם נאמנים מדין עדות לומר שהם רשעים דלדבריהם רשע אתה [וכמבואר בכמה דוכתי דבלי פלגין א"א להאמינם בממ"נ, דעד שאם האמת כדבריו פסול לעדות, אין מקבלין דבריו אע"פ שממ"נ או אומר אמת או כשר לעדות].

והוסיף הגרע"א דלדבריו [דלא כפרש"י] א"ש שכאן לא אמרה הגמ' את הטעם שאאמע"ר, דכאן הפסול משום לדבריהם, ורק למסקנא דמיירי באין כת"י יוצא ממק"א והנאמנות מצד מיגו שע"ז ל"ש לדבריהם - בעינן לטעם דאאמע"ר.

ועוד הקשה הגרע"א על רש"י דמה איכפת לן בפסולו וכשרותו של העד, הרי אם הוי אנוסים מחמת נפשות נמצא שלא נעשה השטר מדעת המתחייב, וא"כ יש כאן עדות על פסול השטר מצד עצמו גם בלא שנדון על פסלות העדים. [וכוונתו להקשות דנהי דכאן לא אמרינן פלגין דבורא, מ"מ נימא פלגין נאמנות ונאמין כלפי השטר שהשטר פסול, ולא כלפי העד], משא"כ לפי ביאור הגרע"א א"ש דא"א לקבל העדות משום דלדבריהם רשע אתה.

נג) והאמר ר"ל עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד. ובגיטין ג' א' מביאה הגמ' מדברי ר"ל דד"ת אין צריך קיום שטרות. והקשה הגרע"א דכל דברי ר"ל רק לומר שאם הוא אמת יש לזה דין עדות ואין חוזר ומגיד, אבל איך מוכח מר"ל דלא חיישינן לזיוף. וכבר עמד בזה הריטב"א בגיטין שם, וכתב דאפשר דקים להו דהכי אמר ר"ל דבשטר שאינו מקוים נמי ד"ת דהוא כנחקרה ורק מדרבנן צריך קיום, וכתב ע"ז דאינו מחזור, והנכון כמו שפי' רבינו דמדאמר ר"ל דכמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי אלמא דאלימא מילתא דשטרא וליכא למיחש שיקרא בשטרא והיינו דאין נאמנין לומר מבדין אנו, נ"מ נמי דלא בעינן קיום מדאורייתא ומהניא טעמא דאלימא מילתא דשטרא וכל אדם נזהר שלא לעשות שקר בשטר ומדינא ליכא למיחש למזויף, עכ"ד. והדברים צ"ב. ועי' בזכר יצחק (ח"ב סי' לו) שכתב לתרץ הקושיא דכל מה ששייך נחקרה הוא רק בעדות שכבר ידועה לב"ד וכשריה מצד עצמה בלא תוספת בירור, ואם היה הדין דכל שטר הוא ספק מזויף אכתי לא נתבררה העדות ומחוסרת קיום ואין לה דין כמי שנחקרה, ובע"כ מהא דאין יכולין לחזור ש"מ שאין חשש מזויף. ויתכן דזהו הביאור גם בדברי הריטב"א.

ובסברא זו מובן מה הס"ד דבשטר יוכל לחזור ולהגיד - דכיון דסד"א דיכולין לומר שהשטר מזויף ל"ש בזה נחקרה דעוד לא נגמרה קבלת העדות. אכן ברש"י כתב דהס"ד הוא מגזה"כ "דהגדה כתיב". ועי' באבן האזל הלכות אישות פ"ג הט"ו אות ח' עוד ביאור בזה.

נד) כתב רש"י "בשלמא רישא בשאין כת"י יוצא ממק"א ועלייהו סמכין כולה חדא הגדה היא". והיינו דהוקשה לרש"י למה ברישא אין כאן חוזר ומגיד [ולכאוי' לדעת תוס' ד"ה הרי לק"מ, דהא הוי כשטר שאינו מקוים].

ועי' בחי' הגרע"א מבנו הגרש"א שמבאר ד' רש"י, דס"ל דכל שכבר הגיד שוב אין חוזר ומגיד אפי' במיגו [והסברא בזה נתבארה באות מו], ולכן בעינן שיהא הכל חדא הגדה ולא נשלמה ההגדה הראשונה ולכן יכול לחזור בו. [ולפ"ז מחדש



דכ"ז אם יש להגדה השניה תורת עדות, אבל אם אין לה תורת עדות אין יכול לחזור בו אפי' במיגו, דמאחר דאין לזה תורת עדות ל"ש לומר כולה חדא הגדה היא, ושוב יש בזה דין אין חוזר ומגיד אפי' במיגו].  
(ה) אלא כי אתמר ארישא איתמר וכו'. והקשו האחרונים דהנה רמב"ח אמר בהו"א ב' חדושים: (א) דמחמת ממון נאמנים באין כתיי יוצא ממק"א. (ב) דמחמת נפשות נאמן אפי' בכת"י יוצא ממק"א. וקושית רבא היתה רק על הדין השני, וא"כ למה הדר ביה רמב"ח גם מהדין הראשון.

ובהפלאה כתב ליישב דהא בהא תליא, דלכאוי יש להקשות מנ"ל למידרש דאינו חוזר ומגיד לומר אנוסים היינו מחמת נפשות, דילמא כל הגזיה"כ מיירי רק באומר שקר העדתי ורק אז הוא דאינו חוזר ומגיד. וצ"ל דהוי פשיטא ליה לרבא ולר"ל דלומר שקר אמרתי א"א משום דאין אדם משים עצמו רשע, וא"כ הפסוק בע"כ קאי על אומר אנוסים היינו. וא"כ דברי רבא מיוסדים על ב' ההנחות הנ"ל - דאין משים עצמו רשע וממילא אין חוזר ומגיד.  
והגרש"א (בח"י רע"א) כתב בדרך אחרת, דהנה הובא לעיל מש"כ הגרש"א בדעת רש"י דבדין אין חוזר ומגיד כלול גם שאינו יכול לחזור ע"י מיגו, והא דבאין כתיי יוצא ממק"א נאמנים הוא משום דכולה חדא הגדה היא, והיינו דזה הוי גמר העדות, וא"כ באופן שמשים עצמו רשע דאין נאמן מתורת "עדות" דקרוב הוא אצל עצמו, שוב א"א להאמינו כלל. [משא"כ להו"א דחוזר ומגיד - א"כ נאמן הוא במיגו בלי עדות ולכן נאמן אפי' אם משים עצמו רשע].  
ודומה לזה כתב האבה"א (פ"ה מחובל ומזיק) דמיגו לא מהני לעדים כיון דאינם בעלי דברים, וכל נאמנותם רק מדין עדות דע"י המיגו הוי המשך העדות - וכמשנ"ת באות מג - , ולכן בעינן שיהיו העדים עדים כשרים. [אלא דלדבריו צ"ב למה בהו"א נאמנים אפי' באנוסים מחמת ממון ומה זה תלוי בהו"א וממסקנא, ואולי י"ל דבהו"א דחוזרים ומגידים הרי הם כבעלים על עדותם ונאמנים גם מדין מיגו, ורק למסקנא שאין חוזרים ומגידים אין הם כבעלים ולכן לא מהני מגו].  
ובח"י הגרש"ש סי' י"ח כתב דהא דא"א לחזור במיגו גרידא משום דהוי מיגו נגד עדים, ורק ע"י המיגו הוי כהמשך עדות הקיום ונאמנים מדין עדים. אכן כ"ז למסקנא דאין חוזר ומגיד, אבל להו"א דחוזר ומגיד אין לשטר כח עדות לומר שהוא לא מזויף [והראיה - דאם חוזרים בהם אינו בתרי ותרי, כ"כ הגרש"ש וזה תלוי במש"כ אות נא]. ולכן בהו"א מהני אפי' אם הם משוי נפשיהו רשעים, אבל למסקנא לא.

והנה באות נ' הובא פ"י הרמב"ם והריטב"א דהא דבהו"א אין נאמנים לומר קטנים ופסולי עדות היינו, הוא משום דג"ז כלול בדין אין אדם משים עצמו רשע דזה דבר שלא כהוגן. וצ"ב לפ"ז למה במסקנא באין כתיי יוצא ממק"א נאמנים לומר קטנים היינו, הרי אאמע"ר, ומ"ש אנוסים מחמת ממון מקטנים היינו, וצ"ל דלמסקנא הדר ביה רמב"ח בלא קושיא, אלא דכן היתה קבלה בידם שכך אמר רמב"ח, ולפ"ז י"ל כן גם גבי קושית האחרונים דלעיל, וצ"ע.  
(נו) מ"ט משום אאמע"ר. הגרע"א כתב דיש לפרש הך כללא בשני דרכים: (א) דהוא דין רק בעדות, וכלשון רש"י דהוא פסול קרוב, וכ"ה לשון הגמ' בסנהדרין ט'. (ב) דהוא כלל שאין שומעין מאדם ספור רשע על עצמו, ואפי' אם אינו בא בתורת עדות, אלא מכח נאמנות אחרת שקרוב כשר בה, מ"מ לגבי רשע אינו נאמן.

והוכיח הגרע"א מסוגיתנו כצד השני, דהנה ברישא יש לעדים נאמנות מכח מיגו, וא"צ כאן לדין עדות, [וראיה לזה - דאם זה מדין עדות מ"צ לכללא דאאמע"ר, תיפוי"ל משום דלדבריד רשע אתה, ע"י אות נב]. וא"כ קשה מה בכך שאאמע"ר הרי כאן אי"ז דין עדות, ובע"כ דהכלל דאאמע"ר נאמר גם בנאמנות של מיגו.

אכן הקשה הגרע"א דביבמות כ"ה מוכח כצד הראשון, דהנה ר' יוסף ורבא פליגי בסנהדרין ט' באומר פלוני רבעני לרצוני, דר' יוסף אמר דרשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, ורבא אמר אדם קרוב אצל עצמו ואאמע"ר. וביאור המחלוקת הוא דרבא סובר דפליגין דבורא ונאמן לגבי חבירו ולא לגבי עצמו, ורב יוסף פוסל משום דלא פליגין ולדבריו רשע הוא. [דאין לומר דס"ל דנאמן לפסול א"ע שהרי סברא פשוטה היא שהוא קרוב אצל עצמו]. וביבמות כ"ה אמרינן דע"א בעדות אשה שאומר הרגתי את בעלה לדעת ת"ק נאמן ולר' יהודה אינו נאמן. ואמרינן שם דר' יוסף מתיר לדעת ת"ק דהא דנאמן [ולא הוי כפלוני רבעני לרצוני] משום דס"ל דרשע כשר לעדות אשה. והשתא בשלמא אם נימא דכל הפסול הוא רק משום לדבריד, א"ש דבעדות אשה שרשע כשר לה ל"ש לדבריד. אבל אם נימא דהוא כלל שאאמע"ר אפי' בלא לדבריד ואפי' במיגו, א"כ למה שם נאמן.

(נו) ובישוב קו"ר ע"א נאמרו ב' דרכים עקריות. דרך אחת דבאמת רק בעדות אמרינן אאמע"ר, והא דבסוגין אינם נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון הוא משום דבסוגין לא סגי במיגו ובעינן לדין עדות. וכמו שנתבאר בארוכה באות נה דברי האחרונים דכאן הנאמנות רק מדין עדות.

[אלא דלדרך זו אכתי קשה למה אמרו כאן בלשון אאמע"ר ולא סגי בלדבריד רשע אתה, ותיירץ הגרש"ר דנ"מ בזה היכא דאומרים שכבר עשו תשובה, דאז אין לדבריד ומ"מ פסולים לעדות ע"ז מדין קרוב, ויבאר בעז"ה להלן אות נט].  
והדרך השנית, דלעולם אינו נאמן כלל לומר על עצמו רשע, וסברת הגמ' ביבמות היא, דבאמת גם רב יוסף מודה דאמרינן בעלמא פליגין דבורא, אלא דבשביל פליגין צריך סיבה לחלק הנאמנות, ובשלמא ביבמות כיון דגם לדבריו כשר הוא לעדות אלא דיש חסרון של עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה - בזה שפיר פליגין. אבל בפלוני רבעני לרצוני - או בהרגתו אם רשע פסול בעדות אשה - הרי לפני הפליגין אין כלל סיבה לשמוע את העדות, דהרי הוי עדות של פסול לעדות, ובזה לא פליגין. [כן תירץ מהרי"ל דסקין תשובה ל"ט, והובא באבה"ז פ"ה מחובל ומזיק, ובברכ"ש יבמות סי' י'].  
ועוד י"ל עפ"ד הנו"ב [אבה"ע"ז סי' עב בסתירת ההיתר השני] דסברת רב יוסף אינה משום לדבריד, אלא משום שבאמת נאמן לפסול את עצמו, והיינו דהגם דפשיטא דקרוב הוא אצל עצמו, מ"מ מאחר שמעיד בעיקר על אחרים ואגב זה מעיד על עצמו, אמרינן דמגו דנאמן על האחרים נאמן גם על עצמו, וכדחזינן סברא זו ברש"י ותוס' סנהדרין י' א', וכיון שהוא רשע שוב פסול לעדות. [והגרש"ש בשער"י ו' יא הקשה ע"ז דמ"מ לבתר שבטלה עדותו מחמת שהוא רשע שוב אין מיגו, וי"ל בדעת הנו"ב דאח"כ שלא נפסל בפועל, אבל כיון שאם נקבל את העדות יפסל - שוב א"א לקבל את העדות ודו"ק].  
ולפ"ז פשוט דבהא דיבמות אם רשע כשר לעדות אשה אין בזה חסרון.

וברמב"ם בפיה"מ ביבמות כתב בדעת ר' יהודה שם דאדם משים עצמו רשע, ולכאוי זה כדעת הנו"ב דלר' יוסף באמת נפסל לעדות, אך ע"י בח"י ר' שמואל סי' י"ח שמבאר ד' הרמב"ם באופן אחר וע"ע בשער"י ו' יא.  
(נח) בש"ש (ז' ה') הביא מש"כ השו"ע (אבה"ע"ז יז ו') בשם תשובת הרא"ש דבשעת הגזירות מתירין נשים ע"פ בעלי תשובה ואין כאן חסרון של תחלתו בפסול כיון דאנוסים היו. והקשה בשו"ת נו"ב סי' עד [והיא תשובה מהר"י יצחק בכ"ר דוד] דהא להלן יט אמרינן דלר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תיהרגו יהרגו ואל יחתמו שקר ולכן אין נאמנין לומר אנוסים היינו מחמת ממון, ומבואר דהעובר עבירה באונס פסול לעדות. ותיירץ הש"ש עפ"ד הרשב"א שם שכתב דאע"פ

שלא נפסלו לעדות מ"מ גם בזה אמרינן אאמע"ר, כיון דאייז מידת חסידות ולכן אינם נאמנים. [ועיי' שיישב עפ"י גם דברי תשובת הרשב"א בזניתי עם אשתך שאינו נאמן לומר שהיה אנוס משום דיהרג ואל יעבור, והיינו כנ"ל דבאמת לא נפסל אך מ"מ אאמע"ר].

ושב הקשה השי"ש מהגמ' יבמות דמבואר שאם גזלן כשר לעדות אשה הרי הוא נאמן לומר הרגתיו, ואי"כ מ"ש אנוס שלא נפסל לעדות ששם לא נאמן - מעדות אשה שרשע כשר לה ששם נאמן לומר שעשה רשע. ולכן מבאר השי"ש דיש ב' דינים באאמע"ר, חדא בדין עדות שאינו נאמן ע"י, ב' דיש חזקה שלא עשה רשע ולא מהני מיגו נגד חזקה. והשתא בהא דיבמות שנאמנותו מדין עדות, שייך רק הפסול הראשון ולכן אם רשע כשר לעדות אשה נאמן. אבל בסוגיתנו הנאמנות רק מצד מיגו [דאילו מצד עדות הרי אין חוזר ומגיד] ולכן אם אאמע"ר הוי מיגו נגד חזקה.

והאחרונים תמחו ע"י דאטו יש חזקה שאדם יעשה מידת חסידות עד שנאמר דכשאומר שלא עשה הוי כנגד חזקה. [ועיי' בחי' ר' שמואל סי' יח ובשער"י ו' יא].

(נט) כתב הטור סי' מו באומרים אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים אפי' באומרים עשינו תשובה דכיון שהעדות מתבטל מחמת שעושים עצמם רשעים אין להאמינם.

וביאר בשער"י (שם) שהטעם משום דכל הנאמנות מדין עדות ואין נאמנים להעיד שעשו רשע אפי' בעבר. [ולדברי הגרעק"א דאין שומעין מעשה רשע א"ש ג"כ].

והנה יש לדון כאן שיפסלו משום דתחלתו בפסלות, - ועיי' אות מ', מט, - ועיי' בש"ך סי' לד סקל"ג דברשע אין חסרון של תחב"פ [ועיי' בפ"ת סקמ"ה אריכות גדולה בזה, ושהש"ך חזר בו בסי' לה ע"ש]. ועיי' מש"כ באות מט שיכולים לומר שלא חתמו בכשרות ואז תחלתו בפסול, ועיי' בשער"י הנ"ל.

(ס) והרמב"ן במשנה הביא דברי הר"י מיגש דהא דתנן פסולי עדות היינו, פירושו אפי' גזלנים, ואין בזה משום אאמע"ר משום שאומרים שחזרו בתשובה. והרמב"ן הקשה דא"כ גם באנוסים מחמת ממון יהיו נאמנים אם עשו תשובה, דמאי נ"מ אם הרשע נעשה ע"י העדות או קודם לה.

ותירץ הגרנ"ט (סי' לב) דאין העדים נעשים פסולים עד שידוע פסולם בב"ד (עי' בתומים סי' כח אורים סק"ג, ובתומים סי' פז סקכ"ז ובחת"ס יו"ד סי' יא, ובפ"ת חו"מ סי' לד סק"א). ולכן באומרים שהיו פסולים משכבר אין באים לפסול אי"ע וגם אין אומרים שהם רשעים שהרי כבר חזרו בתשובה, אבל באומרים אנוסים היינו מחמת ממון הרי כעת באים ליצור פסול על אותה שעה ע"י שמודיעים לב"ד שהיו פסולים ועיי' נפסלים למפרע, ובזה אמרינן אאמע"ר.

ועכ"פ מבואר דסוגין מיירי שאומרים שהיום אין הם רשעים, והקשה התומים (לד כח) דהרי תוסי' הוכיחו מסוגין דאפי' מלוה ע"פ לא הויה, - עיי' בתד"ה מלוה - ואם נימא דבפסול רשע אפי' תחב"פ כשר למה לא הוי מלוה ע"פ, ובע"כ דס"ל דלא כהש"ך הנ"ל.

סא) תוד"ה ואין. עיי' בראשונים אריכות גדולה בחלוקים מתי אמרינן פלגינן.

סב) תוד"ה קטנים. משמע בתוסי' דבקטנים יש סברא נוספת מלבד מלוה מידק דייק. והקשה הגרע"א איזו סברא יש בזה, הרי קטנים אינם בני דעת בע"כ הסברא מצד דהמלוה דייק. ועיי' בבית יעקב משכ"ב [דהחשש בבני י"ג שלא הביאו ב' שערות דעליהם אין המלוה דייק וסומך על החזקה דרבא, אלא דהקטנים אז בני דעת ודייקו שיש להם שערות]. ועיי' מש"כ באות נ' בשם הרמב"ן דהאומר שחתם בקטנותו הוי משים עצמו רשע, ולכאוי זה דלא כאחרונים הנ"ל.

דף יט ע"א

סג) תוד"ה חזקה. ביישוב קושיתם כתבו האחרונים דהנאמנות אחר החזקה הוא מדין עדות ולכן סובר ר"מ דאין נאמנים דהוי כמיגו נגד עדים. [עיי' באבי עזרי פ"ג ה"י מעדות]. והנה עדיין קשה מרבנן למה נאמנים נגד החזקה, ועיי' ועיי' בגרע"א על המשניות שכי' שכל קושית תוסי' רק מרבנן, דאילו לר"מ הרי למסקנא טעמו משום דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ולא משום מיגו נגד חזקה.

אכן יעוי' ברשב"א שהקשה כקושית התוסי' רק מר"מ, דאילו לרבנן י"ל דבאמת מיגו נגד חזקה הוי ספק, ומספק לא גובים בשטר. ועל הקו' מר"מ תירץ דאין לדמות החזקות זו לזו וחזקה דהכא עדיפא ולכן סובר ר"מ דאין נאמנים. וכן מפורש בתוסי' הרא"ש שהקשה רק על ר"מ, ותירץ כעין דברי הגרע"א הנ"ל דלמסקנא לא קאי הך אוקימתא כר"מ, ותמוה דאכתי תקשה מדרבנן, ובע"כ כהרשב"א הנ"ל דלרבנן י"ל דמספק לא גובים. ועכ"פ אם הקושיא רק לר"מ א"ש תירץ האבי עזרי.

ועיי' בריטב"א דמלשונו משמע דטעמייהו דרבנן משום "דההיא חזקה" דאין העדים חותמין לא מהניא במקום מיגו, ומשמע דמתרץ דאין לדמות החזקות זל"י והחזקה דהכא גריעא מהחזקה דב"ב, ולכאוי תמוה דא"כ מ"ט דר"מ, דא"א לתרץ כתירוצ' הרשב"א דהרי להרשב"א חזקה דהכא עדיפא, ולריטב"א לדעת רבנן הך חזקה גריעא, ודוח"ל דפליגי בסברות הפוכות. וצ"ל כתי' תוסי' הרא"ש או כאבי עזרי.

ובנמוק"י פרק מי שמת הביא שני ביאורים בדעת רבנן, או דחזקה דהכא גריעא מחזקה דב"ב [וזה כדמשמע בריטב"א הנ"ל] או דמספק לא גובים. [וזה כרשב"א דלעיל].

והנה לעיל אות מ' הובא הנידון האם קורעים את השטר, ולכאוי לשיטת הרשב"א [והנמוק"י בחד תירוצא] דטעמייהו דרבנן מחמת הספק אם מהני מיגו במקום חזקה, לכאוי נראה פשוט שאין קורעין.

סד) ועיי' במאירי במשנה שהביא ד' הר"י מיגש שבשובר שאומרים החתומים כתי' הוא זה אבל אנוסים היינו מוציאין ממון על פיהם [דפוסלים השובר וגובים בשטר], והמאירי הסכים לזה בעדים וחלק ע"י דבב"ד, דבב"ד לא מהני הפה שאסר להוציא ע"ש. [והיינו דדעת המאירי דהפה שאסר דעדים עדיף מהפה שאסר דבב"ד]. ועכ"פ מבואר בדבריו דלרבנן נאמנים בודאי, ודלא כשי' הרשב"א דהוי רק ספק.

[ועיי' במאירי שם שהביא ד' הר"י מיגש - והוא בשו"ת הר"י מיגש סי' נג - שדן שתמיד נכריח העדים לחתום עתה חתימת ידם ואז כבר נוכל לקיים ע"פ השוואת החתימות ולא נצטרך לעדותם, וכתב הר"י מיגש דאין חתימתם גרועה מהגדתם "כתי' הוא זה" ועדיין נשאר להם הפה שאסר, ועיי' עוד].

סה) בעיקר הא דאמרינן חזקה דמלוה מידק דייק, עיי' בראשונים דכ"ז אם אומרים העדים או הלוח דאכן נכתב השטר ללוח והיתה הלוחה, שבזה שייך לומר שהמלוה לא שדי מעותיו בכדי ומידק דייק. אבל באופן שאומרים שהעדות שקר וכתבו למלוה שטר בלא דעת לוח, ל"ש הך חזקה שהרי רצה לשקר ולגזול.

סו) יהרגו ואל יחתמו שקר. ע"י ברשב"א וברמב"ן ב' פירושים אם ההו"א דבאמת הדין הוא יהרג ואל יעבור, או דהוי רק מידת חסידות וגם בזה אאמע"ר.

סז) טעמא דר"מ כדבר הונא. ש"י רש"י דמייירי שמודה לזה. ותוס' כתבו דמייירי שאין לזה מודה ואפ"ה אין העדים נאמנים לפסול את השטר במיגו. ושי' הרשב"ם בב"ב קנ"ד דבמודה לזה לכו"ע א"צ לקיימו, ובאין לזה מודה והעדים אומרים כתי"י הוא זה אבל אנוסים היינו לכו"ע העדים נאמנים לאורועי שטרא. וכי פליגי באופן שהלוח מודה שכתבו והעדים אומרים כתי"י הוא זה אבל אנוסים היינו, [ועי' במהר"ם שיף ש"י לבאר כן גם בד' רש"י, ומיישב עפ"י קו' תוס' על רש"י].

סח) והנה בתוס' מבואר ע"פ הגמ' בב"ב דטעמיה דר"מ משום דלא אלימי עדים לאורועי שטרא. ובתוד"ה מודה הקשו למה אין נאמן במיגו, ותירצו דאיי"ז מיגו שירא הוא לשקר. ועוד פ"י הביאו בשם רש"י ע"ש. וצ"ע דהרי כבר פירשו דהטעם משום דאין בכחו לאורועי שטרא. ומפורסם בשם הגר"נ פרצוביץ זצ"ל, דיש שני אפשרויות לאורועי שטרא, א' לקלקל את עצם השטר, דשטר פרוע חסר בעצם עדות השטר, ודמי לאנוסים וקטנים היינו שיש ריעותא בגוף השטר. ואופן שני יש שלא להריע את השטר, אלא שיהא נאמן למעשה שהיה פירעון בלא ריעותא בשטר. ולפ"ז ביאר דתוד"ה מודה מייירי לענין נאמנות על הפרעון, ועי"ז כתבו דליכא מיגו. ותוד"ה טעמא מייירי לגבי לאורועי לגוף השטר, ובזה פליגי אם אלימי לאורועי שטרא או לא.

אמנם צ"ב דאם לכו"ע ליכא מיגו כמש"כ תוד"ה מודה, מדוע סובר מ"ד צריך לקיימו כן, הרי אין לו מיגו. [ואולי הביאור כד' הגר"ח והנתיבות אות מג דנאמנים משום חסרון קיום בלא מיגו והפה שאסר].

סט) אולם באבן האזל (פ"ד ממלוה הי"ד) ביאר להיפך. ונקדים ביאור דברי התוס' ד"ה מודה, שכתבו שני תירוצים למה אינו נאמן במיגו, חדא דירא לומר מזויף פן יכחישוהו. ובשם רש"י פירשו דכי אצרכוהו קיום בטוען מזויף אבל בטוען שאר טענות פסול - לא. והנה הברכ"ש (סי' כ"ז) הביא בשם הגר"ח שהבין שכוונת רש"י הוא שאין לו פה שאסר כיון דבעינן "טענת" מזויף. והקשה דנהי דאין לו פה שאסר מ"מ יהא נאמן במיגו דיכל לטוען מזויף.

ותירץ הגר"ח [וכן תירץ האבהא"ז מדעתו] דשני התירוצים צריכים זה לזה, דהתירוצ הראשון הוא שאין לו מגו כי ירא לומר מזויף, אלא דאכתי קשה דיהא נאמן בהפה שאסר. [וכתב האבהא"ז דע"ז לא מהני התירוצ הראשון: דהפה שאסר הוא הפה שהתיר אינו מטעם בירור כלל דעכ"פ כיון שהוא האוסר הוא המתיר כדאמרין התם הוא אסרה והוא שרי לה עכ"ל. וצ"ע, דבבכורות ל"ו א' אמרינן אמר ר' אלעזר לא היו מוחזקין בו שהוא בכור ובא אחד ואמר שהוא בכור ומומו עמו נאמן. [היינו דתקנו שלא יהא נאמן לומר שהמום נפל מאיליו, וכאן שהכל ידוע על פיו נאמן]. מאי קמ"ל שהפה שאסר הוא הפה שהתיר תנינא האשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. מהו דתימא התם הוא דאי בעיא לא אמרה אבל הכא דלא סגיגא דלא אמרה דקדשים בחוץ לא אכיל אימא לא הפה שאסר הוא, קמ"ל דאי משום הכי הוה שדי ביה מומא דניכר ואכיל, עכ"ל הגמ'. ומבואר דגם בהפה שאסר אם יש לו סיבה לאסור אינו נאמן וכלשון הגמ' "לאו הפה שאסר הוא" כיון שהוא מוכרח לומר זאת וכאילו אחר אמר. ולכאוי"ל דלא מהני טעמא דירא משום דיכול לשתוק, - ועי' באבהא"ז שם בה"ג שאולי בזה גופא פליגי אם צריך לקיימו, האם צריך טענה או שפסול מעצמו ועי' להלן - ועי"ז חדשו תוס' דבעינן טענת מזויף]. ועי"ז תירצו תוס' דאין כאן הפה שאסר משום דרק בטוען מזויף תקנו.

והנה הרמב"ן בב"ב ע' כתב דפרוע מגו דמזויף הוי פה שאסר ולהכי לא אמרינן ליה שטרך בידי מאי בעי (והובא בש"ך סי' קח) ולשון הרמב"ן "דכל אימת דלא מקיים לאו שטרא הוא כלל". ובפשטות הכוונה שא"צ טענה בשביל מזויף, וצ"ע דהרמב"ן בגיטין ט' כתב דבעינן טענה [או טענינן] לחשש מזויף. [ואמנם בתשובות הרמב"ן סי' ז' נסתפק בזה אם בעינן טענה].

והגרש"ר בגיטין תירץ דהגם דבעינן טענה, מ"מ כיון שע"י הטענה נעקר השטר לגמרי וכמאן דליתיה דמי, חשיב פה שאסר. [וכנראה לכן לא ביאר האבן האזל דבהפה שאסר אינו ירא כיון שיכול לשתוק, משום שהבין דגם בקושיתם דסברי התוס' דהוי פה שאסר מ"מ בעינן טענה]. ועי"ע בספר שמעתתא דמיגו סי' יב.

והקשה האבן האזל על תירוצו, דנהי דלגבי השטר לא חשיב פה שאסר משום דאחר שאינו טוען לא נחשב שעשה את השטר לשטר אלא השטר במקומו עומד, אבל הרי זה פשוט שאם לא היה הלוח כאן א"א לגבות, וא"כ נמצא דע"י הודאתו נוצר החיוב, וכלפי החיוב יש פה שאסר.

וכתב האבן האזל דזה תירצו תוס' בד"ה טעמא, דא"א להאמינו בטענת פרוע לפסול את השטר אא"כ השטר מתבטל ע"י טענתו, אבל כאן שכלפי השטר אין פה שאסר ורק כלפי החיוב יש לדון הפה שאסר הוי זה מיגו נגד שטר גמור. ומאן דפליג ס"ל דמהני הפה שאסר הגם דהשטר בחזקתו. עכ"ל אבן האזל שהם היפך דברי הגר"ח.

ובזה מדוקדק היטב לשון תוס' "ואי"ת ומ"ט לא נאמן במיגו" ויש לתמוה על לשונם, דבפשטות המיגו היינו טעמא דמ"ד צריך לקיימו, וא"כ הו"ל להקשות מ"ט פליג על אידך מ"ד, ואילו מלשונם משמע דחידשו כאן סברא חדשה. ולהנ"ל א"ש, דטעם אידך מ"ד הוא משום שנאמן על הפירעון, ואילו קושית תוס' שיהא נאמן נגד עיקר השטר [ועי"ז לא מהני סברת אורועי שטרא כיון דפוסל את עיקר השטר].

עא) והנה עד הנה נתבאר דתירוצו של רש"י הוא רק על הפה שאסר ולא על המיגו. אמנם בברכ"ש (סי' כז) ובאבי עזרי (פ"ג הי"ו מעדות) ביארו דזה תירוצו גם על מיגו, דהוי מיגו נגד עדים, והיינו דעד כמה שהשטר לא נפסל מחמת המזויף יש לו תוקף עדות לומר שאינו פרוע [ועי"ז ל"ש סברת תוס' י"ח ב' ד"ה הרי, והדרין לסברתם בקושיתם שם].

ובקוב"ש (ח"ב סי' ג') מבאר דמיגו הוא כח טענה ועל שאר טענות לא ניתן לו כח טענה וצ"ב. ויש שביארו דכשלא טען מזויף אין לו כלל זכות טענה דהזכות טענה נוצרת רק על ידי טענתו, ודמי לשטרא זייפא (ב"ב ל"ב) שהפסיד את הזכות טענה.

עב) כתבו תוס' דאין לפרש דהטעם דאינו נאמן משום דשטרך בידי מאי בעי דהא באמנה לא שייך טעם זה. ובמגיני שלמה כתב דמרש"י כאן משמע שמפרש כטעם זה שכתב "וכי אמר פרעתי לא מהימן שהרי ביד מלוה הוא". וליישוב קושית תוס' כתב דיש חזקה גם שלא יתן השטר בתורת אמנה כשם שאינו משאיר השטר ביד המלוה כאשר הוא פרוע. ואולי יתכן לפרש כוונת רש"י כבסרת הברכ"ש והאבי עזרי אות עא, ולפ"ז לא תהיה סתירה בין רש"י כאן לרש"י שהובא בתוס'.

עג) בתוס' הרא"ש ב"מ ז' כתב וז"ל, והא דאמרין א"צ לקיימו אין נאמן לומר פרעתי במיגו דמזויף משום דמה"ת עדים דהתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד דלא נחשדו ישראל על הזיוף אלא דחכמים הוא דאצרכוהו קיום

אחרי שנתקלקלו הדורות, ודוקא היכא דטעין מזויף צריך קיום, אבל בטענה אחרת במגו דמזויף לא מהימן דזיוף לא שכיח. עכ"ל.

ומבואר מזה דלא כהגר"ח ואבן האזל [לדעתם הוי זה סברא דאייז פה שאסר והרא"ש הזכיר דאייז מגו] וע"ע בשמעתא דמיגו בזה.

עד) אילימא דקאמר מלוה כל כמיניה. ע"י ברשב"א שהקשה למה לא דנה הגמ' אם כת"י יוצא ממק"א או אין כת"י יוצא ע"ש.

עה) דאמר מלוה וכגון שחב לאחרים. הקשו תוס' דנאמינו במיגו. והקשה ההפלאה דבע"ב מבואר דאם החתומים חוזרים ואומרים שהשטר הוא אמנה אינם נאמנים משום דהוי חוזר ומגיד, וא"כ כאן להוי כמיגו נגד עדים.

והבית יעקב תירץ עפ"י הריטב"א בב"מ י"ג שכתב דהא דאינו נאמן בחב לאחרים הוא משום חשש קנוניא, וא"כ כשיש לו מיגו תו אין חשש קנוניא ונאמן מדין הודאת בע"ד דעדיפא מעדים. והקשה עליו הזכרון שמואל (ע"ש סי' לח לט) דהריטב"א בסוגין תירץ על קושית תוס' דכיון דמשים עצמו רשע באמרו אמנה הוא, אאמע"ר. ואם נימא דנאמנותו מדין הודאת בע"ד, הרי הודאת בע"ד מהני אפי' היכא דמשים עצמו רשע וכדחזין בכמה דוכתי בש"ס שנאמן לומר גזלתי או זממתי וכדו', וכן מוכח בסוגין דאלי"כ אפי' אם אינו חב לאחרים לא יהיה נאמן, וכמש"כ התוס' הרא"ש שיובא להלן. וע"ק מה מהני חשש קנוניא נגד הודאת בע"ד.

ולכן מבאר הזכרו"ש דבחב לאחרים ליכא כלל לדין הודאת בע"ד, אלא דכיון דאייז נוגע רק לעצמו אינו בע"ד, אך מ"מ יש להאמינו משום אן סהדי, שאם אדם מודה שחייב מסתמא שחייב מסתמא אכן הוא חייב, וע"ז מהני החשש קנוניא שלא יהיה אן סהדי. [ואמנם גם לפ"ז דחוק מאוד מה שייכת סברת אאמע"ר מאחר דאייז דין נאמנות אלא רק חזקה ואן סהדי].

עז) ובעיקר הנדון כבר נחלקו בזה הקצה"ח והתומים, דהתומים (סי' צ"ט סק"ג) הביא ד' הש"ך דלוה שהודה שחפצו של אחרים בזמן שיש לו ממה לשלם אינו נאמן דזה ג"כ הוי חב לאחרים, ודחה התומים דודאי אי אית ליה נכסים מה חשש קנוניא יש. והקצה"ח (שם סק"ב) נחלק על התומים וכתב דכל שחב לאחרים אפי' במקום דלא שייך קנוניא נמי אינו נאמן. וראי' מקידושין סי' ב' אע"פ ששניהם מודים שנתקדשו ל"ח לקידושין ול"ד לממון דמהני, משום דבממון הבע"ד נאמן משא"כ בקידושין חב לאחרני, והתם הרי אין חשש קנוניא.

והנה הרשב"א בקידושין שם הקשה כעין קו' תוס' דידן, דהרי בב"מ מבואר דכשיש מיגו נאמנות גם לחוב לאחרני, וא"כ גם אשה שאמרה שהתקדשה יכולה להתקדש עתה בפנינו ותהא נאמנת. ולכא"ו שם דבעינן שהנאמנות תועיל לקיומי לא סגי במגו, ובע"כ כוונת הרשב"א כסברת הבית יעקב דע"י המגו שוב תהא נאמנת מדין הודאת בע"ד - היינו שויה אנפשה חד"א. וא"כ מוכח מהרשב"א כבית יעקב. [ראיה זו הביא בשמעתא דמגו]. [וע"ש ברשב"א שמיישב דהתם מה דלא מהני שניהם מודים משום דחב לאחרני הוא סברא בדרכי הלימודים שדבר שבערוה הוקש לממון שיש בו חובה, ע"ש].

אולם עיין באמרי בינה הלכות הלואה סי' לד שהוכיח מדברי הרשב"א בתשובותיו בכמה דוכתי דאפי' במקום שאין חשש קנוניא ג"כ אינו נאמן, וצ"ע מזה ע"ד הרשב"א בקידושין. [ואולי י"ל דהרשב"א בתשובה מייירי בלוה שאומר על חפץ שאינו שלו, ושם כיון דיש למלוה שעבוד על החפץ הוי כשותף שאינו נאמן על חלקו של השותף השני. אבל בגמ' בב"מ דמייירי במוכר שט"ח לחבירו ששעבוד הגוף לגמרי שלה, וכן באשה שנתקדשה שעיקר הנידון על הקידושין ששיכים רק לאשה, אלא דיש מזה נפקותא לאחרים, בזה סובר הרשב"א דבלי חשש קנוניא נאמן מדין הודאת בע"ד].

עה) ובעיקר דין הודאת בע"ד במקום דמשים עצמו רשע, הנה יעוי' בתוס' הרא"ש כאן שהקשה למה נאמן המלוה לומר שטר אמנה הוא זה הרי משים עצמו רשע. ותירץ בשם הר"מ דהוא בא לעשות תשובה שהרי מחייב עצמו בתשלומין ובכה"ג לא מקרי שמשום עצמו רשע. [וכ"כ הגר"א סי' מ"ו סק"צ והביא דברי התוס' ב"מ ג' ב' גבי קרבן כשאומר מזיד הייתי ודברי תוס' יבמות מ"ז א'].]

ובריטב"א מכות ג' א' הקשה איך עד נאמן לומר על עצמו ששיקר ולהתחייב לשלם ממון הרי אאמע"ר, ותירץ וז"ל: י"ל דההיא בחיוב שבגופו בלחוד, אבל בממון פלגין דבוריה כאומר גנבתי או גזלתי שמשלם קרן ע"פ עצמו שהרי יוצא מדבריו שהוא מודה שיש לחבירו ממון אצלו, ע"ש. ובפשטות כוונתו בתירוץ לומר דפלגין דבוריה, וצ"ע דזה הוי כמו חד גופא דלא פלגין כדאיתא בב"ב קל"ד ב', ועי' בראשונים לעיל י"ח ב' שדימו אנוסים מחמת ממון לחד גופא וכ"ש כאן. ובאוי"ש פ"ה מטוני"ט כתב דהאומר גנבתי אין נמכר בגניבתו דאינו נאמן לומר שגנב דאאמע"ר, וכל מה שנאמן הוא על חוב ממון, וכיון דאין נמכרים אלא על גניבה ולא על חוב ממון אחר שוב א"א למוכרו, ולכא"ו הוא מדין פלגין וכמשמעות הריטב"א הנ"ל. וצ"ע כנ"ל. וכמדומה שראיתי באיזה ספר לבאר דדין הודאת בע"ד יסודה הוא שנאמן על החיוב ולא על המעשה, ואייז מדין פלגין אלא דכן הוא עיקר הנאמנות, דנאמן רק על הא דחייב ולא על איך נתחייב. ויתכן דזו כוונת ריטב"א. [אלא דדברי האוי"ש לא יתיישבו בזה, דהרי אם יש נ"מ בדיני ממון - האם נמכר בחובו - , שוב תהני בזה הודאתו לומר שיש לו חוב שיש בו דין מכירה, ושוב בעינן לפלגין נאמנות].

וי"ל עוד בביאור ד' ריטב"א עפ"י התרוה"כ סי' א' דיש ב' דינים בהודאת בע"ד, דאם מודה בפני ב"ד הוי זה מדין נאמנות ונאמן נגד עדים, אבל שלא בפני ב"ד אייז אלא דין הנהגה כלפי עצמו דב"ד כופין אותו להתנהג ע"פ דבריו, וכעין שוי אנפשיה חד"א. ולפ"ז י"ל דהא דאאמע"ר הוא דין בדיני נאמנות, אבל הדין השני דנתנהג ע"פ דבריו קיים אפי' במקום שמע"ר כיון שא"צ בזה לנאמנות. [והחסרון דאאמע"ר הוא בדיני נאמנות] ויתכן להעמיס ד"ז בלשון הריטב"א במכות הנ"ל.

ולפ"ז אפ"ל בביאור דברי הריטב"א בסוגין [שכתב דכאן אינו נאמן משום דאאמע"ר], וי"ל דלעולם ביאור קו' הריטב"א כד' הבית יעקב דיהא נאמן מדין הודאת בע"ד, דאם נאמן לגבי עצמו ממילא נאמן גם לגבי האחרים שהם תולדה ממנו [אא"כ יש חשש קנוניא], ותירץ הריטב"א דאאמע"ר, וממילא אייז נאמנות אלא הנהגה וכמשנ"ת בד' הריטב"א במכות, וכיון דאייז נאמנות לא מהני כלפי חבירו.

והנה הרא"ש הביא בשם הראב"ד דאם אמר האמצעי שטר אמנה הוא זה ופרע הוא עצמו את החוב לראשון, יכול אח"כ לגבות את החוב מן השלישי, דתלינן שכל מה שאמר קודם היה רק לאשתמוטי מהראשון. והביא הרא"ש שר' יונה כתב דאם אמר המלוה שטר אמנה הוא רק אחרי שתבעוהו, י"ל כדברי הראב"ד. אבל אם אמר כן מעצמו קודם שתבעוהו לגבי עצמו נאמן ולגבי בע"ח אינו נאמן, ואף אם נודע לנו רק אח"כ שיש לו בע"ח אמרינן שכיון מתחילה לחוב לאחרים ולא כל כמיניה. עכ"ד. וצ"ב בדעת ר' יונה דממ"נ אם נאמן - יהיה נאמן גם על אחרים ואם לא נאמן משום חשש קנוניא לא

יהיה נאמן גם על עצמו. וביאר בזכרו"ש סי' לט בב' אופנים. א) דמ"מ נאמן כלפי עצמו משום דדמי לשוי אנפשיה חד"א, ולא מדין נאמנות הודאת בע"ד. ב) דהטעם דאינו נאמן על אחרים אי"ז משום חשש קנוניא אלא משום שכלפי האחרים אין לו כלל תורת בע"ד, ורק במה שנוגע לעצמו נאמן.

עט) והנה מדי' הריטב"א והרא"ש שדנו דיהא דין אאמע"ר בהודאת בע"ד, חזינן דאי"ז דין דוקא בעדות אלא גם בכל נאמנות, ועי' בדברי הגרש"א בחי' רע"א לעיל י"ח ב' שהאריך בנידון זה, והביא דברי הג"א פ"ט דב"ק סי' י"ח שנחלקו הראשונים אם מהני טענה באופן שמשים עצמו רשע. [ועי' בשי' הגרש"ר מכות אות מב שכתב לחלק בין נאמנות לטענה ע"ש].

פ) ובעיקר קושית ההפלאה דהמיגו הוא נגד עדים, תירצו האחרונים (עי' קה"י וזכרון שמואל סי' לט) דהנה השי"ך סי' מו ס"ק קטו כתב דאם עדים אחרים מעידים שהשטר היה אמנה אי"ז תרי ותרי אלא נאמנים לגמרי [ועי' בתומים שחולק ע"ז]. וסברת השי"ך היא דאי"ז מוכרח מעדותם שלא היה אמנה, אלא דמ"מ כיון דפשטות הדברים שלא היה אמנה יש לאותם העדים החתומים דין חוזר ומגיד כשאומרים נגד הפשטות, אבל עדים אחרים נאמנים לפרש דהיה אמנה. [ול"ד לקטנים או אנוסים ששם נחשב שעדי השטר מעידים בפירוש שאינם קטנים ואנוסים]. ולפי"ז י"ל דגם מיגו מהני ולא הוי מיגו נגד עדים.

פא) והנה התוס' תירצו על קושיתם דלא חשיב מיגו משום דטפי נחא ליה לומר אמנה מלמחול. והריטב"א תירץ דאין נאמן להשים עצמו רשע. (ונתבאר לעיל). והראב"ד המובא בראשונים תירץ דאינו נאמן לומר שהעדים חתמו ברשע. ולפי"ז באומר פרוע הוא נאמן, [ועי' רמב"ן שהקשה ע"ז דילמא חתמו העדים כדן ומסרו ללוה והוא מסרו בתורת אמנה, שבה רק הוא רשע ולא העדים].

ובריטב"א הביא בשם אחרים דכיון דבטענתו זו אינו מרויח כלום לעצמו אדרבה מפסיד הוא חובו, אי לנו לומר בו דין מגו במקום שחב לאחרים. [וצ"ב, ואולי הכוונה דלי"ש בזה כח טענה כיון דאין טוען לעצמו, וכשי' הראשונים דגם עדים אין להם מיגו כיון דאינם בע"ד].

והרא"ה תירץ דכיון דאם מוחל חלה המחילה רק מכאן ולהבא, ואילו בטענתו דהשטר אמנה בטל השטר למפרע, ל"ש בזה דין מיגו [וא"א להאמינו גם באמנה רק מכאן ולהבא, כמו באומר גירשתי את אשתי שאינו נאמן אף מכאן ולהבא הואיל ואינו נאמן למפרע דלא פלגינן בחד גופא, עי' ב"ב קל"ד]. אכן כ"ז בידוע חיובו או כגון הכא דהשטר לפנינו, אבל אם עיקר החיוב בספק נאמן במגו אפי' בכה"ג. [ועי' בשמעתא דמיגו סי' משכ"ב].

ועי' בר"י מיגש באריכות כמה תירוצים בזה, ועי' בבעה"מ ובמלחמות. [ומתירוצ' הרא"ה והר"י מיגש לכאן מוכח דאין קושית תוס' משום הודאת בע"ד - והמיגו רק לאפוקי מחשש קנוניא - כמשי"כ הבית יעקב, דא"כ מה תירצו שבכללי מיגו לא מהני כאן האי מיגו, הרי אין הנאמנות מפרשת מגו, וכל המיגו רק היכי תימצא שלא יהיה קנוניא ודו"ק].

פב) הרמב"ן תירץ דהא דאינו נאמן במיגו משום דהוי מיגו נגד חזקה דמה שתח"י הרי הוא שלו, והוסיף שם דזהו טעמו של הרמב"ם שכי' דלוה שאומר על נכסיו שהם של אחרים אינו נאמן אע"פ שבידו למכרם [ומטלטלי שמכרם אינם נגבים לבע"ח], משום חזקה דמה שתח"י הרי הוא שלו. והוסיף הרמב"ן דחיישינן לקנוניא. וצ"ב מ"צ להא דחיישינן לקנוניא, תיפוז"ל משום דיש חזקה נגד המיגו. וביאר הנהיגות (ס"ב ט') דכל המעיד על דבר שבידו לעשותו יש שני אופנים שיכול להיות נאמן. א) מדין מיגו. ב) מדין עד שהדבר בידו וזה נותן לו נאמנות אפי' בממון. והנה אם הנאמנות מדין מיגו, אינו נאמן נגד חזקה מה שתח"י הרי הוא שלו, אבל אם נאמן מדין עדות אז נאמן גם נגד החזקה. ולפי"ז אי"ש מש"כ הרמב"ן דחיישינן לקנוניא, דבלא החשש קנוניא יש לו דין ע"א, אבל ע"י החשש קנוניא אינו עד אלא הרי הוא תובע, וכל נאמנותו רק מצד מיגו ולא מהני נגד חזקה.

ועי' באמרי בינה דיני הלואה סי' לד שהתקשה דהרי חשש קנוניא הוא רק ספק וא"כ מספק לא יגבו בשטר, ותיירץ דכאן ריע טענתיה במה שאומר שהשטר אמנה ולכן אינו נאמן, אך התקשה דבגוונא שאומר על מטלטלין שבידו שאינם שלו לא ריע טענתיה ולמה לא הוי לכה"פ ספק. וי"ל.

פג) בעיקר דין שעבודא דר"י, עי' ברשב"א בהשמטות לקידושין ט"ו שהקשה מ"צ לגזה"כ בזה, תיפוז"ל שיגבה החוב כמו שגובה כל שעבוד. [עי' בחזו"א (ב"ק טו טו) שיש לפרש בתרתי, או כוונתו שיגבה את "החוב" ויהפך הוא עצמו לתובע של השלישי. או די"ל דיש לו זכות בנכסי השלישי מכח השני, אע"פ שעדיין השני נשאר בעלים. ועי' משכ"ב הגרש"ר (בחי' ב"ב סי' כ"ז) בזה]. ותיירץ דחובות אינם משתעבדים כיון שאין גופן ממון. והקצה"ח (סי' פז סק"א) הוכיח דהרא"ש סובר דחוב משתעבד וא"כ הדק"ל. ותיירץ הקצה"ח דנ"מ שיזכה גם בשעבוד הגוף ולא יוכל למחול. ועי' שדחה זאת, דאם מדין שעבוד אתינן עלה, יכול לזכות גם בשעבוד הגוף דשעבוד עדיף ממכירה. עוד תירץ דנ"מ היכא שהחוב נעשה אחרי ההלואה, דהו"ל כדאיני שמדאורייתא לא משתעבד, ועי' מהני שעבודא דר"י. [ואמנם בהגהות אשר"י פ"ד דב"ק ס"ל דלא משתעבד בכה"ג אם מדרי"ג, אך להלכה פסקינן דאין חלוק בזה, ועי' משכ"ב בחי' הגרש"ר כ"כ סי' כז ובזכרו"ש סי' נא]. עוד תירץ דנ"מ שאחר שעבודא דר"י א"א לאמצעי לסלק את הראשון בזווי דהוא כבר נהיה בעל חוב של השלישי. [אך עי' בנתי"מ ובחזו"א שחלקו ע"ז, דמ"מ יכול לסלקו ע"י שפורע את החוב דידיה וממילא פקע השעבודא דר"י].

והנה בסוגין מבואר דרך לר"י הו"ל חב לאחרים אבל לרבנן לא, וצ"ע לדעת הרא"ש דגם לרבנן גובה [ורק דליכא לנ"מ של הקצה"ח] א"כ למה לא הוי חב לאחרים. וביאר החזו"א דכ"ד הקצה"ח לדינא דאורייתא דמטלטלין משתעבדי, אבל כאן מיירי בתר שרבנן בטלו שעבוד מטלטלין ולכן אינו גובה כלל לרבנן.

פד) והנה הר"ן כתב להוכיח מסוגין כד' הרשב"א דלרבנן שטרות אינם בני גוביינא, מהא דלרבנן אי"ז חב לאחרים. והקשה הגרע"א דהר"ן בהמשך דבריו הקשה דיהיה נאמן במיגו דמחילה לומר אמנה הוא, ותיירץ בתירוצא קמא דשעבודא דר"י א"א למחול. וא"כ לרבנן דיכול למחול שוב יהיה נאמן במיגו דמחילה, ומה הוכחת הר"ן מסוגין כהרשב"א, דילמא הא דנאמן אינו מטעם דלא הוי חב לאחרים אלא מטעם מיגו. והגר"ש איגר בשו"ת ח"ב כתבים ס"ה, כתב ליישב דהר"ן כתב הוכחתו רק לפי תירוצו השני דכאן אין מיגו דמחילה מפני שחוששת שלא יגבה אח"כ החוב מהלוה. [ועי' עוד מה שרצה השואל לומר בזה, והועתק ברע"א הוצאת אריאל]. ויש לדון לפי"ז לתרץ ד' הרא"ש אות פג מסוגין.

פה) עי' בר"ן שדין שעבודא דר"י הוא רק כשאין לאמצעי מה לשלם, ועי' בשך סי' פו סק"ה אריכות עצומה בזה ועי' בקצה"ח ובנתיבות.

פו) מש"כ התוס' בשם י"מ דבשעבודא דר"י קדם חובו של חבירו צ"ע דלכא' מיירי גם בקדם חובו של חבירו לשלו [ושי' הב"א - מובאת באות פג - דרך בקדם חובו של חבירו יכול לגבות], ואולי הביאור דודאי שעבוד דר"י איכא בכל

גוונים, אלא דסייל דאינו זוכה בשעבוד הגוף אם כבר נשתעבד לאמצעי, ורק אם כבר בתחילת החוב היה לו שעבוד אז עיקר שעבוד הגוף חל לראשון.

דף יט ע"ב

פז) כיון דעולה הוא אעולה לא חתמי. כתבו הראשונים דאין נפסלים העדים לעדות כשחותמים על אמנה, אך מ"מ כיון שאסור לעשות כן אינם נאמנים לומר שעשו כן.

פח) אסור לאדם להשהות שטר שאינו פרוע בתוך ביתו. ולהלן איכא מ"ד דשטר פרוע לא דזמנין דמשהי ליה אפשיטא דספרא. ופירושו תוס' דלכו"ע מותר להשהות אפשיטי דספרא והפלוגתא רק באשתלי והשהה השטר שלא על פשיטי דספרא. וכ"ד הרא"ש והריטב"א. אבל הר"ן כתב דהפלוגתא היא במשהה על פשיטי דספרא ואפי"ה איכא מ"ד דאסור להשהות, וכן נפסק בשו"ע (סי' נז ס"א) דאסור להשהות אפי"ה על פשיטי דספרא.

והנה בשטר שנפרע מקצתו מבואר בב"ב קע"ב דמותר להשהותו [ונחלקו המחבר והש"ך (שם) אם מותר דוקא אם שובר או אפי"ה בלי שובר]. וצ"ל דשאני פשיטי דספרא, שאין הם חלק מהחוב הכתוב בשטר והוי כמשהה שטר על חוב אחר שאסור [וכמבואר בשו"ע שם דשטר שנמחל שעבודו אסור להשהותו אפי"ה שיש חוב אחר]. אלא דצ"ע שהרי יכול לתפוס את הפירעון של החוב עבור הפשיטי דספרא, ואז הסכום שישאר יהיה מהחוב עצמו ויהא מותר לו להשהות את השטר. ותי"ץ הנתיבות דהשו"ע מירי שבזמן הפירעון הסכים בפירוש שהפירעון יהיה עבור החוב ולא עבור הפשיטי דספרא.

פט) ובסמ"ע סק"ב כתב דשטר שמחל על השעבוד קרקעות שבו אסור להשהותו, והקשה הש"ך מ"ש משטר שנפרע מקצתו דמותר להשהותו. [ואולי י"ל דהש"ך לשיטתו בסק"ו דסי"ל דבנפרע מקצתו שרי להשהותו אפי"ה בלי שובר, אבל למאי דמשמע מדברי השו"ע דמותר רק ע"י שובר, א"כ י"ל דבמחל על השעבוד קרקעות לא יועיל השובר, דכיון דהמחילה רק על מה שנוגע ללקוחות [דמנייה ידיה הרי גם אחר המחילה יכול לגבות] שוב לא מהני השובר דהלוא לא יוציאנו כיון שלו עצמו אין תועלת מהשטר].

צ) ספר שאינו מוגה אסור להשהותו יותר מלי יום. כתב רש"י תורה נביאים וכתובים. ובבית יוסף סי' רעט הביא מהגה"מ דהראב"ה כתב דאסור בתנ"ך, והזהיר אף בתלמוד תבוא עליו ברכה עכ"ל. [משמע דבתלמוד אי"ז מעיקר הדין] ובשם רבינו ירוחם כתב דה"ה לגמרות ופירושים ולשאר ספרים שצריכים לפרש דיני התורה ומצוותיה שאסור להשהותן בלא הגהה שמא יטעה בגירסת הגמ' או בספר אחר ויאסור את המותר או יתיר את האסור ואין לך עולה גדולה מזו. עכ"ל. [ועי' ברא"ש וברטב"א שכתבו בדעת רש"י דאסור גם בספרי התלמוד, ולכא"ו י"ל דסבר כראב"ה].

ונראה דהראב"ה פירש דהאיסור משום החפצא של התורה שבזיון הוא לה כשכתובה שלא כדין, ולכן כ"ז נאמר בתורה שבכתב שיש לה דין כתיבה, אבל בתורה שבע"פ לא [ורק תבוא ברכה למי שזוהר בזה]. ואילו ר' ירוחם ס"ל דהאיסור משום שע"ז יבוא לאסור מותר, והיינו שהגברא יטעה ע"י הטעות שבספר, וזה שייך בכל הדינים. ולכא"ו נראה דבאגדות חז"ל אין איסור להשהות כיון דאי"ז דינים למעשה. ולפי"ז צ"ע דגם בתנ"ך יהיה מותר להשהות ספר שאינו מוגה בדברים שאינם הלכות, וי"ל דלר"י תרומתו איתנהו ואסור הן משום הספר הן משום הטעות של הגברא. [וי"ל עוד נ"מ בחקירה הנ"ל בטעות שמוכחת מתוכה וכל הקורא בספר יבין מאיליו שטעות היא].

והרמב"ם כתב דין זה רק גבי ס"ת ומשמע דאפי"ה בנ"ך אין איסור.

צא) אמר רב נחמן עדים שאמרו אמנה ומודעה היו דברינו אין נאמנים. וביארו רש"י ותוס' דהטעם שאינם נאמנים לומר מודעה, משום דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא. ועי' בחי' רח"ה הלכות גירושין שמבאר דאין כאן חסרון של מיגו נגד עדים כמש"כ התוס' בדף י"ח ע"ב דהגדתם היא שאין כאן קיום, [וגם שטר מודעה ואמנה ותנאי נחשב כחסרון קיום השטר], אלא דמ"מ כיון שגם לדבריהם יש לשטר תורת שטר שוב אין מקבלים מהם שהשטר היה מודעה ואמנה ע"ש. ועי' בתוס' ב"ב מ"ח ב' שהוסיפו עוד שאין חוזרין ומגידין, וכוונתם דהטעם שאין נאמנים ע"ז מדין עדות [שע"ז ל"ש החסרון דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא] משום דהו חוזרין ומגידין. [והרשב"ם מפרש דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא הוא עצמו סברת אין חוזרין ומגידין].

וכתבו התוס' דלר"י הטעם באמנה ג"כ משום דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא, וברשב"א מדיק כן מלשון הגמ' לקמן "מודעה ואמנה היינו טעמא דקא עקרי לשטרא". ומבאר הרשב"א דר"י סובר דאי"ז עולה לחתום על שטר אמנה. וכל מה שאינם נאמנים הוא רק משום דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא. [וקצ"ע דבגמ' בע"א אמרינן אי דאין כתי"י יוצא ממק"א אמאי לא מהימני, והרי ר"נ סובר שאינם נאמנים משום דלא מרע ע"פ לשטרא. וי"ל].

אולם ברשב"ם ב"ב מ"ט א' מבואר דלר"י תרומתו איתנהו, גם אאמע"ר וגם לא אתי ע"פ ומרע לשטרא. והנה הקצה"ח סי' מ"ו סקכ"ד כתב דכל מה ששייך באמנה הטעם דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא [והיינו שגם לדבריהם השטר כשר] הוא רק לרב נחמן דלא ס"ל דהוי עולה והשטר כשר. אבל למאי דקימ"ל דהוי זאת עולה ולא ניתן לכתוב, א"כ תו ל"ש לומר בזה לא אתי ע"פ ומרע לשטרא, דהרי דמי לאנוסים היינו שאין השטר כשר כלל. והנה מדברי הרשב"ם מבואר להדיא דלא כקצה"ח, דלדבריו ר"נ סובר דהוי עולה ומ"מ איכא גם לדינא דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא. ויעוי' בש"ך סי' פ"ב סקכ"ח שמפורש ששטר אמנה כשר אם ידוע שאח"כ באמת הלוא, ועי' גם בר"ן שכתב דהשטר כשר אלא דלאו שפיר עבדי שחתמו עליו, ולפי"ז אי"ש דברי רשב"ם. [אך הקצה"ח בסי' פ"ב סק"ח חולק על הש"ך, ומוכיח משטר מודעה שא"א לגבות בו אפי"ה את דמי המכירה משום דלא ניתן ליכתב. ותמוה דא"כ תקשי מסוגין דמבואר דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא, ובע"כ דשאני התם שבאמת לא מכר מכירה גמורה מהני, [ועי' בקו"ש ב"ב אות רט שהקשה דכיון שהמוכר אנוס אין כאן דעת המתחייב ולמה הוי שטר, אכן יעוי' בבית יעקב שכתב דכיון דנכתב בצווי הלוא שם שטר עליו].

צב) ושיטת הר"ן והריטב"א בסוגיין והרמ"ה בב"ב, דהא דאין נאמנים לומר אמנה ומודעה לר"י, משום דבתרומתו משימים עצמם רשעים, דאסור לכתוב שטר מודעה [ועי"ש דהפלוגתא בין ר"נ למר בר ר"א היא האם תולים שכתבו המודעה באופן שהיה היתר לכתבו ע"ש]. והנה בגמ' בב"ב איתא דאם מעידים בשטר שהיה מודעה מהני, [ופירש הרשב"ם דמירי שהשטר מודעה נכתב קודם השטר מכר ולכן לא הוי חוזר ומגיד], ולדברי הר"ן דהטעם משום ששימים עצמם רשעים קשה למה נאמנים. ועי' בברכ"ש ב"ב (סי' מ"ב מ"ד) שמבאר דהשטר מודעה מצטרף לשטר מקח והוי כחד עדות שהמקח באונס, ובכח"ג לא משימים עצמן רשעים, [אבל בע"פ לא מצטרפת עדותן והוי רשע וע"ש].

צג) ויעוי' ברבינו יונה בב"ב שמבאר דהא דבשטר מהני להעיד שהיה מודעה הוא אפי"ה אם כתבו את המודעה אחרי המכירה [ודלא כרשב"ם] וביאר זאת בתרי גוונים. חדא, דע"י שטר חוזר ומגיד ורק בע"פ אין חוזר ומגיד. ובאופן אחר ביאר דהא דאין חוזר ומגיד היינו שאין ב"ד מקבלין עדותו, אבל בשטר שנתקבלה העדות ממילא, שוב אין חסרון של

חוזר ומגיד. ועייש בברכ"ש שמבאר דהיכא דעדוהו הראשונה סותרת לאחרונה ודאי שאינו נאמן אפי' בשטר. אלא דשאני התם שהמודעה אינה סתירה גמורה למכירה, אלא דדין הוא שסתמא של השטר הוא שלא היה מודעה, ובוזה הא דיש חסרון של חוזר ומגיד הוא דין נוסף: שאין מקבלין גם עדות של תוספת ופירוש על העדות הראשונה, דכבר נגמרה העדות [ויסוד זה מבואר בהפלאה דף כ"א]. ולכן מהני עיי' שטר. ועייש. [ובברכ"ש הביא זאת בשם הר"י מיגש, והוא ט"ס וצ"ל ר' יונה].

צד) מ"ט האי ניתן ליכתב והאי לא ניתן ליכתב. פירש רש"י דניתן לכתוב את השטר "מכירה". ועיי' ברשב"א וברמב"ן שיש שפירשו דניתן לכתוב שטר "מודעה". וכתב הרשב"א דלש"י רש"י נאמן רק באין כתי' יוצא ממק"א, אבל לפירוש דניתן לכתוב את המודעה נאמן אפי' בכתי' יוצא, וביאר הר"ן שאי"ז חוזר ומגיד שעדין לא הגידו כיון שבידם לפסול הגדת השטר משעה ראשונה. ובשיטה ישנה (בשטמ"ק בב"ב) משמע דהטעם משום דנאמנים במיגו שיכלו לכתוב שטר. עוד הביא בר"ן שיש שפירשו שניתן ליכתב שטר המכר כדי לגבות דמי המכר. וכתב הר"ן דלפ"ז ג"כ לא מקרי חוזר ומגיד כיון דגם לדבריהם קיימת עדות השטר לגבי הממון.

אמנם יעוי' ברמב"ן שהביא שהשיטות דסברי דאפי' בכתי' יוצא ממק"א נאמנים - יכולים לסבור כשלשת הפירושים דלעיל [גם כרש"י], ונראה מדבריו דהטעם משום דלא מקרי דנעקרו השטר מאחר וניתן להיכתב, והרמב"ן דחה דגם בזה נעקר השטר ולא כמילתא אחרייתא דמו, אמנם לסברת הר"ן והרשב"א דזה תלוי בשיטות הנ"ל לכאוי א"ש. והנה לשיטות דלמר בר רב אשי נאמנים אפי' בכתי' יוצא ממק"א קשה מהגמ' בע"א דאמרין גבי אמנה אי כתי' יוצא ממק"א פשיטא דלא מהימני, וכתב הגרע"א ליישב דיש חילוק בין אמנה למודעה, דבאמנה אין נאמן דהוי כעקירת השטר [לגבי כתי' יוצא ממק"א], אמנם הקשה דברשב"ם בב"ב משמע דאמנה ומודעה שוים [מלבד הסברא דאעולה לא חתמי] וא"כ הדק"ל. וצ"ע.

ובתוס' בב"ב מבואר דטעמיה דמר בר רב אשי משום דהמודעה אינה סתירה למכירה ולא מקרי חוזר ומגיד. [אבל בכתי' יוצא נחשב כחוזר ומגיד, עיי']. והקשה הגרע"א דהרי גבי אמנה ל"ש טעם זה דודאי זה הוי כחזרה מהשטר ולא כתוספת, ואפי' מבואר בגמ' דהיה יכול לחזור בו [והטעם משום דהוי כחסרון קיום כמו שביארו תוס' והגר"ח] לולא הטעם של לא ניתן ליכתב, וא"כ למה לתוס' לומר טעם חדש במודעה. [ואולי י"ל דס"ל לתוס' דבמודעה ל"ש לומר דהוי חסרון קיום, ובע"כ הא דנאמן משום דלא חשיב חוזר ומגיד].

צו) תנאי הוי דברנו. עי' ברמב"ן וברשב"א ובר"ן שנחלקו הראשונים אם מיירי בכתי' יוצא ממק"א, או דאין כתי' יוצא. ולראשונים דמיירי בכתי' יוצא, הטעם דנאמנים משום דהוי עדות נפרדת לגמרי, וכמו פרו. ועי' ברמב"ן שהקשה דלפ"ז איך אמרין להלן דגם ע"א שאמר תנאי הוא נאמן, הרי בע"א שמעיד על שטר מקוים שהוא פרוע פשיטא דאינו נאמן. ועי' בר"ן שמיישב דפרוע הוא עדות חדשה, אבל לומר תנאי הוי דברי הוי גילוי מילתא בעלמא וע"א נאמן בזה. ועיי' ברשב"א. והרמב"ן מפרש דדוקא באין כתי' יוצא ממק"א נאמן, והקשה הר"ן דלדבריו דבכתי' יוצא אינו נאמן מוכח דהשטר מעיד גם על זה שאין כאן תנאי, וא"כ למה באין כתי' יוצא נאמנים, הרי חתימן הוי רשע ואאמע"ר.

ותירץ בקה"י, דהנה כתב הש"ך (סי' מ"ו סקט"ו) ע"פ הרשב"א דבעדים אחרים שאומרים שהשטר אמנה הרי אלו נאמנים, ועיי' בב"י שאע"פ שהעדים עצמם אינם נאמנים והווי חוזרים ומגידים, מ"מ עדים אחרים נאמנים לגמרי. [אך התומים חולק ע"ז עיי']. והביאור בזה דאין ברור שהעדים התכוונו להעיד שאין זה אמנה, אלא דהוי רק כעין רוב שלכך התכוונו העדים בעדותם ולכן הם עצמם אינם נאמנים דאין מקבילים כלל את דבריהם דהרוב אומר לנו שהם חוזרים ומגידים. אבל אם באים עדים אחרים [שבכל מקרה נקבלם ויהיה לכה"פ תו"ת] אז נאמנים נגד הרוב ואמרין שהעדים לא התכוונו לזה. ולפ"ז א"ש ג"כ שאינם נעשים רשעים כיון דהם אומרים שלא התכוונו להעיד ע"ז, ומיושבת קו' הר"ן. [והרבה יש להעיר בדבריו ואכמ"ל].

ובברכ"ש (שם) ביאר ע"פ היסוד דלעיל שיש ב' דינים באין חוזר ומגיד, וכאן לא הוי כעדות מפורשת שאין השטר אמנה אלא הוי סתמא שכך הוא, ולכן אותם העדים אינם נאמנים דלא מקבילים עדותם אפי' לפרש [וכמו שנתבאר לעיל דאפי' אם אי"ז חזרה מעדותם הקודמת אלא רק תוספת ג"כ אינם נאמנים], אבל עדים אחרים נאמנים. [ועיי' ברמב"ן ב"ב מח שדן אם בעדים אחרים שאומרים שהשטר מודעה - האם הוי תרי ותרי, ועי' בברכ"ש משכ"ב] [והר"י מיגש בתשובה מחלק בדין תנאי דאם אפשר לקיים עדין את התנאי הוי מילתא אחרייתא. ואם כבר א"א לקיימו אינם נאמנים ועי' משכ"ב האמרי בינה (הלואה סי' לב)].

צז) עי' בר"ן שהתקשה מאי איכא בין תנאי הוי דברנו לאמנה הרי בשניהם השטר יכול להתקיים אם תהיה הלואה, עיי' משכ"ב, ועי' בשך סי' נז ובנתיה"מ שם בביאור ד' הר"ן. ובתוס' רי"ד משמע כנתיבות שהכל תלוי בפסידא דלקוחות עיי'.

צח) מתקיף לה רב הונא בריה דר"א א"ה אפי' תרווייהו נמי. פירש רש"י דהו"ל חוזרים ומגידים. והריטב"א בחד פירושא וכן בשיטה לר"ן פירשו דהוי תרי ותרי. [וצע"ג דאם זה סתירה לשטר למה הוי תרי ותרי הרי אין חוזרים ומגידים, ולכאוי צ"ל דאי"ז סתירה לעצם העדות, אלא רק לאנן סהדי ואין בזה משום חוזר ומגיד וצ"ע].

צט) בדין תנאי הוי דברינו, רש"י מפרש שהתנאי במקח. אמנם יעוי' בשטמ"ק בשם הגאונים דפירשו שהתנאי הוא בעדות עצמה עיי' היטב [וחזינן דשייך להטיל תנאי בעדות, ונראה דהיינו דוקא בעדות בשטר שאם כותב סתם שמו אי"ז עדות ורק כוונתו משוי לה לעדות ולכן יכול להטיל תנאי, אבל בעדות ע"פ ל"ש תנאי].

ק) באו שנים מן השוק ואמרו קטנים היו פסולי עדות היו. והקשו הראשונים למה באין כתי' יוצא ממק"א הוי תרי ותרי, הרי מעידים על גופן של עדים. ונאמרו בזה כמה תירוצים: א) תוס' כתבו דמיירי שאומרים שכבר הם כשרים, ונמצא דכל העדות רק כלפי השטר. [והנה בבריתא מיירי שמתו כבר עדי השטר, ואפי' הצריכו תוס' שלא יעידו עליהם שהיום הם פסולים, כן דייק הגר"א (מ"ו פ') ועוד אחרונים]. ב) ושיטת הרמב"ן וסייעתו דלא מיירי בפוסלן בגזלות, אלא בקורבא, וזה לא מקרי עדות על גופן של עדים, אלא רק שביחס לשטר זה הם קרובים, וממילא הוי תרי ותרי. ג) עוד תירוץ מובא ברמב"ן ושאר ראשונים דכיון שמתו אי"ז עדות על העדים אלא על השטר. ד) הרא"ש כתב דאפי' אי אמרי פסולי עדות הן עכשיו לא מהימני, שהרי מ"מ יש חזקה ואנן סהדי שהשטר נעשה בכשרות, ולכן לעולם הוי תרי ותרי.

קא) והנה הש"ך (סי' מו ס"ק קב) הקשה על הרא"ש דבב"ק ע"ג א' אמרין דאם עדים פוסלים עדים אחרים בגזלות יש חשש פסידא דלקוחות שהשטרות שעשו יפסלו למפרע, ולדברי הרא"ש הרי השטרות כשרים. ותירץ הש"ך דהדין חלוק, דאם מעידים בפני העדים מתקבלת העדות על גוף העדים ובוזה מודה הרא"ש שממילא השטר נפסל. ודברי הרא"ש כאן רק כשהעידו שלא בפניהם שאז הנידון על השטר ואז הוי תו"ת. ועיי' בנתיה"מ שהאריך בזה.

ובהגהות אמרי ברוך מפרש דכל דברי הרא"ש רק באומרים שהיו קרובים, דבזה שי' תוס' דתלוי אם נתרחקו היום או לא ועי' נחלק הרא"ש דלעולם הוי תו"ת כיון דאייז עדות על גופו. אבל באומרים שהם גזלנים מודה הרא"ש דלעולם השטר נפסל.

[ובקצה"ח תירץ דכוונת הגמ' בב"ק דבאמת הוי תו"ת והפסידא דלקוחות הוא בקרקעות שיחזרו למר"ק, ועי' בחי הגרש"ש סי' כא מה שהעיר על תירוץ זה].

ובעיקר דברי הרא"ש, עיי' בקצה"ח סקכ"א שגם להרא"ש פשיטא שהעדים עצמם נפסלים ואינם כשרים להעיד, אלא דהשטר שהם חתומים עליו יש לו חזקה שהוא כשר, אבל העדים עצמן פסולים. [ובנתיה"מ סי"ק כב לא משמע כן עיי']. ועי' באמרי בינה (דיני הלואה סי' לא) שהביא בשם ספר עטרת פז שכל דברי הרא"ש רק כשהלואה מודה בהלואה רק שטוען פרעתי, אבל כשאינו מודה לייש חזקה, דלדבריו כל השטר נכתב בשקר עיי' הקטנים ולא שייך בזה חזקה אחר שהכל שקר. [וכעין סברת הראשונים אות סה].

קב) ושיטת תוס' דמייירי דוקא כשמעידין שהיום הם כשרים צ"ב, דמאחר ומייירי בשמתו מאי נ"מ אם אומרים שהיום כבר הם רחוקים או שעדיין הם קרובים, הרי אין כלל נ"מ מהעדים, ולכאוי' לפי סברת תוס' היה להם לתרץ כתירוץ ג' דלעיל, וצ"ב. ועיין בריטב"א.

קג) ולתירוץ ג' דלעיל צ"ב מה בכך שמתו, הא מ"מ העדות היא על גוף העדים ולא על השטר. וביאר הגרש"ש דכיון שכלפי העדים אין נ"מ הוי כחצי דבר וכל העדות מתקבלת רק ביחס לשטר. ועיי' שדחה פי' זה, ולכן מפרש עיי' סברת הרא"ש דהעדים עצמם ודאי נפסלים, ולכן ס"ל דכ"ז שהם חיים א"א להכשיר את השטר דהוי תרתי דסתרי, דלא יתכן שהעדים פסולים והשטר כשר, ורק כשמתו אפשר לפסול את השטר, דאז אין נידון על העדים.

קד) תוד"ה ואם, הקשו שיהיו העדים נאמנים במיגו, ותמוה דהא זה מיגו נגד עדים [ובאמת בראשונים תירצו כך על קו' תוס']. וצ"ל דסברי תוס' דבמקום תרי ותרי מהני מיגו ורק מיגו גרידא לא מהני נגד עדים, אבל הכא הא מסייעי ליה עדים. ועי' בתוס' ב"ק שהזכירו סברא זו ודחאוה. ועי' ברע"א בתשובה סי' קל"ו שביאר הדברים.

ועי' ברמב"ן עוד תירוץ דבעדים לא מהני מיגו, ויעוי'ע משי"כ הרמב"ן ביתר ביאור בב"ב ל"א ב'. ובתו"י כתב דמה שפוסלים בגזלנות חידוש הוא ולכן צריך שיפסלו בפירוש. וצע"ג דבב"ק עיי' מבואר דפסול גזלנות אייז חידוש. ועי' בברכ"ש ב"ב סי' לח משכ"ב.

קה) אמר רב ששת ז"א הכחשה תחילת הזמה היא וכו'. הנה בב"ק עיי' פליגי אביי ורבא בעדים שהוכחו ולבסוף הוזמו, דדעת אביי שכיון שהוכחו קודם שוב אין בהם דין כאשר זמם דבשעת הזמה כבר ליתא לעדותם. ורבא סבר דהכחשה תחילת הזמה.

ובפשטות [וכן ביאר הגרע"א וכן מוכח במהרש"א שיובא באות קז] כוונת הסוגיא כאן להוכיח כרבא דהכחשה תחילת הזמה והיינו דיכולה להצטרף להזמה ומש"ה צריך בפניהם כמו בהזמה. והקשה הגרע"א (בדו"ח) דהתינח אם אפשר לבוא לידי הזמה דעתה הכחשה היא תחילת ההזמה, אבל הכא דמתו א"א לבוא לידי הזמה ולמה צריך בפניהם. [ויש להוסיף עוד להקשות לפי דעת הבעה"מ בסוף פרקין דבשטר אין דין הזמה - עי' בזה בשו"ת ס"ס ל"ח - א"כ הכא דאיירי בשטר לייש הכחשה תחילת הזמה].

אכן יעוי' בריטב"א שכתב דאין כוונת רב ששת לאותו הדין של הוכחו ולבסוף הוזמו, אלא כוונתו לומר דכל הכחשה דמיא להזמה שמעיד על העדים שעשו שלא כדן ומקרי עדות על "העדים" ולא על "המעשה", ולכן העדים הם הבע"ד וצריך להעיד בפניהם. וכתב הריטב"א דלא מיבעי אם מייירי כאן באומרים שהעדים גזלנים ודאי דהוי עדות על גופן של עדים, אלא אפי' להמפרשים דמעידים שהיו קרובים או אנוסים, מ"מ כיון שלפי פשטות השטר יש כאן עדות והם מעידים שאין עדותם של העדים עדות בעינן להכחישם בפניהם.

קו) בב"ק קי"ב מבואר דהיכא שהבע"ד חולה או שהעדים רדופין לילך למדנה"י מקבלין שלא בפניו. ונחלקו בזה הרשב"א והרא"ש, דעת הרא"ש (בתשובה) דבממון בעינן עדות בפניו מדאורייתא [וילפינן ממון מנפשות - מקרא דוהועד בבעלי דמייירי בנפשות] אלא דהקילו חז"ל במקום אונס. ודעת הרשב"א דמדאורייתא הדין בפניו נאמר רק בנפשות ולא בממון, וכל מאי דבעינן בממון בפניו הוא מדרבנן, ובמקום אונס לא החמירו.

והקשה הגרע"א (בשו"ת סי' ק"ה) דכאן שמתו העדים הרי הוי אונס וא"כ יוכלו להזים שלא בפניו, ובשלמא לשיטת הרא"ש דהא דבאונס מקבלין העדות הוא תקנה דרבנן, י"ל דבקנס לא תקנו [ועדים זוממין קנסא הוא], וכן לפסול העדים לא תקנו זאת, אבל לשיטת הרשב"א דמעיקר הדין א"צ בפניו, ורק תקנה דרבנן היא במקום שאפשר לקבל בפניו, א"כ כאן למה א"א להזים שלא בפניו מאחר וכבר מתו והוי כאונס.

ובצמח דוד תירץ דהא דלא תקנו חז"ל במקום אונס שבעינן בפניו הוא רק במקום פסידא, אבל כאן דהוי רק מניעת רוח [דמבואר בגמ' דרק לענין עונש הזמה אין מקבלין אבל לענין הכחשה מקבלים] אכתי נכלל זה בתקנת חז"ל שלא לקבל שלא בפניו. [וקצ"ע דתירצו א"ש למסקנא, אבל עדין קשה מההו"א דלא הוי עדות כלל].

קז) תוד"ה אמר רב ששת. הקשו מהא דב"ב דבאומרים שטר אמנה הוא מהני עדים ולא אמרינן הכחשה תחילת הזמה הוא. וכתב מהרש"א דלולי דבריהם יש ליישב דכל מאי דהכחשה תחילת הזמה היא, הוא דוקא בשטר מקוים דבזה אם יוזמו ישלמו. אבל בהא דב"ב דאין השטר מקוים אלא ע"פ הלוח הרי אם יזימו אותם לא ישלמו דדילמא מזויף הוא, ול"ש בזה הכחשה תחילת הזמה. [וחזינן במהרש"א שנקט דרק אם אתי בסוף לידי הזמה שייך סברת הכחשה תחילת הזמה, וכמו שהבין הגרע"א - עי' אות קה].

והקשה הגרע"א (בשו"ת שם) דכאן ג"כ לא אתי לידי הזמה שהרי כשהמזימין אומרים שהיו קטנים ופסולי עדות אין חיוב כאשר זמם שהרי עדים פסולים הם. [וכמבואר בב"ק עיי' ג]. ולכאוי' היה לו להקשות יותר דכאן כבר מתו ול"ש הזמה, וכמו שהקשה הוא בעצמו בדו"ח - הובא לעיל אות קה -.

והגרע"א כתב ליישב קו' תוס' עפ"ד הנמוק"י בב"ק קיב, שמחלק בין שלא בפניו כשעדיין העד בעולם, לבין היכא שכבר מת ואין כלל בע"ד בעולם, ולפי"ז י"ל דהכא אין מקבלין שלב"פ משום דהעדים מתו והוי לגמרי שלב"פ, אבל בהא דב"ב מייירי שהעדים חייב רק דרדופין לילך למדנה"י ובה הקילו לקבלם שלב"פ כיון דאייז לגמרי שלב"פ וגם יש אונס.

דף כ ע"א



קח) א"ל ר"נ וכו' השתא דליתנהו דאילו הוה לקמן דילמא הוה מודו להו מהימני. כתב מהר"ם שיף דאף שאין הודאתו מעלה ומוריד דאין חוזרין ומגידין, מ"מ עדיף השתא מאיתנהו קמן ומכחישינן להו. [ועיין במהרי"ט חלק אבן העזר סי' לו שהוכיח מלשון הגמ' שהאחרונים נאמנים טפי מהראשונים - וכשיטת חלק מהראשונים שיובאו להלן]. ועיין ברא"ה בשטמ"ק.

אולם בתוס' ד"ה אלא לא כתבו בשם רשב"א דהכא לא מוקמינן לעדים בחזקת כשרות משום דדילמא אי הוה קמן הוה מודו, וחזינן דזו סברא בעצם, דיש צד והסתברות שהעדים יחזרו בהם ולכן לא סמכינן אחזקה. ובאמרי בינה (דיני הלואה סי' לא), הביא מזקינו הדברי משפט (סי' טו) שביאר דברי התוס' לפמ"ש כמה מחברים דבתי ותי יש לזה תורת "דין מרומה" וצריך דו"ח אם הם בפנינו ולכן נאמנים לחזור דעדין לא נגמרה עדותן.

[והנה דברי התוס' אמורים לגבי אותה עדות עצמה, ויעוי' ברע"א בהגהותיו לשו"ע חו"מ סי' ל"א דה"ה בשתי כתי עדים המכחישות זא"ז דהדין דבשאר עדויות היא כשרה, אם היה שלא בפניהם נפסול את עדויותיהם שהעידו אחר אותה עדות המוכחשת שמא אילו היו בפנינו היו מודים למכחישיהם].

קט) ולהלן אמרינן דהזמה שלב"פ נהי דהזמה לא הוי הכחשה מיהא הוי. וברש"י ד"ה נה. כתב: דהזמה לא הויא לעונשם לא נפש ולא ממון, הכחשה הוי לבטל עדותן. ודייק מזה הריב"ש סי' רס"י (מובא בפוסקים בחו"מ סי' לח) דלגבי ביטול העדות נאמנים בתורת ודאי, ולא הוי תו"ת, וכתב עוד הריב"ש שהעדים עצמם ג"כ נפסלים לשאר עדויות, והסברא בזה דהעדות של השנים הוי עדות על גופם של ראשונים וכאילו פוסלים אותם בגזלות, ולא הוי כתרי ותרי, ורק לענין העונש בעינן בפני. (דאע"ג דעד זומם חידוש הוי וחזינן דלא מקרי עדות על גופם, מ"מ הא כתב הטור בסי' ל"ח דבעדים זוממים מקרי עדות על גופם ולכן השנים נאמנים, ובלח"מ פ"ח ה"ב מעדות ביאר דזו גופא פלוגתא אביי ורבא אם ע"ז חידוש הוי ולכן נפסל רק מכאן ולהבא, או דלאו חידוש הוי מפני דהוי עדות על גופו ונפסל למפרע. ובחי' הגרש"ר סי' יט ביאר דכוונת הטור דגדר גז"כ הוי כן דהוי כאילו מעידין על גופן, והך חידושא שייכא גם שלא בפניו]. ועדין צ"ב למה לגבי פסול העדות א"צ שיהא בפניו, וביאר הש"ך סי' ל"ח דגם על הא דהעדים פסולים לא הוה העדים בע"ז ע"ז, דאין להם כ"כ נ"מ אם כשרים הם או פסולים, ורק עונש הופך אותם לבע"ז. וכתב הש"ך דלפוסלם לשבועה א"א שלא בפניהם, דזה ודאי נוגע להם, דחשוד הרי חייב לשלם ע"י שבועת שכנגדו, ואפי' בפוסלם בגזלות אינם נאמנים.

ודעת הש"ך דלפוסלם בגזלות נאמנים [וכמש"כ הראשונים לעיל יט ב'] אבל בהזמה אינם נאמנים דא"י עדות על גופם של עדים, ויש לזה דין תרי ותרי. והקשה הנהיבות הרי כשמעידים בפניהם נאמנים, וחזינן דיש לזה דין הזמה על גופם של עדים, וא"כ למה שלא בפניהם אינם נאמנים, ותיירץ דהזמה לא מקרי עדות על גופם, ורק חידוש הוי שנאמנים, ולכן שלב"פ אינם נאמנים. וכן דעת מהרלב"ח [ציינו שם הגרע"א] דהוי כתרי ותרי, וכתב דאפי' להראשונים [לעיל יט כ'] דנאמן לפסול שלב"פ בגזלות מ"מ בהזמה שהיא חידוש א"א לפסול שלב"פ, דבשלב"פ נראה שכוונתם לפסול העדות ולא העדים ותו ל"ש בזה חדושא דעדים זוממים.

והנה לדעת הש"ך לא נתבאר להדיא איך הדין באותה עדות עצמה, האם היא בטלה לגמרי או דהוי כתו"ת [ועיקר ד' הש"ך קיימו לענין שהעדים כשרים לעדות אחרת], והנה יעוי' בהג"א שכתב דראב"ה הוכיח מסוגין דבדיעבד מהני עדות שלב"פ ולכן הוי הכחשה. וריב"א השיב דא"כ צריך להיות גם הזמה דהוי בדיעבד מהני. ולכן מפרש דהא דהוי הכחשה הוי משום דזה נוגע לבע"ז ולא לעדים והבע"ז נמצאים בפנינו ולכן מועיל. והנה לדעת ראב"ה פשוט דהוי הכחשה בתורת ודאי, שהרי כתב דא"צ בזה עדות בפניהם, וכ"כ התומים בסי' ל"ח. ובדעת הריב"א כתב התומים דס"ל דאין העדים נפסלים, ולכן א"י נוגע לעדים האם העדות נפסלת או לא. ובנתיבות כתב ד"ל בדעת הריב"א דבאמת גם העדים נפסלים ומ"מ לא מקרי נוגע לעדים, דכיון שעיקר העדות היא על השטר ובוזה הבע"ז הם רק בעלי השטר, לכן מקבלים עדותן, ובגורא דקבלת העדות פוסלים גם את עידי השטר אע"פ דלא הוי בפניהם. וחזינן דהנתי' נקט בדעת הריב"א דלגבי העדות עצמה פשיטא דנאמנים לגמרי ולא הוי אפי' ספק. אכן הנו"ב [אבן העזר סי' עב] מדייק מדברי הרמב"ם דגם אותה עדות עצמה הופכת רק לספק ואין העדים האחרונים נאמנים לגמרי.

ובעיקר פלוגתא ראב"ה וריב"א, עי' אריכות בזה בתומים ונתיבות הנ"ל, ועי' בחי' הגרש"ר סי' יט ובזכרו"ש סי' מ' באריכות גדולה. ואכמ"ל.

ק) אלא אמר ר"נ אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממוןא בחזקת מריה. ופרש"י דהא דתנן אין נאמנים היינו דלא קורעין את השטר ואי תפס לא מפקינן מיניה. ומשמע דברישיא באין כתי"י יוצא ממק"א קורעין את השטר. וביאר הרשב"א דכיון דכ"ז שאין השטר מקוים לא חיישינן כלל לשטר, וגם אם יקיימוהו בעתיד ישאי ספק, אין אנו מקיימים השטר בעולם לרבווי ספיקי. אכן אם טען קיבעו לי זימנא כדי שאקיימנו לא קרעין עד אותו הזמן. ובשטמ"ק בשם שיטה ישנה [לעיל יט ב'] מבואר הטעם דכ"ז שאין השטר מקוים אין לו דין עדות וממילא העדים השנים נאמנים לפסול דאין כאן הכחשה. [ובנתי"מ סי' מ"ו סקכ"א - נדפס רק בשו"ע - כתב נ"מ בין שיטות אלו באופן שעדי השטר עצמם אומרים כתי"י הוי אבל אנוסים היינו, דלרשב"א מקיימים דאם יקיימו א"י תו"ת דאין חוזרין ומגידין, ולהשיטה קורעים את השטר]. ועיין ברא"ה שדעתו שאין קורעין את השטר, [ועי' בתוס' ב"מ ו' ב'].

קיא) ובהא דבכת"י יוצא ממק"א מהני תפיסה, דעת הרמב"ן לעיל ט"ז ב' דמהני אפי' בלא מיגו, משום דתו"ת הוי ספק גמור וא"א להוציא מתח"י התופס, וכ"ד תוס', אך מטעם אחר, דתפיסה בברי מועילה אפי' בשאר ספקות בלא תרי ותרי. וכתב הרשב"א [כאן ובדף טז] דבאין כתי"י יוצא ממק"א אם תפס ויש לו מיגו לא מפקינן מיניה [ורק בלי מיגו מפקינן] כיון דמסייע ליה שטרא דמדאורייתא א"צ קיום, וצ"ב דא"כ גם בלא מיגו לא יוצאו כיון דמסייע ליה שטרא, ועי' משכ"ב באות יט.

אולם הרמב"ן דף ט"ז הביא שיטות דבכת"י יוצא ממק"א מהני תפיסה רק במיגו [וחזינן דמיגו במקום תו"ת אמרינן, וצ"ע ממש"כ הרמב"ן - אות קד - דמיגו לא מהני במקום תו"ת, ואולי י"ל דהתופס בלא עדים הוי פה שאסר וכמש"כ הרשב"א כאן ועדיף ממיגו] ובאין כתי"י יוצא ממק"א אפי' מיגו לא מהני דהוי מיגו נגד עדים.

קיב) מידי דהוי אנכסי דבר שטיא. וביבמות ל"א מבואר דמדינא דבר שטיא מוכח דתו"ת ספיקא דרבנן ולכך מעמידים בחזקת מרי"ק, אבל אם תו"ת ספיקא דאורייתא לא מהני חזקת מרי"ק, ובפשוטו כוונת הגמ' דלמ"ד תו"ת ספד"א, דלא מוציאים הקרקע מיד הלוקח שהוא תפס בה.

והקשה הגרע"א דא"כ בסוגין גבי חוב אין נ"מ אם תו"ת ספד"א או ספד"ר, דבכל ענין לא נוציא את הממון מהלוה, דהוא גם מרי"ק וגם מוחזק, ופשיטא דהממע"ה, וא"כ למאי הביאה הגמ' כאן לדינא דבר שטיא.

ותירץ הגרע"א דצ"ל דלמ"ד תו"ת ספד"א לא מהני אפי' תורת המוחזק והדין הוא יחלוקו, וגם כאן למ"ד ספד"א היה הדין דיחלוקו ועי' הביא ר"נ שהדין כמו בבר שטיא שלא מוציאים את הממון.

ובתוס' רי"ד כתב דמיינתין מבר שטיא דלא מהני תפיסה, שהרי בבר שטיא הוצאנו הנכסים מיד הלוקח והי"ה בלוה לא מהני תפיסה [וזה דלא כרש"י שסובר דמהני תפיסה ולדבריו צריך לחלק בין קרקע למטלטלין כמש"כ תוד"ה ואוקי].  
קיג) והנה הרמב"ן בב"מ ו' כשכתב יסודו דבתו"ת מהני תפיסה משום דתו"ת ספד"א, הוסיף: "מאן דתפס תפס במטלטלי", ודייק הקוה"ס (ב' א') דבקרקע לא מהני תפיסה, והקשה מנכסי דבר שטיא שמבואר ביבמות דלמ"ד ספד"א מהני תפיסה [ובכלל ז' אות ח' מיישב דשאני הכא דהוי תפיסה ברשות, אך הד"ח (דיני תפיסה סי' ו') הקשה עי' דלהצד דהבר שטיא היה שוטה אין לו דעת ולא הוי תפיסה ברשות].

ובחי' ר' שלמה סי' ח' הקשה עוד על הרמב"ן דאין מפרש דהטעם דמהני תפיסה הוא משום דספיקא דאורייתא, והרי בסוגין מבואר דדמאי דינא דבריינא לדינא דבר שטיא, והרי מבואר ביבמות דדינא דבר שטיא הוא רק למ"ד ספיקא דרבנן. ותירץ ר' שלמה דאין כוונת הרמב"ן דוקא למ"ד ספיקא דאורייתא, אלא דגם למ"ד ספיקא דרבנן לא מהני החזקה "להכריע" את הספק. אלא רק דא"א להוציא מידו מספק וממילא מהני תפיסה. והשתא א"ש דבקרקע לא מהני תפיסה למ"ד ספד"א דאין תפיסה בקרקע. אכן יעוי' ברשב"א בב"מ שמבואר בדבריו להדיא דכל דברי הרמב"ן רק למ"ד תו"ת ספד"א, והדק"ל. ועי' משכ"ב בקוה"ס עם ביאור זר זהב בקו' כלל גדול סי' יח.

[והנה מדברי הרמב"ן הנ"ל מבואר דלא כהגרע"א - אות קיב - שהרי מבואר דס"ל דתו"ת ספד"א ואפי"ה ס"ל דאוקי ממונא בחזקת התפוס, והדרא קו' הגרע"א לדוכתא, ועי' בספר הנ"ל משכ"ב].

קיד) תוד"ה אלא. תירצו דאין לעדים חזקת כשרות. והקשה הש"ש (ג יז) דהא תוס' לעיל יט ב' ד"ה ואם כתבו דהעדים המכחישים מודים שעתה עדי השטר הם כשרים, וא"כ נכשירם לעדות מדין חזקה דהשתא, וכתב הש"ש דתוס' לשיטתם בקידושין עט דלית להו כלל חזקה דהשתא ע"ש. והרא"ה הקשה על תוס' דמ"מ איכא חזקה דאין חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול, או חזקה דמידק דייק. ועי' ברמב"ן כ"ב א' בחידושו ובמלחמות שכתב דאין לדמות החזקות זל"ז. ובש"ש (ו' כ"ב) תירץ דכל מאי דמהני חזקה במקום תרי ותרי הוא רק בחזקה דמעיקרא, אבל חזקות סברא לא מהני במקום תרי ותרי. [וסברא זו כתב גם הגרע"א מהדו"ק סי' קל"ו].

ועי' בקה"י (סי' כג) שהקשה לפמש"כ הגרע"א בתשובה (בסוף דו"ח ח"א), דהיכא דאפי"ל ע"פ החזקה דהשתא שכל ימיו היה כמו השתא, לכו"ע אזלינן בתר חזקה דהשתא [וכל מחלוקת רב ושמואל היא רק באופן שודאי היה שינוי והנידון באיזה זמן אירע השינוי]. ולפ"ז שוב קשה למה לא ניזיל כאן בתר חזקה דהשתא. וביותר קשה לפמש"כ החזו"א [נשים סי' פ'] דגם לתוס' בקידושין ע"ט אזלינן לעולם בתר חזקה דהשתא. [ומבאר דברי התוס' שם בשונה מהש"ש]. וא"כ למה כאן לא אזלינן בתר הך חזקה.

ותירץ הקה"י דכיון שמה שידוע לנו שהיום הם כשרים הוא רק ע"פ העדים הפוסלים, א"כ יש לאותם עדים פה שאסר ולכן א"א להכשיר השטר ע"פ החזקה.

קטו) כתב הקצה"ח (מ"ו כ"א) דכל קושית תוס' לשיטתם - עי' אות צט - דמייירי שהיום הם כשרים. אבל להרא"ש דאפי' אם הפוסלים אומרים שהעדים עדיין פסולים ג"כ נאמנים תו' ל"ש חזקת כשרות שהרי על העדים ודאי שיש להפוסלים נאמנות, וכל הנידון רק על השטר עצמו, ול"ש עליו חזקה. וצ"ע דבתוס' הרא"ש כתב ככל דברי התוס' אפי"פ שלעיל י"ט ב' כתב את שיטתו דמייירי שמעידים שהיום הם פסולים. [והנה ראיתי שהביאו בשם תשו' ר' אליעזר דחלק על הקצה"ח, וסובר דלהרא"ש דכשם שהשטר כשר כך העדים כשרים ולפ"ז א"ש דברי הרא"ש. ועי"ל דאה"נ דבאופן שיאמרו שהיום הם פסולים ל"ק להרא"ש, אבל עדיין יקשה באופן שאומרים שהיום הם כשרים [שהרי הרא"ש מודה לתוס' בזה] ועי"ז צריך להגיע לתירוץ התוס'].

קטז) עי' ברי"ף דף כב שמביא ראיה מסוגין דבתרי ותרי שמעידין על אדם אחד אם הוא כשר או פסול לעדות אין מעמידין אותו על חזקתו [ועי' בקצה"ח ס"ס ל"ד כמה ביאורים בזה - מ"ש מתרי ותרי דזו באה בפני"ע ומעידה], ולכאורה כוונתו להביא ראיה מקושית התוס' ודו"ק. והר"ן שם כתב: ולא ראיה היא דלא שייך למימר הכי אלא בב' כיתי עדים שמעידין באחד, אבל בב' כיתי עדים שמכחישים אלו את אלו מאי חזית דמוקמת עידי השטר בחזקתיהו אדרבה נוקי אחזקתיהו הנך דמרעי שטרא ולפיכך אין זו ראיה עכ"ל. ודבריו צ"ב, שהרי אין הכחשה בגוף המעשה, וכמש"כ תוס'. וצ"ל דס"ל להר"ן דכיון דגם עידי השטר לא ראו את המעשה, א"כ עיקר ההכחשה הוא אם יש שטר או אין שטר, והשטר הוא החפצא שעליו מעידים והרי כתרי ותרי על המעשה. [כן ראיתי לבאר].

קיו) בסוף הדיבור בשיטת הרשב"א, עי' משנ"ת לעיל אות קח בדברי התוס'. ועיין בברכ"ש סי' לא שביאר באופן אחר. ובחת"ס ב"ב ל"א ב' ביאר באופן נוסף.

קיח) אמרין כשהוא שוטה זבן וכו'. והיינו דאז הבעלים הראשונים מוציאים מהבר שטיא, (ר"ן). ואם אינם כאן אין כח לבר שטיא להוציא כיון דאין לו חזקה ברורה (ריטב"א). ועי' בר"ן שאם קנה בשטר השטר הוא ראיה שקנה בזמן שאינו שוטה [כשם שחזקה שהשטר נעשה בגדול], אלא כאן מייירי שקנה בכסף או בחזקה דבזה אין על העדים לדקדק אם הלוקח פיקח או שוטה. אבל הריטב"א כתב דאפי' בשטר אין העדים מדקדקים אלא במוכר שכותבים לו השטר, אבל לענין הלוקח שכותבין השטר שלב"פ, ל"ש החזקה דהרי אינם מכירין אותו כלל. [וברש"י י"ט א' מבואר כהר"ן שהעדים מדקדקין גם על הלוקח].

קיט) ועי' ברא"ש בשם הרמ"ה שאם מזכים לבר שטיא במתנה זוכה מדין זכין, אבל במקח א"א לזכותו דצריך דעת להתחייב התשלומין עבור הקרקע ואין לשוטה דעת וממילא גם המקנה לא מקנה לו. ויעוי' בקצה"ח סי' רמג סק"ו שהביא דברי הרא"ש הנ"ל, ודייק מדבריו דבעלמא אין זכיה לשוטה, דהנה הרא"ש כתב בטעמא דמהני כאן זכיה משום דדמי לקטן דאתי לכלל דעת שהרי לפעמים הוא חלים. [וכוונתו לסוגיא בב"מ ע"ב דקטן יש לו זכיה הואיל ואתי לכלל שליחות משא"כ עכו"ם]. ומדויק מזה דשוטה בעלמא אין לו זכיה. אכן מדברי השו"ע שם סעיף י"ז מבואר דיש זכיה לשוטה. [ועי' בקצה"ח סי' רלה סק"ז]. ועי' אמרי בינה (קנינים סי' כד).

ובעיקר מש"כ הרמ"ה דצריך דעת כדי להתחייב בתשלומין, צ"ע למה לא יתחייב בדמים מדין אשתרשי ליה, [דעי' בר"ן פרק הזרוע והלחיים דגזלן שקונה בשנוי חייב לשלם מדין אשתרשי ליה] וצ"ת.

קכ) מקיימין את השטר משתי שדות. עיי' ראב"ד דה"ה במקיים עיי' שטר שהיה בב"ד בעינן ב' שטרות, והרמב"ן סובר דסגי בשטר אחד. ועיי' בקצה"ח סי' מו סק"ו שדן אם קיום עיי' ב' שטרות הוא מקולי קיום או דמהני אפי' היכא דאיכא חשש זיוף אמיתי.

ובמאי דאמרינן והוא שאכלוס בעליהם ג' שנים, הנה ידוע הנידון אם ג' שנים הוא הוכחה עיי' הגי"ש, או דההוכחה היא לאלתר והגי"ש הוא כדי שלא יהיה ריעותא דאחוי לי שטרך [עיי' בקצה"ח סי' קמו ובשער משפט שם ועוד]. ושמעתי להוכיח מסוגין דהרי כאן אין ריעותא דאחוי שטרך, שהרי השטר לפנינו ואפי"ה בעינן גי"ש, ודו"ק.

ובמאי דאמרינן קרא עליו ערער אין לא קרא עליו ערער לא, ופרש"י דחיישין דילמא איהו גופיה מזויף, הקשה הריטב"א למה נחוש שב"ד טעו, [ולכן חולק על רש"י וגורס בגמ' כג"י הרי"ף עיי"ש, וכ"ד הרא"ש]. ובשוב דברי רש"י כתב הש"ך (סי' מ"ו סקכ"ה) דמייירי שאין מכירין את הקיום, ובעלמא חיישין דילמא הקיום עצמו מזויף, אבל אם קרא עליו ערער ואח"כ יצא קיום תלינן שהקיום אמיתי.

קכא) מתחת יד עצמו לא דחיישין דזיופי זייף. רש"י פ"י שמזייף עיי"פ השטר אמיתי ועושה שטר שקשה לקיימו. ולפ"ז אפי' אם יש בידו שטר מקוים מב"ד נמי חיישין. והרמב"ן ושאר ראשונים מפרשים דהחשש שמא זייף את כל השטרות שתח"י, ולפ"ז אם חלק מהשטרות שבידו מקוים מב"ד לא חיישין, ועיי"ש איך שביאר לשיטתו את קושית הגמ' דמתח"י אחר נמי נחוש דילמא זייף.

קכב) כותב אדם עדותו על השטר וכו'. שיטת רש"י ותוס', דכותב עדות על חתיכת קלף ומצניעה ואח"כ מעיד בעיי"פ עיי"פ מה שנוצר עיי' הקלף. ובפלוגת רב הונא ור' יוחנן, יעוי' ברש"י שפי' לדעת ר' יוחנן דאע"פ שאין זוכרה מעצמו - אלא לאחר שרואה בשטר נתן בלבו ונזכר. ובדעת רב הונא דזכור מקצתו - לא כתב רש"י תנאי זה שצריך להיזכר בשאר העדות. וכתב הבית יעקב דלרב הונא כיון דזכור מקצת העדות לא מקרי מפי כתבם, דאחר שזכור מקצת העדות שוב מקרי על כל העדות "עד", דאז מצטרף כל ההגדה למקצת ידיעתו. ובזה מבאר הבית יעקב הא דאמר רבא ש"מ מר' יוחנן הני תרי דידיע סהדותא וכו', אשר לכאוי תמוה דלמה אמר רק ש"מ מר' יוחנן הרי גם לרב הונא בידע מקצת העדות הדין כן. אכן להני"ל י"ל דדינא דרב הונא לא מהני בידע מקצת מעצמו והשאר עיי' עד אחר, דכיון שלא נזכר בעצמו בשאר העדות הוי על שאר העדות עד מפי עד, ורק אם מעיד עיי"פ חתיכת הקלף שכתב הוא יש לו תורת עד בזה.

קכג) והרמב"ן כתב לפרש פלוגת רב הונא ור' יוחנן עיי"פ הירושלמי [שהביאו תוס'] דפלוגתם תליא בפלוגת רבי ורבנן בעיי"ב, אם על כתי"י הם מעידין או על מנה שבשטר. ומבאר הרמב"ן דיסוד הפלוגתא בין רבי לרבנן הוא אם מי שזוכר שכתב דבר פלוני ואינו זוכר את עצם הדבר, אם הא והא חדא הוא, וידיעת הכתיבה כידיעת הדבר הכתוב, או דתרי מילי נינהו - דיש את עצם הכתב, ויש את התוכן הכתוב בו. ובהכי פליגי רבי ורבנן גבי קיום שטרות. ובזה תלוי גם מחלוקת רב הונא ור' יוחנן, דר' הונא סובר דהכתב והמעשה שני דברים הם, ולכן אם זוכר רק שכתב אבל את תוכן הדברים נזכר עיי' הכתב, הוי מפי כתבם, דמה שהוא זוכר לא שייך לתוכן. אבל ר' יוחנן סובר דמה שזוכר שכתב הוי כזוכר את התוכן וסגי בזה להיקרות שהוא יודע עיי"פ עצמו ולא עיי"פ הכתב.

ולפ"ז כתב הרמב"ן דלר' יוחנן אי"צ לזכור את עצם העדות, וסגי שזוכר שכתב, משא"כ לשיטת רש"י צריך להיזכר על ידי השטר בעצם העדות עיי"ש. ועיי' עוד ברמב"ן שהאריך טובא בביאור סוגין והירושלמי.

קכד) כתבו הראשונים כאן דבשטר שדינו כמי שנחקרה עדותו בב"ד אי"צ שיזכרו העדים את העדות. [והר"ח הוסיף דא"כ לעולם לא יהני קיום עיי' אחרים שמא החתומים שכחו את העדות].

אמנם הרמב"ם פ"ח מעדות כתב דאם אינם זוכרים את העדות השטר בטל, אמנם באם ידוע שזה כתי"י בלעדיהם אינם נאמנים לומר שכחו את העדות, אבל אם הם עצמם מקיימים ואומרים ששכחו את העדות נאמנים עיי"ז בהפה שאסר והשטר בטל. [ועיי' בכס"מ שפי' דברי הרמב"ם באופן אחר, אך כבר כתבו הפוסקים שהכס"מ עצמו חזר בו בסוף הפרק שם ומפרש כדלעיל]. והראב"ד הקשה עיי"ז מיי"ש מאומרים שטר אמנה הוא דאינם נאמנים והרי גם שם לדבריהם אין הלואה. ותיירץ הכס"מ דבשטר אמנה הם סותרים את השטר, אבל כאן אינם באים לסתור אלא אומרים ששכחו. והש"ך (סי' מ"ו סקל"ב) כתב דהתם אין נאמנים מפני שמשמין עצמם רשעים. [לכאוי טעמא דהכס"מ הוא לדעת ר"נ, וסברת הש"ך לדעת מר בר רב אשי דלעיל י"ט ב'].

והקצה"ח כתב דא"צ שיזכרו ההלואה אלא סגי שיזכרו שחתמו, וגם באמנה הרי זוכרים שחתמו. ועיי' בנתיבות שהסכים לזה דהא תמיד אין העדים יודעים מהמעשה, ורק יודעים שנכתב מדעת המתחייב, אמנם עכ"פ נקט דבעינן שיזכרו את צווי המתחייב.

ובעיקר דברי הרמב"ם, עיי' בנתיבות סק"ט שמבאר עיי"פ הש"ך דהרמב"ם לשיטתו דשטר הוי מפי כתבם מדאורייתא, ומה שהכשירו שטר מדרבנן הוא כאילו העדים מעידים, וכיון שכן אם שכחו תו לא הוי עדים, וכמו לשיטת ר"ת דשולח אדם עדותו לב"ד [ויש לזה תורת עדות ולא תורת שטר] אם שכחו העדות או שמתו קודם שהגיע השטר לב"ד העדות פסולה דאין כאן עדים שמכחם תבוא העדות. וה"נ בשטר להרמב"ם. והוסיף הנתיבות דהגם שאם מתו העדים או נשתטו השטר כשר, זהו משום תקנת חכמים דאל"כ אכתי לא הועילו כלום בתקנת שטרות אבל אם העדים לפנינו ולא זוכרים לא תקנו בזה חז"ל להכשיר.

והנה הש"ך כתב דגם להמכשירים שטרות מדאורייתא בעינן שאם העדים לפנינו שיזכרו, וצ"ע דהא כמי שנחקרה עדותו הוא ולמה לן שיזכרו, וביאר הנתיבות דס"ל להש"ך דהנחקרה הוא רק כשהשטר מתקיים בב"ד ולא קודם לכן, ולכן בעינן שיזכרו את העדות בשעת הקיום.

והרמב"ם פירש סוגין כפי פ"י הירושלמי כפי שפירשוהו התוס' בסוף הדיבור, כ"כ הגר"א. קכה) תוד"ה ורבי. וי"ל דבפרק ד' אחין חיישין דילמא מסהדי בסתם כאילו זוכרין העדות. ותמוה דא"כ אמאי אמרינן ביבמות דהחסרון הוא משום מפי כתבם, הרי זה חסרון של שקר.

וביאר הברכ"ש (יבמות סי' טו) בשם הגר"ח, דאם לא היה חסרון של מפי כתבם היו יכולים להעיד עיי"פ השטר ולא מקרי עד מפי עד דהכל חדא עדות היא ומצטרף ראיתם וידיעתם עיי"פ השטר כאילו הכל עדות אחת, אבל אחר שיש פסול של מפי כתבם תו אי"א לדון את השטר בתורת "עדות" וא"א לשטר להצטרף בתורת עדות, וכל מה שאפשר להעיד על העדות שבשטר הוא משום שהשטר כמי שנחקרה עדותו בב"ד והוי כמעיד ראיתי עדות שנחקרה. ובזה אי"א להעיד בתורת שהוא יודע את המעשה, אלא גדר הדין הוא שהוא מביא לב"ד את הנחקרה של העדים הקודמים וב"ד דנים על פיהם של הראשונים, ולכן אם הוא אומר שידוע העדות לא מהני. [ודברים דומים לזה כתב הגר"ח בריש הלכות עדות].

קצו) שם בתוס' בא"ד ומ"מ נהי דע"א בשטר לא הוי כחלקה מ"מ שולח אדם עדותו לב"ד וכו'. ומבואר דגם לר"ת יש ענין "שטר" ונ"מ שיש בו דין נחקרה ואפשר להעיד עליו [וכמו"כ נ"מ במתו העדים או שכחו - ע"י נתיבות ס"י מ"ו סק"ט]. וכן נ"מ שחוזר ומגיד - ע"י נתיבות ס"י כ"ח סק"ו].

[ועיין בנתיבות הנ"ל בסי' כח שנחלק עם התומים בשולח אדם עדותו לב"ד - אם מקרי שהעד בפני הבע"ד והוי כעדות בפניו, או דבעינן שהעד יבוא לב"ד].

ועיין בש"ך ס"י ל"ט סק"ט שדן בשטר שנכתב שלא כדין דלדעת ר"ת יש עליו תורת שטר ולדעת רש"י אין תורת שטר, והתומים חלק ע"ז דגם לר"ת אין ע"ז תורת שטר אלא רק תורת עדות ואם ישכחו אי"ז עדות, והגרע"א בגליון שו"ע מיישב ד' הש"ך דהדין של שטרות הוא לא לצורך חלות שטר, אלא לצורך שלא יהי החסרון של מפי כתבם, וממילא לר"ת דאין חסרון של מפי כתבם ממילא הוי שטר ע"ש.

קצו) במה שהקשו תוס' ממחאה, הגרע"א בשו"ע ס"י קמו ציין לשו"ת הרשב"א שמבאר דכיון שבשטר במחאה אינם מפסידים כלום למחזיק, אלא רק נותנים לו את העדות בידו, א"צ בזה לדעת המחזיק דאין לו שום חיוב ע"י השטר, משא"כ שטר בעלמא דמפסיד שיגבה מלקוחות. ועי' ברבנו יונה ב"ב מ' א'.

קכח) ובעיקר מה שדנו תוס' אימתי הוי שטר ואימתי הוי מפי כתבם, עי' בקצה"ח ס"י כ"ח סק"ו שהביא השיטות בזה. קכט) התם הוא דלא רמיה עליה. ולפ"ז בעדות דלא רמיה עליה לא מהני אחר ששים שנה. והנה רש"י פירש דה"רמיה עליה היינו שעשאוהו עד בדבר, ולפ"ז אם לא עשאוהו עד הי"ז פסול אחר ששים שנה. [וקודם לכן כשר אף שלא נתכוון בשעת ראייה להעיד כמבואר בשטמ"ק כריתות י"ב ב'].

והקשה החזו"א דלפ"ז למה דחתה הגמ' דברי רב חסדא, הוי דבריו קימים לענין עדות דלא רמיה עליה. והחזו"א רצה לבאר דהרמיה עליה היינו אם עתה מעידים במפורש, ולא רמיה עליה פירשו שאינם מעידים במפורש שקודם ששים לא היתה העיר סמוכה, אלא אומרים "שאינם זוכרים" שהיתה העיר סמוכה.

והנה הפוסקים נקטו דנאמן תמיד אחר ששים שנה, ולשיטת החזו"א א"ש, ולשיטת רש"י - ע"י בב"י ס"י כח שכתב דסוגין אתיא כר"מ, וקיי"ל כר' יהודה.

#### דף כא ע"א

קל) כשתמצי לומר לדברי רבי על כתי"י הן מעידין לדברי חכמים על מנה שבשטר הן מעידין. והקשה הפנ"י איך מהניא עדותן על מנה שבשטר, הרי אם מעידים רק על המנה הוי מלוה ע"פ, וע"ש שכתב דזהו טעמא דתוס' שכתבו דלרבי לא מועיל אפי' אם מעידים במפורש על מנה שבשטר, ולדעת רבנן כתב הפנ"י "כיון דעיקר עדותן על המלוה והם אומרים שזה כתב ידם הו"ל עדות גמור וא"צ לצרף אחר".

והבית יעקב כתב דהא דמהני עדותם על השטר הוא כאילו מעידים שהם עדי מסירה, שהרי מבואר ברא"ש פרק ג"פ שכל עד החתום בשטר הוא כעד מסירה שתולים שנמסר בפניו, ולכן יש לזה דין שטר. ובדעת רבי כתב דס"ל דכשואומרים סתם זה כתי"י לא תולים שמעידים על המסירה, וע"ש עוד.

אכן בנתיבות ס"י מ"ו סק"א כתב דזו קולא דרבנן דכיון שמעיקר הדין א"צ קיום, כל שהעידו על ההלואה סגי בכך ותלינן שגם השטר אינו מזויף.

ובאמת הדבר נפתח בראשונים. עי' ברשב"א שכתב בהא דסד"א דבנידון דידן הלכה כרבי אף מחביריו, משום דמסתבר טעמיה, דאילו משום מנה שבשטר לא להוי אלא מלוה ע"פ, וטעמיהו דרבנן משום דסופן כתחילתן מה תחילתן אינהו משו ליה שטרא השתא נמי אינהו משו ליה שטרא עכ"ל. ועיין בריטב"א שכתב וז"ל דכיון שהם עצמן חתומים בשטר וכשואומרים זה כתב ידינו מתקיים השטר ונעשה כעדים שנחקרה עדותן בב"ד הא חשיב לן כאילו הם מעידים עכשיו על מנה שבשטר.

אבל במרדכי כתב "דמתוך שמעידין במלוה מעידין נמי בשטר", ובהגהת מרדכי הוסיף: ואין לגמגם בזה דקיום שטרות דרבנן ובסברא מועטת יש להקל. [וזה כדברי הנתיבות].

קלא) והנה דעת תוס' (לעיל כ' ב') דבעינן שהעדים יהיו זכורים ההלואה בזמן עדותם. אכן הריטב"א כתב דא"צ שיזכרו, ונראה דזה תלוי בהנ"ל, דאם הגדר הוא שמתוך שנאמן על המנה נאמן על השטר [כדעת המרדכי] בעינן שיזכור את ההלואה. אבל אם הטעם משום דנחשב כאילו העידו על השטר א"כ א"צ לדעת את המלוה. ועי' מש"כ באות קכג בשם הרמב"ן דיסוד פלוגתת רבי ורבנן הוא האם הכתב והעדוהם הם ב' דברים או דבר אחד, וזה מתאים להסבר של הרשב"א והריטב"א.

קלב) הריטב"א הביא דברי הירושלמי וז"ל הם אומרים כתב ידינו הוא ואחרים אומרים אינו כתב ידם הוו תרי ותרי [וכתב הריטב"א: פירוש דאע"ג דלרבנן אין אחד מן העדים מעיד אלא על כתי"י בלבד ואילו השנים האחרים מעידין על כל אחד ואחד לא חשיבי תרי לגבי חד דכיון שהעדים על מנה שבשטר הם מעידים הא חשיב כאידך תרי. ולכא"ו אם נימא דהדין על מנה שבשטר הם מעידים הוא קולא דרבנן בקיום שטרות, צ"ב למה כשיש עדים המכחישים קיום זה הוי תרי ותרי, ולדברי הרשב"א והריטב"א א"ש. ואולי י"ל דעיקר הא דעדים אחרים נאמנים לומר שהשטר מזויף הוא ג"כ מדרבנן, דמדאורייתא ל"ח לזיוף אפי' בכה"ג, ועי' בש"ך ס"י מ"ו סק"ט שיש דעות דאם עדים מכחישים את השטר צריך קיום מדאורייתא והש"ך חולק, וע"ש בנתיבות שפשוט לו שהאומרים שאי"ז שטר נאמנים דהו"ל תרי בחד וצ"ע].

ועי' בש"ך (ס"י מ"ו סק"יב) שהביא בשם רבנו ירוחם שבכה"ג צריך לקיים את השטר ממק"א, והקשה התומים מה יעזור קיום הרי תרי כמאה. ותירץ הנתיבות (סק"ז) ע"פ תוס' ביבמות שדבר הנראה וידוע לכל העולם לא אמרינן תרי כמאה וה"נ כאן שיקיימו החתימות ע"פ טביעות עין לא אמרינן תרי כמאה.

ובהגהות אמרי ברוך נחלק ע"ז דכל סברת תוס' רק באופן שא"צ גביע [כמו ביבמות ששם הנידון אם פלוני מת והכל רואים אותו חי] אבל כאן דבעינן גביית עדות אמרינן תרי כמאה ומאה כתרי.

קלג) עוד כתב הריטב"א בשם הירושלמי הם אומרים אינו כתב ידינו ואחרים אומרים כתב ידם הוא, תני ר' חייא לא מעלין עידי השטר ולא מורידין, והיינו דאין מתחשבים בעידי השטר. ופי' הריטב"א דהטעם מפני שכ"א מעיד רק על כתי"י שאינו שלו, והוו תרי בחד. [אבל אם עידי השטר כ"א מעיד שגם כתי"י חבירו מזויף הוי תרי ותרי]. אמר ר' יוסי

מתניתין אמרה כן [שאינם נאמנים] דתנן לעיל י"ח ב' אם יש עדים שהוא כתיי אינם נאמנים [ואם נימא דיכולים לומר שהוא מזויף הרי יש להם מיגו ולמה לא נאמנים]. ועי' בקצה"ח (מ"ו ו') שביאר דברי הירושלמי.

ובקצה"ח (שם סק"א) נחלק על הריטב"א וסי' דאפי' אם אומרים שניהם שאי"ז כתב ידי שניהם ג"כ אינם נאמנים והעדים שאומרים שזה כתיי נאמנים לגמרי, ומשום דבעדותם שהכתב מזויף הו"ל חוזר ומגיד, והגם שלדבריהם מעולם לא הגידו והכל זיוף, מ"מ כיון דלולא דבריהם דני שזה כתיי אין הם נאמנים לבטל את הפשטות הלזו מדין חוזר ומגיד. קלד) היכא דמית חד מיניהו לבעי שניים מן השוק להעיד עליו דא"כ קנפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא. וכע"ז מצינו בב"ב נ"ז שא"א שאחד העדים יאמר זה כתיי ואחיו יעיד עם אחר על חתימת השני דא"כ נפיק זכי ריבעא דממונא אפומא דאחין [וע"ש ברשב"ם שהתורה החשיבה לאחים כאיש אחד].

ולהלן אמרינן דאם יקיימו חתימת העד החי שלא ע"פ עצמו אלא ע"פ כתב ידו שכתב בחספא שפיר גבינן בשטר, ובאבי עזרי פ"ג מעדות כתב דנשגבה ממנו פשר דין זה, דהרי גם בכה"ג נפיק נכי ריבעא דממונא ע"פ חתימתו, ומה לי אם נפיק הממון ע"י חתימתו עצמה או ע"י שמקיים את חתימתו, וצ"ע.

ונראה דד"ז תלוי בפלוגתת האחרונים. דהנה בקידושין מ"ג ב' מבואר דשליח קידושין אינו יכול להיות עד כיון דצריך הוא להישבע על המעות וכתב החלקת מחוקק (אבה"ע"ז סי' ל"ה סק"ג) דאם היה שליח אחד ועוד עד הצטרף אותו ואותו העד מעיד שמסר המעות לאשה ופוטרו משבועה כדן עד המסייע, אפי"ה א"א שיעידו שניהם יחד על הקידושין דא"כ נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא. [דהעד השני מקיים את העד הראשון וגם מעיד על המעשה]. ובט"ז נדפסה הגה"ה [והיא מהחכ"צ] דרק אם באותה העדות נפיק נכי ריבעא דממונא אז הוא דלא מהני, אבל לענין קידושין שפיר כ"א מעיד על חצי הקידושין, דמה שהאחר מעיד שנתן לה את הכסף [ופוטרו משבועה] זו עדות אחרת היא, והביא החכ"צ ראייה מקושת האבי עזרי הנ"ל, וז"ל: ודבר זה הוא דמאי להא דאמרינן שם ואי ליכא תרי אלא חד לכתוב חתיי אחספא ושדי ליה בבי דינא וכי' ואזיל איהו ומסהיד אידך, ואע"ג דזה הוי ג"כ נכי ריבעא דממונא אפומא דידיה, מ"מ כיון דהוי כמו עדות אחרת מקרי חצי דבר מפיו של כל אחד, כ"ש כאן דאין העדות של הנתינה נוגע כלל בעדות הקידושין דלא מחשב לעדות אחת. עכ"ל.

ומבואר דהחילוק הוא שבכתב כתיי אחספא הרי עדותו שבשטר על המנה, והעדו השניה היא שיש כתב יד של עד אחר. ובעדות זו הוי חצי אפומא דחד סהדא. ואע"ג דבסך הכל בהוצאת הממון יוצא כל הממון נכי ריבעא אפומא דחד סהדא לא איכפת לן בזה, דדנים על כל עדות בפני"ע.

אמנם לשיטת החלקת מחוקק קשה מסוגין. ועי' בחת"ס גיטין י' ב' הביא ירושלמי ברי"ה: א"ר יודן ויאות אילו שנים שיצאו מעיר אחת שרובה עכו"ם כגון כגון הדא סוסיתא, אחד הכל מכירין אותו שהוא ישראל ואחד אין כל אדם מכירו, חבירו מכירו, חבירו מהו שיעשה כאחד מן השוק להעיד עליו [פי' אם מצטרף עם אחר מן השוק להעיד שחבירו ישראל]. אם אומר את כן לא נמצאת כל העדות מתקיימת בעד אחד, [ועיין עוד שם בירושלמי שמשמע שגם בקיום הדין כן שאין העד החתום מצטרף להעיד עם אחר], הרי להדיא שגם באופן שמעיד על כשרות העד חשיב כנפיק כוליה ממנוא אפומא דחד סהדא. ולפי' הדק"ל מה מהני דשדי חתימת ידיה אחספא. וצ"ע. [ועי' בגיטין י' ב' בתוס' ובחת"ס ובברכ"ש גיטין סי' כ' ובשי' הגרש"ר שם].

קלה) בגיטין ט"ו ב' אמרינן שליח שמביא גט ואמר בפני נחתם ע"א, ועל העד השני מעיד שמכיר חתימתו עם עוד עד הגט פסול, דאז כולו בקיום הגט או כולו בתקנ"ח. [משום דאתי לאיחלופי בשטרות]. ושיטת התוס' דבאומר ידעתי שזו היא חתימתו לא מהני מדין קיום הגט, ורק באומר בפני נכתב מהני, ולכן צריך צירוף אחר עמו [אי לאו דגם זה לא מהני משום דבעינן כולו בתקנ"ח או כולו בקיום הגט]. והקשה התוס' הרא"ש מ"צ להאי טעמא דאתי לאחלופי, תיפ"ל משום הגט גופא דנפיק כל עדות הגט נכי ריבעא אפומא דחד כיון שהוא צריך לצירוף האחר להעיד על חתימת יד השני. [ובתירוץ א' מתרץ דכיון דאם מעיד בפני נחתם כשר אפי' הוא לבדו, תו לא שייך חסרון זה].

ותירץ התוס' הרא"ש [בתירוץ ב'] וז"ל, א"י י"ל דדוקא גבי ממון מתחלק לחצאין ולרבעין לענין פירעון שייך למימר נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד, אבל גבי עדות הגט שאינו מתחלק לחצאין ובחסרון מעט נפסל כל העדות, אפי' הרביע שנגמר ע"י עד האחר מקרי שפיר חצי דבר, עכ"ל. והדברים צ"ב רב. ומדברי הירושלמי דלעיל מבואר דגם בעדויות שאינם של ממון ישנו לחסרון זה [וכן מדברי החלקת מחוקק דלעיל חזינן דנקט כן בפשיטות].

קלו) כתב הנמוק"י פרק חזקת הבתים: ומיהו אם בא אחד מן השוק והעיד על חתימת החי ואח"כ בא החי והעיד על עצמו מצטרף הוא החי עם אחר שבשוק ומעיד על חתימת המת דהשתא ליכא אפומא דהחי אלא פלגא. אבל העיד ראשונה החי עצמו הוה אידך יתר שהוא כנטול. עכ"ל. וברמ"א סי' מ"ו סי"ג כתב על הדין דשדי חתימת ידו בב"ד: וכ"ש אם היו עדים לקיים חתימת החי. והעיר הנ"צ שהרמ"א השמיט הא דמהני אפי' ע"א והחי אם קדם העד לחי. והנה הש"ך שם כתב דאם כבר העיד בראשונה החי על עצמו לא מהני שיכתוב החתיי וישדי בב"ד, דאמרינן ע"ז כנטול דמי. והקצה"ח סק"ב חולק ע"ז וסובר דמהני דכיון שב"ד יודעין במציאות שזה חתיי בלא עדותו שוב ל"ש לומר כנטול דמי, ורק גבי עדות שייך לומר כנטול דמי דאין מקבלין אותך, אבל על החוש ל"ש כנטול. [והנתיבות כתב דהב"ד הוי כנטול, וצ"ב, ועי' במשובב]. ובמשובב רצה לחדש שאפי' ב' עדים מהני אחר שהעיד על עצמו, וכל דברי הריטב"א רק באופן שבא אחרי עדות החי עד אחד, דאז בעינן לצרפו עם עדות החי ואמרינן דכנטול דמי, אבל בבאו שני עדים לא אמרינן כנטול כיון שמקבלים אותם בפני"ע. [ולפי' י"ל דמש"כ הרמ"א דבבאו עדים השטר כשר, מיירי אפי' אחרי שהעיד הכשר, ואילו הדין דע"א כשר הוא דוקא בקדם הע"א לחי. ומיושב קצת הערת הנ"צ].

קלז) שיטת הרשב"א דקרובים כשרים לקיום שטרות והקשה הקצה"ח (סק"ד) מהגמ' בב"ב נ"ז שמבואר דאחים פסולים לקיום שטרות. ותירץ עפ"משי"כ הכנה"ג בשם הגאונים דנהי דקרוב כשר מ"מ בעינן שיהא עמו עוד עד אחד כשר [כמו בקטן שנאמן לקיים בגדלותו ובלבד שיהא ע"א עמו]. ולכן בההיא דב"ב דנפיק נכי ריבעא אפומא דקרובים לא מהני, דבעינן שלכה"פ חצי יהיה ע"י כשרים.

עוד הקשה הקצה"ח מדאיתא בב"ב קכ"ט היה חתום בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו א"י לקיים השטר, ותירץ הקצה"ח דשם הוא לבדו א"י להעיד משום דעל המנה שבשטר ודאי דהוא פסול, ולהצטרף עם אחר ג"כ א"א דכל יתר כנטול דמי וכמו שכתב הריטב"א הנ"ל. והקשה הנתיבות דכיון דבעינן שיהא צירוף אחר עמו מ"ש לומר שהאחר כנטול, וע"ש במשובב משכ"ב.

והנה הרשב"א בב"ק קי"ב כתב דהא דמקיימין שטר שלא בפני הלוח, הוא מפני שאז העדות על כתי"י ולא על מנה שבשטר. ולפי"ז קשה לדל' הנתירות דכל היכא דבעינן צירוף ל"ש לומר כנטול דמי, א"כ למה לא אמרינן כאן שיעיד שלא בפניו ואז מהני אפי' לרבנן דעל כתי"י הוא מעיד. [והנה הנתירות תירץ על הקושיא מב"ב, דכיון שבעדותו כלול גם המנה ועי"ז הוא קרוב יש בזה דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אמנם כאן ל"ש לתרץ כך, דאין כאן כלל פסול אלא רק דין שלא בפניו שאי"ז פסול אלא העדר עדות]. כן הקשה הגרש"ר. (שי" גיטין אות סה).

קלח) בלשון הטור משמע דאם שכח את העדות על המלוה אין חסרון של נפיק נכי ריבעא אפומא דחד סהדא, כיון שאז לכו"ע על כתי"י הם מעידים. ועי' בני"צ שזה תלוי בפלוגתא הראשונים אם באינם זכורים אמרינן על מנה שבשטר הם מעידים.

קלט) תוד"ה ודוקא, נחלקו האחרונים אם לתירץ תוס' סוגיין דוקא כר"מ, דאילו לר"א חייש אפי' בחספא, או דגם לר"א אפשר לכתוב אחספא דהשטר כשר רק בצירוף העדי מסירה וא"כ הם יעידו האמת וליכא למיחש למיד. [עי' מהרש"א, ושי"ך סי' מו סקל"ז, וסי' מ"ב סק"ב, וחזו"א נשים פי"ז סק"י]. ועיין בריטב"א שיטה חדשה, דבחרס אפי' אם אפשר לרמות על ידו לא חיישינן שימצאנו רמאי, דשדי ליה ב"ד לברא, והרואה לא יחשוב שכתוב עליו חתימה. משא"כ הקלף חיישינן שימצאנו רמאי, ויבדוק מה כתוב בו וירמה על ידו.

קמ) תוד"ה הוציא. בסברת הר"י, עי' ברא"ש כמה סברות, ועיין באבי עזרי שמבאר ע"פ הסברא [הידועה בשם הגר"ח בסטנסיל ובאוי"ש סוף ה' עדות] דשטרך בידי מאי בעי אינו הוכחה ואנן סהדי, אלא הוי כנתינת נאמנות למחזיק השטר, וא"כ י"ל דרך בשטר שיש בו שעבוד יש אומדנא שכוונתו להתנות כן.

קמא) בסוגיית עד ודיין. שיטת רש"י דמייירי בקיום החתימות של העד והדיין, ודוקא באופן שהעד והדיין עצמם מקיימים את חתימותיהם [וכרבנן דעל מנה שבשטר הם מעידים] דבזה אין צירוף בין העדויות, דהעד מעיד על מנה שבשטר והדיין מעיד על קיום שטרות, אבל אם ב' עדים מעידים על חתימת יד שניהם השטר כשר. [כך מפורש בגר"א סי' מ"ו סקמ"ה בדעת רש"י, וכן מוכח ברשב"א שהוכיח מפירש"י דבעינן קיום על הדיין, אלמא דהנידון בצירוף רק משום "קיום" הדיין, ולא משום עדות הדיין עמה בחתימתו. ועיין בר"ן שכי"כ בשם הרא"ה שבתרי עדים מהני לכו"ע, אך הב"י הגיה בדברי הר"ן ויבאר להלן בעז"ה].

והקשה הרמב"ן דא"כ אין צירוף בין הדיין לעד, גם בשני עדים שמקיימים חתימת יד השני לא יצטרפו עם העד שמקיים חתימת יד עצמו, דהוא מעיד על המנה שבשטר, והם מעידים על הכתב יד. ותירץ הרמב"ן דשם העדות על הקיום של השני מועיל בפני"ע [ואי"צ צירוף שהרי יש ב' עדים] וכל מה שצריך הוא צירוף לעד המעיד על חתימתו, היינו על מנה שבשטר, ובזה אפשר לצרף אליו את העד השני המקיים שגם הוא מעיד על מנה שבשטר. אבל בעדות הדיין אי"א לומר כן, דאם נדון לצרף את השני העד מצד עצמו, הרי אין עליו אלא קיום של דיין אחד, ועי"א אינו נאמן. אלא דיש לדון דנצרך את הדיין שמעיד על שתי החתימות ולדבריו הרי יש כאן עדות גמורה שהלוח חייב, יחד עם העד המעיד על מנה שבשטר, ועי"ז מבואר בגמ' שא"א לצרף את שני העדויות, דזו עדות על מנה וזו עדות על קיום. והוסיף הרמב"ן דאין לומר דמ"מ הדיין יודע ע"פ הקיום את ההלואה ונחשיבו כמעיד על המנה שבשטר בעצמו, משום דאין הדיין יודע אם העדים שקיימו אמרו אמת או שקר, ועדותו רק "שיש עדות" שהשטר מקיים, וזה לא מצטרף לעד השני שמעיד על אמתות החיוב בעצמו. [וביאר הדברים כתב הגרש"ש בסי' כב, וביתר ביאור בשער"י ז' כג] דעדות של עדים אין דינה כידיעת אמתות המעשה, אלא גז"ה על ב"ד לדון על פיה, אבל לאיש צדדי אין זה נחשב כבירור אמתות המעשה ע"ש].

ועיין ברשב"א שכתב דלפירוש רש"י אם הדיין מכיר בעצמו את חתימת העדים מהני קיומו כאילו מעיד על המנה שהרי כאן אינו צריך לסמוך על אחרים שקיימו, ותמה הרשב"א דלא משמע כן בגמ'. ועי"ש עוד קושיות על רש"י. ובריתב"א הביא שתוס' הקשו על רש"י דתיפול"ל שאין כאן קיום מספיק על העד השני שאין מי שמעיד על חתימתו אלא הדיין וזהו רק ע"א, ומי"צ לטעם דאין מצטרפין. ועיין ברשב"א שכתב דיש סברא דחוקה ליישב שכיון שהדיין בא מכח עדות שנים כאילו שנים מעידין בפנינו דמי ע"ש. ועי"ע בריטב"א שכתב דכאן הקילו כיון דקיום שטרות דרבנן (ע"ש היטב דבריו קיימו גם באין עדות נוספת על העד השני).

והגרע"א (כ"ח ח"ב סי' ט) כתב ליישב שהדיין מעיד על השטר שנחקרה עדותו בב"ד וכאילו יודע את החיוב, והעד השני מעיד על החיוב. אמנם עדיין קשה משה"ק הריטב"א דהרי נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא, דהעד המעיד על מנה שבשטר הוא גם העד המועיל לדיין לדעת את הנחקרה. [והריטב"א תירץ ע"ז דבשטר שכבר כתוב בו הנפק הקילו בדין נפיק נכי ריבעא דממונא ע"ש]. וביאר הגרע"א דמאחר ונחקרה עדות השטר בב"ד תו אין מתחשבים במה שהוא המעיד בשטר, דאין זה מענינו מי העיד, אלא עיקר העדות של הדיין הוא שנחקרה העדות בב"ד, וזה שפיר יכול להצטרף עם העד המעיד על מנה שבשטר [אי לאו טעמא דאמאי דקא מסהיד האי לא מסהיד האי].

קמב) והרשב"א מפרש שקושית הגמ' אינה בדיני "צירוף", אלא קושית גמ' היא שבאמת על העד השני אין אלא עדות של עד אחד [כיון שהעד שבפנינו לא מעיד על השני, ורק הדיין מעיד עליו] והחסרון משום שיש עי"ז רק ע"א, ע"ש. והתוס' שבריטב"א מפרשים שבאמת העד החתום מעיד גם על העד השני, ונמצא שיש כאן ב' עדים על המנה השני אלא שהחסרון משום דנפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא, [והריטב"א כתב בדעת רש"י כנ"ל שהקילו בזה כיון שהשטר מקיים].

ועי' ברשב"א שהביא פירוש הר"י דמייירי בעד הלואה ודיין שהעידו בפניו בע"פ דאין מצטרפין הואיל והדיין אינו מעיד על אמתות המעשה.

קמג) והנה אם ב' העדים מקיימים את העד והדיין, כתב הר"ן בשם הרא"ה דמצטרפים. והקשה הב"י דהרי על העד השני אין כאן אלא עדות הדיין בלחוד, ולכן מגיה בדברי הר"ן ע"ש. והקשה הש"ך (מו מו) דהרי בגמ' מוכח דליכא לחסרון זה שהרי כל קושית הגמ' משום דאין "צירוף", וכמשנ"ת באות קמא בדעת רש"י, וכתב הש"ך דהב"י פי' הגמ' כתוס' שבריטב"א דמייירי שהעד החתום מעיד גם על העד השני ע"ש. והגרע"א הנ"ל פי' בדעת הב"י כמו שהובא לעיל דמייירי שבאמת אין מעיד על השני ומ"מ מצטרף ע"י שהשטר יש לו דין נחקרה וע"ש מה שמיישב עפ"ז.

[ועיין בגר"א שכתב דברא"ה שלפנינו מפורש כהגהת הב"י בר"ן].

קמד) ועי' ברע"א הנ"ל שדן בע"א שראה הלואה ועי"א שאומר שראה שטר חיוב, דלשטת רש"י אין מצטרפין, אבל לשיטת תוס' והרשב"א דהחסרון לא בצירוף אלא משום שאין על העד השני אלא ע"א [או משום נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא], א"כ בשטר והלואה ל"ש חסרון זה.

והא דעד הלואה ועד הודאה מצטרפין פ"י הגרע"א דההודאה נחשב כראית עצם ההתחייבות ועדיף מעדות, ועיין ברבנו יונה שנראה שמפרש שהחילוק הוא שבקיום לא נזקקו לחייבו אלא רק לברר השטר, משא"כ בהודאה הוי הודאה על עצם החיוב ע"ש, ולפי"ז לכאוי' בעד על שטר יצטרף דלא כהגרע"א, אך להר"ף שפירש דסוגין בע"א על הלואה וע"א על חיוב ב"ד ואפ"ה אין מצטרפין ופ"י הרשב"א משום דשמה שקרו העדים שבפני הב"ד, מוכח דגם בנזקקו לחייב אין צירוף, וכהגרע"א, ודלא כר' יונה.

דף כא ע"ב

קמח) ש"מ עד נעשה דיין. ומסקינן דרך בקיום שטרות הקילו אבל בעלמא אין עד נעשה דיין. וטעמא דמילתא כתבו תוד"ה הנח בשם רשב"ם משום גזה"כ דבעינן שיעידו בפני הדיינים, שנאמר ועמדו שני האנשים לפני ה'. ובקצה"ח סי' ז' סק"ד הקשה ע"ז דא"כ אם כבר העידו לפני ב"ד אחר וקיימו מצות ועמדו יוכלו לפסוק ע"פ עדותם. וביישוב דברי הרשב"ם כתבו דס"ל הגזה"כ הוא דבעינן שהדיינים והעדים לא יהיו אותם אנשים. [ומה"ט שיטת הרשב"ם בב"ב דאפי' עידי ראייה שלא הגידו עדותם אין נעשים דיינים]. וז"ל הרשב"ם: ונראה בעיני דגזה"כ הוא וכו' אשמועינן קרא דצריך להעיד לשנים לפני הדיינים אבל העדים אינן חוזרין ויושבין ודנין".

והנה לשיטת הרשב"ם דגם בראו העדות פסולים - מוכח דה"ש עד" פוסלם לעדות, ולא הוי רק דין שא"א לדין לדון ע"פ עדות עצמו, שהרי אפי' ע"פ אחרים פסול. אמנם התוס' כאן ובב"ב חלקו על הרשב"ם בדין זה וס"ל דעד הרואה כשר לעדות, וילייע אם סברתם דהפסול רק משום שא"א לדון על פי עדות עצמו, או דמדודו לרשב"ם שהשם עד פוסל, אלא דס"ל דשם עד חל רק על המעיד ולא על הרואה. ונ"מ בזה אם העיד בפני ב"ד ואח"כ קיבל עדות אחרת, דלצד ראשון יכול להיות דיין לדון ע"פ האחרים, ולצד השני פסול כיון דכבר חל עליו שם עד. ועי' בשלטי הגבורים בב"ב שהביא בדין זה מחלוקת ראשונים.

ושיטת תוס' דהטעם משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה, דהם לא יקבלו הזמה על עצמם, והקשו תוס' דהא אפשר להזימם בב"ד אחר. ובקצה"ח (שם) הקשה דלפי"ז אם העיד בפני ב"ד אחר יוכל אח"כ לדון ע"פ עדות עצמו דאם יוזם הב"ד הראשון שקבלוהו יעשוהו לזומם. ולכן ביאר הקצה"ח עפ"ד המרדכי, דהטעם הוא משום דעד זומם הרי הוא נפסל להיות גם דיין, ונמצא שאם יזימוהו אין כאן דיין שמקבל את עדותו שהרי הוא נפסל למפרע, וא"א לחייבו משום כאשר זמם, דאין העדים נעשים זוממים עד שיגמר הדין על פיהם וכאן שהם נפסלים לעדות אין כאן גמ"ד משום שהדיינים הם פסולים. [ולכן אפי' אם נתקבלה העדות בב"ד אחר, מ"מ אם הגמר ע"י עצמם לא נגמרה העדות ע"פ דיינים כשרים].

והנה במרדכי כתב דלמ"ד ע"ז למפרע הוא נפסל איש פירשו, אבל למ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל קשה הרי כשנתקבלה העדות עדיין כשר היה, ותיירץ דנראה דמאותו דבר עצמו הוא נפסל למפרע. [והיינו דאותה העדות מתבטלת למפרע, וצ"ב מה בכך מ"מ פסול הגוף אין כאן למפרע ולמה פסול הוא מדין דיין].

ובעיקר דברי המרדכי צ"ב מאי קשיא ליה למ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל, הרי בפשטות הא דנפסל מכאן ולהבא הטעם משום פלגינן נאמנות, וא"כ הרי כאן ל"ש פלגינן דממ"נ אם אמר אמת אין כאן זממה, ואם שיקר הרי פסול למפרע וא"כ ממ"נ אין כאן זממה ולא שייך פלגינן. ושמעתי להוכיח מזה דהמרדכי פירש דהא דמכאן ולהבא הוא נפסל היינו דמחילים את חלות הפסול רק מכאן ולהבא [וזה ע"פ התומים סי' פז סקכ"ה דב"ד הם המחילים חלות פסול על רשע, ואין הרשע נפסל ע"י המעשה רשע עצמו], ולכן כשר למפרע בתורת ודאי ואין כאן ממ"נ.

ושיטה נוספת מצינו בתוס' בב"ב קיד ובי"ק צ' דילפינן להא מדכתיב ביום הנחילו את בניו, דאם ראה ביום הוי דיין ולא בראה בלילה ע"ש.

קמו) עד שלא חתמו מעידין בפניו וחותרם, משחתמו אין מעידין. שיטת רש"י דהטעם משום "דחתימה קמא בשיקרא הוא דלאו תלתא הוו דידעיי". ותוס' פירשו דהטעם משום דדמי לנוגעין בעדות. [ויבאר בעז"ה להלן]. והנה התוס' הוכיחו כפירושם דאין לומר דקו' הגמ' דמהא דאחר חתימה לא מעידים ש"מ דחייש למחזי כשיקרא וא"כ גם בכתיבה ניחוש לשיקרא, דא"כ קשיא דרב אדרב דהכא חייש ובגיטין לא חייש. ולכן פ"י דהטעם משום נוגעין בעדות. והקשה הגרע"א דלמה להו לתוס' להמציא טעם חדש, הרי כל הוכחתם הוא רק שאין לדמות חתימה לכתיבה, וא"כ יכלו תוס' לפרש דבאמת הטעם משום מחזי כשיקרא אלא דכ"ז רק בחתימה ולא בכתיבה. [ונראה לדון בזה ע"פ מה שהוכיח הרמב"ן מהסוגיא בדף פ"ה בשטר שנמחל שעבודו דלא חיישינן למחזי כשיקרא גם בחתימות, ומשם מוכח דאין חילוק בין חתימה לכתיבה וע"ז סמכו תוס'].]

קמו) והרמב"ן הקשה על רש"י דהרי בדף פ"ה מוכח דלא חיישינן לשיקרא גם בחתימות, ומפרש הרמב"ן [והרשב"א העמיס כן גם בדעת רש"י] דהטעם משום שבאמת אין כאן ב"ד, דבשעת החתימה עדיין לא ידע השלישי ואינו דיין, ובשעה שקיבלו העדות שנים מהם עדים הם, ואחרי קבלת העדות אין השנים עושים כלום, ומפני שחזרו וישבו יעשו ב"ד ויתקיים הדבר למפרע א"א עכ"ל. ולשון הר"ן: דחתימה קמיינתא וכו' לא הוי ידעי ומכיון שחתמו ולא נצטרף השלישי עמהם שוב אין יכול להצטרף עמהם דמשחתמו נתבטל מעמד שלשתן, ובשעת חתימה נמי לא היו במעמד שלשה והן ב"ד, שהשלישי לא היה ראוי להצטרף עמהם כיון שלא היה מכיר עכ"ל.

והנה הש"ך (סי' מ"ו סקנ"ט) מדייק מדברי הר"ן דבעלמא יכולים לחתום ואח"כ לקבל את העדות, דרך הכא דאין צירוף אח"כ כתב הר"ן דא"א להעיד, אבל בעלמא שיצטרפו אח"כ אפשר לחתום גם קודם שהעידו בפניהם. והקשה התומים (סקכ"ה) מלשון הר"ן "ובשעת חתימה כו' שהשלישי לא היה ראוי להצטרף" ולדברי הש"ך הרי ראוי להצטרף ע"י שיעידו בפניו, ולכן כתב הש"ך דבחתימה יש חסרון של מחזי כשיקרא וא"א לחתום קודם.

אכן המדייק בלשון הרמב"ן שהועתק לעיל יראה דצדקו דברי הש"ך, שהרי הרמב"ן הוסיף "ואחרי קבלת העדות אין השנים עושים כלום", אלמא דאם יקבלו אח"כ עדות הוי למפרע כב"ד וחתימתן כשרה [וכמו שכו' בהמשך דע"י ישיבה גרידא ל"ש לומר דהוי למפרע כב"ד, אבל ע"י קבלה נעשין ב"ד למפרע]. וצ"ל דמש"כ הר"ן דבשעת חתימה לא היה ראוי להצטרף, היינו מצד מצבו בשעת החתימה לא ראוי, ומה שאח"כ קיבל עדות לא מהני דאז כבר לא היה עם השלשה ולא היה צירוף ביניהם.

קמח) עד שלא חתמו מעידין בפניו וחותרם. שי' בעה"מ המחודשת, דאין הכוונה שאותם העדים יעידו בפניו אלא דוקא עדים אחרים, דאין עד המעיד נעשה דיין ורק עד הרואה נעשה דיין ע"ש בארוכה בביאור הסוגיא לשיטתו. אך רש"י ושאר ראשונים מפרשים דהשנים מעידים בפני האחד, ומטעם דגם עד המעיד נעשה דיין. אכן התקשו הראשונים איך יש קבלת עדות הרי כשם שדין צריך שלשה כך קב"ע בעי ג', וכאן העידו בפני אחד לחוד.

ותירץ הר"ן בשם הרשב"א דכיון דעד נעשה דיין אפשר שבבת אחת יהיה גם עד וגם דיין, וכשהשנים מעידים הם מצטרפים לאחד לקבל את עדות עצמם ויש כאן שלשה. וכ"ה בריטב"א. [וברשב"א שלפנינו לא נמצא תירוץ זה].  
אכן הרשב"א בחידושו הביא בשם הרמב"ן תירוץ אחר, דמייירי ביחיד מומחה שיכול לקבל עדות לבדו. והריטב"א הקשה ע"ז דא"כ יקיים ג"כ ביחיד וא"צ כלל לצירוף. ובעיקר הדין אם יחיד מומחה יכול לקיים ביחיד, מסיק הריטב"א דלא כהרמב"ן אלא גזרו חכמים שיקיימו רק בפני שלשה כדי שלא יראה כעד מפי עד. [ובדעת הרמב"ן י"ל דס"ל דעל הקיום עצמו גזרו חז"ל כנ"ל שיצטרפו שלשה, אבל על קבלת העדות לא גזרו, דסגי במה שהקיום יהיה בשלשה].

עוד תירץ הרשב"א בשם הרמב"ן שצריך להושיב מחבריהן אצל היחיד בזמן שמעידין בפניו.  
והרא"ש הוכיח מכח קושיא זו דא"צ לקבל את העדות בפני ג' אלא כל אחד מהדיינים יכול לקבל את העדות של הקיום בפניו. [והובאה דעתו בשו"ע סי' מו סכ"ה, ושם הובאה גם דעת החולקים].

קמט) והנה להלן גבי קדה"ח פריך הגמ' ל"ל כולי האי לישבו בדוכתייהו וליקדשו. ופי' הר"ן דאמנם בעינן שיחזרו ויעידו דבלא"ה א"א לדון כיון דראייתם היתה בלילה. אלא קושיא הגמ' דיושיבו אצל חבריהן ויעידו ואח"כ בשעת קידוש יחזרו העדים ויקדשו. והקשה הגרע"א (שו"ת ח"ג סי' ו') דלפמשי"כ הר"ן בשם הרשב"א גבי קיום שטרות דמהני העדים עצמם להיות דיינים בו בזמן שמעידים, א"כ גם בקדה"ח להו"א דעד נעשה דיין למה הצריך הר"ן שיושיבו מחבריהן אצל היחיד, הרי הם עצמם יכולים להעיד ולהיות ב"ד בב"א. ותירץ הגרע"א דגם לדברי הר"ן שהם מצטרפים להיות דיינים, הני מילי כלפי הדין השלישי שנחשב שקיבל עדותו בב"ד, אבל הם עצמם אינם יכולים לדון ע"פ עדותם דלא יתכן שאדם יעיד לעצמו דמה מוספת לו הגדתו יותר ממה שידע מקודם. ולכן בשלמא בעדות קיום שהם עצמם כבר דיינים ע"י ראיתם תו אין השנים צריכים לקבל את עדותם וכל הצורך בב"ד בקבלת העדות היא רק לשלישי. אבל כאן שראו בלילה והעדות גם לצורך עצמם אינם יכולים לסמוך על הגדתם.

אכן הקשה הגרע"א דמ"מ יכולים להעיד כ"א בפני שנים מחבריו ויהיה לכ"א שני עדים, ולמה צריך להושיב מחבריהם. ותירץ הגרע"א דכל היכא שהעד אינו יכול לדון אינו יכול גם להצטרף להיות דיין, ולכן כאן שאינם יכולים לדון ע"פ הגדתם וכדלעיל, אינם מצטרפים ג"כ כלפי האחר, משא"כ בקיום שטרות שהם כבר כשרים לדון ע"פ ראייתם יכולים להצטרף כלפי השלישי.

קנ) והנה רב אשי אמר דילמא לעולם צריכין הגדה [ולא אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראייה], ושאני הכא דמקיימא הגדה באפי חד. והקשה הרמב"ן דאיך התקיימה ההגדה לשנים האחרים. [ועיין במלחמות שדחה מכח קושיא זו את שיטת בעל המאור דמפרש שהעידו אחרים לשלישין]. ומפרש הרמב"ן: "אבל כאן כיון שהם עצמן העידו בפני אותו השלישי כבר שמעו עדות בפני ב"ד. ואילו לא העידו בפני השלישי לא היה נקרא עדות אבל השתא אינהו גופייהו שמעו עדות גמורה בב"ד ונעשים עדים ודיינים". ומשמע מדבריו כמשי"כ הר"ן דיכלים הם להיות בב"א עדים ודיינים, דף כא ע"ב

וצ"ע דהרי מיד אח"כ הקשה הרמב"ן היכי הוי הגדה באפי חד, הרי בעינן ג' שיקבלו העדות וכמשנ"ת אות קמח. ולדבריו דהם נעשים עדים ודיינים היה לו לתרץ כתירוץ הר"ן.

וצ"ל דודאי לגבי קבלת עדות צריך שהעד יעיד בפני ג' וא"א לומר שהוא יקבל את עדות עצמו, דכל ענין ההגדה הוא לומר לאחרים וזהו החפצא דעדות, ולכן דייני הקבלת עדות חייבים להיות אחרים. אבל אחר שהעיד בפני אחרים ויש לזה תורת הגדה בפני ב"ד, שוב יכול לקבל את עדות עצמו ולדון עליה מכח דיין.

[ועיין ברע"א שהקשה על הר"ן מה ההו"א להוכיח מכאן שא"צ הגדה, הרי הם הדיינים ומקבלים את עדות עצמם ויש בפניהם הגדה. ותירץ ע"פ יסודו דלעיל דכלפי העדים עצמם לא מקרי קבלת עדות, אמנם הוכיח מד' הרמב"ן במלחמות דלדחויא דרב אשי יכולים הם לדון מצד קבלת עדות עצמם. ונראה דהביאור כנ"ל דעיקר ההגדה אינה לעצמם, אבל אחר שכבר נתקבלה העדות כלפי אחרים שוב יכולים לדון בה הם עצמם, וזו כוונת רב אשי "שאני הכא דמקיימא הגדה בחד"ן].

קנא) וש"מ דיינים המכירים חתימת עדים א"צ להעיד בפניהם. הקשו הראשונים הרי זה מוכח מהמשנה בר"ה דאפשר לדון ע"פ הראיה, ומה השו"ט בזה בסוגין. ובתוס' תירצו דיתכן דכאן תקנו שלא יהני ראיתם משום דמחזי כעד מפי עד. והקשה הגרע"א דמדוע מחזי כעד מפי עד הרי כותבים שהם מכירים וא"כ הם עצמם מקיימים החתימות ומה לי שמקיימים באמירה מה לי שחותמים כך. וטפי הו"ל למימר דהוי מפי כתבם כיון דלא מיחזי כב"ד. וע"ש מה שתירץ וצ"ב.

ויעוי' ברשב"ם ב"ב מ' א' שכתב דהא דבעינן ג' בקיום שטרות משום דדומה לבי' עדים שמעידים ששמעו מפי עדים שלמעלה שהשטר כשר ועד מפי עד פסול, וברבנו יונה כתב דהחסרון משום מפי כתבם.

אכן הריב"ש סי' שפב כתב דאין בקיום חסרון של מפי כתבם כיון דמעידים שלא בפני בעל השטר וקיום שטרות דרבנן, (ונפסק כן ברמ"א סי' מו ס"ז) ויעוי' בתומים ובקצה"ח שם שנקטו דהוי דין "עדות בכתב" ולא דין שטר, אלא שהקילו בקיום שטרות דסגי בעדות בכתב. ולפי' פשוט שלא יכלו תוס' לומר דהחסרון משום מפי כתבם.

קנב) והנה התומים (סי' מו סקכ"ז) הקשה לשיטת הריב"ש דעדות בכתב כשירה, א"כ מה החסרון בסוגין באופן שחתמו לפני שהעידו לשלישי, הרי חתימתם כשרה כדברי הריב"ש. אלא די"ל דהם רוצים שיהיה לזה דין ב"ד כדי שיהיה "שטר" ולא דין "עדות בכתב". [ויש בזה כמה נ"מ, עיי' אות קכז].

אכן עדיין קשה שהרי ברגע שהם חותמים הוי כאילו העידו בפני השלישי בכתב, וא"כ באותו רגע באין כאחת הו"ל כמעידין בפניו ולעולם מקרי שהעידו קודם שחתמו. וע"ש שנדחק לתרץ דכיון דהא דמהני עדות בכתב הוא קולא דרבנן, לא הקילו כולי האי שע"ז יוכשר גם השלישי.

אכן בעיקר דברי הריב"ש דעת הבית מאיר סי' קמ"ב [וכן דייק בזכרון שמואל סי' מ"ד מדברי הגר"א סקכ"ב] דמהני מדין שטר, ומשום דכיון דאפשר שלא בפניו - והיינו דתקנו שאין הלואה בע"ד על הקיום, - ממילא אין הוא נקרא המתחייב, ואז אפשר לעשות שטר מכח העדים [דכל שאין מתחייב הוי שטר, וכמו שהובא לעיל דף כ' ע"ב בשם שו"ת הרשב"א].

ולפי' נראה דלי"ק קושיית התומים, דאם הוי שטר לא מקרי עדות בפני השלישי, אלא שהוא רק יודע ע"י השטר שנחקרה העדות בב"ד אחר, ולא הוי עי"ז דיין.



קנג) עוד תירצו תו' דפעמים אין מכירין אלא ע"י שראו בלילה. וכתב מהרש"א דלפ"ז אם ראוהו בלילה באמת פסול גם להלכה ע"ש. ובדין זה דנו הראשונים, ע"י בבעה"מ שמפרש דכל הסייד של רב אשי הוא בראה בלילה, וע"ז הנידון בגמ' אם מהני. והרמב"ן והרשב"א דחו דבריו, ע"י היטב במלחמות ובח"י הרשב"א, ויסוד דבריהם שאין העדות על מה שראו את מעשה החתימה בשטר זה אלא על כך שידעו שאין זה שטר מזויף שהרי יכולים להעיד ע"פ הכרת החתימות גם בלי לראות את מעשה החתימה. ולכן אין נ"מ אם ראו את החתימה בלילה, דאפ"ה יכולין לדון ע"פ הראיה דהשתא. ועיין בחזו"א.

והנה הרמב"ן הביא ראיה לדבריו [דהעדות עדות ידיעה ולא איכפת לן שראה את מעשה החתימה בלילה] מהא דאיתא לקמן אלו שנאמנים להעיד בגדלן מה שראו בקטן ש"מ שאינו מעיד על מה שראה אז, אלא על השטר דהאידנא. [וצ"ע דשם משמע שהטעם משום דבקים שטרות דרבנן הקילו, וא"כ מוכח דמעיקר הדין מעיד על הראיה שבילדותו]. ולכאוי משמע דהרמב"ן מפרש שגם שם מייירי שמעידים שמעשה החתימה של שטר זה ראו בילדותו, ולכן מדמה זאת לדברי הבעה"מ כאן. אכן ע"י בהפלאה דף כח שמדייק מרש"י ד"ה זה כת"י, דמייירי שאת הכרת החתימות באופן כללי הכירו בקטנותם, אבל לא מייירי שראו שטר זה עצמו. ולפ"ז יש לחלק דשם באמת הוי עדות ידיעה. אבל כאן שכל ידיעתם שזה כת"י הוא ע"י ראית החתימה, א"כ עיקר עדותם היא על ראית החתימה שהיתה בלילה.

קנד) והנה התומים הקשה על המהרש"א איזה פסול יש כאן בראה בלילה, הרי כל החסרון בראה בלילה הוא מחמת שבילילה לא היה ראוי לדון וכל עליו שם עד ואח"כ ביום שוב אין יכול להעיד דאין עד נעשה דיין. אבל בקיום שטרות דעד נעשה דיין מדוע לא יוכשר בראה בלילה. ותירץ דגם אם עד נעשה דיין א"א לדון ע"פ עדות לילה, דבעינן הגדה לב"ד [אלא דאם ראו ביום הראיה עצמה היא כהגדה לב"ד, אבל בראה בלילה אין לזה דין הגדה בב"ד שהרי אין דין בלילה]. [אלא דאם עד נעשה דיין יכולים אח"כ להעיד זה בפני זה, ואם אין עד נעשה דיין חייבים עדים אחרים].

אכן יעוי' ברמב"ן כאן שכתב שיש ב' פירושים בחסרון של ראו בלילה, דהרמב"ן מפרש דהחסרון משום דיש עליהם שם עד, ובשם תוס' [וכ"ה בתוס' דידן] כתב הטעם משום דבשעת ראיתן הם פסולין לדון ואין כאן קבלת עדות הראיה, ונמצא דתוס' לשיטתם דס"ל דהחסרון מפני שאין קב"ע שפיר סברי דא"יז תלוי בדין אין עד נעשה דיין והוא חסרון בפני"ע. [ושי' רשב"ם בב"ב דקב"ע כשרה בלילה ולכן מפרש כפי' ראשון, וע"י בראשונים בב"ב].

קנה) ולהלן בגמ' פרכינן גבי קדה"ח דאי עד נעשה דיין ליתבו בדוכתייהו וליקדשו, ודן הרמב"ן אם הכוונה שיעידו זה בפני זה או שהכוונה שידונו ע"פ ראיתם בלי להעיד, וכתב הרמב"ן להוכיח כפי' הראשון, דאל"ה מה הראיה, דילמא עד נעשה דיין אלא דמ"מ בעינן הגדה כדאמר רב אשי. ושוב דחה הרמב"ן דכל דברי רב אשי רק בממונות ולא בקדה"ח [וכמו שיתבאר להלן].

אכן מהרש"א כתב דפשוט דמייירי שמעידים זה בפני זה, דהרי כיון שראו בלילה ל"ש לדון ע"פ ראיה זו. ונראה פשוט דהרמב"ן קאי לשטתו שפי' דהחסרון בראה בלילה משום דאין עד נעשה דיין, ולכן בקושי הגמ' ליתבו בדוכתייהו וליקדשו - שסברה הגמ' דעד נעשה דיין, ל"ש חסרון זה, והרשב"א לשטתו שמפרש כתוס' שהחסרון משום דהראיה נידונה בשעתה כקבלת עדות וזה פסול בלילה, ולכן פשוט שצריך להעיד זה בפני זה ביום.

קנו) ובעיקר קו' תוס' [מ"ש קיום שטרות דיש צד דלא מהני ראיה], ביאר הרמב"ן ד"ל דקדה"ח דמהני ביה ראיה שאני, ששם אמר הקב"ה למשה "כזה ראה וקדש", ונתחדש שם שאפשר לקדש ע"פ ראיה, משא"כ בדיני ממונות בעינן דוקא עדות, וכן מבואר ברש"י ר"ה כה. [הביאו הרמב"ן]. וע"ש בתוס' ברי"ה שהקשו על רש"י דבב"ק צ: מבואר דמהני ראיה גם בממונות. אכן הרמב"ן תירץ ע"ז דשם בב"ק יש עוד תירוץ בגמ' ע"ש, ולהך תירוצא י"ל דס"ל דבממונות לא מהני ראיה. [וע"ש שדן אם הנידון בסוגין הוא בהא גופא - אם בממונות מהני ראיה. או דהנידון להצד דלא מהני ראיה בממונות בעלמא - שמא בקיום שטרות הקילו, ע"ש].

ועיין בסנהדרין ע"ח א' דטריפה שהרג בפני ב"ד חייב שנאמר ובערת הרע, שלא בפני ב"ד פטור דהו"ל עדות שאאי"ל. וקשה לדעת הרמב"ן שבנפשות וממונות לא מהני ראיה, איך שם יהרגו. ותירץ באבי עזרי, דהנה עיקר דברי הגמ' שם צ"ב, דל"ל לדרוש מקרא דבערת הרע, הרי ודאי טרפה שהרג חייב מיתה. ולכן מבאר דסברת הרמב"ן שא"א לדון ע"פ הראיה הוא מפני שבעינן שהרואים יהיה להם תורת ב"ד, ובעלמא אין עליהם תורת ב"ד דבשלמא אם באים עדים לפניהם זה גופא הוי כב"ד, אבל כשרואים מעשה סתם ולא מוטל עליהם לדון אין עליהם תורת ב"ד. אבל בטריפה שא"א לדון ע"פ עדים שוב מוטל עליהם לדון מדין ובערת הרע ויש להם תורת ב"ד גם בשעת הראיה. [וע"י בקו"ש ח"ב סי' לט שביאר הגמ' בסנהדרין באופן אחר].

קנו) בגמ' יעמדו שנים מחבריהם ויעידו אצל היחיד. הקשה הרמב"ן דכיון שחל עליהם שם עדים בשעת הראיה איך יוכל היחיד לדון. [ונראה דקו' זו הקשה הרמב"ן לשטתו, אבל לשיטת תוס' - ע"י אות קנד - ל"ק, דנהי דלא יכולים לדון ע"פ ראית לילה, מ"מ אין שום פסול בגופם ויכולים לקבל עדות אחרת ע"ז, משא"כ להרמב"ן שחל עליהם שם עדים שוב הם פסולים לדון].

ותירץ הרמב"ן דכיון שהיו שם שלשה, תרי מנייהו סהדי ואידך לא הוה סהדא.

קנה) בגמ' ליתבו בדוכתייהו וליקדשו. ע"י בר"ן שלא מהני כאן שיעידו שנים בפני אחד, אלא בעינן שיביאו מחבריהם אצל היחיד. ולעיל אות קמט הובאה קושית הגרע"א דהרי לשיטת הר"ן אם עד נעשה דיין מצטרפים המעידים לדיינים, ושם הובא תירוצו של הגרע"א.

ובח"י ר' לייב מאלין (סי' לה) כתב בזה דהנה הרמב"ם כתב בפ"ה ה"ח מעדות לדינא דאין עד נעשה דיין, ושם בה"ט כתב וז"ל בד"א בדבר שצריך עדים מה"ת וצריך דיינים לדון באותו דבר מה"ת אבל בשל דבריהם עד נעשה דיין. וצ"ע דהרי הפסול של אין עד נעשה דיין הוא פסול בדיינות, ולמה הזכיר הרמב"ם "בדבר שצריך עדים מה"ת" היה לו להזכיר רק את ענין הדיינים.

ולכן נראה דהפסול דילפינן מקרא דועמדו שני האנשים הוא לימוד דעדים לחוד ודיינים לחוד, והוי פסול בין בדיין שרוצה להעיד דעדותו פסולה, ובין בעד שרוצה לדון דפסול לדיינות. אכן נראה דהפסול של דיין לעדות לא שייך כי אם בשעה שהוא דן, אבל אם דן פעם אחד בדין לא חל עליו חלות דיין, ורק באותה שעה שייך הך פסול.

ולפ"ז י"ל בביאור הפלוגתא אם העדים מצטרפין לג' דיינים בקיום שטרות, דהסוברים שאין מצטרפים ס"ל דכל מה שהקילו הוא בדין דיינות שעד נעשה דיין, אבל בדין עדות לא הקילו ואין דיין נעשה עד, ולכן א"א לקבל את עדותם ע"י

עצמם דבאותה שעה שהם דיינים פסולים הם לעדות. ושיטת הר"ן דגם בזה הקילו וכשם שעד נעשה דין כך דין נעשה עד.

ולפי"ז י"ל דגם כשסברה הגמ' גבי קדה"ח דעד נעשה דין, כ"ז כלפי דין עד נעשה דין, אבל מ"מ גם בהו"א ידעה הגמ' דאין דין נעשה עד [מלבד בקיום שטרות שהקילו כשם שהקילו עוד קולות בדיני עדות - שנאמן להעיד בגודלו מה שראה בקטנו] אבל בפסול דיינות סברה הגמ' דל"ש קולא בשטרות בזה [דלא מצינו שהקילו בדיינות] ובע"כ זה מעיקר הדין ולכן גם בקדה"ח מהני. אבל בבי"א א"א משום שאין דין נעשה עד. וע"ש. [וע"ע בחזו"א סי' קא סקל"א].

קנט) שלשה שישבו וכו' וקרא ערער כו' משחתמו אין מעידין עליו וחיותם. שיטת רש"י דרך הדיינים עצמם אינם יכולים להעיד עליו משום דנוגעים הם בעדות שגנאי הוא להם שישבו עם פסול. והנה המהרי"ן לב הוכיח מדברי רש"י אלו דפסול נוגע אינו דוקא בנגיעת ממון אלא אף בנגיעה אחרת, כמו כאן דהנגיעה רק משום גנאי. אכן המהרי"ט חו"מ סי' פ' חולק עליו, וכתב דלא מבעיא לשטת שאר הראשונים [ע"י בתוס'] אין כלל ראיה מכאן. אלא אפי' לשיטת רש"י יש לפרשה דלא אמרו שלא יעידו בהכשירו של האיש וישאר בפסולו. אלא לענין חתימת הקיום דוקא מיירי, דייקא נמי דקתני "אין מעידין וחיותם", שמילת "וחיותם" מיותרת, ובע"כ הכוונה שהגם שמעידין עליו ומכשירים אותו, מ"מ לא יחתום משום דמחזי כנוגעים בעדותו, ולכן לא יחתום, משום שיוציאו עליו לעז שהוא פסול. אבל מ"מ השנים יכתבו במותב תלתא הוינן וחתמו תרי מתוך תלתא והקיום כשר, עכ"ל. [והובאו עיקרי דבריו בפוסקים חו"מ סי' ל"ד]. אולם יעוי' בתוס' ד"ה האמר שכתבו ששייך פסול נוגע בעדות גם לענין להעיד בפני השלישי אחר שחתמו, ולכאוי' שם לא שייכא סברת מהרי"ט, וצ"ע.

דף כב ע"א

קס) אי ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו. שיטת רש"י והרי"ף דהוי תרי ותרי ועדיין הדיין פסול מספק. וגבי ערער דפגם משפחה פרש"י דאינם נוגעים בעדות דגלוי מילתא בעלמא הוא דמילתא דעבידא לאגלווי הוא. והרמב"ן פי' בדעת רש"י דכיון דקלא אית למילתיה אן סהדי דכשר הוא והני גלווי הוא דמגלי למילתיה. [עוד פי' רמב"ן דבפסול משפחה עיקר העדות על המשפחה ואיהו ממילא מתכשר ולכן אינו נוגע]. והתוס' הקשו על רש"י דאיך שייך לברר הדברים הרי תרי כמאה ולעולם ישאר הדבר בספק. ותיירץ הש"ך (סי' מו ס"ק ס"ו) ע"פ תוס' ביבמות ר"פ האשה רבה דבדבר הנראה וידוע כלל לא אמרינן תרי כמאה, וגם כאן אם ידוע לכל העולם שאינו עבד לא מהני התרי עדים שאומרים הוא עבד. [ולפי"ז סתרי דברי התוס' ביבמות למה שהקשו כאן על רש"י. ועיי' בנו"ב אבה"ע סי' ס"ה משכ"ב]. והריטב"א הקשה על רש"י מאן יימא דיתברר שהשניים צדקו דילמא יתברר שהראשונים צדקו [דהרי בנתיים עוד לא אגלאי מילתא דעדיין לא בדקו]. ותיירץ דלענין פסול יוחסין כל המשפחות בחזקת כשרות הן עומדות. והש"ך תירץ דבאמת מיירי הכא שמבררים דבריהם דאל"כ קשיא דתרי ותרי נינהו, וכיון שמבררים תו אין ספק כלל וכסברת התוס' ביבמות. וע"ש שמדייק כן מלשון רש"י.

קסא) ושיטת ר"ח ותוס' דיסוד הסוגיא אינו מדין נוגע, אלא מדין ביטול ועד המושב, דאם היה פסול בזמן החתימה שוב אין יכול לחתום היום דאין כאן צירוף של ג' דיינים בשעת החתימה. וזהו החילוק בין קודם שחתמו לאחר שחתמו, וכן פירש הרי"ף.

ובקושית הגמ' תרי ותרי נינהו, שיטת ר"ח דהעד כשר וקושית הגמ' דבכה"ג אפי' אחר שחתמו יש צירוף למפרע, דע"י שמעמידין העד בחזקת כשרות אגלאי מילתא למפרע שהיה צירוף. והרי"ף פי' להיפך, דתרי ותרי נינהו ולא מהני עדותם אפי' קודם החתימה, דתרי ותרי בפסול גברא הרי הוא פסול [ויבאר להלן]. וע"י ברמב"ן ובמלחמות הוכחות מלשון הגמ' כפי הרי"ף.

ובקושית הגמ' מפגם משפחה דגלוי מילתא בעלמא הוא, התוס' פי' דמיירי בהזמה ולכן הוי כשר ע"פ השניים בודאי, [ולכן כאן לא קאמר תרי ותרי נינהו כמו לעיל]. וע"י במלחמות.

ובתירוצ הגמ' שעשה תשובה, יעוי' בר"ן וברשב"א שהוכיחו מזה דר"ח ס"ל דמי שנפסל אינו חוזר לכשרותו ע"י תשובה גרידא, אלא בעינן שיעידו על תשובתו בב"ד ורק אז כשר, ולכן בזמן החתימה עדיין היה פסול. והר"ן והרשב"א הקשו ע"ז דאטו כשרותו תלויה בהעדאתן, הרי מיד כשעשה תשובה הוא כשר.

והריטב"א והרא"ה כתבו דאפי' אם נימא דבאמת נהיה כשר למפרע מ"מ בטל ועד המושב כיון שקודם היה בחזקת פסול [וכ"ה משמעות תוס']. והש"ך (שם) תמה ע"ז דמ"ש מפגם משפחה דאמרינן גלוי מילתא בעלמא הוא. ונראה דהחילוק הוא ששם התברר שלא היתה סיבה אמיתית לחשוש לפסול, אבל כאן שהיה רשע אסור לישב עמו עד שיתברר הכשר, דיש לו באמת חזקת פסול.

קסב) והנה לעיל הובאה פלוגתת הראשונים בדין תרי ותרי דמסהדי בחד גברא דגזלנא הוא. דדעת רש"י והרי"ף שהוא פסול, ודעת ר"ח ותוס' שהוא כשר. והביאו תוס' ראיה שהוא כשר דהא בתרי ותרי קימ"ל דזו באה בפניו ומעידה וכן זו וה"ה כאן שהוא כשר. עוד הוסיפו תוס' דגם למאן דפוסל שם כאן יכשיר, והיא הנותנת דכיון שהעדים ספק פסולים אין בכחם לפסול את האחד מכשרותו. והנה בדבר הוכחתם הראשונה, ע"י ברמב"ן שדוחה דבתרי כתי עדים המכחישות זא"ז, אין הנידון ע"פ עדות מפורשת שהשניים שקרנים, אלא דלכ"ד ידוע שחד מינייהו משקרת, וכיון שכך דנים על כל אחת בפניו ומכשירין אותה, אבל בתרי ותרי בחד גברא דנים על עדותם והדבר יוצא בספק וא"א להכשיר. וע"י ברמב"ן במלחמות שפי' בזה בתרי גווני, חדא דזה תלוי בנידון של תרי ותרי ספיקא דאורייתא, וקיי"ל דהוי ספיקא דאורייתא ולכן אין חזקה. ועוד דאפי' אי תו"ת ספיקא דרבנן מ"מ חזקת ממון עדיף. [וע"י ברא"ש וברשב"א שכתבו דאפי' אי תו"ת ספיקא דרבנן מ"מ מדרבנן לא מוקמינן אחזקה. וצ"ב דהרי הגרע"א בשו"ת סי' קלו הוכיח מסוגיא דבר שטיא דאם הוי ספיקא דרבנן החמירו רק באסור ולא בממון. ואולי עדים הוי כאיסורים, שהרי יש נ"מ אם כשרים גם לאיסורים]. וע"י בברכ"ש ב"ב סי' ל"ז ל"ח באריכות.

קסג) ובקצה"ח סי' ל"ד כתב ארבעה ביאורים מ"ש תרי ותרי בחד דפסול [לשיטת רש"י והרי"ף] משני כתי עדים המכחישים זא"ז. א) הב"ח תירץ כעין סברת הרמב"ן הראשונה הנ"ל דכאן העדים מעדים בעצמו של עד, משא"כ שם רק ב"ד יודעים את הסתירה. ב) בהגהת הט"ז בשם מוהר"י ביאר דבשני כתי עדים מעיקרא אין מקבלין את הפסול דנולד מיד ספק, משא"כ כאן שכבר נפסל כשבאה כת הראשונה. ג) וחכ"צ בהגהות על הט"ז תירץ דבתרי כתי עדים המכחישות זא"ז הוי תרתי לטיבותא, חדא חזקת כשרות ועוד דממ"נ כת אחת מהם כשרה. ד) ובקצה"ח תירץ דבשני כתי עדים המכחישות ל"ש לומר שיהיו שניהם פסולים מדין תו"ת ספיקא דאורייתא או דרבנן, דאם הם פסולים ממילא אין כאן

תו"ת וא"א לפוסלם, ובע"כ מוכרחים להכשירם. אבל כלפי אחרים כיון שהם כשרים הוי תו"ת. וכתב הקצה"ח דלפי דבריו כל דברי הרי"ף רק לרב הונא, אבל לר"ח דבהדי סהדי שקרי ל"ל יודה הרי"ף דאין הלה פסול [וכקושיא שניה של תוס' דידן].

אכן יעוי' באו"ש [פיי"ב מעדות ה"ג] שתירץ דכל דברי רב חסדא רק בעדות דמכאן ולהבא, אבל באותה עדות עצמה שכשבאו להעיד עדיין היו כשרים שפיר נפסל אותו שהעידו עליו.

קסד) ג' שישבו לקיים את השטר ומת אחד מהם צריכים לכתוב במותב תלתא הוינן וחד ליתוהי. והנה בעיקר הדין דב"ד כותבים פסק הדין בשטר צ"ב איך מהני, הרי הוי מפי כתבם. וכתב התיבות (סי' ז' סק"ג) דהדיינים נאמנים מדין ב"ד ולא מדין עדות, [וכמו"כ יכולים לכתוב קבלת עדות ואייז עד מפי עד, אלא נאמנותם מדין ב"ד].

ובנתיבות (סי' ל' סק"ח) הוכיח מסוגין דתרי מגו תלתא נמי יש להם דין ב"ד, ולכן יכולים לכתוב עדותן בכתב. [ולכאוי' צ"ע בהא דלעיל בשלשה שישבו לקיים את השטר ואחד אינו מכיר החתימות, למה א"א שהם יאמרו לו זאת מדין ב"ד ולא יהיה בזה חסרון של עד מפי עד [וכמשי"כ הנתיבות הנ"ל בסי' ז' דכשם שאין חסרון של מפי כתבם כך אין חסרון של עמפ"ע]. וי"ל דכ"ז שלא קיבלו שלשתם עדות עדיין אין עליהם תורת ב"ד ודו"ק].

ועי' בחזו"א (סי' ק"א סקכ"א) שהתקשה איך מהני מעשה ב"ד בעיר אחרת כאשר אין יודעים שהחתומים הם ב"ד, דבשלמא כשיודעים סומכים על דבריהם כשמפורסם בעיר שכך פסקו ב"ד מדין חזקה, כמו באיש ואשה שמתנהגים לפינו כנשואים, שסומכים ע"ז וסוקלין ושורפין על החזקות [קידושין פ']. אבל אם אין ידוע שהם ב"ד הרי צריך עדות שכך פסקו ב"ד ואיך נאמנים. ותירץ החזו"א דשטר ב"ד חשיב שטר אע"פ שלא נעשה מדעת המתחייב. [נראה דכוונתו כד' הנתיבות שזה מדין שטר ב"ד] ולכן הוי כיש עדות שהחתומים הם דיינים והשטר כשר.

קסה) האשה שאמרה אשת איש הייתי גרושה אני נאמנת שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. הקשה הגרע"א דבשלמא היכא דיש "נאמנות" לאסור בעינן לדין "הפה שאסר" כדי להתיר. אבל כאן הרי הוי דבר שבערוה וכל הנאמנות רק מדין שוי אנפשיה חד"א, וא"כ בזה א"צ לדין הפה שאסר, אלא דלא מונח באמירתה חתיכה דאיסורא, [ולכאוי' כוונתו אם שוי אנפשיה מדין נדר הוא, דאי מדין נאמנות על עצמו שפיר בעינן להפה שאסר כדי להתיר לעצמו והאריך בזה הקוב"ש אות נח].

קסו) ואם יש עדים שהיתה אשת איש והיא אומרת גרושה אני אינה נאמנת. יל"ע אם הכוונה שבאו עדים קודם שאמרה גרושה אני או אפי' בבאו העדים אח"כ אינה נאמנת. והנה הראשונים פליגי אי הנאמנות של הפה שאסר הוא דוקא בתכ"ד או אפי' אח"כ גם נאמנת. ובתו"ט הביא דברי המ"מ שכתב להוכיח דהיא נאמנת, דאל"כ ל"ל למימר דאם יש עדים אינה נאמנת, הרי אפי' אם היא עצמה אמרה כן אחר כדי דיבור אינה נאמנת. והגרע"א הקשה ע"ז דהא פשיטא דכוונת המשנה באופן שבאו העדים אחר שכבר היה לה הפה שאסר [דאל"כ פשיטא דאינה נאמנת, דאם נאמנת ביטלת כל דין שבויה], אכן מדברי התו"ט חזינן שפירש המשנה שבאו העדים קודם אמירתה. [ועי' בגרע"א שבאמת תמה על לשון המשנה "ואם יש עדים שהיתה אשת איש והיא אומרת גרושה אני נאמנת", דמשמע שקודם באו העדים ואח"כ אמרה היא, וכמו"כ קשה בסיפא, ונשאר בצ"ע].

ובעיקר הדין שאם אח"כ באו עדים אינה נאמנת צ"ב, דהרי היה לה מיגו ויש לה הוכחה שאומרת אמת ולמה אינה נאמנת. והוכיח מזה הגרש"ש (ב"ב סי' יח) דדין הנאמנות של מיגו הוא רק כפי הכח והזכות שהיה לו בטענה הראשונה. אכן במחנ"א [הלכות איסור"ב שו"ת בפ"ח ד"ה ועוד בה] בתשובה מהג"ר משה הכהן כתב דהטעם משום דתלינן שידעה שיבאו עדים והיתה יראה לומר לא התקדשתי פן יכחישוה העדים. [ועיין בתוס' כ"ג ע"ב ד"ה שתי נשים, דמוכח ששתי הסברות אמת].

קסז) א"ר אסי מנין להפה שאסר וכו'. שיטת תוס' ד"ה מנין דהפה שאסר מהני רק בתוך כדי דיבור. ועי' במ"מ פ"ב ה"א מגירושין שהביא דהרמ"ך השיג על הרמב"ם שסתם דבריו ולא התנה דבעינן דוקא תכ"ד, דודאי צריך תכ"ד, וכמו שבשבויה נאמנת רק תכ"ד ולא אח"כ. ועיי' בלח"מ שהקשה מ"ש דבשבויה פשיטא ליה טפי דבעינן תכ"ד יותר מאשר באשת ישראל הייתי. [ועיין באבי עזרי משכ"ב]. אכן המ"מ נקט דנאמנת גם אחר כדי דיבור. ובטור אבהע"ז סי' קנב הביא בזה מחלוקת הראשונים, דרבנו יונה [מובא בשטמ"ק] סובר דנאמן דוקא תכ"ד, והרמ"ה כתב דא"צ תכ"ד, אבל מ"מ צריך לומר כן בזמן שעסוקין באותו ענין בתכ"ד של דיבור האחרון שעסקו באותו ענין. והטור כתב דאפי' אחר שאינם עסוקים באותו ענין נאמנת [ועיי' בב"י שדן אם זה מסברת התוס' שמפרשת דבריה הראשונים או דנאמנת לעולם מדין הפה שאסר].

וכתב המחנ"א (ה' איסור"ב פ"ח בשו"ת) דהך פלוגתא תליא בגדר דין הפה שאסר, דאם נימא דהוא מדין מיגו, א"כ מהני רק תכ"ד, דמיגו למפרע לא אמרינן. [עי' בתוס' ב"ב ל' א']. אבל אם הטעם משום דכל מקום שאין לנו חזקת איסור אלא על פיו נאמן להתיר מה שאסר, א"כ נאמן ג"כ אחר כ"ד.

ולקמן (ק"ט) גבי עשאה סימן לאחר דנאמן לומר חזרתי ולקחתיה ממך, פרש"י משום הפה שאסר, והקשו תוס' דהרי זה מיגו למפרע. וכתבו כמה אחרונים [עי' קוב"ש ב"ב אות קט] לבאר דשם הו"ל הפה שאסר ולכן נאמן אפי' אחר כדי דיבור. אכן לפ"ז קשה למה הטור בחו"מ סי' קמ גבי שדה זו של אביך היתה לא הביא המחלוקת אם נאמן אחר כ"ד ובחי' ר' שמואל (סי' י') כתב לחלק בזה בין שויה אנפשה להודאת בע"ד, דיסוד הסברא שנאמן אחר ב"ד הוא משום דהאוסר מקרי בעלים על האיסור ומדין בעלים יש לו נאמנות להתירו. ולפ"ז י"ל דבהודאת בע"ד דהוי נאמנות על ממונו כלפי כל העולם כבר לא מקרי בעלים. משא"כ בשוי אנפשה דהנאמנות רק כלפי עצמה, נאמנת גם אחר כ"ד דע"ז מקריא בעלים. ועי' באבי עזרי שהקשה איך שייך לפרש בד' רש"י דף ק"ט דהנאמנות משום הפה שאסר, הרי שם בשעת האיסור באמת לא היתה הקרקע שלו, ורק אח"כ התחדש שקנה את הקרקע, ומה זה שייך לדין הפה שאסר. ונראה דאם אכן הגדר בהפה שאסר הוא "שלא אסר יותר מאשר התייר" באמת הערת האבי עזרי חזקה. אבל אם הטעם משום דהוא בעלים על האיסור, שפיר יש להבין דעת רש"י.

קסח) והנה הר"ש מקינון הוכיח דמיגו מהני רק תכ"ד מסוגיתנו, והו"ד בש"ך כללי מיגו (סי' פ"ב אות יז) וראיתו מהא דאמרינן להלן אמרה אשת איש אני וחזרה ואמר הגרושה אני נאמנת, ופריך והא שויה נפשה חד"א, וגורס הר"ש מקינון רבא אמר וחזקה לאתרי משמע. והיינו דהפשטות היא דמיירי אחר כ"ד, ורבא תירץ דמהני חזרה תכ"ד. ולפ"ז רבא בר רב הונא שמתרץ דנתנה אמתלא לדבריה מיירי אפי' אחר כ"ד. [ולכאוי' כוונתו להוכיח מדצריך אמתלא ש"מ דלא מהני מדין הפה שאסר. ובתכ"ד מהני מדין הפה שאסר ולא מדין חזרה. וצ"ע דשם ל"ש פה שאסר שהרי עוקרת לגמרי דבריה

הראשונים ואומרת פנויה אני ובתכ"ד לכאן מהני רק מדין חזרה. ועי' ברשב"א דאע"פ שמועיל חזרה תכ"ד מ"מ בעינן לדין הפה שאסר, דכיון דאינה חוזרת מדבריה הראשונים לא מהני מדין חזרה אלא רק מדין הפה שאסר. ובמ"מ כתב דכיון דמהני אמתלא כ"ש דמהני פה שאסר, וצ"ב מה ראיתו, דהוי באמתלא עוקרת דבריה, אבל בפה שאסר בעינן מיגו, ומיגו למפרע לא אמרינן.

ואפשר לבאר עפ"י דהאבי עזרי שכתב בהא דהקשה השי"ש (ו' ח') על חכמי פרובינצא שכתבו דהאב שאמר קדשתי את בתי אינו נאמן באמתלא, [וביאר השי"ש דהטעם משום דבדין נאמנות לא מהני אמתלא דאין חוזר ומגיד]. ואילו באמר זה בני וחזר ואמר זה עבדי נאמן באמתלא, וע"ש מש"כ בזה.

והאבי עזרי תירץ דלעולם אין חסרון של חוזר ומגיד, והא דאין האב נאמן לחזור בו באמתלא מפני שאין לו נאמנות לומר שלא קידש, וממילא לא מאמינים לו גם על האמתלא. אבל באומר זה בני שיש לו גם נאמנות לומר אי"ז בני, [ורק שכאן מכחיש דבריו הראשונים] בזה נאמן לומר אמתלא וממילא אין כאן הכחשת דבריו הראשונים. והא דמהני אמתלא באומרת א"א הייתי וגרושה אני היינו משום שכלפי עצמה מהני טענתה שב"ד לא יכפו אותה מדין ברי. ולפ"ז י"ל דהסברא דנאמנות אחר כ"ד הוא כדלעיל משום שהיא בעלים על האיסור, וע"ז הוכיח המ"מ דמדחזינן דמהני אמתלא אלמא איסור דידה היא ולכן נאמנות וה"ה דמהני גם הפה שאסר. [ועי' בחי' ר' שמואל סי' י'].  
 קסט) לאיש אסרה הזה התירה. והנה בקדושין סי"ג ב' מבואר דהאב שאמר קדשתי את בתי ואיני יודע למי ובא אחר ואמר אני קדשתי נאמן. וקשה דא"כ חזינן דנאמנים ע"ז גם בלי הפה שאסר ומה הראיה כאן ממה שהאב נאמן שיש לו הפה שאסר. וכתב הרשב"א דהטעם שאחר נאמן הוא מפני שירא שמה יכחישנו האב ואילו באב עצמו ל"ש טעם זה וצריך לדין הפה שאסר.

אכן בר"ן בקידושין מבואר שהטעם שאחר נאמן אע"פ דהוי דבר שבערוה הוא משום שמעמידה בחזקתה ורק מברר שנתקדשה לו ובוזה ע"א נאמן אפי' בדבר שבערוה. ולפ"ז קשה למה לאב אין נאמנות זו ובעינן לדין הפה שאסר. ותירץ הגרע"א דאצטרך קרא היכא דהלה מכחישו דמדין ע"א אינו נאמן וכל נאמנותו מדין הפה שאסר [וע"ש שהביא מהמ"מ (פ"ט הי"א מאישות) שבאמת אם אין אחר מכחישו האב נאמן אפי' אחר כ"ד כ"ש מאחר].

קע) תוד"ה מנין. ותימה דאם בא אחד וכו'. צ"ב מהיכן פשיטא לתוס' דין זה דבכה"ג האב נאמן. והגרע"א צידד לפרש דכוונתם לסוגיא הנ"ל בקידושין דהאב נאמן מדין ע"א, ולפ"ז ביאור תירוצ' התוס' דכיון שנראה שבתחילה לא הכיר אינו נאמן שוב אפי' מדין עדות. והקשה הגרע"א דלא מסתבר כן, דיתכן דקודם לא הכיר ועתה מכיר ויהיה נאמן מדין ע"א, וכמש"כ להדיא המ"מ - הובא לעיל -.

ולכן מפרש הגרע"א דכוונת דבריהם דפשיטא להו מסברא שהמפרש דבריו נאמן, ובתירוצם כתבו דאם עמד הלה לפניו ולא אמר כן אינו נראה כמפרש דבריו.

קעא) והנה לשון תוס' "מדלא אמר את בתי נתתי לאיש הזה בלא הפסק מרובה", ומשמע דבהפסק מועט נאמן מדין מפרש דבריו, והקשה הגרע"א דא"כ א"צ כאן לדין הפה שאסר, ותיפול"ל משום מפרש דבריו.

והנה ממסקנת תוס' עולה דמפסטיה דקרא א"א ללמוד הפה שאסר אלא רק מיתורא. אולם נראה דיש ראשונים שחולקים ע"ז, דעי' בריטב"א רפ"ב שכי' דמיגו דאורייתא הוא מקרא ומסברא, וכוונת לסוגינתו, ומשמע דגם למסקנא יש קרא, והיינו הפסטיה דקרא שנאמן לומר הזה. [ומ"מ מיתורא דקרא שמעינן למעוטי יבם].

ובקידושין סי"ד א' אמרינן דהאב נאמן לומר קדשתי וגרשתי דרחמנא הימניה כדבר הונא דדרש מלאיש הזה, לאיש אסרה הזה התירה. וכתב בתוס' ר"י הזקן: הימניה רחמנא בין לאסור בין להתיר לאיש אסרה על הכל שאין אנו יודעין למי וכי אמר לזה התירה. הילכך כי אמר קידשתי נאמן לאוסרה וכי אמר גרשתי נאמן להתירה לכל העולם ומיהא אסורה לכהן, עכ"ל. ומשמע דדרש לה מהך קרא דהזה התירה להפה שאסר גם למסקנא.

[ובעיקר הא דהבת אסורה לכהן, יל"ע דהרי את האיסור אשת איש התיר, ואיך נאמן לומר שהיא גרושה, וצ"ל דהוי הגבלה בהיתר אשת איש דלא התירה אלא לזרים ולא לכהנים, ויש להסתפק אם יש מלקות על האיסור גרושה בכה"ג [למ"ד דהאב נאמן לסוקלה] או דכלפי כהן הוי רק כאשת איש עם היתר. וי"ל עוד דהא דאסורה לכהן הוא מספק דלא ידעינן אם היא גרושה או אלמנה וע"ז אין נאמנות לאב].

קעב) תו"י ד"ה מנין. הקשו דיהא נאמן מדין בידו. ותירצו דא"י"ז כ"כ בידו, אכן משמע מדבריהם דמ"מ הגזה"כ דנאמן הוא משום דהחשיבה התורה הך בידו כבידו גמור - ומה"ט כתבו התוס' דבבגרותה שוב אינו נאמן כיון דעתה א"י"ז בידו כלל. [ובמה שכתבו תוס' דנראה דבבגרותה אין האב נאמן ומשמע שתוס' חידשו זאת מדעתם, צ"ע דמשנה מפורשת היא בקידושין סי"ד א', וכבר עמד בזה בהגהות בן אריה].

והנה גבי נאמנות הבעל לגרש את אשתו מדין בידו, מבואר בב"ב קלד דאם אומר שגירשה בזמן מוקדם יותר כיון דאינו נאמן על הזמן המוקדם אינו נאמן גם מכאן ולהבא, דלא פלגינן דבורא בחד גופא, ודן הגרע"א דלפי תוס' גם אב לא יהיה נאמן בכה"ג כיון דכל נאמנותו מדין בידו.

ולפ"ז כתב הגרע"א דיש ליישב קו' תוס', די"ל דהקרא אשמועינן דהאב נאמן אפי' באומר שקדשה קודם דע"ז אין דין בידו. [והחזו"א כתב לתרץ דאין כוונת תוס' להנאמנות בב"ב, אלא לדין בידו שנאמן מדין בעלים, ובוזה נאמן אפי' למפרע ע"ש. [ומה שהביאו תוס' מב"ב הוא רק סמך בעלמא, ומ"מ להתיר אינו נאמן מדין זה ולכן באומר גירשתי א"א להאמינו מטעם זה].

קעג) עוד דן הגרע"א ביש מי שמכחיש את האב אם נאמן, והביא ראיה מקידושין ס"ה דהאב נאמן, ולפ"ז כתב דיש ליישב קו' תוס' דאיצטרך קרא היכא דמכחישין אותו. [ובדין בידו אינו נאמן אם מכחישים כמו שהביא המהרש"א בקידושין בשם המרדכי. ועי' ברע"א שדן בזה].

ועי' במל"מ פ"ט מהלכות אישות שהביא שמהרשד"ם כתב דהאב נאמן אפי' נגד ב' עדים דכיון דהימניה רחמנא לאב אמרינן שוי נפשה אפי' נגד עדים. והגרע"א (ח"ב סי' נג) תמה מה שייד שוי אנפשיה באמירת האב].

קעד) בעיקר ד' הגמ' מנין להפה שאסר. הקשה הבית יעקב מ"צ פסוק לזה, הרי בכל השי"ס אמרינן מיגו בלא פסוק. ותירץ דיש ב' נ"מ. א) לדבר שבערוה דלא מהני מגו ומ"מ פה שאסר מהני. [ועי' בארוכה בזה בשמעתתא דמיגו סי' א']. עוד תירץ הבית יעקב דהפה שאסר גרע ממיגו, כיון דבשעה שאומר את ההיתר כבר אסר את עצמו ושוב אין לו מיגו. והנה באמת בריטב"א ורמב"ן לעיל י"ח כתבו דמיגו והפה שאסר חד הוא, ולפ"ז לק' קושיא זו. אכן הבית יעקב העמיד קושיתו ע"ד התוס' בב"ק עב: דהפה שאסר אפי' במקום עדים אמרינן, וחזינן דמיגו ופה שאסר ב' דינים הם.

קעה) כגון שנתנה אמתלא לדבריה. ע"י בשי"ש [ו, ח' ולהלן] שדן בארוכה בדין אמתלא בע"א, ובאב שאמר קדשתי אב בתי, ובנאמנות אב על בנו. והנה בנאמנות אב על בנו הביא דנחלקו בזה חכמי פרובינצא, וטעם הסוברים דלא מהני אמתלא - משום ד"בנאמנות" לא מהני אמתלא, ומשום דהו"ל חוזר ומגיד. והקשה השי"ש מסוגיתנו גבי נדה שנאמנת ע"י מדין ע"א ואפ"ה מהניא אמתלא, ובע"כ דדין אין חוזר ומגיד נאמר דוקא בבי עדים ולא בשאר נאמנויות. ותירץ השי"ש דאשה אינה נאמנת לומר טמאה אני דהו"ל נגד חזקה [וקרא דוספרה לה איירי בספירת נקיים שאי"ז נגד חזקה] ורק מדין שוי אנפשה נאמנת, ולכן מהני אמתלא. אכן להסוברים דע"א נאמן נגד חזקה מוכח נגד חכמי פרובינצא. וע"ש עוד בפ"ד שהעלה ע"פ תשובת הר"ן דבע"א אם העיד בב"ד אינו יכול לחזור בו ואם העיד חוץ לב"ד יכול לחזור בו, וע"י בחז"א סי' נט.

קעו) בעא מיניה שמואל מרב אמרה טמאה אני וכו'. בתוס' בע"ב ביארו בשני אופנים, או דההו"א היתה שבנדה א"צ אמתלא. [ופי' המהרש"א דיש לה מיגו שתאמר טבלתי היום. וצע"ג אך אפשר לטבול לפני ז"ל]. ובתוס' הרא"ש פי' דרק באיסור סקילה החמירו ולא בנדה.

ובפי' שני כתבו תוס' דהספק האם מועיל אמתלא ופי' המהרש"א דכאן א"א לברר האמתלא ושמה היא משקרת. אך בראשונים מבואר הסבר אחר. ע"י בתוס' הרא"ש שפי' משום שיכולה להיטהר ולא הקילו חכמים בכך וכ"כ הר"ן והריטב"א. עוד פירשו הרשב"א והרא"ה דס"ד דלבעלה היה לה לומר בתחילה את הסיבה האמיתית ואי"ז אמתלא. והגרע"א והשי"ש (שם) כתבו לבאר דהס"ד היתה שכיון שנאמנות מדין ע"א והיינו מדין "נאמנות" לא יהני בזה אמתלא כמשנ"ת באות קעה וע"ש, וע"י בחז"א סי' נט משכ"ב.

קעז) כתב הריטב"א בשם רבנו יחיאל דהאומרת אשת איש הייתי אינה צריכה אמתלא, דאשת איש הייתי משמע דעכשיו פנויה היא. [אבל עדים שאמרו אשת איש היתה אין משמעות שעכשיו היא פנויה אלא דאינהו לא ידעי אם נתגרשה]. ובמ"מ (פי"ב ה"א מגירושין) כתב דזה מסכים לדבריו שאין דין המשנה דוקא תכ"ד.

אכן קשה שלפ"ז אין הנאמנות מדין הפה שאסר, אלא משום שמפרשת את דבריה [וכעין סברת הגרע"א אות קע בתוס']. ולהלן (כ"ג) עבד צריכותא בכל דיני המשנה ומשמע דחד דינא הוא.

ובחת"ס מבאר עפ"משי"כ הרא"ה בשטמ"ק דכל הנאמנות באמתלא הוא רק כשלא אמרה מיהו בעלה, אבל אם אמרה שפלוני בעלה אינה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה. [דיש לו זכויות בה ושוב לא נאמנת נגד זכויותיו אפי' באמתלא] ומ"מ בתכ"ד מהני במיגו שלא היתה אומרת שהיא אשתו. ולפ"ז י"ל דמתניתין מייירי כשהבעל לפנינו ואז אינה נאמנת אלא תכ"ד במיגו. ודברי רבנו יחיאל דנאמנת גם אח"כ הוא באין הבעל לפנינו דנאמנת לפרש דבריה, או באמתלא.

דף כב ע"ב

קעח) אמר רבי מנחם בר יוסי אימתי אני אומר תצא בזמן שבאו עדים ואח"כ נישאת וכו'. בסברת רמב"י לחלק בין באו עדים קודם שנישאת או אחר שנישאת, ע"י פנ"י שהאריך בזה, והביא דברי הגמ' בב"ב ל"א ב' דהחילוק הוא משום דבנישאת איכא זילותא דבי דינא [וע"ש בתוס' דבהתירוה לינשא אין זילותא]. והקשה הפנ"י דביבמות פ"ח דרשינן מקרא דהיא אסורה בלא נישאת, וא"כ איך יתכן דבנישאת יתירו איסור דאורייתא משום זילותא דבי"ד. ומפרש הפנ"י דבאמת היה לנו לאוסרה דיש לה חזקה אשת איש [כמש"כ תוס', ורמב"י פליג על הסברא שכי' תוס' דהדייקא מרע לחזקה] וע"י שנישאת נעקרת החזקה. [והוא חידוש גדול, דהיתר ב"ד והנהגתם לומר שאינה אשת איש עוקרת את החזקה דשוב אינה מתנהגת בה, וכעין דאשכחן שי' רשב"ם בב"ב ל"ב באסקוהו לכהונה דזה יוצר חזקה אע"פ שיש ספק על הא גופא]. ונמצא דיסוד החילוק הוא מדאורייתא, ומה דאיתא בב"ב דהטעם משום זילותא הוא בהו"א אבל למסקנא שם נדחה טעם זה, ע"ש.

והביא הפנ"י דהחכ"צ (סי' ב' ג') ור' אברהם ברודא מפרשים דטעמא דרמב"י משום דבנישאת באיסור קנסינן לה, והקשה ע"ז דהא בגמ' ה"ל ביבמות מוכח שהוא איסור דאורייתא. וע"ש בפנ"י שהאריך בזה, וע"ע בדברי הגרע"א תנינא סי' קיא. וע"י בבית יעקב פלפול עצום בסוגיא.

קעט) הבא עליה באשם תלוי קאי. ע"י בתוס' שדברי הגמ' בדוקא, דאם יש חזקה לא מהני תירוץ הגמ' באומרת ברי לי, שבמקום חזקה לא מהני ברי. אלא כיון דהוי רק ספק מהני ברי. ופירשו תוס' דהא דליכא חזקה אשת איש [אע"י דקיי"ל דתרי ותרי ספד"ן] משום דהחזקה דדייקא ומינסבא מרעא לחזקה דמעיקרא. והדברים צ"ב, דממ"נ אם נימא דגם חזקה דדייקא ומינסבא מהני במקום תרי ותרי, א"כ תהיה מותרת להינשא גם לאחר כמו בע"א שאומר שמת בעלה, ואם הך חזקה לא מהניא במקום תו"ת, [וכמש"כ הגרע"א סי' קלו, והשי"ש ו' כב] משום דחזקת הסתברות לא מהני במקום תו"ת - ורק חזקה דמעיקרא שהיא גזה"כ מהניא - א"כ אין נעקרת החזקה. [וע"י נחל יצחק סי' פז, וע"י יצחק ח"ב סי' ל"ה ענף ג' ד'].

וביאר הגרש"ש (סי' כג) דהדין דאין הולכין אחר חזקות בתו"ת, הוא מחמת שכשיש עדים חייבים אנו ללכת אחר העדים ולא מהני שום בירור לעשות שלא נלך אחריהם, ולכן לא מהני חזקת סברא. [משא"כ חזקה דמעיקרא אינה סתירה לעדים, דהעדים עושים הדבר לספק וזהו הדין במקום ספק]. משא"כ כאן שאין אנו מכריעים ע"פ הדייקא שמת בעלה, אלא רק באנו להרע כח החזקה דמעיקרא ולהשאיר הדבר בספק, אין הכרעה זו סתירה לעדים, דהרי נשאר הדבר בספק, ולכן לגבי זה מהני הדייקא.

קפ) ושיטת הרשב"א דסוגין אזלא גם למ"ד תו"ת ספד"ר ובאמת יש חזקה וחייב חטאת [ולא ס"ל כסברת התוס' דהדייקא מרעא לחזקה דמעיקרא] ומ"מ מהני טענת ברי. וצ"ב ביסוד מחלוקת תוס' והרשב"א אם מועיל ברי במקום חזקה. וע"י בפנ"י שמאריך בדעת הרשב"א, ותו"ד דלעולם נאמן אדם על עצמו לומר שידוע לו שאין זה איסור, ושוב אין ב"ד יכולים לכופו לפרוש מן האיסור. וכתב הפנ"י שעפ"י ז"ל דטעם הדין דבהתראה צריך שיתיר עצמו למיתה - משום דבלא"ה לעולם יוכל לטעון שאין זה חפצא דאיסורא ויהא נאמן כדן טוען ברי. ובבית יעקב ובתרוה"כ סי' לא חלקו על הפנ"י, וכתבו דדברי הרשב"א אמורים רק כשיש ספק לפנינו [כגון כאן ע"י התו"ת] אלא דאיכא חזקה בגדר "אל תפסלנה מספק" - בזה מהני הברי שלא יכפוהו להוציא. אבל באופן שאין כלל ריעותא לפנינו פשיטא דאינו נאמן לטעון ברי וב"ד יכפוהו להוציא. [יסוד החלוק בין החזקות הללו, מבואר גם ברע"א בדף יג. לגבי ע"א נגד חזקה].

ובשער"י (ו' י"ח) מבאר היטב פלוגתת תוס' והרשב"א, דהנה באיסורים ישנם ב' נידונים. א) להתיר האיסור שכלפי שמיא - שיהא מבורר לעושה שאי"ז איסור. ב) שלא יוכלו ב"ד לכפותו לפרוש מן המעשה - לפי מה שסבורים הם שזה מעשה האסור. והנה בטוען ברי, כלפי הדין הראשון א"צ לדין נאמנות, דהרי לדבריו הוא יודע שהמציאות היא שדבר זה מותר.

אלא שהנידון אם יכולים ב"ד לכופו, וע"ז מהני טענת ברי ככל דיני טענות בממון - שע"י טענתו א"א לכופו. וסוברים תוס' דכל מה דמהני ברי הוא רק במקום ספק. אבל במקום חזקה שלב"ד יש הנהגה שהדבר אסור, ממילא הם מצידם חייבים לכפותו לפרוש מן האיסור. והרשב"א ס"ל דכיון דדין חזקה נאמר רק במקום ספק, וכאן לעובר האיסור אין ספק, א"כ גם ב"ד א"צ לכופו, דהרי דין הכפיה הוא תולדה מהאיסור של עובר העבירה, וכיון דלו עצמו אין דין חזקה - כיון שאינו מסתפק - גם ב"ד אין יכולין לכופו. ועי' בחי' ר' שמואל סי' י"ד שדן שברוב גם הרשב"א יודה דלא מהני ברי ע"ש.

קפא) ובעיקר הדין דמהני ברי, עי' בפ"ת אבהע"ז סי' קנב שהביא שהנו"ב סי' ס"ה נקט דהבנים מיהת ספק ממזרים, דהם אינם טוענים ברי. אכן הבית מאיר מדייק מהרמב"ם שהבנים כשרים -] בנישאת לאחד מעדיה - אבל בנישאת לאחר הם ספק ממזרים]. וצ"ב בטעמא דמילתא. ועי' בחי' הגרש"ש (סי' כ"ג) דנאמן האב מדין יכיר. ובחי' חמד"ש כתב דלא מבעיא לתוס' דבתו"ת ליכא חזקה וא"כ הולד ספק ממזר ואסור רק מדרבנן וכיון שכאן הנישואין בהיתר לא גזרו. אלא אפי' לשיטת הרשב"א דמוקמינן אחזקה, מ"מ הוי רק חזקה בגדר אל תאמר שהיא פנויה מספק אבל ליכא הכרעה, ובזה ג"כ הדין שספק ממזר מותר מדאורייתא, וכאן גם חז"ל לא החמירו כנ"ל.

קפב) כתב רש"י דאומרת ברי לי היינו דאין לבי נוקפי. והראשונים פליגי על רש"י וס"ל דבכהאי ברי אסור לה להינשא, אלא מיירי שאומרת ברי לי בבירור שמת. וההכרח של רש"י שלא לפרש כפירושם, עי' בפנ"י שכתב דס"ל לרש"י דבאומרת ברי גמור גם רמב"י יודה שלא תצא. ועי"ע בחוט המשולש (להגר"ח מוולאז'ין) תשובה י' שכתב דבאומרת ברי גמור מותרת להינשא אפי' לאחר כיון דעיקר האיסור בגופה והיא נאמנת על עצמה ונעשית כחתיכה דהתיירא.

קפג) בדין ע"א אומר מת וע"א אומר לא מת, אם מהני ברי, נחלקו בזה, דהרמב"ם (פ"י"ב הי"ט מגירושין) מתיר, והרמב"ן ביבמות (מובא במ"מ שם) אסור. ועי' בתרוה"כ סי' לא דהפלוגתא היא אם חד וחד כמאן דאיתיה או כמאן דליתיה. ועי' בקה"י (סי' כה כו) שמבאר באופן אחר.

קפד) תוד"ה כגון. קושיתם תמוהה, דהרי הא דעד המעיד לא ישא את אשתו הוא לכתחילה, וכאן מיירי בדיעבד, עי' ברע"א ובבית יעקב משכ"ב.

קפה) עד אומר נתגרשה ועד אומר לא נתגרשה תרוייהו בא"א קמסהדי וכו'. עי' בתוס' ישנים דמפרשי דבלא העדים אין ידוע לנו שהיא אשת איש. והקשו הראשונים (עי' רשב"א רמב"ן ריטב"א תוס' הרא"ש ועוד) איך נאמנים העדים לומר שהיא אשת איש, הרי הם מכחישים זא"ז גבי הגירושין, ודמי להא דאמרין בשבועות דשני כיתי עדים המכחישות זא"ז דא"א להצטרף אחד מכת זו ואחד מכת זו ולהעיד, וה"ל כיון דאחד מהם ודאי שקרן איך הם מצטרפים. והרמב"ן תירץ דמיירי באומרת א"א הייתי וגרשה אני וכיון דאיכא עדים אין לה נאמנות של הפה שאסר [כיון שאינה יכולה להעיד ולומר שאינה אשת איש אחר דאיכא עדים, אע"פ שאינם נאמנים. כ"כ הרא"ה].

ושאר הראשונים תירצו דמיירי שאין העדים מכחישים זא"ז, דמיירי באופן שיכולים לטעות בגירושין ותלין דטעו. [ועיין בש"ך סי' ל"א גבי ספיקם של חכמי בריסק בע"א בהכחשה אם מצטרפים לעדות אחרת, והוכיח הש"ך מהראשונים בסוגין דאינם מצטרפים].

קפו) אכן מדברי הרמב"ם משמע דאפי' במכחישים זא"ז הרי הם נאמנים. דכתב (בפ"י"ב מגירושין ה"י) באחד שאומר זו אשתי ואחד אומר זו אשתי דאינה אסורה לכל העולם משום דכ"א מעיד לעצמו. ומשמע דבלא"ה היתה נעשית א"א אע"פ שמכחישים זא"ז. [כך דייק המחנ"א עדות סי' ו', וכ"כ הבי"ש סי' קנב סק"ט שכן משמע מהרמב"ם, וציון הגרע"א בגליון לרמב"ם הני"ל]. ותמוה דאיך מצטרפים יחד וכמו שהקשו הראשונים דלעיל. ובשטמ"ק בשם תלמידי הרשב"א [וכיון לזה המחנ"א הני"ל] ביארו דהפסול של העדים חל רק מכאן ולהבא, אבל באותה עדות שהעידו עדיין לא נפסלו. [אכן קשה ע"ז טובא מסוגית הגמ' בב"ב ל"א, ועי' בזה במחנ"א הני"ל, ובהגהות הגרע"א על מחנ"א, ובקצה"ח ונתיבות סי' נב, ובחי' הגרש"ש סי' כ"ד כ"ה ובקה"י סי' כ"ה, ואכמ"ל].

קפז) תוס' ישנים ד"ה תרוייהו. כתבו דאין זה מיגו דרוצה לפוסלה לכהונה. והקשה הגרע"א דממ"נ, אם היא אומרת דף כב ע"ב

א"א הייתי וגרשה אני, א"כ אסורה בלא"ה לכהונה ע"פ דבריה מדין שוי נפשה חד"א. ואם אומרת לא נתקדשתי, א"כ הוי כאומרת לא נתגרשתי [כעין דין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי] וא"כ אפי' בתרוייהו אמרי נתגרשה תהיה אסורה מדין שוי נפשה חד"א.

ותירץ הגרע"א דרק בממונות דהוא מדין הודאת בע"ד אמרינן דכאילו הודה שלא פרע, אבל בדין שוי נפשה חד"א לא שייך לומר דכאילו הודתה שהיא אסורה, דהא מעולם לא אמרה על עצמה שהיא אסורה. והנה דבריו אי"ש רק אם שוי נפשה חד"א הוא מדין נדר אבל אם הוא מדין נאמנות עדיין צ"ע [ועי' אות קסה]. ובחי' הגרש"ש (סי' ז') עמד בזה, וכתב דיש לתרץ קו' הגרע"א באופן אחר, דלכא"ו ילה"ק בכל דין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי איך מוציאין ממון ע"פ העדים, והרי ממ"נ אם העדים אומרים אמת א"כ הוא פרע. ואם נקטינן ע"פ הודאתו שלא פרע א"כ העדים שקרו ובטלה כל עדותם. [ועמד בזה השער משפט סי' צ"ב סק"ח]. וביאר הגרש"ש דמה שבטלה כל העדות הוא רק אם יש להגדתם שם עדות, אבל כשהעדות נגד הודאת בע"ד דאין העדות מועילה כלום, אין ע"ז תורת עדות. ולפ"ז אי"ש דגבי שוי אנפשיה א"א לומר כל האומר לא לויתי, דהרי בזה מהני עדות העדים לגבי אחרים [דבשוי אנפשה הרי הנאמנות דידה רק כלפי עצמה] וממילא א"א לדון ע"פ העדים שהיא גרשה דא"כ הוי עדות שקר וכל העדות בטלה בממ"נ וכמשנ"ת.

קפח) גירושין יכולה מכחשתו, ומי חציפה כולי האי. עי' ברע"א שהקשה דהרי חזינן בעלמא דע"א האומר מת בעלך נאמן, והאומר גירשך בעלך אינו נאמן, וא"כ חזינן דלומר גירשתי חציפא יותר ממיתה. וע"ש מה שתירץ ומה שתירץ הגרש"א. קפט) כגון דאמרי עכשיו גירשה וכו' גירושין איכא לברורה. ותמוה, דהא לא מהני חזקה במקום תרי ותרי, ואפי' אם ספיקא דרבנן כתבו הגרע"א (סי' קלו) והש"ש (ו' כב) דלא מהני חזקת ראייה. [אך עי' ברא"ה דף כ' א', וברמב"ן כ"ב א' שדנו דין חזקה אין השטר נחתם א"כ נעשה בגדול במקום תו"ת, ועי' בש"ש הני"ל] ובשער משפט (סי' מו סק"יד) הוכיח מכאן דהא דלא אמרינן מיגו במקום תו"ת (כמש"כ תוס' בב"ק), דהא רק כשהמיגו הוא של העדים עצמם. אבל מיגו צדדי מהני, וה"ה חזקת ראייה.

ובחי' הגרש"ש (סי' כ"ג) מתרץ דכאן החזקה לא באה להכריע בין העדים, אלא רק לסתור את ההיתר של הברי או את החזקה דדייקא ומינסבא, ועי"ז הוי תו"ת ואזלינן בתר חזקה דמעיקרא, וכמשנ"ת אות קעט. דף כג ע"א

קצ) תוד"ה תרוייהו, וי"ל כגון שאנו יודעין שזרק לה קידושין כו' כיון דודאי זרק לה הקידושין ליכא למימר אוקמה אחזקה להתירה לכתחילה. וכתב המהרי"ט (חי' קידושין דף ה') וז"ל ונ"ל דכי אמרינן העמד דבר על חזקתו היינו אחזקה דגופה דלא אתרעי עד השתא, אבל חזקה דפנויה הא איתרעי שהרי פשטה ידה וקיבלה קידושין, ומאותה שעה שפשטה ידה יצאה כפנויה שהיתה מקודם לכן וא"א להעמידה על חזקתה שנתה מותרת מן התורה, עכ"ל, והביא המהרי"ט ראי' מתוס' דידן, והוסיף דאע"פ שכתבו תוס' דאין מעמידין אותה בחזקתה "להתירה לכתחילה", לא בעי למימר דחומרא דרבנן היא אלא דין דאורייתא הוא שלא תינשא, אלא שאם נישאת אין מוציאין אותה מיד בעלה, דנהי דלא איתחזיק היתרא, מ"מ גם לא אתחזיק איסורא.

ובאבני"מ (סי' כז סק"ח) כתב דדבריו תמוהין, דמעולם לא שמענו בספק איסור דאורייתא שיהיה חילוק בין לכתחילה ודיעבד, ובע"כ דדין דרבנן הוא. [ועי' עוד משה"ק עליו מנגע]. ובאבן האזל (פ"ג ה"ב מאישות) הוסיף להקשות מהסוגיא ביבמות בתרי ותרי בזרק קידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה דמוקמינן אחזקה מדאורייתא אם תו"ת ספיקא דרבנן, ובע"כ דדברי התוס' כאן הם מדרבנן, וכתב שכי"ה בר"ן בסוגיין. [ואמנם המעין בר"ן יראה שתירץ באופן אחר, שהקידושין נזרקו ע"פ שני העדים הללו, ואחד אומר קרוב לו ואחר אומר קרוב לה, וחיישין שמא בשעה שנפלו הקידושין שניהם ראו שהיה קרוב לה ואסור מספיקא דרבנן, ואי"ז שייך כלל לתירוץ התוס' שכתבו דעצם זריקת הקידושין מפקעת חזקה].

ובמה שקשה על דברי מהרי"ט מהסוגיא ביבמות, ועיין משכ"ב הנתיבות בספרו קהלת יעקב סי' י"ז, דשאני התם ביבמות שהקידושין נזרקו לצרתה, ונמצא דיש ריעותא רק בצרתה ולא בה עצמה, ע"ש.

ובאמרי בינה הלכות שחיטה סי' ח' הביא הקושיא מיבמות בשם הדברי אמת, ומחלק בין היכא שארעה הריעותא בודאי קודם לידת הספק כמו בזרק לה הקידושין ספק קרוב לו, לבין ההיא דיבמות דהספק אם הוא קדם לד"א או היא, דלהצד דהוא קדם אין כאן כלל מעשה המוציאה מחזקתה, ועי' בארוכה.

[ועי' בשו"ת הגרע"א מהדו"ת סי' נ"ו שהסתפק אם כוונת תוס' דידן דאיתרע החזקה מדאורייתא או מדרבנן].

דף כג ע"א

קצב) תד"ה מ"ש רישא. עי' ברשב"א שתירץ על קושית תוס' דהגמ' רצתה לפרש הברייתא גם למ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא. [ויל"ע למה לא ניחא ליה לתרץ כתוס' דאפי' אם הוי דרבנן מ"מ אסורה מדרבנן ותצא. וכנראה דעתו דאם הוי רק מדרבנן לא תצא. ואפשר להטעים הדבר, דאחר שנישאת יש לבעלה זכות בה והוי כממון שלא החמירו בו, ויש לחלק וצ"ת].

ובדעת הי"מ, עי' במהרש"א שהקשה דילמא לא מיירי כלל בנישאת לאחד מעידה, אלא דברישא מותרת משום החזקת פנויה ואי"ז תלוי כלל בפלוגתא רמב"י ורבנן. ותירץ הגרע"א דבאמת צ"ב מה רצו בתירוצם השני, הרי תירוצם הראשון ברור דיש איסור דרבנן, וכוונת הי"מ הוא דעדיין קשה דנימא דמיירי בנישאת לאחד מעדיה והחילוק בין הרישא לסיפא הוא משום החזקה, דברישא נהי דמדרבנן איסתלק החזקת פנויה [מדין תו"ת ספד"ר] מ"מ הוי ספק השקול ומהני ברי. ובסיפא כיון דמדאורייתא יש לה חזקת איסור לא מהני ברי. [והגם שכי' תוס' לעיל דהדייקא מגרעא לחזקת איסור, דילמא הך ברייתא פליגא ע"ז. אי"נ דברישא דהוי ספק השקול מהני דהדייקא, אבל בסיפא דהדייקא עומדת כנגד החזקה שוב אי"א להשתמש עם הדייקא גם כסיוע לברי]. ועי' כתבו דא"כ קשיא סיפא אמאי תצא הרי לרבנן לא תצא.

ובדעת בתירוץ הראשון שלא הוקשה לו כן, כתב הגרע"א דמדרבנן בתו"ת מסלקין לכל החזקות, וא"כ ברישא הוי ספק השקול, וכן בסיפא דעי' דהדייקא נעקר החזקת אשת איש].

ובדעת המהרש"א נראה דהי"מ ס"ל כמש"כ בדעת הרשב"א דאם תו"ת ספד"ר לא החמירו בזה שתצא, ולכן הקשה דילמא מותרת משום החזקה.

קצג) ובעיקר דברי הי"מ צ"ב למה לא הקשו מסיפא לבד, דהרי לכו"ע בנישאת ואח"כ באו עדים לא תצא, ואילו בסיפא תניא דתצא ולא מפליג בין נישאת קודם שבאו עדים לנישאת אח"כ. ועי' מש"כ בזה הגרע"א.

והמהרש"א הקשה דהרי ר' יוחנן לעיל נמי לא מפליג בין נישאת קודם שבאו עדים לנישאת אח"כ, ואב"י הרי מוקים לדבריו כרמב"י, וחזינן דא"א לדייק מדלא מפליג, ועי' בגרע"א ובב"י משכ"ב.

קצד) עי' מהרש"ל ומהרש"א שהקשו למה לא תירצה הגמ' את הסתירה בברייתא כמו שתירץ רב אשי לעיל דאמרו העדים עכשיו נתקדשה עכשיו נתגרשה ובגירושין איכא לבירורה. וכבר הקשה כן הרשב"א קידושין סי' א' ע"ש משכ"ב.

קצה) בדבר המנונא קמיפליג וכו'. עי' בתוס' שכתבו דרב המנונא ודאי מיירי רק בפניו. ויעוי' בריטב"א שביאר הדברים דזה רק סברא לומר "גירושין לא יכולה מכחשתו", דכשיבוא הבעל ודאי שתודה לו לאמת, וזה גופא סברה להאמינה כעת שאינה משקרת שהרי כשיבוא בעלה תהיה מוכרחת להודות לאמת. ועי' בבית יעקב ביאור עמוק בדברי הגמ'.

קצו) כתב השטמ"ק בשם ההשלמה: ומאי דאמרינן גבי שבויה אם משנישאת באו עדים ה"ז לא תצא וכו' איכא לעיוני אי אמרינן הכי גם גבי שדה כי אמר מעיקרא של אביך היתה ולקחתיה ממך והימנוהו משום הפה שאסר ואח"כ באו עדים של אבותיו אי מפקינן מיניה דמחזיק או לא. ונראין הדברים דלא מפקינן ליה מיניה דכיון דהימנוהו הימנוהו. ואע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר ארמב"י אימתי אני אומר תצא בזמן שבאו עדים ואח"כ נישאת אבל נישאת ואח"כ באו עדים לא תצא. וכתב ע"ז הרב המעלי ז"ל: וכבוד רבנו במקומו מונח דאיכא למימר דלא דמי דממונא מאיסורא לא ילפינן, ע"ש.

ודברי ההשלמה צ"ע, דהרי מבואר בסוגין דכל מה שאם נישאת לא תצא הוא רק משום שהקילו בשבויה, או משום דינא דרב המנונא, אבל מעיקר הדין בטל המיגו. וכמו"כ צ"ע ממודה בשטר שכתבו דצריך לקיימו ומהני הקיום ולא אמרינן דכיון דהימנוהו הימנוהו.

והנה במאירי ט"ז א' הביא שי' ההשלמה וז"ל ואם יש עדים אינו נאמן, ואפי' באו העדים אח"כ, שבודאי סרך שקרות יש בדבר, ואף לדעת האומר קם דינא כבר ביארנו בראשון של בתרא שבדבר שאפשר לבוא לידי בירור אין אומרינן כן. ולגדולי הדורות [- ההשלמה] ראינו בהפך סברא זו, ר"ל דכל שהעמדנו בידו מכח הפה שאסר וכו' אע"פ שבאו עדים אח"כ אין מוציאין מידו, ואין הדברים נראין.

ובספר שמעתא דמיגו סי' ו' כתב דמשמע מדברי המאירי דסברת ההשלמה משום קם דינא, ולפ"ז מיושב הקו' מאמרה אשת איש הייתי או שבויה הייתי דשם הוי מילתא דאיסורא ול"ש בזה קם דינא, וכמו"כ מיושבת הקושיא משטר, ששם מעיקרא לא היתה לו נאמנות אלא הוי רק כהעד קיום, אבל אין שום קם דינא לומר שהשטר פרוע.

והנה אם נימא דזהו הביאור בדברי ההשלמה צ"ל דהראיה שהביא מרמב"י הוא לענין דאם נישאת הוי כקם דינא, וזה כהסבר הגמ' בב"ב דאיכא זילותא דבי דינא וה"ה דאיכא קם דינא, וצ"ב מהו הזכר לדבר. ואולי י"ל בביאור דברי ההשלמה באופן אחר, ע"פ סברת הפנ"י - אות קעח - דע"י שנישאת פקע חזקת אשת איש שלה, וה"נ כאן ע"י שפסקו שהקרקע שלו פקע חזקת מר"ק של בעל הקרקע וצ"ת. בשבועה הקילו. כתב רש"י דחששא בעלמא איכא שמא מטמאת. וע"י להלן לו: דדעת ר' דוסא דשבועה כשרה לכהונה, אמר ר' דוסא וכי מה עשה לה ערבי הלז וכו', וגם רבנן מודים לזה מדאורייתא אלא מדרבנן החמירו. [ואפשר לומר דהסברא דא"י חשש גמור משום דמנוולא נפשה באפי שבאי]. וברמב"ם פ"ח מאיסורי כתב דהא דהקילו בשבועה שעבד קרוב ושפחה נאמנים, הואיל ואיסור כל הספיקות מדברי סופרים לפיכך הקלו בשבועה. ומבואר שבאמת הוי ספק, אלא דהרמב"ם לשיטתו דספק דאורייתא מדאורייתא לקולא, ולכן הקלו.

ובדברי הרמב"ם צ"ב למה הוי ספק, הרי יש לה חזקת היתר. וכתב הנו"ב (מהדו"ק אבהע"ז סי' סו) דכיון דערבים שטופים בזימה הו"ל ספק גמור, ואולי הוי אפי' רוב, וסברת מנוולא נפשה מהני רק לענין דהוי ספק, וכל ההיתר משום דספק דאורייתא מדאורייתא לקולא. [וע"ש שכתב עוד דהדין דרבנן היה לעשותה לודאי בעולה, ולא הוי רק ספק]. והא דהקילו בשבועה יותר מבשאר איסורים, כתב בשערי ציון ח"ג סי' י', דבאמת הרמב"ם מודה לתוס' דיש סברת מנוולא נפשה ואין חשש כלל ולכן הקילו, אלא דהיה קשה לרמב"ם דשבשבועה בת ג' שנים יום אחד ל"ש טעם זה דאין לה דעת לנוול נפשה, וע"ז כתב דכיון דבין כך האיסור דרבנן לא פלוג והקילו בכל גווני. [וזה דלא כהנו"ב שנקט דכל שבועה הוי ספד"א].

ובתוס' להלן ל"ו ב' הקשו למה לשבועה אין קנס הרי מעיקר הדין אינה בחזקת בעולה, ותיירצו דג"ז תקנה דרבנן דעשאוה כבעולה לכל דבריה. ובתוס' הרא"ש שם הביא תירוץ נוסף ממנה"ר מרוטנבורג, דהכשר שבועה הוא מטעם חזקה וכיון דבקנס איכא כנגד חזקת הכשרות חזקת ממון, לא מהניא החזקת כשרות לאפוקי ממנוא. ומבואר דס"ל דיש לה חזקת כשרות, וכ"כ התוס' ר"י הזקן בקידושין י"ב דהטעם שבשבועה הקילו משום החזקת כשרות. וע"י בקו"ש אות עג שכתב דהרמב"ם שנקט דהוי ספק - מקורו מקושית תוס' הנ"ל בדף ל"ו למה אין לה קנס, ומזה הוכיח דהוי ספק. אכן יעוי' בנו"כ הנ"ל ששלל דרך זו, דא"כ אם תפסה הקנס שלא בעדים ואמרה טהורה אני תהא נאמנת במיגו, ואילו מתני' סתמא קתני דשבועה אין לה קנס, ובע"כ דגם להרמב"ם יש תקנה לפסול שבועה בתורת ודאי. [נדברי הנו"ב הם חידוש, דהרי אם נאמנת בהפה שאסר לומר טהורה אני ליכא דין שבועה, וא"כ למה כאן כלפי הממון לא נאמר דיש לה פה שאסר לומר טהורה היא. וצ"ל דכיון דלגבי איסור לכהן אין לה הפה שאסר ממילא קיימא התקנה דרבנן אפי' כלפי דברים שיש לה בהם הפה שאסר].

קצח) בעובדא דבנותיה דשמואל. ע"י בבית יעקב שהקשה איזה מיגו יש להן, הרי ידעו שהשבאים בחוץ, ואין להן ברירה אלא להודות. והוכיח מזה דפה שאסר אינו מטעם מיגו, אלא דהוי כע"א בלי החזקת איסור שנאמן, וכיון שקיבלו אותו שוב נאמן תמיד. ע"ש. ואמנם לפ"ז צ"ע למה בבאו עדים הנאמנות רק משום דשבועה הקילו כדאמרינן לעיל. ועוד צ"ב דהרי גם בעדים איכא להך חששא שבאה בגלל העדים [וכמשנ"ת באות קס"ו בשם המחנ"א]. ובע"כ דהוא קולא דרבנן אחר שכבר קיבלנו עדותם, וה"ה כאן.

קצט) תוד"ה עדי. איכא סקילה אם נישאת לכהן שישמש בזה ע"ג מזבח בשבת. והקשה הרש"ש הא חלל שעבד עבודתו כשרה ולמה חייב מיתה, והנה ש"י רש"י קידושין ס"ו דאחר שנודע לו שהוא חלל עבודתו פסולה, ולפ"ז שפיר יש חיוב מיתה אחר שידוע לו [מיהו לענינו לא מהני זאת, דאם לא יבואו העדים לא יבואו לידי מיתה] ודעת הרמב"ם דאפי' אחר שנודע עבודתו כשרה, וא"כ קשה טובא איזה חיוב מיתה יש.

וברש"ש קידושין י"ב ב' כתב בזה עפ"י שמשמע מרש"י ביבמות ל"ג דזר ששחט ק"צ בשבת חייב מיתה, דההיתר עבודה בשבת הוא רק לכהנים ולא לזרים אע"פ ששחיטה כשירה בזר, ולפ"ז י"ל דגם לחלל אין היתר. [ואמנם זה תלוי אם גדר ההיתר של חלל הוא מפני שדינו ככהן, או דהוי רק דין שאינו מחלל עבודה, והאריכו בזה אחרונים, ע"י דבר אברהם ודברי יחזקאל סי' כ"ב ואכ"מ].

דף כג ע"ב

ר) ואיכא ע"א דקא אפיך וכו'. כתב רש"י דכשיש הכחשה ג"כ נאמן האומר שהיא טהורה משום דכ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים. וע"י בראשונים שנחלקו אם דין זה הוא דוקא כשקדם העד המטהר [וכמש"כ תוס' לעיל כ"ב ב' ד"ה אי, גבי עדות מיתה]. או דגבי שבועה הקילו ואפי' בבאו ב"א נאמנים. [ולפמ"ש"כ תוס' שם דהיכא דהעד נאמן מדאורייתא אפי' בב"א נאמן, כתב הגרע"א דכ"ש כאן דמדאורייתא א"צ כלל עד שודאי המטהר נאמן אפי' בב"א. אך לפמ"ש"כ הבית יעקב בתוס' שם לבאר החילוק בין דאורייתא לדרבנן לכאן אין מקום לדברי הגרע"א]. וע"י ברש"י דאפי' אם כשר אומר שטמאה ופסולה אומרת שהשבועה טהורה נאמנת, וע"י ברמב"ן דבתחילה ר"ל דבכה"ג אין נאמנות לטהרה, ושוב חזר בו מכח הירושלמי ע"ש.



## פרק אלו נערות

דף כט ע"א

א) הבא על הנתינה. שיטת רש"י דיש בה רק איסור משום גזירת דוד שגזר עליהם עבדות. ועיי' בתוס' שהקשו מכמה מקומות דמשמע דהוי איסור דאורייתא. ובהמשך דבריהם הקשו דכיון דגזר עליהם עבדות שמתוך כך יהא נאסר לבוא עליהם משום לא יהיה קדש א"כ לא יהיה להם קנס. ועוד הקשו אמאי חרורי ונתיני מותרין זב"ז. ותירצו דלאו ממש גזר עליהו עבדות ליאסר בלא יהיה קדש.

ובפשטות משמע דקושיתם מקנס ומהיתר חרורי בנתיני הוא משום דסברי דדוד עשאם עבדים ממש ויש להם מדאורייתא דיני עבד [וכ"מ קצת בתוס' בימות ע"ט א' שדנו בזה]. וצ"ע דא"כ מה הקשו מקודם מכל הנך דוכתי דמשמע דהוי מדרבנן. וכתב הפנ"י דדבריהם מסורסים, דבתחילה סבר ר"ת בדעת רש"י שיש בהם איסור דאורייתא של עבדים, וע"ז הקשה מקנס ומחרורי, ומסיק דלא גזר ממש עבדות אלא איסור דרבנן בעלמא, וע"ז קיימו הקושיות הראשונות דמשמע שיש בהם איסור דאורייתא.

ושוב כתב הפנ"י דיש לפרש דברי התוס' בלא סירוס, דהיה משמע להו מלשון רש"י דהוי רק איסור דרבנן, וע"ז הקשו בתחילה מהמשניות דמשמע דהוי איסור דאורייתא. ושוב הקשו מסברא דכיון שגזר עליהם עבדות [שעכ"פ מדרבנן גורמת לאיסור כעבד] א"כ למה באמת אי"ז איסור דאורייתא של עבד, ותירצו דאינו עבד גמור.

ב) והנה התוס' כתבו דאין לתרץ דלנתינה יש קנס משום דמינטרא נפשה, דהא בירושלמי איתא דשפחה אפילו משומרת אין לה קנס. וכתב הגרע"א דיש ליישב דטעמא דהירושלמי הוא משום דדרשינן מולו תהיה לאשה, במהוה עצמה הכתוב מדבר - וגרעא מקטנה שמהוה עצמה כשתגדיל או ע"י אביה, ובחייבי כריתות יש בהם הויה לאחרים. [ויש להעיר שכ"ה מפורש בירושלמי, הובא ברמב"ן וז"ל יכול הבא על שפחה ארמית יהא חייב ת"ל מהור ימהרנה לו לאשה את שיש לו בה הויה וכו' התיבון הרי אחותו, שניה היא שיש לה הויה אצל אחרים]. ולפ"ז כ' הגרע"א די"ל דנתינה אף דדוד גזר עבדות עליהן לא הקיל בדאורייתא לומר שלא יתפסו בהן קידושין, וממילא שייך בה הויה, ועוד דהרי מותרות הן בחרורי וא"כ יש להן הויה בחרורי, ומש"ה יש להן קנס.

וחזינן מדברי הגרע"א דכל מה שנקטו תוס' דיש בהן לא יהיה קדש הוא מדרבנן, ולכן כתב דלא הקילו לגבי תפיסת קידושין, וכמו"כ נקט דלחרורי תופסין בהן קידושין כיון שכלפיהם לא גזרו. אבל לדברי הפנ"י - אות א' - כיון שהיא כשפחה גמורה - [למאי דנקטו תוס' בקושיתם] אין מקום לדברי הגרע"א.

וצ"ל לדעת הגרע"א דקושית תוס' היתה דמדרבנן לא יהיה בהם קנס, דנתנו להם דיני עבדים מדרבנן, ותירצו דלאו עבדות גמורה היא, אלא רק לענין פסול קהל. [ועי' היטב בשטמ"ק].

ג) והנה התוס' כתבו לתרץ דלאו ממש עבדות גזר עליהו. וכתב המהרש"א דזה מתרץ את שתי הקושיות האחרונות - מקנס ומחרורי. אכן בשטמ"ק כתב דמשמעות התוס' דתירצו רק את הקושיא מחרורי, דגבי קנס כיון שמכח הגזירה נאסרו לבוא בקהל פשיטא דפטורין מקנס דאינו בדין שנוציא ממון מישראל כדי ליתן להם כיון דדוד גזר עליהם עבדות, ע"ש. [ויתכן דזה תלוי בהסבר התוס' לעיל, דלפנ"י שקושיתם היתה רק משום דהלא יהיה קדש הוא דמדאורייתא, א"כ כשתירצו דהוי דרבנן זה מיישב גם הקושיא הראשונה, אבל לגרע"א י"ל דהישוב רק על הקו' השניה].

ד) ושיטת ר"ת דנתינה אסורה מדאורייתא משום איסור לא תתחתן בס' כמסקנת רבא ביבמות ע"י. ובדעת רש"י דכתב דהאיסור רק מדרבנן. צ"ל דפסק כסברת רבא בתחילה, וכמו שמבואר בבעה"מ בפרק הערל דמכח הסוגיא שם מוכח דסברין כסברת רבא בתחילה.

ושיטה שלישית מצאנו ברמב"ן ורשב"א ועוד ראשונים [עי' בראשונים כאן וביבמות] דאמנם דור ראשון של נתינים אסור מדאורייתא, אבל דור שני מותר [וכמו שבמצרי מותר דור שלישי], ונמצא דהמשניות שבהם מוכח דהוי איסור דאורייתא, קיימי על דור ראשון, ודוד גזר על דור שני. [ועי' בשטמ"ק שדן אם אפשר לפרש כך גם בדעת רש"י, עי' רש"י מכות י"ג, סנהדרין נ"א א', שכתב דנתינה יש איסור לא תתחתן].

ועי' עוד ברמב"ן יבמות ע"ח שהביא שיטת הראב"ד דהתורה אסרה רק לאותן גרים שבשעת כיבוש משום שגירותן לאו גירות גמורה היא, ואם הם עצמם מתגיירים שוב אח"כ שלא בשעת מלחמה הרי הם מותרים. ובפנ"י כאן כתב קרוב לזה, דהגירות לאו גירות גמורה, וכל המתגייר הוא אסור וולדו מותר, הילכך אם נתגייר מהם אחד גירות גמורה, הוא אסור - דהוא דור ראשון וולדו מותר. אבל אלו שנתגייר בימי משה שגם גירותם אינה גירות גמורה, גם דורותיהם אסורים עד שיתגיירו גירות גמורה ואז בניהם יהיו מותרים.

ה) כתבו תוס' בדעת ר"ת: ודוד לא גזר עליהם אלא שעבוד ולא לאוסרן בבנות ישראל. וביאור הדברים, הריטב"א כתב (ביבמות ע"ח א') דאין גופן קנוי. אך הבית מאיר סי' ד' כתב דהחסרון משום שאינם משועבדים לאדם מיוחד, וכן משמע בתוס' הרא"ש ביבמות י"מ דין עבדים המיוחדים לאדוניהם אין להם".

ו) ואע"ג דקימ"ל הפקר ב"ד היה הפקר וכו'. עי' מהרש"א שזה קשה רק על ר"ת, אבל לרש"י שיש גם איסור, א"א להפקיע האיסור ע"י שחרור. והקרני ראם הקשה דכיון דהאיסור מכח הממון - שהם עבדים, ממילא אם ישחרר יפקע האיסור. [וזה תלוי בסוגיא בגיטין ל"ח ל"ט, במפקיר עבדו אם צריך גט שחרור, וצ"ע]. ועי' בשטמ"ק.

ז) והא דאמרין בהאומר בקידושין נכרית מנ"ל דלא תפסי קידושין דכתיב לא תתחתן בס' אומר ר"ת וכו'. והרמב"ן במלחמות ביבמות כתב דקרא מייירי בין בגויות ובין בגירות, בגויות אסורין משום כי יסיר את בנך, ובגירות הוי אסור של קדושה. וע"ש שיש חלוקי דינים בין האיסור בגויות לאיסור שבגירות לגבי חרורי וממזרי, שאסורין מדאורייתא בגוים מקרא דלא תתחתן אבל מותרים בהם בגירות מפני שאינם בכלל קהל.

[ועוד נ"מ איכא לגבי שאר עממין דאסורין בגויות ומותרים בגירות].

ח) הבא על הכותית. שיטת רש"י דהם גירי עריות. והקשו תוס' א"כ למה יש להם קנס. ועיין במגיני שלמה שמתרץ דעת רש"י דלמ"ד גירי עריות אינם כעכו"ם ממש, אלא הרי הם גרים כמבואר ביבמות כ"ד ב' דכולם גרים הם, אלא שכלפי דינים מסוימים דנו אותם כעכו"ם, ולכן יש להם קנס.

ועיין בהפלאה שמתרץ דלאביי בדף י"א שגזר כדי שלא יהא חוטא נשכר גם כאן גזרו כן, והברוך טעם השיג דשאני התם דהשתא היא בחזקת יהדות, אבל כאן שגם היום היא גויה לא יתכן שיש לה קנס, ועי' בשטמ"ק.

ועיין בדברי יחזקאל סי' כג סק"ה עוד יישוב על רש"י.

ובזכר יצחק [סי' כ"ח א]) מיישב שי' רש"י עפ"מ שמחדש דבזמן הבית קרבן מעכב את הגירות לענין היתר קהל, ולא לענין עיקר היהדות. ולפי' י"ל עפ"משי"כ תוס' חולין ג' ב' דאח"כ עשו גירות גמורה, והיינו שנהגו אח"כ מנהג יהדות והיו כמו טבל לקרויו. אבל קרבן לא הקריבו שוב, ונמצא שהם יהודים אבל אין להם היתר בקהל.

ט) תוד"ה ועל הכותית. וא"ת למ"ד פסול כותים משום דעבד ושפחה נתערבו בהם אמאי יש להן קנס וכו' וי"ל דכל אחת מוקמינן לה אחזקת אבהתא. וצ"ב הרי אין חולקין בממון גם אחר חזקה [א"כ איכא בהדיה ברי ושמא לחד לישנא בדף י"ב]. וביאר הקו"ש (אות פב) דתוס' ס"ל כשיטות הראשונים [בדף י' א', וברפ"ב] דרובא וחזקה יחד מהני גם לשמואל. אלא שעדין קשה משה"ק תוס' מקבוע [אי אזלא איה לגביה]. וכתב הקו"ש דיש ליישב עפ"מ שחקר הפמ"ג דהיכא דאיכא חזקה בהדי רובא לא אמרין קבוע [ל"מ], ועיין בפמ"ג סי' ק"י סק"ד שחקר היכא דהחזקה מסייעת למיעוט אם הוי כמחצה על מחצה או דאזלינן בתר חזקה]. וכבר עמד בזה החת"ס, ותיקן ע"פ יסוד ההפלאה ספ"ק דאם כבר החזקנו דבר ע"פ רוב או חזקה לענין אחר, שוב אפשר להוציא עפ"ז ממון.

ובעיקר מה שדנו התוס' דאי אזיל איהו לגבה הו"ל קבוע, ילה"ע דהנה ברשב"א וריטב"א קידושין ע"ד א' מבואר דבספק קבוע יש לזה דין רוב, והריטב"א קורא לזה ס"ס, ויש לפלפל הרבה ליישב קו' הקו"ש ואכ"מ.

י) ובעיקר משי"כ תוס' דאית ליה חזקת אבהתא העיר הקו"ש דהרי אם האמא שפחה אינו מתיחס כלל לאביו, ומה שייד בזה חזקת אבהתא, וכתב דצ"ל שגם ע"ז שייד חזקה שיתייחס בנו אחרי. אולם החזו"א (ב' כ"ה) כתב דהחזקת אבהתא הוא חזקת צדיק של האב שלא עבר עבירה.

והנה התוס' תירצו רק על החשש ששפחה נתערבה - דאזלינן בתר חזקת אבהתא. אבל עדיין צ"ב דהרי יש גם צד שעבד נתערב וליכא חזקת אבהתא. ובתו"י תירץ [ועי' בשטמ"ק] דעבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ויש לה קנס. אכן התוס' הרא"ש כתב לתרץ דגם לגבי החשש דעבד נתערב בהם איכא חזקת אמהתא. והיינו דכשם שיש חזקת אבהתא שבנו יהא כמותו [וכמבואר בדף כ"ו לגבי כהונה] כמו"כ יש חזקה על האם שבנה יהיה בהכשר לקהל כמותה, ועי' בזה בש"ש (ש"ב פ"יט) ובחי' ר' שמואל סי' ט"ז.

יב) ובדברי הרא"ש צ"ב למה לא תירץ כהתו"י, וביאר הגרש"ר דהרא"ש קאי בהך שיטה שהביאו תוס' בקידושין ס"ח ב' וביבמות כ"ג א', דמאן דס"ל עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, זהו משום שהולד עכו"ם או עבד מדין הלך אחר הפסול ולכך אין בו פסול ממזרות, ולהכי קשיא ליה דלהך מ"ד לא יהיה לה קנס גם מחמת הספק שמא האב עבד. וצ"ע דבקדושין ע"י א' מבואר דאם האב עבד אין שום פסול ומה שאמרו שעבד נתערב בהם הוא רק משום שמעשה שהיה כך היה אבל עיקר הפסול משום השפחה. ועיין בשטמ"ק שביאר כן בדברי התו"י.

יא) הגרע"א עמד בדברי התוס' שהקשו על רש"י דלעכו"ם אין קנס, ולמה לא הקשו דאם כותית היא נכרית א"כ למה תני כותית לתני נכרית. ותיקן הגרע"א ד"ל דהבא על נכרית פטור משום דהבועל ארמית קנאין פוגעין בו ואיכא ביה קלב"מ. אבל בבא על כותית דאפשר דהרבה מן הכותים נתגירו לש"ש הוי ספק, ומספק א"א להרגו ולכן אין קלב"מ. [והוסיף הגרע"א דזהו מה שהוכיחו תוס' מהגמ' בדף י"א דגם שם אין קנאין פוגעין בבא על גיורת קטנה, שהרי עתה היא בחזקת גיורת, ואפ"ה אין לה קנס].

ומבואר בדברי הגרע"א דספק קלב"מ אינו פוטר מממון. וכתב הקו"ש דכן מבואר ברש"י ב"ק ל"ה. [דגבי מבעיר גדיש כתב רש"י דאי לא ידעינן האם איכוון לצורך אפרו או לא, אין קלב"מ]. ולכאוי הביאור הוא דהוי זה כודאי חיוב וספק פטור וכמו באיני יודע אם פרעתין.

אכן יעוי' בחי' הגרש"ש (ב"ק סי' ל') שהקשה דברשב"א בגיטין ע"ח מבואר דאם יש לפנינו סיבה להסתפק חייב אפי' בא"י א"פ. ולכן כתב דכל דברי רש"י שם רק לס"ד של הגמ' דלא ידעה את הדין דתנא דבי חזקיה שווג כרצון, וכיון שצריך חיוב מיתה בפועל ממילא בספק פטור. אבל להלכה דגם חייבי מיתות שווגין פטורין, ה"ה שפטור במקום ספק. וכתב שכמדומה ששמע זאת מבעל המחבר ס' שפת הים. ועי' במג"א סי' רע"ח, ובאחיעזר ח"א סי' כ'.

יב) ובעיקר מה שנקט הגרע"א דיש קלב"מ עי' דין קנאין פוגעין בו, העירו בזה האחרונים ד"ל דדין קנאין פוגעין בו אינו פוטר מתשלומין, כיון דהוי רק רשות להרגו ולא חיוב מיתה [כמבואר ברמ"ה סנהדרין פ"ב], ועיין בדברי יחזקאל (סי' כ"ג) שכתב דבאמת מדברי הגהת מל"מ מוכח דס"ל דברשות אין קלב"מ, ודלא כהגרע"א.

ועי' באו"ש (פ"א מרוצח הי"ג) משי"כ בענין זה, ובחי' ר' שמואל (סנהדרין סי' טו).

יג) בתוס' בא"ד, אבל קשה דליתני מחז"ג משניסת ונבעלה שלכ"ד. כתב מהרש"א שמה שהוסיפו תוס' דנבעלה שלכ"ד היינו משום דלדעת ר' יוסי בן כיפר (יבמות י"א ב') אינו חייב עד שתינשא שנאמר אחרי אשר הוטמאה, ומבואר מדבריו דלריב"כ לא סגי בנשואין ובעינן בעילה. [ועיין בריטב"א יבמות פ"ט א' שכתב דמאחר וקיי"ל דיש חופה לפסולות, נאסרת גם בנשואין גרידא אפי' לריב"כ. אך יתכן דהוי רק איסור דרבנן, ע"ש במגיה ציון 112, וכאן איירי תוס' לדין דאורייתא].

והקשו האחרונים דהרי מבואר בקידושין ט' ב' דבעל עושה אותה בעולה אף בשלכ"ד שנא' והיא בעולת בעל [כ"ה הגרע"א בקו' עצומות והנו"ב מהדו"ת אבהע"ז סי' קנח ועוד].

והנו"ב כתב להגיה בדברי תוס' י"א"נ נבעלה שלכ"ד", והיינו דבתחילה הקשו ממחזיר גרושתו שלא נבעלה ולרבנן, ושוב הקשו ליתני נבעלה תחתיו בזנות שלכ"ד, שאז היא סוטה ובתולה, וגירשה ואנסה.

והרש"ש כתב ליישב את גירסתנו דמירי שלא נבעלה ע"י בעלה השני אלא ע"י אחר, וגם בזה חייב לריב"כ דיש בזה טומאה.

ובבית יעקב מיישב עפ"משי"כ השטמ"ק להלן מ"ח (וכ"כ בריטב"א קידושין ט' ב', וע"ש בחזו"א סי' קמח) דהא דבעל עושה אותה בעולה שלכ"ד הוא רק כשמקדשה בביאה זו. וכאן מירי שקידשה בכסף או שטר ואח"כ בא עליה, והקדימו בשעה"מ. (פ"ג ה"ו מאיסור"ב).

יד) ומדברי התוס' מוכח דבניסת ולא נבעלה יש לה קנס, ועיין ברמב"ם (פ"א ה"ט מנערה) דכתב דאין לה קנס דהיא בחזקת בעולה, אכן י"ל דאם יש עדים שלא נבעלה מודה הרמב"ם [וכמש"כ המנ"ח (מצוה תקנח)]. ועיין ברמב"ן להלן ל"ה ב' שאם יש עדים שלא נבעלה יש לה קנס, והרשב"א שם חולק [ואזיל לשיטתו בדף י"ב א' דתלינן שהעדים לא השגיחו בזה, אבל לדעת תוס' שם דמאמינים לעדים, אלא דהבעל נשאה ע"ד בעולה, א"כ מסתבר כהרמב"ן, ואזלו תוס' כאן לשיטתם ועי' אות קסח]. ועיין בריטב"א כאן ד"ה הבא שמשמע כד' רמב"ן, ומיושבת הערת המגיה. ועי' ברע"א בגליון המשניות.

טו) תודעה ועל אשת אחיו. הנה התוס' כתבו להוכיח מהבבלי דמפותה אין לה קנס, ויל"ע בטעמא דמילתא. והנה בירושלמי שהביאו התוס' מבואר שלמפותה יש קנס משום דאין אדם מוחל על דבר שאינו ברשותו, ובדעת הבבלי כתבו הרמב"ן והר"ן (י"ד א' בדפי הר"ף) ב' טעמים. א) מדין סילוק כמו הכותב לארוסתו דו"ד אין לי בנכסיד - להלן פרק הכותב, - ועי' בקצה"ח סי' רט סק"ב שהוכיח מזה דלא מהני חזרה בסילוק, ע"ש. ב) מדין קרע כסותי והיפטר, ולשון הרמב"ן: שלא הקנס בלבד מחלה לו אלא גופה מסרה לו לעשות כרצונו.

ובדעת תוס' לכאוי א"א לפרש כפי' ב' [וכמו שהוכיח הקצה"ח סי' תכ"ד] שהרי דעתם להלן נ"ו א' דבקרע כסותי והיפטר הוא מדין מחילה, ואילו הרמב"ן אזיל לשיטתו שהוא משום שאין עליו שם מזיק. וגם כפי' ראשון א"א לומר, דדעת תוס' ר"פ הכותב דסילוק מהני רק במידי דרבנן, וא"כ צ"ע מאיזה טעם נפטר מקנס. וכתב הגרש"ש (סי' מ"א) דס"ל דמהני מדין מחילה, ולא מקרי מחילה על דשלב"ל, דכיון שכבר חלה הזכות לתבוע את הקנס יכולה למחול על הזכות. [ואע"פ שאין החיוב קנס חל עד העמב"ד כמש"כ הירושלמי וכ"כ התוס' להלן ל"ג ב', מ"מ סיבת החיוב קימת ועליה מוחל].

ובדברי יחזקאל כתב בדעת תוס' דדמי לקרע כסותי והיפטר לדעת הרמב"ן, והגם דבקרע כסותי סוברים התוס' דיש לזה שם מזיק, שאני התם דמצד החפץ הוי מעשה היזק, אבל בקנס עיקר החיוב רק כשנעשה שלא ברשות אבל כשמוסרת לו גופה ברשות ליכא מעשה המחייב כלל.

טז) עוד מבואר בתוס' דמפותה שבגרה קנסה לעצמה. וכך היא דעת הרמב"ם (פ"ב הט"ו מנרה). אבל הראב"ד חולק דכיון שמפותה יתומה אין לה קנס, ה"ה במפותה שבגרה. ובאור הפלוגתא עי' בחי' הגרש"ש הנ"ל, ובחי' הגר"ט סי' מ"א, ואכ"מ. ועי' ברשב"א ל"ו ב'.

יז) הגרע"א כתב לישב קושית הריב"א דמייירי באופן שלא ידעה שקידשה אביה, וממילא אין לה דעת למחול, דסבורה שהקנס של אביה. וכתבו הדבר"י והקו"ש דזה תלוי בטעמים דלעיל, דאם הפטור משום מחילה, באמת בעינן דעת למחילה וה"ה אם הוא מדין סילוק. אבל אם הטעם מדין מזיק ברשות וכמש"כ הרמב"ן, א"כ גם בלא ידעה של מי הקנס אין כאן כלל סיבת חיוב.

ובתוס' סנהדרין ע"ג תירצו דמייירי באמרה בפירוש שאינה מוחלת, וגם זה תלוי בהנ"ל וכנ"ל. ועיין בראשונים להלן ל"ה ב' שדנו בפיתוי קטנה שהגיעה לעונת הפעוטות אם הוי מחילה, או דפתוי קטנה אונס הוא ע"ש.

דף כט ע"ב

יח) ואמאי איקרי כאן ולו תהיה לאשה. כתבו תוס' דקושית הגמ' משום דגז"כ הוא מולא תהיה לאשה דבעינן הויה וראויה לקיימה. [ולכן א"צ פסוק נפרד לחייבי עשה ולחייבי לאוין].

אכן יעוי' בשטמ"ק שמדייק מרש"י שהקושיא מסברא, דכיון דקנס הוא חידוש מסתבר שחידשה תורה ד"ז רק בכשרות ולא בפסולות, דהסברא נותנת שלא יהיה להם קנס. [ולתרץ קו' התוס' ביאר השטמ"ק ע"פ הריטב"א דאחר שחזינן שחייבי עשה יש להם קנס חזינן דאין סברא זו נכונה וגם הפסולות יש להן קנס וא"כ אין לחלק בין חייבי לאוין לחייבי עשה].

[ובתוס' בע"א כתבו דמחז"ג למ"ד בעל ולא קידש אינו לוקה אי"ז חידוש שחייב קנס. והקשה הרש"ש הרי עיקר הרבנותא במשנה שאע"פ שאין ראויה לקיימה יש לה קנס, וא"כ גם מחז"ג אסור לקיימה ע"י קידושין ושפיר יש חידוש למתני לה].

יט) נערה נערה הנערה. עי' בראשונים ביאור גי' רש"י וגי' ר"ח.

כ) ולאפוקי מהאי תנא. לשון הגמ' צ"ב דהרי המשנה מפקא הן משמעון התימני והן מר' שמעון בן מנסיא, והו"ל למימר דמפקא מהני תנאי לשון רבים. ובתוס' הרא"ש כתב דהכוונה לתנא ששנה את הברייתא, אבל באמת דלא כתרומתו אתא. ועי' בשטמ"ק עוד פירוש. ובאוי"ש (פ"א ה"ג מנערה בתולה) כתב דהתנא דמתני' פירש את פלוגתא שמעון התימני ור"ש בן מנסיא באופן אחר, דהם פליגי אם נשאה באיסור האם נפטר מקנס במפותה ע"ש, ולכן אמר מהאי תנא, היינו דהך תנא סבר דפלוגתתם האם יש קנס בהני נשים, ותנא דידן סבר דפליגי האם מהני הכניסה לפטור מקנס.

כא) והנה הרמב"ם (פ"א ה"ד מנערה) כתב: היתה אנוסה זו אסורה עליו אפי' מחייבי עשה ואפי' שניה ה"ז לא ישאנה, וכי' שנא' ולו תהיה לאשה אשה הראויה לו. [ואי"ז שייך לנידון סוגיתנו האם חייבים קנס בהני נשים - דבזה פסק הרמב"ם בהי"א י"ב דחייב קנס, וכאן מייירי לענין חיוב נשואין, ומקורו מהמשנה דף ל"ט]. וכתב הכס"מ שם דזה קשור לסוגיתנו, דהא דחייבי עשה אינו כונס הוא משום סברת ר"ש בן מנסיא דבעינן ראויה לקיימה. [והיינו דהגם דלא פסקינן כוותיה לענין קנס, מ"מ לענין דין כניסה פסקינן כוותיה ודרשינן להנך קראי כוותיה]. אלא שקשה למה לא יכנוס שניה, ותר"ץ הכס"מ דכיון דאיכא לא תסור אי"ז נקרא ולו תהיה לאשה.

ובמל"מ הביא ממנה"א ששון שחלק ע"ז וסובר דדין דרבנן לא עושה לזה דין "אינה ראויה לקיימה" מדאורייתא, אלא דמ"מ רבנן העמידו דבריהם ועקרו ד"ת בשוא"ת, והפטור רק מדרבנן.

ובמל"מ האריך שם להצדיק דברי הכס"מ ע"ש אריכות מכמה מקומות שדין דרבנן מהני לדאורייתא. ובסוף דבריו כתב לחלוק על הכס"מ במה שתלה דין כניסה בפלוגתא שמעון התימני ור"ש בן מנסיא. אלא כיון דאין עדל"ת שהרי אי אמרה לא בעינא אינו חייב, לכן תמיד פטור ע"ש, ועיין בשער"י (א' כ"ב). עכ"פ לדברי הכס"מ אפשר לפרש ע"ד האוי"ש דתנאי דמתני' סובר דנחלקו לענין מצות כניסה.

כב) ממזרת ונתינה איכא בינייהו. כתב המל"מ (שם) דמכאן מקורו של הרמב"ם דגם בשניות לא ישא, שהרי נתינה היא איסור דרבנן. [וגם התוס' בע"א שהקשו על רש"י הקשו רק דהכא בקראי קמיפלגי ומנ"מ בדאורייתא]. ועי' בשער"י (ש"א פכ"ב) שדבר שתלוי בקיום הדבר במציאות, גם איסור דרבנן מהני לאיסור תורה, אבל דין שתלוי בראוי לעשותו, אז אין דרבנן מהני לדין דאורייתא, וע"ש באורך כמה חלוקי דינים עפ"ז.

כג) מאי בינייהו. בת"י הקשו אמאי לא אמר דאיכא בינייהו סוטה. ובמל"מ (פ"א ה"ג מנערה) דן דסוטה אין לה קנס, דהרי מבואר להלן ל"ו ב' דהיוצאת משום ש"ר אין לה קנס, ופרש"י דאינה בחזקת בתולה. והרמב"ם כתב שהיא בחזקת שהפקירה עצמה לזה ברצונה. ולפ"ז ה"ה סוטה לא גרעא מיוצאה משום ש"ר ואין לה קנס. ובחזו"א (סי' קל"ה) כתב דמשכ"ל במצא דם בתולים [לכאוי תירצו א"ש רק לשי' רש"י]. ואפשר שאם תבעה שלא כדרכה ומינטרא נפשה בכדרכה היא בחזקת בתולה.

דף ל ע"א

כד) איכא בינייהו בעולה לכה"ג, ומ"מ דהו"ל עשה שאין שוה בכל. והקשה הגרע"א דהא רבויא דח"ל וח"ע מחד קרא ילפינן להו דהוולד ממזר ואין קידושין תופסין, וא"כ מ"ש דגבי עשה אין הולד ממזר מעשה שאין שוה בכל ובלאזין דכהונה הולד ממזר אע"פ שאין שוה בכל. וכתב הגרע"א לחדש דבעולה לכה"ג האיסור רק על הכהן ולא על האשה [והטעם דקרא דלא יקחו לשון רבים דמיניה דרשין ביבמות פ"ד שהאשה מוזהרת, נאמר רק בלאזין אבל העשה נאמר בלשון יחיד]. ולכן הוי טפי אין שוה בכל מאלמנה וגרושה. אכן הביא הגרע"א שבתוס' חגיגה י"ד ב' מבואר להדיא דגם היא מוזהרת. ועיין ברש"י.

עוד הקשה הגרע"א למה בבעולה תפסי קידושין, הרי אי עביד לא מהני [והא דלדידן תפסי קידושין מבואר בתמורה ה' א' משום דדרשין חילולין הוא עושה ואין עושה ממזרין אבל ר' ישבב הרי לא דרש דרשא זו]. וכתב הגרע"א דאין לומר דאע"פ נאמר רק בלאזין ולא בחייבי עשה שהרי גבי תורם מן הרע על היפה פרכין נמי דנימא אע"פ דהוי רק לאו הבא מכלל עשה.

[ואולי י"ל עפ"מ ש"כ הזכר יצחק סי' לא דיש בבעולה איסור לאו הבא מכלל עשה, וגם מצות עשה - ומקורו ברמב"ן עה"ת. - ומחדש הזכר יצחק דבעולות עצמו ליכא כי אם להעשה [דעכ"פ אינה בתולה], וליכא ללאו. ולפ"ז י"ל דאי עביד לא מהני אמרינן רק בלאו הכא מכלל עשה ולא בביטול עשה ודו"ק].

כה) איכא בינייהו בעולה לכה"ג. רש"י מפרש דבא עליה אחר שלכ"ד, דלכה"ג נאסר [אליבא דר"א] ומ"מ יש לה קנס כיון שבאו עליה שלכ"ד. [וכדאיתא קידושין י' א']. והר"ח פ"י שהכה"ג עצמו אנס אותה, ועתה אסורה לו משום דהויא בעולת עצמו. והנה תוס' כתב דאיסור בעולת עצמו הוי דאורייתא ואע"פ שאם נשא נשוי מ"מ איסור הכניסה הוא דאורייתא [וביאר הזכר יצחק (שם) דהעשה נאמר רק על הכניסה שישא בתולה, ולא על ההויה]. ומדברי הרשב"א והריטב"א כאן נראה דחייב להוציאה מדאורייתא, והא דאמרינן אם נשא נשוי הוא רק לענין שנפטר מקנס במפותה, אך עיין בשעה"מ פ"ח מאיסור"ב שהוכיח דדעת הרשב"א דהא דיוציא הוא מדרבנן, דאי מדאורייתא אינו נפטר מקנס, ע"ש.

וכתב הרשב"א דמ"מ באנוסת עצמו אין האשה והולד חללים משום דסופה להיות בעולה תחתיו, ושוב כתב הרשב"א דאפי' אם מתחללת [כ"ה ע"פ השטמ"ק ויש שם ט"ס] מ"מ רק בביאה שניה מתחלל, וביאה ראשונה לא מפלגין לתרי ביאות משום דחדא ביאה לתרי לא מפלגין. וכע"ז מבואר בריטב"א בקידושין ע"ז. וביאור הדברים כתב בקו"ש (ח"ב סי' י') דהעראה הוי כביאה משום שדנים כאילו גמר את הביאה, וא"כ א"א לומר שבגמר הביאה יתוסף עוד איסור מחמת ההתחלה.

ועי' בשטמ"ק שם בדעת רש"י דאע"ג דאחר שבא עליה יש בה איסור לאו של חללה, מ"מ לא אזלינן אלא בתר הדין שהיה קודם שבא עליה, ועיין משכ"ב הגרע"א (תנינא סי' ק"ז).

כו) כתבו תוס': ור"ת לא פירש כן. וכתב המל"מ דהיינו שר"ת סובר דבעולת עצמו אסורה רק מדרבנן. ובשעה"מ פ"ז ה"ג מאיסור"ב הביא כן מפורש משיטה כ"י על סנהדרין שכת"ה דעת ר"ת, ועיין בדברי הגרש"א בחי' רע"א שהוכיח מתוס' קידושין דף י' שכת"ה דעת ר"ת. אולם בהפלאה כתב דר"ת סובר שקנס מתחייב משעת העראה, ואילו איסור בעולה חל רק בגמ"ב, [לר"מ] וא"כ בבא עליה כה"ג מתחייב בקנס.

כז) תוד"ה הכל מודים, עי' מהרש"א ופנ"י ורע"א.

והנה נחלקו הראשונים אם דינא דרנבה"ק דבכריתות אמרינן קלב"מ הוא רק במזיד או אפי' בשוגג. [עיין תוס' בע"ב דאפי' בשוגג, ורש"י בפסחים ס"ל דדוקא במזיד, ועי' במלחמות ובעה"מ שנחלקו בזה]. וקושית תוס' לשיטתם, דאילו לשיטת רש"י צריך פסוק לפטור אפי' בשוגג. והעיר בזה הקו"ש אות פד.

עוד העיר שם לדברי הגרע"א דספק קלב"מ אינו פוטר, א"כ אצטריך קרא לפטור אפי' בספק.

כח) ולאפוקי מדר' נחניה בן הקנה. והנה הובא לעיל אות כ"ז פלוגתא הראשונים אם דינא דרנבה"ק נאמר גם בשוגג. ולשיטת דדינו רק במזיד קשה מנ"ל דמתני' פליגא על רנבה"ק, דילמא מיירי בשוגג. ועי' במלחמות שהקשה זאת, ותירץ דמשמעות המשנה "אע"פ שהן בהכרת אין בהן מיתת ב"ד", משמע דמיירי באופן שהתחייבו בפועל כרת.

ובהפלאה כתב לישב עפ"ד הראשונים שהקשו לפ"מ דמסיק בגמ' דאריא וגנבי בידי שמים, א"כ היכי משכחת לה אסון בידי אדם פוטר, ותימצו דבחיבי מיתות ב"ד הוי בידי אדם. ושוב הקשו דה"ל לא יהיה אסון" מיירי שהרג את האשה וזה כמו אריא וגנבי והוי בידי שמים, ותימצו ד"אסון" הכוונה לדין אסון, והיינו חיוב ב"ד של מיתה. [עי' היטב בסוגיא דף לה ע"א בזה]. והנה בסוגיא בדף ל"ה משמע דאם דרשין "דין אסון" נפטר מממון דוקא במזיד ולא בשוגג, ולפ"ז רנבה"ק בע"כ ס"ל דחיבי מיתות שוגגין חייבין, ודלא כתנדב"ח, ומדמחלקת המשנה בין חייבי מיתות לחייבי כריתות ש"מ דמיירי במזיד.

כט) מיום שחרב ביהמ"ק אע"פ שבטלו וכו', והעיר הקו"ש (אות צ') דלכא"ו אחר שבטלו סנהדרין לא שייך התראה, ואפי' התרו בו הוי כלא התרו שהרי צריך שיתיר א"ע למיתה וזה ל"ש בזמן שאין דנים ד"נ, וא"כ דומיא דהכי גם בזמן הבית היה דין ד' מיתות. וכתב הק"ש ד"ל דבדין יתיר עצמו למיתה א"צ שיתיר עצמו למיתה בפועל אלא סגי שיתיר עצמו לחיוב מיתה וזה שייך גם בזה"ז.

ובעיקר ד"ז כתבו כמה אחרונים דבזה"ז ל"ש התראה, עי' בש"ך סי' שלח סק"ב וז"ל ועוד נ"ל דבזה"ז אפי' היא מלקות ותשלומין כאחד חייב ממון דהא קיי"ל דאם לא התרו בו או ששגג חייב בתשלומין אלמא דגבי חייבי מלקות בעינן דוקא היכא שלוקה ממש א"כ בזה"ז הוי כלא התרה בו, וכ"מ מדברי מהרש"ל פרק הכונס סי' ו', עכ"ל הש"ך. [ויתכן דאין כוונת הש"ך דאין לזה תורת התראה ויתיר עצמו למיתה, אלא כוונתו דלקלב"מ בעינן חיוב בפועל, ולפ"ז אי"ז סתירה לקוב"ש]. ועי' ברע"א ח"ג סי' ח' שכתב בפשיטות דבזה"ז כלא אתרו ביה דמי, אכן מדברי הב"ח המובאים בש"ך הנ"ל מוכח דגם בזה"ז נפטר ע"י מלקות באתרו ביה. [ועיין אבי עזרי פ"ד מחובל ה"ט אות ג'].

ל) הכל בידי שמים חוץ מצנינים ופחים. כתבו תוס' דלעולם לא יבואו עליו צנינים ופחים באונס אם ירצה להיזהר. אולם רש"י כתב "שפעמים באים בפשיעה", משמע דפעמים באים באונס, ועיין בשטמ"ק שלפ"ז מתורצות קושיות תוס'. [אמנם צ"ב לפ"ז מאי מקשה בגמ' הא איכא למילף מיעקב דגם דברים שבידי שמים נקראים אסון, דאטו אהא לא אזהר, ועיין].

דף ל ע"ב

לא) מאי איכא בין רבא לאבבי. הקשה ההפלאה דיש נ"מ לענין אם כרת פוטר ממלקות, דלרבא דיליף לה ממיתה, א"כ תפסור גם ממלקות כמו מיתה [מדן כדי רשעתו], אבל לאבבי שהוקש רק לדן לא יהיה אסון, א"כ זה פוטר רק מתשלומין ולא ממלקות [וכדמוכח מהא דחייבי מיתות שוגגין חייבין במלקות כמבואר בחולין פ"א, ולא ילפינן לה מתנא דבי חזקיה, ומשום דדן לא יהיה אסון אינו פוטר ממלקות]. והבית יעקב כתב דזה פשוט שכרת אינה פוטר ממלקות, דדן כדי רשעתו נאמר רק על חייבי ב"ד אבל כרת שהוא בידי שמים ל"ש ללמדו מכדי רשעתו. [עיי' בשו"ת הרשב"א ח"ה סי' י"ח דרודף נפטר רק מדן לא יהיה אסון, ולא מדן כדי רשעתו, ומשום דאין דינו מסור לבי"ד]. אולם צ"ע דבמכות י"ג ב' דנה הגמ' אם כרת פוטר ממלקות או דאמרינן ברשעה המסורה לבי"ד הכתוב מדבר - ולכאוי זו סברת הבי"י, - ומדברי רבא שם משמע דלית ליה הך סברא. (לב) תוד"ה זר שאכל תרומה. מדברי התוס' מוכח דסברי דלרנבה"ק נפטר מממון אפי' בשוגג, עי' במהרש"א ומהר"ם שיף.

ובתירוצם כתבו דבכפרה אין קלב"מ, ומסיימי דהכפרה תלויה בהפרשה וא"צ נתינה. והקשה הבית יעקב א"כ הדק"ל דכל אוכל תרומה למה צריך לתת את התרומה לכהן, הא על הנתינה יש קלב"מ [שהנתינה אינה כפרה]. ותיירץ הבי"י דכל המפריש תשלומי תרומה יש לזה דין כמפריש תרומה בתחילה דהוי ממון השבט. והקשו האחרונים דא"כ באוכל תרומה עצמו למה לא יתחייב לתת את תשלומי התרומה לכהנים כמו המפריש בתחילה. ולכן ביארו הגרש"ש והקה"י דמדיני הפרשת תרומה הוא שיחולו דיני זכותי התרומה כפי שהיו קודם, ולכן ע"י ההפרשה התרומה שייכת לאותו כהן שהיתה שייכת קודם [או לשבט - אם עדיין לא קיימו בה מצוות נתינה].

ומש"כ התוס' דיכול הכהן למחול, ביאר הגרש"ש דגם לפני שהפריש את התשלומין יש לכהן זכות תביעה על התשלומין, וזכות זו יכלו למחול וממילא סגי בהפרשה.

לג) והנה יעוי' במנ"ח מ' תרס וברש"ש שהקשו עמש"כ תוס' בפשיטות דההפרשה מקדשת, דהרי בירושלמי איכא בזה פלוגתא, ואיכא מאן דסבר שהנתינה מקדשת. ועי' ברש"ש שכתב ליישב דהיכא דיש פטור מנתינה כו"ע מודו דההפרשה מקדשת, ועי' בחי' הגרש"ש שמבאר דלכו"ע הכפרה ע"י החלות תרומה ולא ע"י הנתינה, אלא דפלגי איך חלה התרומה, ולמ"ד נתינתו מקדשתו ס"ל דרק כשמסיים את כל עניני התשלומין אז חלה הקדושה, אבל במקום ספק דסגי בהפרשה לכו"ע הפרשתו מקדשתו. וכמו"כ מהני מחילה קודם שהפריש, דיש לכהן זכות תביעה על ההפרשה שהרי החלות תרומה תהא שלו וכמשנ"ל לעיל, ואם מוחל שוב א"צ לתת וסגי בהפרשה.

לד) הרי"ש פ"ז דתרומות מ"א כתב על תירוצ' התוס' [שחילקו דתשלומי תרומה הם כפרה ומעילה הוא דין ממון] "וזהו היא סברא אך עיקרה דהא מילתא מני"ל דהאי ממוןא והאי כפרה", ועוד דסוגית הירושלמי מוכיחה דאינה כפרה. עכ"ד. [ועי' ברי"ש פ"י מ"א, ומשמע קצת דתשלומי תרומה הם כפרה, וכן נקט הקו"י ריש ב"ב והנצי"ב בהעמק שאלה שאילתא קיט, אך ע"ש בהגהת הנו"ב, דמוכח שנקט דא"י כפרה, וכדמוכח מהא דפ"ז מ"א הני"ל].

ובישוב קו' התוס' כתב הרי"ש דגלי קרא בתרומה שחייב אפי' במקום קלב"מ ולכן חייב אפי' בפסח, אלא דקשה לדעת רבא דחייבי מיתות ליכא בהו קלב"מ, וחייבי כריתות יש בהם קלב"מ, א"כ אין מקור מאיסור תרומה לחמץ בפסח. [וכמו שהעירו תוס']. וכתב הרי"ש דאולי י"ל דרבא ס"ל כר"ל דחייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין ונפטר ע"י המלקות. [ועי' משכ"ב הגרע"א במערכה ה' אות אות יח]. וע"ש ברי"ש מה שתיירץ עוד ומש"כ הגרע"א בדבריו.

לה) רש"י ד"ה איבעי ליה לאהדורה, וכי לא אהדרא מההיא שעתא איהו מזיק לה דראשון לאו מידי עבד. הקשה הגרע"א דודאי הראשון ג"כ חייב שהרי הוא גזל החפץ, ומי"מ השני ג"כ חייב כדאיתא בב"ק דגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רמ"ג רמ"ג. [ויש בזה ב' שאלות, א) למה הראשון פטור. ב) דמשמע מרש"י דאם הראשון חייב א"א לחייב את השני, ומי"ש מהא דב"ק הני"ל].

ובקה"י (ב"ק סי' מ"א) כתב לבאר דכאן א"א לחייב הראשון מדן גזלן, דכיון דמיירי שתחב לו בע"כ [וכמש"כ תוס' בדעת רש"י] א"כ התוחב היה סבור שהלה יוציא התרומה מפיו לאלתר, וא"כ הוי כמעביר חפץ ממקום למקום ואינו נעשה גזלן, [דגרע מגוזל ע"מ לאבד - שחייב כמבואר ב"ק צ"ח א' - אבל כאן סבור שלא יהיה שום הפסד].

ומשה"ק הגרע"א מה הוצרך רש"י לזה, הא אפי' אם הראשון חייב השני ג"כ חייב, תירץ הקה"י דהנה כתבו הקצה"ח והנתיבות (סי' ל"ד) דגונב אחר הגנב אינו חייב באונסין, ואם שבר את החפץ דעת הקצה"ח דחייב מדן מזיק, ודעת הנתיבות דבכה"ג כיון שמחזק את הגזילה חייב מדן גזלן. והוסיף עוד הנתיבות דהא דבסוגין מבואר שחייב אע"פ שהראשון כבר גזלן, הוא משום דהוא משתמש בחפץ להנאתו והוי כשואל שלא מדעת דגזלן הוא, וזה ג"כ נקרא הוספה בגזילה ולכן חייב מדן גזלן. [ועיי' בחזו"א חו"מ סי' ט"ז סק"ז שתמה ע"ז שאם בדבר שאין ברשותו אין דין גזילה, א"כ גם במשתמש לא נעשה גזלן אלא על הנאת השימוש, אבל על גוף החפץ לא נעשה גזלן דלא עדיף שימוש מנטל ע"מ לגזול כולו]. ודעת החזו"א שם דלעולם הוא גזלן לענין חיוב אונסין. [ורק מכפל פטרה תורה לגונב מן הגנב].

והשתא לדעת קצה"ח כתב הקה"י ד"ל שאם הראשון גזלן א"כ אפשר לחייב את השני רק מדן מזיק, וההיזק הלא הוא כשבא לבית הבליעה ושם כבר יש קלב"מ, ולכן הוכרח רש"י לומר דהראשון אינו גזלן וממילא מחייבים את השני מדן גזלן לאלתר, דעצם ההחזקה בפיו ע"מ לגזול הוי כגזילה. [ולענ"ד צ"ע דהרי כשמגיע למקום שמצי לאהדורה ע"י הדחק הוה ליה מזיק ועדיין אין קלב"מ עד שיבלע, אא"כ נאמר דרש"י ס"ל כריצב"א בתוס' שיש קלב"מ גם בזה דהוי כבב"א וכמו שהוכיח מהסוגיא ביבמות].

ומש"כ רש"י דהוי מזיק, כתב הקה"י דלאו דוקא קאמר, וכוונתו דהוי גזלן, וכ"ה בריטב"א, עכ"ד הקה"י. אולם בשטמ"ק להלן ל"א א' ד"ה והתוספות, כתב ששיטת רש"י שאין קנין ע"י הפה וכל החיוב רק מדן מזיק, ולכן כתב רש"י איהו הוא דמזיק ליה, דרק מדן מזיק יש לחייבו. ולפ"ז צ"ע קו' הגרע"א מה לי אי גזלה ראשון או לא גזלה, הרי מזיק אחר הגזלן חייב.

לו) אי לא מצי לאהדורה אמאי חייב. פרש"י אמאי חייב מיתה אנוס הוא. וחקר הגרע"א אם מה שמחייב רש"י חייבי מיתות אנוסים בממון הוא לשיטתו (בפסחים לב) דאפי' חייבי כריתות שוגגין לרנבה"ק חייבין, או דילמא דאפי' להשיטות דס"ל חייבי כריתות שוגגין פטורין מתשלומין מ"מ חייבי מיתות אנוסין חייבי בתשלומין ואין בהם דין קלב"מ.

והדברים מפורשים בשטמ"ק בשם שיטה ישנה, שהקשה למה אי לא מצי לאהדורה חייב ממון, הרי דמי לחייבי מיתות שוגגין. [וכנראה ס"ל כשיטות דחייבי כריתות שוגגין פטורין]. ותיירץ דשאני חייבי מיתות אנוסין משוגגין, וטעמא

דמילתא משום דדרשת תנא דבי חזקיה דח"מ שוגגין פטורין היא מקרא דמכה אדם ומכה בהמה, מה מכה בהמה לא חלקת בו בין שוגג למזיד [ותמיד חייב] אף מכר אדם לא חלקת בו [ולעולם פטור]. ומעתה באונס שאף מכה בהמה פטור בו ליכא לדרשא דתנדיב"ח [שהרי בבהמה חילקת בו לפטור, ואף באדם יש לחלק ולחייבו]. ובקו"ש (אות צו) כתב דדברי השיטה ישנה א"ש לשיטת תוס' (ב"ק כ"ז) דאדם המזיק באונס פטור, אבל לשיטת הרמב"ן (ס"פ השוכר את האומנין) דאדם המזיק באונס חייב, שוב אין חילוק במכה בהמה בין שוגג למזיד וא"כ י"ל דלדעתו איכא לדרשת תנדיב"ח גם באונסין.

אלא שהגרע"א דן לחייב חייבי מיתות אנוסין מטעם אחר, דבאונס לאו דין איסור מיתה יש דאונס מן התורה מותר ולא עבר כלום. ולפי סברא זו י"ל דגם להרמב"ן חייבי מיתות אנוסין חייבין. [וני"מ בנידון זה לדין בחייבי מיתות גמורים באונס, האם יש בהם קלב"מ, כ"כ הגרע"א].

לז' [והנה נחלקו רש"י ותוס' ב"ק ל"ה א' במקלקל בשבת, דדעת רש"י שיש בזה פטור קלב"מ מדינא דתנדיב"ח, ותוס' פליגי ע"ז וס"ל דכיון דאין כאן איסור מלאכה ל"ש בזה קלב"מ. [ובדעת רש"י פירשו האחרונים (עונג יו"ט סי' כ' ומנח"ב סי' ט' ואפיקי ים ח"ב סימן ל"ז) דס"ל דפטורא דמלאכת מחשבת אינה מפקיעה את השם מלאכה, אלא הוא פטור כעין דין שוגג, וזה פטור מתשלומין]. וכתב הקו"ש ד"ל דהתוס' בב"ק מודו דבאונס יש קלב"מ, דהיכא דהוי מקלקל אין לזה כלל תורת מלאכה משא"כ באונס דהוי רק פטור על הגברא.

[ועיין ברעק"א תשובה ח' שכתב דמתעסק בשבת אין בו פטור קלב"מ דכיון דלא והי מלאכת מחשבת אין כאן כלל מלאכה. והעירו האחרונים הנ"ל דלכא"ו זו היא המחלוקת רש"י ותוס' בב"ק, ובדעת רש"י מוכח דהוי איסור ורק דאיכא פטור מקרבן ואם רואה חבירו מתעסק צריך להפרישו].

ובסנהדרין ע"ח ב' איתא דהמכה חבירו מכה שיש בה כדי להמית ואמדוהו לחיים ומת, פטור הרוצח ממיתה כיון שכבר יצא זכאי. וכתב רש"י שחייב ליתן חמשה דברים וכ"כ הרמב"ם (פ"ד מרוצח ה"ג). ובתוס' הקשו דזה לא גרע מחייבי מיתות שוגגין. וביאר באבי עזרי (שם) דדעת הרמב"ם היא שמה שחייבי מיתות שוגגין פטורין הוא משום שיש קצת חיוב [אע"פ שאין חיוב בפועל] וזה פטור. אבל ביצא מב"ד זכאי אין כלל חיוב. ותוס' סברי שגד דין ח"מ שוגגין פטורין הוא שמעשה שבכחו לחייב פטור, ולכן גם ביצא מב"ד זכאי איכא לפטורא דקלב"מ. [אלא דצ"ע בדעת רש"י והרמב"ם דהרי כלפי שמיא איכא חיוב אפי' ביצא מב"ד זכאי, ולמה זה גרע משוגגין]. אכן בירושלמי סנהדרין (פ"ט ה"ג) משמע דהטעם דכיון שבתחילה כבר חייבוהו ב"ד ממון כשסברו שיחיה שוב לא פקע החיוב ולפ"ז אי"ז שייך לעניננו].

לח' והתוס' הקשו על רש"י דנוקמא שמרצונו הניח לתחוב לפיו ואז חייב מיתה אע"פ דלא מצי לאהדורה. [ועיין ברא"ש שפשיטא שאם האכילוהו לאדם דבר האסור לו חייב כאילו הוא עצמו היה אוכלו ונהנה. ובהפלאה מבאר דזה מדין דרחמנא אחשביה להנאה כמעשה כדאיתא בב"ק ל"ב גבי אשה שנבעלה]. ובראשונים ישנם ב' תירוצים על רש"י. דהריטב"א כתב דהה"נ דמצי לשנויי הכי, אלא דכיון שמלשונו של התרצן "שתחב לו לבית הבליעה" משמע דמייירי בע"כ, בעי לשנויי דאפי' בתחב בע"כ משכח"ל קלב"מ.

והריצב"א בתוס' מישב דאם היה מדעתו היה קונה כבר כשנכנס לפיו אפי' אם המאכל על הכוש, ואע"פ שיכול חבירו לנתקו מ"מ הוא קנה, דיכול לנתקו אינו סיבה לקנות, וה"ה שאינו סיבה לעכב קנין ול"ד לגט ע"ש בתוס'. והתוס' דפליגי ע"ז וס"ל דאפשר להעמיד בהכניס לפיו מדעתו, ביאר הגרע"א (במערכה ה' אות ) דס"ל דכיון שהחפץ מוחזק באויר ע"י חבירו, אי"ז נקרא כלל שהדבר מונח בפיו, אלא מקרי מוחזק ע"י חבירו. [משא"כ בהא דב"מ ז' א' שהחפץ ממש בידו של חבירו].

והריצב"א אינו מחלק בזה. [והוסיף הגרע"א דבתחב הוא עצמו לפיו אע"פ שמוחזק באויר קנה ע"י פיו כיון שאינו מחובר לדבר אחר, אף שמדין ידו ל"ק במה שחוץ לידו דאל"כ לא משכח"ל דצריך הגבהה -] היסוד זה דאין יד קונה במה שחוץ לידו מבואר גם בשו"ת הגרע"א קמא סי' רכ"ב סקכ"ג, ובנתיבות סי' קצ"ח ג' ובמחנ"א, ועיין אמרי בינה דיני קנינים סי' ו'.

ובקו"ש (אות צח) כתב דסברת תוס' שאינו מתחייב מדין גזלן הוא כמו שכתב הקצה"ח (סי' שמח) שאין מתחייב בגזילה בלי מעשה גזילה, וכאן רק חבירו עשה מעשה. [ובתוס' ישנים הקשו על ריצב"א מדאמר בסמוך אי בעי גחין ואזיל, ולכא"ו שם הגחינה היא מעשה וא"כ תקשי גם לשיטת ר"י, ובע"כ כגרע"א].

ובמה שכתבו תוס' לחלק דהיכול לנתקו הוא חיסרון רק בגט ולא בקנינים ודנו בזה מסברא ע"פ הדין של מגביה חצי טלית, תמה הגרע"א דהרי הגמ' בב"מ דף ז' מחלקת בפירוש בין גט לקנין סודר מה"ט גופא דבגט יש חסרון כריתות, ולמה דנו בזה תוס' מסברא. [ועיין משכ"ב היות אלם, ובקו"ש כאן, וע"ע בש"ך סי' קצ"ה סק"ו שעפ"ד יש ליישב].

לט' והתוס' פירשו דקושיית הגמ' דבלא מצי לאהדורה א"א לחייבו ממון דאע"ג דגזל ולא נתיאשו הבעלים רמ"ג רמ"ג, שאני הכא שבשעה שנהנה הוא כבר אבוד מן העולם. [והקשה הגרע"א למה להו להקשות מהסוגיא בב"ק מדינא דרמ"ג רמ"ג, הרי זה מפורש בסוגיא כאן דבמצי לאהדורה השני חייב אע"פ שכבר גזלה הראשון. אכן לפמשנ"ת באות ל"ה דשם אין הראשון גזלן כיון שהיה סבור שהשני יוציא מפיו, וכמש"כ רש"י, א"כ אין ראיה משם].

וביאר סברת תוס' עי' במחנ"א [נזקי ממון סי' ב'] שהוציא מדברי התוס' שכל הנאה שאינה באה ע"י מעשיו פטור [ודלא כתוס' ב"ק ק"א]. אך בה' גזילה סי' יג משמע דמפרש שפטור משום דהוי כנהנה מהפקר.

ועי' בהפלאה שהקשה ע"ד תוס' מהי קושייתם הרי אחר יאוש אין האוכל מן הגזלן חייב, [וכמבואר ב"ק ק"א ב' ובתוס' שם] וכאן מסתמא נתיאשו הבעלים שהרי החפץ אבוד. וכתב ד"ל דהוי יאוש שלא מדעת, אך צ"ב דכאן הני"מ היא לרבא, ורבא ס"ל דיאוש שלא מדעת שמיה יאוש. [ועי' באו"ש פ"ג ה"ב מגניבה שכי' דלענין דינא דרמב"ח סגי לכו"ע ביאשלי"מ לפטור את האוכל, ולפ"ז קשה אפי' לאביי]. וכתב ההפלאה דיתכן דכוונת תוס' בתירוצם לומר דכיון דהוי אגן סהדי שיתאש יש לזה דין זוטו של ים וכאבודה ממנו ומכל אדם דמהני לכו"ע יאשלי"מ כמבואר ולפ"ז הפטור משום דהוי הפקר.

ועי' בשטמ"ק בשם רבנו אפרים שמחדש דמייירי בתרומה שעדין לא זכה בה כהן, וכל אדם הגוזלה פטור. ורק האוכלה מתחייב ע"ש. וכנראה שהוקשה לו שיפטר משום דהוי כאוכל אחר יאוש, וע"ז תירץ כנ"ל, שרק השני גזלן.

ובתוס' הרא"ש מבואר עוד סברות לפטור מממון. א' דהאונס פטור מלשלם אפי' על ההנאה. ב' דכשתחב למקום דלא מצי לאהדורה ליכא כלל הנאה. אכן מדברי התוס' משמע דאין פטור אונס על חיוב נהנה. וביאר הברכ"ש (ב"ק סי' יד) דיש לפרש גדר החיוב דנהנה בתרי גווי. א' דהוי כעין ממוני גבך. ב' דכיון שאם לא ישלם אסור לו להשתמש ויהיה גזלן, זה גופא מחייבו לשלם, והוי כמלוה הכתובה בתורה [ויבואר להלן]. ולשני ההסברים לא שייך פטור דאונס, דלהסבר

ראשון פשיטא דלא שייך פטור אונס. וגם להסבר השני י"ל דכל פטורא דאונס שייך רק באופן על חיוב שצריך לחול עליו, אבל כאן שמחויב לשלם בשביל שלא יהיה גזלן ליכא פטור אונס.

[ועיין בת"י שהקשה גבי הא דמצי לאהדורה ע"י הדחק אמאי חייב הרי הוא אונס, ותיירץ דכיון דלא הדרה נחא ליה בהנאה זו וכתב בברכ"ש שאין כוונת הקושיא שיהיה פטור אונס, אלא דיוכל לגלות דעתו דלא נחא ליה, ע"ש]. אמנם בתוס' הרא"ש הנ"ל מפורש שיש פטור אונס גם על חיוב נהנה ולפי ההסבר השני הנ"ל של הברכ"ש מובנת הסברה בזה.

(מ) תוד"ה ואי. ועוד דלכל הפחות קונה מחצה. תמוה א"כ איכא נ"מ על החצי השני שעליו יהיה קלב"מ, וביאר השטמ"ק שבמצאיה כיון שלכ"א יש סיבה לזכות בכולה ממילא עבדין יחלוקו, אבל בגזילה כ"א יהיה חייב באונסין על כולה [כן נראה כוונתו ע"ש וצ"ב].

שם בתוס' וה"פ אונס הוא ופטור ממיתה וממון דאין סהדי דלא נחא ליה באכילת איסור. צ"ב ל"ל למימר דפטור על הממון, והרי מרש"י משמע דאה"נ דחייב בממון כיון דליכא קלב"מ. ועיין בשטמ"ק ובמהר"ם שיף משכ"ב. (מא) בגמ' ל"צ דמצי לאהדורה ע"י הדחק. ופרש"י דאין חיוב גזילה כיון דלא חזיא למידי, והחיוב הוא מדין נהנה וזה בא כאחד עם החיוב מיתה. [ועיין בחי' רח"ה הלכות אבות הטומאות שמוכח בסוגיא שאין מקום שמוגדר מעשה אכילה, אלא כ"ז שהיא בבית הבליעה אינו חייב, ולאחר מקום הבליעה נחשב כבר לאחר אכילה. והחזו"א בגליונות כתב דכשבא למקום דא"א לאהדורה זהו אכילה, והעברת המאכל ממקום שאפשר לאהדורי למקום שא"א זהו אכילה].

ובתוס' הקשו למ"ד ז"ל וז"ל פטור, למה חייב כאן מדין נהנה, ותיירצו דכיון דשוה כל שהוא מגלגלין עליו את הכל. ועי' במהרש"א שכתב דיש להשיב דדוקא אם החסר שו"פ מגלגלין עליו את הכל, משא"כ כאן שהוא פחות משו"פ. והתוס' בב"ק כ' ב' תירצו דהואיל ונהנה מחמתה חסרון שהיה תחילה נחשב שחבירו חסר אע"פ שא"א לחייבו על החסר שבתחילה. [ועי' במחנ"א גזילה י"ג שהביא ד' המרדכי דמי שתפס השר את ביתו ונתן לאחד לדור בו לא מקרי חסר דבלא"ה אין השר נתן לבעלים לגור בו ופטור. והקשה המחנ"א דהרי נהנה מחמת החסרון שבתחילה שבגלל השר ברח הבעלים מן העיר.

ובשער משפט (סי' ע"ב סל"ט) כתב לחלק בין היכא שהחסרון וההנאה סמוכים זל"ז לבין היכא דעבר זמן רב בין זל"ז. והאוי"ש (פ"ג מגזילה ה"ט) תירץ דכאן מיירי - לשי' ר"י - שתחב לו מרצונו, ולכן נחשב שהחסרון נעשה עבורו, משא"כ שם שהחסרון לא קשור להנאתו].

והנה דעת הרמ"ה בב"ק (מובא בנמוק"י דף כ') דאין חסרון מועט מחייב בכל ההנאה, ולדבריו א"א לתרץ כתוס' דידן, וצ"ל כתוס' בב"ק או כריצב"א.

(מב) וריצב"א פי' דמיירי אפי' באוכלין שאין נמאסין, ולפ"ז יש לחייבו לאלתר מדין גזלן ואפ"ה נפטר מתשלומין דמקרי באין כאחת, והביא ראיה מיבמות. והגרע"א (במערכה ה' אות ז') כתב דודאי שקשה להמציא ד"ז ולדמות קלב"מ לדין איסור בת אחת [ועיין בת"י ביבמות שם שכי' בחד פירושא דשם הוי ממש בב"א, ע"ש]. ועי' בגרע"א שפלפל מהו מקורו של ריצב"א.

ובעיקר דברי הריצב"א דבכה"ג חשיב כבת אחת, עי' ברע"א (ח"ו סי' יז) דרק היכא דהוא בענין אחד מהני מה שהדברים סמוכים, אבל בשני ענינים בעין שיהא הכל בב"א, ועיין ברש"ש כע"ז.

ול"ע האם הריצב"א מודה לסברת תוס' דבמאיסי יש חיוב מצד ז"נ וזה חסר, או דילמא ס"ל דבכה"ג הו"ל ז"נ וזל"ח ופטור. והגרע"א במערכה אות ז' הוכיח דריצב"א מודה לר"י, שהרי כתב דמיירי "אפילו" בלא מאיסי, משמע דמיירי גם במאיסי.

ולהלן בגמ' מוקים ר"פ בתחב לו משקין של תרומה. ולשיטת ר"י הכוונה דבמשקין א"צ אוקמיה בדלא מצי לאהדורי אלא ע"י הדחק אלא מיירי אפי' במצי לאהדורי בקל, ומ"מ אין חייב משום גזילה דמשקין נמאסים לאלתר, וכל חיובו רק על הנאת מעיו והוי בב"א. ולשיטת ריצב"א יל"פ בתרי גווני, או דנימא ג"כ כנ"ל [וכמשנ"ת דריצב"א מודה לר"י]. או דנימא דבמשקין כיון שאין מחוסרין לעיסה מקרי בב"א אפי' בדמצי לאהדורה. [הגרע"א שם הסתפק בזה, ובשטמ"ק בשם רבנו אפרים משמע כהסבר השני. אך הריטב"א הוכיח מר"פ כשי' רש"י].

(מג) הנה לשיטת רש"י ור"י מוכח מהסוגיא דיש קלב"מ על חיוב "נהנה". [אבל לריצב"א אין הכרח לזה דאפשר לפרש הסוגיא מדין גזילה]. ובברכ"ש (ב"ק סי' יד) כתב ששאל את הגר"ח דחיוב נהנה לכא' הוא כמלוה וכממוני גבך, ובה ל"ש קלב"מ. ותיירץ לו הגר"ח דתביעת מה שהנהה הוא ג"כ מלוה הכתובה בתורה. וביאר הברכ"ש עפ"מ שכי' המל"מ שהמשתמש בממון חבירו שלא מדעתו באופן שלא נעשה גזלן, כגון בשוגג צריך לשלם לו שכר ולא הוי רבית, דצריך לשלם לו בכדי שלא יהיה שולח יד בפקדון. וזהו חיובא דנהנה שחל עליו חיוב ממון כדי שלא יהיה גזלן ע"ש.

אכן עיקר ד' הברכ"ש והגר"ח שנקטו בפשיטות שאין קלב"מ על מלוה שאין כתובה בתורה צ"ע, דבב"ק ע' ב' מבואר דיש קלב"מ גם על קנינים ועל אתנן. ואמנם בראשונים הובאה שם שיטה שתירץ הגמ' שם "אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו" הכוונה שבאתנן אין קלב"מ כיון שאין זה חיוב של עונש. אבל רוב הראשונים פירשו דכוונת הגמ' שיש חיוב לצ"ש ולכן האתנן נאסר. ולפ"ז מוכח שגם במלוה שאין כתובה בתורה יש קלב"מ. [ועיין משכ"ב בקונטרס בעניני קלב"מ סי' ז].

דף לא ע"א

(מד) רב אשי אמר בזר שאכל תרומה משלו וקרע שיראין של חבירו. בפשטות מוכח בגמ' שדין קלב"מ הוא אפי' בשני מעשים נפרדים. וכן הוכיחו תוס' להלן ל"ח א' ד"ה אמר מסוגיין, וכתבו דהמקור לזה הוא מתנא דבי חזקיה, ע"ש. [וכן בגמ' שם מבואר גבי הרגו וסימא את עינו דפטור, אך זה עדיף מסוגיתנו, ע"ש בתוד"ה הא דמקרי שהמיתו בצער מרובה]. והנה כ"ז אשכחן במאי דילפינן מדינא דתנא דבי חזקיה, אכן במלקות וממון דליכא לדרשת תנא דבי חזקיה, ובדף ל"ה ב' אמרינן דאם בהדי דמחיה קרע שיראין דיליה לוקה ואינו משלם, משמע דבבי' מעשים נפטר, אכן י"ל דהוי בחד מעשה שבאותה מכה קרע שיראין.

אכן בתוס' ל"ב א' ד"ה דאין מבואר דגם במלקות וממון נפטר בבי' מעשים, וצ"ע דהרי בזה אין דרשה. [ובדף ל"ח משמע דלמיתה וממון בבי' מעשים בעינן דרשה].

ותירץ הגרע"א (בדו"ח דף ל"ח) דלגבי הדין של מלקות וממון דילפינן לה מכדי רשעתו, משמע בכל ענין פטור אף בבי מעשים, ורק מיתה וממון הנלמד מאסון דהוי חד מעשה שם צריך ילפותא מיוחדת לבי מעשים. [ועיי' בגרע"א מש"כ בזה שזה תלוי בפלוגתא אביי ורבא].

אכן יעוי' בשיטה ישנה ובמאירי בסוגין שיש העמידו הסוגיא שהיה הכל במעשה אחד כגון שהסודר כרוך על צוארו ועיי' שאכל נקרע הסודר, ובאמת בשני מעשים חייב ממון ואין קלב"מ. ועיי' בפניי דף ל"ח שר"ל דדין מיתה וממון בשני מעשים תלוי בפלוגתא אביי ורבא דף ל"ה א' אם ילפינן מיתה ממלקות בגז"ש דרשע רשע [והיינו דבמלקות פשיטא דפטור בשני מעשים כמש"כ תוס' דף ל"ב, ולמאן דדרש רשע רשע יליף מיתה ממלקות]. ועיי' בקונטרס בעניני קלב"מ סי' ג'.

מה) כתב רש"י דרב אשי סובר מיתה לזה ותשלומין לזה פטור. והקשה הגרע"א למה לא כתב רש"י כך גם על שאר האוקימתות דהוי ג"כ מיתה לשמים וממון לחבירו דס"ל דמיתה לזה וממון לזה פטור.

והנה המהרש"ל הקשה דרבא עצמו ס"ל בסנהדרין מיתה לזה וממון לזה חייב, וכאן הרי אזלינן לומר נ"מ בין אביי לרבא, ועיי' שנדחק בזה. אכן המהרש"א תירץ דכל מאי דהוי מיתה לזה וממון לזה הוא דוקא אם התרומה שלו והשיראין של חבירו, אבל אם התרומה של בעל השיראין הוי מיתה וממון אחד, ושפיר איכא לנ"מ דרב אשי בכהאי גוונא אפי' לרבא, [אלא דרב אשי לעצמו סובר דמיתה לזה וממון לזה פטור ואשמעינן כאן בדרך אגב את שיטתו דאפי' בכה"ג פטור]. ועיי' בשטמ"ק שדן ג"כ בסברא זו עיי'.

ולפי' כתב הגרע"א דגם קושיתו מתורצת, דלעיל דבאמת התשלומין לבעל התרומה מקרי מיתה וממון אחד. אכן הקשה הגרע"א והקרני ראם על דברי המהרש"א דמתוס' מוכח דלא ביארו כן בדעת רש"י, שהרי הקשו ממדליק את הגדיש, ושם המיתה והתשלומין לבעל הגדיש, ובע"כ דס"ל דבמיתה לשמים אין נ"מ של מי החפצא שעיי' התחייב מיתה, דהחייב מיתה אינו שייך כלל לבעלות על החפצא. [משא"כ ברוצח חייב המיתה הוא "זכות תביעה" של הנרצח, וכדמוכח בתשובת הרא"ש (כלל נז סי' ב') דקרובי הנרצח פסולים לעדות, וכן בתוס' מכות ו' א' ד"ה אלא כתבו דההרוג הוא בע"ד, וכן מוכח לפמ"ש תוס' דידן דבמיתה לשמים לעולם פטור מממון, וברוצח הוי מיתה לזה וממון לזה, ועיי' ח"י ר' שמואל סנהדרין סי' ט'].  
ובבית יעקב מיישב דברי המהרש"א מקו' הגרע"א, דאת האש הבעיר בקש ועצים של הפקר, ורק אח"כ נשרף הגדיש של חבירו. והרש"ש כתב דכיון דבעינן לצירוף של "יום השבת" בשביל האיסור והשבת אינה של חבירו לא מקרי ממון לזה. [ולענ"ד י"ל ע"פ מחלוקת הראשונים אם במבעיר החייב על כלוי העצים, או על יצירת השלהבת. [עיי' בברכת פרץ פרשת ויקהל שהוא פלוגתא הרמב"ם והראב"ד רפ"ב מה' שבת במחמם את הברזל כדי לצרפו במים האם חייב משום מבעיר - דשם אין הברזל כלה והוי שלהבת בלא כילוי]. ולפי' אם נימא כדעת הרמב"ם שהחייב על השלהבת א"כ איי' מתחייב מחמת ממון חבירו, דהממון הוא רק היכי תמצא, אבל עיקר החייב הוא בשלהבת, משא"כ בתרומה שמתחייב עיי' גוף החפצא של חבירו].

והגרע"א כתב ליישב דדוקא באכילת תרומה דבהך חפץ דהיינו התרומה לא משכח"ל תשלומי הנאת גרונו בלא חיוב מיתה וכיון דתמיד בהדדי ניהו חשיב אחד. אבל בהדלקת גדיש דמשכח"ל שישלם במבעיר בחול זה לא מקרי אחד. [וצ"ע דלשיטת רש"י חייבי כריתות שוגגין חייבין בתשלומין, וא"כ משכח"ל באכל בשוגג].  
מו) תוד"ה (בדף ל' ע"ב) רב אשי, פלוני בא על בת פלוני והוזמו נהרגין ומשלמין ממון לזה ונפשות לזה פירוש ממון לבת שרצו להפסיד לה כתובתה ונפשות לזה שאומר שבא עליה. והמהרש"א גרס ממון לאב, והיינו משום דמתחייב מיתה גם על הבת והוי ממון ונפשות אחד, אלא דכיון שהכתובה של אביה מקרי ממון לזה ונפשות לזה. [ומה שנקטו תוס' נפשות לזה שבא עליה, ולא נקטו שמחייב את הבת נפשות, משום דמירי גם בקטנה. כ"כ מהרש"א. והרש"ש תמה דפיתוי קטנה אונס הוא ואינה מפסדת כתובה].

אכן צ"ע בהמשך התוס' (בדף לא ע"א) שכתבו ביישוב שיטת רש"י דפלוני בא על בתו של פלוני הם ב' עדויות שיכולים להעיד עליו בלא הבת ועל הבת בלא עליו, פלוני בא על נערה המאורסה פלונית זינתה. וצ"ע דגם כשמעיד על הבת בלא עליו הוי מעשה אחד שמחייב ממון לאב ומיתה לבת, וכבר תמה בזה הגרע"א.

ויתכן לפרש דברי התוס' באופן אחר, וכאותה שיטה שהובאה ביד רמ"ה בסנהדרין [הועתק כאן בשטמ"ק] דאם מתחייב מיתה גם לבת וגם לאחר, כיון שבין כך מת עיי' האחר, תו אפשר לחייבו ממון לבת [אע"פ שיש סיבת מיתה גם לבת]. ולפי' א"צ להגיה בתוס', ומיושב גם קושית הגרע"א [דנהי שכשמעיד פלונית זינתה יהיה קלב"מ, מ"מ כשמעיד שזינתה עם פלוני הרי מצד הבת אין קלב"מ - שהרי בין כך מת עיי' הפלוני. ומצד הפלוני הוי ב' מעשים שאפשר להפסיד כתובתה בלי להעיד עליו ודו"ק]. אך עיקר שיטה זו צ"ב, ועיי' היטב בגרע"א קמא סי' קס"ד, וצ"ע.

וז' ובבית יעקב מיישב דברי המהרש"א דמה שכתבו תוס' דהוי ב' מעשים היינו משום שאפשר להעיד שזינתה בלא התראה ואז אין חיוב מיתה, ונמצא דחיוב המיתה הוא עדות נפרדת. [וצ"ע דהרי גם בלא התראה הוי חייבי מיתות שוגגין].

וחזינן מדברי הבית יעקב חידוש, דהנה גם לפי תירוצו א"א להעיד על מיתה בלי ממון, דאם יש התראה לעולם מפסידה את הממון, אלא דאפשר להעיד על הממון בלי המיתה, וגם בזה נקט הבית יעקב שנפטר מתשלומין, ויבואר להלן בעז"ה [אות מט].

מח) בא"ד, ור"י רצה ליישב פ"י הקונטרס וכו' לפי שהם ב' מעשים. וביאר בבד קודש ח"ב דסברתם דהא דאין קלב"מ בחייב מיתה לזה וממון לזה, משום דאין חיובו לפטור את חיובו לשני. אמנם מצינו עוד דין בקלב"מ שאפי' בלי חיוב ג"כ נפטר כגון בשוגגין, והיינו דהמעשה פוטר, ולזה בעינן שיהיה הכל במעשה אחד. אך העירו דלשיטת רש"י דבחיבי כריתות שוגגין חייבין א"כ בזה יתחייב אפי' במעשה אחד, ולמה כתבו תוס' דהכא הם ב' מעשים אכילת תרומה וקריעת שיראין וי"ל.

ובקונטרס בעניני קלב"מ סי' י"ג מבאר באופן אחר, דהנה הבית יעקב בדף ל"ג א' תוד"ה אלא, מחדש דבמיתה לזה ומלקות לזה לכו"ע חייב. וביאר האחיעזר (סימן כא בהג"ה) דסובר דבדין כדי רשעתו פטור אף בלזה ולזה, ורק בלא יהיה אסון בעינן שיהא לאחד. והנה העירו בזה דבמכות י"ג ב' משמע בגמ' וברש"י דבמיתה וממון איכא גם לפטורא דכדי רשעתו וא"כ תמיד יפטר משום הכדי רשעתו. [אכן הריטב"א שם סובר דבמיתה וממון ליכא לפטורא דכדי רשעתו עיי']. ויתכן לומר דסובר הבית יעקב דב' מעשים ליכא לפטורא דכדי רשעתו [וזה תלוי במש"כ באות מד]. והסברא בזה משום דדין כדי רשעתו הוא דין על ב"ד שלא לדון ב' רשעויות, ואם הו' ב' מעשים דנים על כל אחד בנפרד. ולפי' י"ל דאם הוי



מעשה אחד נפטר משום כדי רשעתו דזה פוטר אפי' במיתה לזה וממון לזה וכדברי הבית יעקב, אבל בבי' מעשים דהפטור משום לא יהיה אסור, בזה אינו פטור אלא במיתה וממון לאחד.

מט) ולעיל אות מז הובאו דברי הבית יעקב דאם אפשר לדון על הממון בלי המיתה, הוי ב' מעשים, אפי' שא"א לדון על המיתה בלי הממון. והעירו דזה תלוי בבי' הביאורים באות מ"ח, דאם הביאור דבמעשה אחד הפטור משום שהקלבי"מ פוטר את המעשה, א"כ צריך לדון ב"פוטר" ולא בנפטר, ודלא כבית יעקב. אכן אם ההסבר הוא דבבי' מעשים דנים על כל חיוב בנפטר ואין כאן ב' רשעויות. א"כ זה תלוי בנפטר אם שייך לדון בפני"ע ודו"ק.

ט) באו"ד, ואין נראה לרשב"א וכו' ממון לזה פירוש לבעל שרצו להפסידו כתובתה. והרש"ש העיר דרש"י בסנהדרין מפרש דהממון הוא המאה כסף שרצו להפסיד לבעל. [ובקונטרס בעניני קלבי"מ סי' יג כתב דלפ"ד רש"י הנ"ל מיושבת קושית רשב"א, דלענין המוציא שם רע די בהזמת עד אחד [כמו שנסתפק בזה הגרע"א קמא תשובה רי"ב] וא"כ אפשר להפריד הממון מהמיתה וכעין ד' הבית יעקב דלעיל אות מז.] ועי' בשטמ"ק שמישב ג"כ עפ"ד רש"י בסנהדרין באופן אחר.

נא) ונראה דלר"ת דדוקא בעדים זוממין וכו'. והקשה הרא"ה דכיון דבכל התורה ממון לזה ונפשות לזה פטור, א"כ גם גבי עדים זוממין הו"ל למימר הכי, ואי משום דע"ז הו"ל עדות שאי את יכול להזימה, אה"נ דהו"ל עדות שאאיי"ל ותיבטל העדות. ובר"ן בסנהדרין [מבוא בשטמ"ק כאן] מיישב דמדרשת הכתוב ילפינן לה שנאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, כלומר שיענשו בכל עונש שזממו לכל אחד מאחיו.

שם, דהא גדי סמוך לו ועבד כפות לו דתנן פטור ומוקמין לה בגדי דחד ועבד דחד. דברי תוס' צ"ב דלכאוי אפי' בגדי ועבדא דחד הוי מיתה לזה וממון לזה, שהחיוב מיתה של העבד הוא מזכויות העבד [וכן מבואר בר"ן בסנהדרין - מובא בשטמ"ק דזה מקרי מיתה לחד וממון לחד, והוכיח כן מהא דלאדון אסור להרוג את העבד, וכ"ה בתוס' ב"ק כ"ב ב' ע"ש]. ונראה ע"פ דברי המהרש"א בדעת רש"י שבמיתה לשמים הוי כממון לזה ונפשות לזה, ומ"מ אם החפצא של חבירו הוי כמיתה וממון לחד, וה"נ אם בעל הגדיש הוא בעל העבד מקרי מיתה וממון לחד כיון שהתחייב מיתה משום ממון. [ברם בב"ק כ"ב בתוס' הביא ר"ת ראייה ממתניתין דמדליק את הגדיש בשבת דמיתה לזה וממון לזה חייב, ש"מ דאינו סובר כמהרש"א וצ"ב]. ועיין ברמ"ה בסנהדרין שנוקט ג"כ דלמעשה יש חלוק בין גדי דחד ועבדא דחד לגדי ועבדא של אחר אחד, וכפסטות הגמ' בב"ק.

נב) וריב"א אומר וכו' ורודף שאני דניתן להצילו בנפשו וחייב מיתה לכל העולם. וצ"ב דנהי דשרי לכ"א להרוג, מ"מ החיוב מיתה הוי לחברו, ומה בכך שהותר לכל אדם להרוג, הרי אין זה תביעה שלהם. וביאר בבד קודש ח"ב, דהריצב"א סובר דחיוב לשמים מקרי מיתה וממון לאחד, וזהו כוונת תוס' דברודף הוי כמיתה לשמים מדחזינן שכי"א יכול להורגו וא"צ תביעה בב"ד ע"י הנרדף.

נג) לימא פליגא דרי' אבין וכו'. הנה בקושית הגמ' מבואר שגם באכילת חלב שיסוד האיסור הוא אכילה ופשיטא שההגבהה אינה חלק מעצם האיסור, אפי"ה סברה הגמ' דזה פוטר בקלבי"מ משום דזה צורך האכילה, וגם צורך העבירה פוטר.

ובתירוץ הגמ' הכא אפשר לאכילה בלא הגבהה, נחלקו הראשונים, דשיטת הרא"ה להלן דיש ב' אופנים, א' באופן שמדין העבירה לעשות מעשה והוא חלק מגוף העבירה, ובה פשיטא דעקירה צורך הנחה ולא קאי ע"ז הסברא דאפשר באופן אחר. אלא הנידון בסוגיא לומר שגם שבדבר שא"א לאכילה בלאו הכי יפטור, וע"ז מתרצת הגמ' דכיון דאפשר לעשות המעשה באופן אחר אי"ז פוטר. וכ"מ ברא"ש. אבל מהרמב"ן משמע דבתירוץ הגמ' רק דבר שהוא מעיקר דיני החיוב פוטר ולא דבר שהוא צורך [ויש לדחות]. וכן כתב בשיעורי רח"ה ב"ק ע' בשם השטמ"ק ד"ה הכא נמי.

ובתוד"ה נימא הקשו דבעוקר מרה"י להוציא לרה"ר קדם הקנין שהוא כשהגביה טפח, לאיסור שבת שהוא בגובה ג"ט. והקשה הבית יעקב דהא מ"מ א"א להגביה ג"ט בלי הטפח, וא"כ בהך טפח הרי איכא לסברא דא"א לאיסור בלעדיו ומה הקשו תוס', ותירץ [וכע"ז מבואר ברע"א] דבאמת ישנם ב' דינים, או היכא דמתחייב באמת ע"י הך מעשה והוא חלק מגוף החיוב, או באופן שא"א להאיסור ליעשות בלאו הכי, וכאן מצד הדין הראשון הרי האיסור רק בלמעלה מג"ט, ומצד הדין השני ג"כ אין לפוטרו דהרי אפשר לגרור החפץ ובכה"ג א"צ להגביה, ומשי"ה הקשו תוס' דאין קלבי"מ. ועכ"פ מבואר דנקט בדעת תוס' דגם למסקנא יש ב' דינים לפטור, [וע"ש שמדייק כן מתוס' ד"ה דאי, ויותר מדויק כן בתוס' הרא"ש, אך מדברי הרמב"ן משמע קצת דלא כן וכמשנ"ת].

נד) א"נ התם לא מצי לאהדורה הכא מצי לאהדורה. כתב רש"י: התם לא מצי לאהדורה הילכך משעת עקירה סופו לקרוע לו שיראין. ומבואר ברש"י דהסברא דלא מצי לאהדורה היא כלפי הממון דהמחייב של הממון הוא ע"י המעשה זריקה. ולגבי חלב כתב רש"י: מצי מהדר לה הלכך לא אמרינן משעת הגבהה אתחלה לה אכילה. ומבואר שאין עיקר הנידון ביחס לחיוב ממון או לחיוב מיתה [שהרי גבי לא מצי לאהדורה כתב רש"י סברא בממון, ובמצי לאהדורה כתב סברא במיתה] אלא עיקר הנידון אם אפשר לצרף את ב' המעשים לדבר אחד, ועי' בשטמ"ק שמבאר הדברים, שכאן ההעברה ד"א והקריעה הם ב' דברים נפרדים, דאין ההעברה מחייבת ממון אלא פרט נוסף שהיה באמצע ההעברה, ולכן אפי' אם נימא דאמרינן בזה הגבהה צורך אכילה, אכתי יש כאן חסרון שהמיתה והממון אין ביניהם קשר, וע"ז קאי סברת הגמ' דבזרק חץ הכל בא על מעשה ראשון וזהו המצרף, אבל באכל חלב ההגבהה מילתא באפי נפשה ואינה קשורה לקנין. וכן הוא ברמב"ן להלן.

נה) אבל הרא"ה מפרש דסברת הגמ' קאי גבי חיוב מיתה, דהיכא דמצי לאהדורה אי"ז חשוב תחילת החיוב עד שעת בליעה. וכן במעביר סכין כיון דעדיין מחוסר גמר ההעברה ולא מקרי תחילת החיוב, ועפ"ז כתב לבאר הגמ' לעיל אי דמצי לאהדורי ניהדר, דהכוונה היא שממילא אין חיוב מיתה באותו זמן. וכלישנא בתרא דהכא, [ולא כרש"י שפי' שעיקר כוונת הגמ' שיש חיוב תשלומין באותו זמן, אלא לומר שאין חיוב מיתה].

והנה לשיטת הרא"ה הדין דלא מצי לאהדורה והדין עקירה צורך הנחה הם דין אחד, ורק דהלא מצי לאהדורה הוא הגבלה בעקירה צורך הנחה. אמנם לשי' רש"י הו' ב' דינים נפרדים, דהעקירה צורך הנחה הוא סברא שמתחייב מיתה בשעת העקירה, והסברא דלא מצי להדר עביד להכל לחד מעשה.

נו) ועי' בשו"ת הגרע"א סי' קסד שנוקט דאם קרע השיראין בשעת העקירה, א"צ לסברת עקירה צורך הנחה, אלא דכיון שנחייבו ממון על העקירה שוב א"א לחייבו מיתה [דתנאי החיוב ג"כ נפטר בקלבי"מ] ותו הדרינן לכללא שהמיתה דוחה את הממון. וגם לישנא דתלוי במצי לאהדורה תפטור בכה"ג. וכל מה שצריך לסברת עקירה צורך הנחה, והיינו שזה חלק

מהמחייב ממש, זהו רק בקרע השיראין באמצע בין עקירה להנחה, דשם אייז חלק מהמחייב ובוה גם לולא אותו חלק העברה היה חייב מיתה, ולכן בעיני לדין עקירה צורך הנחה.

והקשה הגרע"א דלהלן בקושית רב ביבי בר אבוי מבואר דלמ"ד לא מצי לאהדורה נחא, אע"ג ששם מתחייב בשעת הגבהה. ותיירץ הגרע"א דבגזלן אפשר לחייבו על הרגע שאחר ההגבהה, ואז כבר בעיני לדין עקירה צורך הנחה. והקשה ע"י החזו"א (סי' קלה) דאם כבר גנב הרי בהמשך הוי כגונב מרשות גנב ולא קרינן ביה וגונב מבית האיש ע"ש, [אולם הביא שברייטבייך בדף ל"ד מבואר כהגרע"א. וכן מבואר בהרחבה ברע"א להלן ל"ד, וביאר הגרע"א דאין לגונב שיש לו קלבי"מ קנין בגניבה, ולכן הוי כברשות בעלים. והגרש"י בב"ק סי' לו ביאר באופן אחר ע"ש].

וכתב החזו"א דהכא איירי בד"א מצומצמות שבעיני לדי"א לגניבה, א"נ בעיני שלא יהיה הפסק אפי' במעביר ח' אמות באיזה העברה שאינה מחייבת, ופולגתא דב' לישני היא בסברת הגרע"א גופא, דל"ק תנאי החיוב פוטר, ולל"ב רק מעשה אחד מחייב דנחשב שנעשה הכל בב"א. [ודברי החזו"א יתכנו בדעת רש"י, אבל ברא"ה מבואר שלכ"ד].

נז' כתב הגרע"א ב"מ ס"ב א', גבי לאו דלא תשימון עליו נשך [היינו לאו על הקציצה אפי' בלי הגביה], דאם גבה לבסוף את הריבית ויש עליו מצות השבת ריבית [למ"ד דניתן להישבון], זה יפטרנו ממלקות דאין לוקה ומשלים. והגם דהלאו כבר עבר עליו בזמן הקציצה, מ"מ כיון שבלי הקציצה לא היה חיוב השבה, נמצא דא"א להתחייב ממון בלי קציצה ודמי להא דאמרין א"א לעקירה בלא הנחה. אכן ללישנא דאפשר לאהדורי לכאוי יהיה חייב מלקות כיון דיכול לא לגבות את הרבית ואז אייז מחייב ממון. אבל כ"ז למ"ד דאם לא גבה עובר בלא תשימון, אבל לתנא דסובר בב"מ שם דלא עבר על הלאו א"א גובה, א"כ לא משכחת לאו בלא ממון, דאם לא יגבה אין כאן לאו, ואם יגבה יש ממון והוי כלא מצי לאהדורה.

ונראה דכל דברי הגרע"א רק לשיטת רש"י דבעיני צירוף בין המיתה לממון, אבל לשיטת הרא"ה דאם מצי לאהדורה אייז תחילת החיוב פשיטא דאין בזה קלבי"מ, וגם לשיטת רש"י דברי הגרע"א הם חידוש, שהרי בשעת מעשה העברה עדין לא נגמר החיוב וא"כ יתכן דאייז קשור לממון, אף שבפועל לא יתכן זה בלא זה, [ונראה שגם הגרע"א שם לא פשיטא לו כסברתו].

נח' תוד"ה שעקירה. כתבו תוס' דר' ירמיה פליג על ר' אבין וסוגיא דב"ק שפוטר את התחייב באמצע אולא כר' ירמיה. אכן הרמב"ם פסק כר' אבין ומ"מ העמיד הדין דזרוק גנבותיך לחצרי באומר לא תקנו גנבותיך עד שתנוח [פ"ג מגניבה]. וכבר תמה ע"י השעה"מ. והגר"ח [בשי' רח"ה ב"ק ע', ובאבן האזל פ"ג מגניבה ובסטנסיל] מבאר דרך במעשה שהוא חלק מהחיוב יש קלבי"מ, ובשלמא במעביר ד"א כל חלק מהד"א הוא מחלקי החיוב אבל במעביר מרה"י לרה"י יש רק ג' חלקים, עקירה ברה"י, העברה מרשות לרשות, הנחה ברה"י, אבל כל מה שביניהם הוא רק היכי תמצי ולא חלק מהמחייב ואין בזה קלבי"מ. ולכן בזרוק גנבותיך שההעברה מרשות לרשות היא מעל דפנות החצר והקנין דף לא ע"א

כשמגיע לגובה הדפנות ל"ש בזה קלבי"מ. והתו' שהקשו הוא לשיטתם בב"ק שהעמידו הסוגיא שם בזרוק דרך חלון, וא"כ ההעברה והקנין באין כאחד [אך בעיקר הנחת הגר"ח דבד"א כל חלק מהד"א הוא מחלקי המחייב ע"י באבן האזל שפקק בזה].

נט' המאירי כתב ליישב קו' התוס' דאין אומרים עקירה צורך הנחה אלא לנזיקין אבל לענין קנין לא. וביאר הדברי יחזקאל (סי' כו) כעין סברת הגר"ח, דרך מעשה שהוא חלק מהמחייב פוטר, ובזרוק ד"א וקרע שיראין הא דפטור [כנראה סובר כאבן האזל שאין כל חלק מהד"א מחלקי החיוב] הוא משום שהכל מתייחס למעשה זריקה [וכסברת רש"י] אכן בהא דב"ק שהמכירה חלה ע"י המציאות שהדבר הגנוב בחצירו של הקונה וא"צ מעשה, א"כ בזה החיוב על מה שבאמצע ואז אין מתחייב במיתה.

ס' הרא"ש תירץ קו' התוס' דבב"ק כיון דנתכוון רק לזרוק זריקת קנין ולא התכוון להנחה הוי כנתכוון לזרוק שתיים וזרק ארבע. [ועי' בשטמ"ק בשם ר' ישעיה ודבריו צ"ב].

סא' בתלמידי הרשב"א ב"ק כ"ב [מובא בשעה"מ פ"ג מגניבה] כתבו דהזרוק חץ והרג וקרע שיראין אחר שהרג או לפני שהרג פטור, כיון שהכל בא ע"י מעשה אחד. והקשה השעה"מ דהא בסוגין מבואר שרק אם עקירה צורך הנחה נפטר, ושם ודאי אין עקירה צורך הריגה. ותיירץ האחיעזר סי' יט ע"פ השטמ"ק ב"ק דף ע' בשם תוס' הרא"ש דאם קדם החיוב מיתה לממון לעולם פטור [אם הוי מעשה אחד] גם בלא סברת עקירה צורך הנחה, וע"ע בדברי יחזקאל סי' כ"ו ובאמר"מ סי' ל'. [והאמר"מ הסביר החילוק, דאם חל חיוב המיתה בפועל הו"ל כאילו עשאו אחד ע"ש].

סב' תוד"ה דאי. הקשו על רש"י למה לא קנה בפיו. ועיין בקצה"ח סי' שני"א בשם המגיני שלמה דקנין יד אינו אלא מטעם הגבהה. ובדברי יחזקאל סי' כב כתב לדחות דלעולם קונה בפיו, ומ"מ ל"ש כאן עקירה צורך הנחה דנהי דקנין היד שהיה בתחילה הוא צורך דא"א בלעדיו, מ"מ מתחייב עוד פעם אח"כ כשמגביה שההגבהה אינה צורך לאכילה. [וכע"ז כתב הגרע"א במערכה ה' אות ז' ליישב לשיטת ריצב"א דקונה במכניס בפיו, א"כ למה לא הוי צורך האכילה, ומבאר דנהי דההכנסה לפיו היא צורך, מ"מ מה שהגביה קודם אינו צורך]. ועל נוסח הדברי יחזקאל יקשה קו' החזו"א - לעיל אות נו - , שהרי כבר קנה ביד, אכן מהגרע"א משמע שלא הכניס כלל לידו ובתחילה היה רק הגבהה בלי יד, וע"ז ל"ק קו' החזו"א.

אמנם בשטמ"ק מיישב דדעת רש"י שכאן מצי להכניס לפיו באופן שפיו יהיה קטפרס [וכל מה שיניחו בפיו יפול] ונמצא דאז לא קנה.

[ועיין בשטמ"ק שנקט בדעת רש"י דבפיו א"א לקנות קנין גמור דאין דרך קנין בכך, אלא רק להתחייב באונסין]. סג' תוד"ה הכא נמי. כתבו דללישנא דאי בעי לאהדורה לא מצי מהדר לא פריד. אכן הרמב"ן בחד תירוצא כתב דפריד אפי' להך לישנא, דכאן שההגבהה והקנין באין כאחד שפיר איכא קלבי"מ, והסברא דמצי לאהדורה נצרכת רק כשהחיוב הוא ענין נפרד מהמיתה, וכמשנ"ת באות נד.

סד' תוד"ה נימא. בביאור דבריהם, עמש"כ באות נג בשם הבית יעקב והגרע"א. ובתירוצם דמונח על מקל שבא הקנין והעקירה בבית אחת, ביאר הבית יעקב שכשעוקר מהמקל מיד עומד באויר הגבוה מג"ט ולכן קונה [אבל אם המקל רחב ועדין החפץ על המקל לא הוי עקירה].

ועי' במ"ב סי' שס"ו סקנ"א בשם הט"ז דבקנין הגבהה אפי' אם היתה יד גבוהה באויר והניחו בתוכה חפץ [באופן שאין קנין יד כגון שהחפץ בולט מידו - עי' אות לח -] אינו קונה עד שיהיה מעשה הגבהה של טפח. [והנה בעירובין מהני הגבהת טפח לכו"ע, - אפי' לרש"י דבעלמא בעיני ג"ט - וכמבואר בעירובין דף פ', ולכאוי בשאר קנינים בידו גבוהה לשי' רש"י]

יצטרכו להגביה עוד ג"ט לדעת ה"י. אמנם נראה דשני דינים הם. דדין ג"ט הוא כדי להוציאו מתורת לבד, ודין טפח הוא מדין "מעשה" קנין, ולכן בידו גבוהה לכו"ע מהני הגבהת טפח ודו"ק. וצ"ע דמתוס' כאן מוכח שמיד כשעוקר כבר קנה. [ולשיטת הגר"ח - אות נח - זה מוכח מעצם הדין, שאם יקנה אח"כ אין קלב"מ. ואפי' אם לא נימא כהגר"ח מ"מ לשון התוס' מורה שקונה כאחת ולא שהקנין אחרי העקירה].

ונראה ליישב דכל מה שצריך להגביה טפח הוא משום דבלא"ה אין לזה חשיבות של מעשה קנין, אבל אם עקר מלבד למקום שאינו לבד, זה גופא נותן חשיבות למעשה וא"צ בזה טפח. [ועיין באבני נזר אבהע"ז סי' קס שהביא מהמקנה דבעינן מעשה הגבהה, ולא הביא דברי ה"י ולא הזכיר שצריך דוקא טפח, והקשה ע"ז מדברי הרשב"ם ב"ב פה ע"ב ע"ש, וע"ש שתולה זאת בפלוגת הרמב"ם והר"ש אם בטומאת משה צריך להזיז, ועוד הביא מרש"י ע"ז ע"א שבאור כלי קונה מדין הגבהה, והריטב"א הקשה איך יקנה בלי מעשה, וע"ש בתירוצו ומש"כ בזה האבני"ז].

סה) בדין עקירה צורך הנחה. ע"י באו"ש (פ"ז מממרים ה"ז) דדין זה שייך רק במיתה שחייבי מיתות שוגגין פטורין, אבל במלקות שחייבי מלקות שוגגין חייבין, ל"ש לפטור ע"י עקירה צורך הנחה, דזה לא עדיף משוגגין כיון שאין חיוב בפועל. אמנם מדברי הגרע"א - אות נז - מוכח דגם במלקות ישנו לדין זה, וכן כתב עוד הגרע"א בתשובה קס"ד, ובדו"ח להלן ל"ב. [ובחי' ר' שמואל סנהדרין סי' יג הוכיח מהמאירי בסנהדרין פו: דלא כהאו"ש. וכן נראה דמוכח לפי שיטת רש"י דבדינא דרנבה"ק חייבי כריתות שוגגין חייבין, ואפי"ה מבואר בגמ' דשייך בזה דינא דעקירה צורך הנחה, מדפריך גבי אוכל חלב שיפטר].

סו) האחרונים דנו אם בעקירה צורך הנחה נפטר רק באותו מעשה או אפי' אם עשה באותו זמן מעשה אחר ג"כ נפטר. ע"י בהפלאה שנקט דנפטר גם במעשה אחר, [מלבד ללישנא דאי בעי לאהדורה לא מצי מהדר לפי פירש"י דבעינן שמעשה אחד יחייב את הממון והמיתה]. והתקשה שם למה נקט ר' אבין דינו דוקא בזרק חץ וקרע שיראין באותו מעשה, ורצה להוכיח מזה כשיטת ר"י בתוד"ה רב אשי דבב' מעשים הוי מיתה לשמים וממון לזה וחייב, ע"ש. ובחי' הגרנ"ט כתב דדין עקירה צורך הנחה נאמרה רק באותו מעשה שהפטור הוא שא"א לחייבו על אותו מעשה מיתה וממון, אבל בב' מעשים שהפטור הוא משום שלא יכול לחול על הגברא ב' חיובים כאחד, כ"ז רק אם חל חיוב בפועל ולא בסיבת חיוב, ובזה ביאר דברי המאירי המובא באות נט, דשם כיון דא"צ מעשה הוי כמו מעשה אחר שאין בו פטור קלב"מ. וע"ע בחי' ר' שמואל סנהדרין סי' יג.

ועיין בגרע"א באותיות דרעק"א שכתב בהא דלעיל ל' ב' אי דמצי לאהדורה ניהדר [אשר הריטב"א והרא"ה כתבו דזה קאי ללישנא דאי בעי לאהדורה מצי מהדר, אבל לאידך לישנא פטור מדין עקירה צורך הנחה] והגרע"א כתב דאף ללישנא קמא פריך שפיר "דאין אנו דנים על ענין הנחת המאכל בתוך הפה אלא על קנין והתחייבות תשלומין". וברע"א הוצאת הרב אריאלי כתב דצ"ע להבין עומק כוונת רבנו, ולכאוי' כוונתו כד' הגרנ"ט ה"ל.

סז) הנמוקי' בב"ק כתב דבזרק חץ כל החיוב בא על תחילת הזריקה וכן בשבת הניח כאילו עשה הכל בתחילה דאשו משום חציו, ותמה התורה"כ (סי' שצב) א"כ מ"צ כאן לדין עקירה צורך הנחה, הרי הכל בא כאחד ממש, ובאחיזר אבהע"ז סי' י"ט מיישב דנהי דהמעשה המחייב הוא בזריקתו, מ"מ הא בעינן שהתוצאה תיעשה בפועל ואז מתחייב על המעשה שמכחו אירעה התוצאה, ונמצא שאין חיוב מיתה בפועל בשעת הזריקה, ולכן אין בזה קלב"מ אם לא מדין עקירה צורך הנחה.

סח) הגונב כס בשבת חייב וכו' ואמאי ה"נ לימא הגבהה צורך הוצאה היא. וכבר הובאו - באות נז - דברי הגרע"א שכל קושית הגמ' רק משום מה שאח"כ עדיין הכיס בידו, אבל בשעת הגבהה עצמה פשיטא דא"א לחייבו מיתה וממון לכו"ע משום דגם תנאי החיוב פטר מקלב"מ.

אמנם הגר"ח - אות נח - נוקט דבאמת על הזמן שבין עקירה להנחה ליכא קלב"מ, וכל הפטור שייך רק בשעת העקירה, ולפי"ז צ"ע כקו' רע"א שיתחייב על מה שאח"כ הדבר בידו, [אא"כ נאמר דס"ל כהחזו"א המובא באות נז, - וכן מבואר ברשב"א להלן ל"ד - דא"א לחייבו על מה שאח"כ הדבר בידו דכבר הדבר גנוב, ודלא כריטב"א הסובר דאפשר לחייב בזה].

ותירץ בקה"י (סימן לב) דרב ביבי בר אבבי לשיטתו בסנהדרין ע"ב א' דמייירי שהגניבה בעין ואפי"ה קונה אותה בקלב"מ כדעת רב בסנהדרין שם, וממילא א"א לחייבו על מה שאח"כ, שהרי לשטתו הוי הכיס ידיה, אבל לדין באמת יתחייב ע"י המעשה שאח"כ.

דף לא ע"ב

סט) הא מני בן עזאי היא דאמר מהלך כעומד. כתבו תוס' דמעביר ד"א דחייב ברה"ר הילכתא גמירי לה ולא ילפינן מינה דהתם מקום חיובא הוא, אבל ב"ע מייירי במקום פטור. והקשה מהרש"א הא בסוגין הוא מקום חיוב [דמייירי ברה"י] ולמה אמרינן מהלך כעומד, ותירץ: דהכא היינו לענין הקניה הוה מקמי העקירה דחיוב שבת, אבל לענין חיוב שבת הכא ודאי אין חילוק אם מהלך כעומד דמי או לא. משא"כ במקום פטור דאפי' לפטור אמרינן מהלך כעומד דמי, עכ"ל. וביאר הגרע"א דבמקום חיוב אמרינן מהלך כעומד דמי רק לחומרא כמו הכא, משא"כ במקום פטור אמרינן כן אף לקולא. אולם צ"ע דלפי"ז נמצא דהכא אפשר לחייבו לחומרא גם משום עקירה ראשונה [מלבד מה שמחייבים לחומרא משום עקירה אחרונה] ולמה אין לו קלב"מ משום חיובא קמא. [ועיין באבני נזר או"ח סי' ר"מ משכ"ב].

ויש שביארו בד' תוס' ע"פ הגר"ח - אות נח - דברה"ר כל חלק מהד"א הוא מחלקי המחבי של ההעברה, משא"כ ברה"י שרק העקירה וההעברה מרשות לרשות וההנחה הם המחייבים, וכל מה שבאמצע הוא רק היכי תמצי להעברה. ולפי"ז י"ל דכל מה שכתבו תוס' דבמקום חיוב לא אמרינן מהלך כעומד הוא רק ברה"ר, אבל ברה"י שההעברה בתוך רה"י אינה חלק מהמחייב שפיר אמרינן מהלך כעומד.

ובשטמ"ק כאן מבואר פשט חדש בתוס', דהנה התוס' בשבת דף ה' ב' הוכיחו מסוגיתנו דבמפנה חפצים מזוית לזוית ונמלך לפנותן חייב לבן עזאי. ותמוה דלכאוי' במסקנא סוגין לא מייירי במפנה ונמלך, אלא בנטל מלכתחילה ע"ד להוציאן [ועי' ברע"א שדן בזה שאולי הראיה מסברא, דכיון דכמונח דמי ממילא חייב, אך מלשון הר"ן משמע דלמסקנא באמת מייירי בנמלך]. וביאר השטמ"ק דמייירי בנמלך וממילא הוי כעקירת פטור, ומש"ה מתחייב על העקירה השניה, דזה דמי למקום פטור, אבל אם יש סיבה לחייבו מצד העקירה הראשונה, באמת לא נימא בזה מהלך כעומד.

ע) הרשב"א תירץ דהא דלא ילפינן ממעביר ד"א דמהלך לאו כעומד: דלא אמר בן עזאי אלא במהלך ברה"י א"י במקום פטור אבל במעביר ברה"ר לא אמר בן עזאי דלא עדיף מעומד לכתף, כן תירץ הראב"ד ז"ל, עכ"ל. וביאר דבריו דבאמת

דינא דבן עזאי לא עדיף מעומד לכתף, והא דמחייב בן עזאי היינו דאע"ג דא"י הנחה לבטל את העקירה הקודמת ואפשר לצרפה להנחה שיעשה אח"כ, מ"מ יש לה תורת הנחה ביחס לחפץ, ולכן סובר בן עזאי דאם היה זה במקום פטור יש כאן הפסק במה שהיה לחפץ תורת הנחה במקום פטור, וזה גופא סיבה לפטור. וכן ברה"י אמרין דיש סיבה לחייבו מחמת העקירה השניה, אבל ברה"י א"י לפטור ע"י ההנחה דא"י הנחה גמורה לענין שאין צירוף בין עקירה קמיתא להנחה בתרייתא. [ובספר חפץ ה' - מהאזה"ח הקדוש - מבאר דפלוגתא בן עזאי ורבנן היא האם עומד לכתף חייב או פטור, אכן ברשב"א נראה דפליגי אם מהלך הוי כעומד לכתף, ובעומד לכתף כו"ע מודו דבסטי פטור וברה"י חייב].

אלא דצ"ב דאם אין כאן הנחה גמורה למה מתחייב כשמוציא מרה"י הרי אין כאן עקירה חדשה ורק כלפי החפץ דנים שהוא כמונח, וביאר בזה בספר משנת השבת (שבת ה' ב') דהראב"ד לשטתו, דהנה הקשו הראשונים למה במגרר חפץ חייב, הרי דמי להא דאמרין בשבת ח' ב' האי זירזא דקניא רמא וזקפיה רמא וזקפיה לא מחייב עד דעקר ליה. ותיירץ הראב"ד (מובא ברמב"ן) דהנ"מ במגרר ד"א ברה"י, אבל במוציא מרה"י לרה"י עקירת רשות כעקירת חפץ, וה"נ יש כאן עקירה בחפץ ע"י עקירת הרשות אע"פ שביחס לגברא אין כאן עקירה והנחה. [אלא דלפ"ז צ"ע למה לרבנן לא מתחייב בכה"ג בעמד לכתף, ולמה הוצרכנו להעמיד המשנה כבן עזאי, הרי גם לרבנן משכח"ל כה"ג בעומד לכתף, ותיירץ בס' הני"ל דדין עקירת הרשות הוא רק במקום האחרון של הרשות, ולרבנן הרי ההילוך התחיל רחוק מפתח החצר משא"כ לבן עזאי כל פסיעה יש בה עקירה חדשה ובפסיעה האחרונה הוי כעקירת רשות. וצ"ע דגם פסיעה אחרונה אינה ממש בסמוך לגבול רה"י ורה"י].

ולכן נראה דלבן עזאי לחומרא יש לזה דין כמונח [ובמקום פטור מה שנפטר גם לקולא היינו משום הפסק בין הרשויות באופן שיש לזה גם דין הנחה] ולכן אפשר לחייבו גם משום העקירה השניה, ומה שרבנן בעמד לכתף פטור משבת, ע"י באבנ"ז או"ח ס"י רנח שהקשה לו החלקת יואב למה לבן עזאי חייב הרי לא עדיף כעומד לכתף, ותיירץ לו דאם מיד בתחילת הכניסה לרשות יש לזה דין של מהלך, אין עמידת כתוף עוקרת את ההלך, אבל לבן עזאי שכל הזמן הוי כמונח, גם בעומד לכתף נשאר כמונח ודו"ק. [וזה דלא כספר חפץ ה' הני"ל].

עא) ובעיקר הקושיא מזירזא דקניא, ע"י בראשונים עוד תירוצים, הרמב"ן תירץ דבאמת מיירי כאן בעקירה שהרה"י גבוה מרה"י ג"ט ושייך כאן עקירה. והרשב"א תירץ דבגורר שנוטל כל החפץ כאחת הוי עקירה, אבל בזירזא דקניא שתמיד יש קצה שעומד במקומו לכן הוי כמונח. [וכ"ה ברמב"ם פ"ג הי"א משבת].

עב) אי בזוטריה לאו אורחיה הוא. רש"י ות"י פ"י דגבי שבת פטור, ומ"מ בקנין קונה, והריטב"א מדמה שבת לקנין ע"ש. ועיין ברמב"ן ש"כ דלענין גניבה לא איכפת לן אם דרכו להגביה או לא, ולעולם חייב, ודימה זאת למה שאמר רבינא להלן דקונה אפי' ברה"י אע"ג דמשיכה בעלמא לא קניא ברה"י. [והנה התוס' ד"ה וברשות הביאו שני שיטות בדעת רבינא, דדעת ר"י שיש חילוק בין קנינים לחיוב אונסין לקנינים לענין בעלות. והריצב"א ס"ל דאין חלוק, ודברי הרמב"ן הם ע"פ שיטת ר"י].

והסברא לחלק בין קנין לאונסים לבין קנין לבעלות, הנה השעה"מ (פ"ג מגניבה) נקט דמשיכה ברה"י הוי קנין זוטא, וסגי ביה לענין חיוב אונסין. ועפ"ז נקט דגם למשיכה דשומרים להתחייב בחיובי שומרים סגי במשיכה ברה"י והקשה סתירה בטור דלענין גניבה פסק דמהני משיכה ברה"י ולענין שומרים לא מהני.

אכן בדברי יחזקאל ס"י כה כתב דהביאור הוא דבגזילה א"צ "להכניס לרשותו" אלא סגי "בהוצאה מרשות בעלים", ולכן מהני גם בהוציא לרה"י, משא"כ בשומר י"ל דבעי קנין להתחייב באונסין.

ועי' באבי עזרי (פ"ג מה' גזילה) שהוסיף דברים בזה, דהנה הגר"ח פ"ט מהלכות גזילה כתב דבגזול יש ב' מחייבים, א' הגזילה ב' מדין מזיק, וי"ל דהא דחייב בהוציא מרשות בעלים הוא מדין מזיק שבגזול. ועי"ע שם שביאר בזה הא דגזול ע"מ לאבד פטור על מה שהבהמה מזיקה ומ"מ חייב באונסין, דדין מזיק שבגזול יש לו, אבל קניני גזילה אין לו ולכך פטור מלשלם על הזיקי הבהמה.

עג) רב אשי אמר כגון שצירף ידו. שיטת רש"י דהיד סמוכה לקרקע ולענין שבת א"צ כאן לדינא דרבא, אלא רק מיייתי ראייה משבת לקנין, דכשם שבשבת, חייב ע"י ידו, כמו"כ בקנין יקנה. והתוס' הקשו מ"צ ראייה לזה תיפול"ל מדין יד. ועי' בקצה"ח ס"י רס"ח וס"י שנא, ששיטת רש"י דליכא קנין יד, ומה שכאן קונה הוא רק מדין מיגו דהוי יד לענין שבת הוי יד לענין קנין. [והביא כן מהמגיני שלמה, ועי' במגיני שלמה עוד ביאור דע"י דהניח היד ע"מ לתפוס אחשביה לידו כדי טפחים, ועי"ע בפני"ג].

ובדברי יחזקאל ס"י כ"ה הביא דברי הרמב"ן כאן שביאר ד' רש"י דלא כקצה"ח, אלא ודאי דאיכא קנין יד, אלא שהיה צד לומר דיד מהני רק למעלה מג"ט, דלמטה מזה בטלה לקרקע, ועי"ז הביאה הגמ' מדין שבת שיש ליד חשיבות של רשות לעצמה, וכן מבואר ברש"י סנהדרין ע"ב וז"ל דידו חשובה לו כארבעה על ארבעה והרי הוא לו כחצרו ואע"פ שאין כאן הגבהה. [ומה שהביא הקצה"ח מרש"י בעמוד א', נתבאר באות סב].

ועיין בתוס' ובראשונים הסברים נוספים בדברי רב אשי.

עד) במסכת שבת דף צ"א ב', אמר ר' יוחנן דאגד כלי שמיה אגד [ובהוציא מקצת כלי מלא חרדל פטור אף על החרדל שבחוץ שהכלי מאגדו לבפנים]. ופריך רב ביבי בר אבבי מהא דהיה מגרר ויוצא פטור שאיסור גניבה ואיסור שבת באין כאחד. ואס"ד אגד כלי שמיה אגד קדים איסור גניבה לאיסור שבת. ומוקים לה בנסכא [והיינו חתיכה ארוכה שעד שמוציא הכל יש מקצת הימנה בפנים] ובדליכא שנצין. ותמהו על הרמב"ם שהשמיט אוקימתא זו [אף שפסק אגד כלי שמיה אגד].

והשעה"מ פ"ג מגניבה תירץ דכל דברי הגמ' בשבת למ"ד דבמצי לאהדורה לא אמרין עקירה צורך הנחה, אבל ללישנא קמא אפי' בכה"ג פטור משום דעקירה צורך הנחה. אכן המ"מ כתב דהרמב"ם פוסק כלישנא דתלוי במצי לאהדורה, ולכן השמיט האוקימתא דעמד לפוש, דלעולם חייב אפי' אם מתחייב על ידי העקירה הראשונה והדק"ל.

ותירץ הגר"ח (בהלכות גניבה) דהנה צ"ע איך קנה את המעות שבכיס, והרי הוי משיכה בכליו של מוכר, ואפי' למ"ד דמשיכה בכליו של מוכר מהני נוקט הגר"ח דהנ"מ אם משך גם את הכלי, אבל אם הזיזם בתוך הכלי לא מהני, וא"כ כאן דלא הוי משיכה בארנק עד שיוציאונו שוב א"א לחייבו גם על המעות עד שיוציא את הארנק והכל בא כאחד. ומה שהקשתה הגמ' בשבת הוא ללישנא דהניח ידו סמוך לקרקע, דלהך לישנא שפיר קנה גם בלי הארנק ע"י ידו.

אכן הקשה הגר"ח דלהך לישנא למה לא יקנה המעות לאלתר אפי' בנסכא, שהרי קי"ל בב"מ ז' א' דבקנין יד אמרין דכמאן דפסיק דמי. וכתב הגר"ח דצ"ל שכאן באמת אינו קונה מדין יד אלא מדין הגבהה, ובהגבהה בעינן שיגביה את כל

החפץ ולכן הוא באין כאחד. והחזו"א בגליונות הקשה למה באמת לא יהני מדין יד [ועיין משכ"ב במלואי חושן סי' שנא בשם הבית אפרים].

עה) והחזו"א שם הביא מדברי הרמב"ן להיפך, דללישנא דהניח ידו ומיירי שנפל באויר [לשיטתו אות עא שהרה"י גבוה] אי"כ כשנפל ליד באו כאחד שבת וקנין, וכל קושית הגמ' רק לרבינא. ולפי"ז מבואר להיפך, דלרבינא באמת קונה מה שבתוך הארנק ואע"פ שלא קנה את הארנק, דהמשיכה מתייחסת למה שבתוך הארנק אפי' שבארנק עצמו אין משיכה, עכ"ד החזו"א.

ויעוי' ברמב"ן ב"ב פ"ה שהביא פלוגתא בדין משיכה בכליו של מוכר, והוכיח מהסוגיא בשבת הנ"ל שמהני, ודחה די"ל דסוגיא כרבינא שחייב אף ברה"ר ומשום דבגניבה סגי אפי' במשיכה ברה"ר, וא"כ ה"ה דסגי במשיכה בכליו של מוכר וכמשנ"ת אות עב. ולפי"ז אין ראיה מהרמב"ן בשבת נגד עצם סברת הגר"ח שלא מהני משיכה בלי שתתיחס המשיכה גם לכלי של המוכר, די"ל דגניבה שאני [אלא דהגר"ח מיירי גם בגניבה וזה נסתר מדברי הרמב"ן]. אולם עדיין יש להוכיח מהרמב"ן שבתחילה רצה לפרש הגמ' בשבת להאוקימתא דצידי רשות הרבים, וגניבה לא שאני משאר קנינים, ומזה מוכח שלכ"ד הגר"ח גם בקנינים].

ועי' בקצה"ח (סי' שני"א) שכתב דקושית הגמ' בשבת היא רק לרבינא דס"ל דמיירי במשיכה, שבה יקשה שיקנה כל מטבע, ומשני דבנסכא אינו קונה עד שיצא הכל, אבל לאוקימתא דרב אשי לפמשי"כ רש"י [לביאור הקצה"ח] דהחיוב רק משום מיגו דהוי יד לשבת הוי יד לקנין אי"כ הוי באין כאחד. ולפי"ז יישב הא דהשמיט הטור האוקימתות של הגמ' די"ל דפסק כרב אשי.

עו) הרמב"ם פ"ד ממכירה ה"ד כתב דאם משך בהמה מרה"ר לסימטא כיון שהוציא מקצת החפץ מרה"ר קנה. ועי"ש במ"מ שהביא שהרמב"ן כאן הוכיח כד מסוגין. וצ"ב שהרמב"ן רק הוכיח שא"צ משיכה נוספת אחר שהבהמה ברה"ר, אבל הרמב"ם הרי חידש דסגי במשיכת מקצת, וזה נסתר מהסוגיא בשבת שמבואר דבנסכא אינו חייב עד שיצא כל הנסכא. ובשעה"מ פ"ג מה' גניבה מיישב דאם הבהמה ברשות הבעלים צריך להוציא את כולה כדי שלא תהיה אגודה ברשות בעלים. אבל אם אינה ברשות בעלים סגי אפי' במוציא מקצת. ועי' באבן האזל שם. [ויל"ע אם נימא דכאן חייב משום דמוציא מרשות בעלים ולא מדין קנין וכמשנ"ת לעיל, אי"כ אין ראיה מכאן לקנינים. ואמנם דברי הרמב"ן פשוטים, שהוא הוכיח כן מתירוצא דצידי רה"ר ולא מתירוצא דרבינא ודו"ק].

עז) ורמינהו אלו הן הלוקין וכו' וקיימא לן אין לוקה ומשלם. והקשה הפנ"י בהקדמה, למש"כ תוס' ביבמות (נט) בחד תירוצא דלא מחייב קנס על העראה, אי"כ נימא דהמלקות על העראה והממון על גמר ביאה. ותירץ דמ"מ יש חיוב מלקות גם על הגמר ביאה ולא פקע מיניה סיבת החיוב עד גמ"ב וזה פוטר ממון וכדאיתא בירושלמי במדליק גדיש דעל כל מעט ומעט חייב מיתה ע"ש.

והגרע"א (בשו"ת סי' קס"ד ובדו"ח ובמערכה ג') כתב לפקפק בתירוץ ר' בעריש, דבשלמא באיסור מיתה שפוטר גם בשוגג, שפיר שייך לומר דמתחייב על כל שיבולת ושיבולת. אבל באיסור מלקות דקי"ל כר' יוחנן שאין פוטר בשוגג, אי"כ גם הכא שאין תוספת חיוב ע"י הגמר ביאה אי"ז סיבה לפטור מממון. [וסיים הגרע"א דהקושיא הנ"ל היא כעין קושית תוס' ביבמות שם על הא דמבואר בסנהדרין דהרודף אחר נערה דניתן להצילו בנפשו פרכין למ"ד העראה זו הכנסת עטרה למה אין קלב"מ הא התם על גמר ביאה כבר אין כלל סיבת חיוב כיון דהנערה כבר פגומה].

ותירץ הגרע"א דהנה זה ברור שאם הערה בה אחר והוא סיים הביאה ליכא קנס כיון שהיא כבר אינה בתולה. והא דמתחייב כל בועל [אע"פ שגם על בעולת עצמו פטור] צ"ל דבמעשה אחד חייב רחמנא על הגמר כיון שהוא בעצמו השיר הבתולים. ונמצא דלצורך החיוב בגמר ביאה יש תנאי שהוא יעשה את תחילת הביאה.

ועפי"ז כתב הגרע"א דקלב"מ יכול לפטור גם מתנאי החיוב, והיינו דגדר דינא דקלב"מ הוא דהוי כאילו עשאו אחר, וממילא לא נתקיים התנאי ושוב פטור על הממון. והביא ראיה לסברא זו מהתוס' בגיטין נג ע"ש.

עח) עוד הקשה ר' בערוש בהקדמת הפנ"י, לעולא דס"ל ממון משלם מלקי לא לקי, אי"כ י"ל דבאחותו נערה ילקה על תחילת הביאה [שאין בה חיוב ממון להך שיטה בתוס' ביבמות שעל העראה אין קנס] ובגמר ביאה יתחייב ממון [ואף שיש סיבה למלקות מ"מ לעולא ממון משלם ולא לקי].

ותירץ הגרע"א בבי' אופנים. א) דס"ל לעולא כלי"ק דכל דא"א לעשות האיסור בלי הך מעשה הוי גם הך מעשה חלק מהמחייב, וה"נ א"א לגמ"ב בלי תחילת ביאה וגם בזה איכא קלב"מ. ב) דאם נחייבו מלקות על ההעראה הוי כאילו עשאו אחר ושוב א"א לחייבו ממון על הגמ"ב דהוי כבעולה ע"י אחר וכסברא דלעיל דבתנאי החיוב יש ג"כ קלב"מ.

אכן הקשה הגרע"א בהיפך, להך שיטה בתוס' שם שיש חיוב ממון בהעראה, אי"כ ממילא החיוב ממון רק על תחילת הביאה ולא על סופה דבסופה היא כבר בעולה, וא"כ לעולא אפשר להעמיד אידי ואידי באחותו נערה, וממון מתחייב על ההעראה ומלקות על הגמ"ב, והניח בצ"ע.

עט) והאחרונים דנו בדברי הרע"א כדלהלן. במש"כ הגרע"א דמה שיש סיבת חיוב נוספת הוי בשוגגין, דנו האחרונים דעדיף טפי משוגגין, דכיון שבאמת לוקה וגם זה הוי סיבה למלקות מקרי דיש עונש בפועל [ואע"ג דגם בלאו הך מעשה היה לוקה, מ"מ עתה המלקות מתייחסות גם לחלק זה של האיסור]. וכן משמע ברשב"א להלן ל"ו.

והביאו האחרונים שכן מפורש בירושלמי שדן הך דינא דשורף את הגדיש גם על הלאו דיוה"כ, וצ"ע מזה על הגרע"א. ותירצו דשמא הירושלמי קאי לר"ל דס"ל חייבי מלקות שוגגין נמי פטורין מממון. [עי' אחיעזר סוף סי' יט, ועוד]. אלא דקשה דלר"ל שאשו משום ממון אין חיוב שבת אלא על חיטה ראשונה, ותירצו האחרונים דמיירי במדליק בידים כל שיבולת. [ועי' בדברי יחזקאל סי' כ"ו].

[ובדברי יחזקאל שם העיר בדברי הגרע"א דאם בתנאי החיוב אמרינן קלב"מ והוי כאלו עשאו אחר, אי"כ מה פריך הירושלמי שיתחייב על השיבולת השניה. והרי בשעת מעשה הדלקה הוי כאילו עשאו אחר ותו א"א לחייבו על השיבולת שאח"כ, אכן להאוקימתא דהדליק כל חיטה לעצמה לק"מ].

ובאחיעזר (סי' י"ח) העיר ע"ד הגרע"א, דלשי' רש"י דלרנבה"ק אין קלב"מ בחייבי כריתות בשוגג, אי"כ קשה מהגמ' בשבועות (ל"ג) דמבואר שמבעיר גדיש ביוה"כ פטור לרנבה"ק, ולמה לא יתחייב על השיבולת השניה אם הוי כחייבי מיתות שוגגין, [ובדברי יחזקאל כתב דגם הגרע"א מודה דאם יש סיבת חיוב נוספת הוי כמזיד, אלא דס"ל דההתראה לא

חלה על הגמר דהוי אחר כדי דיבור. וממילא בכרת שא"צ התראה וסגי במזיד שפיר נפטר בשבולת שניה. ומדברי הגרע"א לא משמע כן].

פ) ובעיקר הנדון בקלב"מ בתנאי החיוב, הביאו האחרונים דהיא פלוגתת הראשונים במכות טז בסוגיא דבטלו ולא בטלו, דמרש"י מוכח דפטור, והריטב"א הקשה על רש"י למה פטור ומפרש הסוגיא שם באופן אחר ע"ש. [ע"י בדברי יחזקאל הנ"ל].

ובמה שהקשה הגרע"א שיתחייב מלקות משום הגמ"ב דאז אין כבר חיוב ממון, תירץ הגרש"ש סי' ל"ח דנהי דאין חיוב קנס על סוף ביאה, מ"מ איכא בושט ופגם וצער וזה יפטרנו ממלקות.

פא) תוד"ה דאין לוקה. כגון שבשעה שהעידו טבחו או מכרו שור של גניבה הם או שלוחם. והקשה ההפלאה דא"כ בשעה שהעידו היו פסולים משום הגניבה ואין בהם דין הזמה [כדאייתא בב"ק ע"ג שאם היו פסולים בשעת העדות לא מתחייבים בכאשר זמם]. ותירץ דאע"פ שאין בעד פסול כאשר זמם מ"מ איכא ביה לאו דלא תענה ולוקה עליו. אמנם הגרע"א בתשובה (מהדו"ק סי' קעט) נקט דעד פסול אינו עובר גם בלאו דלא תענה. (ועיין באפיקי-ים ח"א סי' כ"ב).

וע"י בבית יעקב שמיישב קו' ההפלאה דמירי שאין עדות על הגניבה והטביחה אלא שהעדים מודים בשעת הזמה שעמדו בדין ונתחייבו על טביחת השור, ונמצא דעדיין אנו דנים ע"פ עדותם שהלה בן גרושה וכן חלוצה דאינם נאמנים לפסול את עצמם, וכלפי הודאת בע"ד של טביחה יש קלב"מ. אמנם צ"ע דלדבריהם שהיו פסולים נמצא שלא התחייבו מלקות ומה שהלקו אותם ב"ד הוא בטעות, וא"כ יש כאן הודאת בע"ד שאין קלב"מ. וע"י משכ"ב בש"י ר' שמואל מכות עמ' לח. ועי"ע בהגהות רא"מ הורו"ץ ליישב קו' ההפלאה.

פב) בגמ' במפותה. ומבואר דמפותה כיון שאין בה חיוב ממון ממילא לקי, והנה התוס' בריש פרקין מפרשים דהטעם משום מחילה, והרמב"ן מפרש דהטעם משום מזיק ברשות [ונתבאר באות טו]. ולשיטת תוס' העיר הקצה"ח (סי' תכ"ד) דלמה מתחייבת מלקות, הרי בתחילה היה חיוב תשלומין ורק שמחלה עליו, ודימה זאת לחובל בעבד כנעני שלו שהרב זוכה בתשלומין ומ"מ התשלומין פוטרים מן המלקות דמקרי שהוא מחויב אלא שזוכה בעצמו. [ולעיל אות טו הובאו דעות האחרונים אם לתוס' אכן הוי כמחילה, או דגם לדעת תוס' הוי פטור מעיקר החיוב ע"ש ולשיטות הנ"ל לק"מ]. ובקו"ש ב"ב אות ה' הביא שמפורש בירושלמי שאפשר להעמיד את המשנה במפותה או שמחלה לו, ומבואר להדיא דגם כשמוחלת יש מלקות. וביאר הקו"ש דהפטור ממלקות אינו מחמת ה"חיוב" ממון אלא "תשלומי הממון" פוטרים ממלקות דממון במקום מלקות קאי וכששלם כאילו לקה, אבל מחילה אפי' אם הוי כאילו התקבלתי מ"מ אינה עומדת במקום מלקות.

והביא הקו"ש שכ"ה בתוס' רי"ד ב"מ צ"א שבכל חיוב ממון ומלקות וממונא דחי למלקות, אם הוא עני ואין לו מה לשלם חייב במלקות.

פג) ובעיקר דברי התוס' רי"ד צ"ע - וכמו שתמה באחיעזר (ח"ג סי' פ') - דא"כ למה משני עולא במפותה, לישני שאין לה ממון לשלם, וכן להלן ל"ג אמרינן דאפשר לקיים קרא דלא תוסיף באין בהכאה שו"פ ולא דלא תענה במעדין על ב"ג וב"ח, ולמה לא משני דאפשר לקיים קרא באין לו ממון. וע"ק ממתני' פרק החובל דעבד ואשה פגיעתן רעה הם שחבלו באחרים פטורין, ולד' התוס' רי"ד הרי הם חייבים מלקות כמו מי שאין לו לשלם. ועוד דמבואר שם שאם נתגרשה חייבת לשלם, ולמה אינה נפטרת ע"י המלקות, [וצ"ל דמירי שלא לקתה או שלא התרו בה ודוחק].

ותירץ האחיעזר דבעדים זוממין ובחובל שריבתה תורה לתשלומין הוי זה הפקעה ממלקות, ולעולם הדין שאם יש אפשרות של תשלומין קבעה התורה שהעונש הוא תשלומין ולא מלקות. ודברי התוס' רי"ד רק בשאר חיובים שבאו עם מלקות.

עוד העיר האחיעזר דדינו של התוס' רי"ד תלוי בספק הגמ' אם ממונא לקולא או לחומרא, דאם ממונא לחומרא, שפיר י"ל דאם א"א לקיים העונש החמור לכה"פ יקבל העונש הקל של המלקות. אבל אם מלקות לחומרא ואין עליו החומר של מלקות מהיכי תיתי שאם אין לו לשלם יקבל עונש חמור יותר.

פד) בספק הגמ' אי ממונא לקולא או לחומרא. הנה הרמב"ם פסק (פ"ד מחובל) דהחובל בחבירו ביוה"כ, אפי' אם התרו בו משום יוה"כ משלם, דהרבו שחובל חייב בתשלומין אינו רק כנגד הלאו דלא יוסיף אלא גם כנגד לאוים אחרים. והעיר ההפלאה דלכאוי זה תלוי בספק הגמ', דבשלמא אם ממונא לחומרא, י"ל דהחמירה תורה בהך ממון גם נגד לאוים אחרים. אבל אם ממונא לקולא א"כ דילמא רק משום גריעותא דלאו דחובל אמרה תורה שישלם ולא בשאר לאוים. וא"כ צ"ב מהיכן פשט הרמב"ם את ספק הגמ' אם ממון לחומרא או לקולא.

וכתב ההפלאה די"ל דאח"כ הדין הוא ספק, ומ"מ סובר הרמב"ם דמספק משלם, דאי ממונא חומרא הוא, פשוט שחייב בממון. ואם ממונא קולא הא קי"ל דבכל ספק אי אתה רשאי להחמיר עליו אלא להקל, ומספק מענישים אותו בממון הקל, ואין לומר דדילמא פטור הוא לגמרי, דהא לר' יוחנן חייבי מלקות שוגגין חייבין [ונראה כוונתו דכל ספק לא גרע משוגגין].

וע"י באחיעזר (חאבה"ע"ז סי' כ') שמיישב יותר בפשיטות, דמכיון שמספק אינו לוקה ממילא הוי כחייבי מלקות שוגגין שחייב בתשלומין [וזה אין לומר שיהיה ספק ממון ויפטר מתשלומין וממילא יהיה מלקות - כמו בפחות משו"פ שלוקה - דגם ספק ממון הוי ספק חיוב וא"צ גמ"ד ומהני תפיסה, משא"כ ספק מלקות שאין ב"ד יכולים לדון זאת הוי כשוגגין]. פה) אכן לכאוי דברי ההפלאה צ"ע, דהרי קי"ל כר' יוחנן ואיהו ס"ל דממונא לקולא, וכמו שהוכיחו בתוס' ישנים דאי לחומרא וכי אתגורי איתגור. וא"כ אין ראיה שבשאר לאוים נפטר וכמו שהקשה ההפלאה.

ובקה"י (סי' לג) כתב די"ל בדעת הרמב"ם דסובר דלא כתוס' ישנים, אלא כמו שתירצו תלמידי הרשב"א דכל הנידון באתגורי איתגור הוא רק במי שנתחייב ב' מיתות שבאמת קימים עליו שני החיובים, ובה פשוט שיענש בחמורה. אבל בדין כדי רשעתו שבאמת חל עליו רק חיוב אחד, אין תימה אם נאמר שחל עליו החיוב הקל. [וייל"ע אם זה תליא בדי' התוס' רי"ד אות פג, ונראה דלא תליא, ודו"ק].

פו) ובעיקר ד' הרמב"ם, הנה באמת משנה מפורשת היא בב"ק פ"ז, המכה אביו ואמו ולא עשה בהם חבורה וחובל בחבירו ביוה"כ חייב בכולן. אלא דיש לדחות דשם מירי בלא אתרו ביה. אכן לדעת ר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין א"כ מוכח משם כדברי הרמב"ם דגם כשיש לאו אחר נפטר, וצ"ב מה דנו בזה האחרונים. [וע"י באמר"מ סי' מא שדן דזה תלוי בפלוגתת ר"י ור"ל ע"ש]. אולם יעוי' בהג"א בב"ק שהעמיד המשנה שם כר"מ דאית ליה דלוקה ומשלם, ולפ"ז אין ראיה משם להלכה.

ולהלן ל"ה ב' אמרינן דבהכחו הכאה שאין בה שו"פ [דליכא תשלומי חבלה] ובהדי דמחייה קרע שיראין לוקה ואינו משלם. וחזינן דהדין שבלאו דלא יוסיף משלם אין זה משום גריעותא בלאו דלא יוסיף אלא הוא מעליותא בתשלומי חבלה שהם דוחים, ולפי"ז ה"י בלאו אחר ג"כ ידחה ומכאן ראייה לרמב"ם.

אכן הגרע"א (במערכה ה' אות ל"ד) דחה דדילמא רק בממון ומלקות דחבלה דתרוייהו איתנהו דהלאו קיל דהותר מכללו והממון חמור דחייב בה' דברים, בזה הדין דממונא משלם, אבל לא בממונא דעלמא. וא"כ ביוה"כ י"ל דמילקא לקי כיון דהוי לאו אחר.

פז) תוד"ה אלמא. הקשו דילמא שאני הכא דגלי קרא דמשלם. ויל"ע דילמא הקרא מיירי בלא אתרו ביה וכמ"ד חייבי מלקויות שוגגין חייבין. וצ"ל כמש"כ תוס' בד' ר"ת דעולא סובר דגם בשוגג פטור מדלא אוקים משנתנו בלא התראה כר' יוחנן.

אולם עדיין צ"ע שהרי בנערה איכא בושת ופגם, והתוס' ישנים להלן כתבו דבושת הוא מדין חובל, ובחובל הרי קי"ל דמשלם ואינו לוקה ונמצא דעל החבלה ישלם [ולשיטת הרמב"ם אות פד גם כשיש לאו אחר משלם], וא"כ נמצא דאינו לוקה, ושוב ישלם גם את הקנס, ואיזה ראייה יש מהפסוק שמשלם ואינו לוקה בקנס, ועמדו בזה הבית יעקב והגרע"א. ועיי' שפלאו בזה הרבה ויישבו את דברי ר"ת המובאים בתוס' ישנים עפ"ז.

ובמני"ח מ' מ"ט העמיד ק"ו זו על עיקר ד' הגמ' דמאי פריך דהכא יהיה מלקות [ולר' יוחנן באמת כן הוא היכר דאתרו ביה] והרי איכא בושת שלדעת תוס' הוא מדין חובל וכיון שמשלם בושת לא ילקה, וממילא ישלם קנס. ועיי' בהגהות הגרע"א בשו"ע חו"מ סי' תכ"ד, ובתרוה"כ שם, שכתבו דהרמב"ם יסבור דבושת במאנס אינו מדין חובל אלא חיוב חדש, (ויבואר באות פ"ח), והתוס' ישנים שכתבו דבושת הוא מדין חובל בע"כ פליגי על הרמב"ם וסוברים דרק לאו דחובל נדחה מפני תשלומי חבלה, משא"כ שאר לאוים. [ועיי' במערכה ה' אות ל"ד מש"כ הגרע"א בזה]. והבית יעקב תי' ד' הרמב"ם דגם לר' יוחנן מיירי בשוטה דאין בושת. ובמני"ח דחה תירוץ זה ע"ש.

והנה על דברי הגמ' כאן יש מקום ליישב [וכמו שדן בזה הבית יעקב] דהיכא דמשלם ואינו לוקה יש למלקות דין שוגגין וזה פטור ממון וממילא אע"פ שמשלם את הבושת ולא לוקה עדיין החיוב מלקות פטור את הקנס, אכן הביא הב"י שהפניי נקט דזה גרע משוגגין ולכו"ע אין המלקות בכה"ג פוטרים, אולם במהרש"ל להלן ל"ה ב' והביאו בקצה"ח סי' לח סוברים דזה מקרי שוגגים, ולפי"ז אם לעולא חייבי מלקויות שוגגין פטורין, שפיר מוכח מהפסוק דנערה דמשלם ואינו לוקה שהרי גם אחר שמשלם את החבלה לא גרע זאת משוגגין. אכן עדין הקושיא מר' יוחנן דאמר דאם אתרו ביה לוקה ואינו משלם קשה. [אם לא כהגרע"א דבאמת הרמב"ם ותוס' ישנים פליגי].

פח) לעיל הובאה סברת הגרע"א ותרוה"כ דלדעת הרמב"ם בושת אינו מדין חובל. ועיי' בחי' הגרש"ש סי' לו ובקה"י סי' ל"ג שמבארים הדברים, דחבלה הוי רק כשעושה דרך היזק, אבל בושת הבאה דרך תשמיש הנעשה להנאת האדם לא מקרי חובל אלא מזיק. והא דחייב בשת וצער [אע"פ שרק בחבלה נתחדש ד' דברים ולא במזיק] ביאר הגרש"ש דהחיוב מדין נהנה, ושווי ההנאה נמדד גם בשומת הצער, שמחיר הדבר נקבע ע"פ מה שהיתה מוכנה לתת עצמה עבור אתנן, ובמחיר זה כוללים גם את הצער. [ועיי' היטב בתוס' גיטין מ"ב ב'].

ועיי' בחי' הגרש"ש (סי' ל"ה ומ"ב), ובקה"י (שם) דדן לומר שאין מחלוקת בין הרמב"ם לת"י אלא דיש חילוק בין היכא דמשלם הבושת לבת, להיכא דמשלם לאב, דהתשלומין לבת הם מדין חבלה, והן הן דברי התוס' ישנים, אבל מה שמבואר בגמ' דאין משלמים בושת הוא באופן שיש לה אב דאז התשלומין דאב אינם מכח הבת אלא זכות עצמית של האב [ועיי' ובסי' מ"ב דהוא פלוגתת הראשונים] ובוזה הזכות היא לא מדין חבלות שהאב אינו נחבל, אלא מדין מזיק ע"ש.

פט) תוד"ה ואי, כתבו דאע"ג דממונא קולא מ"מ משלם ואינו לוקה משום דחס רחמנא אממונא דנחבל. וצ"ב דבעדים זוממים שלא הפסידו לזה שזממו כלום, למה משלמים אם ממונא לקולא. ועיי' בפני"י ובגרע"א משכ"ב.

צ) תוד"ה שכן. עיי' בראשונים מה שתרצו על קושיית התוס'.

ובמש"כ תוס' דיש חומרא בעדים זוממין דמשלמים ה' דברים אם זממו לחייב ה' דברים, צ"ע דכלפי העדים אין זה חיוב ה' דברים, אלא תשלום אחד עבור ההפסד שרצו לגרום, ומה לי אם כלפי זה שזממו עליו הוי כחיוב אחד או כחמשה חיובים. וביאר בקו"ש (אות קז) דחיוב עדים זוממין אינו חיוב מחודש על העדים. אלא שהחיוב שרצו לחייב לזה שזממו עליו עובר עליהם, וכאילו ירשו את החיוב מהנידון, ולפי"ז גם כלפיהם יש לזה תורת ה' דברים. [ובזה ביאר סברת מ"ד עדים זוממים ממנונא הוא, אשר תמוה מסברא דהא לא הזיקו כלל וא"כ הוי משלם יותר ממה שהזיק ולמה אינו קנס. ולהנ"ל א"ש דאותו החיוב שהיה על הראשון עובר עליהם, וכיון שמה שרצו לחייבו היה ממון [דאפי' אם רצו לחייבו קנס, הרי אחרי העמב"ד זה הופך לממון] ממילא גם חיובם הוא ממון.]

שם בתוס', וצד הקל יש לפרש שכן לאו דבחוכל ובעדים זוממין אין בהם כרת. ועיי' ברע"א שהקשה דלשי' ר"ת שהקושיא על עולא היא מבושת ופגם, מאי פריך שכן יש בהם צד הקל, דילמא דבאמת רק בלאוים קלים סובר עולא דמשלם ואינו לוקה, ומה שהעמיד המשנה דמכות במפותה, משום דשם מיירי גם בממזרת שהוא לאו קל.

דף לב ע"ב

צא) אלא עולא תחת תחת גמר. ולפי"ז יש מקור להא דחייבי לאוין חייבין, והקשה מהרש"ל א"כ למה צריך תלת נערה - וחד מנייהו לחייבי לאוין - כדאיתא לעיל כ"ט ב', והרי יש מקור מתחת לחייבי לאוין. ותיירץ דאי מגז"ש דתחת תחת י"ל דמרבה רק נדה שהיא ראויה לקיימה. ועיי' במהרש"א ובמש"כ עליו הגרע"א בדו"ח ובמערכה ה' אות ל"ב.

עוד הקשה המהרש"א דלעולא שיש גזה"כ דבהנך ג' דברים משלם ואינו לוקה [כמש"כ תוד"ה אלא - ועיי' בשטמ"ק שיש חולקים וסוברים דעולא ס"ל כן בכל ממון ומלקות דמשלם דאינו לוקה] א"כ נימא דגם בחייבי מיתות ב"ד ישלם, ולמה הבא על בתו פטור, ועיי' במהרש"א וברע"א הנ"ל משכ"ב.

צב) תוד"ה שלא השם. כגון שהעידו על אחד שהוציא ש"ר על אשתו דבאין לחייבו ממון ומלקות אין לוקין ומשלמין, ואין נראה לר"י דלא מסתבר שלא יהו חייבין ממון ומלקות בכה"ג כיון שרצו לחייבו שניהם. והקשה הגרע"א הא מפורש בסנהדרין דבהביא האב עדים והזימום לעיד הבעל נהרגין ולא משלמין אף שרצו לחייב האשה מיתה וממון להפסיד כתובתה. ותיירץ דשם הפסד הכתובה אינו "עונש", דא"כ איך דנים את האשה בשתי רשעויות, אלא הטעם דכיון שזינתה ממילא פקע חיוב הכתובה דאדעתא דהכי לא נתחייב לה וא"כ העדים לא חייבו ב' רשעויות משא"כ במוציא ש"ר שהעדים מחייבים ב' רשעויות.

עוד הקשה הגרע"א דלהלן בסנהדרין שם אמרינן שאם הוזמו עידי האב נהרגים ומשלמין ממון, דמיתה לזה וממון לזה דהיינו שהיו רוצים לחייב את הבעל מאה כסף. ואמאי לא אמרינן שילקו ג"כ, שכיון שרצו לחייב הבעל מלקות וממון יתחייבו הם. ולכן מחדש הגרע"א דכל דברי תוס' רק אליבא דר"מ דלוקה ומשלם, ולכן ס"ל דכ"ש אם הוא מחד קרא דלוקה ומשלם כמו מוציא ש"ר עצמו שהוא המקור להא דלוקה ומשלם. אבל לדין באמת אין לוקה ומשלם אפי' שרצו לחייבו שניהם.

והקשה ע"ז הגרש"ר בשי' מכות עמ' רכב דהרי תוס' כתבו לעיל בד"ה שכן, דבעדים זוממים יש צד חמור משום שמתחייבים אם זממו על מוציא ש"ר ממון ומלקות, ומבואר דגם לרבנן הדין כך. [אך עי' בבית יעקב שמפרש ד' תוס' באופן אחר].

צג) והגר"ח (בסטנסיל) ס"י קיד, תירץ על קו' הגרע"א דחלוק דין מיתה וממון, מדין מלקות וממון. דבדין מיתה וממון הלימוד הוא מלא יהיה אסון, והיינו ילפוטא "דמיתה פוטרת ממון", וזה שייך גם כשזממו לחייב מיתה. אבל הדין דמלקות וממון ילפינן מכדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעויות, ושם אין הגדר דממון פוטר מלקות או מלקות פוטר ממון, אלא הגדר הוא שאין מחייבין ב' עונשין. ובזה ס"ל לתוס' דכיון שהוא זמם לחייבו שניהם כאחד אין ע"ז תורת "ב' רשעויות" אלא הוי כרשעה אחת ולכן חייב. [וכ"כ באבי עזרי פכ"א מעדות בשם הגר"א].

והנה תירוצו מיישב קושית רע"א הראשונה שיתחייבו מיתה וממון, אמנם קושיתו השניה של הרע"א שהעדים ילקו וישלמו אינה מיושבת, דהרי במלקות וממון כתבו תוס' דלוקה ומשלם.

צד) והנה הגרע"א הקשה עוד למה בהא דסנהדרין בהוזמו עידי האב נהרגין ומשלמין, הרי הם רצו לחייב את הבעל גם מלקות [מלבד המאה כסף] והרי קי"ל דלוקה ואינו משלם. [ואף שבעדים זוממים בפירוש ריבתה תורה לתשלומין, היינו היכא דהתשלומין מדין כאשר זמם והמלקות מדין לא תענה, אבל כאן שגם המלקות וגם הממון מדין כאשר זמם הדר דינא דלוקה ואינו משלם] וע"ש שנדחק בזה.

ותירץ האחיעזר (ס"י כא בהג"ה) עפ"ד הבית יעקב להלן ל"ג דבמיתה ומלקות לכו"ע מיתה לזה וממון לזה פטור, ונתבאר באות מח, וא"כ כיון דעידי האב נהרגים משום הזממה שזממו על עידי הבעל, זה פוטר מהמלקות אע"פ דהוי מיתה לזה ומלקות לזה, ואפשר לחייבו רק ממון ודו"ק.

ועפ"ז מיושבת קושית הרע"א על התוס' מהגמ' שם, וכמו שתירץ הגר"ח - דהפטור על המלקות אינו מחמת הממון אלא מחמת המיתה ובה לכו"ע פטור, ובאמת אף בלא דברי הגר"ח מיושב, דכל סברת תוס' רק אם ב' החיובים היו לאדם אחד אבל כאן שהמיתה מחמת הזממה על עדי הבעל והממון מחמת הבעל לא שייכא סברת תוס' כלל ופשוט. ומש"כ תו' דמשכח"ל שיהיו חייבין שניהם במעידים שהוציא ש"ר, היינו באופן שלא באים להזים את עידי הבעל ואינם לפנינו כלל, אלא מעידים בסתם שהוא הוציא ש"ר והעדים שאתם הוציא ש"ר אינם לפנינו, ואז שפיר מחויבים מלקות וממון כשזוממים אותם.

צה) ובעיקר סברת תוס' דברצו לחייבו שניהם מחייבים אותו את שניהם. הובא באות צג ביאור הגר"ח דהטעם משום דנחשב כ"רשעה אחת". ובחזו"א ס"י קל"ה אות ז' מבאר דהטעם משום דאי לא יחייבו את ב' הרשעויות לא מקיים ביה כאשר זמם, שהרי הזממה היתה לחייב ב' רשעויות. [ודומה למש"כ תוס' ל"א א' ד"ה רב אשין]. ולסברא זו ל"ש לומר כתירוצ' הגר"ח ושפיר הקשה הגרע"א, וע"ש בחזו"א שמפלפל בדברי הגרע"א.

וש שביארו עפ"ד הקו"ש - מובא באות צ' - דחיוב העדים זוממים הוא כאילו עובר עליהם אותו חיוב שזממו, וממילא ל"ש בזה פטור ב' רשעויות דהרי הם כאילו הוציאו ש"ר בעצמם שע"ז יש גזה"כ שלוקה ומשלם.

צו) שם בתוס', דהתם ע"כ ניתק הוא לעשה. ובקו"ש אות קיא ביאר דבריהם דתרי גווני איכא בלאו הניתק לעשה. א) דע"י העשה מתקן את הלאו. ב) שהלאו לא מתקן ומ"מ פטור ממלקות משום דאינו דומה ללאו דחסימה, אלא דלסוג פטור השני בעינן שיהא העשה סמוך ללאו ורק אז לא דומה ללאו דחסימה, ועי"ש.

צז) מבואר בסוגיא דחובל בחבירו ובעדים זוממין בפירוש ריבתה תורה לתשלומין. ובפשטות משמע בסוגיא דהא דמשלם ואינו לוקה הוא מדינא דכדי רשעתו. והיינו דהלימוד הוא שאין מענישים אותו ב' עונשים אלא רק אחד, ובעלמא מענישים מלקות וזה פטור ממון, וכאן הדין להיפך דמענישים ממון וזה פטור ממלקות. וכן מבואר ממה שהגמ' בע"א רצתה ללמוד מכאן אליבא דעולא דגם בעלמא כשיש ממון ומלקות משלם ואינו לוקה, וגם למסקנא דילפינן מתחת תחת מוכח שכך הוא גדר הדברים.

אכן באחיעזר ס"י כ"א מחדש דהא דחובל בחבירו משלם ואינו לוקה הוא מדין לאו הניתק לתשלומין ומדייק כן מלשון הרמב"ם פ"ה מחובל ומזיק ה"ג וז"ל "המכה את חבירו הכאה שאין בה שו"פ לוקה שהרי אין כאן תשלומין שיהיה לאו זה ניתק לתשלומין". ומשמע דביותר משו"פ הוי ניתק לתשלומין, [אולם בפט"ז הי"ב מסנהדרין כתב: הואיל והוא חייב לשלם ממון אין אדם משלם ולוקה כמו שביארנו בכמה מקומות. ועי' בחינוך מ' תקצ"ה שכתב בהא דחובל דמשלם פטור ממלקות: ואומר אני שראוי לומר דין זה חידוש הוא שחידשה תורה. ובמנ"ח כתב דאינו יודע איזה חידוש הוא, ובשי' ר' שמואל מכות ס"ק שמ"ט ביאר דיסוד הדין הוא מכדי רשעתו, אבל מעתה עקריה רחמנא למלקות לגמרי ואוקמיה בגדר תשלומין].

עוד רצה לחדש האחיעזר שם דלפ"ז החובל בחבירו ביה"כ והתרו בו, לוקה ומשלם, דתשלומין שיסודם ניתוק הלאו אינם נפטרים מדין כדי רשעתו, ורק תשלומי עונש נפטרים ע"י מלקות [ובזה מיישב קו' המנ"ח - אות פז - דגם כשמשלם בושט יש מלקות שיפטרו אותו. ועי' בחזו"א ע"ס המסכת שם נדפס מכתב מכת"י שדן בדברי האחיעזר ע"ש].

אלא דקשה על דברי האחיעזר מעולא, וע"ש מש"כ דסברתו תליא בעולא ור' יוחנן ע"ש ובחזו"א הנ"ל. אכן באבן האזל כתב בביאור ד' הרמב"ם הנ"ל בפ"ה מחובל, דכוונתו דכיון דבפחות משו"פ אינו ניתק לתשלומין, ממילא גם ביותר משו"פ לא מקרי ניתק לתשלומין דחזינן שהלאו קיים גם בלא ניתוק.

צח) מבואר בפרק ז"ב דחשיב רשע להיפסל לעדות או ע"י רשע דחמס או ע"י עבירה שיש בה מלקות. ויל"ע איך הדין בחובל בחבירו. והנה אם חבל בפחות משו"פ ודאי נפסל לעדות דיש בזה מלקות. אכן ביותר משו"פ עי' בתשובת הבית יוסף [דיני קידושין ס"י ב', הביאו הגרע"א בחו"מ ס"י ל"ד, והעתיק לשונו באחיעזר שם] דפסול משום דלא גרע יותר משו"פ מפחות, ומשמע מלשונו דהוי ניתק לתשלומין ומ"מ נפסל כיון דמשכח"ל מלקות בהאי לאו. אולם בתשובת מהרי"ט אבן העזר ס"י מג משמע דביותר משו"פ לא נפסל ע"ש, ועי' בשי' ר' שמואל מכות אות שמט.



צט) המחנ"א (גזילה א') חקר בהא דגוזל פחות משו"פ אינו חייב בהשבון, האם הוא מטעם מחילה, או דפטור משום דלא ממון הוא לחייבו.

וכמו"כ יש לחקור בחיוב תשלומין של חובל אם בפחות משו"פ לא חל כלל החיוב, או דחל ויש מחילה. והנה הקצה"ח בסי' תכד כתב דכל היכא דחייב ממון ומחל ליכא מלקות [ונתבאר באות פב, ועיי' שיש חולקים]. וא"כ צ"ע למה בחובל בפחות משו"פ יש מלקות. אע"כ דלא חל חיוב. ובאחיעזר (שם) דן דכיון דאין ב"ד נזקקין לפחות משו"פ אי"ז רשעה המסורה לב"ד, ולפ"ז אי"ז [וכמו דכרת אינה פוטרת כיון דאינה מסורה לב"ד כמבואר רפ"ג דמכות]. ובאחיעזר ח"ב סי' פ' דן דפחות משו"פ לא מקרי "רשעה". ועיי' בלשון הריטב"א מכות ח' ב': כגון שהכהו הכאה שאין בה שו"פ, פי' שאין בה דין ממון, שאילו הוה בה שו"פ וכו' ובפירוש רבתי תורה חובל בחבירו לתשלומין ולא למלקות כל היכא דאית ביה תשלומין דשו"פ עכ"ל, ומשמע קצת דעל פחות משו"פ לא חידשה תורה ד"ז, כ"כ הגרש"ר במכות שם, וי"ל.

ק) היכן ריבתה תורה עדים זוממין לתשלומין. הקשו תוס' הא מכאשר זמם משמע בהדיא דמתחייב ממון, ותימצו דיש לאוקמיה לקרא במיתה ומלקות. ובשטמ"ק בשם שיטה ישנה תירץ דהו"א דהנ"מ בדלא אתרו ביה אבל באתרו ביה ילקה ולא ישלם, והשטמ"ק הקשה דבעדים זוממים ליכא התראה כלל ולי"ש לחלק בהו בין אתרו ללא אתרו.

והגרש"ר (מכות סי' א') מיישב ע"פ המאירי במכות ד' א' דסובר דלרבנן אין כלל מלקות על לא תענה משום דהוי לאו שאין בו מעשה [ור"מ דמחייב ס"ל דלאו שא"ב מעשה לוקין עליו] וצ"ע דהא ילפינן מוהרשינו דיש מלקות במעידין על ב"ג, ובעכצ"ל דבמעידין על בן גרושה הוא מגדר הזמה, והוי כעין כאשר זמם ע"י המלקות ובה התחדש שלוקין על לאו שאין בו מעשה. אבל באופן שיש כאשר זמם ממש הדר הוי הלאו ככל לאוי ואין לוקין עליו. ולפ"ז השתא דקיימין במה שענו חכמים לדבריו דר"מ דכל הלוקה אינו משלם, והיינו דהמלקות משום הלאו דלא תענה שהוא ככל לאוין שבתורה [וס"ל לאו שא"ב מעשה לוקין עליו] א"כ בזה לא נתחדש שא"צ התראה, ורק במקום התראה איכא ללאו. [ועיי' שיישב בעוד אופן]. ומדברי תוס' שלא תירצו כן מוכח דעל הלא תענה א"צ התראה אפי' כשאנו בתורת זממה.

קא) כתב הרמב"ם פ"כ ה"ח מעדות דאם העידו על שורו שהרג את הנפש והוזמו לוקין ואין משלמין כופר. והקשה הקצה"ח (סלי"ח סק"ג) הרי הם זממו להפסידו את השור, ובעדים זוממין הרי הדין דמשלם ואינו לוקה. וכתב הקצה"ח דאה"נ שאינו לוקה אלא דהרמב"ם מיירי באופן שאין השור בסקילה [והא"ש שם הוסיף די"ל דמיירי שכבר נתחייב סקילה קודם] ואז לוקים.

והגר"ז בכתבים ריש סוטה כתב לחלק דרק במקום שעל אותה עדות חייב ממון הדין הוא דמשלם ואין לוקה אבל כאן יש ב' עדויות, אחת על שחיבו את בעליו כופר, ואחת על שהפסידו לו את השור, ובכה"ג לוקה על הך עדות דכופר וממילא נפטר מלשלם על השור.

אכן הקשה הגר"ז ממש"כ הרמב"ם שאם העידו על קנוי וסתירה וטומאה, והוזמו, משלמין על הפסד הכתובה ואין לוקין, הרי דגם כשהוי ב' עדויות - חדא על שהיא אסורה עליו שע"ז לוקה וכמש"כ הרמב"ם פכ"א ה"א - ועוד עדות על הפסד הכתובה, אפי"ה משלם ואינו לוקה.

והנה לעיל אות צד הובא מש"כ הגרע"א דאם גם הממון וגם המלקות מדין "כאשר זמם" - היינו שזממו לחייבו מלקות וממון, ליכא בזה לכללא דבפירוש ריבתה תורה לתשלומין, וביאור הדברים דהריבוי הוא להעדיף את "כאשר זמם" על ה"לא תענה" ולא נאמר להעדיף "ממון" על "מלקות" ודו"ק.

ולפ"ז כ' הגרש"ר (מכות סי' א') דיש לחדש עוד, דהנה באות ק' הובא דיש שני דינים במלקות, דב"ג המלקות משום דיני הזמה, ובאופן שחייב ממון המלקות משום הלאו ובעיני התראה. ולפ"ז י"ל דבמלקות דבן גרושה שהם בגדרי כאשר זמם, בזה הדין דלוקה ואין משלם וכסברת הגרע"א, משא"כ בעידי קינוי וסתירה וטומאה שהמלקות משום הלאו ולא מדין כאשר זמם [ובצפנת פענח כתב דצריך בזה התראה] בזה הדין דמשלם ואינו לוקה. ועיי' שהאריך בזה.

דף לג ע"א

קב) תוד"ה אלא, עי' ברע"א שהעיר דלכא' לא כאן הוא מקומה של קושיא זו, דהרי עצם הדין דנאמנים להעיד על ב"ג הוא משנה מפורשת ברש מכות, וכאן הביאה הגמ' ד"ז רק אגב אורחא למצוא היכי תמצא שיהיה מלקות. וכתב הגרע"א דהו"ל לתוס' להקשות להו"א דעדים זוממים לוקין ולא משלמין [וקרא דכאשר זמם מיירי במיתה וממון] א"כ לא יהיו נאמנים בממון דהו"ל עדות שאאי"ל. וכתב הגרע"א דגם זה יהיה מתורץ בתירוצם. ובמכות תירצו תוס' עוד תירוצ' דהיכא דלי"ש כאשר זמם ליכא לדינא דעדות שאאי"ל, והקשה הגרע"א בגליון הש"ס במכות על התירוצ' השני דבהמשך הסוגיא יש צד דעדים זוממין צריכין התראה למלקות, ונמצא דאם לא יתרו בו משכח"ל כאשר זמם, וא"כ כשיתרו יהיה זה עדות שאאי"ל, ותירוצ' התוס' ל"ש בזה כיון דמשכח"ל איזה אופן שיהיה בעדות כזו כאשר זמם.

והנה בקוב"ש אות צג כתב [בביאור דברי הרמב"ן ריש מכות] דהיכא דעבדינן החומרא נקרא שקיבל גם את העונש הקל, דבכלל מאתים מנה, ולפ"ז מיושבת קו' הגרע"א דזה שפיר מקרי כאשר זמם אם לוקים ואין משלמים. [ועיין בהפלאה ל' ב' שדן ליישב קו' הפנ"י גבי בא על בתו בתו מ"ט נפטר והא הממון לאב והנפשות מחמת הבת, ולשי' רש"י הו"ל ממון לזה ונפשות לזה. ותירץ ההפלאה דמ"מ גבי העדים איכא ממון ונפשות לחד היינו הבע"ד שהעידו לחייבו וממילא יפטרו מממון משום קלב"מ והו"ל עדות שאאי"ל לז' ממון ולכן נפטר. ובהגהות ברוך טעם הקשה דא"כ הו"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, והביא מדברי הר"ן בסנהדרין ט' דמוכח מזה דלגבי העדים נחשב כהזמה במה שחייבים מיתה אף שרצו לחייב מיתה וממון. ועיי' בענין זה בשי' ר' שמואל מכות אות מ.

קג) בתירוצ' התוס' כתבו דבמעידין על טריפה לא אפשר לקיומי כאשר זמם בשום דבר לא במלקות ולא במיתה דגברא קטילא בעו למיקטל. והנה משמע מתוס' דאם היה אפשר לקיים במלקות היה זה נקרא עדות שאתה יכול להזימה גם כלפי מיתה, ובתוס' במכות כתבו דמלקות לא מהני למיתה, ע"ש שהוכיחו כן מעידי נערה המאורסה דלא חשיב עדות שאילה"ז ע"י המלקות, ובתוס' שאנץ שם כתב דה"ה בטרפה לא מהני המלקות לגבי המיתה, ודלא כתוס' דידן. והא דפליגי תוס' דידן ע"ז, עי' באו"ש פ"כ ה"ח מעדות שנקט דתוס' דידן סברי דלעולם מהני מלקות על נפשות. [וליישב הקו' מעידי נערה המאורסה, עיי' באו"ש משכ"ב, ועי' בשי' ר' שמואל מכות סי' א' עוד אופנים בזה]. והגרש"ר שם כתב די"ל דכיון דהדרשה דבנפשות לא מהני מלקות היא מקרא דנפש בנפש, א"כ טריפה שאינו נפש ל"ש ביה הך דרשא.

ובעיקר סברת תוס' דידן דבמחייבים את הטרפה מיתה אין מלקות צ"ב, דהרי מ"מ מטילים עליו עונש ולמה לא ילקו ע"ז. והנה הנ"ב אבהע"ז סי' ע"ד הוכיח מהתוס' דעדים שהעידו לפסול אדם אין לוקין ע"ז דאין כאן והרשינו את הצדיק דאינו נחשב בע"ד ע"ז דמה מחסרו במה שנפסל לעדות. [דאל"כ היה מלקות מחמת הפסול שמעידין שהוא רצח]

וכעין סברת הריב"ש בש"ך סי' לח דמקבלים עדות לפסול שלא בפניו מה"ט. [ונתבאר בדף כ']. אכן בהגהות הגדול ממינסק על הנו"ב תשובה ע"ב דחה, דהפירוש בתוס' הוא שאין מלקות מפני שנאמר לא תענה ב"רעד", וטריפה הוא כקטילא ולא הוי רעד. ולפי"ז באדם בריא י"ל דגם על הפסול יש מלקות. ולעומת זאת בטריפה גם אם מעידים שחייב ממון אין כאשר זמם. ולדברי הנו"ב הדין להיפך.

קד) רבי אלעזר אומר עדים זוממין ממונא משלם מילקא לא לקי משום דלאו בני התראה נינהו וכו'. עיי' בשטמ"ק שמדייק מדברי רש"י ד"ה דלאו, דכל דברי ר' אלעזר הם רק לרבא, אבל לפי אביי אפי' למסקנתו דגז"ה הוא דלוקין בלא התראה ל"ש דינא דר' אלעזר. אכן הרא"ה כתב דדברי ר' אלעזר קיימי בין לרבא ובין לאביי, דגם לאביי בתר הגז"ה כדלוקה י"ל דכיון דהוא חידוש עדיף טפי לחייבו ממון.

ובדעת רש"י כתב השטמ"ק דלאביי כיון דגז"ה הוא לחייבו מלקות אף בלא התראה, י"ל דכיון דהחמירה תורה לעונשו מלקות בלא התראה כמו"כ תחמיר עליו התורה לעונשו מלקות החמורים ולא ממון הקל. [וצ"ב דגם לרבא דאין אפשרות להתרות יש גז"ה כשחייב מלקות מוהצדיקו, ומ"ש רבא מאביי וצ"ת].

וברע"א כתב הסבר אחר, דהנה אביי יליף לקמן על ב"ג וב"ח ממשפט אחד, ופרש"י דכיון דברוב עדים זוממין ליכא התראה גם בבן גרושה אין צריך התראה. וכ"ז נחא אם איכא קרא מפורש דמשלם ואינו לוקה. אבל אם נימא דאביי ס"ל דאין גז"ה כבעדים זוממין, א"כ דילמא קרא דכאשר זמם מיירי רק בזוממין עליו מיתה, אבל בזוממין ממון לוקה ואינו משלם, וא"כ רוב העדויות הם עדויות של מלקות דלא תענה, וצריך בהם התראה, ובע"כ דאביי לא סבר כר' אלעזר. וצ"ב.

קה) כתב רש"י דאע"ג דבב"ג וב"ח לוקה בלא התראה, מ"מ היכי דאפשר לעונשו ממון שאינו טעון התראה עדיף להענישו עונש זה. והקשה המהרש"א דא"כ במחייבין ממון ומיתה נימא ג"כ דיענשו ממון ולא מיתה [ולכא"ו כוונתו דבסנהדרין ט' מבואר דנהרגין ואין משלמין]. ותירץ המהרש"א דכל נידון הגמ' רק על מלקות דלא תענה, אבל בעונש הבא מכח כאשר זמם א"צ התראה.

והקשה ההפלאה דהא זו היא סברת אביי למסקנא, אבל כאן עדיין לא סברה הגמ' דבעונש הבא מכח כאשר זמם א"צ התראה. ותירץ הבית יעקב דכל דברי המהרש"א קיימי לרבא דס"ל דאין אפשרות להתרות, וא"כ בע"כ דקרא דכאשר זמם במיתה קאי בלי התראה, וכל הנידון בסוגיא הוא רק על לאו דלא תענה. אבל לאביי שיש אפשרות להתרות, בזה נתחדש רק במסקנא שאפשר להעניש בלי התראה ע"ש.

קו) אמר רבא תדע ניתרי בהו אימת ניתרי בהו מעיקרא אמרי אישתלין. הקשו תוס' דהא זה הוי התראת ספק דאין אנו יודעים אם מעידין שקר. ותירצו דדין התראת ספק הוא ביחס למותרת אבל א"צ שהמתרה יהיה ודאי. אכן יעוי' בתוס' שבועות ל"ז א' שהביאו שיטת רש"י שם הסובר דגם אם המתרים הם בספק לא הוי התראת ודאי וכ"ה בתוס' הרא"ש שם. והתוס' הקשו ע"ז מסוגיתנו. ועיי' אות קיב ליישוב על שיטת רש"י.

קז) ניתרי בהו בשעת מעשה פרש"י ולא מסהדי. הנה מבואר בסנהדרין מ"א: דצריך להתרות דוקא תוך כדי דיבור לעבירה, ולפי"ז צריך לומר דכוונת הגמ' "בשעת מעשה" היינו תכ"ד לעדות. אכן יעוי' בר"ן פ' כל הנשבעין (כ"ח ב') שהביא קושית הרשב"א היכי משכח"ל שבועת העדות שיתחייבו עליה במזיד, הא לעולם י"ל דהיה בשוגג ששכחו בעדות. ותירץ הר"ן: ולדידי לא קשיא דכל שהיה העדות קרוב כל כך דא"א לתלות בו שכחה לא אמרין דילמא אשתלי, דבפי אלו נערו דאמרין גבי עדים זוממין נתרי בהו אימת וכו' אלמא כל שיש לתלות בו שכחה קרינא ליה מעיקרא וכל שאין לתלות בו שכחה קרי שעת מעשה, עכ"ל.

ומבואר מדברי הר"ן דא"צ דוקא תכ"ד [וכן הוא פשוט לשון הגמ'] אכן צ"ע כנ"ל מהגמ' בסנהדרין דכל התראה צ"ל תכ"ד, וכבר תמה בזה התיבות (סי' ל"ד סק"ג). ועיי' אות קיב ליישוב לזה.

קח) והרשב"א בתשובה (ח"א סי' תרע, מובא בב"י סי' ל"ד) כתב באחד שהעידו עליו שעבר על השבועה ואמר שוגג אני אינו נאמן שא"כ אין לך חשוד אפי' בשבועת העדות שיכול לטעון שכחתי וסבור שכן היה וכדאמרין פרק אלו נערו עדים זוממין ממונא משלמי מילקא לא לקי משום דלאו בני התראה נינהו אמר רבא תדע ניתרי בהו מעיקרא אמרי אשתלין, עכ"ל. וקשה על דבריו בתרתי. חדא דבסוגיא מבואר דחיישינן שמא שכח והרשב"א כתב דלא חיישינן [וכך הקשה התומים סי' צ"ב סק"א], וביותר קשה דהרשב"א הביא ראיתו מהסוגיא, והיא ראייה לסתור, דכאן חזינן שחוששים שמא שכח, וכך הקשה הקצה"ח (סי' כ"ח סק"ח).

והנה התומים תירץ על קושיתו דחלוק דין התראה מדין מזיד, דמספק לא מלקינן, אבל מ"מ הוא נפסל לעדות ע"פ הפשטות שלא שכח. אכן אכתי קושיא השניה במקומה עומדת. ובנתיבות (סי' כח סק"ח) דחק דכוונת הרשב"א רק להביא ראייה דמשכח"ל שכחה לגבי התראה, ואם נשוה דין התראה לדין מזיד א"כ תמיד יטעון ששכח, ולא משכח"ל חיוב שבועת העדות, ובע"כ דחלוק דין התראה מדין מזיד וכדברי התומים.

והקצה"ח מיישב, דהנה צ"ב איך עדים זוממין חייבים בלא התראה, אטו עדים זוממין ששגגו חייבין, פשיטא דפטורין, אע"כ דבאמת אין חוששין לשכחה ואפשר להתרות בהם קודם. ומה שמבואר בסוגין דאמרי אשתלין, משום דגבי התראה איכא גז"ה מסוימת, דהנה ר' יוסי בר' יהודה ס"ל דחבר א"צ התראה לפי שלא נתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד, [סנהדרין ח:]: ואנן קי"ל כרבנן ואף חבר צריך התראה. ובטעמא דמילתא נקט המ"מ (פ"א ה"ג מאיסור"ב) והכס"מ (פ"ב מסנהדרין) דהוא בשביל להודיעו את המציאות, כגון שזה חלב. אכן מלשון הרמב"ם לא משמע כן, וביאר הקצה"ח דהוא גז"ה כבהתראה דבעינן בירור גמור וכל שיש צד רחוק ששכח אי"ז התראה, וזהו גז"ה כדין התראה, [ועיי' אות קיז במש"כ מהרש"ל] ולכן אם היה ביותר מכדי דיבור לא מהני כיון דיש צד רחוק ששכח, ובעדים זוממין ליכא לגז"ה כזו, אך עכ"פ מדחייבין ש"מ דבעלמא מקרי דבר זה מזיד ולא שוגג, ודו"ק.

אכן במאי דפשיטא ליה לקצה"ח דעדים זוממין אין חייבין בשוגג, מפורש בתוס' סנהדרין ס"ה ב' דלא כוותיה, דבגמ' שם ממעטינן דעדים זוממין פטורין מקרבן, והקשו תוס' מ"צ קרא הא אפי' בשוגג מקטלי כיון דא"צ התראה [והעיר זאת בקו"ש אות קט]. וכן מבואר ברמב"ם (הביאו הקצה"ח שם) פ' כ' מהלכות עדות ה"ד וז"ל "ואין לעדים זוממין שגגה לפי שאין בהן מעשה", ומבואר דגם בשוגג חייבין. ויבואר להלן אות קיב.

קט) ניתרי בהו לבסוף מאי דהוה הוה. פרש"י דאין חוזרין ומגידין. אכן ברשב"א בשם הראב"ד וכן ברא"ה מבואר דכיון דבלא ההתראה הו"ל עדות שאא"ל שוב ההתראה היא גמר העדות ויכולין לחזור בהם כ"ז שלא התרו כמו עדות שלא

נגמר דינה. ומאי דאיתא בגמ' מאי דהוה הוה פ"י הראב"ד דיכולין לומר שכחנו מה שהעדנו. [ואע"ג דצריך שיתיר עצמו למיתה, ע"י בחז"א חו"מ ליקוטם סי' כד לדף ל"ז דמצי למימר להכעיס התרתי עצמי]. ועי' ברע"א שנתקשה בדברי רש"י למה חולק על הראב"ד, הרי כ"ז שלא נגמר הדין יכולין לחזור בהם [כמו שהביאו התוס' סנהדרין ל"ב ב' מהתוספתא. וכן פסק הרמב"ם פ"ג מעדות ה"ה]. ועיין בבית יעקב שמיישב דגם קודם שהיו עדות שאתה יכול להזימה א"א לחזור בהם, והוכיח כן מתוס' פסחים י"ב א' דא"א לחזור בו אפי' קודם דו"ח ע"ש, ולכא"ו זה סתירה לתוספתא הנ"ל וכן נקט התומים סי' כ"ט סק"ד, ועי"ש בנתיבות בסי' הנ"ל שמחלק, וסתר משנתו למש"כ כאן]. ועי' בקה"י סי' לה שדן לחלק בין דו"ח לבין דין עדות שאמ"ל, ע"ש.

והגרע"א תירץ דכאן הוה עדות שאתה יכול להזימה, שהרי אם פטור ממלקות ממילא יתקיים הכאשר זמם בממון דחייבי מלקות שוגגין חייבין. והא"ש (פ"ג מעדות) כתב דחוק הוא לומר דדברי הגמ' קיימי רק על ממון. וע"ש משכ"ב. ק"י והנה מדברי הגמ' מוכח דמהני התראה לאחר מעשה [וכל קושית הגמ' רק מדין א"ח ומגיד כמשי"כ רש"י או משום ששכחו את העבירה כמשי"כ הראב"ד]. אולם בשטמ"ק בשם שיטה ישנה מפרשים דבאמת קושית הגמ' דל"ש התראה אח"כ כ"ן דכבר עשו את האיסור ומאי דהוה הוה, ודבריו צע"ג, שהרי אביי אמר דמהני התראה תכ"ד, אלמא דאפשר להתרות גם אחר שהעידו, ועמד בזה בקה"י סי' לו.

והנה בעיקר הא דמבואר בגמ' דמהני התראה לאחר מעשה הקשו בקה"י שם ובחי' הגרש"ש סי' לט, מסוגיא דמכות ט"ז דלמ"ד בטלו ולא בטלו א"א להתרות בשעת הביטול שאינו אלא כתנאי החיוב ולא עצם המעשה המחייב, וא"כ איך כאן אפשר להתרות בזמן שיכולים לחזור בהם, הרי מ"מ האיסור היה קודם. והריטב"א שם חולק וסובר דלמ"ד בטלו ולא בטלו אפשר להתרות בזמן הביטול, ומפרש טעמא דמילתא משום שזהו גמר העבירה ומגוף העבירה הוא, ולכא"ו גם לפ"ד לא א"ש דכאן אי"ז חלק מגוף העבירה. והגרש"ש כתב דלפ"ד הראב"ד והרא"ה - אות קט - דע"י ההתראה נגמרת העדות דע"י הו"ל עדות שאתה יכול להזימה, י"ל דזה חלק מגוף העבירה, אך לפ"מ שהוכיח הגרע"א שרש"י חולק ע"ז קשה כנ"ל.

והגרש"ש הביא מדברי העמודי אור (סי' צ"ח) דכל עדות אינה נגמרת אלא אחר כדי דבור, והיינו דבעצם זה שעומד בדבור תכ"ד לעדות זהו גופה של עדות, [ומחדש עפ"י דאם נפסלו העדים תכ"ד העדות פסולה] ולפ"ז א"ש סוגין. ומעתה מיושבת היטב שיטת השיטה ישנה, דחלוק דין חזרה אחר כדי דבור [מדינא דהראב"ד דלא נגמרה עדות] שבוזה לא מהני התראה וכסוגיא דמכות, מדין חזרה תכ"ד שזהו גופה של עדות ודו"ק.

ק"א ובקה"י תירץ דכל הלאו דלא תענה הוא רק באופן שעדותו מתקיימת בב"ד, [וברמב"ן במלחמות סוף סנהדרין כתב דהמעיד חצי דבר לא עבר בלא תענה] ולפ"ז עיקר האיסור הוא ע"י שעושה שתתקבל בב"ד ולכן תלוי במה שעושה זאת לעדות שאתה יכול להזימה. אכן יעוי' בחי' הגרש"ש שהוכיח מתוס' בשבועות שגם בכה"ג שע"י הגמר עושה חיזוק על העבר לא מהני התראה, [ואולי יש לחלק דכאן הוא עצם האיסור, ומה שהביא הגרש"ש מיירי בתנאי האיסור שעושה אותו חפצא דאיסורא למפרע].

ק"ב והגרש"ש כתב לחדש דהנה בדין התראה מצינו ב' דינים, א) התראה לעשותו למזיד. ב) שיתיר עצמו למיתה. ומחדש הגרש"ש דלענין ההזדה לא מיירי כלל בסוגין, ולעולם מקרי מזיד, והטעם דמה שהענישה תורה עד שקר אינו מפני עבירת הלאו, אלא על מה שהרשיעו נגד מדות האנושיות אף אם לא ידעו את חומר האיסור שאסרה תורה ומה"ט אין לעדים זוממין שגגה. והנידון בגמ' הוא רק בדין יתיר עצמו למיתה דבזה י"ל דלכו"ע מהני ההתראה כ"ז שהוא יכול לחזור בו, דכל דברי הראשונים במכות הם לענין לעשות שיעבור את העבירה במזיד וזה ודאי דתלוי אם היה מזיד בשעת העבירה, אבל לענין התרה למיתה כל שאפשר לתקן ולא תיקן הרי תתיר עצמו למיתה.

עוד חידש הגרש"ש דלענין יתיר עצמו למיתה מהני גם התראת ספק, דהרי כאן לעולם הוה ספק שמא לא יזימוהו ולא יתחייב מיתה [דההזמה יוצרת את החיוב מיתה ובלא הזמה אף שהעיד שקר לא חייב כלום]. ובע"כ דלדין יתיר עצמו למיתה סגי בהתראת ספק, עכ"ד.

ולכא"ו מתוס' ד"ה ניתיר סתירה לדבריו, שהרי הקשו בסוגין דהוי התראת ספק, אלא דיש להסתפק אם ס"ל דסוגין מיירי לענין יתיר עצמו למיתה ואפ"ה יש בזה חסרון דהתראת ספק. או דס"ל דלא כהגרש"ש אלא דסוגין מיירי לענין לעשותו למזיד, ולכן התראת ספק ל"ש התראה, אבל לענין יתיר עצמו למיתה י"ל דמודים להגרש"ש. ועכ"פ מדברי הגרש"ש עולה לנו תירוץ על רש"י בשבועות - אות קו - דבשבועות מיירי על התראה לענין מזיד, וכאן מיירי על התראה לענין יתיר עצמו למיתה ובוזה מהני התראת ספק [או ד"ל דביתיר עצמו למיתה לכו"ע מהני שהמותרה יודע בודאות].

ולדברי הגרש"ש יש ליישב ש"י הר"ן - אות קז - דבסוגין א"צ דוקא תכ"ד וסגי בזמן קרוב שלא ישכח, ד"ל דכל דברי הגמ' בסנהדרין מא: שצריך להתרות תכ"ד הוא לענין דין מזיד, אבל בדין יתיר עצמו למיתה סגי בזמן שלא ישכח. ק"ג בגמ' מי איכא מידי דאינהו בעו קטיל בלא התראה וכו'. וברמב"ם (פ"כ ה"ד מעדות) כתב: ואין לעדים זוממין שגגה לפי שאין בהן מעשה. והראב"ד השיג: א"א זה הטעם לא ידעתי מהו ואם מפני שאמר הכתוב תורה אחת יהיה לכם לעושה בשגגה א"כ מגדף לדעת חכמים לא יהיה צריך התראה.

ובקושית הראב"ד מונח ב' קושיות. א' מהו עיקר הטעם. ב. דבגמ' מבואר טעם אחר. והוסיף הראב"ד דאם מהגזה"כ ילפינן להך דין דבמה שאין מעשה א"צ התראה א"כ גם במגדף שאין בו מעשה לא יצטרכו התראה. וע"ש בכס"מ ובלח"מ.

והגרש"ש כתב ליישב ע"פ הנ"ל דהרמב"ם מיירי לגבי הדין התראה לעשותו למזיד, וע"ז כתב "שאין לעדים זוממין מעשה" - פירוש שאין בהם "מעשה עבירה", אלא רק משום ה'רשע שזממו על אחיו ולכן א"צ התראה, והגמ' מיירי לענין יתיר עצמו למיתה.

ובקו"ש אות קז פ"י דברי הרמב"ם דגם כוונת הגמ' וגם כוונת הרמב"ם לאותו יסוד, שעדים זוממין אין חייבין על המעשה שעשו, אלא כאילו יורשים דמקבלים את הדין של הדבר שעליו העידו, ולכן א"צ התראה, ע"ש. [ועי' אות צ].

ק"ד תוד"ה וניתרי. כדאמרין במכות דאפי' מעידין מאה בתכ"ד אם נמצא אחד קא"פ עדותן בטלה. והקשה הקו"ש הא י"ל דאין האחרון פוסל את הראשון, אלא כ"א פוסל את העד שהעיד סמוך לו בתכ"ד, והוא פוסל את שלפניו וכן כולם כ"א פוסל את הסמוך לו ואחר שהוא פוסל גם הסמוך לו נפסל. ע"ש משכ"ב. ועי' בשי' ר' שמואל מכות אות רסו. שו"ר שכבר עמד בזה הגאון רבי משולם איגרא בשו"ת איגרא רמה אבהע"ז סי' כ"א ע"ש.

קטו) בגמ' אלא מעתה ב"ג וב"ח וכו'. מבואר להדיא דגם ב"ג וב"ח א"צ התראה. אולם בתוס' שאנץ ב"ק ע"ד מבואר דצריך התראה ע"ש, וכבר תמה בזה האבני"מ סי' ז' סק"ז. ועיין במפתחות לאבני"מ מחתנו של האבני"מ שהאריך בזה, ויסודו דרך אם המלקות דב"ג הם דין מחודש - דלוקה על לאו שאין בו מעשה - אז אמרין דזה מפרשת כאשר זמם והוקש במשפט אחד. אבל למי"ד לאו שא"ב מעשה אין לוקין עליו אין שום חידוש בב"ג וב"ח והוי מלקות כמו על כל לאו ול"ש ע"ז ההיקש וצריך התראה. ולפי"ז מיישב דהתוס' שאנץ איירי אליבא דר' יהודה דסי"ל לא שא"ב מעשה לוקין עליו ע"ש.

אולם במאירי מכות ב' ב' מבואר דיש סוברים שמלקות על ב"ג צריכין התראה כיון שאינם מפרשת כאשר זמם ול"ש בהו טעמא דאמר בכתובות דאינהו בעו למיקטל בלא התראה. והמאירי נחלק שמ"מ זה במקום כאשר זמם ע"ש. ומוכרח דלא גרסו בסוגיתנו את כל קושיית רב סמא, ועי' בשי' ר' שמואל מכות סי' א' שהאריך בכ"ז.

קטו) תוד"ה אלא, צ"ב דדבריהם גמ' מפורשת בסנהדרין ומאי בעו בכל הדיבור. ועי' בבית יעקב משכ"ב. [ובתוך דבריו מבואר דבמלקות ומיתה פטור אפי' במיתה לזה ומלקות לזה, ונתבאר באות מח צד, אמנם יעוי' בגבוי"א מכות ד' ב' דנקט שבממון לזה ומלקות לזה חייב וזה לא מתאים להסבר האחיזתו - באות מח - שהדבר תלוי אם ילפינן מכדי רשעתו או מלא יהיה אסון שהרי ממון ומלקות ילפינן מכדי רשעתו וצ"ל דהגבוי"א פליג על הבית יעקב, וכבר הובא באות צד שהגרע"א פליג על הבית יעקב, ועי' בשי' ר' שמואל מכות אות רט שבמבאר דברי הבית יעקב באופן אחר.

ובשטמ"ק בסוגין מבואר להדיא דלא כבית יעקב, ע"ש בד"ה ואיכא למידק. קיז) בגמ' ומותרה לדבר חמור הוי מותרה לדבר הקל. הקשה מהרש"ל נהי דהוי מותרה לדבר הקל מ"מ כאן דילמא לא ידע כלל שיש איסור בהכאה [ובשלמא הפלוגתא דמותר הלדבר חמור משכ"ל כשהתירו בהם מיתה חמורה והורגים אותם על אותה עבירה עצמה במיתה קלה וכדאיתא בסנהדרין פ' א' אבל כאן שהיא עבירה אחרת צ"ע]. ותירץ מהרש"ל דכל דין התראה בחבר הוא רק כדי שיתיר עצמו למיתה, אבל את עצם האיסור הוא יודע מעצמו, ולכן לענין היתיר עצמו למיתה סגי בשהתיר עצמו לדבר החמור. [ועיין אות קח שהקצה"ח ביאר דצריך להתרות משום האיסור עצמו, ולפי"ז צ"ע בקושיית המהרש"ל. ועי' אות קיט בשם הגרש"ר].

דף לג ע"ב

קיח) אלמלאי נגדוה לחנניה מישאל ועזריה הוו פלחין לצלמא. הראשונים הביאו בשם רש"י דזה בתמיה, אטו הוו פלחין לצלמא. ושיטת ר"ת דאותו צלם לא היה ע"ז ממש, ולכן מעיקר הדין מותר להשתחוות, ורק משום קדוש ה' לא השתחוו, ובמקום יסורים היו עוברים. ושי' ר' אליעזר בשטמ"ק דבאמת דין יהרג ואל יעבור הוא רק במיתה, אבל ביסורים יעבור ואל יתייגר.

קיט) אלא לרבי דאמר ממון מאי איכא למימר. פרש"י דדילמא מיירי בלא אתרו ביה אבל באתרו ביה אימא לוקה ולא משלם. והקשה הגרע"א דהא לרבי דנתכוון לזה והרג את פטור, א"כ ה"ה לגבי מלקות של חבלה כיון דנתכוון לזה וחבל בזה פטור, ואפי' בהתירו בו הוא פטור. ובקו"ש תמה ע"ד, דכל דינא דנתכוון להרוג א"ז והרג א"ז פטור, הוא דין מסוים בחיוב רציחה, וילפינן לה מדכתיב וארב לו וקם עליו, - עי' סנהדרין עט - ומה שייך דין זה בחבלה.

ובישוב דעת הרע"א צ"ל דסי"ל דאיסור רציחה ואיסור חבלה מישך שייכן זב"ז, ועיין בשי' ר' שמואל מכות עמ' שנ שהוכיח כן מסוגין דחשיב לה מותרה לדבר חמור הוי מותרה לדבר הקל אע"פ שהו' ב' אסורין ויש לזה שם התראה אחד, [ואולי מיושב בזה קו' מהרש"ל - אות קיז - אפי' לגבי התראה לדין מזיד] וממילא כיון דהוי אותה פרשה יש בזה גם את הפטורים של רציחה ונתכוון לחבול בזה וחבל בזה פטור. [ועיין בקונטרס בעניני קלב"מ סי' ה' משכ"ב].

קכ) אלא אמר ר' יעקב אם יקום והתהלך בחוץ וכו'. והנה הגמ' בסנהדרין עד. הקשנה בכל רודף למה פטור בשיבר את הכלים, ובתחילה סברה הגמ' משום דמיתה לזה וממון לזה פטור, ובמסקנא שי' ר"ת דהפטור משום דבאמת מיתה לזה וממון לזה פטור, ושיטת הריצב"א דשם מקרי מיתה וממון לאחד - עי' בזה בתוס' לעיל ל"א א'.

והנה בהגהת משנה למלך פ"ח ה"י מחובל הביא בשם הלבוש דהרודף אחר חבירו להרגו ויכול להצילו באחד מאבריו דמ"מ הנרדף יכול להרגו אף שיכול להצילו באחד מאבריו. ולדבריו צ"ל דהא דמשני בסנהדרין על הדין דלא יהיה אסון דמיירי ביכול להצילו באחד מאבריו [דאל"כ פטור מדין רודף] אע"ג דהנרדף מותר להרגו מ"מ אינו נפטר מדין קלב"מ דהוי מיתה לזה וממון לזה. אכן כ"ז א"ש לשיטת ריצב"א, אבל לר"ת דלמסקנא מיתה לזה וממון לזה פטור נסתרו דברי הלבוש וצ"ל דהלבוש כ"כ לפי הריצב"א.

אכן הקשה הגרע"א דמסוגיתנו מוכח דלא כלבוש שהרי כאן הרודף והחבלה הם באדם אחד, ואפ"ה אין קלב"מ משום הרדיפה, ובע"כ דהנרדף אסור להרוג אם יכול להציל באחד מאבריו. [ועיין בפלפול הגרש"א שנדפס בחי' רע"א, ועיין בחי' מרן רי"ז הלוי ה' רוצח משכ"ב, ועי' בשי' ר' שמואל מכות אות שפ בענין זה]. ועיין בדברי יחזקאל סי' כג שמחלק בין דין רודף שהוא חיוב מיתה, לבין הא דהנרדף יכול להציל שהוא רק רשות להרגו, ובזה אין קלב"מ. והרע"א לשיטתו בריש פרקין דגם בבוועל ארמית יש קלב"מ. ועי' בארוכה.

קכא) תוד"ה דילמא. וטעמא דגבי גלות אשכחן מילי טובא דפטור כגון דרך עלייה וכו'. לכאוי זה דלא כדברי הרמב"ם פ"ו הי"ב שגדר הפטור בדרך עליה משום דהוי כאונס וכמו פלא הוא, דלפי"ז לכאוי אין להוכיח דיש קולות בדרך עליה, אלא דבכה"ג אי"ז שוגג, וי"ל.

ובתוס' סנהדרין ע"ט ב' ד"ה בין, גבי תנדיב"ח מה מכה בהמה לא חילקת בין דרך ירידה לדרך עליה לפוטרו ממון אלא לחייבו ממון, אף מכה אדם לא תחלוק בו לחייבו אלא לפוטרו. ביארו תוס' דאתא לאשמועינן דכמו דרך עליה דלא נתנה שגגתו לכפרה דלא שקלינן מיניה ממונא וליפטריה ה"נ דרך ירידה אע"ג דנתנה שגגתו לכפרה, ולפטור מזיד נמי אצטרך עכ"ל. ומבואר דיש חילוק בין דרך ירידה לדרך עליה גם באופן שהיה מזיד, וזה דלא כרמב"ם שכל הפטור בדרך עליה הוא משום אונס, [וכן דייק בספר כתר המלך] אך לכאוי זה סותר לתוס' דידן דכאן משמע דדרך עליה הוא קולא, ושם משמע דהוא חומרא שלא ניתנה שגגתו לכפרה וצ"ע.

קכב) בטובח ע"י אחר. כתב הרמב"ם פ"ג ה"ו מגניבה: עשה שליח לשחוט לו ושחט לו השליח בשבת הרי הגנב חייב בתשלומי דו"ה שהרי זה הגנב לא עשה עון מיתת ב"ד וכו'. וכתב המל"מ דנראה מדקדוק לשון הרמב"ם שרק אם עשאו שליח סתם וטבח השליח מדעת עצמו בשבת, אז הוא דחייב המשלח דו"ה. אבל אם עשאו בפירוש שליח שיטבח בשבת פטור מדו"ה, דאם נצטרף עוד איסור שבו אשליד"ע בטלה גם שליחות הטביחה. והביא שכ"כ הרמב"ם גבי מעילה שאם

נתערב בה איסור אחר אשלד"ע (ע"ש פ"ז ה"ב ממעילה). אכן הטור (סי' ש"נ) כתב: עשה שליח לשחוט לו בשבת והשליח שחט בשבת כתב הרמב"ם שהוא חייב עכ"ל, ומבואר דנקט דגם במינהו בפירוש לשחוט בשבת ישלד"ע לענין הטביחה. וכתב המל"ם שהטור נקט דאין דברי הרמב"ם בדקדוק, אבל באמת הם בדקדוק וכמו שמוכח מדבריו גבי מעילה. אכן השעה"מ (שם) הביא מפיה"מ להרמב"ם שמפורש דגם בעשאו בפירוש שליח לטבוח באיסור חייב, וכדברי הטור, וצ"ע מ"ש טביחה ממעילה. ועי' בקצה"ח סי' רצ"ב שמיישב דחלוק דין שליח לטבוח בשבת, דטביחה אי"ז מדין שליחות אלא מדין שנהנה מהגניבה [וההפלאה כתב בסגנון אחר - שחייב משום גרם ההפסד] ולכן לא איכפת לן שנתערב בהם איסור אחר, משא"כ במעילה שהוא מדין שליחות. [ועי' בשעה"מ הני"ל, ובקה"י סי' לח].

קכג) וכי זה חוטא וזה מתחייב. פרש"י והא קי"ל דאשלד"ע. והקשה הגרע"א דטפי הוי"ל להקשות בממ"נ, דאם ישלד"ע אי"כ הרי הוא מתחייב בנפשו משום שליחות דשבת ויש לו קלב"מ אפי' בטבח ע"י שליח, ואם אשלד"ע יהא פטור גם על הדו"ה. ותי"ר הגרע"א דהכא מיי"ר שלא שלחו במפורש לשחוט בשבת, וא"כ לגבי שבת אפי' את"ל דישלד"ע מ"מ כאן פטור שלא שלחו לזה. [וכעין דברי המל"ם אות קכב. ואפי' להטור י"ל דלא יכלה הגמ' להקשות בממ"נ דהיה אפשר לאוקמה באופן שלא שלחו בפירוש, וכ"ש להמל"ם דאליבא דאמת מיי"ר בהכ"ל].

והנה הדברי יחזקאל (סי' נז) דן בבאור ד' הטור דלעיל, לפמ"ש"כ הבי"מ (אבהע"ז סי' ה') דבשבת אין שליחות דעיקר האיסור בשבת הוא במה שאינו שובת, ואם עושה מלאכה ע"י שליח אי"ז סתירה לשביתה, ולכן בשולח לטבוח בשבת כיון דעל שבת ל"ש שליחות לא בטילה גם שליחות הטביחה, ע"ש. ולפ"ז מיושבת גם קושית הגרע"א דאפי' את"ל דישלד"ע, מ"מ שבת שאני ואין בה שלד"ע.

אכן יעו"ש בדברי יחזקאל שדחה דעת הבי"מ מירושלמי ומהנמוק"י ע"ש.

קכד) והנה התוס' בב"ק ע"ט כתבו דהוי"מ לשנוי דמיי"ר בשוגג שלא ידע שהיא גניבה דאז ישלד"ע. [דכ"ה שיטת תוס' דבשוגג דל"ש טעמא דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ישלד"ע]. והקשה הגרע"א הא בע"כ מיי"ר במזיד, דאלי"כ למה פטרי רבנן הרי הוי שחיטה ראויה ורק במזיד אוסר ר"י הסנדלר. ותי"ר הגרע"א דהמשלח צוה לו לשחוט סתם ושליח מדעת עצמו טבח במזיד בשבת, ומש"ה ישלד"ע, דעל השבת אינו שליח ועל הגניבה הוא שוגג ויש לתמוה בדברי הגרע"א למה הוכרח לומר דהוי מזיד רק מכח דין מעשה שבת, והרי בע"כ מיי"ר במזיד דאם הוא שוגג הרי ישלד"ע גם על השבת ויהיה פטור משום קלב"מ. [וכמו שהקשה הגרע"א עצמו על רש"י]. ועי' בקונטרס בעניני קלב"מ סי' טז.

קכה) תוד"ה גנב. וי"ל דהתם קדשים חמירי דליתנהו כלל במכירה אבל שוה"נ אם ימכרנו לעובד כוכבים אין תופס דמיו. בפרי יצחק ח"ב סי' נה האריך בביאור דברי תוס'. והנה השואל רצה לפרש דברי התוס', דס"ל דיש בעלות באיסוה"נ, אבל מ"מ אי"א לזכות בהם [דהוי כמו יאוש] ולכן אם מוכר לישראל כיון שהלוקח לא זכה אי"ז מכירה אבל במוכר לגוי שהגוי בר זכיה הוא באיסוה"נ, אי"כ יש כאן מוכר וקונה ושפיר מקרי מכירה. וכע"ז כ' בבית הלוי בביאור דברי התוס' בזבחים (ע"ש ח"א סי' מ"ח סק"י"א).

והפרי יצחק תמה ע"ז דא"כ איך הוכיחו התוס' בזבחים ע"א דממה דמהני מכירה בשוה"נ ש"מ דשוה"נ אינו נאסר בהנאה מחיים, והרי תירוצם דהכא פשוט מאוד דמשכח"ל במוכר לגוי. ועוד קשה כל הקדמת התוס' "דהתם קדשים חמירי דליתנהו כלל במכירה", ומי"צ לזה, הוי"ל למימר בפשיטות דכאן יש מכירה.

לכן מבאר הפרי יצחק דבכל גנב שמוכר הרי באמת אין כאן מכירה, דהא החפץ של הבעלים ואין לו מה למכור, אלא דמ"מ חייב כיון דשנה בחטא. [עי' ב"ק ס"ח א' דכן דעת ר"י וכך פסק הרמב"ם פ"א הי"ז מגניבה]. ולפ"ז י"ל דבאמת איסוה"נ אינו של המוכר, ומ"מ אם מוכר מתחייב משום דשנה בחטא אע"ג דלא אהנו מעשיו. ומש"כ תוס' דדוקא במכור לנכרי היינו משום דאם מכרו לישראל דהישראל אסור להשתמש בחפץ א"כ אין משמעות למכירה דלא נתחדש שום דבר במכירה, שהרי הקונה ג"כ לא ישתמש בזה וזהו ג"כ סברת התוס' גבי קדשים דאין כאן אפי' מעשה מכירה לענין אשתרש בחטא, כיון דמעיקרא הקדש והשתא הקדש [וזהו מה שהאריכו תוס' בדקדשים ליכא מכירה כלל], אבל במוכר לגוי שהגוי משתמש בזה הוי מכירה לענין חיוב דו"ה אע"פ שאין לגנב בעלות.

ומש"כ תוס' דאין שוה"נ תופס דמיו ביאר הפרי יצחק דאם היה תופס את דמיו אי"ז "מכירה" אלא מתנה, ודעת ר"מ דמתנה אינה כמכר, וכיון דמשנתנו ר"מ היא הוצרכו תוס' לומר דאין תופס דמיו וממילא הויא מכירה. [וע"ש שהאריך בפרט זה אם לר"מ מתנה כמכר לענין מכירה דדו"ה].

עוד צידד שם לומר דבאמת כיון דאין האיסוה"נ שלו אין כאן חיוב דו"ה, ומ"מ לגבי הכלל "כל שאינו במכירה אינו בטביחה" סגי במה שיכול למכור לגוי וכנ"ל, וע"ש.

קכו) בא"ד, ולר"ת שאומר שאין שוה"נ נאסר מחיים נחא. מבואר בתוס' דמהני מכירה בשוה"נ, וצ"ע דתניא בב"ק מ"ה א' שור שהמית משנגמר דינו מכור אינו מכור, ובתוס' ב"ק שם כתבו דהא דאינו מכור משום דאסור להשהות דינו. [והיינו דאין לו מה להשתמש בו דמיד יתרגוהו ורק דיכול לרכב עליו עד בית הסקילה, וע"ע בתוס' זבחים ע"א ביתר ביאור], ועי' בבית הלוי סי' מ"ח דכוונת הגמ' דהוי מקח טעות ע"ש.

קכז) תוד"ה לאו. מבואר מדבריהם דבכל קלב"מ חייב לצאי"ש. [שכך פירשו דברי רבא "אתנן אסרה תורה ואפי' בא על אמו" - דהוא משום החיוב לצאי"ש]. אכן יעו"ר ברשב"א ובמאירי ב"ק ע' שהביאו י"מ דכוונת רבא שעל חיוב ממון שאינו עונש - כמו מכירה או אתנן - ל"ש קלב"מ, ולפ"ז אין מקור שחייב לצאי"ש. [ובדעת הרמב"ם בזה - עי' בזכר יצחק סי' יב, ובאבי עזרי פ"ג מגניבה שנחלקו בזה עי' בדבריהם].

קכח) וכתבו תוס' דאפי' לשיטתם דבקלב"מ יש חיוב לצאי"ש מ"מ בקנס אין חיוב זה, דכ"ז שלא פסקו ב"ד אינו חייב. [ועיין בקוב"ש ח"ב סי' יג שנוקט דבאמת החיוב חל לאלתר, אלא דגדר החיוב הוא שישלם ע"פ כפיית ב"ד, ואם משלם מעצמו לא נשלם עונשו ואין זה הקנס שחייבתו תורה, כללו של דבר, לעולם הוא חייב אלא דאין אפשרות לקיים חיובו אלא ע"פ ב"ד. אכן הגרע"א מכות ה' א' בגליון הש"ס נקט דלא חל החיוב קודם פס"ד, ותמה על התוס' שם שלא פירשו כן דברי הגמ', והקוב"ש תירץ כנ"ל].

והנה בעלמא קי"ל דמהני תפיסה בקנס [עי' ב"ק ט"ו ב' וברא"ש שם] והמנ"ח מ' מ"ב דן אם בקלב"מ מהני תפיסה בקנס ע"ש, ועי' בחידושי הר"ם חו"מ סי' כ"ח משכ"ב. וע"ע בשי' הגרש"ר מכות סק"מ.

קכט) ובמנ"ח שם הקשה אם נימא דמהני תפיסה בקנס א"כ בטבח בשבת למה פטור הרי הגנב חייב קרן, וכשישלם את הקרן יתפוס הנגנב את התשלום בתורת תשלום דו"ה ויתבע שוב את הקרן עד שיושלם חיובו, וע"ש משכ"ב.

דף לד ע"א

קל) דתניא המבשל בשבת וכו'. הנה יש כאן ג' טעמים לאסור. (א) משום הגזע"כ למ"ד דהוי דאורייתא. (ב) מדרבנן דלא ליתני מאיסורא. (ג) קנסו רבנן [ובגיטין נ"ג מבואר דפלוגת ר"מ ור"י היא אם קנסו שוגג אטו מזיד]. והנה שיטת רש"י דמזיד דר"מ הוא לא יאכל לעולם ואחרים אוכלים לאלתר, ושוגג לר' יהודה הוא יאכל למוצא"ש ואחרים יאכלו לאלתר. ושיטת תוס' ושאר ראשונים דבין דר"מ בין שוגג דר"י אסור בין לו בין לאחרים בו ביום ומותר למוצא"ש לכולם. וברש"י ב"ק וחולין פירש כשיטת תוס'. והנה התוס' הוכיחו דבריהם מהסוגיא דחולין דמדמדי מזיד דר"מ ושוגג דר"י ליוה"כ, ובדעת רש"י עי' במהרש"א בחולין ט"ו דרש"י נקט דהסוגיא בגיטין פליגא ע"ז, דשם קאמר דטעמיה דר"י בשוגג משום דקנסו אטו מזיד, והך קנסא שייכא רק כלפיו ולא כלפי אחרים. והסוגיא דחולין ע"כ סברה דטעמיה דר"י משום דנהנה מאיסורי שבת ולא מטעם קנס. וכאן פירש כסוגיא בגיטין שכ"ה המשמעות הפשוטה של הברייתא דקאי רק עליו [ועי' בחולין שמתרץ דסיפא דקאמרה בדידיה היינו אגב הרישא ע"ש וזה דוחק, ולכן כאן מפרש כסוגיא דגיטין]. ולגבי מזיד משמע ברש"י כאן דלא פליגי ר"מ ור' יהודה ועי' בשטמ"ק משכ"ב. קלא) בפלוגתא ר"א ורבינא, עי' ברמב"ן וברשב"א אם נחלקו אליבא דר"י הסנדלר או לכולהו תנאי. והנה מבואר בגמ' דאם הוי שחיטה שאינה ראויה מדרבנן חייב בדו"ה, ועי' בשטמ"ק שהקשה למה אינו פטור מדרבנן, ותיקף דלהחמיר אמרו דלא הוי שחיטה ולא להקל. ובש"מ ב"ק ע"א הביא מפרטי הרמ"ה ז"ל, דמהכא שמעינן דגנב ומכר וקיבל דמים ולא משך לוקח את מקחו כיון דמדאורייתא מעות קונות אע"ג דתקינן רבנן דלא ליקני מכירה הוי ומשלם דו"ה, דכמו לגבי טביחה לא איכפת לן במה שביטלו את השחיטה ראויה ומ"מ חייב, כמו"כ במכירה.

דף לד ע"א

והנה בקובץ הערות (סי' מ"ב) הקשה מ"ש דין שחיטה שאינה ראויה דאם הוי ספק אם הוא ראויה שמה שחיטה [להצד דהיא ראויה] אע"פ שאסורה מספק. ואילו לגבי דין קידושין שאין מסורין לביאה המקדש אחת משתי אחיות אינה מקודשת כיון שאם יחולו הקידושין תיאסר משום ספק אחות אשה. ותיקף הקו"ה דדין קידושין המסורין לביאה [למ"ד דגם בספק אם אין מסורין לביאה לא שמה קידושין] תלוי בהיתר ביאה בפועל, ולכן כיון שמספק אסורה שוב אי"ז ראוי לביאה בפועל. משא"כ בשחיטה לא בעינן שיהא הבשר מותר באכילה בפועל אלא שיהא מותר מצד הדין. והוסיף הקו"ה דגבי אחת משתי אחיות אפי' אם אינה אסורה אלא מדרבנן לא יחולו הקידושין מדאורייתא. וראיה לזה דבכל מקדש אחת משתי אחיות הרי כל אחת מותרת מדאורייתא דמוקמינן לה אחזקה וכמו בשני שבילין, ואינה אסורה אלא מדרבנן, ומ"מ ל"ה קידושין כיון שאסורה מדרבנן. ומה שמבואר בסוגין דבאיסור דרבנן מקרי שחיטה ראויה היינו מהטעם הנ"ל דדין שחיטה שא"ר אינו תלוי בראוי בפועל אלא במותר ע"פ הדין, וכיון דמותר מדאורייתא הוי שחיטה ראויה. ועפ"ז מיישב הקו"ה קושית המהרש"ל מ"ש איסור שבת דרבנן דחייב בדו"ה ממקדש באיסור"י דרבנן שאינה מקדושת [ועי' תוס' ב"ק ע"ב ב' ד"ה דאין]. ולהנ"ל י"ל דבקידושין בעינן כסף שתוכל להנות ממנו, וכיון שאסור בהנאה בפועל אי"ז ראוי ליהנות בפועל משא"כ כאן דסגי בראוי ע"פ דין. אולם הביא הקו"ה דבשטמ"ק ב"ב (פ"א) מבואר בשם הרא"ש שיש חילוק בין האסור מספק דאורייתא [דאם אסור לקרוא פרשת בכורים מספק דאורייתא מקרי אינו ראוי לקריאה] מאיסור דרבנן [שמקרי ראוי לקריאה] וסיים דטעם החילוק צ"ע.

ולכא"ו הביאור ברא"ש דמה דאסור מספד"א הוי איסור אמיתי, והדין על הגברא הוא דאסור בקריאה. משא"כ איסור דרבנן כלפי דאורייתא מקרי שראוי הוא לקרוא רק דאינו רוצה. ומה שהוכיח ממקדש אחת משתי אחיות, יש לדון מכמה אנפי דלא שייך שם חזקת היתר [ד"ל שכוין שנעשה מעשה ודאי יצאה מחזקת איסור, וי"ל לפמש"כ הגרש"ש דהוי חלות של ספק אולי אין בזה חזקה וצ"ב]. ועי' אות קסט.

והנה לעיל הובאו דברי השטמ"ק והרמ"ה, והם דנו למה "מדרבנן" לא יהיה שחיטה שאין ראויה, ודברי הקו"ה קיימי ש"מדאורייתא" יהיה שחיטה שאין ראויה אחר שאסור בפועל ושני נידונים נפרדים הם.

קלב) טובח לעבודת כוכבים כיון דשחט בה פורתא איתסר. כתב רש"י בב"ק ע"א דקושית הגמ' רק למ"ד ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף. אמנם בתוס' הרא"ש כאן [וכן התוס' בב"ק שם] כתבו דאפי' למ"ד אינה לשחיטה אלא לבסוף נאסרה בפורתא קמא שהאיסור תלוי במעשה ולא בשחיטה כדאמרינן בחולין מ' א' אע"ג שאמר המשתחוה לבהמת חבירו לא אסרה עשה בה מעשה אסרה. וביאור שיטת רש"י [דלא מדמי לה להא דחולין] דחלוק איסור עשהו לעבודה זרה שכל דהוה דרך עבודתה נאסרת, לבין השוחט לע"ז [דאין עושה הבהמה עצמה לע"ז] דכל האיסור רק מדין "זבחי מתים" ובה נאסרת רק בעבודה כעין פנים [וכמבואר ברמב"ם פ"ג ה"ד מעבודת כוכבים] ולכן בעינן שיהא לזה שם שחיטה ומש"ה תלה רש"י ד"ז בישנה לשחיטה.

ובדעת תוס' י"ל דהרי קי"ל דא"צ ממש עבודת פנים, אלא כל דהוי "כעין פנים" ג"כ נאסר, וכדאיתא בע"ז נ"א א' דע"ז שעובדין אותה במקל, אם זרק המקל לפניה אין המקל נאסר, אבל אם שברו נאסר דהשבירה היא כעין זביחה. וא"כ בחותך צואר הבהמה לא גרע משבירת מקל. ומעתה צ"ב מדוע רש"י חולק ע"ז, ועי' משכ"ב בספר ענפי ארז קונטרס בעניני גניבה וגזילה עמ' רלז.

קלג) בתשובת פרח יוסף (סי' נז) הקשה לשיטת רשב"ם בב"ב דעובד ע"ז יכול לחזור בו מדאורייתא תכ"ד, א"כ מאי פריך מכי שחט בה פורתא אסרה אידך לאו דמריה קטבת, והרי מדאורייתא יכול לחזור בו [ורק חומרא דרבנן היא שלא יכול לחזור בן] והוי כמו חולין בעזרה למ"ד לאו דאורייתא דחשיב דמריה כמש"כ תוס' ב"ק ע"ב ב' ד"ה דאי. ובדברי יחזקאל (סי' כ"ז) מיישב דדוקא היכא דהבעלים בעצמם יכולים להפקיע את האיסור לא פקע זכותם [וכדמוכח בר"ן נדרים פ"ה] משא"כ כאן דהחפץ נאסר אלא שהשליח יכול לחזור בו מאיסורו אבל מהבעלים כבר פקע זכותן לגמרי דתכ"ד אינו אלא חזרה ועיקר החלות כבר נעשה.

קלד) אמר רבא באומר בגמר זביחה הוא עובדה. בפשטות הכוונה שמכוין לשם ע"ז באותו פורתא המשלים לרוב שחיטה. אולם בפ"י ר"ח בב"ק (מובא באוצר הגאונים) כתב וז"ל "ופריק רבה באומר בגמר זביחה הוא עובדה, שכוין ששחט בה רוב שנים נתחייב בטביחה, ואינו חייב לע"ז עד שיגמר שחיטתו, יתכן שלא יגמר שחיטתו ותהא הבהמה מותרת", והיינו

דס"ל דגם במחשב אחר שחיתת הרוב מקרי שחיטה שאינה ראויה, וכעין שיטת רש"י בחולין ל' ב' דגם שהיה במיעוט בתרא פוסלת.

והנה בהא דשהיה המיעוט בתרא פוסלת יל"פ בתרי אנפי, דיל"ל דבאמת גם בממשיך לשחוט את כל הסימנים חל ההיתר כששחט את הרוב, אלא דכיון שגם לסוף יש שם שחיטה זה מחיל פסלות בשחיטה. או דיל"ל דכשמשך לשחוט באמת אין ההיתר חל אלא בגמר הזביחה. (וברוחא שמעתתא בשמעתא א' אות מ"ט הביא דעות בזה). ובדעת הר"ח מסתבר כצד השני, דאם נימא דכבר חל ההיתר מה איכפת לן שהמשך הוא שחיטה שאינה ראויה, הרי כבר חל ההיתר [ושחיטה שא"ר הוא העדר מתיר ולא חלות פסול]. ומה שחייב על הדו"ה אע"פ שהמשך לשחוט הוא מטעם שכתב הר"ח "יתכן שלא יגמור שחיטתו ותהיה הבהמה מותרת" ולזה יש שם טביחה לענין חיוב דו"ה. ועי' בזה בארוכה בספר ענפי ארז עמ' רמא.

קלה) תוד"ה סבר לה כר"ש. עי' בש"ך סי' שפ"ו משה"ק על שני תירוצי תוס' הראשונים, ועי' בקצה"ח (שם סק"א) משכ"ב.

דף לד ע"ב

קלו) ושאינו הני דחידוש הוא שחידשה תורה בקנס אע"פ דמקטיל משלם. הנה המרכה"מ פ"א הט"ו מהלכות גניבה כתב בדעת הרמב"ם דבין הקרן ובין הכפל כגנב קנס הוא דבר תורה, וע"ש שנוקט דגנב א"א לומר הרי שלך לפניך בהכחישה, ורק בגזילה איתא לדין הרי שלך לפניך וכמדויק ברמב"ם שהביא דין זה רק בהלכות גזילה, והטעם כנ"ל דגניבה גם הקרן הוא קנס ואית בזה דינא דאחיה לקרן כעין שגנב ע"ש. והא דגנב שהודה חייב בקרן צ"ל לדעתו דבכל גניבה איכא גם גזילה, ובמודה חיובו הוא רק מטעם גזלן.

אולם צע"ג ע"ז מסוגיתנו, שהרי כאן מבואר דעל קנס אין קלב"מ ולכן בטבח בשבת חייב, אבל על הגניבה איכא קלב"מ [וכדאמרינן אם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה] ואילו לדברי המרכה"מ הרי גם הקרן הוא קנס וא"כ יתחייב בקרן אע"פ שיש קלב"מ.

ובספר ענפי ארז עמ' ז' כתב דבר חידוש בזה ע"פ לשון השיטה ישנה בסוגין "דכיון דאיפטר מכפל אם אין כפל אין טביחה", ומשמע דלא רק על הקרן איכא קלב"מ אלא גם על הכפל, וצ"ע הרי הכפל הוא קנס ואין בו קלב"מ לדעת רבה. ובע"כ מוכח מזה דלא בכל הקנסות אמר רבה דאין קלב"מ אלא רק בדו"ה וקנס דאונס ומפתה וכדו' שהם חיובים מחודשים, משא"כ תשלומי כפל הם תשלומין עבור הגניבה [ואע"פ שכתב הגר"ח ספכ"ג ממכירה דאין הכפל דמי החפץ, מ"מ הוא תשלום עבור החפץ] ובזה נפטר ע"י קלב"מ גם לדעת רבה.

קלז) גנב וטבח בשבת פטור שאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה. פרש"י דהחילול שבת בגניבה הוא למ"ד דלא אמרינן חי נושא את עצמו, א"י בכפות. והקשה הרשב"א דאם הגביה כבר נתחייב בממון קודם איסור שבת ואי במשיכה ל"ש בזה דינא דר' נתן. ועוד דליכא בזה כלל איסור שבת כיון שהגדי הולך ברגליו. ובכפות ג"כ קשה דאי בהגבהה קדם הקנין לאיסור שבת, ואי במשיכה מסתבר דל"ק כיון דדרכו בהגבהה [וכדאיתא בב"ב פ"ו דדברים שדרכן בהגבהה אין נקנים במשיכה] ואפי' משום שבת י"ל דפטור דאין דרך הוצאה בכך. ותירץ הרשב"א דמיירי בהגבהה ומ"מ פטור מדין "הגבהה צורך הוצאה" כדאמרינן בדף לא. [ולפ"ז מוכח דרבה סבר כלישנא דלעיל דא"א לעקירה בלא הנחה, ולא כלישנא דתלוי במצי לאהדורה].

אכן הקשה הרשב"א דמ"ש טבחו בשבת, אפי' טבחו בחול נמי פטור כיון דפטור על הגניבה. ולכן מפרש הרשב"א דלא כרש"י, אלא דהפרה היתה רבוצה בחצירו ונתכוון לגנבה רק בשעת טביחה, ונמצא דהגניבה והטביחה באין כאחד [ואם היה בחול ממילא הגניבה ג"כ בחול].

[והוסיף הרשב"א דאם נתכוון לגנוב קודם חייב ע"י מחשבתו, וזה דלא כקצה"ח סי' שמ"ח סק"ב דבשביל להתחייב בגניבה בעינן מעשה גניבה]. וכיו"ב מבאר הרשב"א בבא במחלת דמיירי בהגביה ולא נתכון לזכות בו עד שיטבחנו, ולכן אם טבח בחוץ חייב דגם הגניבה התחילה מחוץ למחלת, ואם טבח בפנים הגניבה והטביחה באין כאחד.

והחזו"א (ב"ק סי' טז סק"ט) תמה ע"ד הרשב"א מה מהני שאין רצונו לקנות הרי מ"מ מתחייב ולא גרע מגזול ע"מ לאבד דמבואר ב"ק צ"ח א' דמתחייב וה"נ מאי שנא. ותירץ החזו"א דאיירי שבמחשבתו שאם לא ישחוט יחזיר לבעלים, וע"ש מה שתמה בזה. [ואולם לשון הרשב"א משמע דבשעת שחיטה בעינן שיכון לזכות בה, ולד' החזו"א כשטובח כבר א"צ כוונה וצ"ע. ואולי יל"פ דברי הרשב"א דחלוק גניבה מגזילה, ובגניבה אינו מתחייב עד שיזכה ולענין דו"ה בעינן חיוב גניבה ולא סגי בגזילה, אלא דקשה על פירוש זה דא"כ יהא חייב מיהת קרן של גזילה ובגמ' משמע דפטור לגמרי. ועצם היסוד לחלק בין גנב לגזול מבואר בראב"ד ב"ק עט, דבכפל יש גזה"כ "המצא תמצא בידו" ובעינן שיוציא מרשות בעלים, וכן דו"ה ילפינן מהיקש למכירה דבעינן שיוציא מרשות בעלים, אבל קרן סגי בהגבהה ברשותו ע"ש, אלא דהרשב"א שם לא העתיק פי' זה של הראב"ד וצ"ב].

קלח) אכן הריטב"א כתב דאם טבח בחול חייב אע"פ שגנב בשבת, וז"ל הריטב"א: כבר תירצה רש"י [ברש"י שלפנינו ליתא] שאם טבח בחול הרי הוא כאילו חזר וגנבו בחול ומתחייב אקרן נמי דהא כל כמה דלא טבחו ברשותם דמריה הוה, עכ"ל. [ומ"מ אם היה גנוב בחול וטבח בשבת מתחייב אגניבה קמייתא ולא אמרינן טביחתו זו היא גניבתו וליפטר, דכיון דבגניבה וטביחה דהשתא לא מיחייב דקלב"מ, מחייב אגניבה דחול]. וכ"ה דעת הרא"ה.

אמנם צ"ע איך מתחייב אגניבה בתרייתא הרי הוי כגונב מן הגנב, דאין גניבתו "מבית האיש" שהרי החפץ כבר גנוב אצלו. וביאר הגרע"א וז"ל: כיון דהגניבה היה בשבת ולא קם ברשותו לשום חיוב דקלב"מ, לא נעשה גנב בזה, ומשו"ה בטבח בחול שפיר מקרי גניבה. ודבריו צ"ב דלכא' דין אינו ברשותו של הבעלים אינו תלוי בחיובי גזילה, אלא או בקניני גזילה של הגזול שהם מפקיעים מהבעלים, או במציאות שהגזילה אינה ברשותו, וא"כ בקלב"מ ג"כ יהיה אינו ברשותו.

וכתבו האחרונים (עי' חי' הגרש"ש סי' מ' ובקו"ש כאן) דהגרע"א סובר כנתיבות (סי' שנא) שבאופן שיש קלב"מ אין גם קניני גזילה [והיינו דקניני גזילה זיכתה תורה כתולדה מחיובי גזילה, ובמקום קלב"מ שאין לו חיובים לא זיכתה לו קנינים]. אכן אכתי צ"ב דמ"מ מחמת המציאות שהחפץ גנוב יקרא אינו ברשותו של הבעלים ותו לא מקרי "מבית האיש". וביארו האחרונים דהגרע"א לשיטתו בגליון הש"ס ב"מ ז' א' דאינו ברשותו נעשה רק ע"י קניני גניבה ולא ע"י המציאות שאינה ברשותו.

עוד ביארו האחרונים לדרכו של הגרע"א, דכל מה שהמציאות של אינו ברשותו עושה דין אינו ברשותו עושה אינו ברשותו הוא רק לענין שאין הבעלים יכול להקדיש אבל לענין חיוב כפל כיון שהגנב הוא מחדש כל רגע את האינו ברשותו ע"י שמסרב להשיב [וכמבואר בבעה"מ פ"ד דב"ק שאם הגזלן רוצה להשיב הוי ברשותו, והרמב"ן שנחלק עליו הוא משום שיש לו קניני גזילה, משא"כ כאן]. וא"כ הוי כגונב מבית בעלים, והיינו דא"צ שיהא במציאות בבית בעלים כדי לחייבו, אלא בעינן שהגניבה תהיה סיבה למה שאינו בבית בעלים, ולזה סגי במה שהסיבה מתחדשת כל רגע ואפשר לחייבו ודו"ק. [ועיין בחזו"א ב"ק סי' ט"ז סק"כ, שהעיר בגנב שמשך בתחילה לרה"ר - למ"ד לעיל ל"א ב' דעדין לא התחייב במשיכה - ואח"כ הכניסה לביתו, יהיה פטור דכשהכניסה לביתו הוי כאינו ברשותו והוי כגונב מן הגנב. ולהנ"ל מיושב ודו"ק].

קלט) אמנם בעיקר מש"כ הגרע"א דבקלב"מ אין קניני גזילה תמהו האחרונים דהרי שיטת רב בסנהדרין ע"ב א' דבבא במחורת קונה אפי' את החפץ בעין, וביאור הדברים דיש לו קניני גזילה בלי חיוב השבה [דעל החיוב השבה יש קלב"מ] וממילא קונה את הגזילה. וא"כ מוכח דיש קניני גזילה גם באופן דקלב"מ. והסברא דיש קניני גזילה אע"פ שאין חיוב השבה י"ל דהקניני גזילה אינם תולדה מהחיוב השבה, אלא דין בפניע. ועוד י"ל דכיון דבקלב"מ יש חיוב לצא"ש וחייב באונסין לצא"ש לכן יש לו גם קנינים, ובפרט לפמ"ש"כ הקצה"ח סי' כ"ח עפ"ד רש"י בב"מ צ"א דהחוב הוא חיוב גמור ורק דב"ד אין כופין ע"ז. [עיי' בחי' הגרש"ש ביאור שני הדרכים הנ"ל]. ולפ"ז הדק"ל למה בטבח בחול חייב.

וביאר החזו"א (ב"ק סי' טז סק"ט) דכל שגנבה מבית איש חומר חטאו נמשך בכל זמן שמחזיק את הגניבה, ותדע דאם המשך החזקתו את הגניבה חשיב כגונב מן הגנב למה משלם דו"ה, והלכך נהי דלא התחייב בשעת גניבה, מ"מ מתחייב השתא. ואע"פ דסו"ס בעינן תנאי גניבה הו"ל כקלב"מ על התנאי וסובר הריטב"א דאין קלב"מ פוטר בתנאי הגניבה עכ"ד. וכע"ז כ' הגרש"ר (ב"ק סי' כא) עפ"ד הגר"ח ה' חובל ומזיק דכל דבר גנוב או גזול אם מזיקים אותו הוי כהמשך הגניבה ודין גניבה וגזילה ביה. [ויש להוסיף דכן הוא להדיא בריטב"א מכות ט"ז דבתנאי החיוב ליכא קלב"מ, אלא דיש לחלק בין מיתה ומלקות למיתה וממון והדברים עתיקים]. אולם מ"מ דבריו צ"ע דהרי הריטב"א כתב דבריו בשם רש"י, ורש"י ס"ל במכות שם דגם תנאי החיוב פוטר בקלב"מ.

קמ) והגרש"ש כתב לבאר בדעת הריטב"א, דבאמת אינו מתחייב על הטביחה משום גנב, אלא רק משום גזלן או מזיק [ותלוי בפלוגתא הקצה"ח והנתיבות סי' לד]. ומה שמתחייב בדו"ה, י"ל דהנה כבר הובא דעת רש"י דבקלב"מ יש חיוב גמור ומהני תפיסה ורק דב"ד אין כופין ע"ז, ולפ"ז צ"ב למה מקרי "תשלומי ג' וד"י הרי יש חיוב גמור על הקרן אע"פ שיש קלב"מ, וצ"ל דלדין תשלומי דו"ה בעינן שיהיה חיוב שאפשר לכפותו בב"ד. ומעתה י"ל דלדין זה דכפיה א"צ שסיבת הכפיה תהיה מחמת החיוב ממון של גניבה, וסגי במה שיכפוהו לשלם את הקרן מדין מזיק - אשר ממילא כלול בזה החיוב גניבה - לענין דמקרי שפיר תשלומי דו"ה, וזו הסיבה דמהני הטביחה אח"ז, דזה היכי תמצא שיהיה כפיה על הקרן.

ובחי' ר' שמואל ב"ק סי' כ"א כתב לבאר בעוד אופן עפמ"ש"כ האבן האזל (פ"א מגניבה הי"ד ד"ה והנראה) דא"צ לקרן שיהיה חיוב גזילה, אלא כל שחייב את הקרן מאיזה סיבה מקרי דאיתא לקרן וחייב דו"ה, ולפ"ז אפי' אם מתחייב מדין מזיק ג"כ א"ש דמ"מ זה מהני לחיוב דו"ה.

וצריך להוסיף דהן לביאור הגרש"ש והן לביאור הגרש"ר הא דחייב "כפל" הוא רק משום דינא דרבה דעל קנס אין קלב"מ. ולפ"ז להלכה דעל כפל יש קלב"מ אם גנב בשבת וטבח בחול פטור, דאם אין כפל אין דו"ה.

[ברם לכל הפירושים צ"ע עפמ"ש"כ רש"י ותוס' בסנהדרין ע"ב דגם אם שבר אחר שיצא מן המחורת פטור, וביאור דבריו כתב הקצה"ח סי' שנא דס"ל כבעה"מ בסנהדרין שם שגם כשהוא בעין החיוב רק משום תקנה דרבנן. והגרש"ש ביאר דס"ל דכיון דגם בבא במחורת חייב [כדעת רש"י בב"מ צ"א הנ"ל] אלא דאין ב"ד כופין ע"ז, ממילא כששבר אח"ז א"א לחייבו פעם נוספת שהרי כבר חייב אותו חיוב, ואין השבירה מועילה לעשות כפיית ב"ד ע"ז. [ואמנם אם נתייקר החפץ י"ל דעל היוקר יהיה כפיית ב"ד כדן תברה או שתיה]. ולפ"ז צ"ע איך יתכן שהגניבה הנוספת תחייב].

עוד יל"ה עפ"י פירוש הגרש"ש והגרש"ר דהרי הריטב"א התקשה למה בגנב בחול וטבח בשבת חייב, ואם נימא דהטביחה אינה גניבה אין התחלה לקושיתו, ובע"כ מוכח כהחזו"א דהוי גניבה, ומ"מ תירץ הריטב"א דיש כאן ב' סיבות לגניבה. קמא) ובעיקר הא דמבואר דע"י הטביחה מתחייב צ"ב איזה קנין גזילה יש בזה, והנה לביאורים דלעיל דחייב משום מזיק או דהוי כהמשך הגניבה [לפ"ד הגר"ח] א"ש, אבל אם נימא דהוי גניבה ע"י הטביחה צ"ב איזה מעשה קנין הוא זה, והגרע"א כתב: "דטביחה לשם גניבה כיון דאיכא קנין שינוי מעשה הוי הטביחה ג"כ ענין גניבה". [וחזינו מדבריו דס"ל דקנין שנוי מהני גם אם אינו עדיין גנב, ועיין בקצה"ח סי' שמ"א סק"ב שחולק בזה עם הסמ"ע האם יש קנין שינוי במי שאינו גזלן, וכן נחלקו בזה הסמ"ע והקצה"ח סי' צ"ז סק"ד, ובאמת הוא פלוגתא הרמב"ן ורבנו פרץ ב"מ ע"ח ב', ובחי' הגר"א דסלר האריך בזה].

אכן האחרונים כתבו דמייירי שטבחה בחצרו וקנאה באותו זמן, והטביחה היא בשביל המעשה גניבה [וכדעת הקצה"ח דבעינן מעשה גניבה] ועי' מה שפלפל בזה בחי' הגרש"ר ב"ק סי' כ"א.

קמב) תוד"ה אבל. בסוה"ד כתבו דקמ"ל דאע"פ שכשהיה בעין חייב להשיב מ"מ פטור מדו"ה. וצ"ע הרי כשהחפץ בעין החיוב השבה הוא רק מדין ממונא אית לי גבך, ואילו על עצם חיוב השבה יש קלב"מ, ועתה אין החפץ בעין ופשיטא דפטור. וכתב הגרש"ש דכ"ו זמן שבחפץ בעין באמת חייב גם דו"ה, דכיון שיש כפיה על השבת החפץ מדין ממונא גבך, ממילא מתקיים בזה ג"כ החיוב השבה [וכמשנ"א אות קמ בד' הריטב"א], ומעתה היה ס"ד דכיון דבשעת הגניבה חל כבר חיוב דו"ה שוב לא יפקע, וקמ"ל דכיון דבשעת התשלום אין דו"ה פטור.

קמג) היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור. והנה רש"י כתב דלא גרסינן אם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה וליש כלל הך דינא דדו"ה. אכן הרמב"ם כתב (פ"ג מגניבה ה"ד) דהפטור מדו"ה משום דאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה וצ"ע הרי בשואל לא משכח"ל כלל גניבה. וביאור הראשונים דע"י הטביחה יש מעשה גניבה [ועי' באות הקודמת הביאור בזה]. וע"ע ברמב"ם פ"ד מגניבה ה"י דשומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מן העדר אם יש עליו עדים חייב בכפל. והראב"ד חולק ע"ז דלא מצינו כפל בשומר אלא בט"ט ונשבע. ובדעת הרמב"ם כ' הכ"מ דס"ל דהא דט"ט בעי שבועה היינו בשלא עשה מעשה גניבה, אבל כאן שלקח בדרך גניבה חייב מדין גנב. והראב"ד ס"ל דאפי' ככה"ג פטור ואינו נעשה גנב. [ועי' באמרי משה שביאר פלוגתתם].

וביאר דעת הראב"ד, ביאר בחי' ר' שמואל בב' אופנים א) דהוי חסרון במעשה גניבה, שהרי בשומר בין כך החפץ צריך להיות ברשותו וזהו מקומו. ב) דכיון שאם יאבד השומר חייב את דמי החפץ לבעלים, ממילא לא חשיב החפץ גנוב



לבעלים. ולשני הביאורים האלו איז לא גנב ולא גזלן. אכן החזו"א (ב"ק סי' טז סק"ב) כתב דכוונת הראב"ד שהוא גזלן, דשומר שכבש את הפקדון וגונבו ע"י ששיקר בו אין כאן חציפות כולי האי ולא קרינן ביה וגונב מבית האיש, אבל גזלן מיהא הוי דלענין גזילה כל שנטל ממון בעלים שלא כדין הוי גזלן.

והשתא בדעת רש"י שכי' דלא משכח"ל גנב בשואל, צ"ל כאחד מב' הביאורים האחרונים, דאילו לביאור הראשון דאין כאן מעשה גניבה כ"ז שייך רק בנוטל החפץ, אבל בטובח ודאי דהוי זה מעשה גזילה. [אכן ע"י בחי' ר' שמואל שם שמפלפל בזה].

קמ"ד והראב"ד המובא בחי' רשב"א כתב דמשכח"ל שואל שחייב בכפל בטוען טענת גנב, והגם דשואל הטט"ג חייב בתשלומין, משכח"ל בטוען שאינו שואל אלא ש"ח, ונמצא שהוא שואל ושגנבו דאז חייב בכפל ודו"ה. ובדברי הראב"ד יש ב' חידושים: א) דהגם שהפטור לא בא ע"י טט"ג לחודיה אלא בצירוף טענת ש"ח אני ג"כ יש בזה דין טט"ג. ב) דבע"כ מיירי שטבח לפני שטט"ג, דאלי"כ הרי כבר נתחייב קודם בקרן, ואפ"ה מתחייב למפרע בדו"ה ע"י שטט"ג אח"כ. [והרמב"ם פ"ד מגניבה ה"ב חולק בזה, והראב"ד שם לשטתו מחייב ע"ש].

קמ"ה והנה לגירסת הרמב"ם משמע בגמ' דלמ"ד דשואל מתחייב משעת משיכה חייב בדו"ה, והקשה הגרע"א הרי הקרן אינה קרן של גניבה אלא קרן של שואל ואין מהני זאת לדו"ה. וכבר הובא לעיל אות קמ שני ביאורים בזה או דגם קרן דשאלה מצטרפת - כמו שהובא שם מהאבן האזל - או דע"י השאלה יש כפיה על הקרן ולכן חייב ע"ש.

אולם הגרע"א כתב דבאמת גם אם חייב משום שואל פטור מדו"ה, ובוה מיישב משה"ק נו"כ הרמב"ם על ד' הרמב"ם שפסק דשואל מתחייב משעת משיכה ומ"מ כתב דפטור על הדו"ה משום דאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה, וכתב הכס"מ (פ"א ה"ה משאלה) דלרמב"ם היתה גירסא אחרת בגמרא. והסביר דבאמת פטור פ"י הגרע"א כנ"ל דקרן של שאלה לא מחייבת דו"ה, וע"י היטב בגרע"א איך גרס בגמ' וביאור הגירסא.

קמ"ו עוד צ"ע ברמב"ם הדוא הרי פסק דעל קנס יש קלב"מ וא"כ בגנב וטבח בשבת בין כך פטור, ובנתיבות סי' שמא סק"ט מיישב דנ"מ בטבח ע"י אחר, והמנ"ח מ' מ"ב מיישב דנ"מ שלא תועיל תפיסה, דעל קלב"מ מהני תפיסה, אבל כאן שאין קרן אין כלל חיוב ולא מהני תפיסה.

קמ"ז ס"ד הואיל ואמר ר"פ משעת משיכה הוא דאתחייב לה במזונותיה ה"נ משעת משיכה אתחייב באונסיה. ונחלקו הראשונים אם בעינן דוקא משיכה או דסגי שיסתלקו הבעלים ועי"ז מתחייב השומר בשמירה. וע"י ברמ"א סי' ש"מ ס"ד שגם לענין מזונות תלוי באותה מחלוקת. [ובתרוה"כ סי' של"ח כתב לחלק גבי שוכר בין חיוב שמירה לחיוב מזונות, דשמירה מתחייב כשמסתלקים הבעלים, אבל החיוב מזונות הוא מתשלומי שכירות וזה חל רק משעה שמשך שאז אין הבעלים יכולים לחזור בהם. וצ"ע דבשואל אין תשלומי שכירות ומ"מ חייב במזונות, ועוד צ"ע לדבריו איך מדמי כאן מזונות לאונסים. וגם צ"ע מדברי הרמ"א הנ"ל].

קמ"ח ובעיקר הנידון אם מתחייב באונסין משעת שאלה או משעת האונס (דר"פ סובר בפשטות דחיובו רק משעת אונסין ובדעת רבא יש בזה ב' לישנות, וע"י ברמב"ם פ"א ה"ד שפסק דבהניח אחריות נכסים אפי' במתה מאליה חייבין, והיינו דמתחייב משעת משיכה. והרא"ש בב"ק והרשב"א כאן פוסקים דמשעת אונסין הוא דמתחייב. הנה מצינו בגמ' נידון זה רק לגבי שואל. ויל"ע איך הדין בש"ח וש"ש, ויש מקום לחלק דשם כיון דהחיוב ע"י הפשיעה חל החיוב לכו"ע רק בשעת הפשיעה או דילמא לא שנא. ונחלקו בזה האחרונים. דהקצה"ח (בסי' רצא סק"א ובסי' רצד סק"ז ובסי' שז סק"א) נקט דשאר שומרים שוים לשואל בזה. אמנם באבני נזר אבהע"ז סי' רצא ובחמדת שלמה ב"מ צ"ז א' ובקוב"ש פסחים אות יז ובקה"י ב"מ סי' לח נקטו דרך בשואל שחיובו באונס חייב בשעת משיכה משא"כ ש"ח. [ובדין ש"ש - ע"י בקוב"ש שם].

קמ"ט עוד נחלקו הראשונים אם באופן שיש ספק אם נאנס, האם הוי איני יודע אם נתחייבתי או איני יודע אם פרעתיך, דהרמב"ן והרשב"א נוקטים דהו"ל איני יודע אם פרעתיך, והיינו דלאלתר בשעת המשיכה חל עליו חיוב אלא דנפטור ע"י השבת החפץ או ע"י שנאנס. אבל הריטב"א בב"מ צ"ז כתב דהוי איני יודע אם נתחייבתי, דודאי כ"ז שהיא בחיים אין שום חיוב אלא דכי נגנבה או נאבדה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה ונ"מ דבמכר הנכסים בינתיים הם משועבדים עכ"ד. [ועיין בקצה"ח סי' רצא סק"א שדן אם שומר משלם כשווי החפץ בשעת משיכה או בשעת האיבוד, וכתב ע"פ הריטב"א שאין לחייבו כשעת המשיכה כיון דלא חל אז החיוב. אכן באבני נזר אבהע"ז סי' רצא הביא משו"ת הרשב"א בתולדות אדם סי' שלב שהנידון תלוי בתרי לישני בגמ' דידן, וכנראה הרשב"א לשיטתו שחולק על הריטב"א, וע"י בקצה"ח שם משכ"ב].

ק"ו והנה בסוגיא מביאר בפשטות שתי נ"מ בהך פלוגתא: א) אם יש קלב"מ בשעת האונס. ב) אם נאנס אצל היורשין אם חייבים. אכן כבר הובא באות קמ"ה דהרמב"ם פוסק דהיורשים חייבין, ומ"מ פוסק דבטבח פרה שאולה בשבת פטור אף מן הכפל. והובא שם ד' הרע"א דבאמת חייב בקרן דשאלה, אלא דפטור מקרן דגניבה, וכע"ז כתב הנתיבות (שמ"א ט') אלא דהוסיף דיש נ"מ לגבי דין "שמין לשואל" ולגנב אין שמין (ע"י ב"ק י"א), [ונראה מדבריו דקרן דשאלה מצטרפת לדו"ה אלא שכיון ששמין חסר בקרן ואין קרן שלימה והו"ל כחמשה חצאי בקר, וצ"ב דמה בכך שאת השווי הנשאר מהבהמה שמין, הא מ"מ יחזיר אותה עצמה ונמצא שיש כאן קרן שלימה, וצ"ל דכל שאין חיוב השבה אלא רק ממון בעין של השני איז נקרא קרן לגבי דו"ה - כ"כ הגרש"ר ב"ק סי' כא].

ובמ"מ (פ"א ה"ה משאלה) כתב בדעת הרמב"ם דהחיוב בכח חל בשעת המשיכה והחיוב בפועל בשעת האונסין, ולכן היורשין חייבין, אבל מ"מ איכא פטור קלב"מ שהרי בפועל חל החיוב בשעת אונסין. והקשה הקצה"ח סי' שמ"א סק"ג דהרי ממה שמחייבים את היורשים מוכח שהאונס הוא רק תנאי וע"י שנאנס מתחייבים למפרע, וא"כ למה יש בזה קלב"מ, ואם נימא דכיון דבשבת אין חיוב בפועל ממילא לא משתעבד למפרע - והטעם משום דהתנאי להשתעבד למפרע הוא רק באופן שתאנס בשעת חיוב - א"כ גם היורשים לא יתחייבו.

והגרש"ש בסוף ב"מ ביאר דברי המ"מ דהחיוב בפועל הוא רק משעת אונסין, אלא דיש "שעבוד" על הך חיוב משעת משיכה, [דיתכן שעבוד עוד קודם חלות החיוב כמו שמבואר בנמוק"י פ"ב דב"ק בזורק חץ], ולכן היורשים מתחייבים - דשייך חיוב גם על מת כמו זורק חץ שמתחייב גם אם יפגע כשימות, יש קלב"מ כיון שחלות החיוב הוא בשעת הפשיעה. [ולכא"ז זהו הביאור בריטב"א אות קמט, וצ"ע א"כ איך יפרש הריטב"א פשטות הגמ' כאן דמבואר שאין קלב"מ למ"ד דמתחייב משעת משיכה, ובע"כ כוונת הריטב"א דהחיוב בשעת משיכה בתנאי שיאנס לבסוף - וכיון דהוא בתנאי אין זה ודאי חיוב והוי א"י אם נתחייבתי - ולפ"ז צ"ע מש"כ הקצה"ח (סי' רצא) דלפ"ז אין התשלומין נקבעים כשעת המשיכה, דהרי החיוב חל למפרע].

קנא) ובשטמ"ק כתב בביאור ד' הרמב"ם דחלוק פרה שאולה שלא בדרך גניבה, לטבח בדרך גניבה. וביאר הקצה"ח דאם טבח שלא בדרך גניבה - כמו ביורשים - אז החיוב מדין שואל ומתחייב למפרע. אבל אם טבח בדרך גניבה הו"ל שולח יד וכלתה שמירתו [כמו שאמר ר"ע בב"ק קי"ח דתו לא מהניא השבתו בלי דעת בעלים] וכל חיובו רק מדין גזלן. ובאחיעזר (יו"ד ה' ה') הקשה דהא דאמרין דכלתה שמירתו הוא רק לענין דאין הבעלים רוצה שיהיה אצל השומר ולא נחשב בהשבה, אבל מ"מ חיובי שמירה יש לו. ובדעת הקצה"ח חזין דהבין דכלתה שמירתו הוא דע"י אינו שומר כלל. [ועי' ברש"י בב"ק שם דמשמע כאחיעזר וברמב"ן משמע כקצה"ח. והגרע"א במשניות ס"פ המפקיר נקט כקצה"ח]. ובאחיעזר ביאר דברי השטמ"ק דיש אומדנא שמה שקיבל על עצמו שמירה הוא רק מדברים ששולא השמירה היה פטור עליהם אבל בדברים שמתחייב גם בלא השמירה לא נכלל זה בחיובי השמירה ולכן לא מתחייב למפרע. קנב) בעיקר הא דמבואר בסוגיא דאם חיוב שואל הוא בשעת האונס יש קלב"מ, הקשה האמר"מ (סי' ל' אות כד) דמה שייד קלב"מ לפטור על חיוב שואל, והרי שואל חייב באונסין ואפי' במתה מאליה חייב, ובמתה מאליה לכאוי פשוט דל"ש קלב"מ דאין החיוב בא על מעשיו [ואם שורו נגח ובאותו זמן התחייב מלקות לכאוי ל"ש קלב"מ], והוסיפו להקשות בזה, דלכאוי א"צ לחייבו מצד הרגע שטבח אלא משום ההעדר של הבהמה אח"כ ג"כ חייב. ותיירץ האמר"מ משה דיסוד המחלוקת אימתי מתחייב היינו דמ"ד דמשעת אונסין ס"ל דהא דחייב באונסין הוא משום דבכל רגע ורגע שהוא שואל חל עליו מחדש חיובי שואל, ולכן שייד קלב"מ על עצם חלות החיוב שואל באותו רגע. אבל למ"ד בשעת משיכה נתחייב ס"ל דכבר בשעת משיכה חל עליו חיוב תשלומין והאונס הוא רק כזמן הפירעון וע"ש. ובקה"י ס"ס ל' הביא קו' ה"שיעורי הלכה" להגר"י בלוד זצ"ל סי' ג' דגם אם בשעת משיכה מתחייב, אכתי למה לא יהיה קלב"מ בשעת האונס משום "תנאי החיוב", דכ"ז שהבהמה קיימת הרי אינו מתחייב, ותיירץ הקה"י דאין החיוב בתנאי של שעת האונס, אלא בתנאי שבשעת חיוב ההשבה לא תהיה הפרה בעין, והנה לסברת האמר"מ ל"ק כלל. ועוד י"ל בפשיטות דתנאי החיוב הוא כאילו עשאו אחר כמש"כ הגרע"א תשובה קס"ד, וכאן גם אם נאנסה ע"י אחר חייב. קנג) הניח להם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאילתה. כתב הרא"ש בב"ק דכ"ז בסתם, אבל אם אמר להם שאין מרשה שישתמשו עד שיתחייבו באונסין, אסור להם להשתמש עד שיתחייבו. והגר"א בחו"מ סי' שמח ציין ע"ז הא דמבואר בב"מ ק"ט א' דמי שהיה לו שתלא ומת והניח חמש חתנים אין מועלת הירושה ויכול לסלקם דאמר להם שחושש שכ"א יסמוך על השני ולא יעבדו היטב בשדהו, וה"ה כאן. אכן התוס' להלן פ"א א' ד"ה ולימא כתבו דכאן יורש את הזכות בלי החובה וא"א לסלקו. [וכמו שדייק שם הגרע"א]. ועי' בסמ"ע (שמ"א ו') שמחלק בין מקבל שדה שאינו בעלים על השדה לשואל שהוא בעלים על הפרה לזמן השאלה, וע"ש בנתיבות. ובראשונים כאן האריכו בד"ז אם כשמשתמשים חייבים באונסים ע"ש, ועיין במחנ"א (שאלה ופקדון א') שתולה הנידון אם חייבים באונסים בנידון אם חיוב שואל משום שמקבל ע"ע את החיובים או דחייב ממילא ע"ש, אולם להנ"ל הביאור במה שפטור הוא משום דירש הזכות ולא החובה. קנד) כתבו תוס' דהיורשים ש"ש, וכתב הנתיבות דהיינו כשידעו שאין הפרה של אביהם, אבל בלא ידעו הרי אפי' באכלו פטורין. ועי' במחנ"א שאלה סי' ב'. והגרע"א בשו"ע סי' שמ"א הביא דיש ראשונים שפוטרים אפי' בפשיעה. קנה) כסבורין של אביהן וטבחוה ואכלוה חייבין דמי בשר בזול. והיינו מדין נהנה. [והנה התוס' בחולין קלא כתבו דבאוכל ל"ש משתרשי ליה דיכול לומר הייתי מתענה וכל החיוב רק מדין נהנה. אכן יעוי' ברא"ה כאן דנקט דהחיוב מצד משתרשי דודאי שהיה קונה בשר בזול ע"ש]. ויל"ע למה אינו חייב מדין מזיק ומדין גזלן, והנה לגבי דין מזיק נחלקו הראשונים בטעם הפטור, דתוס' ב"ק כ"ז ב' כתבו דמזיק באונס פטור, וכאן נחשב כאונס. והרמב"ן ספ"ז דב"מ כתב דהפטור ממזיק הוא משום דהוי מזיק ברשות דף לד ע"ב שהרי ע"פ הדין א"צ לחשוש שא"י של אביהם. והא דאינו חייב מדין גזלן כתבו תוס' קידושין נ"ה א' דכל גזלן שסבור שהדבר שלו ונוטל בתורת שלו אין כאן מעשה הוצאה מן הבעלים ואינו נעשה גזלן. [והא דלא כתבו תוס' דגם מגזילה נפטר משום דהוי אונס, לכאוי מוכח מזה דגזלן באונס חייב, ודלא כקצה"ח ר"ס כ"ה דפוטור, ועי' משכ"ב ר' שמואל בחי' סנהדרין סי' ז']. קנו) מאן דמתני לה אסיפא אבל ארישא לא. והיינו משום דהשעבוד חל רק משעת אונסין. והא דחייבים בטבחוה ואכלוה, פירש"י דאבעי להו למידק. ובב"ק קי"ב פירש יותר: ואם הניח להן אביהן קרקע משלמין פירעון שלם דהווי אינהו במקום אבוהון והואיל והן אכלוה משלמין. והראשונים כאן הקשו דאם זה פשיעה יהיו חייבים תמיד אפי' בלא הניח קרקע [לכאוי הכוונה מדין מזיק, אבל על דין גזלן איכא לסברת תוס' בקידושין]. וביישוב ד' רש"י עי' בשטמ"ק שהביא דברי הרמ"ה בב"ק שאם הניח אביהם קרקע כיון שיודעים שאם החפץ גזול יש שעבוד ויהיו חייבים לשלם מחמת השעבוד, שוב הוי אכילתם על דעת להפסיד סכום זה ואין השומא בזול אלא ביוקר שהרי אדעתא דהכי ירדו. וכתב השטמ"ק וי"ל שזו כוונת רש"י אולם לשון רש"י לא משמע דרק משום "אדעתא דחיובא אכלו" משלמים, אלא משמע שיש להם חוב מדין מזיק, ועי' בשטמ"ק שביאר דכיון שיודעים שאולי ישלמו הוי באמת כפשיעה דאיבעי להו למידק וחייבין מדין מזיק. עוד פירש דכל הפשיעה כאן היא רק ביחס לפרוע מנכסי אביהם, ולא שישלמו מנכסי עצמם. וצ"ע. קנז) ותוס' ושאר הראשונים פירשו דאם הניח אחריות נכסים חיובם משום שהאב פשע, [ועיין בקצה"ח סי' ש"מ סק"ד שהביא דא"צ בזה פשיעה גמורה אלא דפשיעה כל דהו סגי לענין לשעבד את הנכסים משעת הפשיעה] ולכן בטבחוה שהאונס בא מחמת הפשיעה חייב האב, ובמתה מאליה שאין האונס מחמת הפשיעה פטור. ואם היה האב ש"ח או ש"ש, כתב הקצה"ח (סי' שמא סק"ד) דג"כ יש בזה חיוב מאחר והאב פשע, ע"ש היטב. אולם הנתיבות מבאר בתוס' מהלך חדש. דהנה הרשב"א הקשה דמה פשיעה היא זו, דילמא מלאך המות הוא דאנסיה [וכדאמרין בב"ב ע' גבי שטר כ"ס היוצא על היתומים]. ומבאר הנתיבות (סק"ח) דבאמת א"י פשיעה כלל, אלא דמאחר וסיבת האכילה היתה מחמת שלא פקדם. נחשב שהאונס התחיל כבר בחיי האב ע"י שלא פקדם וכיון שכבר החל האונס נשתעבדו הנכסים, משא"כ במתה דאין שייכות בין האונס שלבסוף למה שלא פקדם האב, לא התחיל האונס אלא לאחר מיתה.

דף לה ע"א

קנח) בפלוגתת ר"י ור"ל בשוגגין, דעת רב דימי דר' יוחנן מחייב בין בחייבי מיתות שוגגין ובין בחייבי מלקות שוגגין. ורבין אמר דבחיבי מיתות שוגגין פטור אף לר' יוחנן מדתנא דבי חזקיה והפלוגתא ביניהם רק בחייבי מלקות שוגגין וממון.

ובחולין פ"א ב' גבי שוחט אותו ואת בנו לע"ז ואתרו ביה משום אותו ואת בנו ולא משום ע"ז [היינו חייבי מיתות שוגגין ומלקות] אמר רבי יוחנן דחייב מלקות, ור"ל אמר כיון דכי אתרו ביה פטור כי לא אתרו ביה נמי פטור. ואמרין שם דאזדו לטעמייהו דכי אתא רב דימי אמר חייבי מיתות שוגגין וחייבי מלקות שוגגין ודבר וכו' ר' יוחנן אמר חייב ור"ל אמר פטור.

ומבואר בגמ' דגם במיתה ומלקות נחלקו ר' יוחנן דר"ל, וכן מבואר להדיא ברשב"א כאן ע"פ הך סוגיא דחולין, אכן לכאוי יש מקום לומר דכל דברי הגמ' בחולין רק אליבא דרב דימי [וכדמשמע פשוט הסוגיא דמיייתין שם דברי רב דימי ולא דברי רבין] דס"ל דהמחלוקת גם בחייבי מיתות וממון, אבל לדעת רבין י"ל דר' יוחנן פוטר חייבי מיתות שוגגין ממלקות. אכן הרשב"א כתב להדיא דגם לרבין מחייב ר' יוחנן חייבי מיתות במלקות, והטעם דקרא דתנא דבי חזקיה מייירי רק במיתה וממון ולא במיתה ומלקות, [ומיתה ומלקות ילפינן מכדי רשעתו - ע"י להלן ל"ז ב' בתוד"ה וחדא]. וכן מבואר להדיא ברמב"ם, שפסק כתנא דבי חזקיה ואפ"ה פסק בפ"י משחיטה ה"ז דאם התרו בו משום אותו ואת בנו ולא משום ע"ז לוקה.

אכן יעוי' בתוס' בחולין שכתבו דהמקור של ר"ל דחייבי מיתות שוגגין פטורין הוא משום דילפי מלקות מממון, שכמו שממון נפטר אפי' ע"י חייבי מיתות שוגגין, כמו"כ מלקות נפטרים. ודבריהם צ"ע דהרי בסוגין מוכח דא"א למילף כל קלב"מ מהדדי, ובעינן קרא לפטור כל סוג שוגג וכדילף אביי ורבא מרשע רשע או מכה מכה. ולכאוי צ"ל דס"ל דסוגיא דהתם כרב דימי, ואיהו ס"ל דא"צ קרא לכל סוג שוגג, אלא ילפינן מהדדי. [אכן ברש"י כתב דהמקור לפטור חייבי מיתות שוגגין ממלקות הוא מקראי דסוגין]. ולשיטת תוס' לא מצינו להדיא מה הדין לרבין. ועי' בפנ"י מש"כ בד' תוס'.

ובפני יהושע כתב ד"ל עוד דהחילוק בין חייבי מיתות שוגגין לחייבי מלקות שוגגין אינו חילוק בין "לא יהיה אסור" ל"כדי רשעתו", אלא חילוק בין מיתת שוגג [שהוא שגגה של חיוב חמור] למלקות שוגגין [שהוא שגגה של חיוב קל] ולפ"ז שפיר תלוי דינא דחייבי מיתת שוגגין ומלקות בפלוגתא דרב דימי ורבין, דלדעת רבין כיון דחייבי מיתות שוגגין פטורין מממון ה"ה שפוטרינן ממלקות.

ועי' במהרש"ל מכות ט"ז שכתב דחייבי מיתות שוגגין ומלקות חייבין, והמהרש"א שם הקשה עליו מתנדב"ח, ובדברי יחזקאל (סי' כ"ו ענף ב') הביא שהעירו ע"ד מהרש"א שהרי חייבי מיתות שוגגין וממון חייבין וכמבואר בחולין, ותנדב"ח פוטר רק מממון, אכן פשוט שהמהרש"א למד כדעת הפנ"י הנ"ל, אך זה דלא כרשב"א ורמב"ם הנ"ל.

והנה לדעת הרשב"א והרמב"ם צ"ע למה הביאה הגמ' בחולין את דברי רב דימי שנדחו מהלכה ולא את דברי רבין. ועי' בספר המאיר לעולם (ח"א סי' כב) דהגמ' נקטה את המ"ד שלדבריו פשוט שתלוי זב"ז. ועי"ש עוד שהאריך בכל הנ"ל.

קנט' בדינא דתנדב"ח. עי' בתוס' שפירשו דבג' עניני ממון איירי, א) בממון אחר בשוגג. ב) בדרך עליה וירידה - דלא נשקול ממוןא ונפטריה. ג) במתכוין ואין מתכוין לענין דמי האשה, היינו דאין משלם דמי הנהרג. ובתוס' בסנהדרין ע"ט ב' הוסיפו דבדין ה' החידוש הוא גם במזיד שלא נפטור דרך ירידה ע"י ממון כדאשכחן בשוגג שהקילה תורה שניתנה שגגתו לכפרה. וחזינן מדברי תוס' דדרך עליה הוא יותר חמור ודומה למזיד. אולם ברמב"ם כתב דדרך עליה הוא אונס. [ונתבאר באות קנב]. אכן בתוס' לעיל ל"ג ב' משמע דדרך עליה קיל טפי מדרך ירידה. ושורר בתוס' ל"ח א' ד"ה הני מילי, ולדבריהם אין סתירה בכל הנ"ל ע"ש היטב ודו"ק. [וזוה דלא כמו שהובא באות קנב מספר תר המלך].

קס) אכן מפשטות רש"י כאן וסנהדרין משמע דמפרש הכל לענין ממון אחר בהדי מיתה, וכ"ה ביד רמה בסנהדרין. והנה התוס' כתבו דא"צ קרא על ממון אחר באינו מתכוון דילפינן זאת משוגג, והתוס' בסנהדרין הוסיפו דק"ו הוא משוגג. ובעת רש"י יש לומר על פי מה דמשמע ברש"י בסנהדרין שם דאצטריך לרבות היכא דהוא שוגג וגם אינו מתכוון, ואי"ש.

ובביאור דברי רש"י כתב בקונטרס בעניני קלב"מ סי' ו' דס"ל דהא דשוגג פטור אי"ז סתם דין דמעשה שבאיזה אופן מחייב מיתה פטור לעולם מממון, דא"כ אין סברא לחלק בדרגות הנ"ל. אלא הגדר הוא שגם הקצת חיוב שיש בשוגג סגי לפוטרו [אף שאין חיוב עונש בפועל] ולכן בעינן גילוי על כל דרגת חיוב. [וזוהו שרש הספק של הגרע"א לעיל ל' ב' אם בחייבי מיתה אנוסין ג"כ פטורים].

קסא) רבא אמר אתיא מכה מכה. הקצה"ח סי' ל"ח הוציא מכאן דרבא סבר כר"ל, ומבאר בזה דברי רבא במכות ג' ע"ש. אולם המ"מ פ"ג מגגיבה ה"ב כתב דרבא סובר כר' יוחנן ע"ש [ועי' במקו"צ] והר"ש פ"ז מתרומות מ"א הוכיח דרבא סובר כר' יוחנן דהרי ביבמות ל"ו א' אמר דהילכתא כוותיה דר"ל רק בתלת.

דף לה ע"ב

קסב) לא צריכא דבהדי דמחיה קרע שיראין דיליה. והעיר באפיקי ים ח"ב סי' ל"ט דהרי החצי פרוטה של החבלה מצטרפת עם הפרוטה של השיראין ושוב אפשר לתבוע בב"ד, וא"כ יפטר ממלקות משום החצי פרוטה דחבלה [אחר שחייב לשלמה בצירוף]. ותיירץ דמוכח מזה דתשלום נזק של פחות משו"פ אינו פוטר ממלקות אפי' היכא דמשלמו, דאי"ז נקרא "רשעתו" דאי"ז עונש לשלם פחות משו"פ, וממילא לוקה ואינו משלם.

והנה האו"ש (פ"ד ה"ד מנערה) מדייק מהג"א ב"ק פ' כיצד דכל הדין דבחבלה משלם ואינו לוקה הוא רק בנזק ולא בשאר ד' דברים, והקשה האפיקי ים א"כ למה לגמ' למימר דמייירי דבהדי דחבל קרע שיראין, לימא דבהדי דחבל היה גם חיוב דד' דברים והם היו יותר משו"פ. וע"ש משכ"ב. ושוב כתב דהמעין במקור הדברים באו"ז יראה שלא צדקו דברי האו"ש דאין כוונת האו"ז לדין זה ואדרבה מבואר שם להיפך דגם בד' דברים משלם ואינו לוקה. וכן מבואר בתוס' ל"ב א' ד"ה אלמא וברש"י ל"ג א' ד"ה אלא, וכ"ה בריטב"א כאן.

קסג) כתב המהרש"ל (על תוס' ד"ה מתניתין) דהוי מצי לשנויי דמייירי אפי' בחבל שו"פ ומשלם על החבלה, ומ"מ נפטר על קריעת השיראין משום דזה ממון אחר שאינו מענין חבלה וכלפיו לא נתחדש דמשלם ואינו לוקה, וממילא הוא נפטר מהממון משום דלא גרע מחייבי מלקות שוגגין. [והיינו דכשם שחייבי מלקות שוגגין אע"פ שאין לוקין פטורין ממשלם, כמו"כ במשלמין את החבלה אכתי הלאו דמלקות פטור אע"פ שאין לוקה בפועל]. וכן נראה מדברי מהרש"א שמסכים עם המהרש"ל. וכע"ז כתב הקצה"ח (סי' ל"ח סק"א) גבי עדים זוממין דבפירוש ריבתה תורה לתשלומין, דמ"מ נפטר מתשלומי גרמי לר"ל משום דלא גרע מחייבי מלקות שוגגין.

אולם הפנ"י כאן כתב דאם משלם ממון תו לא הוי אפי' בחייבי מיתות שוגגין דכיון דמשלם ניתק הלאו דבל יוסיף ולא מקרי חייבי מלקות כלל ולא דמי לחייבי מלקות שוגגין. [וכן דעת הבית יעקב דף ל"ב ע"א].

והנה בעיקר הדין בחובל בפחות משו"פ חייב מלקות, הקשו האחרונים מ"ש מגזילה דבגול פחות משו"פ אסור ואינו לוקה, דפחות משו"פ הוא כמחילה ומחילה כתשלום ולכן נפטר, וא"כ גם בחובל פחות משו"פ נימא דמחילה כתשלום. ותיירץ האחיעזר (סי' כ"א סק"ז) דגזילה הוי לאו הניתק לתשלומין וכיון שכך גם פחות משו"פ נחשב כתשלום. משא"כ בחבלה דהפטור על המלקות הוא מדין "כדי רשעתו" דכיון שמשלם אינו לוקה, ממילא פחות משו"פ לא נתמעט מכדי רשעתו, דכיון שאין ב"ד כופין ע"ז תו לא חשיב רשעה המסורה לב"ד [ע"י מכות י"ג ב' דמה"ט כריתות לא מקרי כדי רשעתו] ומבואר לפ"ז דהא דבחבלה משלם ואינו לוקה אי"ז משום ניתק לתשלומין אלא משום כדי רשעתו וזה כדברי מהרש"ל.

אולם בהמשך דבריו הוכיח האחיעזר דפטורא דחובל שו"פ הוא משום ניתק לתשלומין, ע"ש, ועי' משכ"ב באות צו. קסד) תוד"ה מתניתין. "דילמא בממון אחר סבר כר"ל אבל בממונא דההוא מילתא גופא משלם ממון ומיפטור ממלקות מגז"ש דתחת תחת". בדברי התוס' פי' האחרונים שני מהלכים: המהרש"ל ומהרש"א מפרשים דכוונת תוס' כעין דברי רבי דמחלק בין אותו ממון לממון אחר, דבדמי הנהרג חייב ובדמי וולדות פטור [ע"י בתוס' בעמוד א' ד"ה נמי]. וה"נ הקנס של אונס נחשב כאותו ממון, וקריעת שיראין כממון אחר. [והמהרש"א מפרש דילפינן ד"ז מרבי, והפני"י נחלק עליו דהרי תוס' כתבו דהמקור הוא מקרא דתחת, אלא כוונת מהרש"ל דכשם שבדברי רבי מחלקים מגז"ה בין אותו ממון לממון אחר, כמו"כ בקנס יש לפרש הגז"ה כ"כ תחת באותו ממון].

אכן הפני"י כתב דכוונת תוס' דבאונס יש גז"ה"כ מסוימת מקרא דתחת דמשלם ואינו לוקה, ותוס' לשיטתם בדף ל"ב ב' ד"ה אלא, ובדף ל"ג א' ד"ה ועולא, דרך בהנך מקומות דגלי קרא משלם והיינו בקנס וחובל ועדים זוממין, ולשון תוס' "בממונא דבההיא מילתא גופיה" [אשר לדעת המהרש"ל הכוונה ממון על אותה סיבה שמחייבתו תשלומין] פי' הפני"י דהיינו בההוא מילתא שנאמר בו הגז"ה"כ - שם הוא דמשלם. וכדברי הפני"י מבואר בשטמ"ק.

ועי' במהרש"ל שהקשה לשיטתו למה באמת לא כתבו תוס' להקשות כדברי הפני"י, ובמהרש"א כתב דתוס' אזלי לשיטת רש"י דס"ל דלעולא אין לחלק בין הנך תלת דגלי בהו קרא לשאר הדינים, ולכן הקשו רק מסברת רבי.

קסה) אי כר' נחוניא קשיא אחותו. והנה נחלקו הראשונים אם לרנב"ה חייבי כריתות שוגגין חייבין בתשלומין. [ע"י רש"י ותוס' פסחים ל"ב ובבעה"מ ומלחמות בריש פרקין], והקשו הראשונים מסוגיתנו דמאי פריך מאחותו נימא דמיירי בשוגג, ותיירצו הרמב"ם והרשב"א דמלשון המשנה "אע"פ שהן בהיכרת" משמע דמיירי במזיד שיש כרת בפועל.

והרא"ה כתב דכל הנידון לרנב"ה בחייבי כריתות שוגגין הוא רק אליבא דר' יוחנן דחייבי מלקות שוגגין חייבין, אבל כאן דמיירי אליבא דר"ל דס"ל דגם חייבי מלקות שוגגין פטורין [דקרא בהמשך הסוגיא אמרין ע"כ כר' יוחנן ס"ל] א"כ ה"ה דלרנב"ה חייבי כריתות שוגגין פטורין [וביאור דבריו דכיון דר"ל סובר דמה דילפינן מגז"ש דמי לגמרי למלמד - ומלקות הנלמדים ממיתה פטורים בשוגג כמו מיתה, א"כ גם לרנב"ה דיליף מכרת שלי כמיתה שלכם ומדמי כריתות למיתה ב"ד אין לחלק ביניהם. אבל ר' יוחנן שפיר מחלק ביניהם. כן משמע בדבריו. ועי' בפני"י].

קסו) אי כר' יצחק קשיא ממזרת. והנה כתב הרמב"ם פט"ו מאיסורי"ב ה"ב וז"ל: אחד ממזר שנשא ישראלית או ישראלי שנשא ממזרת כיון שבעלו אחר הקידושין לוקין. קידש ולא בעל אינו לוקה, בעל ולא קידש אינו לוקין משום ממזרות שאין לך בכל חייבי לאוין מי שלוקה על בעילה בלא קידושין אלא כהן גדול באלמנה כמו שיתבאר. עכ"ל.

והקשה הראב"ד דהא בסוגין אמרין קשיא ממזרת, והיינו דהמלקות דממזרות יפטרו את האונס מקנס, והרי אונס הוא בלי קידושין ומוכח דיש מלקות אפי' בלא קידושין. [וכן הקשו שאר ראשונים].

ובמ"מ הביא שחכמי לוניל הקשו כן לרמב"ם, וע"ש בארוכה בתשובת הרמב"ם, ותוכן דבריו דמהסוגיא בקידושין ע"ח א' מוכח שחייבי לאוין לאביי לוקין על ביאתן בלא קידושין ולרבא אין לוקין והלכה כרבא, ומה שאמרו כאן אי כר' יצחק קשיא ממזרת, תירץ הרמב"ם או דנימא דר' יצחק סובר דבאמת יש מלקות בלא קידושין, או דסובר בממזרת כסברא דעולא באחותו שמה שלוקה הוא רק בבוגרת עכ"ל. [ועיין בפני"י שמיישב בפשיטות דהכא לאביי פריך, ואביי הרי סובר דחייב גם על בעילה בלא קידושין].

ודברי הרמב"ם תמוהין, דמש"כ בתירוץ הראשון דר' יצחק פליג, תמוה מהיכי תיתי דר' יצחק פליג וס"ל דלוקה על ביאה גרידא עד שמקשה מכח הנחה זו קושיא. ומש"כ בתירוץ השני אינו מובן כלל. ועיין בפני"י שכתב דלשוננו מגומגם מאוד וצריך תיקון, ועיין בחת"ס דף כט משכ"ב. ועיין בשטמ"ק שהעתיק תשובת הרמ"ה בדברי הרמב"ם.

קסז) והנה הרמב"ם פ"א מנערה בתולה כתב היתה בתולה זו אסורה על האונס וכו' או שהיתה מחייבי לאוין אם התרו בו ה"ז לוקה ואין משלם קנס. ומבואר ברמב"ם דיש מלקות אפי' בלא קידושין, וזה סותר לשיטתו הנ"ל דבלי קידושין אין מלקות. ותיירץ הר"א בן הרמב"ם [מובא בכס"מ ה' איסורי"ב שם] דהא דלוקה הוא מדין לא תהיה קדשה, ולא מדין ממזרת, ובזה לוקה אפי' אם אינה מחייבי לאוין. ואע"פ שכתב הרמב"ם סוף פרק שני מהלכות נערה דאין מלקות דלא תהיה קדשה עד שתכין עצמה לכן - היינו לחייב את האשה במלקות, אבל האיש חייב אפי' אם לא ייחדה עצמה לזנות. והקשו האחרונים הרי הוזהר הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה ומ"ש הוא מהיא. [ועי' בבית אפרים אבהע"ז סי' מא משכ"ב]. ועוד הקשו דלדברי הר"א בן הרמב"ם למה הדגיש הרמב"ם "ואם היתה מחייבי לאוין".

והחת"ס בריש פרקין כתב ביאור נפלא בדברי הרמב"ם. דהדין לא תהיה קדשה הוא באופן שהביאה אינה למטרת קידושין, אבל באונס שידוע שחייב לשאתה, וכן במפתה ע"מ שישאנה אח"כ בפיתוי זה אין זה בא בדרך זנות ופטור ממלקות. אכן כ"ז בבא על אשה המותרת. אבל בבא על חייבי לאוין שאינו נושא לאשה [וכדנתן להלן ל"ט א', ועי' אות כא טעם הדבר] ממילא הדר הו"ל ביאת זנות ולכן לוקה. ונמצא לפ"ז דהא דקשיא ממזרת אין זה מחמת הלאו דממזרת - אלא דכיון שאסור לשאתה משום לאו דממזרת ממילא יש מלקות מלאו דלא תהיה קדשה, וזו גם כוונת הרמב"ם בהלכות איסורי"ב דבחיבי לאוין שהתרו בו לוקה - היינו משום הלאו דלא תהיה קדשה. [ועי' בבית יעקב שמיישב באופן אחר].

ועי' באוסף חדו"ת מהגר"א קוטלר משכ"ב.

קסח) הממאנת אין לה קנס. פירש"י משום דהיא בחזקת בעולה. עיין ברמב"ן שפשיטא ליה דבדאיכא עדים שלא נסתרה יש לה קנס, אלא הכא מיירי שאין עדים כלל וקמ"ל דאפי' אי טענה שלא נבעלה לא סמכין אחזקתה, אי"נ אפי' לא טענה ס"ד דישראל כדי שלא יהא חוטא נשכר.

אכן הרשב"א מפרש דאיכא עדים שלא נסתרה ואפ"ה אמרין דמילתא דלא רמיא על העדים לא דייקו בה שפיר, וכע"ז כ' הרשב"א בדף י"א ב' ע"ש.

והבית יעקב מפרש דמיירי שיש עדים שלא נסתרה וסמכין עליהם, ומ"מ אין לה קנס דכיון שהיא מוחזק לעולם שנבעלה איבדה את חן הבתולים, ועפ"י מיישב ק' תוס' על רש"י [דאימא דמיירי שנבעלה בנערותה אחר שמיאנה] ע"ש. אולם יעוי' באות יד שמוכח שלכ"ד וצ"ע. ועיין ברע"א שמיישב דברי רש"י בב' דרכים ע"ש ואכמ"ל.

דף לו ע"א

קסט) אלימא שניות מדברי סופרים כיון דמדאורייתא חזיא ליה אמאי אין להן קנס. והקשה השטמ"ק מ"ש מנתינה דלדעת רש"י אסורה רק מדרבנן ואפ"ה אמרין לעיל כ"ט ב' ממזרת ונתינה איכא בינייהו, אלמא דגם באיסור דרבנן מקרי אין ראוי לקיימה. ותירץ דיש חילוק בין נתינה דגזרו עליהם כממזרים, ומדרבנן הוי באיסור ממזרות, משא"כ בשניות שגזרו עליהם רק להרחיק מן העבירה, ובזה לא הפקיעו חכמים חיוב הקנס. והמל"מ פ"א ה"ה מנערה כתב דאין בחילוק זה לא טעם ולא ריח. ובשעה"מ פ"ח הכ"ד מאיסור"ב מביא ראייה לחילוק זה דברמב"ם שם משמע דבשניות אין הבעילה פוסלת לכהונה, ואילו בנתין שבא עליה פסלה לכהונה ובע"כ בחילוק הנ"ל דנתינה שוויה כממזרת, ואילו שניה הוי איסור בעלמא.

וברמב"ם פ"א מנערה ה"ה כתב דהבא על חייבי לאוין ועשה ושניה ה"ז לא ישאנה. וכתב הכ"מ דלענין חייבי עשה המקור הוא מר"ש בן מנסיא דבעינן ראוייה לקיימה, וגבי שניה כתב דכיון דכל מילי דרבנן אסמכיהו אלא תסור שפיר אמעיט מולו תהיה לאשה. והמל"מ הביא דברי מהר"א ששון שהקשה ע"ז מסוגין דמאי פריך דשניות חזיא ליה מדאורייתא, האיכא לאו דלא תסור. וכתב מהר"א ששון דלולי הכ"מ היה מפרש ד' הרמב"ם דהעמידו חכמים דבריהם על ד"ת שלא ישאנה, אבל לענין קנס לא פטרו. והמל"מ השיג ע"ז דאם עשו שניה כאיסור דאורייתא היה להם לפטור שניה מקנס כמו שפטרו שבוי - כמשי"כ תוס' להלן בע"ב - [ולפי"מ שיתבאר להלן דדעת הרמב"ם דפטור מקנס מדאורייתא לכאוי ל"ק].

ולכן מיישב המל"מ דברי הכ"מ, דאף אם נאמר דשניות מד"ס אימעט מולא תהיה לאשה, כ"ז לר' שמעון בן מנסיא דדריש ראוייה לקיימה. אבל לשמעון התימני דס"ל דתלוי בתפיסת קידושין, ודאי שלשניה יש קנס שהרי קידושין תופסין בה, ולפ"ז י"ל דקושית הגמ' לשמעון התימני והרמב"ם פסק כר"ש בן מנסיא. [ובסוף דבריו חולק המל"מ על הכ"מ, וכתב דדברי הרמב"ם אין שייכים לפלוגתת רשב"ם ושמעון התימני, דהם מיירו גבי קנס והרמב"ם מיירי גבי מצות ולא תהיה לאשה ובזה אין האיסור נדחה מפני העשה וכדאמרין להלן מ' א' משם דאי אמרה לא בעינא ע"ש].

ועי' בשערי ישר ס"א פכ"ב שמבאר היטב דברי הכ"מ [ע"פ דרכו של המל"מ] דבעיקר הנידון אם כשאסורה מדרבנן מקרי מדאורייתא אין ראוייה לקיימו, נראה דהדבר תלוי אם הקפידה תורה שיהא ראוי "בפועל" לקיימה, או דבעינן דין ראוי לקיימה. [וכע"ז נתבאר באות קלא]. דאם בעינן ראוי בפועל אז גם איסור דרבנן מקרי אין ראוי לקיימה ודו"ק. ועפ"י י"ל דלרשב"ם דתלוי בראוי לקיימה, מסתבר דזה משום שהתורה רצתה שיקיים בפועל, ולכן גם באיסור דרבנן מקרי אין ראוי לקיימה. משא"כ לשמעון התימני דזה תלוי בתפיסת קידושין, זה הוי תנאי בעלמא וכל שמדאורייתא תפסי קידושין מקרי בת תפיסת קידושין. [ואפי' אם נימא דמדרבנן אין קידושין תופסין בשניות - עי' דרכי משה אבהע"ז ריש סי' טו - מ"מ חייב קנס כיון דמדאורייתא תפסי קידושין]. ועי' בשערי משכ"ב.

קע) תוד"ה וליתני. ותימה לר"י אמאי לא משני דאגב אורחא קמ"ל דעד מתי הבת ממאנת עד שתביא שתי שערות. והקשו המגיני שלמה והגרע"א דאיך אפשר לשמוע זאת מהברייתא, והא אדרבה אם נימא דממאנת אחר שהיא נערה אפשר לפרש הברייתא כפשוטה וכתירוץ ראשון של הגמ'. ותירץ הגרע"א דהתוס' לעיל ל"ה ב' הקשו דאם מיירי בנערה אמאי תניא פיתוי, הרי אם היא גדולה ממילא מחלה, ומכאן זה יש להוכיח דמיירי דוקא בקטנה. אכן בעיקר דברי תוס' העיר הגרע"א דמשכח"ל פתוי בנשתטית דלאו בת מחילה היא. [ועיין בראשונים שכתבו דבפתוי קטנה אונס הוא אין מחילה, ויל"ע לפי ביאור הרמב"ן דבפתוי הוא מדין מזיק ברשות אם שייכי סברות הנ"ל].

קעא) האילוניות יש לה טענת בתולים. הנה בע"כ מיירי שהכיר בה דאי לא הכיר בה הוי מק"ט ואין לה כתובה. ולפ"ז קשה מאי קמ"ל דיש לה טענת בתולים, פשיטא, דאטו משום שהיא איילונית אין חסרון בטענת בתולים. וביאר הבית יעקב דכיון דמקטנותה יצאה לבגר היה ס"ד דכמו שלבוגרת אין טענת בתולים כמו"כ לאילוניות דנהי דלענין דינים נחשבת כקטנה מ"מ לענין המציאות של טענת בתולים דינה כבוגרת קמ"ל דקטנה היא לכל מילי עד שנעשית גדולה.

קעב) הא ר"ג הא ר"י. שיטת בעה"מ דהטענין מהני רק לענין הקנס שאין ריעותא לפנינו וטענינן שהיא בתולה, אבל לענין טענת בתולים לר"ג יש לה טענת בתולים דכיון דאזיל בתר חזקה הרי נשאה בחזקת בתולה, והשתא שמצא פ"פ חיישינן שמא זינתה תחתיו, ואין טוענין מוכ"ע או תחתיו זינתה באונס דמילתא דל"ש הוא. והברייתא דקתני אין לה טענת בתולים קאי כר' יהושע דכיון דלית ליה חזקה הרי נשאה בחזקת בעולה ואין לו טענה. ולפ"ז להלכה יוצא דיש לה טענת בתולים, וכל הפוסקים פירשו בהיפך דלר"ג אין לה טענת בתולים. ועיין ברמב"ן משה"ק עליו ובמל"מ פ"א ה"ח מאישות מיישב קושיותיו ע"ש.

והרמב"ן פירש דטענינן להו מוכ"ע [ואפי' אם קידש ובעל לאלתר דא"א שתחתיו זינתה טענינן מוכ"ע] ואע"פ שמוכ"ע כתובתה מנה - הכא כתובתה מאתים שהרי קיי"ל חרשת ושוטה אין להן כתובה (יבמות קיב.), ובע"כ מיירי שכתב לה כתובה ובזה אם הכיר בה שהיא בעולה יש לה מאתים.

אמנם צ"ע בדברי הרמב"ן דא"כ אי"ז תלוי בפלוגתת ר"ג ור"י, שהרי כאן שאין מק"ט והוא התחייב לה מאתים למה לר' יהושע פטור. ותירץ המל"מ (שם) דלר' יהושע חיישינן שמא תחתיו זינתה ברצון [וע"ש שג"ז תלוי בפלוגתת ר"י ור"ג] אכן הקשה ע"ז המל"מ דכיון דהיא שוטה הוי כפיתוי קטנה אונס הוא שאינה מפסדת את הכתובה והדק"ל.

קעג) ורש"י כתב דהטענינן הוא שתחתיו נאנסה, והקשו תוס' איך טענינן להוציא, דהא חזקת הגוף איתרע וחזקת ממון לא איתרע. [והיינו דאם חזקת הגוף לא איתרע אפשר להוציא ממון ע"פ הפשטות של חזקת הגוף. ועי' בקצה"ח סי' קנ"ה שהביא משו"ת הרא"ש שלא טענינן להוציא, וכ"כ הר"י מיגש בתשובה סי' קכא והריטב"א ב"ב כג א']. ולפמשי"כ ר"י ליישב פירוש הקונטרס חזינן דא"צ טענת ברי אלא אפי' טענת שמא מהני, אלא שאם אינה טוענת תלינן שבאמת אין לה כתובה, אבל כאן שהיא שוטה אמרין פתח פיד לאילם והיינו דאין שתיקתה ריעותא ואזלינן בתר חזקה. [עי' חזו"א סי' פ"ב סקכ"א שביאר כן]. ועיין במל"מ שהאריך מאוד בביאור שיטת רש"י.

קעד) ור"י מפרש דטענינן שהיא מוכ"ע. וצ"ב מה מיישב בזה קושיתו - דאיך טענינן להוציא. ויש בזה ב' מהלכים: המהרש"א פירש דכאן לא איתרע חזקתה כיון דמוכ"ע לר"מ כתובתה מאתים א"כ אין כלל ריעותא. והגרע"א פירש

דרך לענין בעולה שיש ריעותא לפנינו אלא שבאים לומר ע"י החזקה שתחתיו היה והיינו שהשינוי בא מאוחר ככל האפשר - בזה בעינן לטענת ברי ולא מהני דין טענין. אבל אם הטענה הוא מוכ"ע שבזה אין ריעותא לפנינו שהרי מתרצין שבאמת לא נבעלה מעולם אלא מה שפיתחה פתוח הוא ע"י מוכ"ע, ואת זה שפיר טענין. ולהלן כתבו תוס' דכל נשים חבוטין מחבטן, אלא דהחילוק בין חרשת לשאר נשים דבשאר נשים מכלא טענו ש"מ שאינן מוכ"ע משא"כ בחרשת. והנה בעי"ב גבי סומא איתא בגמ' דסברת סומכוס שהיא אינה יכולה לידע ואין ריעותא במה שלא טענה, וצ"ב מהי סברת ת"ק דפליג ע"ז, ולדברי הגרע"א א"ש, דבסומא מיירי בדלא כתב לה כתובה וטענין לה באמת שהיא מוכ"ע ומי"מ מהני טענתו להפסיד לה מנה [דמוכ"ע כתובתה מנה - ורק בשוטה שכתב לה (כמשנ"ת באות קעב) אז כתובתה מאתים, אבל בסומא לא מיירי בכתב לה ויכול להפסידה מנה. ור"מ לשיטתו דס"ל מוכ"ע כתובתה מאתים ואין נ"מ בטענתו]. אכן למהרש"א צ"ל דסברת ת"ק היא דגם סומא יכולה לדעת ומכלא טענה ש"מ שאינה מוכ"ע. ועי' ברע"א שפלפל בזה הרבה. וע' במל"מ בשם הראנ"ח בביאור ד' התוס' ואכמ"ל.

דף לו ע"ב

קעה) תוד"ה אי, הקשו לגי' ר"ח למה לא משני בעמוד א' דהברייתא דיש לה טענת בתולים היינו בטוען פתח פתוח [דבזה ל"ש טענין לשי' ר"י דהטענין הוא שהיא מוכ"ע שהרי מוכ"ע פתחה נעול - כ"כ מהרש"א] והברייתא דאין לה טענת בתולים בטוען טענת דמים דבזה טענין. ולכא' דבריהם תמוהין למה הקשו כן רק לגירסת ר"ח הרי גם לגי' רש"י יש להקשות דנימא להיפך, דהברייתא דיש לה טענת בתולים היינו בטוען טענת דמים. ובמהר"ם שיף כתב דלשי' רש"י י"ל דמוכ"ע אין לה דמים ופתחה פתוח.

והחזו"א (סי' פב סק"ז) כתב בזה דבהך ברייתא דתניא יש לה טענת בתולים תניא נמי דיש לה קנס, וי"ל דלענין קנס אם טוען טענת דמים צריכה להביא עדים שהיא בתולה, דבשלמא בטוען פתח פתוח מבואר ברמב"ן שאינו נאמן דא"כ ביטלת תורת קנס שכל אונס יטען פתחה פתוח [וזה דבר שא"א לברר], משא"כ בטענת דמים י"ל דבעינן שעדים יעידו על הדמים. ולפ"ז מוכרח בתוס' דקנס אינו תלוי בפלוגתא ר"ג ור"י, ע"ש.

והנה בתוס' בע"א משמע דכל אשה היא בחזקת מוכ"ע, והקשה הגרע"א א"כ איך חייב קנס, ותיירץ דהיא נאמנת בברי ובחזקה, ואף דאם הוא טוען ברי שמצא פתח פתוח נאמן, מ"מ כשאנו טוען לא מקרי מודה בקנס, דיש כאן רק העדר טענת פטור אבל עיקר החיוב אינו על ידו [ככתוב בתשובת הרשב"א ח"ג סי' ק"י ובמל"מ שם] ועי' בחזו"א סק"כ שהקשה ע"ז דהא הקנס לאביה וא"כ הו"ל כמנה לאבא בידך דלא מקרי ברי. וע"ש.

קעו) והא אמר רבא יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין לה. והטעם מבואר בגיטין פ"ט ב' דפריצותא בעלמא חזו בה. וכתב הב"ח בסי' ד' דלפ"ז אם יצא קול שהיא מעוברת הרי היא נפסלת דמשום פריצותא לא יצא קול שהיא בעולה. והרע"א באוסף גנזים סי' יג האריך לתרץ מה שקשה ע"ז מסוגיתנו למה לא העמידו הא דיוצאת משום ש"ר ביש קול שהיא מעוברת.

קעז) דאתו בי תרי ואמרי לדידהו תבעתנהי באיסורא. כתב הגרע"א דלפ"ז אם באים שני פסולים ואומרים שתבעתם נפסלת לכהונה דחיישינן שמא זינתה עם פסול אחר, וזה לא מצינו.

קעה) האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה. עי' ברא"ש בשם י"מ [וכ"ד הרא"ה והובא בריטב"א] דמי שנחשד לזיף, כל שטרות היוצאין מתח"י חיישינן בהו לזיוף. אבל הרא"ש ושאר ראשונים הביאו דדעת ר"ח דרק על אותו זיוף מסוים שרצה לזיף חיישינן אבל שטר שכתוב בו מאורע אחר אין חוששין לזיוף.

עוד נחלקו הראשונים אם אפשר לקיים את השטר ע"י העדים עצמם שאומרים כת"י הוא זה, דדעת הרמ"ה והריטב"א דלא מהני, דחיישינן שזיף עד שהם עצמם טועים בכתב ידן, [וכההיא דב"ב קס"ז א' דאנח ידיה אזורנוקא]. אבל הרמב"ם סוף ה' עדות כתב דבמעידין על כתב ידן מהני, ודברי הרמב"ם צ"ע, דלכא' מיירי שאינם זוכרים ההלואה, [דאם זוכרים ההלואה הרי זהו מש"כ הרמב"ם שגם אחרים מהני] וא"כ הרי דעת הרמב"ם דעדים שאינם זוכרין ההלואה אינם נאמנים. ועי' משכ"ב הש"ך בסי' סג.

קעט) בהא דשבויה אין לה קנס, כתבו תוס' דהוא תקנה דרבנן גזירה שלא תינשא לכהן, ומשמע דמדאורייתא אין כלל חשש. אכן בתוס' הרא"ש בשם מהר"ם כתב דבאמת הוי ספק גמור, אלא דלענין איסורים מוקמינן לה אחזקה ומתירין אותה, אבל ממון א"א להוציא ע"פ חזקה משום דיש כנגד זה חזקה ממון. [ועפ"ז מבאר הא דקאמר לקמן עד כאן לא קאמר ר' דוסא התם אלא בתרומה דרבנן - שרש"י מפרש דמיירי בתרומה בזה"ז - והמהר"ם מפרש דכל האיסור בתרומה הוא מדרבנן מפני שיש לאשה חזקה כשרות].

ודעת הרמב"ם (פ"ח הי"ז מאיסו"ב) דשבויה היא ספק גמור ומה דבשבויה הקילו הוא משום שאיסור כל הספיקות מדברי סופרים לפיכך הקלו בשבויה.

דף לז ע"א

קפ) הבא על בתו. התוס' בריש פרקין הביאו דברי הירושלמי שהקשה דהא הקנס לאביה וא"כ תיפול"ל שלא שייך שישלם הוא לעצמו. ומשני תיפתר שבא עליה אביה ומת. [ואליבא דר"ע דסבר בארוסה ונתגרשה דיש לה קנס וקנסה לעצמה משכח"ל בכה"ג שאז קנסה לעצמה] עכ"ד הירושלמי.

והקשה התוס' הרא"ש על האוקימתא הראשונה דהרי הקנס מגיע לאב וא"צ העמדה בדין ופשיטא דפטור ע"ש. והרשב"א כתב דמדברי הירושלמי חזין דכיון דאין לאב עד שעת העמב"ד גם הוא אינו פטור לעולם ואם מת או שבגרה קודם שמת קנסה לעצמה. עוד מחדש הרשב"א לדעת הירושלמי שאם עמד האב ונתן לה כסף קנסה, אח"כ חוזר וזוכה בו שהוא יכול לכופה לעמוד בדין ולתובעו כדי שיזכה הוא בקנס כדרך שיכול לכופה לדין עם אחר דלעולם מחמתה הוא זוכה והיא היא שעומדת בדין.

והנה ביאור קושיית הרשב"א היא שכיון שבשעת האונס היה הוא בעל החיוב ולא שייך שיחול אליו החיוב ממילא לא חל כלל חיוב קנס. והיינו דאע"פ שאם בגרה או שמת אביה קנסה לעצמה [כדתנן ר"פ נערה] היינו באופן שחל חיוב בתחילה, וקודם היה שייך הזכות תביעה לאב ועתה שייך לבת. אבל הכא שבתחילה לא חל החיוב תו אין לבת זכות שתזכה בה כשימות האב. [עי' בחזו"א סנהדרין סי' יט סק"ז, וביתר ביאור בחי' הגרנ"ט סי' מא].

ותירץ הרשב"א דכיון דאין לאב עד שעת העמב"ד לא נפטר גם האב, וביאר הגרנ"ט דהשתא הדר ביה הרשב"א וס"ל דגם בתחילה יש לבת זכות תביעה, אלא דתביעת האב אלימא טפי והוא קודם לה, ומשום דאין הבועל חייב לשלם ב' פעמים, והאב הוא הבעלים לתבוע וגובר על זכויות הבת, ולכן כאן לא פקע החיוב שהרי החיוב בכח של הבת קיים אפי' בזמן שהאב יכול לתבוע.

והוסיף הרשב"א דעיקר זכות האב היא לתבוע את תביעת הבת, ולעולם היא מיקריא התובעת, וגם הכא הוא יכול לכופה לתבוע את הקנס כדי שהוא יזכה בו, והיינו דאין הביאור שיש כאן ב' זכויות נפרדות אחת לאב ואחת לבת וזכות האב קודמת. אלא דיש רק זכות תביעה אחת שלה, אלא דהוא בעלים על הזכות תביעה דידה, ולכן יכול לתבוע שתעמוד בדין. קפא) ומש"כ הרשב"א "שאם עמד האב ונתן לה כסף קנסה, אח"כ חוזר וזוכה בו", ביאר הגרנ"ט דהיינו אם עמד בדן ושילם. ובדברי יחזקאל סי' כ"ד הקשה דא"כ אי"צ "שיתן" האב הכסף וסגי בפסק ב"ד [כרבנן דר"ש בר"פ נערה דאם עמד בדן ובגרה כסף קנסה לאב אע"פ שעדיין לא שילם]. ואם שילם לה אי"צ אלא מתנה בעלמא ואין האב זוכה בזה, דאין האב זוכה במתנת בתו. [ע"י קצה"ח סי' קעו סק"ו]. ואם מיירי קודם שעמד בדן ל"ש כלל תשלומין כיון דאין אפי' חיוב לציא"ש קודם העמב"ד. ועוד דלכא"ו עצם התשלומין הם כהודאה בקנס [כמש"כ הקצה"ח סי' שנ סק"ד בשם תשובת הרשב"א] ומודה בקנס פטור. [ועל קושיא זו תירץ הדבר"י דמיירי בששילם מחוץ לב"ד והודאה בקנס פוטרת רק בב"ד].

ואולי י"ל דכשהבת מקבלת הקנס הוי כמו תפיסה, ומהני מדין עביד איניש דינא לנפשיה [ע"י ברא"ש ספ"ק דב"ק]. קפב) והנה נחלקו הראשונים במפותה שבגרה אם קנסה לעצמה, או דכיון שכלפי עצמה יש מחילה [ואם נתפתתה כעת פטור] אין כאן חיוב. [ע"י ברמב"ן ר"פ נערה דאין לה קנס דכלפי עצמה יש מחילה דהא לא מחמת ירושת אביה זכתה בהן, והריטב"א כתב דכיון דבשעת ביאה לא היתה של עצמה אע"פ שהשתא זוכה בקנס פנים חדשות באו לכאן ואין מחילה הראשונה כלום]. וביאר הגרנ"ט דהרמב"ן סובר שיש שתי חיובים נפרדים - לאב ולבת, וכאשר פקעא זכות האב אז יכולה הבת לתבוע מכח זכותה העצמית, וא"כ במפותה שכבר מחלה על זכותה לא יכולה לתבוע. והריטב"א סובר דיש חיוב אחד ובתחילה היה האב בעל החיוב והשתא היא זוכה בו וממילא לא מהני מחילתה הראשונה. ולדבריו הרשב"א שכי' דהאב תובע את זכות הבת מוכרח לסבור כריטב"א. אכן יעוי' ברשב"א ר"פ נערה שבתחילה סובר דמהני מחילתה, וגם בסוף דבריו חזר בו רק משום דאז אין לה זכות והוי כמוחלת על דבר שאינו ברשותה. ונראה בד' הרשב"א דכיון שעיקר הזכות היא של עצמה ורק דהאב בעלים על התביעה, "כשמת האב נתרוקן הזכות לעצמה וכאילו לא זכה בהן אביה כלל" [לשון הרשב"א], והיינו לא מטעם הגרנ"ט דיש כאן מלכתחילה ב' תביעות, אלא שכיון שזכותיה דהאב רכיב על זכות הבת - כשפוקעת זכותו נחשב כזכות גמורה של הבת למפרע.

קפג) ועיין ברמב"ם (פ"ב הי"ג מנערה) באומרת לו אנסת אותי והוא אומר פיתיתי ה"ז נשבע שבועת מוב"מ. והראב"ד חולק דאין היא התובעת אלא האב והוי כמו מנה לאבי בידך. וע"י בחי' הגר"ח על הרמב"ם שם, שמפרש בתחילה דכו"ע מודו דעיקר התביעה של הבת והתשלומין לאב, אלא דפליגי בדן מוב"מ אם בעינן שהתביעה תהיה על ידי הזוכה בפועל או ע"י זה שעיקר התביעה שלו, ושוב כתב הגר"ח ד"ל דפלוגתם בגדר בושט ופגם אם עיקר החיוב לאב, או דגם בזה האב גובה את זכות הבת, ע"ש. ומבואר בדבריו דבקנס פשיטא ליה דלכו"ע הבת היא עיקר התובעת, וכל הנידון של רק בתשלומי בושט ופגם ע"ש. אולם הגרנ"ט כתב דמחלוקתם גם בקנס, וכמו שנחלקו לענין מפותה שבגרה אם יש לה קנס [ע"ש בהט"ו]. וע"ע בחי' הגרש"ש סי' מ"ב.

קפד) ולא יהיה אסון וכו' והא מהכא נפקא מהתם כדי רשעתו וכו'. ומשני חדא במיתה וממון וחדא במלקות וממון. ויל"ע אם למסקנא חלוקין הן מיתה וממון ממלקות וממון או דיסוד דינם אחד. וע"י במכות י"ג ב' ור"ע מ"ט כדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות. ור' ישמעאל ה"מ מיתה וממון או מלקות וממון אבל מיתה ומלקות מיתה אריכתא היא. ומשמע מפשטות הגמ' דגם מיתה וממון ילפינן מכדי רשעתו. וכ"ה בלשון רש"י שם ד"ה קיבלה "ברשעה המסורה לב"ד הכתוב מדבר ב"ד הוזהרו שהם לא יחייבוהו שתי רשעיות כגון ממון ומלקות או מיתה ומלקות או מיתה וממון". משמע דהכל דין אחד דכדי רשעתו ורק דילפינן מלא יהיה אסון דאין חילוקים בין סוגי העונשים.

ובריטב"א במכות שם כתב דהא דנקטה הגמ' בדברי ר' ישמעאל "הנ"מ מיתה וממון" - לאו דנפיק מהאי קרא מיתה וממון דהא מלא יהיה אסון ילפינן, אלא דנקט להך קרא אגב מלקות וממון. ומשמע דגם למסקנא אין המיתה נכללת בקרא דכדי רשעתו. ויש להסתפק אם מ"מ גדריהם חלוקים או דדין אחד הוא רק דנפיק מתרי קראי. ובשו"ת הרשב"א ח"ה סי' י"ח נשאל אהא דאמרין בסנהדרין דרודף יש בו קלבי"מ כמו חייבי מיתות ב"ד, והא התם ב"ד מחייבי ליה מיתה משא"כ מחתרת דליכא מיתת ב"ד כלל, ורחמנא אמר כדי רשעתו ברשעה המסורה לב"ד. ותירץ הרשב"א: לאו משום כדי רשעתו פטרינן ליה לההוא דגונב כס, אלא משום דכתיב ולא יהיה אסון וכו' ומלא יהיה אסון דרשינן אפי' חיי"מ שוגגין, וטעמא דמילתא שכל דאפשר לבוא לידי מיתה פטרו הכתוב ממון וכדתנא דבי חזקיה, ולא במיתת ב"ד לבד אמרו אלא אפי' בא על אחותו וכו' דאינו משלם קנס הואיל ונתן להצילו בנפשו עכ"ד. ומוכח דתרי דיני נינהו, דהדין דכדי רשעתו הוא דין בב"ד שלא יחייבוהו תרתי, והדין של מיתה הוא מלא יהיה אסון ותלוי בראוי לבוא לידי מיתה, ובא במחתרת נפטר רק מהך דינא דלא יהיה אסון.

עוד מצינו חילוק בין לא יהיה אסון לכדי רשעתו, דהנה המאירי בפסחים כ"ט (ד"ה מאחר שפסקנו) כתב דעל נהנה מהקדש במזיד אין קלבי"מ בכדי מה שנהנה. ומבואר דעל חיוב "נהנה" אין פטור של קלבי"מ. וקשה דהרי בדף ל' ב' מבואר בתחב לו חבירו לבית הבליעה דאיכא קלבי"מ [ונתבאר באות מג]. ובדעת המאירי צ"ל דחלוק פטורא דלא יהיה אסון שהוא פטור גם נהנה, [וע"ז מיירי בדף ל'], מדינא דכדי רשעתו שאינו פטור נהנה מאחר ואי"ז "רשעה" דהרי אי"ז עונש, [ובזה מיירי המאירי]. וכ"כ הגרש"ר במכות עמ' ר"ז.

עוד מצינו חילוק ביניהם לענין משנ"ת אות צג ע"ש. עוד נ"מ לענין מש"כ הבית יעקב דבמיתה לזה וממון לזה חייב, משא"כ בכדי רשעתו ונתבאר באות מ"ח צ"ד.

[והנה מדברי רש"י דלעיל אין סתירה לזה, ד"ל דס"ל דבמיתה וממון איכא תרי דינים לפטור. אך זה דלא כבית יעקב שכי' דבמיתה וממון אין פטורא דמיתה לזה וממון לזה, ולמה לא יפטר משום כדי רשעתו. ויש לדחות דמיירי בשוגג]. אמנם לפ"ז צ"ע מאי פריך הכא אמאי בעינן לתרי קראי, והרי יש נ"מ מזה לכל מה שנתבאר לעיל.

קפה) וחדא במיתה ומלקות. והקשו תוס' לרבנן מנ"ל דמיתה פוטרת מלקות [ותירצו דתרווייהו ילפינן מכדי רשעתו]. והגרע"א הקשה אמאי לא ניחא להו לתוס' לומר דרבנן לומדים מיתה ומלקות ממיתה וממון ולית להו הסברא של הצריכותא [דמיתה אריכותא היא]. ותירץ דא"כ יקשה לדעת ר' יוחנן למה בחייבי מיתות שוגגין אין נפטרים ממלקות [כמבואר בחולין פא] והרי ילפינן זה מזה, אע"כ דמיתה ומלקות ילפינן מכדי רשעתו ובהו אין פטור שוגגין. [ויל"ע בזה לפמשי"כ באות קנח בד' התוס' בחולין שם].

קפ) והרשב"א מבאר המקור למיתה ומלקות באופן אחר וז"ל: אבל לרבנן מסתברא דמיתה ומלקות לא צריך קרא, דהשתא מלקות וממון לא מחייב מלקות ומיתה לא כ"ש. ואי משום דחמיר איסוריה הא אשמעינן מיתה וממון דאע"ג דחמיר איסוריה לא מחייב תרת. עכ"ל. ומבואר מד' הרשב"א דבאמת לרבנן לית להו הצריכותא דר"מ [דמיתה אריכותא היא] דאם אית להו להך צריכותא א"א למילף וכמו שאמר ר"מ. אלא דא"כ צ"ע כקושית הגרע"א מהגמ' בחולין. [ואין לומר דהרשב"א מפרש דהגמ' שם כרב דימי דדף לד: דאפי' חייבי מיתות שוגגין וממון חייבין, דהרי ברשב"א לעיל ל"ה א' מבואר דהסוגיא בחולין קיימא גם כרבין. ונתבאר באות קנח].

אך באמת לק"מ דהרשב"א עצמו כתב דהילפותא למיתה ומלקות היא ממלקות וממון [ולא כמו שרצה הגרע"א למילף ממיתה וממון], ורק דבתורת יוכיח קאמר דילפינן דמיתה וממון דגם בחמיר איסוריה נפטר. וא"כ שפיר פטור בשוגג כמו במלקות וממון. אלא דהא גופא צ"ב למה באמת א"א למילף מיתה ומלקות ממיתה וממון לחודיהו. [ואולי י"ל דכיון דחמיר איסוריה דמלקות ממון היה ס"ד דאם הדבר הנפטר חמור - אז יענש שתי רשעיות וצ"ב].

ובקונטרס בעניני קלב"מ ס"י א' כתב בזה, דבדינא דלא יהיה אסון נתחדש פטור רק על "חיובים" לחבירו כמו ממון, אבל מלקות שהוא בתורת "עונש" א"א למילף מלא יהיה אסון, ורק מכדי רשעתו הוא דאיכא למילף שלא יענישוהו ב' עונשים. ולפי' א"ש דכל המקור למיתה ומלקות הוא רק מפטורא דכדי רשעתו וילפינן לה ממלקות וממון, וה"יוכיח" ממיתה וממון הוא רק לענין דלא נימא דבחמיר איסוריה ימות וילקה, ולענין זה שפיר אפשר להוכיח גם מלא יהיה אסון. קפ) [ועפ"י כתב לחדש במה שאמר רבה לעיל ל"ד דלר"מ בקנס מת ומשלם ולרבנן לא, וצ"ב מה זה תלוי בפלוגתא דר"מ ורבנן אם בעלמא לוקה ומשלם [ודוח"ל דמחלוקת אחרת היא, ובפרט שבדברי רבה דאמר "ור"מ לוקה ומשלם אית ליה מת ומשלם לית ליה ושאיני הני דחידוש הוא" - משמע דתלוי זב"ז דאלי"כ כל אריכות דבריו אך למותר] ולהנ"ל י"ל דסברת רבה הוא לכו"ע והיינו דבקרא דלא יהיה אסון נתמעט רק חיובים ולא עונשים, וע"ז מחדש רבה דקנס הוא עונש ואינו נפטר. אלא דמ"מ יש לפוטרו משום כדי רשעתו [דבמיתה ומלקות איכא נמי לפטורא דכדי רשעתו - ע"י אות קפד] שזה פטור גם עונשים, אלא דזה תלוי בפלוגתא דר"מ ורבנן אם דרשינן כדי רשעתו על פטור ממון.

ויסודי הדברים כבר כתב בחזו"א (סי' קלה לדף ל"ד ב') דהנה המהרש"א הקשה לדעת רבה למה לה לגמ' במכות למימר דטעמיה דר"מ דלוקה ומשלם משום דילף ממוציא ש"ר, תיפול"ל מסברא דחידוש הוא שחידשה תורה. ותירץ החזו"א דדברי רבה קיימו רק על לא יהיה אסון, דמקרא זה נאמר לפטור דמי ולדות ואין מקור לפטור קנס. אבל קרא דכדי רשעתו ממעט את כל הרשעיות גם קנס, אלא דר"מ לשטתו דאפי' ממון רגיל לא ילפינן מכדי רשעתו.

והנה לפ"י יוצא דלרבה א"א לפטור קנס משום לא יהיה אסון - דהרי אין זה פטור עונשים - אלא רק מקרא דכדי רשעתו. וצ"ע דבמשנתנו מבואר להדיא דהמקור הוא מלא יהיה אסון. - וזה ק' גם על החזו"א שכי' דבעיקר סברת רבה גם רבנן מודו ורק דפליגי משום הכדי רשעתו -

ותירץ בקו' הנ"ל דאה"נ דעיקר הלימוד הוא מכדי רשעתו, ומה שהביאה המשנה את הפסוק דלא יהיה אסון, הוא רק הוכחה דליתא לסברת "חמיר איסוריה" - וכדברי הרשב"א הנ"ל. ולפי' מיישב משה"ק באות קפ"ד דמאי פריך בגמ' והא מהכא נפקא מהתם נפקא - דלכא"ו יש נ"מ מהלימודים השונים וכמשנ"ת שם. ולהנ"ל מיושב, דעיקר קו' הגמרא אינה על המקראות, אלא על מה שהביאה המשנה הך פסוק דלא יהיה אסון, והרי עיקר הלימוד בקנס הוא מקרא דכדי רשעתו. [אך בתוס' ד"ה חדא מבואר לא כך וי"ל דתוס' ס"ל כריטב"א במכות שהובא באות קפד, אך לשיטת רש"י שם י"ל ככל הנ"ל].

קפח) כל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה למה לי. והנה הרמב"ן עה"ת פ' בחוקתי כתב דמהך קרא ילפינן שאם מלך או סנהדרין מחרימים על עיר להלחם עליה וכן אם יחרימו על דבר, העובר ע"ז חייב מיתה, וזהו חיובן של אנשי יבש גלעד, וכן ע"ז היה צריך למות יונתן כשאכל מעירות הדבש [אלא דפדו אותו העם - פי' הרמב"ן שכיון שנעשתה ישועה על ידו ידעו שעשה בשוגג. וי"מ שנשאלו על החרם]. ועי"ש שהביא מקור לזה ממדרש ילמדנו. וכ"כ עוד הרמב"ן במשפט החרם. והקשה הרמב"ן הא מבואר בסוגיתנו ובערכין דדרשינן מהך קרא דרשא אחריתי, ותירץ דפסוק זה כולל דינים רבים. וצ"ל דהכא הוי"מ לשנוי דאצטרך קרא להך דינא נמי. והריטב"א כאן כתב דקרא אסמכתא בעלמא ועצם הדין גמרא גמירי להו, א"נ מקרא דכל איש אשר ימרה את פיו. [ועי' בחת"ס או"ח סי' ר"ח שהקשה דהך קרא הוא בנביא, ואין חידשו הנביאים דין זה מדעתם].

ובשו"ת חת"ס שם הקשה השואל איך קטלינן ע"פ הך קרא, הרי כתב הרמב"ן דילפינן דברים רבים מאותו פסוק וא"כ הו"ל לאו שבכללות. ותירץ החת"ס בפשיטות, דהכא הרי מפורש העונש בהך קרא "מות יומת", וקושיא מעיקרא ליתא. עוד יעוי"ש בחת"ס דכל דין מורד במלכות הוא מהך דינא דחרם, דכאשר אמרו ישראל ליהושע כל איש אשר ימרה את פיו יומת, החרימו מעתה ועד עולם את כל אשר ימרוד במלכות. [ועיין בשו"ת נו"ב סי' קמו בעניני חרם].

דף לח ע"א

קפט) אבל היכא דסימא את עינו והרגו בדבר אחר וכו'. עיין בתוס' שלמסקנא ילפינן להך דינא מתנא דבי חזקיה. והקשה הגרע"א דא"כ במלקות וממון דליכא בהו לדרשת תדב"ח יתחייב בשני מעשים, ואילו בתוס' ל"ב א' מבואר דגם בזה פטור בשני מעשים. ותירץ הגרע"א דבדינא דכדי רשעתו פשוט שפטור גם בשני מעשים, וכל מה שצריך פסוק הוא רק בדין לא יהיה אסון. ולפי' העיר הגרע"א במה שהקשו תוס' מהגמ' בדף ל' באכל תרומה שלו וקרע שיראין של חבירו, דהרי התם אביי הוא דפוטור, ואביי יליף בדף ל"ה רשע רשע, וא"כ במיתה וממון יש ג"כ פטורא דכדי רשעתו ועי"ז יפטר, ומה הקשו תוס'. ותירץ הגרע"א דכוונת תוס' דבגמ' משמע דאם רבא היה סובר דמיתה בידי שמים פוטרת היה פטור גם בזה, ורבא הרי לית ליה גז"ש דרשע רשע. [והנה בדו"ח דף ל"ה מצדד הגרע"א דאביי לנפשיה ס"ל כר' יוחנן דלא דריש רשע רשע ולפי' ראית תוס' כפשוטה] ועי"ע במש"כ באות מ"ד.

קצ) תוד"ה אבל, ולרבה דס"ל חידוש הוא שחידשה תורה בקנס הוי"מ למימר דס"ל כר' ישמעאל. והקשה הגרע"א דאם ס"ל כרי"ש דחייבי מיתות שוגגין פטורין, א"כ אין כל מקור והתחלה לדברי רבה, דכל מה שהמציא רבה דר"מ ס"ל דעל



קנס אין קלב"מ, הוא מהך ברייטא דטבח בשבת ולע"ז [לעיל ל"ג ב'] ואם איתא דסבר חייבי מיתות שוגגין משלמין אין מקור מהך ברייטא, די"ל דמיירי בלא אתרו ביה.

קצא) ע"י במהרש"א שאם הרגו וקרע שיראין במכה אחת מקרי ג"כ שני מעשים דכל שאי"ז גוף אחד הוי כב' מעשים והגרע"א כתב על הך דדף ל"ה דבהדי דמחייב קרע שיראין דאם הוי בפעולה אחת מקרי מעשה אחד, וע"י במהר"ם שיף. קצב) תוד"ה הא, תיפוז"ל דפטור מדמי עינו אפי' לא הרג דבשעה שסימא את עינו היה רודף וכו'. והקשה הבית יעקב דהא פטורא דרודף גופיה ילפינן מקרא דהכא, ומה הקשו התוס' דיפטור מצד רודף. ולכן מפרש הבית יעקב דכוונת תוס' בקושיהם רק על הצירוף של הגמ', דלמה צריך לומר דמיירי בהרגו, אפי' אם רק רצה להרוג ולא הרג ג"כ פטור. קצג) נערה שנתארסה, ר"ע אומר קנסה לעצמה. והנה מבואר בתוס' קידושין מ"ו דאפי' אם פיתה לשם אישות וחלין הקידושין יש לה קנס. [ואם הסכים אביה קנסה לעצמה] והקשה החזו"א (סי' מט סק"ז) הא ברגע שבא עליה לשם קידושין הרי היא ארוסה וקנסה לעצמה וא"כ יש מחילה. ותיירץ דכיון דבשעת עבירה קרינן בה אשר לא אורסה קנסה לאביה [אע"פ שבאין כאחת היא ארוסה]. אכן הקשה דאם ביאה נישואין עושה א"כ בזמן הביאה היא יוצאת מרשות אביה והיא כיתומה שקנס לעצמה, וכתב די"ל דהכא חשיב כזכה האב ואיהי זוכה מיניה כדין בא עליה ונשאת.

דף לח ע"א

קצד) נערה שנתארסה ונתגרשה ר"ע אומר יש לה קנס וקנסה לעצמה. וכתב הרמב"ם (פ"ב ה"ז מנערה) דקנסה לבדו לעצמה, אבל הבושת ופגם לאביה. וכתב הרא"ש (סי' ה') דאפשר שטעמו משום דאמרינן לקמן דף מ' על בושת ופגם ואימא לדידה ומסיק דבושת ופגם לאביה משום דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין והאי טעמא שייך נמי בנתארסה ונתגרשה [שהרי עדיין היא ברשות האב לקדשה כ"ז שלא נישאת]. [ויש להוסיף מה שחקר הגר"ח (פ"ב ה"י מנערה) אם ביאור הגמ' הני"ל דבאמת עיקר הזכות היא של הבת אלא שהתורה זיכתה לאב את התשלומין של הבושת ופגם וכמו לגבי חיוב קנס, או דסברת הגמ' היא דכיון דאי בעי מסר לה למנוול א"כ עיקר הבעלות על היזק הבא מכח בעילה הוא של האב, דגוף הבת שייך לאב לענין בעילה. וכתב הגר"ח דנ"מ במשמש באבר מת דאין בזה חיוב קנס, דלהצד הראשון בושתה ופגמה לעצמה ולהצד השני שייך לאביה. ובהמשך דבריו כתב הגר"ח בחד אופן דדעת הרמב"ם דזכית האב היא בתשלומין ולא בעיקר המחייב וכלשון הרמב"ם (פ"ב ה"ד) דזוכה בזה מדין "שבח נעורים", ובזה מבאר דברי הרמב"ם דתביעת הבת חשיב תביעה לענין מודה במקצת ע"ש. ולפ"ז לכאוי קשה לומר כביאור הרא"ש שהרי הכא הקנס שלה וצ"ב].

קצה) והרא"ש חולק על הרמב"ם וס"ל דגם בושת ופגם הם שלה [וע"ש שהביא ראיה לזה מהמשנה בדף מ',] והיינו טעמא דלענין גביית האב יש לבושת ופגם דין קנס משום דאיתקוש לקנס [דכתיב ונתן לאבי הנערה חמשים כסף ולו תהיה לאשה תחת אשר ענה, ודרשינן מהאי קרא מכלל דאיכא בושת ופגם]. ולענין גביה איתקש דלמי שזה ניתן זה ניתן, והיינו טעמא דבבגרה או שנישאת קודם שעמד האב בדין בושתה ופגמה שלה כדמשמע במשנה ר"פ נערה, עכ"ד.

והנה במש"כ הרא"ש דבבגרה או שנישאת בושתה ופגמה שלה, נחלקו בזה הראשונים, דהתוס' להלן ע"ב ובר"פ נערה סוברים כהרא"ש דבושתה ופגמה שלה ומהך הקישא דלמי שזה ניתן זה ניתן. אבל הר"ן ר"פ נערה סובר דבושתה ופגמה של אביה דממון גמור הוא וכבר זכה בו בשעת האונס [וכן ביאר המל"מ את דעת הראב"ד פ"ב ה"ט"ו] ולשיטות אלו לכאוי פשוט דבנתארסה ונתגרשה הבושת ופגם לאביה, וכך באמת מבואר בר"ן על המשנה בדף מ', אולם הרמב"ם עצמו הרי פסק (בפ"ב ה"ט"ו) כשיטת הרא"ש והתוס' דבבגרה בושתה ופגמה שלה, ולכאוי הטעם משום הגזה"כ דלמי שזה ניתן זה ניתן, וא"כ צ"ע למה בנתארסה ונתגרשה סובר הרמב"ם דבושתה ופגמה של אביה.

וביאר היש"ש (סי' י') דדעת הרמב"ם דטעמא דבבגרה בושתה ופגמה שלה אי"ז משום גזיה"כ דלמי שזה ניתן זה ניתן, אלא מאחר שלא עמדה בדין עד שיצאה מרשותו, א"כ בטל קרא דונתן לאבי הנערה ונסתלק כחו ונשאר הכל לעצמה כמו שאם מתה קודם העמדה בדין שפטור שנאמר ונתן לאבי הנערה ולא לאבי מתה אלמא דתלי הכל בדידה כמו שפירש רש"י מדלא כתיב לאביה, וא"כ היכא דליכא אב או שיצאה מרשותו קודם העמדה בדין א"כ נשאר כל זכותה אצלה. עכ"ד. [וכוונתו דמשא"כ בנתארסה דאין כאן הפקעה אלא רק דין שאין לאב זכות, ובזה נשאר בושתה ופגמה לאביה, דע"ז אין גזה"כ].

ובביאור ד' היש"ש נראה דזה על דרך מש"כ הרשב"א בר"פ נערה "כשמת האב נתרקן הזכות לעצמה וכאילו לא זכה בהן אביה כלל", ונתבאר באות קפב. וע"י בחי' ר' חיים (פ"א ה"ט"ו מנערה) "דשאני דין הפקעה מרשות אב שמועיל גם על שבח נעורים שלמפרע להחזירם לרשות הבת, וע"כ מועיל זאת גם בבושת ופגם, משא"כ במתה דלא מהניא על שלמפרע" ע"ש. וע"ע באו"ש פ"ב ה"ט"ו.

קצו) והנה בשבועות ל"ג א' תנן משביע אני עליכם אם לא תבואו ותעידוני שאנס איש פלוני את בתי ופתה את בתי וכו' הרי אלו חייבין [קרנן שבועת העדות]. ובע"ב שם תנן שאנס איש פלוני את בתו ופתה את בתו ושחבל בי בני ושהדליק גדישי בשבת הרי אלו פטורין. [דבלא"ה א"א לחייב הנתבע ע"פ עדותן משום דקלב"מ]. והקשו שם רש"י ותוס' דבבא על בתו תפוז"ל דפטור מלשלם אפי' בלא קלב"מ משום דהזכות שייכת לעצמו, ותיירצו תוס' דמיירי בנערה שנתארסה ונתגרשה דקנסה לעצמה, ומיירי שהיא תובעת את העדים שיבואו ויעידו עבורה. אלא דהקשו דבמפותה איך יכולה לתבוע והרי הוי מחילה, ותיירצו דמיירי בביתו קטנה דלאו בת מחילה היא וכרבנן דר"מ דס"ל קטנה יש לה קנס, עכ"ד תוס'.

והגרע"א בתוס' למשניות הקשה דהרי בגמ' שם מבואר דמיירי לגבי בושת ופגם [דאילו על קנס בלא"ה אין חיוב קרבן שבועת העדות] וא"כ מצי איירי אפי' לר"מ, דעד כאן לא פטר ר"מ קטנה אלא מקנס, אבל בבושת ופגם חייב, וא"כ שפיר מצינן לאוקמי מתניתין גם כר"מ.

ותירץ הגרע"א דלר"מ דאין לה קנס גם בנתארסה ונתגרשה הבושת ופגם לאביה, דכל מה שנתארסה ונתגרשה בושתה ופגמה לעצמה הוא רק משום הגזה"כ דלמי שזה ניתן זה ניתן, אבל בקטנה אליבא דר"מ דאין לה קנס לא שייך הך הקישא וממילא בושתה ופגמה של אביה. ולכן העמידו תוס' המשנה כרבנן דיש לה קנס וממילא בנתארסה ונתגרשה הבושת ופגם שלה כמו הקנס.

קצז) והנה דברי התוס' א"ש לשיטת הרא"ש דבנתארסה ונתגרשה בושתה ופגמה לעצמה, אבל לדעת הרמב"ם שגם בנתארסה ונתגרשה בושתה ופגמה לאביה תו ל"ש לפרש כלל כפירוש התוס' וצ"ע איך יפרנס את המשנה הני"ל. ותיירץ הגרש"ר (בחי' סי' כ"א) עפ"ד הגר"ח - אות קצג - דלדעת הרמב"ם הא דהאב זוכה בבושת ופגם הוא רק מדין שבח



זכויות נפרדות לאב ולבת, וכשבגרה יש הפקעה על זכות האב ויכולה הבת לגבות - ונתבאר באות קפב - ולפי שפיר שייכא סברת הרמב"ן דאם אין לה יד אין סיבה להפקיע את רשות האב. אבל לשיטות דיש זכות אחת אשר בתחילה האב בעלים עליה ואח"כ הבת, י"ל דכל זכות האב הוא לזמן, וא"צ סיבת הפקעה כשבגרה, אלא ממילא נגמרה זכותו, וא"כ לא איכפת לן אם יש לה יד בעולם].

רג) והר"י תירץ דהספק כאן כלפי בושט ופגם, שאם פקע זכות האב ממילא פוקע גם הבושט ופגם ממנו דלמי שזה ניתן זה ניתן, ואע"ג דאין ירושה לקנס מ"מ רשות האב פקע וממילא יש ירושה על הבושט ופגם, דכלפי דין ירושה אין היקש. [ועי' בחי' רע"א משה"ק על לשון התוס' שכאלו המשנה דבמת האב הבושט ופגם שלה ואין ירושה הוא סתירה לדבריהם, ואדברה זהו כל המקור לספק, דאם בכה"ג שייך ליורשי האב פשיטא דגם כאן שייך ליורשי האב]. ואי"ז סתירה לדברי הגר"ח דבבש"ט וקנס פשיטא דלאביה, דהגר"ח מייירי לדעת אב"י דיש גזה"כ שאין לאביה וע"ז כתב דעל בושט ופגם ליכא להך דינא אבל לרבא דהוי כבגר ודאי דהיא זוכה. וללישנא בתרא דמייירי באין לה בן צ"ל דמייירי לענין הקנס, דאילו לענין בושט ופגם פשיטא דהוי לאביה לכה"פ מדין ירושה, [כ"כ חזו"א סי' קלה] אלא ד"ל דנ"מ גם בבושט ופגם לענין בע"ח כמשה"כ התוס'.

רד) ולשיטת ר"י הלבן דיש ירושה בקנס צ"ע ללישנא בתרא מה הצד שלא יהיה הקנס לאב הרי יזכה בזה לכה"פ מדין ירושה. ולכאוי צ"ל דנ"מ לענין בע"ח. אולם יעוי' בתוס' בב"ק ע"ב שפירשו דהכא אין יכול לזכות מכחה, שהבת לא היתה ראויה לזכות בו מעולם, ובעיא קמייטא מייירי לענין בושט ופגם. וביאור הסברא "שהבת לא היתה ראויה לזכות בו מעולם" ביאר החזו"א סי' קלה שאין דין ניתוק מאב לעצמה אלא בחיה ולא במתה וכיון דאינה בחיים אין החיוב שב לה בקבר, אאל דא"כ צ"ע למה את הבו"פ היא זוכה, ולכן מבאר החזו"א דבאמת לה עצמה יש זכיה אלא שאינה יכולה להוריש. אבל א"כ קשה דכיון דאם זכתה מחיים יכולה להוריש דגם לאחר"מ היא זוכה מהיכי תיתי דלא תוכל להוריש. ולכן בע"כ כפי קמא דבקנס היא אינה זוכה, ומ"מ בב"פ היא זוכה ולא ילפינן מגזה"כ דלמי שזה ניתן זה ניתן כיון שהיתה זוכה הכל אם היתה בחיים. [ויל"פ לפמשנ"ת באות רב]. עוד שיטה הביאו תוס' בב"ק בענין אין אדם מוריש קנס לבניו, ויתבאר בעז"ה בפרק נערה.

רה) בעי רבא יש בגר בקבר וכו'. יל"ע מה שייך בגר בקבר, הרי לכאוי בגרות היא שלב של גדלות בגוף, וכאשר מת האדם אינו גודל. ואולי הביאור הוא דהבגרות אינה תלויה בשנוי בגוף אלא במה שעבר זמן של ו' חדשים, אולם יעוי' ברש"י קדושין ע"ט דיש סימני בגרות ועל פיהם נהית בוגרת ע"ש. ועי' בחזו"א סי' קיד סק"ב בדעת הרמב"ם דסגי בחדשים בלי סימנים [וסימנים בתוך שש חדשים לא מהני, וכן דעת תו"י קידושין שם דלא מהני סימנים תוך שש, וכ"כ ר"יו הובא בב"י אבה"ע סי' ל"ז, מיהו ביום דמישלם זימניה מהני]. אולם גם לדעת הרמב"ם הוי בגרות בגוף [והא ולא הביאה סימנים תלין שהוא חולי ומ"מ הגוף בגר] וכן מוכח לקמן מ"ה א' דבוגרת מקרי אשתני גופא.

ובתרוה"ד שאלה רעז: ראובן חלה בנו, ונדר שלא לשתות יין כל ימי החול עד שיהיה הבן בר מצוה כלומר בין י"ג שנים ועמד הבן מחולי זה והבריא שנה או שנתיים ואח"כ נפטר מחולי אחר, ולא מלאו לו עדיין י"א שנים שרי לראובן לשתות מיד אחר מיתת בנו שהרי מעתה לא יגיע הבן לעולם להיות בר מצוה או צריך להמתין עד שיגיעו השנים שהיה ראוי להיות בר מצוה או שמא יאסר לעולם. תשובה: יראה דהא אין סברא לומר שיאסר לעולם שהרי לא יגיע הבן בקבר לעולם להיות בר מצוה דכיון שמת נעשה חפשי מן המצוות. ואפי' את"ל שהיה ר"ל עד שיהא בן י"ג שנים, גם זה לא יהיה בקבר לעולם דמוכח בפרק אלו נערות דאין בגרות בקבר וה"ה דאין שנת גדלות בקבר וכו', עכ"ל הנצרך לענינו. ומבואר שדימה גדלות בקבר לבגרות בקבר, וצ"ע בזה.

ובעיקר משה"כ התירוה"ד דמוכח בסוגין דאין בגרות בקבר, צ"ע היכא מוכח כן, דהא בל"ק בעי רבא אם יש בגר בקבר ולא נפשט, ובל"ב הסתפק אם מיתה עושה בגרות [אשר זה אינו שייך לגבי בר מצוה אלא הוי סברא מסוימת בהפקעה מרשות אב] וא"כ אין ראייה שחולק על דין בגר בקבר, ואב"י דפטר הוא או מגזה"כ או משום דמיתה עושה בגרות [ע"י אות קצט הדעות בזה] וא"כ אין ראייה דאין בגר בקבר וספיקו של רבא במקומו עומד.

ונראה דמזה מוכח כהגר"ח - אות רא - דאם יש בגר בקבר תו לא שייך הילפותא דונתן לאבי נערה ולא לאבי מתה, וא"כ יתחייב לתת כאשר תבגור, ומדפטר אב"י לעולם ש"מ אין בגר בקבר.

ובעיקר דינא דבגר בקבר שמעתי לחקור לפי הידוע שכל מקום בעולם זמנו שונה מחבירו, וכשלוה צהריים לזה כבר החל הלילה, וא"כ יל"ע לפי איזה מקום נקבע הבגרות בקבר, האם לפי מקום המיתה או מקום הקבורה או מקום האב.

דף לט ע"א

רו) ומי מעברא והתני רב ביבי בר אב"י וכו'. ומסוגיא זו הוכיח הר"י דהלכה כרבנן דיש קנס לקטנה, שהרי כל הס"ד דמשכ"ל בן נערה שנאנסה הוא רק באופן שנאנסה בקטנותה ואח"כ הולידה בן [דאין לומר שנאנסה אחר שנתעברה דא"כ היא בעולה ואין לה קנס] ועיין ברשב"א בסוגיין ובדף מ' משה"כ לדחות הראיה.

והנה הרא"ש העתיק ג"כ את ראית הר"י (בסי' ח'), והקשה עליו הקרבן נתנאל דמה ראייה היא, דילמא בעית הגמ' לגבי בושט ופגם שגם לר"מ ישנם בקטנה, ובשלמא הר"י י"ל דסובר דנערה שנאנסה ובגרה הבושט ופגם של אביה, וא"כ גם כאן אע"פ שמתה ליכא למיבעי מהו דין בושט ופגם דפשיטא דשל אביה הוא שהרי אפי' בבגרה ממש הם שלו. אבל הרא"ש עצמו שסובר (בסי' ה') דבבגרה בושטה ופגמה שלה, א"כ דילמא הבעיא לגבי בושט ופגם ואתי אפי' כר"מ.

ותירץ בדברי יחזקאל (ס"ס כ"ד) דנהי דס"ל להרא"ש דבושטה ופגמה שלה היינו מפני גזה"כ דלמי שזה ניתן זה ניתן וא"כ היינו דוקא במקום שיש תורת קנס דשייך להקיש בושט ופגם לקנס זה, משא"כ לר"מ דס"ל דבקטנה אין קנס ורק בושט ופגם מתורת חבלה בעלמא, א"כ האב זוכה בזה מיד עוד קודם העמדה בדין דל"ש כאן למי שזה ניתן זה ניתן, ובע"כ דאתי כרבנן דיש קנס לקטנה. [ועיין אות קצה שהישי"ש ביאר לדעת הרמב"ם באופן אחר, ולדבריו לכאוי ליתא לראית הר"י. אולם י"ל עפ"משה"כ הגר"ח - אות קצג קצז - דבקטנה לר"מ בושטה ופגמה לעצמה גם בקטנותה וא"כ ליכא למבעיא בקטנה ודו"ק].

ולעיל אות קצו הובאו דברי הגרע"א דבקטנה שנתארסה ונתגרשה לר"מ קנסה לאביה, וזה ממש כתירוצ' הדברי יחזקאל. [אלא דהגרע"א מייירי בקטנה שנתארסה והדברי יחזקאל בקטנה שבגרה].

רז) שלש נשים משמשות במוך. בלשון רש"י משמע קצת דנותנת המוך אחר תשמיש, ואולם ביבמות י"ב ב' משמע ברש"י דנותנת קודם תשמיש [ועיין בשו"ת תורת חסד סי' מד]. ועי' בתוס' בשם ר"י דתרויהו אסירי.

והנה לשיטות דמיוני קודם תשמיש קשה טובא אין הותר [לשיטת רש"י] האיסור דהשחתת זרע בג' נשים, הרי אי"ז כלל פקו"נ דלא ישמש ולא יעבור על האיסור, [ובקובץ הערות סי' כ"ג הקשה כע"ז גם לשיטות דמיוני אחר תשמיש דאין מותר להכניס עצמו לאונס ואולם לשיטות דמיוני קודם תשמיש קשה טפי דעובר על האיסור עוד קודם האונס]. וכתבו האחרונים ב' דרכים בזה: א) דמצות עונה דוחה את האיסור. ב) דכל האיסור הוא להוציא זרע "לבטלה" וכאן הוי לצורך. [ע"י חזו"א סי' לז, וחי' ר' ראובן יבמות].

והוסיפו האחרונים לבאר דבהוצאת זרע לבטלה איכא ב' איסורים, א) מדין ניאוף כדאיתא בנדה י"ג, ועיין בכלה רבתי דהוי כבועל ונבעל וביאר ר' ראובן דהו"ל כמשכב זכור עם עצמו. ב) משום השחתת זרע, [וזה סניף של מצוות פרו ורבו ולכן דנו תוס' דאשה אינה מצווה בזה]. ואיסור ראשון לכו"ע אינו נדחה מפני העונה, ורק האיסור דהשחתת זרע שרי במקום צורך.

ועפ"ז ביאר דר"ת שאוסר בג' נשים הוא משום דסובר דאיכא בזה איסור ניאוף, אבל רש"י ס"ל דכיון דביאתו דרך תשמיש אין בזה איסור ניאוף.

רח' הגרע"א בשו"ת סי' ע"א הביא דברי הנמוק"י ביבמות שהקשה על רש"י דכיון שבין כך אינה מתעברת והזרע לבטלה למה איכא איסור לשמש במוך. והקשה ע"ז הגרע"א דממ"נ אם ס"ל דהוי כמשמש על עצים ואבנים אי"כ ליכא לקושיא כלל דאיסור משום דהוי כמשמש על עצים ואבנים שלא כדרך תשמיש. ואם ס"ל דקטנה שאינה מתעברת דמי ממש למשמש על עצים ואבנים, אי"כ הו"ל להקשות על קטנה גופה איך שרי לשמש אפי' כדרכה הרי זה דומה למשמש על עצים ואבנים.

ותירץ הגרע"א דלבעל אין איסור כלל אפי' קודם תשמיש כיון דביאתו היא כדרכה, וכל האיסור הוא על האשה משום שמשחתת הזרע, ולכן דן הנמוק"י דכלפיה אין נ"מ במה שמשמה מוך דבין כך הזרע ילך לאיבוד. ובאחיזר (סי' כג) הקשה איך יתכן דיהא האיסור עליה יותר מאשר עליו. ואמנם מלשון הריטב"א ביבמות מוכח דאיהא אסירא טפי מדכתב "אפי' לדידה איכא איסורא" משמע דטפי פשיטא דלדידה איכא איסור. והטעם בזה י"ל דעשית הבעל היא בדרך תשמיש, אבל עשית האשה אינה דרך תשמיש שהרי מכינה מוך לקלקל את הזרע. אכן מ"מ דברי הגרע"א נדחים מהריטב"א הנ"ל שכתב להדיא דגם לדידה איכא איסורא. [וכבר תמה בזה באגר"מ אבהע"ז סי' סג].

וליישב קושיא הגרע"א צ"ל דאיה"נ דיש איסור לבעל אפי' בקטנה, אלא דאיסורו רק משום השחתת זרע ולכן יש ע"ז היתר לצורך עונה. וכל הנידון היה לגבי המוך, וע"ז הקשה הנמוק"י דהזרע בין כך אזיל לבטלה.

רט) והאמר שמואל אין בין נערות לבגרות אלא ששה חדשים. והנה הרמ"א באבן העזר סי' ד' ס"ד כתב: אשה שנתעברה מבעלה סוף סיון וילדה תחילת כסליו אע"פ שאין ביניהם רק חמשה חדשים לא חיישינן לבנה לומר שהיתה מעוברת קודם לכן דהחדשים גורמים והו"ל בן ז'. (תשובת ר"י מינץ סי' ז'). וכתב החלקת מחוקק שמקשין העולם מסוגיתנו דמבואר דלא משכח"ל שתלד ב' חדשים, ולהנ"ל משכח"ל שתלד בכה"ג. ותירץ החלקת מחוקק דגם הששה חדשים של נערות סגי ב' חדשים ושני ימים. [ועי' בשו"ת חת"ס סי' ו' משכ"ב].

וההפלאה תירץ דע"פ רוב אין יולדת ב' חדשים וב' ימים, אלא דבנידון הרמ"א שהיא אשת איש ורוב בעילות אחר הבעל אזלינן בתר האי רובא. אבל כאן שאין סיבה לומר שנבעלה רק באותה בואה הידועה קודם ד' חדשים וב' ימים, ויתכן שנבעלה עוד, אי"כ אזלינן בתר רובא ואמרין שנבעלה קודם ובנים כסמנים ונותנים הקנס לבנה, דהרי תולים שעברו ו' חדשים מהעיבור. [דאע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב הנ"מ להוציא ממוחזק, אבל כאן שהנידון האם שייך לבנה או לאביה אין אחד מהם מוחזק]. אכן הקשה דעדין נ"מ אם הודה אחד מהם [הבן או האב] בקנס דאז אם הוי רק רוב נפטר האונס מלשלם דהוא מוחזק, ואם יש בגר בקבר הוי ודאי של הבן.

רל) המג"א (סי' תקע"א) כתב: ונ"ל דאפי' השנה מעוברת כיון שהגיע ו' חדשים אחר י"ב שנה הוה בוגרת. וכתב הגרע"א דזה מוכח מסוגיתנו, דאל"כ משכח"ל שתלד בשנה מעוברת בימי הנערות.

ריא) בסוגיא ביבמות מבואר דבנים כסימנים וביארו הראשונים דבתחילת העבור היא נעשית נערה ולכן לא משכח"ל שתלד בטרם היתה בוגרת. אכן מלשון הרמב"ם משמע דהו"ל נערה רק כשתלד, וא"כ קשה טובא מסוגין ועי' משכ"ב הגר"ח בה' אישות.

ריב) מר בר רב אשי בעי לה הכי וכו'. עי' פרש"י דע"ז אמרין מילתא דפשיטא ליה לאב"י מבעיא ליה לרבא. והקשה הגרע"א לפמ"ש"כ תוס' לעיל דאדם מוריש קנס לבניו וכל הנ"מ לאביה הוא לענין בעלי חובות, אי"כ דילמא רבא לא ס"ל כאב"י כלל אלא פשוט לו שחייב בקנס וכל הספק למי חייבת ואילו אב"י פטר לגמרי. ונראה דהגרע"א למד דלאב"י הוי מיעוט שבמתה אין קנס וכדברי הפנ"י אות קצט והגר"ח אות ר'. אבל להסבר ההפלאה החזו"א המובא שם לק"מ ודו"ק. ריג) בעי מיניה רבא מאב"י בא עליה ונתארסה מאי. מדברי הריטב"א משמע שהספק אי אזלינן בתר שעת אונס או בתר שעת העמב"ד [ולכן דעתו דהבעיא שייכת גם אליבא דר' יוסי הגלילי, אלא שמלשון רבא משמע דלא דן אליביה, ומ"מ שרש הספק שייך לכו"ע]. אבל בתוס' פירשו דהספק אם האירוסין מפקיעין מרשות אב, וא"כ כל הספק רק לר"ע אבל לריה"ג דאין הפקעה ודאי ששייך לאב, ועי' בשטמ"ק שהאריך לבאר הסוגיא לשני השיטות.

ריד) רש"י ד"ה בגרות. עי' ברע"א שהקשה מהיכי תיתי לחלק מסברא בין נערה לבוגרת דילמא דיניהם שוים ובע"כ כל המקור מנדרים, ואילו מרש"י משמע דילפינן מסברא. ונראה בדעת רש"י דהחילוק בין נערה לבוגרת הוא מסברא, דכיון דאשתני גופה והיא גדולה פשוט שעד כמה שאין מקור נשאת הסברא הפשוטה שהיא ברשות עצמה. ורק בנישואין שאי"ז סברא גמורה צריך ילפותא מנדרים.

ועי' ברע"א בקידושין ד' א' שדן להו"א שם דהאב יכול למכרה בבגרות נימא דגם יכול לקדש בבגרות, דכל המקור שא"א לקדשה בבגרות הוא דומיא דנדרים [וציין לתוס' כאן שכתבו כן גבי נישואין] וא"כ לס"ד שיכול למכרה בבגרות מאי חזית דילפת מנדרים נילף ממכירה. ולפמ"ש"כ דהא דיוצאת בבגרות היא מסברא ול"ד ליציאה ע"י נישואין לק"מ, והגרע"א אזיל בזה לשיטתו.

רטו) תוד"ה צער. שיטת ר"י שצער הבא אחר ההכאה דינו כגרמא וכל חובל פטור מלשלם עליו. ועי' בשו"ת הרא"ש (כלל קא סימן ב') הביאו הב"י סי' תכ והפלפולא חריפתא פ' הכונס, וז"ל, הצער דבתר הכי דמי לגרמא בנזקין מידי דהוה אבושת שכל ימיו הוא מתבייש כשמזכירין לו הבושת שנתבייש באותה שעה אעפ"כ אין שמין לו אלא בושת של אותה שעה. ולא דמי לריפוי דחיתה ונסתרה כמה פעמים חייב לרפאותה כל זמן שלא חיתה כל צרכה וכן עלו בו צמחים מחמת המכה וכן שבת שרואין אותו כאילו שומר קידושין כל ימי משך חליו, דשאני ריפוי ושבית שאינם חלים עד אחר המעשה ולא דמי לצער ובושת שהם בשעת מעשה עכ"ל.

ובמש"כ הרא"ש "מידי דהוי אבושת" וכו', כתב הדרישה סי' ת"כ דאין הנידון דומה לראיה דהתם הבושת דלאחר זמן לאו מעצמה באה מכח הכאה הראשונה אלא ע"י הזכרה של אותו איש משא"כ צער וריפוי ושבתי הנ"ל שכולם מעצמה באו מחמת חבלה וההכאה הראשונה. ומש"כ הרא"ש לחלק בין שבת וריפוי לצער, כוונתו דשם שהכל בא אח"כ בע"כ דגזה"כ הוא דאפ"ה ישלם. [כ"כ באיה"ש]. ובעיקר דברי דבר שבא אח"כ אפי' בתור תוצאה ממעשיו הוי גרמא, צ"ע מהכחו ומת אח"כ שחייב [כדאיתא בתוס' לעיל ל"ג ב'], ועמדו בזה וצ"ע.

דף לט ע"ב  
רטז) שלי דאבוה ניהו. מבואר בגמ' דצער ג"כ שייך לאב. ואולם יעוי' בכ"מ (פ"ב הי"ג מנערה) שהביא נ"א בהשגות הראב"ד שהצער לעצמה, דצערה דגופה לא זכי ליה רחמנא, וכ"כ הטור סי' קעז בשם הראב"ד. [וכן משמע בהשגות פ"ד הי"ד מחובל]. ותמוה טובא מסוגיין.

ובשו"ת חכ"צ (סי' קמו) כתב דלהראב"ד שיטה אחרת בפירושא דשמעתתא שהיא עמוקה ונכונה עד מאוד. דהיה קשה לו קושית התוס' בע"א במאי דפריך צער דמאי, וכי לא ידע דצער גדול יש לה, אע"כ דהכי קאמר דא"א לומר צער ביאה ראשונה דא"כ מן הדין להיות הצער של אב שהרי בידו למסרה לביאה ראשונה והבועל ישלם לו את מחיר הצער. וכ"ת הי"ג דהצער של אב, א"כ תקשה אמאי במפותה נמי אינו משלם הצער שהרי אין מחילתה מועלת שהצער של אביה. ומשני שהצער הוא משום החבטה, שלזה אין לאביה זכות ולכן האונס חייב ומשלם לבת, והמפתה פטור שהרי מחלה. והדר פריך לה עד דמסיק אלא צער פיסוק רגלים, ומפרש הראב"ד דהיינו צער ביאה ראשונה שפסיעותיה קצרות ורגליה תכופות, ופריך א"ה מפותה נמי ר"ל א"כ יהא חייב הצער גם במפותה וממילא יהא של אביה [דאם נימא דבביאה מרצונה יש צער ממילא זה שייך לאב במדזכי ליה רחמנא למוסרה לאותו צער] ומשני דמפותה אין לה צער וממילא אין ביד האב למוסרה להאי צערה וממילא הצער שלה. [וכתב ע"ז בחי' חת"ס דאלו דברי אלקים חיים].

[ועיין ברמ"ה ב"ק פ"ז בשטמ"ק, שכתב דמ"מ בידו למסור למנוול ומוכה שחין שאז יהיה זה בע"כ ויהיה לה צער, אולם החכ"צ כתב שמ"מ יכולה להיבעל לו מרצונה].

ר"ז) אמר אביי אמרה לי אם וכו'. כתב הרא"ש פ' הכונס דלשיטת ר"י בע"א דאין צער בשעת ביאה משום תאוות תשמיש, היינו פי' דברי הגמ' כאן דבשעת תשמיש אין צער, אבל אח"כ היה צער. [ולשיטת ר"י צ"ל דצער פיסוק רגלים צער אחר הוא ועליו מדובר כאן].

ר"ח) ולכשיוציא אשתו היא. וכתב הראב"ד מובא ברשב"א דאפי' אם נשאה, כאשר מוציאה פטור מקנס ואינו משלם אלא כתובה. והוסיף הראב"ד דכתובתה מנה ככל בעולה. אבל הרמב"ם פ"א ה"ג מנערה כתב: אלא כותב לה כתובה כשאר הבתולות עכ"ל. ומבואר דכתובתה מאתיים.

והרשב"א הקשה על הראב"ד דא"כ ה"נ חוטא נשכר, ועוד שיבוא להערים לכנס ולהוציא כדי שישלם רק מנה. וצ"ת. והמל"מ תמה על הרמב"ם מנין לו שתהא כתובתה מאתיים, והרי הוא נושא בעולה, [וע"ש במה שפלפל בד' תוס' ונמוק"י ביבמות איך ס"ל]. וע"ש שתירץ דגזה"כ היא בנישואי מפתה שיתן לה ככתובת הבתולות, והיינו דכתיב מהור ימהרנה לו לאשה.

וכתב הגרע"א דמ"מ כ"ז [דכתובתה מאתיים] רק מדיני הקנס, אבל בפיתה בוגרת אם נושאה אח"כ כתובתה מנה דל"ש שם את הגזה"כ הנ"ל. ובנו"ב (תנינא לג) כתב דגם אם הודה בקנס כתובתה מנה.

ר"ט) ואחד האונס אחד המפתה בין היא ובין אביה יכולין לעכב. ובתוד"ה אין יש שתי שיטות בזה. דדעת ר"י שגם נערה יכולה למאן לענין שע"י מיאונה יהיה המפתה חייב לשלם הקנס, והגם שהאב ישיאנה בע"כ מ"מ יהיה המפתה חייב בקנס [ולשון הברייתא לכשלא יכנס דחקו התוס' דהכוונה שלא יכנס מדעתה]. וה"ה האב יכול למאן, ואפי' כשהיא בוגרת לענין שיתחייב האונס בקנס, כ"כ המהר"ם. ובמהר"ם שי"ף הסתפק בזה. [דשמא אביה של בוגרת גרע מנערה שכבר אין לו שייכות לכל ענין הבת והקנס ולא איכפת לן במיאנו כשבגרה].

ובתירוץ שני כתבו התוס' דאין הבת יכולה למאן אלא כאשר היא יתומה או בוגרת, אבל בנערותה הכל תלוי באב. ולפ"ז לשון הברייתא לכשלא יכנס מדויק. אכן תירוץ זה א"ש רק להסוברים דמפותה שבגרה קנסה לעצמה, אבל להסוברים דאין לה קנס ל"ש תירוץ זה. [ע"י בראשונים ר"פ נערה פלוגתא בזה]. ועי' פנ"י ומג"ש משה"ק על תוס'. ובר"ן הביא ד"א שאם אנסה יכולה לעכב על האב שלא ישיאנה לאותו מאנס. [אך במפותה גם לדעה זו אינה יכולה לעכב].

ושיטה אמצעית מצינו ברמב"ן וברשב"א קידושין מ"ו א' דמייירי כגון שאמר האב בשעת העמדה בדין רוצה אני ועמדה היא ומיאנה והאב חוזר בו ואינו רוצה לקבל קדושיה בעל כרחו וחוזר ותובע קנסה, וקמ"ל דאע"פ שאינו משלם קנס מחמת עיכוב האב דהא נפטר ממנו משעה שנתרצה לו בב"ד, אפ"ה משלם קנס מחמת מיאונה. [והיינו דמהני מיאון גם בנערות, אבל רק אם לא נישאת בפועל].

ר"כ) והנה ברמב"ן הנ"ל מבואר דאם כבר אמר האב בב"ד שיכנסנה אינו יכול לחזור בו. ובר"ן ס"פ הביא ירושלמי דבבאו עליה עשרה בני"א בוררת וחוזרת ובוררת, ומשמע דגם כשאמרה שתינשא עם אחד - וכלפי השני הוי כאמרה לא אנשא - אפ"ה יכולה לחזור בה. אולם יש לחלק בין אונס למפתה, דבמפתה שהדין או לכנס או לשלם כבר ויתר האב על זכותו לכניסה, משא"כ כאן. וע"ע באפיקי ים סי' מ"ב שמצדד דרק אם אמרה לא בעינא לחוד לא דיינין ליה למחילה, אבל במחלה בפירוש שוב אינה יכולה לחזור בה. [ובריטב"א קידושין י' א' הביא פלוגתא בבאו עליה י' בני"א אם הראשון שותה בעציצו, או דהברירה בידה ע"ש].

ר"כא) לשון הרמב"ם גבי מפתה דאם לא רצה "אין כופין אותו לכנס", משמע דמ"מ איכא מצוה. וכ"כ הרמ"א סי' קעז ס"ד דאם ודאי בא עליה מצוה לכנסה אבל אין כופין, וע"ש בגר"א דכתב דהמצוה היא מקרא דמהור ימהרנה, אבל אין כופין כדדרשינן בגמ' דמדעתו. וברמב"ם במורה ח"ג פמ"ט כתב שחייב לכנס ורק כשמיאן אביה או היא נותן מוהר. וכן משמע ברא"ש ספ"ב דיבמות בסוגיא דנטען ע"ש. ועיין בחי' הגר"פ לרס"ג (ח"ב ל"ת רעו) ובשו"ת חוט השני סי' י"ח, שמבארים דיש מצוה לכנס, [ואין הכניסה רק כהיכי תמצוי להיפטר מן הקנס. אמנם אם משלם הקנס משמע דנפטר מן המצוה ע"ש ברס"ג].

רכב) המנ"ח מצוה סא מדייק בלשון הגמ' "לכשלא יכנוס" דהפטור מקנס תלוי בנשואין ולא בקידושין. וההפלאה בדף מ' א' כתב דסגי בקידושין [ההפלאה מיירי באונס ולכאוי ה"ה במפתח]. ובאפיקי ים ס"י מ"ב מדייק מלשון הרשב"א בסוגין "שבעלה לשם אישות" משמע דתלוי בנשואין, וכן מדייק מלשון החנוך מ' תקנ"ז.

רכב) כתב הפ"ת ס"י קעז סק"ה בשם הרדב"ז דהחויב לשאת אינו קנס ואין בזה דין מודה בקנס פטור ולכן באונס שהודה בקנס עדיין חייב לשאתה. אבל במפתח כיון דיכול שלא לכונסה א"כ כאן לא יכנסנה ופטור מקנס. [ועי' משכ"ב באפיקי ים ס"י מ"ב אות ב']. ועי' מנ"ח הוצאת מ"י מצוה תקנו ובמה שצוין שם. ויל"ע לפמ"ש"כ באות רכא אם בכה"ג ישנה מצוה לכונסה.

רכב) באפיקי ים (שם) חקר האם החיוב לשאת הוא ע"י שאומרת בעינא לינשא, או דהחויב קיים מלכתחילה אלא דאם אומרת לא בעינא נפטור מחיובו. [והנה רש"י בדף מ. פירש דהא דבהיתה אסורה לו מחייבי לאוין לא אתי עשה ודחי ל"ת, משום דמלמדין אותה שתאמר לא בעינא. והקשה התוס' ר"י דא"כ ביבם ג"כ למה עדל"ת, נלמד ליבם שיאמר אין רצוני לחלוץ אלא לייבם, ולפי הצד דהחויב נוצר רק ע"י אמירתה בעינא, לק"מ, דשאני יבם שכבר חלה המצוה, אבל כאן מלמדים אותה שלא תיצור את המצוה].

רכב) תוד"ה אלא, הקשו ל"ל קרא דולו תהיה באונס דמדעתה, תיפ"ל משום שלא יהא חוטא נשכר או מק"י. [לכאוי הסברא שלא יהא חוטא נשכר שייכא רק אם מיירי בבוגרת אבל לתירוץ ר"י בתוס' לעיל דמיירי בנערה הרי אינו נשכר כלום]. ועי' בר"ן שתירץ דילפינן מזה דאם אין הבת רוצה אין המאנס חייב לשאתה. ועי' באפיקי ים (שם) שחקר אם אחר שנישאת ע"י אביה חוזרת ומתרחצת, האם אז חל על האונס חיוב לא יוכל לשלחה, או דכיון דבתחילת הנשואין היה פטור שוב הוא פטור לעולם.

רכב) אע"פ שאמרו האונס נותן מיד, כשתצא היא אין לה עליו כלום. כתב הר"ן וז"ל, ואע"ג דבפרק אלו הלוקין אמרינן אמר קרא לא יוכל שלחה כל ימיו בעמוד והחזר קאי, הני"מ בעל כרחא אבל ברצונה ודאי משלחה ואינה חוזרת עכ"ל. וביאור קושיתו, דהוא נקט שאם היא תרצה הוא חייב להחזירה, וא"כ ל"ש כתובה דהמגרש את אשתו ומחזירה על דעת כתובה הראשונה מחזירה וא"כ ל"ש לחיבו כתובה. ותירץ הר"ן דבגירשה מדעתה אפי' אם תתבע שיחזירה א"צ להחזירה, ועמשכ"ב באפיקי ים (שם).

רכב) מת יצא כסף קנסה בכתובתה. וכתבו תוס' דאם לא היה כסף קנס היו חכמים מחייבים כתובה משום לא פלוג. ועי' בפ"ת סק"ה שדן דהיכא בהודה בקנס חייב לה כתובה, דל"ש בזה טעמא דיצא כסף קנסה בכתובתה. אכן כתב דמדברי הרמב"ם משמע דעיקר הטעם משום שאין יכול לשלחה ולפ"ז גם בהודה בקנס פטור. אכן באנס את הבוגרת ודאי יש לה כתובה כיון דיכול לשלחה. [עיי' סק"ו].

דף מ ע"א

רכב) נתי עשה ונדחה ל"ת. פרש"י שידחה ל"ת דממזרת. וכ"כ התוס'. וברשב"א הביא שיש מי שפירש דקאי על זינתה תחתיו והעשה ידחה לאו דאחרי אשר הוטמאה. ועל פירש"י הקשו הראשונים דהרי דרשין מקרא ולו תהיה לאשה אשה ראויה לו, אבל לפירוש השני ל"ק, דכאן בשעת ההויה היתה ראויה לו. והרשב"א הביא בשם מורי שהקשה על פ"ה [כך הגי' ברשב"א, אבל לכאוי הקושיא על היש מי שפירש ולא על רש"י]. דהאיך יבא עשה דולו תהיה לאשה לדחות ל"ת דהעשה כבר ליתיה בעולם תמיד דאחר שבעלה לשם אישות שוב אין כאן עשה כלל. [ובשלמא לרש"י קושית הגמ' על ביאה ראשונה, אבל לשיטת היש מי שפירש דמיירי שזינתה אחר שכנסה שפיר קשיא ליה דאין כאן עשה]. אמנם כל הראשונים שפירשו כיש מפרשים ס"ל דהעשה קיים לעולם. וכמפורש להדיא בדבריהם. ועי' באפיקי ים ס"י מ"א שהעיר דאם הוי מצוה רק על ביאה ראשונה א"כ מאי פריך הרי מצאנו ביבום שגוזרים ביאה ראשונה אטו ביאה שניה (יבמות כ' ב') וא"כ גם כאן נגזור. וכבר עמד בקושיא זו ההפלאה ע"ש. [וההפלאה הוסיף להקשות דלעשה דולו תהיה לאשה סגי בקידושין, ועי' בזה באות רכב]. ולכאוי יש ליישב בפשיטות דבמשנה משמע דמדאורייתא אין יכול לכונסה דדריש לה מקרא.

רכב) בתוס' בתירוץ האמצעי כתבו ליישב לשיטת רש"י [דהקושיא מממזרת] דאת הקרא דולו תהיה לאשה איכא לאוקמי בחייבי כריתות וס"ד דשרי הואיל ואיתרבו לקנס. ועי' ברשב"א שתירץ כע"ז ובנוסח אחר, דהפסוק ימעט חייבי כריתות ונדרוש לקרא דבעינן אשה שיש בה הויה [-] ולא אשה שראויה לקיימה]. אכן הקשה הרשב"א דא"כ בהו"א דכל אשה שיש בה הויה חייב לכונסה יצטרך לכנוס גם מצרי ואדומי וקשה דהא אין עשה דוחה עשה. ותירץ הרשב"א דעשה דאדומי הוא לאו הבא מכלל עשה ונדחה מפני עשה. וכן בעולה לכה"ג נדחה מפני עשה כלאו, ועוד שהוא קל שאינו שוה בכל ואתי עשה דולו תהיה לאשה ודוחה אותו. [ועי' ברע"א במשניות פ"ו דיבמות ובבית מאיר אבהע"ז קע"ד, ובשו"ת חמד"ש או"ח ס"י לח שמישבים עפ"ז מש"כ הרמב"ם דבבא על חייבי עשה אם בעלו קנן].

אכן קשה ע"ז מדאמרינן בפסחים נ"ט א' דהא דעשה דפסח דוחה עשה דהשלמה הוא רק מטעם דהוי עשה שיש בו כרת, ותיפ"ל דעשה דהשלמה הוא לאו הבא מכלל עשה. ותירץ בשו"ת ספר יהושע דעשה דהשלמה הוא מ"ע שיהיה התמיד אחרון ואינו לאו הבא מכלל עשה.

רל) הקשה הגרע"א דבתוס' עירובין ק' כתבו גבי מתן א' שנתערב במתן ד', דהא דלא אמרינן דאתי עשה ודחי ל"ת היינו כיון דבפשיעתו נתערב, וא"כ ה"נ הרי בפשיעתו חלה המצוה לשאתה לאשה. ותירץ הגרע"א דהתם המצוה היתה קיימת גם קודם התערבות, והפשיעה היתה ביצירת המצב הגורם לדחות את הלאו. אבל כאן בלי האונס לא היתה המצוה קיימת כלל, ובזה אע"פ שפשע ג"כ עדל"ת.

ובקה"י (ס"י מא) הביא קושיא בשם הגאון ר' אלי' ברוך ז"ל ממיר לשיטת רש"י במסקנא דגם באונס ראוי לומר עדל"ת, רק שמלמדין אותה לומר לא בעינא, א"כ במכות טז גבי אונס שגירש דאמרינן דאי כהן הוא לוקה ואינו מחזיר ואם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה משום דהו"ל לאו הניתק לעשה. ומבואר שם דאפי' למ"ד ביטלו ולא ביטלו [כלומר שאינו לוקה בלאו הניתק לעשה עד שיבטל הלאו בידים] ג"כ לוקה דזה מקרי שביטל העשה בידים שיודע שלא יוכל להחזירה, והשתא לפי רש"י הרי אם תאמר בעינא יוכל להחזירה, ונמצא שהביטול נוצר ע"י הב"ד שמלמדים לומר לא בעינא, ולמה ילקה. ותירץ הקה"י ע"פ הרע"א הנ"ל, דשם העשה היה קיים קודם ובפשיעתו הביא עצמו למצב שעשה צריך לדחות ל"ת ולכן לא אתי עשה ודחי ל"ת כדברי התוס' בעירובין.

רלא) אבל הכא אי אמרה ל"ב מי איכא לעשה כלל. פרש"י דמלמדן אותה לומר איני רוצה. והקשה התוס' רי"ד דא"כ גבי יבם אמאי אמרין דאתי עשה ודחי ל"ת, נלמדנו לומר איני רוצה לייבם אלא לחלוץ ולא יעבור בלאו. [ולעיל אות רכ"ד נתבאר יישוב לזה].

והנה התוס' רי"ד פירש בגמ' באופן אחר, דגבי אונס יסוד המצוה הוא להפסיק דעתה [והא דאם אמרה לא בעינא - הוא ראייה לזה שהכל כדי להפסיק דעתה] ומצוה שהיא בן אדם לחבירו לא דוחה ל"ת, משא"כ יבום מצוה דרמי רחמנא עליה הוא ע"ש.

וכתב הקה"י (סי' מא) די"ל דגם רש"י מודה ליסוד החילוק של התוס' רי"ד, אלא דסובר דגם במצוה שבאה משום פיוס דעתה של האשה דוחה ל"ת, אלא דבכחאי עשה מלמדים אותה לומר לא בעינא כיון דעיקר העשה לטובתה, משא"כ ביבום א"צ לעשות טעדיק לעקור את העשה כיון דהוא מצוה לשמים.

ובדברי יחזקאל (סי' כח) כתב ליישב שיטת רש"י דאם אמרה לא בעינא מהני מדין מחילה, והוי כאילו נתקבלה הנישואין ויש כאן קיום המצוה [משא"כ בחליצה אין כלל קיום מצוה ורק דנפטר מהמצוה]. ובתוס' ד"ה נתיי כתבו בסוף הדבור: ומ"מ איצטרך קרא דאי לא קרא הוה חשבינן ליה דלא אפשר לקיים שניהם וחשיב עשה דעיקר מצוה היא לישא כדאמרין ביבמות דחליצה במקום יבום לאו כלום היא, ודבריהם סתומים במש"כ לדמות לה לחליצה, דהרי כאן אין כלל מצוה ורק דמפקעת את חיוב המצוה, ולהנ"ל א"ש דיש בזה ג"כ קיום מצוה דהמחילה כאילו נתקבלה, ורק דא"י עיקר מכוון המצוה ולכן לולי קרא הו"א דעדל"ת.

רלב) ומדברי התוס' הנ"ל מתבאר דפירשו ולא כרש"י שמלמדים לומר לא בעינא, אלא דכיון דיכולה לומר לא בעינא הוי אפשר לקיים שניהם ואין עדל"ת.

ובתוס' ישנים פירשו באופן אחר. דבפירושים הראשון נראה דס"ל דהו"ל עשה קל כיון דתלוי ברצון האשה. ולכן דימו זאת לכיבוד אב, ותירצו דבכיבוד אב א"י קולא אלא דאם אמר לא בעינא אין כאן כלל את החפצא של המצוה [כן ביאר הברכ"ש יבמות סי' ג']. והוסיף הברכ"ש ששמע מפי הרב הגאון ר' אשר, דהשו"ט בתוס' הוא לענין כיבוד אם הוא מצוה דממונא שמחויב לאב בכיבוד או דהוי מצוה לשמים, דבקושיהם סברי דהוי מצוה דממונא והראיה דזה תלוי ברצון האב [וכעין ד' התוס' רי"ד] ותירצו דהוי מצוה למקום והא דאינו מחויב אי אמר האב לא בעינא משום דע"י פקע החפצא של הכיבוד.

רלג) ובתירוצם השני כתבו תוס' דסברת הגמ' שכיון שהיא אינה מצווה לא אתי עשה ודחי ל"ת. [וכתב הגרע"א בהגהותיו על ספר תוספות יוה"כ, דלפ"י צ"ל דביבום יש מצוה גם עליה, דהרי אמרין דשייך שם עדל"ת, והתוס' יוה"כ ס"ל דאין מצוה על היבמה והוכיח משום כנגד סברת התוס'. ועי' פנ"י].

והנה הגרע"א הקשה דאכתי משכח"ל שיוכל לשאתה אם היא קטנה שהיא אינה מוזהרת [ואע"ג דאיכא ל"ת דלא תאכילום מ"מ גם לאו זה ידחה ע"י העשה]. ומחדש הגרע"א דבקטנה אין מצוה לשאתה כיון דאינה מהוה את עצמה, וכמו שדרש ר"מ להלן בע"ב, וגם רבנן דפליגי עליה היינו לענין קנס, אבל מצות הנישואין הוא רק בגדולה. [ועי' משכ"ב באות רג]. ולפ"י הסתפק הגרע"א איך הדין באנס כשרה קטנה והגדילה אם חל עליו חיוב, או דכיון שבזמן האונס היה פטור שוב לא מתחייב לעולם. [ועי' מנ"ח מ' תקנז שדן באנס אחות אשתו ומתה אשתו, וכן בנשא אחותה אחר שאנסה ואח"כ מתה דהו"ל נראה ונדחה ונראה, ודן שם המנ"ח בדין דחוי במצות, והביא דברי הטו"א דדין דחוי שייך רק במצוה שצריך לקיימה פ"א, אבל אם יש חיוב כל רגע לא שייך דחוי. אכן בירושלמי איתא בזה"ל, היה נשוי אחותה כבר נפטר, מתה כבר נפטר ע"כ. ומבואר דהוא פטור, וביאר האפיקי ים סי' מ"ב דאין סברת הירושלמי משום דין דחוי [וכמשנ"ת בשם הטו"א דל"ש כאן דחוי] אלא הסברא כמש"כ הגרע"א דאם לא חל חיוב בתחילה שוב לא חייל כלל. [אלא דילייע לשיטות דאין פסוק לפטור אלא הטעם רק משום דאין עשה דוחה ל"ת, אם בכה"ג ג"כ מקרי שלא חל החיוב מתחילה ועיין]. ובעיקר דברי הגרע"א עיין ברש"י מ"ב א' שהוכיח מדברי תוס' דגם בקטנה יש חיוב ולו תהיה לאשה.

רלד) הרמב"ן כתב בביאור דברי הגמ' דכיון שאפשר לבטל את העשה הוי עשה קל ואין בכחו לדחות ל"ת ודמי לעשה שאין שוה בכל שאינו דוחה ע"ש. [ועיקר דבריו הם כתירוצ ראשון בתוס' ישנים]. ודבריו צ"ב דאם נימא דעשה שאין שוה בכל לא דוחה ל"ת א"כ למה ציצית דוחה לאו דכלאים והרי הוי מ"ע שהזמן גרמא ונשים פטורות. ובאמת התוס' ביבמות ה' ע"ב כתבו דלס"ד דעשה דוחה אפי' ל"ת שיש בו כרת הא דבעינן קרא בציצית הוא מפני שאין העשה שוה בכל. ועכ"פ מבואר דבתר הגזה"כ גבי כלאים בציצית אפי' עשה שאין שוה בכל דוחה ל"ת ודברי הרמב"ן צ"ב.

ותירץ הדברי יחזקאל (סי' כח) דשאני נשים במ"ע שהזמן גרמא דאע"ג דפטרינהו רחמנא מ"מ אי מקיימי הו"ל עשה גמורה דלא פטרינהו רחמנא אלא מחיוב המצוה בלבד, שהרי דעת ר"ת שנשים מברכות ע"ז, וממילא יש בזה כח לדחות די"ל דסובר הרמב"ן דגם מ"ע קיומית דוחה ל"ת [עיין ברמב"ן ב"מ ל' דהעשה דאבידה דוחה ל"ת אע"פ שלפני שהגביה עדיין אינו מצווה בעשה, ויש לחלק. והר"ן שם חולק על הרמב"ן וסובר דאין עשה כה"ג דוחה ל"ת]. וממילא מקרי עשה השוה בכל, דגם לנשים יש את העשה וגם אצלן נדחה הל"ת. משא"כ כאן דאי אמרה לא בעינא ליתא לעשה כלל.

רלה) תוד"ה כגון. וא"ת והא כלאים בציצית אפשר לקיים שניהם וכי' וזה אין לנו לומר שיהא אסור ללבוש טלית של פשתן משום דאפשר בשל צמר. והנה הגרע"א בשו"ע או"ח סי' יא הקשה למה אסור שיהיה כלאים בבגד של הציצית עצמו, נימא גם בזה עדל"ת. ותירץ הגרע"א דהנה עוד יש להקשות מה מתיר ללבוש את הציצית, הרי יכול לא ללבוש את הבגד ולא להתחייב במצוה. וביאר הגרע"א עפ"ד המרדכי דאם הוא אנוס ואין לו חוטים שרי ליה ללבוש בגד של ד' כנפות ולהכניס עצמו לאונס, ולכן את הבגד מותר ללבוש בכל גווני, וממילא מותר להטיל בו ציצית. ומעתה מיושב דכל היתר זה שייך רק בחוטים שחיובם אחר שלבש את הבגד, אבל אם יש כלאים בבגד עצמו אין היתר ללבוש כלל.

ומדברי התוס' כאן מוכח דלא סברי כן. דא"כ מה הקשו דיכול ללבוש בגד אחר, הרי גם בזה שייכא סברת הגרע"א. ובע"כ דסברת תוס' דליכא לכללא דאפשר לקיים שניהם אלא היכא דאפשר "לקיים" את המצוה, ולא היכא דאפשר "להיפטר" מן המצוה, וכל קושיתם רק שיכול לקיים המצוה בבגד צמר, אבל מה שיכול לא ללבוש כלל בגד ולבטל המצוה לא מקרי אפשר לקיים שניהם ומזה לא הוקשה להם כלל.

ותירצו תוס' (על הקושיא דיכול ללבוש בגד צמר) "דאין זה חשוב אפשר כלל". וביאר בקו"ה (יד ח) דכל בגד הוא חיוב אחר, ונמצא דאת חיובו של בגד זה א"א לקיים בבגד אחר. עוד כתב לבאר דכל דינא דאפשר לקיים שניהם הוא היכא שעושה המעשה מחמת המצוה. אבל בבגד הרי לובשו להנאתו וממילא מתחייב בציצית וע"ז ל"ש לומר שאפשר לקיים המצוה בבגד אחר כיון דבבגד זה שרוצה ללבוש א"א לקיים בהיתר.

רלו) בא"ד דמגו דתכלת פטרה וכו'. ועוד מבואר בתוס' דשרי אפי' ב' חוטי הלבן מצמר בבגד פשתים משום המיגו. ובקו"ה (ז' ד') הקשה : א) דמאחר שכבר הוי כלאים ע"י החוטי תכלת איזה הוספת איסור יש ע"י חוטי הלבן, והרי בין כך הוי כלאים. ב) ואפי' אי נימא דיש בזה תוספת איסור, מאי נ"מ אם נותן חוטי צמר או חוטי פשתים הרי כל מין הוא כלאים בחבירו. ובחזו"א (או"ח סי' ב') נקט דאח"כ דזהו גופא התירא דמיגו, דכיון שבין כך הוי כלאים אין נ"מ במה שמוסיף. והא דשרי ע"י המיגו גם חוטים של פשתים בבגד צמר [דבזה הרי אין כלל הכרח לעשות כלאים] ביאר החזו"א דדנים את חוטי הפשתן עצמם כבגד ויש עליהם גופא היתר דעדל"ת לפוטרים ע"י חוטי התכלת ע"ש. וצ"ע דלשון התוס' "דמגו דתכלת פטרה שכבר נעשה כלאים ע"י תכלת שבו לבן של צמר נמי פטר ומיגו דשני חוטי לבן של צמר פוטרים בשל פשתן שני חוטי לבן של פשתן נמי פוטרים בשל צמר", ולדברי החזו"א הרי זהו אותו היתר עצמו, דהחוטי לבן הם כבגד של פשתן. וביותר צ"ע דהתוס' דידן נסתפקו להיתר ע"י המיגו אפי' ב' חוטי לבן של צמר ובי' חוטי לבן של פשתן ע"י המיגו, ובזה הרי ליכא כלל תכלת שתתיר. ובע"כ דסברת מיגו הוא דין חדש, והיינו דיש דין "הותרה" על הכלאים שבזה [וכעין שיטת ר"ת דשרי הכלאים אפי' בלילה אע"ג דאז ליכא לעשה].

ובישוב קו' הקו"ה, הנה הקו"ה תירץ על קושיתו הראשונה דכל חוט הוי סיבה נוספת לכלאים. וע"ש מש"כ בישב קו' ב'. והגרש"ר ביבמות (בחי' סי' ה') מישב ע"פ הערת הגרע"א דבבגד ודאי אסור שיהיה כלאים, והיינו דבעינן שיבוא חיוב המצוה בהיתר ורק אח"כ אמרינן שעשה דוחה ל"ת, אבל אם קדם האיסור למצוה אין דחיה. ולכן בחוטי פשתן שאינם באים לצורך המצוה אין בהם היתר דעדל"ת וצריך להגיע לדין מיגו. ובישוב קושיא ב' כתב הגרש"ר דאם מוסיף ממין הבגד נמצא דמצד הבגד אין איסור וכל האיסור מצד המצוה, אבל במוסיף ממין צמר לבן בבגד פשתן יש איסור כלאים בבגד קודם המצוה.

רלו) הרמב"ם (פ"א ה"ה) פסק דהדין של אינה ראויה בישראל הוא אפי' היתה מחייבי עשה ואפי' שניה. וכתב הכס"מ דהמקור הוא מדרשת "ולו תהיה לאשה", ופליגי שמעון התימני ור"ש בן מנסיא (לעיל כט ב') אם הביאור הוא דבעינן אשה שיש בה הויה או אשה הראויה לקיימה, ופסק הרמב"ם דבעינן ראויה לקיימה. והנה שמעון התימני ור"ש בן מנסיא פליגי לענין קנס, ובזה פסק הרמב"ם (בה"א יב) דיש לה קנס, וביאר המל"מ בשם מהר"א ששון, דלגבי הא דסברי דהפסוק ממעט גם קנס, לא פסקינן כוותייהו, אבל הנידון לגבי מצוות ולו תהיה לאשה תלוי במחלוקת הני"ל גם לדין. ולכא"ו צ"ע שבסוגיא מבואר דהטעם משום דאין עדל"ת. וצ"ל דס"ל כתירוץ בתרא של תוס' דבאמת יש לימוד אלא דקושיית הגמ' דנילף מהכא דבעלמא אין עדל"ת, או כתירוץ האמצעי דקושיית הגמ' שנדרוש רק חייבי כריתות, ועיין ברשב"א שנראה ג"כ דדריש לה מקרא.

ובמש"כ הרמב"ם שגם שניות לא יכנסו, ע"ע בכס"מ ובמל"מ באריכות, [ונתבאר באות כא קסט].  
אולם הרמב"ם פ"ג ה"ה כתב וז"ל נמצא בה דבר זמה או שנמצאת אסורה עליו מחייבי לאוין או מחייבי עשה ואפי' שניה ה"ז יגרשנה בגט שנאמר ולו תהיה לאשה אשה ראויה לו. ולמה לא יבא עשה וידחה את ל"ת בין במוציא ש"ר ובין באונס וישא זו האסורה לו, שהרי אפשר שלא תרצה היא לישב ונמצא עשה ול"ת קיימין, עכ"ל. ומבואר דטעם הפטור אינו מן הדרשא, אלא משום אין עדל"ת בכה"ג דאפשר שתרצה שלא ליישב תחתיו, והיינו כשיטת רש"י דמלמדן אותה לומר שאינה חפיצה [כ"כ הגר"א קע"ז אות יג, ושמה"ט גם בשניה לא ישאנה, וכ"ה בסמ"ג ובמחנ"א דזהו הטעם שלא ישא שניה].

והנה לפ"ז צ"ע מה הביא הרמב"ם לדרשת ולו תהיה לאשה, הרי הטעם הוא מפני שאין עדל"ת, ואין לומר כתירוץ ראשון של תוס' דילפינן מזה שהדבר תלוי בדעתה, דא"א לפרש כן כלל בלשון הרמב"ם עיין בדבריו. והנראה בדעת הרמב"ם דמהאי קרא ילפינן היתר על הלאו ד"לא יוכל שלחה", והיינו שאחר שנישאת היה הו"א דאסור לו לשלחה, וע"ז ילפינן דמאחר וא"א לקיים את הולו תהיה לאשה [מפני שבכה"ג אין עדל"ת] ממילא אין איסור לשלחה ודו"ק. וכן מדויק מאד בלשון הרמב"ם פ"א ה"ה וז"ל היתה אנוסה זו אסורה עליו אפי' מחייבי עשה ואפילו שניה ה"ז לא ישאנה. וכן אם נמצא בה דבר זמה אחר שכנסה הרי זה יגרשנה שנאמר ולו תהיה לאשה אשה הראויה לו עכ"ל. ומשמע דהך קרא קאי רק על נמצא דבר זמה דמיירי אחר שנשאה, אבל לענין חייבי עשה ושניה דמיירי קודם שנשאה ע"ז לא הביא את הפסוק אלא כתב סתם לא ישאנה. דבזה הטעם משום דמלמדן אותה שלא תרצה.

רלח) יתומה שנתארסה ונתגרשה וכו'. עיין היטב בגמ', ובריטב"א ביאר שני מהלכים אם מיירי בין ביתומה ובין בנתארסה ונתגרשה, או דכוונת המשנה דנתארסה ונתגרשה דינה כיתומה, וע"ש מה שדייק בזה מרש"י.  
והנה בדין יתומה שנתארסה ונתגרשה פליגי הרמב"ם והרא"ש אם בושטה ופגמה לאביה או לעצמה (ונתבאר אות קצד קצה). והרא"ש הביא ראיה מסוגין דאמרינן דבמפותה פטור, ואם בושטה ופגמה לאביה נמצא דאינו פטור מבושת ופגם אלא רק מקנס ואיך אמר סתמא פטור דמשמע שפטור מהכל. וכתב היש"ש (סי' יז) דאי"ז קושיא דאשכחן כהאי גוונא גבי הבא על הנערה פטור, דאינו פטור אלא מקנס [דבריו תמוהים לכא"ו דמפורש בתוס' לעיל ד"ה יש דהנידון גם בבושת ופגם. וי"ל לפמ"ש"כ אות רג ע"פ הגר"ח לחלק בין ספיקא דרבא לבין דינא דאביי, דדינא דאביי אינו פטור מבושת ופגם ע"ש].

והנה להלן פסקינן כר' אלעזר וקרי רב עליה דר' אלעזר טובינא דחכימי, והקשו הראשונים דהרי הן הן דברי ר"ע ומה שיבחו לר' אלעזר. [ותירצו דשבחוהו שנקט כר"ע דמתני' ולא כר"ע דברייתא. א"נ שביאר דברי ר"ע שהטעם משום דהוי כיתומה]. והיש"ש כתב בזה, דר' אלעזר אשמועינן כשיטת הרא"ש הני"ל ודלא כרמב"ם, דמדדימה לה ליתומה ש"מ שכסם שביתומה מפותה פטור גם מבושת ופגם, כמו"כ בבא על ארוסה שנתגרשה.

רלט) במשנה האונס חייב והמפתה פטור. הראשונים הביאו דברי הירושלמי דפליגי אמוראי אם אפשר למחול קנס [או דהוי דשלב"ל - דאינו חייב עד שעת העמב"ד וא"א למחול]. ולהנך דס"ל דא"א למחול על הקנס מבאר הירושלמי דהא דתנן המפתה פטור היינו מבושת ופגם. ודוקא ביתומה שהפגם שלה, אבל בנתארסה ונתגרשה ונתפתתה חייב הכל [דעל הקנס א"א למחול ובושטה ופגמה של אביה]. ואידך מ"ד ס"ל דאפשר למחול על הקנס וגם בנתארסה ונתגרשה שנתפתתה פטור מקנס [מיהו חייב הוא בבושת ופגם שהם של אביה].

ומבואר מדברי הירושלמי כדעת הרמב"ם דבנתארסה ונתגרשה הבושת ופגם של אביה.  
ועי' בר"ן כאן וברמב"ן דף ל"ז שכתבו דהבבלי שסתם דבריו משמע דמהני מחילתה גם על הקנס, והטעם משום דהוי כסילוק, א"נ דהוי כמזיק ברשות, ונתבאר באות טו.



ובמאירי כאן הביא שיטה מחודשת וז"ל ומ"מ יש פוסקים שיש לה [ליתומה] בושט ופגם ולא הופקעה אלא מן הקנס וגורסים למעלה [בדף ל"ב א'] ביתומה שוטה ומפותה. עכ"ל. והדברים תמוהים מאוד, דכיון דאיכא מחילה למה חייב בבושת ופגם. ועמד בזה המגיה למאירי. ונראה דס"ל דמפותה אינה מוחלת כלל, ומה שפסוק מקנס הוא משום שהתורה לא חייבה קנס באופן שמוסרת גופה מרצונה, [ועי' במש"כ אות טו בשם הדברי יחזקאל ודו"ק], ובדף ל"ב מוקי ביתומה - דלכן אין קנס, ומה שאין בושט ופגם משום דמאירי גם בשוטה ואין לשוטה בושט ופגם. והא דאין לה צער משום דלמפותה אין צער. [ועיין ברמב"ן בדף ל"ב שהביא גירסא זו "ביתומה שוטה מפותה", ופירשה באופן אחר].

(רמ) הכל לפי המבייש והמתבייש. כתב רש"י אדם בינוני המבייש בושטו קשה מאדס זולל ומאדס חשוב. ובפרק החובל כתב רש"י דאדם קל שבייש בשתו מרובה. והנה הר"ן כתב ע"ד רש"י דהכא, דבדאי דבמילי אחריני הכי הוא [שאם הוא זולל בושטו פחותה] אבל באונס ומפתה נראין הדברים שכל שהוא זולל יותר בושטו מרובה. [וסברתו דבעלמא הבושט מחמת הבזיון שהנחיל לו הלה, וככל שהלה זולל דבריו אינם נשמעים כ"כ. אבל כאן הבושט מחמת מציאות המעשה, וככל שהלה זולל כן הנבעלת לו מתביישת יותר]. וזה ממש איפכא מדברי רש"י עצמו. [ובתו"ט כתב דמדברי הר"ן משמע שגם בב"ק גרס כדכא].

ובישי"ש מיישב סתירת דברי רש"י דלענין שאר ביוש ככל שהלה מזולל יותר כך הביוש גדול יותר. אבל כאן הבושט מפני שיאמרו שגם היא נתרצית קצת לזה, ולכן ככל שהוא מזולל יותר יתלו הדבר בו ולא יאמרו שהיא הסכימה לזה ע"ש. ודעת הרמב"ם דבין באונס ובין בחבלה ככל שהוא מזולל יותר בושטו מרובה יותר.

(רמא) יאמרו בעל בת מלכים חמשים וכו'. כתב רש"י: והיכן הוא החילוק שביניהן אצל בושט הלכך יהיב בושט. משמע שההוכחה היא שיש תשלום בושט מלבד הקנס. אך הרשב"א והריטב"א מפרשים דקושית הגמ' שבתוך החמישים החלק שהכנגד הבושט יהיה ממון והשאר קנס ונמצא הקנס מתרבה ומתמעט.

דף מ ע"ב

(רמב) א"ר אילו באו עליה שנים אחד כדרכה ואחד כדרכה וכו'. ופירשו תוס' דשניהם חייבים קנס, גם אותו שבה עליה שלא כדרכה. והביאו ראיה מקידושין גבי באו עליה עשרה בנ"א ועדין היא בתולה פירוש שלא כדרכה וקאמר מודה רבי לענין קנס דכולהו משלמי. עוד ראיה הביאו מהגמ' ביבמות בכה"ג שבה שלכ"ד דבעינן מיעוט שאינו חייב לכנסה. אכן הרמב"ם (פ"א ה"ח) כתב דאין האונס והמפתה חייב בקנס עד שיבוא עליה כדרכה. [והראב"ד השיגו]. ובדבר הקושיא מסוגיתנו, עי' ברמב"ם פ"ב ה"ח, ובמאירי כאן שביארו, דההוכחה מהבועל השני שבושתו מועטת, לעמת בועל בעלמא את השלימה כדרכה שבושתה מרובה. [ואדרבה לדברי הרמב"ם מדוקדק למה אמרו "אחד כדרכה", דרק בכדרכה חייב קנס, והתוס' נדחקו בזה. כ"כ מל"מ פי"ז הי"ג מאיסו"ב].

ועל דבר הקושיא מהסוגיא בקידושין, עי' במאירי סנהדרין ע"ג שמדייק מלשון הרמב"ם (פ"ג ה"ו מאיסו"ב) דמאירי שם בבא עליה כדרכה ועדיין היא בתולה (אלא שהקשה ע"ז דלמאי דפסקין העראה זו הכנסת עטרה א"כ תו הו"ל בעולה כדאמרין בסנהדרין). ועוד הביא המאירי ד"מ (כ"ה בתוס' ר"י הזקן קדושין י' א') דלא גרסינן בקידושין "כולהו משלמי" אלא דמודה רבי דמשלמי, היינו מי שיבוא אחריהם משלם.

ואודות הקושיא מיבמות, המאירי בסנהדרין כתב דהסוגיא שם דרך שו"ט ואינה להלכה, אבל בתוס' ר"י הזקן (קידושין שם) כתב דהרמב"ם מחלק בין דין קנס לדין ולו תהיה לאשה. דבשלא כדרכה נהי דפסוק מקנס מ"מ חייב לשאתה. [והמאירי בסנהדרין כתב בקושיא מיבמות שאילו היה פסוק מלשם קנס היה פסוק מלנשאה". ובאמת צ"ב דעת הר"י הזקן מהיכי תיתי לחלק ביניהם. ובא"ש (פ"א ה"ט מנערה) כתב בזה דבר נפלא, דלשון הכתוב: ונתן האיש השוכב עמה לאבי הנערה חמשים כסף ולו תהיה לאשה תחת אשר ענה. ובמדרש רבה פ' וישלח אמרו גבי מעשה דינה וישכב אותה כדרכה ויענה שלא כדרכה, וא"כ גבי קנס שנאמר "השוכב עמה", בעינן כדרכה. אבל גבי ולו תהיה לאשה דכתיב "תחת אשר ענה" סגי בשלא כדרכה].

ומדברי רש"י כאן משמע דבעל שלימה היינו בתולה דעלמא ולא בביאה שלא כדרכה, ועיין בשטמ"ק מה שהביא מדברי הרא"ש בערכין, אכן השטמ"ק מפרש דרש"י סובר כרמב"ם, וכן מבואר ברש"י סנהדרין ע"ג דאין מתחייב קנס עד שישיר הבתולים וא"כ בשלכ"ד שלא השיר בתוליה אינו חייב.

(רמג) והנה הישי"ש הקשה למה בסוגין דברו על אותה בתולה שאחד בא כדרכה ואחד שלכ"ד [לפי פירוש התוס'] והרי יותר פשוט לצייר בשתי בתולות, דאילו באותה בתולה הרי השני עכ"פ מצד אחד פגם יותר מן הראשון לענין לקנותה לעבד.

וחידש הישי"ש דהכא אשמועינן חידוש, דדוקא באו עליה שנים אחד שלכ"ד ואחד כדרכה. אבל אם אותו אחד יבוא עליה שוב, אינו חייב אלא קנס אחד דהכל כביאה אריכתא. ומ"מ אם עמד בדין על השלכ"ד ונתחייב וחזר ובא כדרכה מתחייב פעם נוספת בקנס דכבר נגמר החיוב הראשון.

[ולענין באו עליה עשרה בנ"א, מבואר בירושלמי דבוררת וחוזרת ובוררת מי שתרצה, ועי' באות רכ מה שהובא בזה מדברי הריטב"א].

(רמד) אמר אב"י אמר קרא תחת אשה ענה הני תחת אשר ענה וכו'. בפשוטו משמע דהצער נכלל בקנס, דהיינו תחת אשר ענה, וצ"ל דהא דמשלם צער הוא רק צער פיסוק הרגלים, אכן ברמב"ם מבואר דמשלם את צער העניו [דז"ל פ"ב ה"א: יתר עליו האונס שהוא נותן את הצער שהנבעלת ברצונה אין לה צער ואנוסה יש לה צער וכן הוא אומר באנוסה תחת אשר ענה], ועי' משכ"ב הפנ"י דף לט א' ד"ה ונראה לר"י.

(רמה) דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין. הגר"ח (פ"ב מנערה) חקר האם הוי ילפוטא שהאב זוכה בזכות בתו כמו זכיתו בקנס, או דהוי זכות בגוף הבת שעיקר המחייב הוא של האב. ונ"מ במקום שאין קנס כגון במשמש באבר מת, דלצד הראשון כיון שאין קנס ליכא לגזה"כ דבושת ופגם, אבל אם הוי סברא שעיקר המחייב הוא שלו גם בזה הוי של אב ונתבאר באות קצד. ועי' באות קצד דלפ"ז ה"ה באונס את הקטנה אליבא דר"מ דלית לה קנס תלוי בצדדים הנ"ל.

(רמו) תוס' ד"ה דאי, עי' משה"ק מהסוגיא דקידושין, והנה הרמב"ן והרשב"א כתבו דאפשר ללמוד על בושט ופגם "דנערה", ממה שיכול למוסרה למנוול ומוכה שחין "בקטנותה" ועי' ישאר לה בושט ופגם כל ימיה. [אבל בבוגרת כיון שיצאה לגמרי מרשות אב אין לו זכות]. ודלא כתוס' דאפשר ללמוד מזה רק על בושט ופגם דקטנות. ונראה דזה תלוי בחקירת הגר"ח באות הקודמת, דאם ילפינן שעיקר המחייב הוא לאב, ל"ש לומר דמה שבידו למסור בקטנותה עושה אותו בעלים האידנא, דהרי השתא כבר אינו בעלים. אבל לצד דהוי רק זכות י"ל כדברי הרמב"ן.

רמז) מ"ט דר"מ א"ק ולו תהיה לאשה במהוה עצמה הכתוב מדבר. ויל"ע מהו גדר הדרשה לר"מ, האם הוי מיעוט על אשה "שאינה מהוה עצמה" או דהוי גלוי דבעינן דוקא נערה ולא נדרוש כרבנן דנערה חסר בא לרבות קטנה. והנה בשטמ"ק הקשה למה לא אמר בפשיטות דטעמיה דר"מ משום דלא דרש מנערה חסר אפי' קטנה, וסבר דנערה דוקא. ותי"ץ מדלא קאמר ר"מ בלישניה אין קנס אלא בנערה ואמר כל שיש לה מכר אין לה קנס, משמע דלאו משום שאינה נערה אין לה קנס אלא מחמת שקטנה היא, ועי' פריך מדוע הנערות היא סיבה שלא יהיה קנס. ומשני דקטנותה היא סיבה להפקעת הקנס כיון דאינה מהוה את עצמה, ומוכח כצד הראשון.

וכן מבואר בדברי הפני' וההפלאה בדף ל"ו שכתבו דמה דס"ל לברייטא דשוטה יש לה קנס הוא רק לרבנן, אבל לר"מ כיון דאין השוטה מהוה את עצמה אין לה קנס. וכדבריהם מבואר להדיא בראב"ד בהשגות פ"א ה"ט מנערה שהשיג עמש"כ הרמב"ם דחרשת ושוטה אין להם קנס וז"ל אף זו טעות דלהדיא לרבנן יש להם קנס ופיתוי עכ"ל, ומבואר דרק לרבנן יש להם קנס ולא לר"מ.

אולם מדברי הרמב"ן והרא"ה בדף ל"ו ב' שרצו להעמיד את המשנה דבא על אשת אחיו בשוטה, מוכח דס"ל דגם לר"מ יש לשוטה קנס [דהרי המשנה דריש פרקין אתיא כר"מ כמבואר בדף כ"ט] וכבר הוכיח כן הגרע"א בדו"ח דף מ"ד, וכן הוכיח כן מדברי התוס' שם בדף מ"ד, וכתב הגרע"א: אבל בער אני ולא אדע כיון דממעטינן קטנה דאינה מהוה עצמה מה"ט נמעט גם חרשת ושוטה. וכתב בחי' ר' שמואל (ס"י כא) דמוכח מזה צד השני שהמעוט הוא גלוי בדין נערה, דדוקא לנערה יש קנס, אבל כל שהיא נערה אע"פ שאינה מהוה את עצמה מ"מ יש לה קנס.

[וברע"א דף כט ביאר דברי הירושלמי - המובא שם בתוס' - דלשפחה אין קנס, משום דאינה מהוה את עצמה, ול"ד לחיבי כריתות דעכ"פ מהוות עצמן לאחרים, ואפי' לרבנן י"ל דשאני קטנה דמ"מ יש לה הויה ע"י אביה, ואף ביתומה היה שייך בה הויה אם היה אביה קיים, או ד"ל דאתיא לכלל הויה דכשתגדל, וכן שוטה יש לה הויה לכשתשתפה, משא"כ בשפחה ונכרית. ועי' אות ב' שכן איתא בירושלמי].

רמח) וברמב"ם פסק כרבנן דקטנה יש לה קנס, ומ"מ פסק (בפ"א ה"ט מנערה) דאיילונות אין לה קנס, ותמה הראב"ד דהרי בגמ' דף ל"ו מבואר דדינא דאיילונות תליא בר"מ ורבנן. וכתב הכ"מ דדעת הרמב"ם לחלק בין קטנה דאתיא לכלל נערות, לבין איילונות שלעולם לא תבוא לכלל נערות, דרבויה דקטנה נדרש מדכתיב נערה חסר, והיינו דכל שיש לה שייכות והגעה לנערות יש לה קנס משא"כ איילונות. ומה שבגמ' מבואר דיש לה קנס לרבנן, ע"ש שתירץ בשני אופנים. [ועי' בא"ש משכ"ב].

רמט) והנה ביבמות פ' א' איתמר אבל חלב מבן שנים עשרה שנה ויום אחד עד בן שמונה עשר ונולד בו סימני סריס, רב אמר נעשה סריס למפרע ופרש"י דמייירי בבת ששנות הגדלות מ"ב שנה ויום אחד, וסריס לאו דוקא אלא איילונות. ופריך א"כ איילונות לר"מ יהא לה קנס, ומשני מקטנותה יצאה לבגר. ובפשטות ביאור הדברים דכל מה שאינה נעשית בוגרת עד ו' חדשים ויום אחד הוא משום שהשם נערה מפקיע את הבגרות. ולכן איילונות שאין לה נערות נעשית בוגרת כבר ב"ב ויום אחד וכ"כ רש"י שם. אולם יעוי' ברשב"א וברטב"א קידושין ד' והובאו במל"מ פ"ד מעבדים, סוברים שאין האיילונות נעשית בוגרת עד י"ב שנה וששה חודשים, ולפי' צ"ע למה אין לה קנס באותן הששה חדשים הרי היא מהוה את עצמה [דהרי גדולה היא וכדחזינן מהא דיש לה אז מלקות על אכילת החלב].

וכתב הגרש"י דמוכח מדברי הרשב"א דלר"מ אין הדין תלוי במהוה את עצמה, אלא הוי רק גלוי מילתא דכל שאינה נערה אין לה קנס, וממילא באיילונות באותן הששה חדשים נהי דהיא גדולה לכל דיני התורה, מ"מ אינה נערה, ודין קנס תלוי בשם נערה, ומש"ה איילונות אין לה קנס. ומה דאיתא בגמ' "מקטנותה יצא לבגר" היינו מקטנותה לגבי נערות האמור בחיוב קנס, דעד שלא בגרה הרי היא כקטנה לגבי חיוב קנס כיון שלא הביאה סימני נערות.

אכן כתב הגרש"י דיש לדחות, דכל ההוכחה היא לפמש"כ רש"י והסוגיא ביבמות מייירי בבת, אבל הרמב"ן מפרש דמייירי בבן וכמ"ד תוך זמן כאחר הזמן [היינו דנעשה גדול מ"ב שנה ויום אחד] ובבת איילונות באמת אין נעשית גדולה עד י"ב שנה וששה חדשים [והיינו דבעצם שנת הגדלות של בת הוא י"ב שנים וששה חדשים, אלא דאם היא נערה זה גופא סיבה לגדלות] ולפי' באמת הבגרות והגדלות באין כאחד, ואין כל הוכחה דיש זמן שהיא גדולה ואינה בוגרת ואין לה קנס. אולם יש בזה כמה דוחקים, א' דהרשב"א ביבמות סובר כרש"י, אך י"ל דבקדושין העתיק דברי הרמב"ן אך לשיטתו יתכן דיש לה דין בוגרת לאלתר. ב' במל"מ שם משמע כמהלך הראשון. ולפי' בע"כ מוכח כנ"ל.

וכתב הגרש"י דלפי' י"ל דזהו מה שדחקו להרמב"ם לומר דאיילונות אין לה קנס גם לרבנן, ד"ל דס"ל דהגדלות היא כשנעשית בת י"ב שנה, והבגרות כעבור ששה חדשים, וא"כ הוי קשיא ליה למה באמת אין לה קנס לר"מ, הרי יש זמן שמהוה את עצמה ועדיין אינה בוגרת [ולא ס"ל כתי"ר דלעיל דמהוה עצמה הוא גלוי שצריך שתהא נערה]. ולכן מבאר הרמב"ם בדברי הגמ' ביבמות "שמקטנותה יצאה לבגר" שאין הכוונה שאין זמן באמצע, אלא הכוונה שכיון שאין לה זמן נערות ממילא לא מקרי דאתי לכלל נערות וא"א לרבותה מנער חסר [וכסברת הכ"מ] וממילא אין נ"מ בזה בין רבנן לר"מ.

רנ) באות רלג הובאו דברי הגרע"א שבקטנה לרבנן אין חיוב ולו תהיה לאשה, דלגבי זה גם רבנן מודו דדרשינן במהוה עצמה הכתוב מדבר, ורק לגבי קנס מרבין מנערה. ונראה דהגרע"א לשיטתו בדף מ"ד - מובא באות רמז - דלר"מ הלימוד דמהוה עצמה הוא תנאי שצריך שתהוה את עצמה, אבל להצד דהוי גלוי על התורת נערה, לכאוי פשוט שלרבנן דלא דרשי לה לגלוי א"כ ליכא לדרשה כלל. עוד יש להעיר לפמש"כ הגרע"א בדף כט - מובא באות רמז - דגם רבנן דרשי לדרשה דמהוה את עצמה לגבי שפחה, ורק דקטנה מקרי מהוה את עצמה הואיל ומתקדשת ע"י אביה, או הואיל ואתיא לכלל גדלות, א"כ גם לגבי מצות ולא תהיה לאשה הרי היא מהוה את עצמה. [וברש"ש מ"ב א' הוכיח מתוס' דלא כהגרע"א].

רנא) דין בושת ופגם בקטנה לר"מ, הגרע"א - אות קצו - נקט דשייך לאביה, ואפי' אם נתארסה ונתגרשה הוא ג"כ של אביה אפי' לדעת הרא"ש לכו"ע כיון דליכא לגזה"כ דלמי שזה ניתן זה ניתן. ובאות ר"ו הובא מדברי יחזקאל דה"ה בבגרה הבושת ופגם של אביה [ודלא כקרבן נתנאל]. אכן לדעת הגר"ח אות רצו בושתה ופגמה שלה.

דף מא ע"א

רנב) המית שורי את פלוני. כתב רש"י וקסבר כופרא ממונא. וכ"כ הרע"ב. והקשה הגרע"א דהא גם אם כופרא כפרה אין בזה דין מודה בקנס וכמבואר בב"ק מ"א ב'. ותי"רצו האחרונים (עי' הפלאה ותפארת ירושלים) ע"פ משה"ק התוס' ד"ה

זה, דלמ"ד דמי מזיק הוי יותר ממה שהזיק, וא"כ קשה על הכלל במשנה דכל המשלם יותר ע"מ שהזיק משלם ע"פ עצמו, ולא ס"ל לרש"י כתירוץ התוס', ולכן מפרש דהמשנה כמ"ד דמי ניזק. ובב"ק מי אמרינן דהך פלוגתא [אם דמי מזיק או דמי ניזק] תליא באם כופרא ממונא או כפרה, ולכן כתב רש"י דכופרא ממונא וחייב דמי מזיק והוי כמו שהזיק, ועיי' שהאריכו עוד בזה. ועיי' בשטמ"ק מה שביאר בד' רש"י.

רנ"ג בגמ' אבל פתיתי דקא פגים לה אימר לא משלם ע"פ עצמו קמ"ל. וכתב הגרע"ב קמ"ל דניחא לה לדידה להחזיק הלעז כדי להשתכר הממון. והקשה התו"ט תינח אם הקנס לדידה, אבל אם הוא לאביה הרי אינה משתכרת שום ממון. ועוד דמתניתין דייקא דהקנס לאביה, מדתנן פתיתי את בתו של פלוני ולא קאמר פתיתי סתם, משמע שמתחייב לאביה. ולכן פ"י התו"ט דהקמ"ל הוא דלא איכפת לן בהודאת הלעז אלא כל שהוא מודה בממון מחייבין אותו לשלם. והגרע"א הוסיף להוכיח דמייירי שהקנס של אביה דאל"כ איך חייב בפיתוי הרי איכא מחילה, אלא דמייירי בפיתה אותה ואח"כ בגרה או שמת אביה, ומעתה נפל דיוקן של התו"ט, דלהכי תני בתו של פלוני לומר שבשעת הפיתוי היתה של פלוני ולכן לא נמחל הבושת ופגם.

רנ"ד בב"ק ע"ה פליגי רב ושמואל במודה בקנס ואח"כ באו עדים אם חייב או פטור. ואמרינן שם דדוקא אם מחייב עצמו בהודאתו בקרן, אז הוא דנפטר מהקנס אפי' אם יבואו עדים [אלביא דרב]. אבל פטור עצמו מכלום אינו נפטר מקנס. ובשטמ"ק כתב דזהו ביאור דברי המשנה "משלם את הקרן ואינו משלם דו"ה", דרק משום משלם הקרן לכן נפטר אפי' שיבואו עדים כיון שחייב עצמו. [ולכאוי' לשמואל בע"כ דליתא להאי דיוקא וצ"ב]. וצ"ע דבהמית שורי עבדו של פלוני לכאוי' אינו מחייב עצמו בכלום. וכמו"כ בהא דפריך בגמ' למ"ד פלגא נזקא קנסא ליתני דבתם אינו משלם ע"פ עצמו. והרי פטור עצמו מכלום הוא. ובע"כ דהמשנה לא מייירי לגבי באו עדים אח"כ.

אכן הקושיא מחי"נ קשיא בלא"ה דמפורש בגמ' בשבועות ל"ג א' דבפלגא נזקא מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, [ועיי' מה שהאריך בזה היש"ש בב"ק פ"ז ס"י כ"ו לחלוק על דברי כל הראשונים מכח קושיא זו], ובנוב"ת (אבהע"ז ס"י כג) תירץ דמחייב עצמו לענין שעתה אם יגח עוד ב' פעמים יהיה מועד. ולפ"ז לקי"מ מזה. אך עדיין קשה מהמית שורי את העבד וצ"ע.

רכ"ה ורחמנא הוא דחס עליה דאכתי לא אייעד תוריה. כתב בתוס' הרא"ש דה"ה דחייס רחמנא בכל המזיקים ולכן פטור להלכותיהן.

רכ"ו רב הונא בריה דר"י אמר קנסא קסבר סתם שוורים בחזקת שימור קיימי. כתב הר"ח בב"ק ט"ו: כלומר כשמורין הן וא"צ שימור לשמרן כי הן בני תרבות ולא הזהירה תורה לשמור אלא המועד שנאמר בו ולא ישמרנו בעליו. ומשמע דגם אחר שחידשה תורה שבתם יש חיוב חצי נזק מ"מ אין בזה חיוב שמירה, ואפ"ה חייב בתשלומין מקנס.

רכ"ז תוד"ה לא. הקשו מ"ש מהא דאמרינן קרנא דתורא קבירא ביה ע"ש. ובשטמ"ק הביא ש"י הראב"ד בב"ק שמחלק בין הוזלה הנבילה לבין הסריחה, דבהוזלה אין הפחת מחמת המזיק ולכן הניזק מפסיד, אבל בהסריחה באמת המזיק ישלם כל הפחת, שההסרה תולדה מההיזק.

דף מא ע"ב

רכ"ח דאיכא חי"נ דהלכתא גמירי לה דממונא. עיי' לשון רש"י כאן דההלכתא שהם רגל, ומה דהוי ממון הוא מסברא דדינם כרגל. וברש"י ב"ק ט"ו ב' משמע דההלכתא נאמרה על הא גופא דהוי ממונא. ועיי' ברשב"א ב' שיטות בזה.

רכ"ט והשתא דאמרת פלגא ניזקא קנסא האי כלבא דאכל אמרי וכו'. עיי' בתוס' בב"ק דלמ"ד פ"י ממונא פטור לגמרי, דכיון דהוא סובר דסתם שוורים לאו בחזקת שימור א"כ כאן דהוא משונה א"א ללמדו מקרן שהיא אורחיה, וכי"ד הרשב"א בב"ק. אך הריטב"א כאן כתב דגם למ"ד פ"י ממונא חייב לשלם, אלא דהנ"מ דלהך מ"ד מגבינן אפי' בבבל דכיון דלא נטרי להו בעלים שכיח הזקיייהו ועבדינן בהו שליחותייהו ע"ש. [ובזה מיושבת קו' הרשב"א ע"ש].

ר"ל ולא מגבינן בבבל דעת הרשב"א דמ"מ משלמת מה שנהנית כדין שן ברה"ר. וכ"כ הרא"ש ב"ק פ"ב ס"י ג'. עוד כתב הרא"ש דרך על הדריסה יש דין משונה אבל על האכילה משלם נ"ש מדין שן, ורש"י פליג ע"ז ע"ש. ואכ"מ.

ר"ל אבל זוטרי אורחיה הוא. רש"י בב"ק פירש דבין בתרגולים ובין בכבשים דוקא רבירבי לאו אורחיה, והמאירי בב"ק הביא ד"א שבכבשים אין חילוק בין רבירבי לזוטרי.

ר"ל ואי תפס לא מפקינן. עיי' ברא"ש ספ"ק דב"ק באריכות. ומבואר ברא"ש שתי שיטות, שיטת הרמ"ה דהתפיסה מועלת מתקנת חכמים, והרא"ש סובר דמהני מדין עביד איניש דינא לנפשיה.

ודברי הרא"ש צ"ב, דבקנס הרי אינו חייב קודם העמב"ד אפי' לצאת ידי שמים וא"כ מה שייך עביד איניש. וביאר הקו"ש (ח"ב ס"י יג) דבאמת גם בלי פס"ד יש חיוב קנס, אלא דדין קנס הוא שישלם בתורת כפיה, ואם משלם מעצמו אי"ז תשלומי קנס דלא ניתן בדרך כפיה, וממילא תפיסה מהני שפיר מדין עביד איניש. [ועיי' בשער"י ז' יט דברים קרובים לזה].

ובקה"י בב"ק הביא בשם ספר שערי ציון (להגר"ב"צ מבילסק) ס"י מ"ג שביאר עפ"ד רש"י ב"ק ע"ד א' דהטעם דבקנס לא מתחייב עד העמב"ד הוא משום דאי מודה מיפטר [ובתוס' חולקים ע"ז ע"ש] ויסוד הדבר שכל זכות או קנין שהנתבע יכל לסלקו ה"ז כמי שאינו, [ועיי' מקורות לזה]. ולפ"ז בזה"ז דאין סמוכים אין בידו להודות [דהודאה שלא בב"ד אינה הודאה] וממילא חל החיוב לאלתר ושפיר מהני תפיסה.

ר"ל כתב היש"ש בב"ק דאם תפס הקנס א"א לתפוס הימנו בחזרה. והנתיבות (ס"י א' סק"ה) הוכיח מדברי הרא"ש דמהני שיתפוס בחזרה ע"ש. והנה לדברי הרמ"ה - אות ר"ב - מובנים היטב דברי הנתיבות ד"ל דכל התקנה היתה רק שלא יטלו ממנו את מה שתפס אבל לא זכה בזה לגמרי. אכן לדעת הרא"ש לכאורה כיון שזכה בקנס מעיקר הדין מסתבר שלא תהני תפיסת המזיק בחזרה. וצ"ע שהרי הנתיבות הוכיח כדבריו מהרא"ש וא"כ איכא סתירה ברא"ש. ועיי' בחי' ר' שמואל ב"ק ס"י טו שהאריך בזה.

ר"ל כתב הראב"ד בסוגין בהשגות על רב אלפס, דהיכא דתפס קודם הודאה וליכא עדים בתפיסתו דיכול לומר להד"ס, ואתו לב"ד וכפר ליה אידך בההוא קנסא, אסתפקא לי מילתא אי הוי מיגו כעדים וכו', או דילמא כיון דאילו הודה פטור לא עדיף מיגו מהודאה דבע"ד וכל היכא דהודאה לא מהניא מה לי לשקר נמי לא מהניא. הא מילתא איסתפקא לי בדיני קנסות ולא אתברירא גבי כהוגן עד יבא מורה ויורה צדק לנו.

והרמב"ן העתיק דברי הראב"ד, והוסיף בזה דברים דכל הספק הוא היכא שלבסוף הודה הנתבע, ובה הספק האם מהניא הודאתו לפטור מדין מודה בקנס, או דנימא דמהני המיגו והוי כמודה אחר שבאו עדים. ועי' כתב הרמב"ן דבזה"ל לא מהני הודאה כיון דאין ב"ד מומחין [והודאה מהני רק באפי ב"ד] וא"כ אין נ"מ בספיקו של הראב"ד. ועוד דאיכא למימר דמחמת בעתותא קמודה.

והקשה השער משפט (סי' א' סק"ה) דהרי יש נ"מ בספיקו של הראב"ד לענין עצם התפיסה אם מהני ע"י מיגו, ואפי' אם לא הודה הלה, ולמה העמיד הראב"ד ספיקו רק באופן שהלה הודה. וביאר השערי ישר, דהנה יעוי' בקצה"ח סי' א' סק"ה שהביא שיטות ראשונים דבזה"ל דלא מהני ההודאה לפטור מקנס, ממילא מהני לחייבו בקנס, לענין דאי תפס לא מפקינן מיניה. וביאר הקצה"ח דטעמם משום דכל דין מודה בקנס פטור היינו דיוצר ע"י הודאתו חלות פטור, אבל כשמודה מחוץ לב"ד דאין פטור, ממילא יש לזה דין הודאת בע"ד. ועי' בקצה"ח שהקשה ע"ז מב"מ דף ג', והגרש"ש (ס"ז פ"כ) הוסיף להוכיח בראיות מהש"ס דאין דין הודאת בע"ד בקנס.

ולכן ביאר הגרש"ש שיטתם, דהנה הרא"ש בב"ק כתב שאם בא הניזק לב"ד ואמר קבלו עדותי שאם אתפוס ממונו היום או מחר שלא יוציאנו מידי אין ב"ד נזקקין לקבל עדותו. וטעמו משום דלקבלת עדי קנס בעינן ב"ד מומחים. ולפ"ז צ"ע איך כתב הרא"ש דתפיסה מהני מדין עביד איניש דינא לנפשיה, והרי מבואר בטור (חוי"מ סי' ד') דרק אם יכול לברר החיוב בב"ד יכול למעבד דינא לנפשיה, וא"כ איך מהני זאת בקנס שא"א להביא עדים ע"ז. ועי' צ"ל דלענין תפיסה א"צ בירור של דיני קנסות, אלא סגי בבירור שמה שתפס "אינה גזילה". ולזה מהני גם ב"ד של גזילות וא"צ מומחים. ומעתה א"ש סברת הראשונים דגם הודאת בע"ד מהניא לזה, דהדין של תפיסה נידון כדיני גזילות [וכמשנ"ת שההודאה אינה שחייב בקנס אלא שאין התפיסה גזילה תחת יד התופס].

ולפ"ז א"ש דברי הראב"ד, ד"ל דלענין תפיסה גרידתא ודאי סגי במיגו, דהרי לתפיסה סגי "בבירורים של גזילה", ומיגו הרי מהני בגזילה.

אכן אם יודה הנתבע בקנס ונבוא לדון אם יש בזה דין מודה בקנס פטור, זה תלוי בנידון אם המיגו מהני "בדיני קנסות", ואם לא מהני הרי לא נתברר חיוב הקנס ומהני הודאה למיפטור. ועי' שפיר השיג הרמב"ן דבזה"ל א"א להודות הודאה הפוטרת, וגם דמחמת ביעתותא דמיגו הודה, וא"כ אין נ"מ בספיקו של הראב"ד. [ועי' בחי' ר' שמואל ב"ק סי' ט"ו משכ"ב].

ובעיקר סברת הראב"ד דמיגו לא מהני, ביאור דבריו שבקנס חייבה התורה רק ע"פ בירור גמור, וכמו שנתמעט דלא מהני הודאת בע"ד כמו"כ נתמעט דלא מהני שאר הוכחות אלא עדים. [ומבואר מזה דהודאת בע"ד לא מהני בקנס אפי' בלי חלות הפטור, וכמו שהוכיחו הקצה"ח והגרש"ש דלעיל].

רלה) ובישוב דעת הראב"ד מהשגות הרמב"ן. עי' בב"ח יו"ד סי' רסז דנהי דאין ב"ד שאינם סמוכים דנים דיני קנסות. מ"מ להודאה של קנס סגי באינם סמוכים. והגם דאין העדאה בבבל [ומזה הוכיח הרמב"ן נגד הראב"ד] מחלק הראב"ד בין הודאה לעדות. ובשו"ת נחלי"ד סי' טו מיישב דעת הראב"ד דכשם שתקנו שמהני תפיסה, כמו"כ תקנו שיחשב ק"כ בזה"ל כאילו קיבלו ב"ד סמוכין וממילא גם הודאה בפניהם מהני. ועי' מה שהאריך בזה בענפי ארז [קונטרס בעניני גניבה וגזילה עמ' רמט].

## פרק נערה שנתפתתה

א) והצער בתפוסה. כתב רש"י והצער נמי לאביה באנוסה. וכן דעת רוב ראשונים. אכן דעת הראב"ד [עיי' בכס"מ פ"ב ה"יג] מנערה ובטור סי' קעז] דהקנס לעצמה. ומקור דברי הראב"ד בגמ' בב"ק פ"ז ב' דכיון דאסור לו לחבול בה לא זכי ליה רחמנא. ושאר הראשונים חילקו דכאן שהצער משום פיסוק רגלים א"כ בידו להשיאה ויהיה לה צער זה ומש"ה הצער לאביה. ובדעת הראב"ד עיי' מש"כ בפרק שלישי אות רט"ז בשם החכ"צ שצער הפיסוק הוא רק באונס ובביאה ראשונה, וממילא אין ביד האב לצערה בזה, דאם תרצה תיבעל ברצונה ולא תצטער. [ועיי' מש"כ החכ"צ בישוב הסוגיא דדף ל"ט לדעת הראב"ד].

ב) עמדה בדין עד שלא מת האב. לשון המשנה צ"ב דאם היתה העמב"ד קודם מיתת האב הרי האב הוא המעמיד בדין והול"ל "עמד בדין" לשון זכר. ומזה הוכיח הרשב"א (לעיל ל"ז א') דלעולם עיקר הזכות של הבת ומחמתה הוא זוכה והיא שעומדת בדין, אלא יש בידו לכופה לעמוד בדין כדי שיזכה הוא בקנס.

ובפשטות בדין זה נחלקו הראשונים. דעיי' ברמב"ם פ"ב ה"יג שכתב דאם היא אומרת אנסת אותי והלה אומר לא כי אלא פתיתי ה"ז נשבע שבועת מוב"מ על הצער. וכתב הראב"ד דאין כאן שבועה לפי שהיא אינה התובעת שהתשלומין אינם שלה והוי כמנה לאבא בידך. ובדעת הרמב"ם כתב הכס"מ: ואני אומר שאע"פ שהתשלומין אינם שלה מאחר שמה שזוכה בהם האב הוא על ידה שפיר מקריא תובע ומפרש במשנה ר"פ נערה שאפי' כשאביה קיים היא העומדת בדין. ולכא"ו דברי הכס"מ הם כדברי הרשב"א והראב"ד פליגי ע"ז.

ג) והנה הגר"ח בפ"ב מנערה כתב בביאור פלוגת הרמב"ם והראב"ד דכולהו מודו דעיקר החיוב לאב, אלא דהרמב"ם ס"ל דכיון דהדבר המחייב הוא הבת וזכות האב בא מכח הבת, לכן מקריא היא תובע. והראב"ד סובר דאזלינן בתר התשלומים וכיון דהתשלומין עיקרן לאב אין הבת נקראת תובעת לענין מוב"מ. ובהמשך דבריו כתב דבקנס כולו מודו דכיון דהדבר המחייב הוא הבת והאב בא מכחה מקריא הבת תובעת, וכי פליגי - בבואת פגם שבזה סובר הראב"ד דהאב כבעלים גמור על בתו והוי כחפץ של האב לגבי זה [הואיל ואי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין] ואי"ז שייך כלל לבתו. ולפי מש"כ הגר"ח בסוף דבריו א"ש לשון המשנה גם לשיטת הראב"ד, דהרי המשנה מיירי בהעמב"ד של הקנס, ובזה מודה הראב"ד דהאב בא מכח בתו.

ד) והנה מדברי הגר"ח משמע שההעמדה בדין בפועל היא ע"י האב, ורק דכיון דזכותו באה מכח הבת לכן נקראת היא תובעת, אכן מדברי הרשב"א הנ"ל משמע דבעינן שבפועל הבת תתבע ובל"ז אין האב יכול לתבוע, [אלא דיש לו זכות לכופה לתבוע את האונס].

ולפ"ז צ"ב למה חייב קנס במפוטת הרי עיקר הזכות היא לבת והיא מחלה. וביארו האחרונים דכיון שיש לאב זכות ליטול את קנס הבת ממילא אין לבת כח למחול על הקנס אע"פ שישוד החיוב הוא לדידה.

ה) לא הספיקה לעמוד בדין עד שמת האב הרי הן של עצמה. כתב רש"י דלאו ממון הוא להורישו לבניו וילפינן לקמן מקרא דזהתנחלתם דאין אדם מוריש זכות בתו לבנו. ובריטב"א הביא בשם תוס' שהקשו על רש"י דמה ענין הדרשא דזהתנחלתם לכאן, הרי הך דרשא קיימא היכא דהבת עשתה מעשה ידיים אחר מיתת האב, דבזה הנידון האם יורשים את הזכות בבת עצמה. אבל כאן שכבר נתחייב באונס והמפתה מחיים אין הנידון לרשת את הבת אלא לרשת את הקנס, והול"ל אין אדם מוריש קנס לבניו. ותירצו תוס' ע"פ מה שחידש ר"י, וז"ל הרי"י בתוס' ב"ק ע"ב א': דס"ל דיכול להוריש בשאר קנסות אע"פ שלא עמד בדין. דנהי דקנס של אונס ופיתוי אין יכול להוריש בשום ענין כדקתני במתני' דהתם [-] היינו משנתנו] היינו משום דאותו דבר שהקנס יוצא ממנו דהיינו הבת אין יכול להורישו לבניו כדאמרין התם אותם לבניהם ולא בנותיהם לבניהם אבל ממון דהכא שהכפל ד' וה' יוצאין ממנו דהיינו הבהמה הוא מוריש לבניו לפיכך זה הקנס מוריש לבניו. עכ"ל. ולפ"ז מיושבין היטב דברי הרש"י דלכך הוצרך להך דרשא.

ו) ובעיקר דברי התוס' הנ"ל, לכא"ו צ"ב דמאחר וס"ל דקנס בעלמא אדם מוריש לבניו א"כ מה בכך דאת הבת אינו מוריש הרי הנידון כאן לרשת את הקנס. וביאר הקה"י (סי' מ') דהנה בבגרה הקנס לעצמה [וילפינן לה מקרא לעיל לט א' עיי' ברש"י ותוס' שדרשין לה מדכתיב לאבי הנערה ולא לאבי בוגרת] והיינו דעיי' הבגרות זוכה הבת גם במה שהיה שייך בנערותה לאב, וא"כ הי"נ במת האב שמבואר בקידושין ט"ז דמיתת האב מוציאה מרשות אב ופרש"י דהוא מהך דינא דאין אדם מוריש זכות בתו לבנו וא"כ הו"ל כבגרה שהיא זוכה בקנס.

ומה שסיימו תוס' דבקנס דדו"ה הא דמוריש לבניו הוא משום שיכול להוריש את הבהמה, ביאר הקה"י עפ"ש"כ האבנ"מ בתשובה ח' דדין זה דלא הספיקה לעמוד בדין עד שבגרה שזוכה היא בקנס הוא דין בכל הקנסות, כגון שור שנגח את העבד [וחייב שלשים של עבד] ונעשה העבד טריפה [דמוכה בגיטין מ"ג שמתחייב בקנס לאלתר], אם שחררו האדון זוכה העבד בקנס [או יורשיו למ"ד טריפה מוליד]. ובספר עמודי אור סי' נ' כתב ע"ז דזה צריך ראייה גדולה דשאני אונס ומפתה דמקרא ילפינן לה וכדלעיל. אכן מדברי תוס' הנ"ל נראה דס"ל כאבנ"מ וזהו שכתבו דלעולם יורשים את הבהמה ומש"ה יש להם דו"ה, אבל אם לא היו יורשים אותה לא היה להם דו"ה כיון שאינם בעלים על הדבר שממנו בא הקנס.

והסברא דבעינן שיהיה בעלים בשעת העמב"ד על הדבר שממנו נוצר הקנס [והרי בממון פשיטא שא"צ להיות בעלים ע"ז בשעת העמב"ד וסגי במה שהיה הוא הניזק] משום דבקנס עיקר המכוון הוא שהמזיק יענש והדין למי לשלם הוא רק מקום בעלמא שקבעה התורה לתשלומין, ותלתה זאת התורה בבעל החפץ בשעת העמב"ד. עכ"ל הקה"י.

ז) ויש להעיר בדבריו: א) לפמ"ש"כ בסוף דבריו גבי דו"ה, א"כ א"צ לכל מש"כ בתחילת דברי התוס' [דמיתת האב דמיא לבגרות] אלא פשוט דכיון שאין הבנים בעלים על הבת ממילא לא יגיע אליהם הקנס כמו בעבד שהשתחרר. ב) וביותר שאם פירוש דבריהם בתחילה משום דהוי הפקעה כמו בגרות א"כ ל"ק כלל מבהמה, דשם אפי' אם לא היה מוריש הבהמה מ"מ אין הו"א דהוי זה דין יציאה והפקעה.

והיה מקום לפרש עפ"י הקה"י דבאמת כל כוונת תוס' הוא רק כסברת הקה"י בסוף דבריו, דהכל תלוי בבעל הממון בשעת העמב"ד ובזה מחלקים תוס' בין בת שאינה של האחים בשעתה העמב"ד ולכן אין הקנס שלהם, לבין בהמה ששייכת ליורשי הנגזל ולכן המה בעלי הקנס.

אכן בעיקר דברי הקה"י כבר תמה הקה"י עצמו מהגמ' בב"ק ס"ח דמבואר שבהקדיש הגנב את הבהמה קודם העמב"ד היה חייב קנס [אי לאו דחזרה קרן לבעלים] והרי השתא כבר אין הבהמה של הנגנב ולמה יזכה בקנס.



ואין מחילתה הראשונה כלום. וביאר הגר"ט דהרמב"ן סובר שיש שני חיובים נפרדים, לאב ולבת, וכשפקע זכות האב אז תובעת הבת מכח זכותה העצמית, וא"כ במפותה שכבר מחלה על זכותה אינה יכולה לגבות. אבל הריטב"א סובר שיש חיוב אחד, ובתחילה היה האב בעל החיוב ורק השתא הבת זוכה ולכן לא מהני מחילתה. אכן צ"ע שברשב"א לעיל ל"ז כתב דהאב תובע את זכות הבת, ומוכח דיש רק זכות אחת, ואעפ"כ דן הרשב"א כאן שמהני מחילתה, וגם בסוף דבריו שכי' דלא מהני מחילתה הוא משום דהוי אינו ברשותה. ולכן נראה בכוונת הרשב"א כמש"כ באות יג בביאור דברי הישי"ש דהשתא זוכה בכל למפרע וכאילו לא זכה האב מעולם.

טו) עי' ברמב"ם פ"ב הי"ז שאם פיתה מדעת האב היה צריך להיות קנס [ורק דלא חייבה תורה לאונס ומפתה אלא בדרך מקרה ולא בקדשה], והראב"ד השיג דיש לפטור משום דכיון דמדעתו הוא הוי כמפותה [היינו כמו שיתומה מפותה שהקנס שלה פטור, כמו"כ ביש לה אב אם הוי מדעת אביה פטור דיש מחילה של האב]. וביארו האחרונים שהרמב"ם לשיטתו דעיקר החיוב לבת והאב זוכה מכחה [ולכן היא יכולה להעמיד בדין - עי' אות ב -] וממילא לא מהני מחילתה האב כיון דהיא בעלת הקנס. [וגם מחילתה לא מהניא כיון שיש לאב זכות עליה]. משא"כ הראב"ד סובר שהאב הוא הבעלים ולכן מהניא מחילתו. [עי' בקה"י סי' מג.] ובברכ"ש סי' מב כתב דכל דברי הרמב"ם נ"מ רק לגבי לכשתגבר, אבל האב עצמו ודאי שאינו יכול לגבות שהוא עצמו מחל, והראב"ד סובר דמחילתו מהני גם לגבי לכשתגבר דעתה עיקר הקנס הוא אליו.

טז) כתב הרמב"ם (פ"א ה"ב מנערה) דהנבעלת בשדה ה"ז בחזקת אנוסה עד שיעידו העדים שהיא מפותה. והנבעלת בעיר הרי היא בחזקת מפותה עד שיעידו שהיא אנוסה. והקשה הראב"ד דממ"נ אם יש עדים נשאלה אותם. ואם אין עדים אין קנס ע"פ עצמו. וכן בושט ופגם הממע"ה.

ובמגדל עוז תירץ בשני אופנים. א) דשניהם מודים על המעשה בעילה ורק דמכחישים זא"ז אם היה באונס או ברצון, ולא מהני בזה הפה שאסר דהוי כמו נגד עדים - דהך חזקה שכתב הרמב"ם היא כעדים. [ועיי' במל"מ שנחלק עם מהרש"ך האם הך חזקה כאן סהדי וא"א להשביע שבועת היסת נגדה. ולכאוי לדעת מגדל עוז א"א להשביע וצ"ב]. ועוד משכח"ל בשהיו עדים שראו מרחוק ואין יודעים אם היה באונס או ברצון, דאז אם היה בשדה תלינן שהיה באונס ואם בעיר תלינן שהיה ברצון. ועי' בחכ"צ סי' קמה קמו.

דף מב ע"א

יז) תוד"ה לאביה. הקשו דדילמא המשנה דדף ל"ט מיירי בקטנה. והקשה הגרע"א דהא פתוי קטנה אונס הוא [יבמות ל"ג ב'] וא"כ לעולם אנוסה היא ואילו במשנה שם מבואר שיש חילוק בין אנוסה למפותה. ובע"כ דמיירי בגדולה. אכן במלחמות [ט"ז ב' בדפי הרי"ף] מבואר דאע"ג דפתויה אונס מ"מ אם כנס לא משלם קנס כיון שהיא מפותה דהא נער כתיב ע"ש. וביאור הדברים כתב החזו"א (סי' קל"ה) דנהי דפתויה אונס מ"מ איהו לא התעיב מעשיו לאונס. [ועיי' רש"י וקו"ש שתירצו כן על קושית הגרע"א אלא שסברתם דבמצות ולא תהיה לאשה כתיב "תחת אשר עזה" ומפותה אין לה צער]. והנה בפרק שלישי אות רג ר' הובאו דברי הגרע"א דבקטנה אין מצות ולו תהיה לאשה. ומדברי תוס' דידן הוכיח הרש"ש דלא כוותיה.

יח) תוד"ה רבי שמעון. מה ייחוד שייך כאן דמיירי בלא העמדה בדין. משמע דאם מיירי אחר העמב"ד א"ש והקשה הגרע"א דהא בע"ב מפרשת הגמ' דהא דאמר ר' שמעון דאי מודה מיפטר. היינו דאמר לרבנן אודו לי מיהת היכא דלא עמד בדין דכי קא תבע קנסא קא תבע, ותיפול"ל דקודם העמדה בדין ליכא יחוד כלי. וכתב הגרע"א דלתוס' לשיטתם א"ש, דהם הסבירו [בד"ה און] דגם אחר העמב"ד אי מודה מיפטר אלא דבהורישא הקנס לאביה אז אין ע"ז שם קנס ואינה נפטרת, ומ"מ פטור מק"ש מגזה"כ. ועי' אמר ר' שמעון דאם לא ירש מבתו אלא הוא עצמו עמד בדין עדיין הוי קנס [לשיטתו דס"ל דגם אחר העמב"ד הוי קנס]. אלא דהקשה הגרע"א דלישנא דגמ' "היכא דלא עמד בדין" לא משמע כן. [ועוד יש להקשות למה השיבו לו חכמים מבושת ופגם, הרי אפי' בקנס אחר העמב"ד ס"ל דחייב קרבן שבועה].

יט) בא"ד, כשייחד לו כלי, וכי נימא דסבר ר"ש דאדם מקנה דשלב"ל וכו'. הא דא"א לקנות הכלי ע"י משיכה או כסף, עי' בחי' רע"א שמבאר דתוס' אזלי לשיטתם דבנותן כלי לשעבוד מנה א"א לקנות ע"י הכלי את השעבוד דמנה אין כאן משכון אין כאן [וביאר הר"ן דמשיכה לא מהניא לשעבוד כיון דאין החפץ נשאר תחת ידו], ובשלמא אחר העמב"ד שכבר יש חיוב ממון, א"כ יכול לקנות בקנין כסף, ואף לר"ל דס"ל דמענות לא קונות, מ"מ כאן שמשך ותו לא מיחסר משיכה [אלא דאין המשיכה מועלת בהלכות קנינים] שוב מועיל קנין כסף [כמבואר בהג"א פ' הזהב סי' ח', ועיי' קצה"ח סי' עב סק"ב] ועי' הכסף קונה את החפץ. אבל קודם העמב"ד אין כסף שעל ידו יקנה. [ובקצה"ח סי' ע"ב סק"ב נקט דלהג"א א"צ אפי' מעשה משיכה, דכיון דאין כח במשיכה לקנות אין מעלה במה שיעשה פעולת משיכה. ולפי"ז הקשה למה לר"ל מעמידה הגמ' בב"מ שעשה משיכה, הרי בלא"ה יקנה בכסף. ולכן כתב הקצה"ח דלשיטתו שאין משכון נקנה במשיכה בע"כ ס"ל דלייחוד כלי לא סגי במשכון אלא בעינן קנין גמור ודלא כתוס' בסוגיתנו מ"ב ב' ד"ה מאי. אכן מדברי הגרע"א נראה שנקט דרך אם משך אז מהני קנין כסף ולא קודם].

אולם בעיקר הדבר שקונה ע"י הכסף את המשכון [וכמש"כ תוס' בע"ב] צ"ע דהרי מלוה לא קניא, ועי' בראשונים בב"מ מ"ח שכתבו דהא דיחיד לו כלי מיירי או ביחד בשעת הלואה או מלאכה [בתשומת יד או בעושק], או בהנאת מחילת מלוה או לדעת הרמב"ם דמלוה קונה. ולכאוי' כאן ל"ש לומר כן, דודאי לא יחד קודם האונס, ואם מיירי בקונה במלוה או בהנאת מחילת מלוה א"כ כבר פקע הקנס, ועתה רק החפץ שקנה בקנס הוא שלו, ול"ש ע"ז משכון.

כ) אלא דהקשה הגרע"א דכיון שהחסרון משום שאין מעשה קנין א"כ מה זה שייך לדין דבר שלא בא לעולם. הרי פשוט דגם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל בעינן מעשה קנין וכאן ליכא שוב מעשה קנין ולכו"ע לא יקנה. עוד הקשה הגרע"א הרי יכול להקנות בקנין סודר וא"כ למה כתבו תוס' דא"א להקנות, נהי דלא מהני כסף ומשיכה מ"מ יקנה בסודר.

ובמהר"ם שיף וקצה"ח (סי' ר"ז סק"ח) ביארו דברי התוס' דהא דנחשב דשלב"ל אינו מחמת חסרון במעשה קנין, אלא דכיון שהקנין הוא קנין משכון, א"כ כל זמן שלא קיים החוב שעליו יהיה משכון הו"ל כדשלב"ל דמנה אין כאן משכון אין כאן [והמהר"ם שיף מדמה לה לאומר שדה זו לכשאקחנה תהא קנויה לך דחשיב דשלב"ל אע"פ שהשדה בעולם, כמבואר להלן נ"ט, ולכאוי' יש לחלק טובא דהתם אין לו בעלות על גוף השדה שמקנה, אבל כאן יש לו בעלות על המשכון, ורק דאין חוב שעליו יעשה למשכון].

ולדברי הקצה"ח ומהר"ם שיף לכאן צ"ל דהקנין הוא באמת בקנין סודר [וכמו דמירי השו"ע שעליו נסובים דברי הקצה"ח] ול"ק עליהם קו' הגרע"א, דרך לשטתו דהחסרון במעשה קנין א"כ אם מקנה בסודר אין כאן חסרון של דשלב"ל. אבל לדעתם דהחסרון משום שאין על מה שיהיה משכון א"כ גם סודר לא מהני לזה. [ועיין במלואי חושן שהעיר למה לא מהני משכון, והרי כבר הוכיחו האחרונים דיש שעבוד בקנס גם קודם העמב"ד וא"כ למה לא יהא שייך משכון, וצריך לחלק בין שעבוד למשכון].

ועי' במלואי חושן דלשיתות הראשונים דאפשר לשעבד משכון לפני הלואה א"ש הא דמהני יחוד כלי. ועי' בתוס' שבועות ל"ח שכתבו ז"ל כגון שיחד לו בענין זה שגיבה מן הכלי כל מה שיחיבוהו ב"ד עכ"ל, ולא תלו לה בדין דשלב"ל כדכתבו בכתובות ויתכן לומר דס"ל כראשונים הנ"ל.

(כב) והנה הקשו האחרונים [עי' הפלאה בע"א וקצה"ח] דלמה לא מוקמי התוס' שהקנה בקנין גמור, ותיירץ הגרע"א דדוחק לאוקמי שהקנה לו הכלי ממש, והקצה"ח תירץ ע"פ תוס' בע"ב שאם הקנה הכלי ממש לא הוי קנס אחר העמב"ד ע"ש.

(ג) והגרש"ש (סי' מג) הקשה דמתוס' בע"ב ד"ה מאי משמע שרק שם חידשו דמירי בייחד למשכון, אבל בכל הסוגיא מירי ביחוד גמור, והיינו דמקנה לגובינא. וביאר הגרש"ש דהוי כעין אפותיקי מפורש, [ויש ב' אופנים בזה, א) דיש לו זכות גביה רק מזה ואין יכול לגבות מנכסים אחרים, וגם הנתבע אין יכול לסלקו מנכסים אחרים. ב) דיש לו יפוי כח לגבות מזה נגד הנתבע, אך מ"מ לא נפקעה זכותו לגבות גם מנכסים אחרים]. ועי' נחשב שתובעו חפץ כיון דיש לו זכות תביעה על חפץ מסוים.

ועי' מבואר הא דחשיב דשלב"ל דכיון דכל הקנין הוא לגובינא, א"כ כ"ז שלא קיים החוב ל"ש הך קנין ולא דמי לשעבוד שהשעבוד שייך גם קודם, אבל קנין לגובינא שייך רק כשיש זכות גביה.

(כד) ובעיקר תירוצו התוס' הקשה הגרע"א דכיון דהוי דשלב"ל ויכול לחזור בו עד שיבוא לעולם [אפי' למ"ד אדם מקנה דשלב"ל, וכדאיתא בב"מ ס"ו ב'] א"כ לא חשיב כפירת ממון, דנראה פשוט שאם מקנה חפץ לאחר ל' יום, ובתוך ל' כפר המוכר דל"ח כפירת ממון כיון שיכול לחזור בו.

ונראה ליישב דהנה הראשונים בב"מ דנו דלענין קרבן א"צ כלל יחוד כלי [ורק להישבון בענין יחוד כלי] ותוס' דפליגי ע"ז י"ל דס"ל דלעיקר הכפירה סגי בכפירת ממון, אלא דבעינן שיהא גם כלי שמייוחד לגביה דומיא דגזל, וא"כ י"ל דלזה סגי גם בקנין לאחר ל' [כיון דעיקר הכפירה מתיחסת לחוב שאין יכול לחזור ממנו, והכלי הוא רק תנאי].

(כה) בא"ד "היינו משום דכלי שנותן לו הוא בעולם וזכה בו למפרע". הקשה הקו"ש דכיון שהקנאת הכלי הוא במתנה א"כ אפי' אם לא יזכה למפרע הוי דבר שבא לעולם כמו בכל מקנה דבר לאחר ל'. [וכאן ל"ש סברת הקצה"ח דהרי הוי קנין גמור בחפץ ולא משכון].

בא"ד וכ"ת ה"כ א"כ נחשביה בהדי הני תנאי. עי' ברע"א משה"ק ע"ז.

(כו) בתוס' ישנים, ורבנן אית להו דאדם מקנה דשלב"ל. עי' רש"ש שהקשה דהא לרבנן שפיר יכול ליחד כלי דהבושת הוי דבר שבא לעולם [ולרבנן הכפירה בבושת ופגם כמבואר לקמן מ"ג א']. ועי' במהרש"א ומהר"ם שיף שכתבו סברא זו מדעת עצמם [ולא היה לפנייהם התוס' ישנים].

ובחי' הגרש"ש סי' מ"ג כתב ליישב דהתוס' ישנים ס"ל כמו שהסביר הרא"ה בדעת תוס' - אות יד - דבושת ופגם הוקשו לקנס ואין מתחייב בהם עד שעת העמב"ד. והא דחשיב כפירת ממון אע"פ שעדיין לא נתחייב, ביאר הגרש"ש דלא מיבעי למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור א"כ כשהודה שאנס נפטר מהקנס וממילא תו פקע התליה של הבושת ופגם בקנס ומתחייב בהם לאלתר. אלא אפי' למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, מ"מ הרי אפשר לחייבו בבושת ופגם ע"י הודאתו, ונמצא דהגם שעדיין לא חל החיוב מ"מ תובעו שיוודה ועי' יוכלו ב"ד לחייבו וזה שפיר חשיב כפירת ממון.

(כז) ובעיקר קושית תוס' איך מהני יחוד כלי, עי' בברכ"ש (סי' נ') שהקשה דהרי תפיסה מהני בקנס גם קודם העמב"ד וא"כ גם משכון יועיל מה"ט. ותיירץ דהתפיסה היא רק עד העמב"ד וכשמעמיד בדין פקעא התפיסה ונהיה חוב, ועיקר התביעה היא על החוב וממילא היחוד אינו שייך לתביעה. וצ"ע דלפמש"כ הרא"ש בב"ק ספ"ק הרי בתפיסה מהניא לגמרי מדין עביד איניש, אכן הדבר תלוי בפלוגתא הנתיבות (סי' א' סק"ה) והיש"ש אם יכול לתפוס בחזרה, - ועיין בחי' ר' שמואל ב"ק סי' טו בבואר פלוגתתם - ולשיתות דלא הוי תפיסה גמורה א"ש. אי"נ י"ל ע"פ שיטת הרמ"ה דהוי רק תקנה דרבנן [וכ"מ בר"ת שסובר שאפשר לתפוס רק את המזיק].

(כח) רש"י ד"ה אבל "לא תבעו אלא בושת ופגם", עי' מהרש"א שהקשה מנין שתובעו רק בושת ופגם דילמא תובעו את שניהם, וכן מוכח מהסוגיא בשבועות דקאמר "אף בושת ופגם", ונדחק בזה. ועי' בבית יעקב פלפול עצום ליישב זאת. (כט) בעא מיניה אביי מרבה וכו'. הנה בדין קנס מצינו שלש נ"מ, א) מודה בקנס. ב) קרבן שבועה. ג) להורישו לבניו. והנה רש"י מפרש דאחר העמב"ד פשיטא דאי מודה חייב ליתן. ופי' הרשב"א דכל פטורא דמודה בקנס הוא מקרא דאשר ירשיעון א-לוקים פרט למרשיע את עצמו וכאן הרי כבר הרשיעו אותו. וכל ספק הגמ' רק לגבי קרבן שבועה דהואיל ועיקרו קנס יש מקום לפטור.

ולענין להוריש קנס לבניו, הנה רש"י במשנה פירש דהא דאין מוריש הקנס משום דאי מודה מיפטר, וכן כתב רש"י בב"ק ע"ד דהטעם דלא זוכה בקנס הוא משום דיכול להודות ולהיפטר. וביאר הדברים עי' בשו"ת שערי ציון סי' מג דכל תביעה התלויה בדעת הנתבע ובידו להפקיע אותה אי"ז חשוב כלל כזכות ממון. וכמו שסובר רבא מה"ט דבע"ח מכאן ולהבא גובה הואיל ויכול לסלקו בזוי - פסחים לא. והתוס' בב"ק ע"ד הקשו על רש"י מ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, ותיירץ השערי ציון דאח"כ להך מ"ד החיוב חל לאלתר [ובאמת יש בזה פלוגתא בירושלמי כמו שהביאו הראשונים כאן]. אולם לכאן צ"ע לרש"י אליבא דמ"ד מוב"ק ואח"כ באו עדים חייב איך יפרש משנתנו, וצ"ל דיפרש הטעם מגזיה"כ דונתן כמו שמבואר בירושלמי, ומה שפירש"י במשנה הוא רק להלכה דמודה בקנס פטור. [וכן לאביי שסובר דבע"ח למפרע הוא גובה ולא ס"ל דהואיל ומצי לסלקו בזוי אין לו בעלות, ג"כ יסבור כנ"ל].

והנה בגמ' בע"ב פריך אביי לרבא דאמר דקנס דאונס ומפתה גזיה"כ דאינו מורישו לבניו, דא"כ זה סיבה לומר דלא יהיה בזה קרבן שבועה [וא"כ ל"ל קרא דוכחש תיפ"ל מונתן]. וכתב הגרע"א דמהא שמעינן דלרש"י דין קרבן שבועה תלוי בדין אדם מוריש קנס לבניו, ולפי' כתב הגרע"א דספיקו של אביי הוא גם לענין להוריש. [ומישב בזה קושית מהרש"א על תוד"ה או דילמא]. אכן לכאן אין כל הכרח לזה, דרק אם אין מוריש קנס לבניו בזה פשיטא דאין ק"ש הואיל ויש לזה



דיני קנס. אבל להיפך - אם אין קרבן שבועה יתכן דמוריש קנס לבניו, והא דפטור מקרבן שבועה משום דעיקרו קנס, וצ"ע בד' הגרע"א.

ל) ודעת תוס' דספיקו של אב"י הוא לענין קרבן שבועה ולענין מודה בקנס, דהא בהא תליא, דאם מודה פטור, א"כ ממילא אין כאן כפירת ממון. ואם מודה חייב, א"כ יש כאן כפירת ממון וחייב ק"ש.

וכתב הגרע"א דגם לתוס' דמודה פטור. מ"מ ליכא בזה לדינא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, שהרי כבר נתחייב ע"פ הב"ד. ורק הדין שהוא אינו מתחייב בהודאתו [כמו למ"ד מוב"ק ואח"כ באו עדים חייב]. ובקצה"ח פליג ויבואר באות לב.

והנה התוס' ישנים להלן מ"ג הקשו דלפי המסקנא הרי אשכחן אופנים שאין קרבן שבועה ומ"מ הוי ממונא לענין הודאה ע"ש, וכתב הגרע"א בביאור שיטת תוס' דידן, דודאי מסברא אין מקום לחלק בין הודאה לירושה, והא דמחלק רבא בתחילה בין הורשה - דהוי ממון, לבין קרבן שבועה והודאה, היינו משום דמסברא הוי ממון, אלא דלענין קרבן שבועה [והודאה - דבה תלוי הכפירת ממון] הוי גזה"כ מקרא דזכחש. וכ"ז להו"א דדין קרבן שבועה תלוי בהודאה ומשום הכפירת ממון. אבל למסקנא דכל שעיקרו קנס תו לא חייב ק"ש, א"כ מהיכי תיתי לחלק בין הודאה לירושה.

(לא) ובמש"כ התוס' לבאר הגמ' בע"ב דפשיטא ליה לאב"י דמשלם ע"פ עצמו, והעמידו תוס' דמ"ירי בעמד בדין ובגרה ומתה, עיין בראשונים שמיישבים באופן אחר - דהתם לדבריו דרבא קאמר דהוא לא מחלק וסובר דלהכל הוי ממון ע"ש.

(לב) בגמ' והוא אומר לא אנסתי ולא פתיתי ולא העמדתני בדין ולא נתחייבתי וכו'. והקשו האחרונים [ע"י מהר"ם שיף וחי' הגרע"א] דלמה לגמ' להאריך שהוא כופר גם בכך שאנס ופתה, הרי סגי שיכפור בהעמב"ד דלהצד דהוי ממון חשיב כפירת ממון.

ותירץ הגרע"א ע"פ מה שנתבאר באות ל' דגם לתוס' אין ההודאה שאחר גמ"ד פוטרת, וא"כ אם יאמר אנסתי ולא העמדתני בדין חשיב כפירת ממון לגבי כך, שאם יבואו עדים ויאמרו שאנס א"א לחייבו, דלדבריו דאנס ולא עמד בדין הרי קדמה הודאתו לעדות העדים ונפטר מדין מודה בקנס. ואילו אם יאמר שעמד בדין תו לא נפטר [אפי' להצד דהוי קנס וכ"ל דאחר הפס"ד אין ההודאה פוטרתו לגמרי] וממילא יתחייב מדין כפירה בהך ממון. ולכן נקט האיבעיא כשכופר הכל דאז אין כאן מודה בקנס.

ובעיקר דברי הגרע"א יש להעיר מדברי קצה"ח סי' שנ, ע"ש שנחלק עם אחיו בכל מודה בקנס האם חל פטור על הגברא, או דהוי רק דין על אותו הב"ד שהודה בפניהם וכתב דנ"מ בזה הן לענין מודה בקנס, הן לענין אם באו עדים בב"ד אחד דיכול להודות בב"ד השני ולפסול את אותו ב"ד. והביא הקצה"ח ראיה מסוגין, דלר"ש אחר העמב"ד פשיטא דאותו ב"ד שכבר חייבו יכול לחייבו גם אם יודה, ובע"כ דכל ההודאה רק לענין אותו ב"ד שבפניו מודה. אכן לדברי הגרע"א גם אותו ב"ד שבפניו הודה יכולים לדונו ע"פ עדים, ורק שהודאתו אינה סיבה לחייבו. [וע"ש בנתיבות שחולק על שני הדינים של הקצה"ח].

ג) תוד"ה הפלת. "ואין לומר כגון שהפיל את שנו וסימא את עינו דיוצא בשנו ונותן לו דמי עינו. והטעם מבואר בתוס' ב"ק ל"ג ב' דהציאה היא למפרע ונמצא שסימא העין היה בבן חורין. ולפ"ז צ"ע למה מקרי זאת כפירת קנס. וצ"ל דכיון שללא הקנס של השן הרי הוא פטור מדמי עין ממילא מקרי ג"ז קנס וכ"כ באיה"ש. [והנה אם הפטור משום דאי מודה מיפטור, ממילא פשוט דגם בעין אי מודה מפטור מאחר שלא יצא העבד לחירות. אבל למסקנא דאי מודה לא מפטור ומ"מ מקרי עיקרו קנס צ"ל כנ"ל].

והנה הגר"ח בסטנסיל כתב בדעת הרמב"ם דהא דיוצא בשנו ונותן לו דמי עינו הוא גזה"כ והכל קנס ע"ש היטב, אך תוס' לא ס"ל כן. וגם להגר"ח רק אם הוי בב"א איכא להך גזה"כ אבל בזא"ז הוא ממון ותלוי בדין מעוכב גט שחרור ע"ש.

והנה תוס' תירצו דהך דינא תלוי בדין מעוכב גט שחרור אם יש לו דין חבלה, והקשה הגרע"א דמ"מ נ"מ לגבי מעשה ידיו שאחר הפלת השן דזה לכוי"ע של העבד. וצ"ע.

דף מב ע"ב

לד) תוד"ה מאי. מה שנקטו התוס' דאם קונה בכסף לר' יוחנן מקרי קנס, ואם קונה במשיכה לר"ל הוי ממון, צ"ע מאי נ"מ איך היה המעשה קנין. וביאר הגרש"ש (סי' מג) ע"פ משנ"ת באות כג דייחוד כלי הוי הקנאה לגוביינא. וא"כ כל מה דמקרי שהוי רק קנין לגוביינא ולא גוביינא גמורה הוא רק כ"ז שלא הגיע הכלי לידו, אבל אם עשה משיכה הרי לא מחסר גוביינא שכבר גבאו וא"כ הוי קנין גמור.

ובאיה"ש מבאר דאם קונה בקנין כסף נמצא שהכלי שלו ע"י הקנס ובא מכח קנס ולכן מקרי קנס. אבל אם עשה משיכה אין סיבת בעלותו הקנס [אלא רק הרצון להקנות הוא תמורת הקנס, אבל עצם הקנין לא גרע ממתנה] ולכן לא נחשב כקנס.

לה) וכי קאמינא ממון הוי להורישו לבניו. ומשמע דקודם העמב"ד אין מורישו לבניו. והראשונים הקשו מהסוגיא לעיל ל"ח ב' דמשמע שמורשה הקנס לבנה קודם העמב"ד, וכן מהסוגיא דב"ק ע"ב ונאמרו בזה כמה שיטות.

שיטת תוס' בב"ק ע"ב לישב קו' ריב"א הנ"ל, דהך דינא הוא פלוגתא דאמוראי, ואמוראי דהתם סברו לחלק בין קנס דאונס ומפתה לקנס של דו"ה, ונתבאר בארוכה מאות ה' ולהלן ע"ש. [ועדיין אי"ז מיישב הסוגיא דדף ל"ח דשם מ"ירי בקנס דאונס ומפתה. אכן באמת ל"ק דמהבת עצמה אפשר לרשת דלגבי הבת דמי לשאר קנסות וע"ש בסוף התוס', ובתוס' דף ל"ח ב'].

ושיטת ר"י דלעולם אין אדם מוריש קנס לבניו, והא דב"ק מ"ירי בשאמרו לו חייב אתה ליתן, דזה חשיב פסק דין לגבי הדין דאדם מוריש קנס לבניו, ואינו כפסק דין לגבי חמשה חצאי בקר. ולכא"ז צ"ב דהרי בב"ק סט א' מבואר דבחיוב אתה ליתן לו לא נחשב כחזרה קרן לבעלים וחייב משום טביחה, וכתבו שם תוס' דלא חשיב כגמר דין ממש אלא שקרוב הדין לגמור, וא"כ איך מוריש קנס לבניו ע"ז.

ונראה דהתוס' באמת פליגי על התוס' דדף סט, וס"ל דנחשב פס"ד, אלא דאי"ז פס"ד גמור. ובגדר הדברים י"ל עפמ"ש"כ האחרונים [ע"י קה"י סנהדרין סי' ג'] דיש ב' פסקים, א) שפוסקים איך הדין ע"פ תורה. ב) שמחילים את הפסק על הנידון. וי"ל דבחיוב אתה ליתן לו פוסקים את עצם הדין, וזה סגי לקנס, אכן לדין חזרה קרן לבעלים בעינן שיאמרו לנידון עצמו שחייב להחזיר ואז פקע הגניבה ומכאן ולהבא הוי גזילה ודו"ק. וע"פ סברא זו יש מקום לחלק בין דין חמשה חצאי בקר לדין אדם מוריש קנס לבניו ודו"ק, אלא דהתוס' סברי דזה קצת דוחק ולכן דחו פ"י זה.

[ועי' לשון הרמ"ה בסנהדרין ז'. שמחלק באמרו חייב אתה ליתן לו בין דינא דאז אין אתה רשאי לבצוע, להא דעדיין נחשב גנב ולא גזלן - והיא קושית התוס' ב"ק סט - וז"ל הרמ"ה לא דמי דאילו התם (בב"ק) בדעתיה דבעי"ד תליא מילתא, ולסברא דבעי"ד דאמרינן כל כמה דלא אמרו צא תן לו סבר דאכתי לא פסיקא להו מילתא לרבנן. ואילו הכא לדעתא דבי"ד תליא מילתא, ומכי אמרי ליה איש פלוני חייב הוי גמ"ד עכ"ל. ולדבריו הוי גמ"ד גמור, ולכאוי' תוס' הנ"ל בדף ע"ב פליגי ע"ז].

לו ושיטת ר"י הלבן דלעולם יש ירושה בקנס. והא דאמרינן כאן דרק אחר גמ"ד הוי ממון להורישו ליורשיו, הנידון לגבי חיוב קרבן שבועה ליורשים, דאם הגיע לידו בתורת קנס והוא גמר את הדין מקרי עיקרו קנס, ואם ירש מאביו והגיע אליו בתור ממון לא הוי עיקרו קנס.

ולשיטת ר"י הלבן, צ"ע למה אינו מוריש קנס דאונס ומפתה, וביארו הראשונים דסובר כסברא שכתבו תוס' בדעת הריב"א דשאני התם שאותו הדבר שממנו בא הקנס אינו מוריש לבניו, וכל מה שהוסיף ר"י הלבן על שיטת ריב"א הוא דליכא מחלוקת הסוגיות וגם סוגיא דהכא מודה לחילוק זה.

והפני"י בדף ל"ח כתב ד"ל בסברת ר"י הלבן שהמקור שאין ירושה הוא מהדרשא דונתן לאבי הנערה, וכמו שלר"ש דרשינן מזה דאין לאב עד נתינה, כך דרשי רבנן דעד שעת העמב"ד אין לאב, דס"ל לרבנן דהעמב"ד היינו הנתינה, וסברא זו נזכרה כאן ברמב"ן ע"ש. ועי' בגרע"א שהקשה על התוס' בב"ק בתירוץ הראשון למה לא חילקו כן, ונשאר בצ"ע. ונראה בדעתם דס"ל דהדרשא דונתן לא ממעטת שאין לאב זכיה, אלא רק מגלה שהפס"ד לא מהני יותר מבלי פס"ד. וממילא אם נימא דמסברא קודם פס"ד יש ירושה א"א למעט מהך קרא. [ובאמת הגרע"א הרגיש בזה וכתב להוכיח ממש"כ תוס' ל"ט א' במקרא דונתן לאבי הנערה ממעטינן אם בגרה, ומוכח דגם לרבנן דרשינן הך קרא לגבי העמב"ד].

לז' ולשיטת ר"י הלבן קשה מאי מקשה אביי ממתניתין ר"ש אומר וכו' דאחין הוא. ועיין בתוס' ל"ח ב' מה שנדחקו בזה. והרמב"ן כתב ליישב דאם נימא דעדיין יש לזה שם קנס י"ל דהגם דיש ירושה בקנס מ"מ היא קודמת לאחים כיון שהקנס בא מכחה, אבל אם פקע מינה לגמרי תורת קנס א"כ הוי כממון רגיל שהאחים קודמים לאחות ע"ש. והנה יליע לדעת ר"י הלבן האם בשאר קנסות אחר העמב"ד מהני הודאתו, ובחזו"א ס"י קלה הוכיח דלגבי האב נמי חשיב ממון, דאל"כ מאי פריך מר"ש הרי בע"כ הך קנס גרע שהרי אין מורישו קודם העמב"ד אף ששאר קנסות מוריש. ובע"כ קושית הגמ' דכיון דהוי ממון לכל דבר א"כ אחר העמב"ד אין סיבה לפוטרו. אכן דחה החזו"א ד"ל דכיון דלירש הוי ממון מסתבר דאזלינן בתריה וירשנו אף שלאב הוא קנס.

לח) אמר רבא כי אצטריך וכחש כגון שעמדה בדין ובגרה ומתה דהתם כי קא ירית אבוא מינה דידה קא ירית. וצ"ע לשיטת ר"י הלבן שירשים דעלמא יש להם קרבן שבועה, א"כ מ"ש ירש האב דממעטינן ליה מוכחש. ובתוס' ל"ח ב' כתבו וז"ל מ"מ עקרו קנס לגבי דידה ודידיה ולא דמי לשאר קנסות דמוריש לבניו דלגבי בניו לא הוי קנס כלל עכ"ל, ומשמע דמאחר והיה הקנס בתחילה שלו [עד שבגרה] יש לזה שם קנס, אולם הסברא צ"ע שהרי זכותו כבר פקעה והשתא אתי מכח ירושה, ולמה גרע משאר יורשים.

ובחי' הגרש"ש (ס"י מ"ב) מבאר דיש לאב ולבת לכ"א מהם בפני"ע זכות תביעה, אלא דכשהיא קטנה גוברת זכות האב, ובבגרותה גוברת זכות הבת, אבל אם מתה חוזר כחו לקדמותו וגובה מכחו ג"כ ולכן חשיב קנס. [ולכאוי' צ"ע דא"כ אם יודה המאנס יפטר מחובתו כלפי האב, דכלפי האב הרי אין לו אלא משעת גביה ואילך, וא"כ כל תביעת האב מכח זכות ירושת הבת שיש לו, ולמה נחשב ככופר בקנס. וי"ל].

ובחזו"א (ס"י קלה) הקשה לש"י ר"י הלבן למה נקטה הגמ' שעמדה בדין, לימא שבגרה ומתה והורשה לאביה, ואז הוי ככל הקנסות שאם הירש העמיד בדין מקרי עיקרו קנס, [וא"צ לחדש הגדול דכיון שהיה פעם של האב אפי' שעתה הוא יורש גרע משאר יורשים], ועי"ש.

לט) באות יד הובא דעות הראשונים במפותה שבגרה אם הוי מחילה. והקשו האחרונים דלפי השיטות דהוי מחילה א"כ היכי משני שעמדה בדין ובגרה ומתה, והרי בברייתא תניא נמי דין מפותה, ובזה אם בגרה ומתה שוב אין לאביה ממי לרשת שהרי כבר נמחל הפיתוי. ועי' בבית יעקב שמיישב דמייירי בפתוי קטנה, א"נ באמרה בפירוש שאינה מוחלת. [מיהו עיקר דין זה דבאמרה בפירוש שאינה מוחלת חייב, נהי דכך כתבו תוס' בסנהדרין ע"ג ב', מ"מ אי"ז מוסכם, עי' משכ"ב החזו"א ס"י קלה, ובמשכ"ב בר"פ אלו נערו].

דף מג ע"א

מ) בת הניזונת מן האחין מעש"י למי, במקום אב קיימי וכו'. הקשה הגרע"א הא אי"ז כלל במקום אב, שהאב זוכה אפי' אם אינו זן אותה [להעדפה, או בניזונת ממק"א] משא"כ באחין דדוקא בניזונת מבעיא. ותירץ הגרע"א דמה שזיכתה תורה לאב את מעש"י משום דרוב אבות נותנים לבתם מזונות והוי כאילו ניזונת בע"כ. [והביא ראיה לזה מקדושין דף ד', ומתוס' גיטין מ"ז].

מא) ועי' ברמב"ן שכתב דזה פשוט גם לרב ששת דאין היורשים יכולים לכופה לעשות מעש"י, ואינם כמו האב, אלא דמה שחייבים לזונה הוא בתנאי שתעשה מעשי ידים, וחזינן דאינם ממש במקום אב, ולפ"ז לכאוי' גם קושית הגרע"א ל"ק.

מב) כתבו תוס' דכל הנידון כאן מדרבנן, אבל מדאורייתא ודאי אין לה מזונות. ועי' ברשב"א שהוכיח כן מהא דאמרו להלן דאם אינם זנים אותה אין להם העדפה, ואילו אב ודאי דיש לו העדפה גם באינו זן. והנה בשיטה לר"ן הביא ד"מ שהנידון בדאורייתא, וצ"ע עליהם מהוכחת הרשב"א. אכן לפמש"כ הגרע"א - אות מ' - י"ל דבאב אפי' אם אינו זן כלפי הדאורייתא נידון כזן כיון דרוב אבות זנים, משא"כ באחים, אם אין להם ירושה ואינם זנים אין סיבה שיזכו במעש"י ודו"ק.

מג) התם מדידיה מיתזנא הכא לאו מדידהו מיתזנא. מקושית הרשב"א בתוד"ה בת, מבואר שפירש סברת הגמ' משום דהאב אינו משועבד למזונות והיורשים משועבדים ונותנים בעל כרחם. ועפ"ז הקשו סתירה מהגמ' להלן צ"ה. אכן הגרע"א כתב דיל"פ דז"פ שאם אין ליתומים שעבוד דרבנן לתת לה, גם אם תאכל לא תקנו מעש"י. אלא עיקר האבעיא אחר שתקנו שהיתומים משועבדים, האם דמי לאב, או דהאב מאכיל משלו והיתומים אינם מאכילים משלהם אלא רק מנכסי אביהם.

מד) תוד"ה עשו, כתבו דרך אלמנה במקום בן ובת היא קודמת, אבל במקום בן לחודיה או בת לחודה לא. ולפי"ז באם יש בנכסים מותר קצת על מזונות הבת, זוכה האלמנה רק במזונות הבת, והסתפק הגרע"א האם תזכה הבת באותו מותר ע"ש.

עוד הסתפק אם מחלו הבנות לבנים, האם אז תיטול. ושיטת הרמב"ם (פ"ט מאישות הכ"א) וכן הביאו הרמב"ן והרשב"א בב"ב דעה הסוברת דאלמנה בנכסים מועטין נוטלת הכל גם במקום בן או בת לחודיה. ומשה"ק תוס' דאין שיעור לדבר, כתב הרמ"א בסי' צג דאומדים כמה זמן תחיה [וזה תלוי בת כמה שנים היא וכו'] ולפי"ז קובעים את שיעור המזונות שצריכה לכל ימיה.

מה) דין עשה עמי ואיני זנך. הא דא"א לומר כן בעבד כנעני [למאן דס"ל כן] ביארו האחרונים דהוי הגבלה בקנינו של האדון, שאינו בעלים עליו לגבי הנוגע למזונותיו כדי חייו. [ע"י ברכ"ש גיטין סי' כא].

ובהא דהביאה הגמ' מע"ע דכתיב כי טוב לו עמך, צ"ע דהרי בע"ע איכא "חייב מזונות" [ואפי' אם אין סיפק במעש"י כדי מזונות חייב לזונו, דאפי' במזונות אשתו חייב] וא"כ מה ראה היא לבתו. וביאר הברכ"ש (שם) דבעבד יש ב' דינים, חדא חייב מזונות, ועוד, שאינו בעלים עליו לגבי שיעור מזונות [ונ"מ שאם יקדיש מעש"י לא יחול ההקדש בכדי האי שיעור דזה ממון גמור של העבד], וזאת ילפינן מעמך, ומדין זה למדה הגמ' על בתו.

מו) רש"י ד"ה מה מציאתה. מבואר ברש"י דחשש איבה הוא שמא יפסיק לזונה הואיל ואינו חייב במזונותיה. ועי' תוס' להלן מ"ז א' מחולקים וס"ל דהחשש איבה הוא שמא ישיאנה למנוול ומוכה שחין.

מז) אמר רב כהנא מ"ט וכו'. עי' בתוד"ה בת שהקשו אמאי נקט לה רק אליבא דרב, הרי כו"ע מודו דמדאורייתא שיכים המעש"י לבת ולא לאחים וכל הפלוגתא רק בדרבנן. ולדעה המובאת בר"ן - אות מב - דהנידון בסוגיא הוא בדאורייתא איש. ועי' ברמב"ן משי"כ ליישב קו' תוס' הנ"ל.

ובריטב"א כתב בזה דבאמת אפשר הדין כמש"כ התוס' דכיון דכל המקור הוא מאמה ואמה אינה עובדת את הבן ממילא גם המעש"י לא שייכים לבן, אלא דאי משום הא היו חכמים מתקנים לאחים שיזכו. והטעם דלא תקנו הוא מהדרשא דוהתנחלתם אותם לבניכם ולא בנותיכם לבניכם. ומדהקפידה תורה שלא תיראה הבת כעבד ממילא גם רבן לא עשאורה כעבד דהרי זה נגד רצון התורה [משא"כ אי משום דרשא דלאמה - אין ראה שהקפיד תורה ע"ז, אלא רק דלא חידשה התורה זכות זו]. ורב ששת דסובר דהמעש"י לירשים באמת לא דריש לקרא דוהתנחלתם למעש"י אלא רק לפתוי הבת, ומה שמדאורייתא אין ליתומים מעש"י הוא מדרשא דלאמה, ומ"מ חכמים תקנו מעש"י לאחין.

מח) תוד"ה מגיד. בתוס' ישנים הקשה דגם מהדרשא דהשתא זבוני זבין לה מעש"י מבעיא א"א ללמוד דהמעש"י שייכים ליתומים, דהרי הירשים אינם יכולים למכור את הבת. והוסיף הגרע"א דאין לומר דבאמת ס"ל להאי תנא דיכולים הירשים למכרה [נראה כוונתו לתנא דדריש לה לפתוי וקנסות וחבלות], דא"כ אמאי חבלה דפצעה אינו מוריש הא זה הוי היזק לירשים שמפסידים דמי המכירה. וכתב הגרע"א דהמחזור בזה כמ"ש הפנ"י דהשתא זבוני וכו' לאו מכח קו' אתינן עלה דנימא דיו, אלא מכח הכרח, דכיון שזיכתה תורה למכרה, בע"כ שמעש"י שלו, וממילא גם אחר מיתה יתכן דיהיה שייך לירשים דאין מעוט על זה.

דף מג ע"ב

מט) תוד"ה שפצעה. עי' מהרש"א ורע"א.

נ) בגמ' טעמא דהשיאה וגרשה השיאה ונתארמלה וכו'. רש"י מפרש דאם נתארמלה תרי זמני הוי לישנא דפורענותא. ומשמע דמ"מ כתובה יש לה אף שאסורה להינשא לאחר. והראשונים הביאו דעת הר"מ בר יוסף דגורס בגמ' דאם נתארמלה תרי זמני אין לה כתובה דממדרש כתובה שמעינן דרק "לכשתנשאי לאחר" אית לה כתובה וכאן אסורה להינשא. והראשונים דחו דרך אם מה שאינה יכולה להינשא הוא משום שנשאר מקצת אישות אז הוא דמפסדת, אבל כאן שמה שאינה יכולה לינשא הוא מפני שהוחזקה קטלנית יש לה כתובה. עוד טעם כתב הר"מ בר יוסף דהוי מקח טעות כמו באיילונות, והראשונים דחו דבאיילונות הוי ודאי מק"ט, אבל כאן דילמא אינהו גרמו לנפשיהו אלא משום סכנה חשו שהיא הגורמת, אבל אין לה להפסיד.

נא) עוד נחלקו הראשונים בנתגרשה תרי זמני אם הוחזקה מתגרשת ואסורה לינשא, דדעת רש"י ביבמות כ"ו דאסורה, והראשונים חלקו דכיון דהגירושין ע"י הבעל ומדעתו, ל"ש לתלות זאת באשה. והוכיחו הראשונים כן דהא למ"ד מעיין גורס ל"ש זה, וא"כ כל הך דינא שייך רק למ"ד מזל גורס, ולמה לא אמרו בגמ' ביבמות דאיכא בינייהו נתגרשה.

נב) בהא דמגורשת מן האירוסין כתובה לאביה. צ"ב מ"ט, ועיין להלן מ"ו ב', מ"ז א', דעל כל זכות שיש לאב מבואר שם טעם מסוים למה תיקנו לו הך זכות. ובפנ"י האריך בזה ומבואר שם שלש סברות: א) למ"ד כתובה דאורייתא וילפינן לה מכמוהר התולדות [לעיל י' א'] א"כ י"ל דכשם שהקנס לאביה כך הכתובה לאביה וגז"כ הוא. ב) לשיטת רש"י לעיל מ"ג א' ולהלן מ"ז א' דטעמא דמציאה הוא משום איבה דמזונות, א"כ י"ל דגם בכתובה שייך הך טעמא [דארוסה אוכלת משל אב]. אבל לתוס' דהאיבה משום שיכול לקדשה למנוול ומוכה שחין א"כ בארוסה ל"ש טעם זה [שכבר אינה בידו לקדשה לאחר], וכ"ש לר' יהודה דמייירי בנשואה. [וילה"ע בד' הפנ"י, דהא בתוס' שם משמע דמודו לטעם רש"י דאיבת מזונות, אלא שהוסיפו טעם נוסף דאיבת קדושין למוכה שחין, וא"כ בארוסה אכתי שייכא טעמא דרש"י. ועוד דהא אם תתגרש תחזור לאביה ויוכל לקדשה אז למנוול ומוכה שחין]. ג) ובירושלמי מבואר דטעמא דר' יהודה כדי שיתן לבתו נדוניא בעין יפה. [ועיין אות נד דהאי טעמא שייך גם לרבנן].

נג) השיאה ונתארמלה כתובה שלה. דברי רבנן צ"ב, דהנה בקנס מצינו דאם נישאת או בגרה הקנס שלה, אבל אם עמדה בדין קודם הקנס של אביה. וא"כ כתובה דהיא ממון לעולם הוי כאחר העמב"ד ולמה לא זכה האב, ועמד בזה הפנ"י. ועוד הוסיף להקשות דהא אילו נתן לה אדם שטר בעודה נערה ודאי זכי האב אף שהגובינא היתה אחר שבגרה וא"כ גם בכתובה יזכה האב.

ותירץ הפנ"י דחיובא דכתובה לא חייל עד שעת הגירושין, וצריך לדון בשעת הגירושין מי הבעלים על זכויות הבת שרק אז חלה הזכיה, ולכן אם כבר נישאת כתובהה לעצמה.

והנה לדעת הפנ"י אין חילוק בין נתארמלה אחר נשואין, לבין נתארמלה אחר בגרות ולעולם הוי דידה. אכן יעוי' בהפלאה שמדייק דמדנקטה המשנה רק באופן שנתארמלה ולא באופן שבגרה, ש"מ שבגרה כתובהה שלה. והטעם, משום דמה שסברי רבנן כתובהה שלה הוא מפני שבעת שכותבין לה כתובת נשואין מוחלת הכתובה הראשונה [וכמו

שכתב רש"י בטעמא דרב אסי. - אלא דצ"ב מ"ש מחילה בקטנה, ויתכן דא"י מחילה אלא כן הוא דין הכתובה דארוסה שפוקעת בנישואין, ויבואר להלן אות נז].

ויסוד הפלוגתא בזה בין הפני"י להפלאה הוא האם החיוב כתובה חל לאלתר ורק הזמן פירעון אח"כ, או דכל החיוב חל אח"כ [ומ"מ השעבוד חל לאלתר דשייך שעבוד קודם החיוב, כמשי"כ הריטב"א ב"מ צז והאריך בזה הקובץ שעורים ח"ב]. והנה ההפלאה אזיל בזה לשיטתו בדף פא דהחיוב חל מתחילה, אכן הפני"י סותר שם משנתו וכתב שם כהפלאה דהחיוב חל מתחילה, ובשו"ת עין יצחק סי' ע"ח מיישב דהפני"י מחלק בין כתובת ארוסה שבה חל החיוב רק משעת מיתה או גירושין לכתובת נישואין שבה חל החיוב לאלתר. [והדברים מפורשים בפני"י בקונטרס אחרון שמיישב עפ"י שיטת הרמב"ם שבכתובת אירוסין אין גובין מנכסים משעובדים והרי כתובת נישואין גובין מנכסים משעובדים]. ועיין בתומים (סי' עה סקכ"ב) שהביא דברי המהרי"ט שספק אם זינתה הוי איני יודע אם פרעתיך, והתומים סובר דהוי איני יודע אם נתחייבתי, ותלוי בהנ"ל. [ועיין בזה בעין יצחק סי' ע"ח ובחי' ר' ראובן סי' י'. ובקוב"ש ר"פ אע"פ ובגרני"ט סי' מד].

נד) ור' יהודה סובר דגם אם נשאת כתובתה של אביה, וכתב העין יצחק דלכא' טעמו משום דסובר שחיוב הכתובה הוא לאלתר וממילא זוכה האב בכתובה. אכן יעוי' ברא"ש סי' ד' שכתב דתקנתא דרבנן בעלמא היא שזוכה, ומעיקר הדין אינה של אב וכבר הובאו דברי הירושלמי דהטעם כדי שיתן לבתו נדוניא יפה. [ועיין בפני"י שכתב דטעמא דירושלמי הוא רק טעם על עיקר מה שתקנו שלאב יש זכיה בכתובה, אבל אכתי בבגרה או נשאת לא מהני האי טעמא, דלא עדיף זאת משאר זכויות שאם בגרה אי"ז שלו, וע"ז בעינן לטעמא דכבר זכה משעת אירוסין או כתובה. אך לפמשי"כ הרא"ש י"ל דזהו טעם על מה שתקנו לר' יהודה שיזכה גם אחר נישואין].

נה) והנה ר' יהודה מחלק בין בגרה ואח"כ נשאת לנשאת בקטנותה והטעם משום שהכל תלוי בשעת כתיבה. וביאור החילוק, משמע בראשונים דעיקר הכתובה היא בשעת הנישואין, וכתובה דאירוסין היא רק כדי שלא תצא בלא כלום אם יגרשנה מן האירוסין, ומש"ה זכות האב רק מכתובת הנישואין. [כ"כ הרא"ה להדיא. וכ"מ ברשב"א בסו"ד. ולכא' זהו הביאור בתוס' לפי ר"י בצד השני]. וברא"ש כתב דהטעם משום דרק כשכותבין הכתובה הוי"ל קצת כגבוי ואז יש לאב זכות. ובתוד"ה ומיגבא, וכ"ה ברא"ש, פירשו בחד צד דטעמא דבגרה ונישאת אין הכתובה לאב משום דהיא מוחלת את הכתובה [והרא"ש התקשה איך תמחול, הרי הכתובה של האב, ותיירץ דתקנתא דרבנן בעלמא היא מה שהאב זוכה בה כיון דאין הגביה ברשותו ולא תקנו אלא כשאנינה מוחלת].

נו) בגמ' ומיגבא מאימית גביא. פרש"י דהספק הוא דמאחר וחזין בדברי ר"י דלאו בתר אירוסין אזלינן, מבעיא ליה אם גם לא תטרופ מלקוחות עד שיהיה מלוה בשטר או דגובה. ומשמע ברש"י דהנידון הוא אם בתקנתא דרבנן שארוסה גובה כתובה תקנו שיגבה ממשעבדי. ולהלן בדעת רב אסי כתב רש"י דאיהי גופא מחלה לשיעבודא, ולפ"ז בשעת אירוסין יש לה זכות במשעבדי, אלא דכשנישאת מחלה, ודברי רש"י סותרין זא"ז. ועי' מהרש"ל שנקט לעיקר כמשי"כ רש"י בדברי רב אסי, ומיישב בזה משה"ק תוס' על רש"י למה לא בעי לה בארוסה אם גובה ממשעבדי. ולהנ"ל מיושב דארוסה ודאי גובה ממשעבדי וכל הספק רק אחר נשואין אם מחלה לשעבוד שבתחילה, והמהרש"א כתב להוכיח מדברי רש"י בבעית הגמ' דהספק גם בשעת האירוסין עצמם, ומשי"כ רש"י בד' רב אסי כוונתו דמעיקרא בשעת אירוסין נתרצתה ומחלה שעבודה שלא יהיה לה זכות לגבות ממשעבדי. [ועיין בריטב"א שהרגיש בסתירת ד' רש"י].

והנה התוס' הקשו על רש"י מאי שייך הכא האי בעיא, וצ"ב הרי רש"י עצמו פירש דהספק הוא מדחזין בר' יהודה שאין לאב כתובה, [והביאור הוא דהא דאין לאב כתובה משום דא"י עיקר הכתובה, וכמשנ"ת לעיל אות נה בשם הראשונים, ולכן מבעיא ליה שבהאי כתובה גם אין גובין ממשעבדי] וכתב הקרבן נתנאל שקוי' התוס' היא דלמה בעי לה דוקא בבגרה ונישאת, הוי"ל למבעי בכל אשה שאין לה אב, ע"ש.

וז) והפני"י כתב בביאור ד' רש"י, דהבעיין שהספק ותלה ספיקו בד' ר' יהודה, שרש הספק הוא משום דהבין דמה דלא תקנו לאב כתובת אירוסין הוא משום שכתובת אירוסין אין לה זכות משעת נישואין, אלא כל החיוב מתחיל אחר הנישואין, ולכן אין לאב זכות שהרי הכל חל אחרי שיצאה מרשותו. [ורק בכתובת נישואין שחל חיוב בשעת הכתיבה יש לאב זכות בזה גם אחר שנשאת]. ומש"ה אין גביה ממשעבדי, שהרי לעולם קדם קנין הלקוחות לחיוב הכתובה [שחל רק בשעת הגירושין וכנ"ל]. והצד השני דבאמת יש שעבוד נכסים, ומ"מ כיון דא"י עיקר הכתובה לא תקנו לאב זכות בכתובה זו.

וכ"ז סברת בעל הבעיא, אבל פלוגתא רב הונא ורב אסי היא בסברת "מחלה שעבודה", והראיה - מדפריך על רב הונא מכתב לה מאתים ושלש מאות דשם הנדון משום מחילה. ומעתה מיושב הסתירה ברש"י, דהבעיין הסתפק מטעם אחד, ורב הונא ורב אסי פליגי בטעם אחר ודו"ק.

וז) והתוס' בשם ר"י פירשו דהספק הוא אם טעמיה דר' יהודה משום דאיהי מחלה, או דהטעם משום דלא תקנו לאב אלא בדכתבה [משום דהוי קצת כגבוי - כ"כ הרא"ש. ובשאר ראשונים משמע דהטעם משום דעיקר כתובה היא כתובת הנישואין, ומ"מ בכתב לה כתובת אירוסין]. והנה התוס' כתבו דכל הנ"מ מבעיא זו היא רק לר' יהודה, והגרע"א הקשה דלכא' מר' יהודה נשמע לרבנן דאיכא מחילה. וכן הקשה הפני"י, והוסיף דאין לומר דכל מה שמוחלת הוא רק כדי להפסיד לאב [וא"כ לרבנן דבין כך הכתובה שלה ל"ש זאת], דהא בתוס' להלן מ"ד ד"ה והלכתא מוכח דלא כן. וע"ש משכ"ב.

ועיין ברשב"א שמפרש ספק הגמ' גם לענין תוספת [דאין כוונתו להקנות אלא אם ישאנה] וגם לענין שעבוד העיקר, ד"ל שלא התכוון לשעבד אא"כ יגרשנה מן הנישואין אבל אם ישאנה תיפקע כתובת האירוסין ויהיה חייב לה רק כתובת נישואין, וכן פירש הריטב"א [ועיין בתוס' רי"ד].

נח) נחלקו הראשונים אם מיירי כאן דוקא בדלא כתב לה כתובה [וא"כ מוכח מכאן דיש כתובה לארוסה] או דמיירי בכתב לה כתובה. עי' בתוס' להלן מ"ד א' וברא"ש דמיירי בלא כתב לה כתובה, וראיתם מדסובר רב אסי דמחלה את הכתובה, ואילו להלן מבואר דבדאוסוף בשטר שני אינו מוחל, ובע"כ החילוק משום דכשיש שטר אצל השני ולא נטלו הימנו אינו מוחל משא"כ כאן שאין לה שטר מוחלת אפי' במוסוף.

אולם ר"ח כתב דמיירי בכתב לה, וכתב הרשב"א לתרץ הראיה הנ"ל, דשאני כתובה דודאי לא התכוון בתחילה אלא שלא תצא בלא כתובה אם תתאלמן מהאירוסין, וממילא מסתבר שעתה מוחלת על חיוב זה וקיים רק החיוב העיקרי של הנישואין.

נט) הרמב"ם (פ"י מאישות) כתב דבנתגרשה מן האירוסין גובה רק מבני"ח. וביארו הרשב"א דכך הוא האומדנא מתחילה שכיון שכל הכתובת אירוסין רק כדי שלא תצא בלא כלום אינו מתכוון לשעבד נכסים ושלא יוכל הבעל למכור נכסיו. והפני"י כתב בדעת הרמב"ם דלא חל חיוב עד שעת גירושין ולכן ל"ש שעבוד. [ולכאוי נ"מ במכר נכסיו אחר הגירושין].

דף מד ע"א

ס) רש"י ד"ה הכא נמי "אבל גבי תוספת וכו' כתב בו ואוסיפית על מאי דתקון רבנן", אבל הרמב"ן הביא בשם ר"ח שכותב "אוסיפית לך על מנה ומאתים דאית לך עלי מן האירוסין". והנה לרש"י מובנת סברת רב אסי דמחלה על שעבודא קמא, אבל לר"ח צ"ב דכיון דאומר במפורש שמוסיף על האירוסין איך שייך לומר שמוחלת, ועיין רמב"ן. סא) אמר ר"פ ומודה ר"נ דאי אוסיף בה דיקלא לתוספת כתביה. כתב רש"י דאי בעי גבי מזמן ראשון בלי הדקל. וההכרח של רש"י הוא משום דדימה דין זה לדינא דרב הונא בהוצאה עליו שתי כתובות אחת של מאתים ואחת של שלש מאות. וכן דעת הר"ף. אמנם יעוי' ברא"ש שחולק ע"ז והביא בשם ר' יצחק בר ברוך דשאני כתובה שדרך העולם כשמוסיפין על עיקר הכתובה כותבין ואוסיף לך כך וכך והשתא לא עביד הכי אלא כתב שתי כתובות סתם, ומוכחא מילתא שלא נתכוון להוסיף על הראשונה אלא שאם תרצה לזכות בשניה שתתבטל הראשונה. משא"כ במכר דאין דרך לכתוב שהוסיף על השטר הראשון - סתמא דמילתא תולים שלא ביטל כלל את הראשון.

והרשב"א כתב דבכתובה פעמים אומרת שאבד שטר כתובתה הראשון ומפני שאסור לקיימה בלא כתובה כותב לה עוד כתובה ופעמים שמוסיף על שטר ראשון, אבל במכר י"ל דלא אתא לגרוע כחו של שטר ראשון. ובר"ן משמע דיש חילוק בין הלואה למכר.

סב) ראשון במכר ושני במתנה וכו' משום דינא דבר מצרא. ע"י בתוס' שיכול להרויח רק בדרך רמאות, וצ"ל דהא דלא ביטל שני את הראשון משום שתלינן שמה שכתבו שטר שני הוא כדי לרמות. והרשב"א הביא בשם רב נטרונאי גאון דאפי' אם יוציא את שני השטרות אין בו משום בר מצרא, וע"י ברשב"א שביאר דבריו, ולפ"ז מהני השטר מתנה מעיקר הדין.

וע"י בריטב"א בשם הרמב"ם (פ"ד הי"ד משכנים) דמ"מ משביעין את בעל השטר מתנה שמא הטמין את שטר המכר [וכמובן כ"ז שלא כדי רב נטרונאי גאון], אך הריטב"א הביא בשם הרמב"ן דס"ל שאין משביעין ע"ז כיון שאינו אלא משום ועשית הטוב והישר.

סג) אימר אחולי אחליה לשעבודיה. הנה גבי מכר הכוונה שמחל את שעבוד האחריות עד זמן שני. וע"י בריטב"א שהקשה למה ימחול השעבוד, הרי אינו מרויח כלום בשטר שני. ובתוס' הקשו דגבי מתנה מאי שעבוד איכא דימחול עליו. והריטב"א פ"י מכח קושיות הנ"ל דאין הכוונה שמוחל, אלא הוי כהודאה שמכר בשטר או בקנין וחזר וקנה וגם זה נקרא מחילה כההיא דחזקת הבתים (מ"א א'). וע"י ח"י הגרש"ש סי' מה.

והתוס' כתבו דנ"מ מהמחילה לגבי בע"ח שיגבו עד זמן שני, והר"ן הקשה ע"ז דאיך שייך מחילה על קרקע בעין. והגרע"א ציין לשו"ת מהר"א ששון סי' קה, ושם מבאר דברי תוס' דתלינן שקנה המוכר הימנו בחזרה. [וזה כדברי הריטב"א הנ"ל]. ובדו"ח מבאר הגרע"א דהוי קנין אודיתא ע"ש.

והנה הרא"ש הקשה למה נתלה שמחל שעבודו בדבר שיש לו הפסד [והוא קו' הריטב"א דלעיל] ותירץ דשמא שמע שמסר המוכר מודעה על שטר ראשון. וכתב בהפלאה דלפ"ז אי"ש הא דבע"ח גובין שהרי לא חלה המכירה.

והר"ן הוכיח מקושיא זו דמ"ד אחולי אחליה מודה לאידך מ"ד דאם אי"א לומר אחולי אחליה אמרינן אודויי אודי. סד) איכא בינייהו אורועי סהדי. רש"י מפרש שהוא פוסל את העדים. והקשו תוס' "דאין יכול לפסול העדים בענין זה". ופי' הגרע"א כוונתם דאפי' להצטרף עם עד אחר ולפוסלם נמי אינו יכול "בענין זה" כלומר ע"י השטר השני דהוי מפי כתבו. [ועיין בהפלאה].

והתוס' פירשו שפוסל את העדים לענין עדות שיעידו אליו, אי"נ שפוסל את הכת"י הזה וחיישינן לזיוף, ועיין בקצה"ח (סי' ל' סק"ה) שמצדד שלתירץ ברתא לא תלינן לפסול עדים, ואם הם קיימים ואומרים שחתמו שפיר יש לו מזמן ראשון.

סה) כתב הרא"ש בשם הר"מ דכיון דאיכא פלוגתא ולא איפסקא הילכתא ממילא הלכה כרב אחא, דלגבי הנ"מ דאורועי סהדי - לא פסלינן לעדים מספק. וגם לא תלינן שזי"ף המקבל עדים. ולענין טסקא ופירי קרקע בחזקת קמא עומד ולא מבטלינן מספק. ובמש"כ הרא"ש דבספק לא פסלינן עדים, הקשה השער משפט דהמשנה למלך פ"ו מהלכות עדות כתב דאם יש מחלוקת הפוסקים אם הך מעשה פוסל לעדות נפסלים העדים מספק ולא שייך להעמידם על חזקת כשרות כיון שהפעולה כבר נעשתה ויש מחלוקת אם היא פוסלת, וא"כ למה כאן לא פסלינן מספקא. ותירץ השער משפט דשאני התם דודאי נעשה מעשה הפוסל, משא"כ כאן הרי בזה גופא פליגי אם יש לתלות שהיה פסול. ועוד חילק השער משפט דהכא שנאמן לפסלם רק כלפי אחרים אי"כ נשאר להם חזקת כשרות וממילא מכשירים אותם גם כלפיו.

אכן הרמב"ם פסק כרפרם [ע"ש ספ"ה מזכיה שכתב דהלוקח מחזיר את הפירות שאכל עד היום למוכר], וכתב הגר"א דמקורו ממה דאמר גם במתנה ביטל שני את הראשון, והיה קשה לו קושית תוס' ד"ה אימר, ומזה הוכיח דהלכה דהוי הודאה. אכן המ"מ כתב דפסק כרפרם משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, משמע דפסק כן מספק, וא"כ לגבי שאר הנ"מ שמבוארות בגמ' לכאוי יפסוק כהרא"ש. ועיין בסמ"ע סי' ר"מ.

סו) והנה לשיטת הרמב"ם דאם יש ספק גם כן מחזיר הפירות משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, צ"ע דלמה בשניהם במתנה לא יחזיר את הפירות, והרי יש ספק שמא מכר הקרקע למוכר מוקדם יותר [וכמשנ"ת בדעת תוס', עיין אות ס"ג], ואולי סובר כהר"ן המובא שם. אכן באמת לק"מ שאם החשש שמא מכר הלוקח בחזרה את השדה למוכר אי"כ אדרבה הפירות בחזקת לוקח, וכל דברי המ"מ דהקרקע בחזקת מוכר הוא רק בספק מזויף, דמעיקרא לא מכר את הקרקע. סז) ובהא דאמרינן בגמ' נ"מ לטסקא, צ"ע למה ישלם המוכר אטו מפני הודאת בע"ד של הלוקח ישלם המוכר, ועיין בנתיבות (סי' ר"מ סק"ד) דמייירי שכבר גבה המלך מהמוכר והוא בא לגבות זאת מהלוקח, וכיון שיש ספק לפנינו איזה שטר אמת ואיזה שקר, הממע"ה.

סח) במשנה הגיורת שנתגיירה וכו'. בדין נערה המאורסה שזינתה מצינו שלש פרשות [בסדר כי תצא]. א) במוציא שם רע שזינתה והוברר ששיקר [ע"י הזמה, ולדעת ר"ת סנהדרין ח' א' אף בהכחשה] דאז חייב מאה כסף ולו תהיה לאשה כל ימיו ולוקה מקרא ד"ויסרו".

ב) אם אמת היה הדבר נסקלת הנערה "פתח בית אביה".

ג) "כי יהיה נערה בתולה מארשה לאיש ומצאה איש" "והוצאתם את שניהם אל שער העיר והיא וסקלתם".

והנה פרשה ראשונה היא בחיובי הבעל ודוקא אם הוציא שם רע [שהיא כבר נשואה ואמר לעדים לבוא להעיד, ולר' יהודה דוקא בשכרן, ולראב"י דוקא אם כבר בא עליה בעלה, ע"י להלן מ"ו], אכן פרשה ד"ואם אמת", וכן הפרשה ד"כי יהיה נערה בתולה", לכא"ו אין חילוק ביניהם, ואין נ"מ אם היה ע"י הוצאת ש"ר או שבאו עדים מאליהם. וחילוק הדין שבפרשת "ואם אמת" נאמר דנסקלת פתח בית אביה, ובפרשת "כי יהיה" נאמר דנסקלת פתח שער העיר, מבואר להלן מ"ד ב' בבריתא דשילא דאין יסוד החילוק בין מוציא ש"ר לבאו עדים מאליהם [ויש שם מחלוקת בין רש"י לרמב"ם בביאור החילוק ויבואר בעז"ה להלן].

אכן מצינו שיש נ"מ בין מוציא ש"ר לבאו עדים מאליהם גם לענין חיוב המיתה של האשה, והוא להלן מ"ה א' לענין אשתני דינא דבנכנסה לחופה אחר הזנות אם הוציא ש"ר דינה בסקילה] כן פרש"י שם, ודעת הרשב"ם והרמב"ם (פ"ג מאיסורי"ב) דאפי' אם זינתה בפועל אחר כניסה לחופה אם היה בדרך הוצאת ש"ר חייבת סקילה.

סט) רש"י ד"ה ולא מאה סלע, דכולה פרשה בישראל כתיבא. ע"י ברע"א שהקשה דלקמן ע"ב מבואר דעל המאה סלע דרשין מקרא דבתולת ישראל, ולמה הביא רש"י ע"ז את הפסוק דנבלה עשה בישראל שנאמר על חיוב נערה מאורסה אם אמת היה הדבר.

ע) תוד"ה אין. וי"ל דשאני הכא דגלי קרא. ע"י ברע"א.

בא"ד וי"ל דברוב עובדי כוכבים הוי שעריר שעריר ב"ד. הנה נחלקו תוס' להלן מ"ה ב' ד"ה על, עם התוס' בסנהדרין מ"ב ב' ד"ה כי היכי, תוס' בסוגין סברי דהא דבדליכא פתח בית אב דינה ב"שער ב"ד" אינו מקום מיוחד לנערה המאורסה ועובד ע"ז, אלא זהו הדין הרגיל של כל חייבי מיתות ב"ד. אכן התוס' בסנהדרין כתבו דכל חייבי מיתות נהרגין בבית הסקילה והוא רחוק מב"ד. וכאן נהרגין בשער הב"ד מגז"ה דבשעריר. ונראה דכל מה שדנו כאן תוס' האם שעריר ב"ד מקרי בשעריר שייך רק לשיטת תוס' בסוגין דאין כאן דין שער מחודש. אבל לתוס' בסנהדרין דהוי מקום מחודש מקרא דבשעריר, פשיטא דמתקיים בזה הדין דשעריר שהרי מכח פסוק זה מחדשים מקום חדש ואין מקום לדון בזה כלל.

דף מד ע"ב

עא) אמר קרא ומתה למיתה נתרבתה ולא לקנס. ויש לחקור אם התרבה בזה רק דין נערה מאורסה דעלמא, [הנלמד מקרא ד"כי יהיה" - ע"י אות סח -] או דהתרבה בזה גם דין מוציא ש"ר לגבי חיוב מיתה, ונ"מ לשיטת הרמב"ם והרשב"ם - אות סח - דבמוציא ש"ר חייבת סקילה אפי' אם זינתה אחר החופה, וע"י בחי' ר' שלמה ס"י יא שחקר בזה.

והנה הגרע"א הקשה, דכאן מוכח דאפשר לחלק בין דין סקילה לדין מלקות ומאה כסף, ולהלן גבי יתומה למ"ד דאין לה קנס מוכח דאין הבעל לוקה, וכתב הגרע"א דמוכח דמלקות ומאה כסף בודאי תלי בהדדי וצ"ע. והנה אם נימא דכאן התרבה רק דין נערה המאורסה דעלמא ולא דין מיתה דמוציא ש"ר, א"כ מובן שפיר החילוק, דדין מלקות ומאה כסף שהם מדין מוציא ש"ר שפיר תלויים בהדדי. משא"כ דין מיתה דהורתה שלא בקדושה ולידתה בקדושה אינו שייך לדין מוציא ש"ר.

עב) אמר ר' יוסי בר חנינא המוציא ש"ר על היתומה פטור שנאמר ונתן לאבי הנערה. שיטת תוס' דריב"ח מייירי רק אליבא דר' יוסי הגלילי, ע"ש, וע"י ברע"א שביאר הדברים. והרמב"ן והרשב"א הביאו שיי"מ דהקרא נדרש על מוציא ש"ר באם אינו ענין, וכל הנידון כאן רק במוציא ש"ר ולא בקנס, דאילו בקנס פשוט שחייב ביתומה [וע"י בתוס' הראיות לזה, והרשב"א הוסיף ראייה מהמשנה בדף מ' א' יתומה שנתארסה ונתגרשה וכו' ע"ש].

ובשיטת רש"י דהדין נאמר מסברא במפותה, הקשה הרמב"ן הא מפותה יתומה אין לה קנס, ותיירץ דמייירי בקטנה. א"נ לדברי האומר דלא מהני מחילה בקנס ע"ש.

עג) והנה הגרע"א הבין דאין כאן מעוט על קטנה, אלא דכיון שהתורה חידשה דין ממון זה רק לאב, ממילא כשאין אב אין בעלים לחוב זה [ואין מוריש זכות בתו לבנו]. ועפ"י התקשה דא"כ לגבי מלקות ל"ש סברא זו דשם יש היכי תמצוי שילקה, וא"כ מאי פריך למאי אצטריך בתולת ישראל ולא בתולת גרים, דילמא אצטריך למעוטי ממלקות. והגרש"ר בשיעורי מכות כתב דצ"ל דבאמת הוי זה מעוט. אבל מעיקר הדין ודאי שיש לבת ג"כ סיבה לזכות בדין מוציא ש"ר. ויתירה מזו, די ש' לומר שאפי' זכות האב כאשר הוא קיים אינה מכחו אלא מכח הבת, ונ"מ באופן שבגרה או שמת אביה לפני העמ"ד, דאם עיקר הזכות של הבת הרי הקנס שלה כמו באונס ומפתה. אבל אם עיקר המחייב הוא לאב מסתבר שגם אח"כ יהיה שייך לאב [והגם דכתיב במוציא ש"ר ונתן לאבי הנערה ויתכן לדרוש ולא לאבי בוגרת כמו ש' תוס' דף לט לגבי אונס ומפתה, מ"מ מחמת הסברא א"א לדרוש כך שהרי שייך לגמרי לאב].

ובאמת נחלקו בד"ז האחרונים, דמהגרע"א הנ"ל מבואר שהזכות רק של האב, וכ"כ הבית יעקב וההפלאה כאן [וההפלאה הוסיף דכי היכי דאם אמת נסקלת על פתח בית אביה לומר ראו גידולין שגידלתם, ה"נ הקנס לאביה] ולפ"ז מסתבר דבבגרה או שמת האב אין לה קנס. אכן הפנ"י כאן כתב דבבגרה קודם ביאת המזימים הקנס לעצמה.

ומצינו בראשונים שדנו בזה, ע"י מאירי כאן שכתב גבי מיתת האב דהבת זוכה בקנס דמוציא ש"ר. ובספרי דריש מקרא דלאבי נערה ולא לבוגרת גם על מוציא ש"ר [אך ע"י באבי עזרי (פ"ג מנערה) ד"ל דהדרשא מייירי בהוציא ש"ר כשהיא בוגרת, וצ"ע דתיפ"ל מדכתיב נערה] ובאבי עזרי הביא שמפורש כן בירושלמי כאן שאם בגרה נותן לאביה. [וזה דלא כמאירי]. אולם יעו"י באבי עזרי שדעתו לחלק בין מיתת אב לבגרות, דבבגרות אין שום מעליותא לבת, שהרי לעולם מוציא ש"ר הוא בנשואה שאינה ברשות האב ואפי' זיכתה תורה לאב וא"כ מה לי שבגרה. אבל במיתת האב י"ל שהם לעצמה.

ועיין בתוס' ר"י דשנדפס בש"ס, שהקשה למה במוציא ש"ר הקנס לאב הרי היא נשואה, ותיירץ דבאמת אין שייך לאב אלא האב יעשה סגולה כדי שלא יזכה הבעל. וזו שיטה מחודשת מאוד שבאמת אין האב זוכה בקנס. [וברש"י כאן מפורש דלא כוותיה]. ועיין בתוס' ר"י דבהמשך הסוגיא שכתב בפירוש דבמת האב הוא של עצמה, אך פשוט שאין להביא ראייה מזה לשיטות שאר הראשונים דבחי האב הקנס של האב. [וע"ע בש"י ר' שמואל ובאבי עזרי משכ"ב].

עד) המוציא ש"ר על הקטנה פטור. כתב הרמב"ם (פ"ג ה"ב מנערה) דפטור בין מקנס ובין ממלקות, והטעם משום דמתיבת נערה ממעטים מהפרשה כל מי שאינה נערה. וגם לפ"מ דדריש מהוציאו את הנערה אל פתח בית אביה וקטנה לאו בת עונשין היא, מ"מ זה מעוט מהפרשה [ובפרט לפמשי"כ ר"י בתוד"ה הא, דזה גלוי על הנערה].

והנה הרמב"ם שם כתב דהמקור דאין לקטנה קנס - שנאמר והוציאו את בתולי הנערה, נערה מלא דבר הכתוב. והקשה הכס"מ בדגמי' מבואר שהטעם משום דקטנה לאו בת עונשין, ואילו מהא דנערה מלא דיבר הכתוב יליפין על שאר מקומות, ותירץ דכיון שההוכחה מהפסוק יותר פשוטה וקצרה לכן כתבה.

עה) והמגיה למ"ל כתב ליישב, דהנה התוס' לעיל מ' ב' הקשו דמה בכך דקרא איירי בבת עונשין, מ"מ מצינו למימר דה"ה קטנה דהא בא על קטנה המאורסה דינו בסקילה לרבנן דר"מ (סנהדרין ס"ו ב') אע"ג דההיא פרשה דנערה המאורסה מיירי בבת עונשין ודכתיב ואת הנערה על דבר אשר לא צעקה, ע"ש. [ולפמשי"כ כאן תוד"ה הא, לכא' מיושב]. ובסוף דבריהם כתבו דאין לומר דרק בבת עונשין מחייב משום מוציא ש"ר, דהא בפרק קמא דסנהדרין דף ח' משכח"ל כמה אופנים שלא בא להורגה [כגון שלא התרו באשה, או שהתרו בה שלא כדין ע"ש], ואפ"ה חייב משום מוציא ש"ר. והקשה המגיה למ"מ דלכאורה סוגיא ערוכה היא בערכין ט"ו, דתנן התם גבי מוציא ש"ר "נמצא האומר בפיו חמור מן העושה מעשה". [ופרש"י דנותן מאה סלע, והעושה מעשה דאונס בתולה לא יהיה אלא נ"ל]. ומקשה הגמ' ממאי [דאומר בפיו חמור] דילמא משום דקא גרים לה קטלא. ומשני רבא אמר קרא כי הוציא שם רע, על שם רע שהוציא. וא"כ למה דנו בזה התוס' מסברא. והוסיף המגיה למ"ל להקשות דלכא' הוא סתירת הסוגיות, דבסוגיתנו משמע דהטעם משום שמחייבה מיתה ולכן אם אינה בת עונשין פטור, ואילו בערכין משמע דהטעם משום שם רע, ובע"כ צ"ל דהוא מחלוקת הסוגיות, וא"כ י"ל דהרמב"ם פסק כסוגיא דערכין ולכן הוצרך לקרא דנערה מלא דיבר הכתוב, עכ"ד.

אמנם דבריו תמוהין טובא [ועמד בזה האבי עזרי] דהא מסוגין אין שום הכרח דהטעם דמוציא ש"ר משום שרצה להרגה, אלא דהכא דרשין רק "מיעוט" על מי שאינה בת עונשין, וכדמוכח מהתוס' דף מ' ה"ל, ולדבריו דהוי מחלוקת הסוגיות תקשי מתניתין דהתם על סוגיתנו [שהרי במשנה שם מוכרח שהחייב משום ההוצאת ש"ר]. אכן להלן אות עח יבואר שדומה לזה הוא שיטת הרמב"ן והריטב"א. וע"ש תירוצו על הקושיא מהמשנה בערכין.

עוד הקשה הכס"מ שהרמב"ם הביא את הפסוק את בתולי הנערה, ושם נכתב חסר, ובגמ' הביאו הפסוק ונתנו לאבי הנערה ושם נכתב מלא.

עו) וע"י בתוס' מ' ב' שכתבו דמסתבר דבקטנה ל"ש מוציא ש"ר דפיתוי קטנה אונס הוא והוי כאומר שזינתה באונס. והנה לפ"ז צ"ע מה ההוי"א שבקטנה יש דין מוציא ש"ר [ועיין בחת"ס] ולשיטת הרמב"ם דפתוי קטנה נאסרת לבעלה א"ש.

עז) ובעיקר הא דמשמע מהגמ' דאם אין מיתה שוב אין גם קנס, כבר הובאו דברי התו' מ' ב' דהמעוט הוא רק משום שהפרשה לא מיירי בכהאי בת, אבל מ"מ משכח"ל מוציא ש"ר בלא חיוב מיתה. ובתוס' סנהדרין ח' ב' כתבו בזה"ל "דמהאי טעמא לא ממעטינן אלא קטנה דלאו בת עונשין היא כלל".

והתוס' שם הביאו שיטת ר"ת דמוציא ש"ר חייב אפי' אם לא הוזמו עדיו אלא רק הוכחו או שלא כווננו עדותן, ואע"פ שאין חיוב מיתה לבת מ"מ לא דמי לקטנה וכסברא הנ"ל.

ובתוס' הרא"ש שם וכן בספר הישר מבואר דאפי' אם אמר ע"א איני יודע בחקירות, ג"כ חייב מאה כסף. ובחידושי הר"ן שם הביא דעת תוס' והרמב"ן דלענין לאסור אשה לבעלה א"צ דרישה וחקירה ודעת הרמב"ן שה"ה בהוכחו בחקירות כשר. והביא הר"ן שהקשו התוס' איך יתכן שבהוכחו בחקירות חייב מאה כסף, הא אכתי נאמנים לאוסרה. ותירץ הרמב"ן דכיון דבטלה עדותן לענין להרגה, שהיא עיקר העדות, נכתב לה עדותן גם לענין לאוסרה ולענין ממון.

וביאור שיטת ר"ת מבואר בר"ן שם שהטעם שהבעל חייב אע"פ שאין בירור גמור - משום "שנראה כמשקר". ומה"ט כתב הר"ן דהנ"מ בהכחישו העדים זא"ז ושלא ידעו לכוון עדותן. אבל אם הוכחו ע"י כת אחרת פטור, דשם עדיו הם האמתיים. אכן בתוס' מבואר דאפי' בהכחשה חייב, וצ"ע טובא מ"ט חייב מספק.

וביאר בזה, דלר"ת יסוד הדין מוציא ש"ר אינו מחמת שמביא עדים, אלא מחמת השם רע שהוא עצמו הוציא, אלא דהמוציא ש"ר בלא עדים אין זה מעשה חמור עד שיביא עדים לאלם את הש"ר. ומעתה י"ל דכל המוציא ש"ר עליו הראיה לומר שהאמת כדבריו דאם יש ספק עליו הראיה שאמר אמת. וע"י באות קכ משנ"ת עוד בזה.

עח) אכן התוס' בסנהדרין כתבו דלא מסתבר דבהכחשה בלא הזמה יתחייב קנס. והר"ן הביא בשם הרמב"ן דלעולם אין הבעל חייב עד שיתברר שרצה להרגה, וכל היכא דהוי הכחשה שלמעשה לא נגמר דינה להריגה אע"פ שהיתה מחשבתו להרגה לא חייבו הכתוב שכאילו לא באו עדים כלל.

והקשה הרמב"ן על שיטתו א"כ מ"צ קרא למיפטר מוציא ש"ר על הקטנה, הרי שם לא רצה להרגה. ותירץ דשם הוה מעשה שכדוגמתו בגדולה מחייב מיתה, משא"כ בהכחשה שלא נזדמן למיתה. [עכ"ד הרמב"ן המובאים בר"ן בסנהדרין]. והנה על שיטת הרמב"ן קשה הן מהסוגיא בערכין והן מהוכחת תוס' בדף מ' מהסוגיא הנ"ל בסנהדרין. והנה בדבר הקושיא מסנהדרין כבר תירץ הר"ן שם שלרמב"ן פ"י אחר בכל הסוגיא דלא מיירי כלל בדין מוציא ש"ר אלא כמו שפרש"י דמיירי לענין הפסד כתובתה ע"ש.

ובדבר הקושיא מהגמ' בערכין, ע"י ברמב"ן ובריטב"א לעיל דף מ' שכתבו דכוונת הגמ' בערכין אינה לומר שמתחייב רק על ההוצאת ש"ר, אלא דבעינן "גם" הוצאת ש"ר. ולשון הריטב"א "וכאילו תאמר שהמלקות משום דגרים לה קטלא והקנס לפי שהוציא ש"ר". וצ"ב דא"כ באופן שאין מיתה יתחייב לכה"פ קנס, וצ"ל דרק אם מתחייב בשניהם חידשה התורה חיוב. והרמב"ן כתב וז"ל "איכא למימר דההיא אסמכתא בעלמא היא דמשום השם רע בלבד ראוי לחייבו ומ"מ דוקא משום דאמר עונש מיתה עליה, הא בקטנה ש"ר דידה נמי לא ש"ר גמור הוא". [וע"פ דבריהם מיושבת המשנה בערכין ול"ק משה"ק האבי עזרי על המגיה במל"מ - אות עה. וכמו"כ מיושבת שיטת התוס' שלא העירו מהגמ' בערכין משום דאפשר לפרש כרמב"ן וריטב"א].

והעולה מכ"ז דלשיטת ר"ת החיוב משום ההוצאת שם רע והעדים הם רק היכי תמצוי, וכפשטות הגמ' בערכין. והרמב"ן סובר דהחיוב רק משום שרצה לחייב מיתה. [ועיין ברש"י סנהדרין ח' ב' ד"ה ואביי שכתב דאף שהעדים שהביא הבעל אומרים שלא התרו בה יש חיוב מאה כסף, ויל"ע אם זה סותר את דברי הרמב"ן, או דבלי התראה דומה לקטנה וצ"ע]. וע"י ברע"א מהדו"ק תשובה רי"ב שהסתפק בהזום עד אחר של הבעל אם חייב מאה כסף, והנה לשיטת ר"ת מסתבר שחייב דלא גרע מהכחשה. ומקום הספק הוא לשיטות דדוקא בהוזמו, אם סגי בהזמת ע"א. (עט) תוד"ה הא. ע"י ברע"א שמדייק מדבריהם ששוטה לר"מ יש לה קנס, ותמה ע"ז. ונתבאר בפרק שלישי אות רמז.

דף מה ע"א

פ) בדברי תנא דבי שילא שמבאר אימתי נסקלת בפתח בית אביה ואימתי בפתח שער העיר. גירסת רש"י "באו לה עדים בבית חמיה שזינתה בבית אביה סוקלין אותה על פתח בית אביה, באו לה עדים בבית אביה שזינתה בבית אביה סוקלין

אותה על פתח שער העיר". ולפיז' אין חילוק המקומות של הסקילה תלוי היכן עשתה העבירה [דהכל מיירי שזינתה בבית אביה], אלא תלוי אימתי באו העדים. [והסברא בזה לכאורה משום שאם היא נשואה לא ידעו שאביה אשם בזה והתירה הצריכה לגלות עוון האב כלומר ראו גידולים שגידלתם. אבל אם היא עדיין ארוסה הכל יודעיש מחמת חינוך אביה הוא וא"צ לסקלה על פתח ביתו].

והמקור לחילוק זה, דהקרא דואם אמת היה מיירי במוציא ש"ר, והיינו לבתר נישואין. וכתב הריטב"א דלאו דוקא באופן שהוציא ש"ר אלא אפי' אם באו עדים מאליהם ג"כ נסקלת בפתח בית אביה [וצ"ל דלא נאמר תנאי של הוצאת ש"ר על פרט זה של פתח בית אביה אלא העיקר שתהא נשואה]. ועיין בתוס' שכתבו דלהו"א דרבא צריך לדחוק דמיירי כאן במוציא ש"ר [דאל"כ דינה בחנק משום דאשתני דינא] ומשמע גם מדבריהם דלמסקנא מיירי גם בלא הוצאת ש"ר וכד' הריטב"א. [ולשון הרשב"א "דהיינו מוציא ש"ר" לכאוי' לא משמע כן ויש לדחות בקל]. ועי' גם במנ"ח מ' תקנ"ג שכתב דאין בדינים אלו חילוק בין מוציא ש"ר ללא הוציא ש"ר.

ובברייתא להלן בע"ב תניא נערה המאורסה שזינתה סוקלין אותה על פתח בית אביה, ולשיטת רש"י צריך לדחוק דמיירי שבאו עדים משניסית [דאל"ה הרי דינה על פתח שער העיר] וכ"כ רש"י שם להדיא.

פא) והרמב"ם כתב (בפ"ג ה"ט מאיסו"ב) וז"ל אם זינתה בבית אביה אפי' שלא העידו עליה העדים אלא אחר שבאה לבית חמיה ה"ז נסקלת על פתח בית אביה. זינת בבית חמיה קודם שימסור אותה האב אפי' שהעידו עליה אחר שחזרה לבית אביה ה"ז נסקלת על שער העיר ההיא. ומבואר מדבריו שאין הדין תלוי בזמן העמדה בדין [כדעת רש"י] אלא תלוי בשעת העבירה, ועי' בריטב"א שהביא שיש ג' כזו בגמ'. ומש"כ הרמב"ם זינת בבית חמיה אין הכוונה שכבר ניסת, דא"כ הרי דינה בחנק, אלא שזינתה כשהלכה להיכנס לחופה ועדיין לא נכנסה, וכיון שאי"ז בבית אביה אינה נסקלת על פתח ביתו. [ועיין במאירי שנקט דה"ה אם הלכה למק"א, ולא דוקא לבית חמיה, אלא שאין דרך מאורסה לצאת אלא לבית חמיה ודברה בברייתא בהוה].

ועיין בריטב"א שהביא בשם הראב"ד כפירוש זה, והקשה ע"ז: ותו דלא מצינו דין מוציא ש"ר אלא כשבאו עדים אחר שנכנסה לחופה, ואין לנו לחדש דינין מסברתנו. [ובפשטות כוונת הריטב"א שהוא הבין בדעת הראב"ד שדין הסקילה בפתח בית האב דוקא אם היה בדרך הוצאת ש"ר, ולכן הקשה דאם עדיין לא נישאת אין דין הוצאת ש"ר, וכן פירש דבריו המגיה, אמנם פי' זה דחוק מאוד, דהרי הריטב"א לשיטתו דמיירי אחר נישואין כתב דא"צ שיהא בדרך הוצאת ש"ר וא"כ מנין לו שלהראב"ד בעינן שיהא מוציא ש"ר. ועל כן נראה כוונתו דכיון דדין מוציא ש"ר הוא רק אחר נישואין, א"כ ה"ה חיוב פתח בית אב שנא' בפרשת מוציא ש"ר נאמר דוקא בשכבר ניסת].

(ועי' בריטב"א מה שהביא בשם הרמב"ם שגרס באו לה עדים בבית חמיה שזינתה בבית חמיה סוקלין אותה על שער העיר ההיא, ועי' משה"ק ע"ז, וצ"ע שברמב"ם לא נמצא כן, ועמד בזה המגיה).

ולשיטה זו א"ש היטב דברי הברייתא בע"ב נערה המאורסה שזינתה נסקלת על פתח בית אביה, וא"צ להעמיד אוקימתא דמיירי בשניסית.

פב) דין הוצאה לפתח שער העיר הוא גם בבוועל [ולא רק בנערה] וכדכתיב בקרא והוצאתם את שניהם אל שער העיר ההיא. אמנם דינא דפתח בית אב הוא רק על הנערה וכדכתיב והוציא את הנערה אל פתח בית אביה, ועיין במנ"ח (מ' תקנ"ג) שעמד על כך שהרמב"ם השמיט דין הבועל.

פג) שאני מוציא ש"ר דחידוש הוא. ש"י רש"י דהחידוש הוא שאין דין אשתני דינא אפי' שהיום היא נשואה. והנה צ"ע למה אמרינן דחידוש הוא, אדרבה נילף מהכא לכל התורה דלא אמרינן אשתני דינא, ותירץ הריטב"א דכיון דכתיב בקרא [גבי נערה מאורסה בלא מוציא ש"ר] את הנערה על דבר אשר לא צעקה בעיר משמע דבעינן שתהא נערה בזמן הפס"ד, וכל הדין במוציא ש"ר הוא חידוש.

פד) ובחי' ר' שלמה (סי' יא) הקשה דמה חידוש הוא, דלכאורה כל דין אשתני דינא הוא רק באופן שאם היום תעשה אותו מעשה עבירה יהיה הדין שונה. אבל כאן החילוק בין ארוסה לנשואה אינו בגברא, אלא דהוי מעשה עבירה אחרת, דהתורה עושה סקילה על "ביאת נערה המאורסה" ולא על "ביאת נשואה" וא"כ אין כאן אשתני דינא, אלא דאין היכי תמצי לעבור את העבירה. [וראיה לזה דגם דינו של הבועל שונה בין בא על ארוסה לבא על נשואה אפי' שהוא אותו אדם].

ותירץ ר' שלמה ע"פ המבואר בדף מ"ט דאם נכנסה לחופה ונתאלמנה ושוב נתארסה אין דינה בסקילה, אלמא דאפי' דהעבירה היא עבירת אירוסין יש פטור על נשואה. [אכן צ"ע למה דינו של הבועל תלוי באירוסיה, ולכאוי' בעכצ"ל דאם היתה פעם נשואה גם אירוסיה דהיום אין עליהם שם אירוסין גמורים, וא"כ הוי ג"כ חסרון בעבירה והדק"ל. וי"ל דדין הבועל תולדה מדין האשה ולכן דינו משתנה כפי מה שהיא, ויבואר עוד להלן אות פח].

והגרש"ר (בש"י מכות דף ב' הערה קכ) כתב על קושיא זו, דצ"ל בהכרח דמ"מ כיון דאילו זנאי השתא נדונת בחנק גם זה נחשב אשתני דינא. [ועי' שמצדד דלמסקנא דדינה בסקילה י"ל דזה לכו"ע ומסברא הנ"ל דכאן לא מקרי אשתני דינא].

פה) ושיטת רשב"ם בתוס', וכ"ד הרמב"ם (פ"ג ה"ח מאיסו"ב) דהחידוש הוא שאפי' אם זינתה אחר נישואין, [דבעלמא חייבת חנק] אם היה בדרך הוצאת ש"ר חייבת סקילה. אלא דדעת רשב"ם דבכה"ג דינה בסקילה על פתח שער העיר והרמב"ם כתב דנסקלת על פתח בית אביה [ועיין באו"ש שמבאר דאפי' שבזמן הזנות כבר לא היתה בבית אביה, מ"מ כיון שאם שקר הוא - המאה כסף לאביה, ה"ה אם אמת הוא - נסקלת בפתח בית אביה].

פו) והנה הרמב"ם (בהלכה י') כתב וז"ל באו העדים אחר שבגרה או אחר שבעלה בעלה אפי' שהעידו שזינתה בבית אביה ה"ז נסקלת בבית הסקילה. ומבואר דנהי דאין אשתני דינא על חיוב המיתה, מ"מ יש אשתני על מקום הסקילה. [וי"ל הטעם דמקום הסקילה אינו דין שחל בשעת העבירה, אלא הוא דין בקיום מצות הריגת ב"ד, וזה תלוי בשעת הפס"ד].

והראב"ד השיג דהא כל מוציא ש"ר כבר בא עליה בעלה ואפי' דינה בסקילה על פתח בית אביה. ותירץ הגרע"א דשאני מוציא ש"ר דחידוש הוא וכנ"ל דלדעת הרמב"ם דינה בסקילה, וה"ה שנסקלת על פתח בית אביה [ויש להוסיף, שהרי אם הוציא ש"ר אפי' אם זנתה אחר נישואין דינה על פתח בית אביה וא"כ ל"ש כאן אשתני].

ומקור דברי הרמב"ם כתב המ"מ דהוא מהברייתא דמשבגרה היא וזוממיה מקדימין לבית הסקילה, ודימה הרמב"ם נבעלה לבגרה. והנה הגרע"א והחמד"ש (בסוגיין) הבינו דהמקור הוא מלשון הברייתא "לבית הסקילה" ולא לפתח בית אביה, והקשו ע"ז דא"כ למה כתב המ"מ דהמקור לנבעלה הוא מדדימה נבעלה לבגרה, והרי יש לשון בברייתא להלן מ"ו א' לא אמר לעדים בואו והעידוני כו' אינו לוקה וכו' היא וזוממיה מקדימין לבית הסקילה, ושם מיירי בנבעלה [דאל"כ



אין דין מוציא ש"ר אפי' אם אמר לעדים לדעת ראב"י] וא"כ קיימת אותה ראייה עצמה גם על נבעלה. ובחמדי"ש כי דגירסא אחרת היתה לו.

אמנם בח"י ר' שלמה כתב דמקורו של המ"מ אינו סתם מלשון הברייתא, אלא דהוה קשיא ליה בברייתא דתני שילא, לפי המסקנא דגרס ר' יוחנן סרחה ולבסוף בגרסה תיזון בסקילה, א"כ אין כאן שלש מדות, אלא רק שנים, סקילה בבית אביה וסקילה על פתח העיר. ובע"כ דיש כאן דין שלישי שבבגרה נסקלת בבית הסקילה. ולפי"ז א"ש ולק"מ.

והנה לדעת הרשב"ם והרמב"ם יש לעיין איך הוא דין הבעל, האם גם דינו בסקילה או דכיון שלא שייך אצלו דין מוציא ש"ר דינו בחנק. ובחי' מרן רי"ז הלוי על התורה נקט בפשיטות שדינו בחנק, דכלפיו ל"ש דין מוציא ש"ר [וע"ש שפירש כך במקראות]. וכ"כ הגרא"מ הורו"ץ מפינסק בהגהותיו למכות דף ב', וע"ש שדן איך הוא דין הזוממין בכה"ג, אם דמי לזוממי בת כהן ובוועלה שדינם בזממת בוועלה מדכתיב לאחיו ולא לאחותו או דדינם בסקילה [וע"י בשי"ר שמואל מכות ס"ק נג].

פת) ולדעת רש"י דהחידוש הוא באשתני דינא, ע"י בהפלאה שנקט דלפי"ז הבעל דינו בחנק, דהרי כלפיו אין דין מוציא ש"ר וא"כ נשאר דינו כמו הסברא הפשוטה דאשתני דינא [לפי ההו"א דאמרין אשתני דינא]. ועפי"ז הקשה ההפלאה מ"ט זוממי הוצאת ש"ר בסקילה, הרי הבעל דינו בחנק וא"כ נדרוש לאחיו ולא לאחותו כמו בזוממי בת כהן ובוועלה [ובברייתא הרי תניא בהדיא היא וזוממיה מקדימין לבית הסקילה]. והגרש"ר העיר ע"ד: א) דמסתבר דדין אשתני דינא שלה לא יהי לדידיה כיון שמעת שבא עליה כבר נקבע דינו ואין הוא תלוי במה שיארע בה. [וזה מתישב עפ"י ש"כ באות פד בבבאור ד' ר' שלמה]. ב) דכאן ל"ש לאחיו ולא לאחותו כמו שדן רא"מ הורו"ץ הנ"ל וע"ש.

פט) באבי עזרי פ"ג מאיסור"ב תמה מאד מה שייך דינא דמוציא ש"ר [שנאמר על אופן שהבעל שיקר] לחיוב המיתה של האשה שהוא האם אמת היה הדבר. ומהיכי תיתי שמה שהבעל קרא לעדים יהיה סיבה שישתנה חיוב המיתה. וכתב שם שבאמת אין החילוק בין אם אמר הבעל לעדים לבוא ללא אמר, אלא החילוק בין אם באו העדים קודם שניסת לבאו אחר שניסת. והברייתא דשילא איירי בשלא ניסת. אמנם כתב שבתוס' מבואר דלא כוותיה, שהרי כתבו תוס' דצריך לדחוק דמה דתני שילא באו לה עדים בבית חמיה מיירי כשהוציא ש"ר, ואילו לדבריו עצם הדבר שבאו בבית חמיה כלומר אחר שניסת, זהו גופא הטעם שדינה בסקילה גם בלי שהבעל יקרא להם.

אולם כתב האבי עזרי שבתוס' ישנים מבואר כדבריו שכתבו "ומיהו י"ל דאע"ג דלא אמר לעדים הרי הוציא ש"ר וחדית ביה רחמנא", ומבאר דכוונתם דמה שאחר נישואין העידו על זנות של האירוסין זה מקרי מוציא ש"ר רע.

ופירושו דחוק מאוד בלשון התוס'. ולכאוי' נראה לבאר דגם אם מוציא ש"ר בלא לקרוא לעדים יש בזה תורת מוציא ש"ר [לגבי החידוש] וכמשנ"ת באות ע"ז בדעת ר"ת דיסוד דין מוציא ש"ר הוא מה שהוא עצמו הוציא ש"ר.

צ) משה"ק תוס' על הרשב"ם מהגמ' בדף מ"ח, ע"י משכ"ב הפנ"י וההפלאה והאו"ש פ"ג ה"ט מאיסור"ב. צא) תוד"ה דלמא. כתבו דביאת הבעל אינה שנוי. אכן הרמב"ם - אות פו - סובר דזה מקרי אשתני, וצ"ב לשטתו למה לא הוכיחה הגמ' מזה דגם באשתני גופה חייב במוציא ש"ר. ובעיקר סברת הרמב"ם [דלא סובר כתיורו' התוס'] י"ל כמש"כ הגרש"ר - אות פד - דכל שאילו זנאי השתא פטור מקרי אשתני דינא.

צב) הקשה הגרע"א בדו"ח, דהנה בגמ' אמרו דהא נכנסה לחופה ולא נבעלה בחנק ואילו מוציא ש"ר בסקילה, וכתבו התוס' דזינתה קודם החופה ואח"כ אשתני דינה ע"י החופה. וקשה דלשיטת דאין בבעולה חופה א"כ בא עליה (ע"י בשו"ע אבהע"ז סי' נ"ה וסי' ס"ד) א"כ כאן שהיתה בעולה ולא בא עליה אינה אשתני, ולא אשתני דינה. [ובשלמא לענין פתח בית אביה בעינן לפרסם שהגידו ליה שזינתה בבית אביה. כ"כ הגרע"א בתשובה במהדו"ת סי' קן]. ועיין משכ"ב האו"ש פ"י ה"ב מאישות.

ובחזו"א (סי' סג סק"ט) מיישב דגם לשיטות דל"ק היינו דבסתמא ל"ק אבל אם רוצה לקנות מהני. עוד דן שם דסגי במסירת האב לשלוחי הבעל [וזה ודאי מהני גם בבעולה] וכמבואר להלן מ"ח דע"י המסירה דינה בחנק. אכן נסתפק החזו"א אם במסירה לשלוחי הבעל מהני גם לענין מוציא ש"ר שיקרא "את האשה הזאת לקחתי", דבשלמא לשיטת תוס' שם שמסירה קונה לכל, ה"ה לענין מוציא ש"ר. אבל לש"י רש"י שם שקונה רק ליורשה משום מחילה [והגדר הוא דיצאה מרשות אביה ולא נכנסה לרשות בעלה ולכן אין אף אחד מהם מפר נדריה - כ"כ הגרע"א הנ"ל] א"כ י"ל דאין בזה דין מוציא ש"ר. [ולכאורה י"ל דגם אם הך דמסרה לשלוחי האב לא מהני לענין מוציא ש"ר, מ"מ י"ל דכאן עשה חופה שקונה במי שאינה בעולה, וכיון דלולא הזנות - שעליה מוציא ש"ר - היתה נשואה, מקרי שפיר את האשה הזאת לקחתי. וכל קושית הגרע"א רק דאין כאן אשתני דינא, שזה תלוי בחלות בפועל, וע"ז הרי סגי במה שמסר לשלוחי האב ודינה בחנק, ודו"ק. וכן משמע בתשובת הגרע"א הנ"ל דלא הוקשה לו לומר שבכל מוציא ש"ר לא קנאה משום מקח טעות].

צג) עוד הקשה הגרע"א מהדו"ת סי' ק"י למה אשתני דינא, הרי הוי מק"ט שהרי אם זינתה באירוסין אסורה לו. ותיירץ דטעות מדין תנאי ואין תנאי בנישואין משום דליתיה בשליחות, וע"ש שפלפל בזה.

צד) כתב הגר"ח (בהלכות ממרים) וז"ל, ובאמת דעיקר הך דינא אישתני קטלא, דהוא דבר הנאמר בהלכה שיחול דין פטור אח"כ להפקיע ממנו חיובו, הרי לא מצינו זאת רק לגבי חיוב מיתה ולא בשאר חיובים, וליכא למילף מלקות מיניה. והקשה החזו"א בגליונות, והאבי עזרי (הלכות מלכים) דהא מבואר בסוגיין דגם בקרבן יש דין אשתני דינא.

ונראה דחלוק דין מיתה וקרבן מדין מלקות, דהנה הזכר יצחק ייסד דדין מיתה הוא על מציאות האיסור, ואילו דין מלקות הוא על דעבר אמימרא דרחמנא. [ובזה מבאר את חלוקו של הגרע"א בשו"ת סי' קז, דדין האיסור בע"א יוחזק נאמר רק לגבי מלקות ולא לגבי מיתה]. ונראה דגם קרבן בא על מציאות האיסור, וכמש"כ החזו"א חו"מ לקוטים סי' כג לדף י"ז, דהנה ר"ש סובר כ"ש למלקות לא אמרו כזית אלא לקרבן. וכתב ריטב"א בשם ר"מ כיון דאכל במזיד אחשביה לחומר האיסור להתחייב בכ"ש, אבל קרבן שהוא בשוגג בעי כזית. וכתב החזו"א דאין הכוונה שנעים לו לאכול את הכ"ש, אלא כוונת הריטב"א דאוכל במזיד עונשו על המרד בצוואת התורה וכשאוכל כ"ש ג"כ מרדו מרובה וראוי לעונש, אבל שוגג שכפרתו על המכשול שאכל חלב שפיר בעי שעורא.

ועפי"ז י"ל דדין אשתני נאמר רק על מקום שמתחייב על מעשה העבירה וכגון מיתה וקרבן, דאז בעינן שישארו תנאי החיוב גם בשעת הפס"ד, אבל מלקות שבאים על דעבר אמימרא דרחמנא כל דעבר אמימרא דרחמנא יקבל מלקות ודו"ק.

ועפי"ז יל"פ מש"כ התוס' שבת פט דאיסורים שונים מצטרפים למלקות ולא לחיוב קרבן ודוק וקצרת.

צה) חטאו עד שלא נתמנו ונתמנו. ברש"י משמע דהוי אשתני גופא, וכן מפורש ברשב"א ובשיטה לר"ן. ודעת תוס' דהוי כאשתני דינא ע"ש. [אך ברמב"ן נראה שנקט גם בדעת רש"י דהוי אשתני דינא].  
צו) ר"ש אומר אם נודע להם משנתמנו פטורים. ומזה הוכיחה הגמ' דבסרחה ואח"כ בגרה דינה בחנק. והקשו הראשונים דהא לא דמי דכאן פטור לגמרי וכאן חייב חנק, [ובאמת זו דחיית הגמ', אלא דצ"ב דקרי לה מאי קרי לה]. ותירץ הריטב"א דס"ד דהא דלא מיייתו קרבן כי השתא גזיה"כ הוא ע"ש. [ולכאוי י"ל ג"כ כסברת תוד"ה אימור].

דף מה ע"ב

צז) אמר קרא נערה הנערה שהיתה כבר. יל"פ בתרי גוונ, ד"ל דזו דרשא - דמשמעות הפסוק היא נערה שהיתה כבר, ויל"פ דא"י דרשא אלא דלשון הכתוב סובל גם לפרש נערה שהיתה כבר אבל א"י הכרח. ובתוד"ה הנערה מבואר כצד הראשון.

והקשה הגרע"א [בקושיות עצומות] דהנה רבא אמר לעיל שאני מוציא ש"ר חידוש הוא שחידשה תורה, ולדידיה בע"כ צ"ל דהנערה תדרש לנערה שהיתה כבר וא"כ למה אמרין רק דכיון דיש חידוש במוציא ש"ר חייב גם בנערה, הרי יש ע"ז דרשא מפורשת. [ולצד השני ניחא דא"י מקור].

עוד הקשה מנ"ל לדחות דברי שילא, אדרבה נימא דבעלמא באשתני גופא פטור, ורק כאן גלי קרא מהנערה שהיתה כבר שחייב אע"ג דאשתני גופא, ולא ילפינן מזה משום דמוציא ש"ר חידוש הוא. [ולצד השני ניחא דהנערה שהיתה כבר - א"י מקור ללמוד משם].

ונראה דקושיותיו מתיישבות עפ"י הריטב"א בעמוד א' שכתב דהא דבהו"א אמרין דחידוש הוא ולא אמרין דאדרבה נילף מהתם דלא אמרין אשתני גופא - משום דכתיב בקרא דכי יהיה נערה בתולה מארשה לאיש - את הנערה על דבר אשר לא נתעם. ומשמע להו"א דבעינן שתהא נערה בשעת הפס"ד, וא"כ חזינן דבכל התורה אמרין אשתני דינא ורק במוציא ש"ר חידוש הוא. ולפ"ז מיושבת הקושיא השניה, דכ"ז שייך רק להו"א דדרשינן נערה - שתהא היום נערה. אבל למסקנא דדרשינן נערה שהיתה כבר אין שום סיבה לומר דמוציא ש"ר חידוש הוא אלא אדרבה ילפינן מהתם.

ומה שהקשה הגרע"א בקושיא הראשונה דאיך דרשינן בהו"א לקרא דנערה [שהרי גם בפרשת מוציא ש"ר כתיב הנערה וא"כ אף דחידוש הוא מ"מ הרי כתיב להדיא נערה דמשמע להו"א שהיום היא נערה]. נראה עפ"י דמשמע מהריטב"א דהדרשא דנערה אינו מהקרא דוהוציא את הנערה דכתיב בפרשת מוציא ש"ר, אלא מקרא דאת הנערה על דבר אשר לא צעקה, וא"כ י"ל דקרא קמא אינו מיותר ולא דרשינן מיניה ורק מקרא דעל דבר מדויק כן ומיושב קושיא הגרע"א. אמנם ברש"י מבואר להדיא דקושיא הגמ' מקרא דנערה הוא ממאי דכתיב והוציא את הנערה דכתיב בפרשת מוציא ש"ר, אכן י"ל דרש"י באמת למד דא"י גזיה"כ אלא רק שאפשר לפרש הפסוק דהכוונה נערה שהיתה כבר וכצד השני הנ"ל.

צח) בגמ' אי הכי מילקא נמי לילקי ומאה שקל נמי לשלם. ומשמע דאי לא דרשינן הנערה א"ש דלא ילקה, והקשה החזו"א בגליונות הגר"ח הלכות ממרים דמכאן מוכח דגם במלקות אמרין אשתני דינא, וזה סתירה לגר"ח אות צד. ותירץ החזו"א דהתם מה דאינו לוקה אינו משום דאשתני דינא, אלא כיון שאין בה תורת מוציא ש"ר לכן אינו לוקה. ותיירצו צ"ב, דהרי כוונת הגמ' "אי הכי" פי הריטב"א דבשלמא למ"ד מוציא ש"ר חידוש הוא כדשנינן אליבא דשילא לא קשיא ליה הא, דבדידה חזית רחמנא בדידיה לא חזית רחמנא, אלא לדידך דאמרת דינא הוא אמאי. ומבואר בזה דאף אם לגבי החיוב מיתה אין דין אשתני ויש לזה תורת מוציא ש"ר, מ"מ לגבי מלקות אין דין מוציא ש"ר, וא"כ זהו דין רק כלפי המלקות - דכלפי המיתה דמוציא ש"ר הרי חידשה תורה דאין אשתני. ואולי כוונתו דכלפי הממון יש דין אשתני דינא, [אולם זה דוחק דלכאוי להגר"ח בממון ג"כ אין דין אשתני דינא, וי"ל]. ואולי יש ליישב דברי הגר"ח באופן אחר, דשאני מלקות דמוציא ש"ר משאר מלקות, דבמוציא ש"ר המלקות אינם על הלאו אלא מחידושא דפרשת מוציא ש"ר [עי' בזה בכתבי הגר"ח תמורה ג', ובשי' ר' שמואל מכות דף ד' ע"ב ויבואר עוד להלן בעז"ה באות קג]. וממילא דמי דינם למיתה לפי הסברא באות צד.

צט) ת"ר אין לה פתח בית האב סוקלין אותה על פתח שער העיר ההיא. וברמב"ם (פ"ג מאסוי"ב הי"א) כתב: וכל מי שמצותה לסקול אותה על פתח בית אביה אם לא היה לה אב או שהיה לה אב ולא היה לו בית ה"ז נסקלת בבית הסקילה. לא נאמר פתח בית אב אלא למצוה עכ"ל. והקשה היש"ש (סי' יא) דזה נגד הברייתא שמבואר דסוקלים אותה על פתח שער העיר ההיא. ואולי גירסא אחרת היתה לו. עכ"ד.

וגבי הורתה שלא בקדושה ולידתה בקדושה כתב הרמב"ם (שם) דנסקלת על פתח שער העיר, והנה עצם הדין מסתבר דדמי לאין לה אב, אבל הרמב"ם שפסק דבאין לה אב דינה בבית הסקילה, צ"ע מ"ש הורתה שלא בקדושה ולידתה בקדושה שדינה על פתח שער העיר ההיא. [ועמד בזה המנ"ח מ' תקנ"ג].

ובחי' ר' שלמה סי' יא כתב בזה דהיכא שדינה מפרשת מוציא ש"ר אזי יש לה דין בית אב וכל שא"א לקים הך דינא שוב א"צ גם פתח שער העיר, [דדין שער העיר נאמר בפרשה דכי יהיה נערה בתולה מארשה - ולא במוציא ש"ר]. ואילו הורתה שלב"ק ולידתה בקדושה לא נתרבה אלא לדין נערה המארשה ולא לדין מוציא ש"ר, [ועי' משכ"ב אות עא] ולכן דינה על פתח שער העיר. וכתב ר' שלמה דבתוס' דף מ"ד א' ד"ה אין, מוכח שחולקים ע"ז שהרי למדו מהורתה שלב"ק ולב"ק על אין לה אב, ובע"כ דסברי שהורתה שלב"ק ולב"ק התרבתה גם לדין מיתה של מוציא ש"ר.

וצ"ע טובא בדבריו שהרי דין פתח בית אב אינו שייך כלל לדין מוציא ש"ר הן לרמב"ם והן לתוס', וכמשנ"ת אות פ. והאוי"ש (פ"ג מאסוי"ב) כתב דהטעם לחלק משום דאין לה אב מרבה בספרי דכתיב והוציא את הנערה מכל מקום, לכן לא מרבינן אלא לסקילה. אבל הורתה שלב"ק מרבינן מוסקלוה אנשי עירה כו' ומתה לרבות הורתה שלב"ק, וא"כ צריך על פתח שער העיר ההיא. [ובהך קרא דדרשינן בספרי מיושבת קושיא תוס' הנ"ל דף מ"ד א' ד"ה אין].

ק) תוד"ה על פתח. עי' משכ"ב באות ע' שהתוס' בסנהדרין חולקים על תוס' דידן ע"ש. [וכן נקט המנ"ח מ' תקנ"ג]. אולם יעוי' בהפלאה כאן שהאריך בד' תוס', ודייק מדבריהם דפתח ב"ד אין הב"ד יושבין באותה העיר שעשתה בה את העבירה, ומחדש דבכה"ג שרובה גוים דנים סוקלים אותה בעיר שדנים אותה, ולפ"ז מחלק דתוס' בסנהדרין מייירי כשהב"ד באותה העיר שנעשתה בה העבירה, ותוס' כאן מייירי כשהם בעיר אחרת ע"ש.

קא) מבואר בתוס' חידוש שער שרובה עכו"ם פקעה קדושתה ואין לה דיני עיר מוקפת חומה. ועי' ברש"ש שדן שזה תלוי בפלוגתא דיש קנין לנכרי. וע"ש מה שתמה עפ"י על המל"מ. [ועי' בספר המפתח פ"ז הי"ג מבית הבחירה מה שצוין בזה].

קב) כתב רש"י דהדין שנערה המאורסה דינה בסקילה בפתח שער העיר הוא אסמכתא בעלמא. ועיין ברש"י שהעיר דלהלן מ"ו א' יליפין דויסרו הוא מלקות מדרשא כע"ז ושם ודאי דהוא דאורייתא, וכבר הרגיש בזה התוס' הרא"ש דף מ"ו ע"ש.

קג) תוד"ה רבי יהודה. "ועוד כל אדם שמחרף אשתו מזנות לילקי מלא תלך רכיל". צ"ב למה הקשו תוס' רק ממחרף את אשתו, הא אפשר להקשות מכל לשה"ר.

והנה יש לעיין בדין מלקות דמוציא ש"ר, האם הם על הלאו ככל חייבי מלקות שבתורה או דהו דין מלקות מחודש מדין "ויסרו" והלאו בא רק משום דאין עונשין אא"כ מזהירין. והנה יעוי' בתוס' הרא"ש שהקשה למה לא מנו מוציא ש"ר בהדי הנך דלוקין על לאו שאין בו מעשה [בתמורה ד"ג] ותירץ: ולא דמי לשאר לאו שאין בו מעשה שהמלקות בא מכח לאו הכתוב בה, אבל הכא אין המלקות בא מכח הלאו אלא מלקות מפורש בו בהדיא כיון דילפינן ויסרו מיסרו. [וכ"כ הפני"י. וכ"ה בכתבי הגרי"ז תמורה ד"ג]. ולשון הריטב"א: דלא תלך רכיל לא אזכירא לתלמודא אלא לאזהרה בלחוד ומלקות מויסרו נפקא. וכן מפורש במאירי מכות ד', וז"ל: כל לאו שאין באזהרתו מעשה הואיל והמלקות בא מצד אחר ואין לאו זה שאין בו מעשה בא אלא לאזהרת המלקות לוקין עליו ואין להקשות מאזהרה שלו. וכו', וכן במוציא ש"ר אזהרתו מלא תלך רכיל והמלקות בא מויסרו אותו וכן בכל כיוצא בזה. עכ"ל.

והמגיה למאירי הקשה א"כ איך יליף ר' יהודה במכות ד' ממוציא ש"ר ועדים זוממין דלוקין על לאו שא"ב מעשה, והרי שם לא לוקה על הלאו, ומבאר המגיה דבהא גופא פליגי ר' יהודה ורבנן, דר' יהודה סובר שהמלקות על הלאו ולכן יליף מהתם דלאו שאין בו מעשה לוקין עליו, ורבנן סברי דהמלקות מדין ויסרו ולכן לא ילפי מהתם. אולם הגם דדבריו יתכנו בשיטת המאירי מ"מ בד' הרא"ש והריטב"א דמיירו אליבא דר' יהודה ואפ"ה כתבו כנ"ל מוכח דדבריהם קיימי גם לר' יהודה.

ובמנחת שלמה סי' פא מבאר דהמקור לר' יהודה הוא באמת לא ממלקות דלאוין, אלא ממה שחייבה תורה מלקות מויסרו ש"מ שיש מלקות בלי מעשה. [והתראה דמוציא ש"ר צ"ל מהעונש דויסרו ולא מלא תלך רכיל].

ועפ"ז מבאר המנח"ש דגם רש"י סובר כך, שהמלקות הם מחמת הויסרו, דאלא"ה אטו לדעת רש"י יהיו מלקות בכל מי שמספר לשה"ר, ובע"כ דהמלקות מויסרו, אלא דכיון דרש"י סובר שלוקים גם על הלאו שא"ב מעשה דאין חידוש בזה, סובר רש"י שלוקים על ה"ויסרו" אפי' באופנים שאין בהם שאר דיני מוציא ש"ר [כגון בלא בעל ולא שכר עדים], וזו כוונת השטמ"ק בתירוץ על רש"י ע"ש.

ומעתה מיושב שפיר הא דהקשו תוס' רק באופן שחרף את אשתו מזנות - דרק זה נכלל בויסרו. [ועי' בשי' ר' שמואל מכות עמ' רכז]. ולענ"ד צ"ע דמקושית תוס' הראשונה מוכח דלא פירשו כך ברש"י.

קד) עוד הקשו תוס' על רש"י ל"ל קרא דויסרו, ותמהו ע"ז האחרונים (עי' מגיני שלמה ופני"י ומהר"ם שיף) מאי קשיא להו, הרי לר' יהודה כל המקור שלוקין על לאו שא"ב מעשה הוא ממוציא ש"ר וא"כ בעינן לקרא דויסרו ללמד במוציא ש"ר עצמו שלוקין, [ומה שתירץ הפני"י שרש"י יליף מלא תלך רכיל לחוד תמוה מאד, דא"כ מאי אולמיה דלאו זה משאר לאוין שאין בהם מעשה].

ומה שהקשו בקושייתם הראשונה דבגמ' משמע דלא לקי אלא מויסרו ולא מלא תלך רכיל, עי' במגיני שלמה שתירץ דהגמ' קיימא לרבנן, אבל לר' יהודה באמת לוקה משום לא תלך רכיל, [ובאות קג הובא כסברא זו מהמגיה למאירי, אלא שם הוכחנו מתוס' הרא"ש דגם לר' יהודה לוקה משום ויסרו, אכן בדעת רש"י י"ל כנ"ל].

קה) לוקה מכת מרדות דרבנן. הריטב"א הביא מהערוך דמכת מרדות מכין אותו עד שתצא נפשו. וכ"כ הרמב"ם הלכות חמץ ומצה פ"ו ה"ב: ומי שאכל מצה בערב הפסח מכין אותו מכת מרדות עד שתצא נפשו.

ולעמית זאת בפיה"מ לנזיר פ"י הרמב"ם שמכין אותו לפי אומד ב"ד, וכ"כ הרמ"ה שמכין אותו באומד ולהקל ממלקות של תורה. כל זה כתב הריטב"א, ומסיק דנראין הדברים שבעבירה נמשכת שיש לחוש על להבא, מכין אותו עד שתצא נפשו, אבל בעבירה שכבר עבר עליה ורוצין רק ליסרו דנים אותו באומד ב"ד ובפחות ממלקות של תורה. עכ"ד. [ובשערי תשובה ד' ח' כתב: ודע כי העובר על דברי חכמים ענשו ביד ב"ד להכות מכת מרדות כפי אשר עיני ב"ד רואות לייסר ולענוש בעת ההיא אם לפחות מארבעים או להוסיף להכותו על אלה, עכ"ל. וזה דלא כריטב"א שכתב דהאומד רק להקל על ד"ת].

קו) והנה הרמ"ך בהלכות חמץ ומצה השיג על הרמב"ם הנ"ל וז"ל לא ידעתי טעמא מאי וכי לאחר שאכל מכין אותו. ואפילו תימא דמי שאוכל רוצה לומר, תמיהא לן מנין הוציא זה, חדא דהא הוי איסורא דרבנן, ואפילו באיסורא דאורייתא באיסור לאו אין נראה להכותו כי לא מצאנו כי אם באיסור עשה כגון עשה סוכה ואינו עושה, ויש טעם בדבר שאין לנו ללמוד איסור לאו מאיסור עשה, וצ"ע. עכ"ל.

והנה מדבריו מבואר שהסתפק בדברי הרמב"ם אם מיירי קודם העבירה או אחר העבירה, והקשה בממ"נ, דאם אחר העבירה לא מצינו מלקות כלל. ואם לפני העבירה - ע"ז השיג בתרתי. א) דברבנן אין מכת מרדות. ב) בחייבי לאוין אין מכת מרדות.

והנה על מה שכתב דאחר העבירה אין מכת מרדות, זה קשה טובא מסוגיתנו דמבואר שאחר שהוציא ש"ר מכין אותו מכת מרדות. ולכא"ו צ"ל דכוונתו דאין מלקין "עד שתצא נפשו" אחר העבירה, אבל מלקות בעלמא ודאי יש. אכן יעוי' בספר המצוות שרש"י יד שכתב וז"ל: וכל מה שלא נזכר עונש מהעונשים תדע שאם הוא ממצות ל"ת הוא כמו שאמרו באומר על מצות מלך ואין לנו לענוש. אמנם מ"ע בכללם כל מצוה מהם שתחייב עשייתה יש לנו שנלקה הנמנע מלעשות עד שימות או יעשה, וכשיסתלק זמן החיוב נמנע מזה עכ"ל. ומבואר להדיא דאחר שעבר איסור אין מכת מרדות. וצ"ל שאני הכא שיש בלאו זה מלקות באופנים מסוימים [אם בא עליה] ולכן החמירו להענישו במלקות גם בלא שבא עליה. [ועי' בממ"פ פ"א ה"ג משבת, ופ"א ה"ח מאיסור"ב דכל לאו שיש לו עיקר מה"ת יש בו מכת מרדות].

קז) ובמה שהקשה הרמ"ך דעל דרבנן אין מכת מרדות, עי' בממ"מ הנ"ל שיש מקומות שיש בהם מכת מרדות גם על דרבנן, אכן יתכן דהשגת הרמ"ך הוא דלא מצינו מלקות "עד שתצא נפשו" בחייבי לאוין. וכמו"כ בהשגתו השניה דעל חייבי לאוין לא מצינו מכת מרדות י"ל דכוונתו רק על מלקות "עד שתצא נפשו" אבל מכת מרדות בעלמא הרי מצינו בסוגין.

ובמשובב סי' ג' נחלק עם הנהגות, שדעת הנהגות שכמו שבאיסור לאו לפני שעבר א"צ ב"ד אלא כל אדם כופהו, כמבואר בב"ק כ"ח, ה"נ באיסור עשה כופהו עד שתצא נפשו אפי' בלא ב"ד. והמשובב חולק דדוקא בחייבי עשה החמורים כופין עד שתצא נפשו ולא בלאוין הקלים שעליהם אין מכין עד שתצא נפשו. והגרע"א בכתובות פ"ו נקט דאין הבדל בין לאוין לעשה אלא לעולם לפני שעבר את העבירה כופין אותו, ואח"כ אין מכין אותו, ועפ"ז תמה למה אמרו שם

בדף פ"ו "חייבי עשה" הרי ה"ה בחייבי לאוין. ובאמרי בינה (דיינים סי' ט') כתב דזהו גופא כוונת הגמ' בד"א במצוות ל"ת - פירוש שעבר כבר. אבל אם לא עבר הרי הוא כמצוות עשה. והביא שכי"ה מפורש בר"ן חולין קל"ב א'. [ובאמת שכן מוכח מדברי הרמב"ם בהלכות חמץ, ואילו מהרמ"ך מוכח כמשובב].

דף מו ע"א

קח) אזהרה למוציא ש"ר מנלן. הקשה הח"ח (בסוף הפתיחה בבאר מים חיים) דכיון דעל לשה"ר יש כ"כ הרבה לאוין, למה מקשה הגמ' אזהרה למוציא ש"ר מנלן ולא הביא אף לאו ממה שמנינו מלבד לא תלך רכיל. ותיירץ דהגמ' רצתה למצוא לאו מיוחד שהיא ראוי ללקות עליו וכן משמע בתוס' מ"ה ב' בד"ה ר' יהודה. וכל הלאוין האחרים הם לאוין שבכללות. למשל הלאו דלא תונו כולל גם דברים אחרים, וכן גם "השמר בנגע הצרעת" עיקרו אתי לקוצץ בהרת, עכ"ד. ומבואר מדבריו דהגמ' בעי לאתויי רק לאוין שיש בהם מלקות ולא לאוין שבכללות. ובמנח"ש (סי' פ"א) הקשה עליו כמה קושיות. (א) דבפוסקים כתבו שמה שאין לוקין על לא תונו הוא מפני שאין בו מעשה, ומשמע שאי"ז לאו שבכללות אלא כל סוגי האונאות חד הם. (ב) מה שדייק מדברי התוס' דף מ"ה תמוה דמדבריהם משמע להיפך דאילו היה לאו גמור א"צ כלל לויסור, ואחרי שנאמר ויסרו שוב בא הלאו רק לאזהרה, ומבואר דאחר הויסור שוב אין המלקות על הלאו. (ג) הרי דין "אזהרה" סגי ביה אפי' בלאו שבכללות, וכדמוכח בסנהדרין דאזהרת בן סורר ומורה היא מלא תאכלו על הדם דילפינן מינה עוד דינים. (ד) דלא תלך רכיל הוא ג"כ לאו שבכללות שהרי הרמב"ם פסק להלכה בפכ"א מסנהדרין להך דינא דלא יהא הדין רך לזה וקשה לזה. [ואמנם קושיא זו ל"ק כ"כ דהרמב"ם לא כתב דדרשינן לה מקרא דלא תלך רכיל ע"ש]. וע"ש מה שנו"נ בזה עם חכ"א והדברים ארוכים.

קט) ובעיקר קושיית הח"ח תירץ המנח"ש דהלאו דלא תונו שייך רק בפיקחת שמצטער מהשם רע, וכאן בעינן לאשכוחי לאו הנוהג בכל גווני. ועל דרך זו יש ליישב בכל הלאוין דיש אופנים שאינם נוהגים.

עוד דן שם המנח"ש לפמש"כ הח"ח (כלל ח' ה"ה) דבמי שאין עושה מעשה עמך. אין לאו דלא תלך רכיל, האם המוציא ש"ר על אשה שאינה עושה מעשה עמך חייב בדין מוציא ש"ר דיי"ל דהדין דלא ענש א"כ הזהיר מדה היא בתורה שאין עונש בלא אזהרה, אך מ"מ אין הכרח שהעונש תלוי בכל תנאי ההזהרה [וע"ש ראיות לזה].

קי) מכאן אמר רפב"י אל יהרהר אדם ביום ויבא לידי טומאה בלילה. כתב האגר"מ (אבהע"ז סי' נו) דזהו יסוד איסור הסתכלות בנשים דכל המסתכל יש חשש שיהרהר, וע"ש עוד שנראה מדבריו שיסוד האיסור הוא משום שיבא לידי טומאה, ולא משום גוף ההרהור. אכן ברוח חיים על אבות [להגר"ח ז"ל מוואלוז'ין] פ"ה מ"ה כתב שידוע שהאיסור הוא ההרהור, והש"ז רק עונש. ובע"ז חיים [נדפס בסוף נפה"ח החדש] אות צה כתב שאין הראיה [של הקרי] עיקר החטא רק שנתגלה המחשבה לחוץ ע"ש. [ולכא"ו פשוט שכי"ז ברואה קרי אבל המוציא זרע לבטלה ודאי הוא עוון פלילי ואסור משום עריות או משום רציחה, עי' בשו"ע אבהע"ז סי' כ"א, ועיין בחי' ר' ראובן יבמות בסוגיא דג' נשים משמשות במוך]. קיא) היא וזוממיה מקדימין לבית הסקילה. לפי דיוקו של המ"מ (פ"ג ה"י) משמע דאינה נסקלת על פתח בית אביה אלא בבית הסקילה, והטעם משום דנשתנה דינה שכבר נבעלה, כ"כ הגרע"א בגליון הרמב"ם שם. ועי' משכ"ב באות פו.

קיב) ר' יהודה אומר אינו חייב עד שישכור עדים. והקשה השטמ"ק דא"כ הו"ל לאו שיש בו מעשה [ובמכות ד' ב' יליף מכאן ר"י דלאו שאין בו מעשה לוקין עליו]. ותיירץ דעיקר המלקות על דבורו קא אתיא דאין לו מעשה. ועיין במשנ"ת אות ע"ז ע"ח ביסוד דין מוציא ש"ר ודברי השטמ"ק יתבארו על הדרך הנ"ל.

קיג) תוד"ה אתיא שימה שימה. ע"ש שחילקו ברבית קרקע בין היכא דההלואה קרקע [שבזה אפשר דאין איסור] להיכא דהריבית היא קרקע שבזה בודאי דאסור. ובמל"מ פ"ד מהלכות מלוה ה"א כתב דאם הריבית מטלטלין אע"פ שההלואה היא קרקע בקרקע ג"כ הוי רבית.

וכתב הגרע"א דלפ"ז היה מסתבר דה"ה בדין אין רבית בפחות משו"פ הוא רק כשגם ההלואה וגם הריבית הם פחות משו"פ, אבל אם באחד מהם יש שו"פ אסור. אכן זה נסתר מדברי התוס' דהוכיחו דעל פחות משו"פ אין רבית מהא דבעינן למילף רבית מגזל ואונאה, והשתא תקשה גם למסקנתם דאין איסור בפחות משו"פ, דהא מ"מ אם הריבית לחודה אין בה שו"פ ג"כ אסור כיון שבהלואה יש שו"פ, ואת זה א"א ללמוד מגזל, ושוב תקשי מהגמ' שם.

וכתב הגרע"א דמ"מ לקושטא דמילתא לא ידעתי היטב איך מחלקים הלימוד ולגבי קרקע ממעטינן רק אם ההלואה והריבית הם קרקע, ואילו לגבי פחות משו"פ אפי' אם הריבית לחודא פחות משו"פ ג"כ מותר וצ"ע.

והגר"ר אברהם גורביץ שליט"א רצה לפרש דפחות משו"פ אינו מתמעט מכלל ופרט וכלל כמו קרקע, אלא מדין חצי שעור, ולכן פטור אפי' אם בריבית לבד אין שו"פ. [אבל בתוס' בב"מ סא. מבואר דפחות משו"פ ילפינן ג"כ מכלל ופרט כמו קרקע, וי"ל דבאמת ס"ל דאם בחד מיניהו יש שו"פ אסור].

והגר"י פרצוביץ זצ"ל תירץ דהא דבקרע אסור אם אחד מהם הוא מטלטלין. משום דאין האיסור "נטילת הריבית" אלא ליטול יותר ממה שהלוהו, וא"כ י"ל דהכל תלוי בריבית, אלא דאם אחד מהם מטלטלין [או ההלואה או הריבית] ממילא מקרי שיש כאן ריבית מטלטלין דבסך הכל במה שגבה יותר היה גם מטלטלין, ואכמ"ל.

ובעיקר הדין בריבית קרקע, עי' בריטב"א דמ"מ מדרבנן אסור.

קיד) שניהם בפרוטה מהו. עי' בפ"ת (סי' צ"ג סק"ד) בשם המהרי"ט דאם שותפין תובעים אחד בשתי כסף והוא מוב"מ חייב שבועה. והקשה הברכ"י מסוגיתנו דמבואר שכשמשלם לב' שותפין אין מצרפין ביניהם. [וע"ש עוד קושיות]. והפ"ת מיישב בתרתי, חדא דיי"ל דשם לכ"א יש פחות משתי כסף אבל מ"מ יש לכ"א שו"פ, אבל כאן שלכ"א יש פחות משו"פ דאינו ממון גרע. ועוד דהתם במוב"מ בעינן "כפירת שתי כסף", וה"כפירה" תלויה בנתבע, משא"כ כאן תלוי במקבלי הכסף ולכ"א יש פחות משו"פ.

קטו) בעי רב אשי הוציא ש"ר על נישואין הראשונים מהו. מלשון רש"י משמע דהספק דוקא אם טוען שכבר בנשואין הראשונים לא מצא בתולים, דאילו טוען שעתה לא מצא בתולים אי"ז מוציא ש"ר על נשואין קמאי. ולפ"ז הקשו הראשונים גבי הוציא ש"ר על נשואי אחיו דהיכי משכח"ל שטוען כן, והרי בנשואין קמאי אחיו הוא שבעלה, [והיינו לדעת ראב"י דבעי דווקא שיבעול ויטעון שלא מצא לה בתולים], ועיין ברמב"ן שהביא ע"ז ב' תירוצים. דיי"א שגם לראב"י א"צ שיוציא ש"ר ע"י הבעילה, אלא דהבעילה היא רק תנאי, ואם בעלה והעדים מעידים שזינתה תחת אחיו מקרי ג"כ מוציא ש"ר, וי"א דבאמת לראב"י לא משכח"ל לדינא דלזה ולא ליבם אלא רק לרבנן.

והנה הרמב"ם פסק (פ"ג ה"ו מנערה) דבעינן שיאמר ש"ר "ע"י הבעילה", [וכשיטה השניה הנ"ל] ואעפ"כ העתיק בה"ט את הספק ביבם, וצ"ע דלכא"ו לא משכח"ל כלל לספק. [ואולי י"ל דבאמת ע"י בעילתו ראה שפתחה פתוח וע"פ העדים

נודע לו שזינתה תחת אחיו, וגם בזה סגי להיקרא מוציא ש"ר ע"פ הבעילה כיון דעל ידה נודע לו שהיתה זנות וכן מוכח ברמב"ם גם בבעיא קמייתא שכתב דפעם הראשונה רק קידשה ולא נשאה, וא"כ הבעילה רק בנשואין בתראי ודלא כרש"י].

קטז) הרמב"ם פסק בהנך תרי אבעיות דפטור מן המלקות והתשלומין "וכל הפטור אם רצה לגרש יגרש". והקשה המל"מ דנהי דבעיא בתרייתא איפשיטא, מ"מ בעיא קמייתא הרי נשאה בספק, וא"כ נהי דמלקות ומאה כסף לא חייב מספק, מ"מ במ"ע דולו תהיה לאשה דהיא מצוה דאורייתא למה לא נימא בה ספד"א לחומרא.

ותירץ המנ"ח (מ' תקנ"ג) דהנה הבית יעקב (בדף ט) הקשה דבמוציא ש"ר לפי דעת ראב"י דצריך לבעול ולמצוא פתח פתוח, א"כ באשת כהן הרי לטענתו אסורה עליו מספק כמבואר בדף ט', ובפרט לפמשי"כ הרמב"ם (בה"ו) דבעינן שיאמר בפירוש שזינתה תחתיו, א"כ שוי אנפשיה חתיכה דאיסורא ואיך חייבה תורה לכנוס.

ותירץ הבית יעקב ע"פ תוס' דף מ' דהא דאין עדל"ת הוא משום שהאשה לא מצווה בזה, וא"כ אם היא אומרת טהורה אני ל"ש טעם זה, וממילא במוציא ש"ר שהיא מכחשתו מותר לו לבוא עליה, דלדידה הרי עשה דוחה ל"ת. ומעתה כ"ז באופן שודאי יש עליו מ"ע, אבל במקום ספק אסור לו לבוא עליה דיש ספק מ"ע וא"כ מספק אסור בה דשוי אנפשיה חד"א.

קיח) והנה הבית יעקב העמיד קושיתו רק באשת כהן, דאילו באשת ישראל הוי ס"ס ומותרת כמבואר בדף ט', וא"כ עדיין תירוצו של המנ"ח צ"ב דתינח באשת כהן מותר לגרשה משום שוי נפשיה חד"א, אבל באשת ישראל ל"ש טעם זה. אמנם בעונג יו"ט סי' ע"א הוסיף דמדברי הרמב"ם משמע שצ"ל שזינתה תחתיו מלבד מה שיאמר שלא מצא בתולים, ולפ"ז גם באשת ישראל שוי נפשיה חד"א וא"ש. וע"ש עוד משכ"ב. [ובאחיזר ח"ג סי' פ"ב כתב דאין כוונת הרמב"ם שהוא צ"ל תחת זינתה, אלא שאמר כך רק ע"פ העדים, ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא].

והגרש"ש (בסי' ח') הקשה על עיקר תירוצו הבית יעקב דהרי שוי אנפשיה הוא נאמנות, וא"כ הוא עצמו שטוען שהמציאות היא שגם היא אסורה עליו הרי טוען שאין עשה דוחה ל"ת כלפיה, ומה בכך שהיא מכחשתו, מ"מ הוא לפי דבריו אסור לבוא עליה שלדבריו הוא מכשילה באיסור.

ובמלבושי יו"ט אבן העזר (סי' כ') העיר דמלשון הרמב"ם לא משמע שסובר כתוס' ישנים בדף מ' וע"ש מה שיישב בזה. קיט) ומצינו באחרונים עוד יישובים על דברי הרמב"ם (שהתיר לגרש מספק). עי' במלבושי יו"ט שדעתו דאין החיוב ולו תהיה לאשה חל מאיליו אלא רק ע"י פסק ב"ד, ובמקום ספק אין ב"ד יכולין לפסוק [וכמש"כ הראב"ד פ"ב הי"ב מגניבה, והנה הכס"מ שם כתב דהרמב"ם פליג על הראב"ד בזה, אך אין דבריו מוכרחין] אכן בשו"ת הרדב"ז מוכח דלדין ולו תהיה לאשה א"צ פס"ד ולא דמי לקנס [ונתבאר בפרק שלישי אות רכג] ועיין במלבושי יו"ט שפלפל בדבריו.

ובאחיזר (ח"ג סי' פ"ב) מיישב דדין ולו תהיה לאשה אינו מצוה גרידא, אלא הוא שעבוד לחבירו, ובה הדין הוא דספק להקל ככל ספק ממון, וכ"כ הגרש"ר בשי" מכות אות תכט ע"ש ראיות לזה.

והנה מדברי הרמב"ם משמע דאם לא רצה לא יגרשנה, ולתירוצו המנ"ח צ"ע דהרי מחויב הוא לגרשה, ועיין בעונג יו"ט ובאחיזר משכ"ב.

קכ) כשרי בתולים. פרש"י עדים שיזימו או יכחישו וכו'. ולהלן בד"ה כשרי בתולי בתי פרש"י עדים המזימין את עדיו. ומשמע ברש"י שאין חיוב מוציא ש"ר אא"כ הוזמו העדים ולא אם הוכחשו [ובד"ה כשרי בתולים מיייר רש"י בטענת הבעל ולכן פירש דטוען הבעל שלא מצא לא הזמה ולא הכחשה, אבל בעדי האב מיייר דמזימין את עדי הבעל]. וזה דלא כשיטת ר"ת בסנהדרין ח' א' דגם בהכחשה חייב מדין מוציא ש"ר ונתבאר באות עז. [וגם ברש"י בסנהדרין מבואר דלא כר"ת]

והנה ברש"י לעיל מ"ה א' כתב "הוא אינו לוקה - אם כיחש". וע"ש בשטמ"ק שמפרש דבעינן שהוא עצמו יכחיש דבריו הראשונים ויאמר שקר אמרתי דילמא האמת אתו שלא מצא לה בתולים אע"פ שהוזמו העדים, וע"ש שמדייק כן בלשון הרמב"ם, אלא דמ"מ בעינן גם הזמה. ועפ"ז אפשר להבין יותר למה בהכחשה ג"כ חייב - הואיל והוא מודה שהיה שקר. ועי' עונג יו"ט סי' ע"א. ועי' ברע"א בדו"ח כאן.

קכא) בשלמא לראב"י היינו דכתיב ופרשו השמלה. עי' בתוס' דבעינן שיחציף להראות השמלה. וברשב"א הביא דעת הראב"ד שא"צ שיראה השמלה אלא הכתוב בא רק לרמוז שכבר בעלה.

והנה הרמב"ם פסק כראב"י ומ"מ כתב בסוף פ"ג "זה שנאמר בתורה ופרשו השמלה הוא לשון כבוד שנושאים ונותנים בסתרי הדבר וכן מה שנאמר ואלה בתולי בתי הכוונה על העדים המזימין לעידי הבעל, עכ"ל. ותמה הרב המגיד שהרי לראב"י דברים כפשוטן, ותירץ דמ"מ יש לפרש הכתובים ג"כ כמו לרבנן. וכתבו האחרונים [עי' ברד"ע ומים חיים וערוך השלחן] דלרמב"ם הוקשה קושית תוס' מה מהני השמלה אם יש עדים, ולכן מפרש דמבררים את עסקי השמלה (ע"ש שכ"א פ"י הענין באופן שונה קצת).

קכב) המוציא ש"ר על אשתו שהיא מחייבי לאוין [למ"ד קידושין תופסין בחייבי לאוין] ואינו יכול לקיים מצוות ולו תהיה לאשה, הסתפק הגרע"א (בדף מ') אם יש דין מאה כסף, די"ל דעד כאן לא מתחייבים בקנס בחייבי לאוין אלא באונס ומפתה דרבינהו קרא [כדדרשין בדף כ"ט ב'] אבל במוציא ש"ר י"ל דפטור מקנס, וסיים הגרע"א: ולא מצאתי גילוי לדין זה. והעירו האחרונים (עי' מנ"ח מ' תקנ"ג ומלבושי יו"ט סי' כ') דזו מחלוקת ראשונים. דהתוס' בסנהדרין ח' ב' כתבו וז"ל: וצ"ל לפיר"ת שהיא מותרת לבעלה כשלא כווננו עדותו או כשהוכחשו דאי לאו הכי היכי מחייב ק' סלעים הא לא קרינן ביה ולו תהיה לאשה. ומבואר דכל דלא קרינן ביה ולו תהיה לאשה פטור מקנס. ולעמית זאת ברמב"ם (פ"ג ה"ח מנערה) כתב: כל נערה שאין לה קנס אם נאנסה או נתפתתה כך המוציא עליה שם רע פטור מן המלקות ומן התשלומין. משמע דבנערות שיש להן קנס חייב גם בהוצאת שם רע.

ובאו"ש (פ"ג) כתב דמש"כ התוס' הנ"ל בסנהדרין אינו נוגע לדברי הגרע"א, דאינהו מייירו באופן שעדיין אסורה עליו מחמת עדי הבעל וא"כ חסר כאן בהוצאת ש"ר [שהרי עדיין עדותו מועלת ולא בטלה לגמרי] ומש"ה פטור. משא"כ הגרע"א מייירי באופן שאסורה מאיסור צדדי. [ויש להעיר דמלשון תוס' משמע דהפטור משום דלא קרינן ביה ולו תהיה לאשה, ולא כטעם האו"ש דא"י מוציא ש"ר, וצ"ע]. וע"ש באו"ש שהביא ירושלמי שאינו משלם קנס. ובמלבושי יו"ט הוכיח מהספרי דמשלם ע"ש.

דף מו ע"ב

קכג) האב זכאי בביתו בקדושה בכסף בשטר ובביאה. פירש"י בכסף, שכסף קידושה שלו. ובשטר, שאם קיבל שטר אירוסין עליה ה"ז מקודשת. בביאה, רשאי למוסרה לביאה לשם קידושין, ומשמע שבשטר וביאה אין לו רווח מהקידושין אלא ה"זכאי" הוא על עצם זכותו לקדש אותה. אמנם בתוס' קידושין ג' ב' הביאו ירושלמי שיש לו זכות בביאה שנותנין לו שכר לקדש בביאה. ובתוס' הרא"ש שם כתב דגם לדברי הירושלמי דיש לו זכות בקדושה ביאה אכתי תקשי מקדושי שטר - שבה אין מרווח כלום. ותיירץ דאגב כסף וביאה תני "זכאי" גם בשטר. אמנם סיים הרא"ש דלפום גמ' דידן קרי זכות שיש לו כח לקבל קידושה.

ובעיקר דברי הירושלמי כתב הגרש"ר (בקידושין אות מו) דכוונתו לומר דאין זכות האב רק מדין יד בתו, אלא הרי הוא בעלים גמור על הקידושין ולכן בידו לקצוץ תשלום עבור הביאה. [אבל אם הוי רק יד, נהי דיכול למנוע מלקדש עד שישלמו לו, מ"מ אם אמר שמקדשה ויתחייבו לו עבור זה לא חלה הקציצה דאין לו בעלות ע"ז - אם לא שעשה תנאי]. קכד) השתא אביה מקבל קידושה ואיהי תשקול כספא. פרש"י בקידושין: בתמיה אפשר שעל חנם זיכהו הכתוב בקבלת קדושה. וצ"ב אטו דוקא בשכר זיכהו הכתוב בקבלת קדושה. וביותר קשה דמשמע דכבר בתחילה ידעה הגמ' דהאב הוא הבעלים לקדשה בכסף מקרא דאת בתי נתתי, וכל הנדון רק של מי הכסף [ע"י לשון רש"י: בכסף מנלן "שכסף קדושין לאביה"] וא"כ כיון דע"ז אנו דנים שנחלק הכסף מהמעשה קידושין, מאי קאמר אביה מקבל קידושה ואיהי תשקול כספא.

וביאר בזה, דהשו"ט של הגמ' הוא אם האב הוא רק שליח ויד של הקטנה [וכעין אפוטרופוס] או שהוא הבעלים על הקידושין, וכשפריך ואימא לדידה, הפירוש: דהאב רק יד ושליח שלה וממילא הכסף שלה. וע"ז פריך שפיר דלא מסתבר כלל שתמנהו התורה לשליח אם אין לו שום זכות בזה שתמנהו התורה לשליח. דבשלמא אם הוא הבעלים א"צ לחפש זכות בזה, אלא כך הוא הדין שהבת שלו. אבל אם הוי רק מדין שליחות לא מסתבר שתמנה התורה שליח על חנם. קכה) ואימא הני מילי קטנה. יש כאן שלש שיטות בראשונים. א) שיטת רש"י דנערה מתקדשת [להך הו"א] רק ע"י עצמה ולא ע"י אביה וקרא דמוציא ש"ר מיירי שקידשה בקטנותה והשתא היא נערה. [ולפ"ז פשוט שבנערה לעולם הכסף שלה]. ב) שיטת תוס' בקידושין ג' ב' (ד"ה וכי תימא) דקדושת הגמ' שגם הבת וגם האב יוכלו לקדש, ואם תקדש הבת יהיה הכסף לה, ואם יקדש האב יהיה הכסף לו. ג) שיטת התוס' ר"י דבקידושין דבין היא ובין אביה מקבלין קידושין [בפרט זה סובר כתוס'] אלא דלעולם הכסף שלה, ואפי' קידשה אביה שייך הכסף לדידה.

והנה שיטת התוס' ר"י דתמוהה, דהרי בגמ' אמרו השתא אביה שקיל קידושה ואיהי תשקול כספא, ואיך סובר התוס' ר"י דבאמת אביה שקיל קידושה ואיהי שקלא כספא. וביארו בזה, דכל מאי דפשיטא לה להגמ' דאם אביה שקיל קידושה גם הכסף שלו, היינו אם רק הוא המקדש דאז מסתבר שהוא הבעלים על הקידושין וממילא הכסף שלו [ובקונטרסי שעורים קידושין הוסיף דאם דרשינן מאת בתי נתתי משמע מלשון הפסוק שהאב הוא הבעלים, דהרי הלשון דף מו ע"ב

נתתי משמע שהוא נותן את גוף הבת כבעלים ואינו רק יד הבת]. אבל לפי מאי דבעי למימר דבנערה גם היא וגם אביה מקבלין קידושין לא מסתבר שיש לה שני בעלים, אלא בע"כ דהיא הבעלים והאב רק ידה דידה, וממילא הכסף לאביה. ובדעת תוס' צ"ל דסברי דלהך הו"א האב והבת הם שותפים בזכות וכל המקדש זוכה בכסף.

קכו) ותיירצה הגמ' יציאה דכוותה קממעט. ופירשו תוד"ה יציאה, דהשתא כיון דשמעינן מהך קרא דכספא דאביה הוי, סברא הוא דאיהו נמי מקבל כסף קידושין, דהשתא אביה שקיל כסף קידושין ואיהי תיקדוש נפשה. והיינו דממה שהאב מקבל כסף הקידושין ש"מ שהוא הבעלים וממילא הוא נמי המקדש.

והקשה הגרע"א דדילמא הבת היא הבעלים והאב זוכה בכסף רק מדין שבח נעורים כשם שזוכה במעשי ידיה. ועוד הקשה דבגמ' בקידושין בעינן למילף דהכסף קידושין לאביה ממעשי ידיה. ואילו לדברי התוס' הא י"ל דאביה לא מצי לקדשה ומשו"ה ע"כ הכסף שלה, שאם הוא של אביה ע"כ הוא יכול לקדשה [כסברת התוס'] וזה א"א למילף ממעשה ידים, ונשאר בצע"ג.

ותירצו האחרונים [ע"י קה"י ושי' ר' שמואל קידושין ועוד] על קושיתו הראשונה, דקנין כסף נעשה רק אם ניתן הכסף למי שהוא בעל הקידושין, וממילא לא יתכן לומר דהכסף יהיה שייך לאביה והיא תהיה המקדשת. ומשה"ק הגרע"א בקושיתו השניה, תירץ הקה"י דאפשר ללמוד קידושין מנדרים ומעשה ידיה כאחד, דנדרים הם איסורא, ומעש"י הם ממונא, והקידושין מורכבים מאיסורא וממונא וילפינן מתוריהו דהאב בעלים על הקידושין. וע"ע באחרונים הני"ל.

קכז) והגרע"א מפרש דברי הגמ' דכל הפירכא דא"א ללמוד מנדרים הוא משום דממונא מאיסורא לא ילפינן, ונקט הגרע"א דהממונא בקידושין הוא כסף הקידושין, וא"כ אחר שכבר יש ילפותא שכסף הקידושין שייך לאב וכל הנדון רק מיהו הבעלים על מעשה הקידושין י"ל דזה מילתא דאיסורא ואפשר ללמוד זאת מנדרים.

ובדעת תוס' שלא פירשו כן כתבו האחרונים דס"ל דהבעלות על הקידושין עצמם מקרי מילי דממונא [ולא רק כסף הקידושין] ולכן א"א ללמד מאיסורים.

והנה התוס' ד"ה ממונא הקשו דנילף על מעשה הקדושין מנדרים וממילא נדע שכסף הקידושין לאביה, ותיירצו דאיסורא דאית ביה ממונא הוא. והקשה הגרע"א דמ"מ נילף על קידושי שטר וביאה שהם איסורא גרידא והדר נילף גם קדושי כסף מדהוקשו הוויות להדדי. וכתבו האחרונים דהגרע"א לשיטתו שנוקט דהאיסורא דאית ביה ממונא - פירושו דאית ביה כסף קידושין. [ולכן בשטר וביאה דאין כסף קידושין הוי איסורא גרידא]. אבל התוס' לשיטתם דהקידושין עצמם הוי כאיסורא דאית ביה ממונא א"כ גם קידושי שטר וביאה א"א ללמוד.

ובעיקר מש"כ הגרע"א דקידושי שטר וביאה הוי איסור גרידא, צ"ע שהרי התוס' הביאו ירושלמי דבקידושי ביאה איכא ג"כ ממונא שיכול לקצוץ כסף עבור הביאה, וא"כ גם קידושי ביאה הוי איסורא דאית ביה ממונא [אפי' לדרכו של הגרע"א]. ואמנם מקידושי שטר שפיר קשה קושיתו, אבל הגרע"א הלא הזכיר בקושיתו גם קידושי ביאה וזה צ"ע כנ"ל. וע"י משכ"ב הגרש"ר בקידושין אות מו. [ולענ"ד י"ל דבשלמא כסף הוא חלק ממעשה הקידושין ועל ידו מקרי הקידושין "איסורא דאית ביה ממונא", אבל הביאה אע"פ שאפשר לקצוץ עליה תשלום מ"מ אין זה חלק ממעשה הקידושין אלא זכות צדדית, ולא נחשב ע"ז כאיסורא דאית ביה ממונא].

קכח) בקידושין מ"ג ב' פליגי ר' יוחנן ור"ל דלר"ל לנערה יש יד לקדש את עצמה [מלבד אביה] ור' יוחנן סובר דרק אביה ולא היא. וטעמא דר' יוחנן מפורש התם דרק בגירושין שמכנסת עצמה לרשות אב יש לה יד [לקבל גיטה] אבל בקידושין שמוציאה עצמה מרשות אב אביה ולא היא. ור"ל ס"ל דהוקשה הויה ליציאה וכשם שיש לה יד לגירושין כך יש לה יד לקידושין. וכתב הריטב"א (קידושין ד' ב') דסוגין אתיא כר' יוחנן דאין לנערה יד, [ואע"ג דהתם משמע דטעמיה דר' יוחנן

משום דמוצאה עצמה מרשות אב, אי"ז עיקר הטעם, אלא רק ההסבר מ"ש קידושין מגירושין]. אבל ר"ל סובר שהקטנה מקדשת עצמה ומ"מ הכסף לאביה כדן מעשה ידיה.

והנה הרשב"א והריטב"א בקידושין מ"ד א' נקטו דגם לר"ל אין הנערה יכולה למנות שליח לקדש אלא רק היא עצמה יכולה לקדש את עצמה. [ובירושלמי בגיטין פרק התקבל ה"ב מבואר להדיא דלר"ל יכולה למנות שליח, ודלא כראשונים הנ"ל]. ובפשטות הטעם מפני שאין היא בעלים על הקידושין אלא רק יד אביה ולכן אין בכחה למנות שליח, וא"כ י"ל דמה שהכסף שלו הוא מעיקר דין הקידושין שהוא הבעלים, וצ"ע דלפ"ז יתכן דסוגין אתיא כר"ל ואפ"ה הכסף לאביה מעיקר זכות הקידושין. ועי' בשי' הגרש"ר משכ"ב. וע"ע באו"ש פ"ג מגירושין ה"ב, ובאבי עזרי שם משכ"ב.

אכן התוס' הרא"ש בקידושין כתב דהסוגיא אתיא כוותיה דר"ל דאילו לר' יוחנן באמת לא הוה פריך דאיהי תקדש נפשה ואיהי תשקול כספה ע"ש.

קכט) בב"ק פ"ז א' כתב רש"י דהמקור ששבח נעורים לאביה הוא מקרא דבנעוריה בית אביה [ומשם ילפינן קידושין] וע"ש בתוס' שהביאו שכן פירש רש"י בב"מ י"ב דמצאית קטנה לאביה נמי מה"ט דשבח נעורים לאביה. והתוס' הקשו דבסוגין מבואר דלמסקנא ליתא לטעם זה דממונא מאיסורא לא ילפינן ע"ש.

ולעיל ל"ט ב' ברש"י ד"ה דאבואה הוא כתב: דהא כל שבח נעורים ילפינן לקמן לאביה. והקשה המל"מ (פ"ב מנערה הי"ג) דהא למסקנא לא דרשינן כן [וכעין קושית תוס' הנ"ל].

והב"ח (ח"ו"מ סי' תכד) תירץ על רש"י בב"ק דמה שהביא את הפסוק הוא רק לס"ד שחייב לאב דמי הנזק ובאמת למסקנא הטעם שאין משלם הוא משום דליתא להך דרשא. אמנם דבריו לא מספיקים לרש"י בב"מ ולרש"י לעיל לט.

ובפנ"י כאן תירץ דמהך קרא דבנעוריה ילפינן שאם נתגרשה חוזרת לרשות אביה, ולכן הביא רש"י פסוק זה. ובקונטרסי שעורים תירץ דודאי עיקר הילפותא גם לרש"י הוא מקראי דסוגין, אלא דמהא דבנעוריה בית אביה ילפינן דאין האב זוכה מבתו, אלא הוא הוא הבעלים ע"ז כמו שהפרת נדרים היא מכח שהוא בעלים על נדרי הבת.

ובמש"כ רש"י בב"מ שגם מציאתה שייכת לאביה מדאוריתא, הקשו התוס' בב"ק ובב"מ שם, דמבואר בהמשך הסוגיא שהטעם משום איבה.

ותירץ בקונטרסי שעורים ע"פ המבואר בר"ח בב"מ י"ב דלמ"ד עבד עברי גופו קנוי מציאת אמה מדאורייתא לאביה, וא"כ י"ל דלאותו מ"ד ילפינן בת מאמה שמציאתה לאביה [כמו שילפינן על מעש"י מאמה] ואילו הגמ' כאן אתיא כמ"ד ע"ע אין גופו קנוי. [ועי' בפנ"י].

קל) וכי"ת נילף מבושת ופגם, הקשו הראשונים הא בושת ופגם גופייהו ילפינן מקידושין, ועי' בזה בתוס' לעיל מ' ב' ד"ה דאי ובקידושין ג' ב', ובראשונים שם.

קלא) תוד"ה זכאי. כתבו תוס' דליכא למילף מציאתה מקידושיה משום דבמציאה טרחה. והא דלא ילפינן ממעש"י וקידושין, כתבו התוס' משום דבתרוייהו האב נפסד על ידיהם. והקשה מהרש"א למה לא כתבו תוס' טעם זה [דהאב נפסד] גם בתחילת דבריהם דלכן אי"א ללמוד מציאה מקידושין. ותירץ דהא דאב נפסד אינו פירכא גמורה, ורק לגבי במה הצד פרכינן לה.

ועפ"ז כתב הב"ש (סי' לו ס"א) דהנותן מתנה לנערה זוכה בה אביה דילפינן לה מקידושין לחוד, דהרי במתנה אינה טורחת. [והפירכא שהאב נפסד בקידושין הרי לא פרכינן אי ילפינן מחדא]. עוד ראיא הביא הב"ש, דבמקדשה בכסף רב הרי כל הכסף של אביה ולא אמרינן דרק שו"פ יהיה לאב והשאר לבת, ובע"כ הוא מדין מתנה. ועי' בח"מ שם שהסתפק בדין זה דמתנת הבת של מי היא. [והטור העתיק שם דין מציאתה לאביה, ותמה הב"י למה העתיק ד"ז בהלכות קידושין, ותירץ הב"ח דהטור כתב כן משום הנפקא מינה הנ"ל בקידשה ביותר משו"פ].

ובבאר היטב דחה הראיות הנ"ל, דבמקדש ביותר משו"פ כיון דהכל הוא כסף קידושין ממילא זוכה בו האב, משא"כ במתנה גרידתא. ומה שהביא הב"ש ראיא מהתוס', כתב הבאר היטב דבאמת הא דהאב מפסיד הוי פירכא גמורה ודלא כמהרש"א ע"ש.

והוכיח הבאר היטב [והגרע"א בגליון השו"ע] דלא כב"ש מהא דאין האב זוכה בירושת הבת [וכדנתן במתניתין ואינו אוכל פירות בחייה, ועי' ברש"י]. ולדברי הב"ש כשם שזוכה במתנה שקיבלה הבת כמו"כ יזכה בירושה. ובאוצר הפוסקים הביאו מכמה אחרונים שמחלקים בין ירושה הבאה מאליה [עי' ב"ב קמ"א א'] לבין מתנה. [ולענ"ד יש לומר עוד, דהנה הקצה"ח בסי' רמ"ט דן בעבד שהיו לו נכסים מלפני היותו עבד אם זוכה בהם האדון. וי"ל דבבתו אין זוכה בזה. ולו יצויר שיהיה לה נכסים קודם היותה בת]. ומעתה י"ל דירושה שהיא בהמשך בעלות המוריש מקרי כנכסים שהיו לה מקודם].

ובעיקר קושית תוס' עי' ברשב"א שמחלק דקידושין ומעש"י שבחא דגופא הוא, משא"כ מציאה. [ולפ"ז פשוט שה"ה מתנה]. ועי' באבנ"מ שהביא שו"ת הרשב"א שמתנתה לעצמה, וי"ל דהרשב"א לשטתו. וע"ש עוד משכ"ב.

דף מז ע"א

קלב) תוד"ה משום איבה. שיטת רש"י דזכיית הבת משום איבה דמוזנות, ולפ"ז באינה סמוכה על שולחנו אין לה מזונות, ועי' בריטב"א ובמהרש"א שהקשו על רש"י דלמ"ד גדול הסמוך על שולחן אביו זהו קטן, נמצא דאין חילוק בין בן לבת, דכל שסמוך על שולחנו יש לו מזונות וכל שאין סמוך אין לו, ולמה תנן כאן דיש דין מיוחד בבתו. ועי' בקרני ראם.

ושיטת תוס' דהאיבה היא איבה דנשואין, אבל איבה דלא יזונה ליכא כלל [ולכן בניזנות מן האחין אין מעש"י שלהם], ומה דמצינו דמעש"י לבעל משום איבה [ובבעל הרי לא שייך טעם התוס' ובע"כ הטעם משום מזוני כרש"י] לכאז' צריך לחלק בין מעש"י למציאה, אך עי' בפנ"י משה"ק על חילוק זה, ולכן מפרש דאב לבתו ואח לאחותו לא שכח שלא יזונה ולא חיישינן לזה כלל, ורק בעל לאשתו ויתומים לאלמנה חיישינן לזה. והנה הגרע"א הקשה לשיטת תוס' מ"ש בת הניזנות מן האחין [דלא חיישינן לאיבה] מבן סמוך על שולחן אביו דחיישינן לאיבה ומש"ה מציאתו לאביו. ולסברת הפנ"י י"ל דרק לבת קיימת סברא הנ"ל משום דהדרך לזונה, משא"כ בבנים שלא כולם זנים אותם יש חשש שיחדל לפרנסו. ובדרישה סי' ע"ר מתרץ דלדעת תוס' הא דמציאת בן הסמוך על שולחן אביו לאביו אין זה מחשש שלא ירצה לזונו, אלא שכך נראה ישר בעיני חכמים לשלם טוב לעושה הטוב דכיון שהוא מזין אותו מן הראוי הוא שתהיה המציאה שלו, משא"כ באחין דבע"כ מיתזנא מינייהו.

וני"מ בין רש"י לתוס' באינה סמוכה על שלחנו, דלרש"י לעצמה ולתוס' לאביה, וכן בבגרת הסמוכה על שלחנו דלרש"י לאביה ולתוס' לעצמה [למ"ד גדול ממש]. וכתבו הפוסקים דנקטינן כתוס'.

קלג) הא דזכי רחמנא לאב למימסרה לחופה וכו'. פרש"י דכתיב את בתי נתתי. והרמב"ן והרשב"א מפרשים דלפינן לה מדיכול לקדשה, דאם לא יוכל למסור לחופה כסף קידושה היאך זכי להו הרי ע"מ לכנסה נתן לו. [ומבואר בדבריהם דיסוד הקידושין הוא הכשר לחופה ואם אינו בעלים על החופה אינו בעלים גם על הקידושין].

ועיין בתוס' שהקשו למה לא ילפינן קידושין מחופה, ותיירץ בגליון תוס' דבחופה אין ממון כלל ובקידושין יש ולא גמרינן איסורא ממונא.

קלד) דמסר לה בשבתות ויו"ט. הקשה הגרעק"א דעדין מפסידה ממלאכות המותרות ביו"ט, דהא שכר שבת אינו אלא מדרבנן, ועי' ברש"י משכ"ב.

קלה) תוד"ה דמסר "איכא למימר דהכא איירי שעה אחת לפני יו"ט שהוא כיו"ט לענין מלאכה דתוספת דאורייתא ובטילה באותה שעה מן המלאכה". דברי התוס' צ"ב דכיון דהוי תוספת יו"ט א"כ גם אז יהיה אסור לשאתה משום דאין מערבין שמחה בשמחה.

והנה בתרוה"ד סי' רמ"ח דן אם אפשר לעשות הפסק טהרה אחר שקיבלו הקהל שבת ולהחשיב את יום השבת לז' הימים, והשיב דא"א. וראה ממי ששמע שמת לו מת אחר שהתפלל ערבית מבעוד יום, דאין עולה לו לז' ימי אבילות אלא מיום שלמחרת. וכן הביא שאחד מן הגדולים פסל גט שניתן אחר שהתפללו הקהל ערבית משום שכתוב בא"ז דהנותן גט בלילה הרי הוא פסול. וה"ה בהפסק טהרה.

אמנם כתב התרוה"ד שאחד מן הגדולים כתב לו לחלק, דהמתפלל מבעוד יום אין אותו הזמן נחשב כעצומו של יום הבא, אלא רק כסניף ותוספת ליום הבא. ולכך לענין אבילות וגט אינו נחשב ליום כיון שהוא סניף ליום הבא. אבל לענין הפסק טהרה לא קפדינן אלא מעיצומו של יום ולא על התוספת. עכ"ד. והתרוה"ד חלק עליו דאם נימא דאינו מעיצומו של יום נמצא שהתפלל ביום הבא רק ב' תפילות, והרי כתיב ערב ובקר וצהרים אשיחה ואהמה וא"כ בעינן שבכל יום יתפלל ג' תפילות. ועוד דלגבי גט הרי הפסול הוא בגט הניתן "בלילה" מגזה"כ. וא"כ אם אינו רק סניף הרי אינו מעיצומו של לילה ולמה נפסל. ואדרבה לגבי ז"נ מסתבר טפי לומר דבעינן ז' שלמים עם הסניף שלהם. [ובדעת אחד מן הגדולים נראה דס"ל דאם דנים על התוספת לכשעצמו אם הוא יום או לילה - נידון כלילה משום שהוא ניטפל אליו. ולכן הגט פסול, וכן באבילות שרוצה למנות את התוספת ליום נוסף מדין מקצת היום ככולו, א"א לדונו בנפרד מן היום. משא"כ בהפס"ט שרוצה לדון את "היום הבא" ליום שלם, אין צריך לשלימות היום גם את התוספת ודו"ק]. ועיי' עוד בתה"ד שהאריך.

קלו) ודברי התה"ד הובאו ברמ"א יו"ד סי' קצ"ו ס"א, והביא שם שהאגור חולק ע"ז וס"ל דאפשר לעשות הפס"ט גם אחרי קבלת שבת. [ופסק בדדעבד יש לסמוך על האגור]. ובביאור הגר"א (סק"י) ציין על דברי האגור את תוס' דידן [ועיי' בש"ך שהעתיק לשון האגור שהוא עצמו מיייתי לתוס' דידן], והנה אם כוונת האגור כסברת אחד מן הגדולים א"כ אי"ז שייך לתוס' דידן, שהרי כאן הנידון על התוספת עצמה אם יש בה שמחה. ובע"כ דהאגור והגר"א למדו דהביאור דף מז ע"א

בתוס' דתוספת שבת מהניא רק לגבי איסור מלאכה ולא לגבי שאר דינים. ויעו"ש בגר"א שהביא ראייה לאגור מדאבעיא לן בברכות כ"ז ב' אם אחר שהתפלל מבעוד יום יכול לומר קדושה על הכוס, מכלל דלשאר דברים דלא שייך לשבת ודאי לאו לילה הוא עכ"ל, ומבואר כנ"ל.

עוד ציין הגר"א לתוס' בפסחים צ"ט ב' שכתבו דא"א לאכול מצה מבע"י משום דאיתקוש לפסח שנאמר בו ואכלו את הבשר בלילה הזה אבל סעודת שבת ויו"ט מצי למיכל מבע"י. ונראה דכוונת הגר"א להוכיח דאינו ממש כיום המחרת דא"כ קרינן ביה בלילה הזה אע"פ שהוא יום [כמו שנקט התרוה"ד לגבי גט] ובע"כ דלאו כיום שלאחריו הוא לגמרי אלא רק לגבי דיני שבת.

אמנם לכאוי יש פלוגתא בין תוס' דידן לתוס' בפסחים, דהתוס' דידן ס"ל דאין דין שמחה בתוספת, ובע"כ דרק לגבי איסורי מלאכות איכא לתוספת שבת, אבל התוס' בפסחים ס"ל דאפי' סעודה אפשר לעשות מבעוד יום, וא"כ לכאוי ה"ה דאיכא דין שמחה ביום. [וכן נקט הדברי יחזקאל סי' מ"ה, ויבואר עוד להלן].

קלז) וברמ"א (או"ח סי' תרל"ט ס"ג) כתב דלא יאכל בלילה הראשונה עד שיחא ודאי לילה, [ועיי' בגר"א שציין לתוס' בפסחים] ובמג"א משמע דאינו רשאי לברך לישב בסוכה מבעוד יום. והקשה הגר"ח (מובא בדברי יחזקאל שם) דהרי התוס' בפסחים כתבו דרק מצות א"א לאכול ביום מגזה"כ ד"בלילה" וא"כ בסוכה שמצוותה שבעה, למה לא יוכל לברך מבעוד יום. ובדברי יחזקאל תירץ תוס' דידן הרי ס"ל שאי"ז חלק מהיום וליכא בזה מצוות שמחה וא"כ ה"ה שאין בזה מצוות סוכה, ודלא כתוס' בפסחים. וי"ל שהרמ"א חשש לשיטת תוס' דידן. [ועיי' בדבר"י שמחדש דתוספת לא מקרי מ"ע שהזמן גרמון, דהוא דין כללי שצריך להוסיף מחול על הקודש ונוהג תמיד, וכיון שאי"ז חלק מעיצומו של יום אין לזה דין זמן גרמון ומה"ט אין בו שמחה].

קלח) ובשם הגרש"ר אומרים לבאר דברי התוס' דידן באופן אחר [דלא כאגור והגר"א] וליישב הסתירה בין תוס' דידן לתוס' בפסחים. דהנה בשאג"א (סי' ס"ח) כתב דבלי ל"ט ראשון של חג אין מצות שמחה מדאורייתא, [אלא רק מדרבנן]. ולפ"ז פשוט שה"ה בתוספת אין מצות שמחה דלא עדיף מהלילה, ולכן כתבו תוס' דמותר להינשא דאע"ג דהוי ממש כיום הבא מ"מ יש לו רק את דיני הלילה. ומש"כ דמקדשה בתוספת ולא שמוסרה לחופה בלילה, היינו משום דזו האוקימתא הראשונה של הגמ' שמוסרה לחופה בלילה, והשתא בעינן לאשכוחי אופן שיוכל לקדשה גם ביום.

קלט) ובמש"כ התוס' דבתוספת שבת אפשר להכניס לחופה משום דאין מצות שמחה, צ"ע דמ"מ אסור להכניס לחופה אפי' בשבת משום דאין מקדשין ונושאים בשבת [עי' או"ח סי' שלט]. ותיירץ המג"א (סי' תקמו סק"ד) דתוס' מייירי כלפי דין תורה, אבל אה"נ דמדרבנן אסור.

עוד כתבו התוס' דנישואין בלא סעודה שרי. ועי' במהרש"ל שהקשה דבמו"ק מוכח דאסור גם בנשואין בלא סעודה, ועיי' שביאר דברי הגמ' במו"ק באופן דחוק. והמהרש"א כתב דאה"נ דאסור מדרבנן אף בלא סעודה, אבל מדאורייתא שרי ותוס' מייירי לדינא דאורייתא.

והמג"א (סי' תקמו סק"א) כתב דזה תלוי בפלוגתא אמוראי במו"ק מדוע אסור להינשא, דסוגין מייירי אליבא דרב, והוא סובר במו"ק דהדרשא מקרא דושמחת בחגך ולא באשתך, וביאור הדרשא דשמחת הסעודה שעושה בחג צריך להיות לשם החג ולא לשם אשתו, וא"כ נישואין בלא סעודה שרי, אבל לשמואל דסובר הטעם משום אין מערבין שמחה בשמחה אסור אפי' בלי סעודה. [ובנתיב חיים כתב להיפך מהמג"א ע"ש].



קמ) השתא זבוני מזבין לה מעש"י מבעיא. דעת תוס' כאן וכן בתוס' ישנים מ"ג א' דהוי ממש ק"ו [והת"י כתבו דאמרינן בזה דיו]. אכן הפנ"י כתב ליישב קו' הת"י שם דא"י ק"ו אלא הוכחה דמהא דיכול למוכרה מוכח שהיא שלו. [ובביאור דברי תוס' דאין זה אלא ק"ו, ע"י בשי"ר שמואל קידושין אות רז].

קמא) כתב לה פירות כסות וכלים. שיטת רש"י דמיירי בארוסה, וע"י בריטב"א שהביא קושית תוס' על רש"י דהא ארוסה אין בעלה יורשה, וא"כ מ"ט דר' נתן. אולם לעיל מינה כתב הריטב"א בדעת רש"י: ומעתה גמר האב והקנה לארוס כלים אלו שזכה בהם משעת כתיבה, דאע"ג דאין ארוס יורש ארוסתו, הכא לאו מכח ירושת ארוסתו הוא זוכה אלא מכח האב שהקנה לו מעכשיו בהנאת חיתון דאיחתנו בהו. ובחי' הרשב"א הקשה ג"כ דהא ארוסה אין בעל יורשה, כדאיתא להלן נ"ג א', ואפי' ת"ק נמי כל טעמו מפני האומדנא. ותירץ: דהתם בנכסי מילוג שלא כתבן הבעל עליו, אבל נכסי צאן ברזל שקבלן הבעל בכותבה ושמן וקבל על עצמו הרי זכה בהן הבעל משעת כתיבה ואם מתה יורשה לדעת ר"נ, ולרבנן לא משום אומדן הדעת.

ועוד, בפנ"י שבתחילה רצה לומר דכל הברייתא מיירי דוקא בחפץ בעין שבזה הבעל יורש את אשתו, אבל אם היה חוב לתת לאשה אין הבעל יורשה, דהרי אין הבעל יורש בראוי, ועפ"י תמה על הרמ"א (סי' נב ס"ד) שכתב לפלוגתא דרש"י ור"ת באופן שפסק מעות לנדונית בתו. וכע"ז תמה על דברי התוס' בע"ב שהביאו תו"כ דהפוסק ממון לבתו והקשו מזה על ר"ת ומשמע דלרש"י יש ירושה אע"פ דהוי רק מלוה. וע"ש שמסיק דנדוניתא שאני שזוכה בה הבעל, ולכאור' כוונתו כד' הרשב"א והריטב"א הנ"ל שזוכה לאלתר מן האב וא"צ בזה לירושה.

אמנם יע"ש בפנ"י בתחילת דבריו שמדקדק מלשון רש"י דמדן ירושה הוא [ע"י ברש"י ד"ה לימא "דבעלה יורש נדונייתה" "אם מתה איהי נמי ירית איהו נדוניא] וצ"ב איך מתורץ זאת בדבריו שבסוף.

ובאבני מלואים (סי' צ' סק"ד) דחה הראיה מרש"י, ד"ל דבאמת זכה לאלתר בנכסים, ומש"כ רש"י דהוא יורשה, היינו משום דהמקבל נכסי צאן ברזל זוכה בהם ומתחייב כנגד זה לשלם כשווין בשעת נשואין בין הוקירו ובין הוזילו, ועל הד' חוב שהתחייב בשעת הנישואין קאמר רש"י דאיהו יורשה.

קמב) אולם הקשה האבנ"מ ע"ד הפנ"י דבין באופן שהכניסה מטלטלין בעין, ובין באופן שהכניסה מלוה, הרי מתחייב כנגד זה ממון כדין נצ"ב, וא"כ הו"ל מלוה, ואין הבעל יורש בראוי. אמנם באמת כאן א"י מלוה דאחרים אלא מלוה של האשה על בעלה ולגבי ירושת בכור אמרינן בב"ב קכ"ד א' "ובמלוה שעמו פלגי", ובפסטות ה"ה בירושת אשתו דיחלוקה, וכ"ה להדיא דעת הרשב"א הובא בחלקת מחוקק סי' צ' סק"ח. וא"כ למה במתה אשתו נפטר הבעל מכל החוב.

ולכן מייסד האבנ"מ דהא דאין הבעל נותן הנצ"ב לאשתו א"י מדן ירושה, אלא דהרי זמן פירעון הכתובה הוא "לכשתנשאי לאחר" וכאן שמתה לעולם לא מגיע זמן זה ומש"ה פטור. [וכע"ז כתב האבנ"מ בסי' נ"ב]. והנה דבריו א"ש היטב בדברי הריטב"א בסוגין שלא הזכיר ענין ירושה, אבל רש"י הרי כתב דמדן ירושה הוא וא"כ הדק"ל. ובחי' הגרש"ש סי' מ"ז הביא דבתוס' ביבמות ל"ח מפורש דהא דבמתה האשה זוכה האב בנצ"ב הוא מדן ירושה, וא"כ לדבריהם הדק"ל. [והרשב"א הזכיר בלשונו "ואם מתה יורשה". וי"ל].

קמג) והגרש"ש כתב לדון דיתכן דתוס' פליגי על הרשב"א וס"ל דבמלוה שעמו יורש הבעל את הכל ולא דמי לירושת בכור ע"ש בארוכה ואכ"מ, ועפ"י א"ש הא דירש הבעל את החוב ומיושבין דברי רש"י.

ולדעת הרשב"א י"ל כמו שביאר האבנ"מ דא"י כלל מדן ירושה אלא דלא הגיע זמן הפירעון. והא דתוס' ורש"י פליגי וס"ל דהגיע זמן הפירעון [וזוכה רק מדן ירושה] - ביאר הגרש"ש דכשקוצץ זמ"פ מאוחר אין הביאור שהממון שניתן לו אינו מחייבו, וחייב רק משום הקציצה, אלא ודאי שמה שבידו ממון ההלוואה מחייב אותו כל רגע, אלא דקביעת זמן הפירעון היא מחילה על התביעה במשך אותו זמן, ועפ"י מחדש הגרש"ש דאם המחילה לא עד תאריך מסוים אלא עד זמן שיעשה איזו פעולה כגון עד שיבא המלוה למקום פלוני ומת המלוה שמעתה לא יתכן שיבוא זמן הפעולה, כיון דמעתה ליכא לההוא זמן בעולם שוב מתחייב לאלתר, ועפ"י ה"ה בכתובה כיון שלא יכול להתקיים "לכשתנשאי לאחר" מתחייב לאלתר, ולכן צריך בזה לדן ירושה.

קמד) והנה כל דברי האחרונים הנ"ל מיירי לענין ירושת נשואה, אבל בארוסה קשה איך יירש את הכתובה והרי אין ירושה לארוסה, ובשלמא לדעת האבנ"מ דא"י מדן ירושה א"ש, אבל לדעת רש"י ותוס' דהוא מדן ירושה קשה. וע"י בפנ"י שר"ל דס"ל לר"נ דיש ירושה לארוסה, וע"ש משה"ק ע"ז.

והנה הגרע"א (אותיות דרעק"א סי' ד') הקשה כעין קושית האבנ"מ דלמה יורש את החוב שהתחייב לאשה הרי במלוה שעמו פלגי [וכד' הרשב"א המובא בחלקת מחוקק]. וכתב דלגבי ממון בעין י"ל דכיון דיש לו דין ירושה ע"ז א"כ כל הממון שמתחייב הוא רק על תנאי שימות הוא לפניו, אבל להצד דיהיה לו דין יורש [שתמות היא לפניו] מעולם לא התחייב. אבל בהא דכתב הרמ"א דגם בהתחייבות של האב יורש הבעל צ"ע דכאן חייב לבוא מדן הזכיה בנצ"ב [דאילו מדן ירושה הרי אין בעל יורש מילוות אשתו] וא"כ הרי התחייב כנגד זה והוי מלוה שעמו. [ונראה דזו ג"כ סברת הפנ"י ומיושב משה"ק עליו האבנ"מ - אות קמב -].

ותירץ הגרעק"א דבהכרח צ"ל דהבעל זוכה מיד בחוב ובאמת נתחייב כנגדו, אלא דהא דהחוב שביד הבעל הוי ראוי להרשב"א היינו היכי דכבר חל עליו פעם אחת שם החוב כגון שלוח ממנו קודם הנישואין. אבל בזה החוב שמתחייב נגד השום שהכניסה, כיון דאיגלאי מילתא למפרע דאותה שעה שבא להתחייב כבר יש עליו שם יורש בזה מודה הרשב"א דמכח הירושה מפקיע החוב שלא יחול עליו החוב כלל, עכ"ל הגרע"א. והדברים צ"ב, ויל"ע אם סברתו שייכת גם מן האירוסין, ועיין.

דף מז ע"ב

קמה) בתוד"ה (בע"א) כתב "ועוד תיקן לא מכח ההלכה שאפי' בעל מוחזק שיחזיר אם מתה בתוך שנה וחזר בו בסוף ימיו מאותה תקנה". אמנם המרדכי הביא הד' תקנה, והביא עוד שבקהילות שו"ם (שפיירא וורמייזא מגנצא) תקנו שבשנה שניה מחזיר החצי. ובפ"ת (סי' נג סק"ד) כתב דבמדנינו המנהג כפי התקנה שנתקנה בועד בק"ק דף מז ע"ב סלוצק בשנת תקכ"א, שעד שלש שנים חוזר הכל ומשלש עד חמש חציו, ואח"כ הכל לבעל ע"ש. עוד מבואר ברמ"א (סי' נג) דכל התקנה רק אם לא הניחה האשה זרע של קיימא. וע"ש ובפ"ת הרבה פרטי דינים בתקנה זו.

[והנה התוס' הביאו מהתו"כ: ותם לריק כחכם, זה שפוסק לבתו ממון מרובה ומתה תוך שבעת ימי המשטה הרי הפסיד בתו והפסיד ממנו. וע"ש כמאן אתיא הד' תו"כ. ובהגהות מהרי"ד על התו"כ שם כתב: ונתגלה לי בחלום בשנת תרי"ד

בחדש אייר שלכן נקרא רבי יעקב איש תם רבנו תם, עבור שהוא תיקן תיקון חזרת הנדוניה וביטל זו הקללה של ו"תם" לריק.

קמו) במשה"ק תוס' על ר"ת דלקמן פרק אע"פ מוכח דגם רבנן אזלי בתר אומדנא. עיי' מה שביארו בזה מהרש"א ומהר"ם שיף ופני יהושע.

קמו) תוד"ה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה. הקשו דבכל מקח נימא אומדנא שלא קנה על דעת שתיטרף הבהמה או שתמות. והנה אין קושיתם מדין מקח טעות דהרי בשעת המקח לא היתה שום ריעותא [ובטריפה בשעת מכירה מבואר להדיא להלן עיי' ב' ובחולין נ' ב' דבאמת דהוי מק"ט]. אלא קושיתם מדין תנאי, ואע"ג דבעינן תנאי כפול, מ"מ הא אשכחן (בקידושין מ"ט ב') בההוא דזבן נכסיו אדעתא למיסק לארעא דישראל דאם פירש דבריו א"צ תנאי כפול, ופ"י שם התוס' דהיכא דהוי אגן סהדי א"צ תנאי כפול ע"ש, ולכן הקשו תוס' דגם כאן יהיה כאילו התנה.

והנה הרא"ש (פ"ב דקידושין סי' טו) כתב בשם רש"י דכל מאי דאיכא אומדנא הוא רק בקרקע לפי שאין דרך בני"א למכור קרקעות שהוא מתפרנס מהן אם לא שהיה דעתו לעקור דירתו מכאן, אבל במכר מטלטליו ליכא אגן סהדי וצריך להתנות בפירוש, ולפ"ז צ"ע מה הוקשה לתוס'. וביאר החת"ס (חח"מ סי' ע') עפמשי"כ הדרישה בסי' ר"ל דאם האומדנא מצד הלוקח הוי במטלטליו אגן סהדי, דהלוקח אינו רוצה הבהמה אלא למסחר ואדעתא דהכי ל"ק ע"ש.

קמו) ובעיקר החילוק בין נמצאת טריפה בשעת המכירה לנטרפה אח"כ, כתב הבית הלוי (ח"ג סי' ג') דאם הטריפה בשעת המכירה א"צ בזה לדין תנאים אלא הוי מקח טעות, פירוש דחפץ זה לא היה בדעתו כלל לקנות והוי כקנה דבר ונמצא שהוא דבר אחר דאי"ז מקח כלל. משא"כ בנטרפה או מתה אח"כ הוי מפרשת תנאים.

אולם הגרע"א במהדו"ת סי' נ"א נקט דכל מום הוי ג"כ רק משום דיני תנאים [דס"ל דמוס לא הוי כחפץ אחר ולכן בטל המקח רק מדין תנאי], ולפי דבריו צ"ל דהחילוק בין היתה טריפה בשעת מכירה לנטרפה אח"כ הוא סברא באגן סהדי, דזה פשוט שאינו רוצה לקנות בהמה שהיא עתה טריפה, וגם המוכר מסכים לזה שאם עתה היא טריפה לא תחול המכירה. אבל לענין מה שיארע אח"כ אין המוכר מסכים למכור על תנאי וכמש"כ התוס'.

קמו) ובחתי"ס (חח"מ סי' ע) כתב ליישב קושית תוס' דלא אמרינן אומדנא אלא במוכר או בלוקח ולא בחפץ עצמו. כגון אי הוה מזבין קרקעותיו ע"מ לקנות פרה ולא מצא ליקח היה חוזר המקח, וכן הלוקח דבר ולא אצטרך ליה חוזר המקח, אבל אם לא אירע דבר לא ללוקח ולא למוכר אלא בדבר הניקח כגון שנטרפה הבהמה לא אמרינן אומדנא, דאחר המקח נטרפה ופרה שלו נטרפה ומה לו למוכר בזה.

ועפ"ז מיישב משה"ק הטי"ז (אבן העזר סי' נב וחח"מ סי' סא) דלמה המקבל עליו לזון את בת אשתו ומתה אשתו חייב לזונה ולא אמרינן אומדנא דאדעתא דהכי לא נתחייב. [וע"ש בב"ש סק"י ובמגיה לט"ז - הוא ניהו החכ"צ - משכ"ב]. ומיישב החת"ס דשם השינוי באשה שהיא הדבר הנקנה ובה לא אמרינן אומדנא.

קמו) התוס' הביאו מהא דיבמה שנפלה לפני מוכה שחין, וכתבו דהתם הכל תלוי בה דלבעל לא איכפת אם מקודשת היא לו אם לאו, ולא איכפת ליה במה שיהיה אחר מיתתו. ובתוס' ב"ק ק"י ב' כתבו דדוקא בנפלה מן האירוסין איירי אבל בנפלה מן הנישואין ודאי מקדשה נפשה כדי שתהא נשואה לבעלה דמשום אחר מיתת בעלה לא מסקא אנפשה מלהיות נשואה. אלא מן האירוסין איירי דמקדושין אין לה שום טובה. [ומשמע להדיא בתוס' דהאשה עצמה רוצה להיות נשואה, וצ"ע מש"כ הבית הלוי (ח"ג סי' ג') בביאור דברי התוס' דבנישואין אין רוצה הבעל לבטל הנישואין ע"י התנאי דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, והרי בתוס' מבואר להדיא דהאשה אינה רוצה לבטל הקידושין, וכן הבין הגרע"א שיובא להלן].

והגרע"א בדו"ח כתב דא"צ למה שנדחקו התוס' בב"ק אלא דבנישואין הוא אינו מסכים שלא יחולו הנישואין כדי שלא תהא בעילתו בעילת זנות [וזה דלא כביה"ל הנ"ל שכתב דזו גופא כוונת תוס' ודבריו צ"ע].

והא דלא כתבו תוס' כדברי הגרע"א, כתב במנח"ש (סי' עו) שהם סוברים דגם קודם שנבעלה לא פריך הגמ' מטעם שכתבו הם. והנה הב"ש סי' קנז סק"ו כתב דאין לחשוש לזה שעושה כל בעילותיו בעילת זנות למפרע כיון דבשעה שבעל היה בהיתר, ולפ"ז היה מקום לומר דלכן לא כתבו תוס' כהגרע"א, אך עיי' במנח"ש שם שדחה זאת ואכמ"ל.

קנא) ת"ר תקנו מזונותיה תחת מעשה ידיה. ובתוס' הביאו פלוגתא רב הונא ור"ל אם יכולה האשה לומר איני ניזונת ואיני עושה, וצדדו התוס' בתחילה דלר"ל שאין האשה יכולה לומר, א"כ עיקר התקנה משום הבעל שיהיו לו מעש"י ולפ"ז יכול הבעל לומר צאי מעש"י במזונותיך אפי' בדלא ספקה. ובפנ"י הקשה דאם כן למה הוצרכו לתקן מזונות, הרי כשנוטל את המעש"י פשיטא שאינו יכול להשאירה בלי מזונות וכדאיתא לעיל מ"ג א' "עבד עברי דכתיב ביה עמך לא כ"ש בתו" ור"ה דאשתו לא גרעא מעבד עברי. ואם אינו נוטל מעש"י הרי באמת פטור ממזונות להך צד בתוס'. [ולפמשי"כ באות קנב מיושב, דנ"מ לענין שאיני יכול לילך למדנה"י ולהותירה בלא מזונות - באופן שנוטל מעש"י].

קנב) ובתוס' להלן מ"ח א' ד"ה רבי הקשו כמאן אתיא הך ברייתא דידן, דהרי לכו"ע מזונות דאורייתא ואינם כלל תקנה. וכתב הפנ"י דכל קושיתם רק לר"ל דאינו מגיה הברייתא. אבל לדעת רב הונא שמגיה הברייתא "תקנו מעש"י תחת מזונות" לק"מ, דאה"נ דמזונות הם מדאורייתא והתקנה היא רק על מעש"י, שיהיו שלה משום איבה דמזונות, וע"ש שתלה זאת בפלוגתא רש"י ותוס'.

והנה הרמב"ם (פ"ב מאישות ה"ב) פסק דמזונות דאורייתא, ושם בה"ד כתב: ועוד תקנו חכמים שיהיו מעשה ידי האשה כנגד מזונותיה, וכי' אבל אם אמר הבעל איני זנך ואיני נוטל כלום ממעשה ידיך אין שומעין לו שמא לא יספיק לה מעשה ידיה במזונותיה. ומפני תקנה זו יחשבו המזונות מתנאי כתובה, עכ"ל. וצ"ב מש"כ הרמב"ם דהמזונות מתנאי כתובה והרי הם חיוב דאורייתא. וביאר באבן האזל (פ"א ה"ח ממלוה) דהתקנה דרבנן היא שאינו יכול לילך למדנה"י ולהניחה בלא שעור מספיק של מזונות שמא לא יספיקו המעש"י למזונותיה. ולפ"ז לכאוי' מיושבת קו' תוס' דזו כוונת הברייתא תקנו מזונותיה תחת מעש"י. [וע"ע באבי עזרי].

קנא) ובעיקר קושית תוס' על ר"ל, עיי' באבנ"מ (ס"ט סק"ב) שמתרץ עפ"ד תשובות מיימוניות דדין א"א בתקנ"ח מהני רק להחזיק ולא להוציא, ולפ"ז י"ל דאמירת צאי מעש"י במזונותיך [שהוא ג"כ מדין א"א בתקנ"ח - עיי' ר"פ הכותב] לא מהני להפקיע מיד האשה את המזונות, שהיא נחשבת כמוחזקת בהם, דנכסי בחזקת אלמנה למזונות כמבואר להלן צ"ו ב'.

קנא) תוד"ה זמנין דלא מלו ופריק לה מדידה. הקשו מ"ש מזונות שיכולה האשה לומר איני ניזונת ואיני עושה, ואילו בפרקונה אינה יכולה לומר איני נפדית ואיני אוכלת פירות. ותירצו דהתם אינה מפקעת לגמרי שאם אמרה היום איני

נזונת ואיני עושה, למחר תעשה ותהא נזונת. ולשון הרא"ש: שאם אמרה איני נזונת היום ואיני עושה למחר היא נזונת ועושה. והנה יליע האם כוונתם דבאמרה שאינה נזונת לעולם לא חיילא האמירה כלל ורק באומרת לזמן מהני, או שכוונתם דגם אם תגיד לעולם או לזמן יכולה תמיד לחזור בה בתוך הזמן וממילא אי"ז עקירה. [ומלשון תוס' שאם אמרה היום איני נזונת וכו', משמע שהיא לא אמרה תיבת "היום", אלא שזהו הזמן שבו אמרה, והיא דיברה בסתמא. אבל ברא"ש שכתב "איני נזונת היום" משמע שהיא אמרה בפירוש מלכתחילה שרק היום אינה נזונת].

והנה להלן ק"ז א' אמרינן מי שהלך למדנה"י, רב אמר פוסקין מזונות לאשת איש ושמואל אמר אין פוסקין. מ"ט ר"פ אמר חיישינן שמא אמר צאי מעש"י במזונותיך [והיא קבלה על עצמה כדבריו]. והקשה בספר נתיבות משפט (הביאו אבנ"מ ס"ט א') לדעת תוס' דין ורבנו ירוחם (מובא ברמ"א שם) שהאשה יכולה לחזור בה, א"כ כיון שעתה תובעת מזונות הרי חזרה בה ואין שום חשש. וכן הקשה הבית יעקב כאן, והוכיח מזה הבית יעקב דאם חל הסילוק ודאי שאין יכולה לחזור בה וכוונת התוס' לומר שאם אמרה איני נזונת ואיני עושה לעולם לא מהני כלל, ורק אם אומרת לזמן מהני. [ומבואר כצד הראשון דלעיל], אמנם בדברי רבנו ירוחם המובא ברמ"א סי' סט א"א לפרש כן. [ובב"ש שם מדמה דעת תוס' לדעת ר' ירוחם].

ובמחנ"א (ה' דשלב"ל ס' ד') הביא דברי מהרי"ט שלמד מתוס' שאפי' אם אמרה איני נזונת לעולם יכולה לחזור בה, ומבואר מדבריו דכ"ז שלא חזרה בה באמת יצאו מעש"י במזונותיה ורק משעה שחזרה בה בטלו דבריה. ולפ"ז קשה טובא מדף ק"ז, ועי' במחנ"א שם שהקשה כן, ועי' באבנ"מ הנ"ל מה שתיירץ בזה.

קנה) ונראה דיסוד הנידון תלוי בסיבה להסתלק ממעש"י. דהנה מלשון תוס' נראה דהא דא"א להסתלק לעולם הוא מפני שמבטלת לגמרי את התקנה, ומשמע דזהו מכלל תקנת מזונות שא"א להפקיעה לחלוטין. אכן בריטב"א להלן נ"ח ב' מבואר בשם התוס' טעם אחר "דמזונות דכל יומא חוב הוא באפי נפשה" [ע"ש דנראה שזהו עיקר הטעם, ולא רק סיבה לחלק בין מזונות לפרקונה, דהריטב"א לא דן שם כלל בדין פרקונה]. והשתא לדעת הריטב"א פשיטא דגם אם הסתלקה לעולם יכולה לחזור בה, וכל הנידון שייך רק לפי משמעות תוס' כאן דהסברא משום ביטול התקנה.

קנו) ודעת הר"ן והריטב"א להלן נח בשם הרא"ה דא"א לחזור בה שאינו בדין שתוכל לשנות הדבר כל פעם שתרצה. דכשיהיו לה מעש"י תאמר איני נזונת ואינו עושה, וכשלא יהיו לה מעש"י תדרוש מזונות ולקתה מידת הדין. ולדעת תוס' כתב הבי"ש (סי' סט סק"ג) דהא יש חוק קצוב בכל שבוע כמה הוא עושה, משו"ה הברירה בידיה לומר בשבוע זו אני אעשה לעצמי ובשבוע אחרת תאמר תן לי מזונותי ואני מוכן לעשות חוק הקצוב.

וע"ש בב"ש שרצה לתלות פלוגת הר"ן ורבנו ירוחם בנידון אם הכסות ג"כ נגד מעשה ידיה דהר"ן בסוגיין סובר דגם הכסות תחת מעש"י, וא"כ בכסות ודאי שהכסות של כל החיים נגד מעש"י של כל החיים [דאין הכסות דבר המתחדש כל יום ודמי לפרקונה ולא למזונות]. אבל רבנו ירוחם סובר כהרא"ש דהכסות שלה מדאורייתא ולכן יש חוק קצוב ושייך לחלקו.

קנו) עוד תירצו התוס' דהטעם דאינה יכולה לבטל תקנת פרקונה כדי שלא תיטמע בין העכו"ם. וכן פסק השו"ע (סי' סט ס"ו) כטעם זה. וברשב"א ובר"ן כתבו הטעם משום דפרקונה הוא גם תקנתא דידיה שתהא לו שפחה לשמשו. [ובמגיה לריטב"א כתב דנ"מ בין הטעמים אם אפשר לבטל את התקנה בהסכמת שניהם]. ובתירוץ האחרון כתבו דמעש"י שאינם בעין ל"ש שיזכה בגוף הידים ומש"ה מהני הפקעה, ועי' ברע"א (גיטין ע"ז ב', והועתק כאן) משכ"ב. קנה) בגמ' ואיפוך אנא. פרש"י מזונות תחת פירות ופרקונה תחת מעשה ידיה. אולם התוס' להלן נ"ב א' ד"ה רצה, מפרשים דהקושיא דנימא דקבורתה תחת פירות ופרקונה תחת כתובה ע"ש. [והתוס' הקשו עפ"ז על רש"י, והעיר המהרש"ל דלפי מה שפירש רש"י כאן ל"ק קושיתם].

והנה הגרע"א הקשה על הגמ' כאן דמאי פריך, הרי אשכחן בקרא דמעשה ידי הבת תחת מזונות [עי' לעיל מ"ג א' ובקידושין ד' ובתוס' גיטין מ"ז, ונתבאר לעיל אות מ.]. וא"כ מה"ט גם רבנן יתקנו באשתו שהמעש"י תחת מזונות. ופשוט דלשיטת תוס' דף נ"ב לק"מ.

[ויתכן דכל קושית הגרע"א היא לשיטתו - אות מג - דהמאכיל בשעבוד משלו יש לו מזונות אע"פ שמאכיל בע"כ. אבל לדעת התוס' שכל שהוא משועבד לזה גרע, י"ל דא"א ללמוד בעל מאב, דהאב אינו משועבד והבעל משועבד]. קנט) תוד"ה אם. הגרע"א ציין לדרשות ראנ"ח, ודומה לזה כתב הרש"ש ע"ש.

דף מח ע"א

קס) תוד"ה ר' אליעזר. ע"ש שנקטו דלכו"ע מזונות דאורייתא ותמחו על הברייתא. ועי' מש"כ באות קנב. ובר"ן כאן הביא דעת הרמב"ן על התורה דכל הפסוק קאי בדין עונה, דשארה זה קרוב בשר, ועונתה כמשמעה, וכסותה דרשין מינה שלא ישמש מטתו על גבי קרקע, ולפ"ז מזונות דרבנן. אכן דעת הרמב"ם דמזונות עונה וכסות מדאורייתא. ולדעת הר"ן והרמב"ן הכסות בכלל המזונות ותחת מעש"י ונתבאר באות קנו.

קסא) תוד"ה דאורחיה. הקשו על רש"י אמאי נקט שני חלילין ומקוננות אחת, הול"ל לא יפחות לה מכדרכו. ובריטב"א תירץ דסבר ר' יהודה דכל כיוצא בזה דיה שתעלה עמו לאחר מיתה שלא לפחות לה משני חלילין ומקוננת כיון שבנות משפחתה אין עושין כן.

קסב) מי שנשתטה וכו' וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר. ומבואר ברש"י דהטעם משום דמסתמא ניח"ל בהכי. והנה שיטת תוס' ב"מ כ"ב א' דלמ"ד יאוש שלא מדעת לא הוה יאוש אסור להשתמש בשל השני אפי' אם ברור לכשידע יסכים לזה, דמ"מ כ"ז שלא נודע ולא הסכים בפועל הוי גזילה. והש"ך בסי' שני"ח מתיר. [ונחלקו האחרונים בהסבר דברי הש"ך. דהעונג יו"ט סי' קיא מבאר דכל החסרון של יאוש שלא מדעת הוא רק במקום שצריך לעשות חלות חדשה, אבל כאן דסגי שלא יהיה עכוב בעלים לכו"ע מהני יאוש"מ. ואילו הנו"ב (מהדו"ת אבהע"ז סי' עז) מבאר דהיכא דניחא ליה בהכי [ולא רק שמתרצה בדיעבד] הוה כאילו יש לו דעת תמידית להסכים לזה, ע"ש היטב שמוכח כן מדבריו]. והקשה הקצה"ח (סי' שנח) וכן באבנ"מ (סי' עא סק"ה) לשיטת תוס' איך כאן זנים ומפרנסין את בניו ובנותיו ודבר אחר, והרי זה יאוש"מ. ובהגהות ברוך טעם תירץ דכיון דהוא זכות בשבילו לתת צדקה לבניו זכין לאדם שלא בפניו. ובשיעורי ר' שמואל ב"מ לדף כ"ב ביאר דאע"ג דהקצה"ח (בסי' רמ"ג) סובר דזכין "לאדם" ולא "מאדם", היינו דוקא דהחלות לא חל מאדם, אבל כאן דסגי ברשות מהני משום זכין.

ובאבנ"מ (שם) מיישב גבי בניו ובנותיו, דשאני ניחותא דמצוה (כמש"כ הבי"י יו"ד סי' שלא ובט"ז שם). וגבי תכשיט כתב דאם יש תועלת מהתכשיט זה נכלל בחיובי הכתובה וממילא יש ע"ז שעבוד ע"ש.

קסג) להלן מ"ט ב' אמרינן דאדם אמיד כופין אותו לזון בניו ובנותיו הגדולים מדין צדקה. וכתב שם הרשב"א דלא נחתין לנכסיה והיכא דליתיה נמי דלא אפשר למכפיה לא זנינן להו לבניה מנכסיו כי היכי דלא עבדינן צדקה מנכסיו וכדתניא בסוגיין מי שהלך למדנה"י וכו' אבל לא בניו ובנותיו ודבר אחר. והר"ן (י"ח א' בדפי הרי"ף) הקשה דאיך כתב דאפי' בדאיתיה לא נחתין לנכסיה, הא אמרינן בסוגיין דמי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו וזנינן ומפרנסין את אשתו וד"א והיינו צדקה, ואם איתא דאפי' בפניו לא נחתין לנכסיה בשביל צדקה כ"ש שלא בפניו ואע"פ שהוא יוצא לדעת. ולכן מסיק הר"ן כדעת הרמב"ם דגם בצדקה נחתין בפניו לצדקה, ולא שלא בפניו, ומש"ה במי שנשתטה יורדין לנכסיו אפי' שלא בפניו ע"ש היטב.

דף מח ע"א  
קסד) והנה במה שהקשה הר"ן על הרשב"א למה בשוטה נחתין לנכסיה, צע"ג, דהרי גם לשיטת הר"ן עצמו אין יורדין לנכסיו אלא בפניו, ושוטה כשלא בפניו דמי [כמו שמבואר מלשון הר"ן כ"ש שלא בפניו אע"פ שהוא יוצא שלא לדעת]. וכ"כ המחנ"א הלכות מלוה סי' א'. ובע"כ שוטה שאני שאמדינן שרצונו לתת, וכן מבואר בהדיא בסוף דברי הר"ן דמה"ט אפי' באינו אמיד שפטור מן הצדקה נחתין לנכסיה משום דניח"ל בהכי. וא"כ ה"י לדעת הרשב"א נימא נחתין לנכסיה משום דניח"ל. ועי' במחנ"א (צדקה סי' א') שמבואר שכי"ה באמת דעת הרשב"א, אלא שדברי הר"ן צע"ג מה דעתו להקשות על הרשב"א, ועמד בזה בספר תרועת מלך על מס' ר"ה סי' ב' ונשאר בצע"ג. והנראה בביאור דברי הר"ן, דהנה צ"ב מה"י דעת הרשב"א דלא נחתין לנכסיו לצדקה, ומ"ש מבע"ח. ובתרועת מלך שם מבאר דס"ל דאין שעבוד הגוף לצדקה והוי רק מצוה, ומש"ה א"א לרדת לנכסיו דלא יזכו בנכסים אף כשירדו לתוכם [ורק במלוה דאיכא מיהת שעבוד הגוף יכול לזכות בהם] ואם נימא כן בדעת הרשב"א באמת אין התחלה לקושית הר"ן. ולכן נראה דהר"ן ביאר דעת הרשב"א, דהא דלא נחתין לנכסיה הוא משום דאין בזה כלל קיום מצות צדקה. דיסוד מצות צדקה הוא לתת מדעתו, ואם ב"ד יורדין לנכסיו אין לו בזה שום קיום, ומש"ה לא נחתין לנכסיה. ומעתה מבוארת שפיר קושית הר"ן דכיון דכשנוטלין הנכסים שלא מדעתו אין לו קיום מצות צדקה א"כ גם בשוטה לא יטלו הנכסים, וא"א ליטלם משום דניחא ליה בזה, דפשיטא שאם אין לו קיום מצוה לא ניחא ליה בזה. [ולא דמי למש"כ הר"ן דבדלא אמיד ניחא ליה שיזונו את בניו אע"פ שאין בזה מצוה, דשאני התם שהם בניו ומי שאינו מאכיל בניו מגונה ביותר ומש"ה אמדינן דעתיה דניח"ל. אבל כאן הקשה הר"ן מצדקה לאחרני [דהיינו "דבר אחר"] ובזה אם אין קיום מצוה לא ניחא ליה].

קסה) ודעת הר"ן והרמב"ם דבפניו נחתין ושלם בפניו לא נחתין, וחזינן דס"ל דיש קיום מצוות צדקה גם בשנחתין לנכסיה. [והיה מקום לומר דרק בפניו יש בזה מצוה משום דמסתמא ניחא ליה, אולם עי' בר"ן שמצדד דאפשר לגבות לצדקה אפי' שלא בפניו ומוכח דבכל גווני יש בזה קיום מצוה].

והאחרונים תמהו בדברי הר"ן דממ"נ אם יש שעבוד נכסים לצדקה למה לא יגבו שלא בפניו, ואם אין שעבוד נכסים למה יגבה בפניו. והנה הרמב"ם פסק בסוף הלכות נחלות דמי שנשתטה גובין הימנו צדקה. והקשה הר"ן (י"ז א' בדפי הרי"ף) דכיון דפסקינן כמ"ד דדבר אחר הוא תכשיט, א"כ אין מקור שנחתין לצדקה. [והיינו דאע"ג דהך פלוגתא דדבר אחר קיימא על הברייתא דמי שהלך למדינת הים וכגירסא הראשונה שהביא רש"י, מ"מ אחר שהלשון "דבר אחר" מתפרש על תכשיטין אין מקור גם בברייתא דשוטה על צדקה].

ובכס"מ מבאר דסברת הרמב"ם משום דמסתמא כל אדם ניחא ליה למעבד צדקה בממוניה. ועוד כי ממונו של אדם משועבד לעשות הימנו צדקה. [ולכן מסתבר דבברייתא דשוטה לכונ"ע דבר אחר כולל צדקה]. ובקצה"ח (סי' ר"צ סק"ג) כתב ראייה דיש שעבוד נכסים, דאם ליכא שעבוד א"כ איך מעשין השוטה למצוות צדקה, הרי הוא פטור מכל המצוות. והקשו האבני נזר (יו"ד סי' קסז) ובהגהות קהילות יעקב דלפי סברת הקצה"ח ליכא גם שעבוד נכסים, שהרי השעבוד הוא תולדה מן המצוה, וכיון דהוא פטור מן המצוה א"כ אין גם שעבוד. [וכן הקשה המחנ"א צדקה סי' א' על הר"ן - לפי ביאורו בדעת הר"ן דיש שעבוד נכסים]. ובתרועת מלך שם מיישב דכל מה ששוטה פטור מן המצוות הוא משום שאין לו דעת ולא שייך עליו חיוב גברא, אבל דבר שיכולין לעשות המצוה שלו בלעדו פשוט שגם לשוטה עבדינן המצוה ונחתין לנכסיה. [וראייה לזה דלמ"ד פריעת בע"ח מצוה איך גובין חוב משוטה, הרי ל"ש בזה עד שאתה כופהו בגופו אתה כופהו בממונו, ובע"כ דמצוה זו שייכא גם בשוטה].

קסו) והנה לפי ביאורו של הכס"מ דיש שעבוד נכסים [וכן ביאר הקצה"ח סי' רצ והמחנ"א צדקה סי' א' בדעת הר"ן] צ"ע למה שלא בפניו אין גובין. וביאר בזה המחנ"א שם ע"פ הגמ' להלן פ"ח א' דמעיקר הדין אין גובין אפי' חוב שלא בפניו ורק משום נעילת דלת גובין שלב"פ, וא"כ בצדקה דלא שייך טעם זה אין גובין שלב"פ.

אכן בדעת הכס"מ א"א לתרץ כך, שהרי הוא כתב דגם בשוטה נחתין לנכסיה מחמת השעבוד, והרי שוטה דמי לשלא בפניו, וא"כ מ"ש זה מזה. ובכס"מ עצמו הרגיש בכך וכתב דהחסרון בהלך למדינת הים משום דמסתמא הוא עושה שם צדקה, וסברא זו נזכרה בריטב"א דמש"ה אין בזה חיוב צדקה. אולם המחנ"א שם ה' צדקה כתב דכל סברא זו לא שייכא כי אם בצדקה דאחרים, אבל בצדקה דבניו ובנותיו הוא קודם במצוה וא"כ יש עליו שעבוד ע"ז. [ובדעת הכס"מ צ"ל דס"ל דדין קרוב קרוב קודם הוא מצוה בעלמא ואין ע"ז שעבוד נכסים. וכ"כ המחנ"א עצמו בהלכות מלוה ולוה סי' א'].

קסז) ובתירוץ שני כתב הכס"מ דהא דנחתין לנכסיה דשוטה משום דמסתמא ניחא ליה. ובפשטות בתירוץ זה סובר הכס"מ דאין שעבוד נכסים לצדקה, ולפ"ז הא דכופין לצדקה בפניו כתב הקצה"ח (סי' לט סק"א) והמחנ"א (מלוה ולוה סי' א') דמדין עד שאתה כופהו בגופו אתה כופהו בממונו, מש"ה נחתין לנכסיה. והנה הקוב"ש ב"ב אות תרס"ח הקשה ע"ז דא"כ שלא בפניו נמי, דנהי דכפיה בגופו לא שייכא במציאות בשלא בפניו, מ"מ אין זה אלא חסרון היכי תמצא, אבל בממונו למה לא יגבה. ושמעתי לבאר דכל הא דמהני הכפיה בממונו ולא הוי גזילה - שהרי אין אומר רוצה אני - משום דאין סהדי שכיון שנטלו הימנו את הממון ודאי מתרצה כבר להקנות, דמה ירויח במה שלא יסכים לזה. ולפ"ז כ"ז שייך רק בפניו ולא בפניו.

אמנם יש שביארו הא דכפיה בממונו לא הוי גזילה באופן אחר, עי' בחי' ר' שמואל ב"ב סי' יא שכתב דעצם חיוב המצוה המחייבתו להוציא ממון מועלת שיוכל לשנות דיני הממון. או ד"ל דבדין הכפיה על המצוות התחדש דלא רק שיכולין

לכפותו ביסורין, אלא יש כח גם להפקיע את הממון לצורך הכפיה, [וכן משמע בקוב"ש שם] ולפי"ז יש מקום לתמיהת הקוב"ש.

ובאופן אחר ביארו האחרונים דהחילוק בין בפניו לשלא בפניו, משום דהתוס' בב"ב ח' כתבו דהא דכופין על מצוות צדקה אע"פ שמתן שכרה בצידה - משום דיש בה גם לאוין דלא תקפוץ ולא תאמץ. וא"כ י"ל דכל זה רק בפניו שאז מאמץ לבו ועובר בלאוין. אבל שלב"פ יש רק עשה ואין כופין ע"ז משום שמתן שכרה בצידה. [ע"י אבני נזר יו"ד סי' קסז].

קסח) בר"ן (יח א' בדפי הרי"ף) הביא דדעת הרמב"ם דהא דבשוטה נחתין לנכסיה לבניו הוא רק באמיד שחייב בצדקה. ובהלך למדנה"י אין נוחתין לנכסיו אפי' באמיד ומטעמים דלעיל. [והגרע"א הקשה דבשוטה אין ראייה ממה שפירנס קודם שגם היום ניחא ליה, דקודם פירנס מחויבא דצדקה, ועתה הרי פטור מן המצוות. וע"ש שהוכיח מזה דא"צ ראייה דניחא ליה, אלא אם אין ראייה דלא ניחא ליה מהני. ולפמשי"כ אות קסה מהתרועת מלך לק"מ].

והר"ן מצדד לחלוק בשני הדינים, דבשוטה נחתין לבניו אפי' בלא אמיד משום דגנאי גדול הוא שלא לזון את בניו ומסתמא ניחא ליה. [ולכאוי' כ"ז בבניו ולא בצדקה]. ואילו בהלך למדינת הים רק באינו אמיד לא נחתין. אבל באמיד נחתין ככל הדברים דנחתין לנכסיו שלא בפניו ע"ש.

קסט) בפירכת הגמ' מ"ש שוטה ממי שהלך למדינת הים הקשה במחנ"א (מלוה סי' א') דלפי הריטב"א והכס"מ דהא דבהלך למדנה"י לא נחתין משום דמסתמא נתן צדקה היכן שהוא, א"כ מאי פריך, ולמה הוצרך לחלק בין מדעת לשלא מדעת, תיפוטל משום סברא הנ"ל.

ותירץ דכיון דבשוטה נחתין לנכסיו אף בלא שעבוד משום אומדנא דניח"ל, א"כ הקשמה הגמ' דגם בהלך למדינת הים נימא כן. אולם צ"ע דלפמשי"כ הכס"מ בחד תירוצא דהטעם דבשוטה נחתין לנכסיו הוא משום השעבוד, א"כ הא דבהלך למדינת הים דל"ש האי טעמא הוא רק מטעם הריטב"א וא"כ מאי פריך בגמ', ומה צריך לטעם דניחא ליה, תיפוטל משום השעבוד. [ואולי הוא מפרש דזו גופא כוונת הגמ' דיוצא לדעת נותן במקום אחר].

קע) בדין ירידה לנכסיו בשאר מצוות, ע"י רמ"א יו"ד סי' רמ"ה ס"ד ובגר"א שם, ובקצה"ח סי' רצ סק"ה, ובחי' ר' שמואל ב"ב סי' י' י"א ואכמ"ל.

קעא) במשנה, לעולם היא ברשות האב, ופרש"י וזכאי בה בכל זכות האב בבתו. כתב הגרע"א אינו מדוקדק דהא להפטר נדרים במסירה יוצאת מרשותו. וכן לענין מציאה דמשהגיע זמן אוכלת משלו וכיון שאינה ניזונת משל אב אין מציאתה לאביה, עכ"ל. [ובמשי"כ "להפטר נדרים במסירה יוצאת מרשותו", לא הבנתי, הרי בהך רישא מיירי בלא מסירה, ורק בסיפא תנן מסרו שלוחי האב לשלוחי הבעל. ואולי ט"ס הוא וכוונתו דבאירוסין יש שותפות לבעל, ואינה לגמרי ברשות אב].

ובמשי"כ הגרע"א דבהגעת זמן אין מציאתה לאביה, הנה בריטב"א נ"ז א' כתב דמציאתה ומעש"י לבעלה, והרא"ה בדף קז כתב דמעש"י אינם לבעלה. וע"י בפ"ת סי' נו סק"ב בשם טיב קידושין דמעשה ידיה לבעלה, מיהו צ"ע אם זוכה במציאתה. והנה כ"ז לענין אם בעלה זוכה, אבל הגרע"א דן דנפקע הזכות מאביה וי"ל דכו"ע מודו בזה.

תוד"ה לעולם. לגי' "עד שתיכנס לרשות הבעל" צ"ב מאי פריך מינה בגמ' לרב אסי, וע"י בריטב"א משכ"ב. ובמהרש"א כתב באופן אחר.

דף מח ע"ב

קעב) רש"י ד"ה ולא נישאו אוכלות משלו, כגון שעייב החתן או אונס שלו. הגרע"א הקשה דהא בדף ב' מבואר דבחלה הוא אין מעלה לה מזונות. ולל"ב מספק"ל דגם באונס דידה יעלה מזונות וא"כ איך בחר רש"י לפרש אונס שלו. וע"י רש"י.

קעג) אמר רב מסירתה לכל חוץ מתרומה, ורב אשי אמר אף לתרומה. שיטת רש"י דפלוגתתם אם הטעם משום סימפון או משום שמא תשקה לאחיה. ובתוס' הקשו דלמשנה אחרונה לכו"ע הטעם משום סימפון. וע"י ברשב"א דף נ"ח שמיישב דגם למשנה אחרונה הטעם משום שמא תשקה, דאע"ג דמייחד לה דוכתא, מ"מ אחיה ואחיותיה מצויין גם בההוא דוכתא. וע"י במגיני שלמה שכונן לזה. וע"י בהפלאה משכ"ב.

קעד) ושמואל אמר לירושתה. שיטת תוס' דה"ה דמיטמא לה ומפר נדריה, ומפיק רק תרומה. וע"י מהר"ם שיף שהקשה דא"כ היינו כרב.

והנה צ"ע לתוס' היאך מיטמא לה והרי מאותו טעם דלא אכלה בתרומה, [משום סימפון] לא יטמא לה שמא יש בה מום, וכן קשה על דעת רב לכו"ע. וע"י במגיני שלמה. וההפלאה כתב דכל החשש סימפון הוא רק אם בסוף הבעל מקפיד, אבל דף מח ע"ב

כשמתה ולא הקפיד יכול ליטמא לה.

ורש"י כתב בדברי שמואל: אחולי אחיל אב [לירושתה] מהשתא מחמת קירוב נישואין, אבל לתרומה ולהפטר נדריה שלא בשותפות ולמציאה שאינה אלא משום איבה ואכתי ליכא למיחש להכי לא מהניא מסירה כי חופה. ומבואר מרש"י דא"א להפר נדרים, וחזינן דגם במילי דאורייתא אינה כנשואה. ובטור יו"ד סי' רלד כתב: מסר האב יצאה מרשות האב ואין הבעל יכול להפר לה עד שתכנס. ומבואר דס"ל כשיטת רש"י. והנה תוס' הקשו ע"ז מתנא דבי ר' ישמעאל בדף מ"ט א' ע"ש. ובמגיני שלמה (וכ"ה במרכה"מ פ"א הכ"ב מנדרים) כתב בביאור ד' רש"י דאה"נ שמעיקר הדין הרי היא כנשואה גמורה, ומה שא"א להפר הוא מחשש סימפון. וה"ה דמה"ט אסור להיטמא לה. והקשה עליו הגרע"א (בשו"ת מהדו"ת סי' ק"ו) דא"כ למה לא יפרו שניהם ותהיה מותרת בממ"נ, דאם היא נשואה הותר ע"י הפרת הבעל, ואם יש סימפון הרי היא ברשות האב והפלתו מהני. [ובמגיני שלמה כתב בזה"ל: ואפי' בשותפות לא יפר דאע"ג דשם ליכא למיחש לסמפון דאם יהיה סימפון נמצא שלא היה הפרת הבעל כלום שהרי אגלאי מילתא שלא היה בעלה ונשארה הפרת האב בתוקפו. מ"מ מרשות האב ודאי יצאה במסירה עכ"ל. ולא הבינותי, דהרי אם הקידושין טעות משום הסמפון אין המסירה כלום]. ולכן כתב הגרע"א דעיקר הפירוש כמש"כ הבית יוסף (סי' רל"ד) דר' ישמעאל לא קאמר אלא דיצתה מרשות אב, אבל אה"נ שלא נכנס לרשות בעל וא"כ נדרים שנדרה באותו זמן לא בעל ולא אב מפירין לה.

ועיוי' בתוס' מ"ט א' ד"ה היאך שפירשו בד' רש"י בביאור תנא דברי ר' ישמעאל דלא כבית יוסף, אך לכאוי' אין פירוש התוס' מוכרח שם בדעת רש"י וי"ל כבית יוסף, ע"ש.

ובאמת שבראשונים מפורש בדעת רש"י כבית יוסף, ע"י ברמב"ן רא"ה ריטב"א ור"ן שפירשו כן להדיא. ואילו לפי מה שהבינו תוס' בדף מ"ט בדעת רש"י דלתנא דבי ר' ישמעאל הבעל לחודיה מפר צ"ל דשמואל ל"ל דתנא דבי רי"ש, וכ"כ בשיירי קרבן בירושלמי בסוגין.

קעה) והנה בנדרים פט א' אמרין דהא דתנן "זה הכלל כל שיצאה לרשות עצמה שעה אחת אין יכולה להפר" לאתויי מסר האב לשלוחי הבעל או שמסרו שלוחי האב לשלוחי הבעל שאין הבעל מפר בקודמין. ומלשון הגמ' "אין הבעל מפר בקודמין" משמע דרך מה שקודם לכן א"א להפר אבל מה שנדרה אחרי המסירה מפר הבעל כמו בנשואה גמורה, ומשמע להדיא כשיטת תוס' [וכ"פ הר"ן שם, וסתר דבריו למש"כ בסוגין כדעת רש"י, ועמד בזה הגרע"א בשו"ע]. ועיין ברמב"ם פ"א הכ"ב שהעתיק כלשון הגמ' והכס"מ מדייק מזה כשיטת תוס', והקשה הלח"מ דא"כ כבר בגמ' מוכח כתוס'. וליישב שיטת רש"י מדברי הגמ' הנ"ל בנדרים, כתב הלח"מ דיש לפרש דהכי קאמר אע"פ שבשעה שנדרה היה ברשותו להפר ואע"פ דהשתא אינה ברשותו לגמרי ניזיל בתר מעיקרא, קמ"ל דאינו מפר בקודמין, אבל מ"מ ה"ה הנדרים שנדרה אח"כ ג"כ אין יכול להפר.

עוד תירץ הלח"מ דאתא לומר שאפילו כנסה לגמרי הבעל אין יכול להפר שאין הבעל מפר בקודמין. ושני התירוצים דחוקים.

אכן יעוי' בריטב"א נדרים שם, וז"ל: הכי פירושה שאם נדרה כשהיא ארוסה מכיון שמסר וכו' הוי כנישואין גמורים אף לענין נדרים שאין הבעל מפר בקודמין, וקרי לה ברשות עצמה משום דאף בנדרים שנדרה עכשיו כשמסר האב לשלוחי הבעל אין הבעל מפר אפי' עם האב, שאינה ברשות הבעל ולא ברשות האב עד שתיכנס לחופה, עד שיפר אותם הבעל, דהא לא חשיב קודמין דהא למילי דעלמא חשיבא כנשואה משעת מסירה כדאיתא בכתובות, הלכך לנדרים דמן האירוסין חשיבא מסירה כנישואין שאינו מפר עוד, ולענין נדרים דשעת מסירה חשיב נמי כנדר נישואין קצת, אלא שאינו מפר עד שתהא לגמרי ברשותו דהיינו שתיכנס לחופה עכ"ל. ומבואר מדבריו חידוש גדול, דבאותם נדרים שנדרה אחר מסירה, נהי דא"א להפירם קודם החופה, מ"מ אחר החופה יכול להפר ולא נחשב קודמין.

ובאמת כן מבואר במרכה"מ (שם) שאחר נישואין מפר, ואסברה לה משום דמה דאינו מפר קודם לכן הוא רק משום חשש סמפון, וכמשנ"ת לעיל, וממילא אחר החופה שפיר מפר. וכן דעת הט"ז סי' רל"ד [דהוא ג"כ סובר דרך חומרא דרבנן היא שלא יפר ע"י מסירה גרידא]. אבל לדעת הריטב"א דהוא דין דאורייתא צ"ב למה לא נחשב כקודמין, ועי' במגיה לריטב"א בנדרים משכ"ב ואכ"מ.

קעו) סתם חצר דידה ללין, סתם חצר ידידה לנישואין. וכתב הרמב"ן דה"ה חצר של שניהם לנישואין וכ"ש הוא, דודאי יתרצו לדור ביחד ברשות של שניהם והוי מעשה נשואין, וכ"כ שאר ראשונים.

והראשונים הביאו גירסת ר"ח דלא סגי במסירה לחוד אלא בעינן גם כניסה לחצר ופריך מינה על שמואל דמשמע שסובר דסגי במסירה גרידא, והקשו על דבריו דשמואל הרי קאי על המשנה, ואם במשנה באמת צריך גם כניסה לחצר מלבד המסירה, א"כ גם שמואל מיירי בהכי.

קעז) מסר האב לשלוחי הבעל וזינתה ה"ז בחנק, מנה"מ א"ר אמי בר חמא א"ק לזנות בית אביה. ובתוס' לעיל מ"ה א' הקשו מכאן על שיטת רשב"ם [וכ"ה דעת הרמב"ם] דבמוציא ש"ר חידוש הוא שחייבים אפי' אם זינתה בנשואה, ואילו הכא מבואר דאפי' ממסירה ואילך דינה בחנק. ותירצו האחרונים (עי' פנ"י והפלאה לעיל שם, ובאו"ש פ"ג מאיסורי"ב) דהרשב"ם והרמב"ם מפרשים הגמ' דמיירי שמסר אותה לשלוחי הבעל ואח"כ גירשה או מת ונשאה אחר והוציא ש"ר.

קעח) ואימא היכא דהדרא לבי נשא, עי' ברש"י ובתוס', ועי' באו"ש (שם) שפירש היטב הסוגיא לדעת הרמב"ם והרשב"ם, וליישב מה שנתקשו תוס' מה ראייה יש מנדרים לסקילה [והיינו דכיון דבעינן לענין סקילה מי שזינתה אחר הנישואין לחידושא דמוציא ש"ר, א"כ שם התחדש זאת רק כשהיא נקראת בבית אביה ודו"ק].

ועי' ברע"א מש"כ ליישב קושית תוס' הנ"ל דבאמת לגבי סקילה י"ל דהדרא לבי נשא ע"ש, וכן כתב המהרש"א דלכן לא הקשו תוס' קושיא זו על רש"י ד"ל דלשטתו אכן סקילה שאני והדרא לבי נשא אחר גירושיה כמו יתומה. אבל לשיטת תוס' מבואר דפטורה מסקילה. ולדעת הרמב"ם הנ"ל [כפי מה שביאר האו"ש], אם זינתה אחר נשואין דינה בחנק דליתא שם לחידושא דמוציא ש"ר, ואם זינתה קודם נשואין חייבת סקילה.

קעט) תוד"ה ואימא, "ואע"ג דהיכא דנבעלה קים לן דלא הדרא היינו משום דאשתני גופא". והקשה הגרע"א מ"צ להא דאשתני גופא, הרי לענין סקילה החיוב רק בבטולה ואם נבעלה אפי' בתור פנויה ג"כ שוב דינה בחנק, ומה איכפת לן אם נתגרשה או לא. וכתב הגרע"א דיל"פ דברי תוס' על נדרים, דקרא דהפרת נדרים אצטריך בבעולה דלא הדרא ומנין לנו בחופה דלא הדרא. ועי' הקשה הגרע"א דא"כ לא יחדשו התוס' לסברת אשתני גופא, ונימא דכיון דגלי קרא דלכה"פ בעולה לא הדרא להפרת נדרים, ה"נ בנשואה ע"י חופה, ואייתר בית אביה למסר.

[ולענין ד"ל דתוס' מיירי לענין סקילה, ובאופן שנבעלה שלכ"ד ע"י בעלה - עי' בתוס' לעיל סוף ע"ב - ובהו היה מקום לומר דכיון דכל מה שיש לה שם בעולה הוא ע"י שנבעלה מבעלה, א"כ כשיגרשנה פקע הימנה תורת בעולה, קמ"ל דמ"מ אשתני גופא. אלא דיש להעיר אם מיירי בבעילה שלכ"ד למה מקרי אשתני גופא, וי"ל דגם זה מקרי אשתני גופא ועדיף מנתמנה להיות נשיא שכתב הרשב"א בדף מ"ה דחשיב אשתני גופא.

ובעיקר דברי התוס' דבעל עושה אותה בעולה שלכ"ד, הנה הריטב"א בקידושין כתב דהא דבעל עושה אותה בעולה הוא משום שקונה אותה באותה ביאה, ולכאוי' תוס' שכתבו דין זה גם בבעלה אחר חופה פליגי ע"ז, אכן י"ל דאיי"ז סתירה כלל, דגם הכא כיון שמועילה הביאה לעשותה כנשואה גמורה נחשבת כביאת קנין].

קפ) תוד"ה היאך. עי' מש"כ אות קעז דהראשונים פי' בדעת רש"י דבנדרה ברשות שלוחי הבעל אין אף אחד מפר. וי"ל דלשיטתם מש"כ רש"י "ולמדך שלא תקרא בית אביה אלא בית אשה", היינו רק לענין דאין לה רשות אב, ועדיין הלשון דחוק, ויתבאר באות קפב.

קפא) בעיקר הסוגיא מבואר דבמסר האב לשלוחי הבעל מהני כחופה. והנה דעת הרמב"ם דחופה היינו ייחוד, ומאידך פסק דבמסר האב לשלוחי הבעל יכול להפר נדריה [עי' אות קעה בשם הכס"מ]. והקשה הבית יעקב (דף ב' א') דכיון דאין כאן ייחוד למה יכול להפר נדרים. ובשלמא לשיטת רש"י י"ל דלענין לקנותה בעינן ייחוד ובאמת לא נכנסת לרשותו עד שיעשה שיעשה חופה, אבל הרמב"ם שמתיר אף להפר נדריה צ"ע למה כתב דחופה בלא ייחוד לא מהני.

ומחדש הבית יעקב דכל מה דמהני מסירה לשלוחי הבעל הוא רק בקטנה ונערה שביד האב למסרה לחופה בע"כ כדאיתא לעיל מ"ז א' וכיון דכשמסר האב יכול הבעל לישאנה בע"כ ואינו מחוסר שום דעת - דהא כבר נסתלק מזכותו כמו דחזינן לשיטת רש"י - לכן מיד הוי כחופה. אבל בבגרת שעדיין היא ברשות עצמה גם כשמסרה עצמה לשלוחי הבעל

אינה נעשית כנשואה ע"י מסירה, ושם בעיני ייחוד כמש"כ הרמב"ם. ומדייק הבית יעקב כדבריו ממה דתן רק "מסר האב" או "שלוח האב" ולא קתני "הלכה אלמנה עם שלוחי הבעל".

והגר"ט (סי' יט) הקשה עליו דמלשון הרמב"ם פ"י משמע דבכל הנשים בעיני ייחוד ואפי' בקטנה. ולכן מבאר הגר"ט דיש ב' דינים בנשואין: א) דקונה אותה ליורשה וליטמא לה ולנדרים ולמעשה ידיה. ב) דקונה אותה לאישות ולענין דברים שבינו לבניה ונימ' שיכול לבוא עליה בכל עת שירצה וכן שאין יכול לאסור תשמישו עליה.

ועפ"י י"ל דסוגיתנו מיירי לענין הקנין שיש לו באשה, וזוהי סגי במסירה דדמי לקנינים ותולי ברשות מי היא, אבל דברים שבינו לבניה הוא דין "אישות" ובעיני לזה ייחוד.

קפ"ב) ועפ"י הגר"ט י"ל בדעת רש"י דהא דס"ל דלא יכול הבעל להפר, משום דלהפר בעינין שיהא בעלה לגמרי גם לענין אישות אך מ"מ גם במסירה נכנסה לקנינים לרשות הבעל ולכן לא שייך נתרונה. [ולפ"י יל"ע איך הדין לענין ליטמא לה אם דמי לנדרים או ליורשה. ובפוסקים מבואר דלרש"י אינו מיטמא לה].

קפ"ג) הנה הרמב"ם פסק דחופת נדה לא קונה. וכתב החלקת מחוקק סי' ס"א סק"ב דגם מסירה של נדה לא מהני. אבל הב"ש (סי' נז סק"א) כתב דמסירה עדיפא דלענין ירושה מהני מסירה באלמנה, אף שאלמנה לא נקנית בייחוד אלא רק בביאה לשיטת הרמב"ם. ואסברה לה משום דהטעם דמהני לירשוה כתב רש"י שהאב מוחל ירושתה, וא"כ ה"ה באלמנה היא מוחלת הירושה.

והקשה הבית מאיר (וכן החת"ס סי' קכא) והביאם הפ"ת שם - דאיך יכולה היא להפקיע את ירושת אביה, דבשלמא רש"י מיירי בקטנה ואביה מסרה ומחל בעצמו, אבל באלמנה איך יכולה להפקיע זכות אביה. ולכן מבאר הבית מאיר דמסירה עדיפא מחופה כיון שנמסרה שמירתה ביד הבעל או שלוחיו.

ובדברי יחזקאל (סי' טז) כתב דמסירה מהני באלמנה כיון שמכין ומיחד אותה לצורך ביאה דמהניא גם באלמנה, וה"ה בנדה מהני דאע"פ שצריך להמתין מ"מ לעולם במסירה צריך להמתין עד שתבוא לרשותו. [ונראה דהדבר"י למד דמסירה מהני משום הכשר לנישואין, ולא שזה בעצמו הוי קנין].

ועי' ברע"א בדרוש וחדוש משה"ק על דין ירושה והביא דברי הב"ש דמסר עדיף מחופה וחלק ע"ז.

דף מט ע"א

קפ"ד) בגמ' והלא מוצאת מכלל אב. צ"ב מהו המקור דמי שהיתה נשואה ומת בעלה או שגירשה אין אביה מפר נדרה. וברש"י כתב "לא בא הכתוב לאלמנה וגרושה מן הנשואין דהא כתיב בה אם בית אישה נדרה אישה יפרנו והרי אין אישה קיים". אבל הראב"ד מפרש דילפינן לה מדכתיב בנעוריה בית אביה. ועיין ברמב"ן שהקשה לפ"ז לדעת ר"ח (שפי' כפי' התוס' ד"ה ואימא) שקושית הגמ' דקרא אצטריך לומר דלא הדרא לבי נשא, תיפו"ל מדכתיב בנעוריה בית אביה. ולכן כתב דלדעת הר"ח כוונת הגמ' אי באלמנה שאין לאביה רשות בה כגון בוגרת פשיטא, אלא הא קמ"ל שאינה חוזרת. ושוב חזר הרמב"ן ופירש גם אליבא דר"ח כדרך הראב"ד, דחופה לא כתיב בקרא דבנעוריה, וא"כ הו"א דכ"ז שלא נבעלה חוזרת היא ובנעוריה קרינן בה, כענין שנאמר ושבא אל בית אביה כנעוריה, והמיעוט מבנעוריה בית אביה קאי רק כשנבעלה.

ונראה דעפ"י הרמב"ן יש ליישב קושית הגרע"א - אות קעט - על תוס', ונאמר דגם כוונת תוס' לומר דהיכא דנבעלה פשיטא דלא הדרא להפרת נדרים, ואין כוונתם כמו שהבין הגרע"א - להקשות דילמא קרא דהפרת נדרים בבעולה דלא הדרא - אלא כוונתם לפרש הא דפשיטא לגמרא [גם בלא הפסוק דאלמנה וגרושה], דהיא מוצאת מכלל אב.

והגרע"א בקושיות עצומות הוסיף להקשות דמה הועילו תוס' דנבעלה דאשתני גופא ל"צ קרא, הא מ"מ צריך קרא בנבעלה מעיקרא שנישאת ונבעלה לבעלה [דאז אין אשתני גופא שהרי היא בעולה מקודם] דלא הדרא, והניח בצ"ע. ונראה דע"פ ההסבר דלעיל יש ליישב, דהנה כל קושיתו בנויה על ההנחה שתוס' הקשו דילמא אצטריך קרא על נבעלה. אבל לפי הפירוש הנ"ל אין קושית תוס' על הלימוד, אלא באו לבאר למה פשיטא לגמ' דהיא מוצאת מכלל אב. וא"כ י"ל דהה"נ דהא דפשיטא לגמ' הוא רק באופן שנישאת לו בבתוליה, ולפי האמת לעולם לא הדרא דילפינן לה מקרא דאלמנה וגרושה ולא מחלקינן בין בעולה לשאינה בעולה.

קפ"ה) בגמ' דתניא מצוה לזון את הבנים וכו'. עי' בדו"ח להגרע"א שכתב נ"מ לדינא בין ר"מ ור' יהודה, באופן שיש לו מזון רק לאחד מהם, דלר"מ בנות עדיפי זון אותם, ולר' יהודה בנים עדיפי זון אותם.

ויל"ע בזה, דהנה להלן ס"ז א' מבואר דבדין צדקה אשה קודמת לאיש מפני שאין דרכה של אשה לחזר על הפתחים וא"כ בזן בניו הרי יש לזה דין צדקה [ורק דהכא מיירי באינו אמיד שאינו מחויב בצדקה וכמבואר בהמשך הסוגיא] וא"כ כשנותן ויש בזה קיום צדקה למה לא יקדים אשה לאיש ככל עניים, וצ"ע.

דף מט ע"ב

קפ"ו) אבל אמיד כפינן ליה על כרחיה. והקשו תוס' הא כל מ"ע שמתן שכרה בצדה אין ב"ד של מטה מוזהרין עליה. ותירצו דאכפיה בדברים. ובתירוץ שני כתבו דקצבו בני העיר עליהם וחל עי"ז חיוב ומסיעין על קיצתם. והיינו דאז הוי כבר חוב ממון והכפיה משום דיני ממונות ולא משום מצוות צדקה. והנה הקצה"ח (סי' רצ' סק"ג) תירץ קושית תוס' דבצדקה יש שעבוד נכסים ולכן כופין ע"ז, ומדברי תוס' שלא תירצו כן מוכח דכ"ז שלא קצבו בני העיר אין ע"ז שעבוד נכסים. [עיי' בקצה"ח שהאריך טובא בזה, ועי' מש"כ בדף מח א'].  
אולם יעוי' בריטב"א ר"ה דף ו' שתירץ קו' התוס' וז"ל: דהכא לאו משום מצוה דרמיא עליה בלחוד כייפינן אלא מפני שחייב עצמו ונכסיו לגבוה או לעניים וכשם שכופין אותו לפרוע מה שחייב להדיוט, שלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש. ומבואר בקצה"ח.

והנה הקצה"ח הוכיח דיש שעבוד נכסים מהא דמבואר בבכורות מ"ח א' דיש שעבוד נכסים לפדיון הבן, וכן מהמבואר בקידושין י"ג ב' שהמחויב בקרבן יש ע"ז שעבוד נכסים, וא"כ ה"ה בצדקה. ובדעת תוס' כתב הקה"י דבאמת ס"ל דיש שעבוד נכסים אלא דמ"מ א"א לרדת לנכסיו משום דהו"ל ממון שאין לו תובעין, וממילא ליכא שעבוד נכסים דבדליכא לוח ליכא ערב. [וכדאיתא בבכורות מ"ח בשני יוסף בן שמעון שיצא עליהם שט"ח [דכ"א מצי מדחי נפשיה ולומר שהשני הוא הלוח] וקנו שדה בשותפות אע"פ דממ"נ יש למלוה זכות בשדה זו א"א לגבותה הימנו משום דאם ליכא לוח ליכא ערב.

ועפ"י י"ל דבקרבות [וכן בערכין] יש תובע והוא ההקדש ומש"ה יש שעבוד נכסים. אבל בצדקה כיון דאין תובעין ממילא אי"א לגבות משעבוד הנכסים. וגבי פדיון הבן, כתב כבר כתב מהרי"ט אלגאזי בשם ריטב"א דמיירי במכירי כהונה דהו"ל יש לו תובעין. עוד תירץ הקה"י ע"פ המבואר בבכורות נ"א דיש פסוק ע"ז שהיורשין חייבין בפדה"ב ומגזה"כ ילפינן דיש שעבוד אע"פ שאין לו תובעין.

[ולכאוי יש לחלק בין צדקה לבין קרבות ערכין ופדה"ב באופן אחר, דקרבות ערכין ופדה"ב הם זכותי ההקדש או הכהונה לתבוע מן המחויב, וכיון דהוי זכות של אחרים [בכהן שזכר הוא חלף עבודתו, ובערכין התחייב להקדש וכן בקרבן] ממילא יש ע"ז שעבוד נכסים. משא"כ צדקה הוא חיוב על הגברא בלי זכות של אחרים ולכן אין בזה שעבוד נכסים.

קפ"ז עוד תירצו התוס' דבצדקה איכא תרתי לאוי לא תאמץ ולא תקפוצ', ומבואר מדברי תוס' דרק מ"ע שמתן שכרה בצדקה אין כופין, אבל על הל"ת של אותה מצוה כופין, וביאור הדברים, דהנה בהא דאין כופין על מ"ע שמתן שכרה בצדקה כתב רש"י חולין ק"י ב': לכך פירש מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשו שלא תטול שכר זה. וא"כ כ"ז שייך בעשה, אבל בל"ת שהזהירה תורה שלא לעשות ודאי הקפידה תורה על המציאות שלא יעשה. [וכמדומה שכן פירש בתרועת מלך סי' ב'].

ובחי' ר' שמואל ב"ב סי' י' מבאר בשני אופנים אחרים את החילוק בי עשה ללאו. א' דל"ת חמור מעשה ואין בו את הכלל שאין כופין אם מתן שכרה בצידה. ב' דהנה מצינו ב' דיני כפיה. דין אחר בכפיה על מצות עשה, ודין שני בכפיה היכא דעובר איסור - לאפרושי מאיסורא. ועיין במשובב סי' א' שדעתו דבמצות עשה כופין אותו רק ע"י ב"ד, ואילו לאפרושי מאיסורא כל אדם יכול לכופו. ועפ"י י"ל דגם הך כללא דמ"ע שאין מתן שכרה בצדקה אין ב"ד כופין - היינו דלא כפינן לקיים המצוה, אבל הך דינא דאפרושי מאיסורא שהוא דין אחר [וכדחזינן שא"צ לזה ב"ד] בזה לא איכפת לן אם מתן שכרה בצדקה, ובכל גווני כייפינן. ולכן כאן כופין על הלאו דלא תאמץ ולא תקפוצ' לאפרושי מאיסורא.

אלא דזה תלוי במה שיש לחקור בלאוי דלא תאמץ ולא תקפוצ', האם הוי חפצא דאיסורא באימוץ וקפיצת היד, או דזה רק אזהרה על ביטול המצוה [ונ"מ אם צריך ב"ד על כפיית לא תאמץ לדעת המשובב הנ"ל], ואם נימא דהוי רק אזהרה על העשה אין כאן אפרושי מאיסורא וא"א לומר כנ"ל.

אולם בשע"ת לר' יונה מבואר דהוי לאו בפני"ע, ע"ש (ש"ג אות לו) דהוי אזהרה להסיר מנפשנו מדת האכזריות, וכתב עוד דאפי' אם נותן לעני שלא מדרך רחמנות - דאז אינו עובר בלא תקפוצ' - מ"מ עובר בלא תאמץ ודו"ק. [ועי' ברמב"ם בסה"מ מ' רלב].

ועי' בחו"ד סי' קס"א, שמבואר כביאור השני שהחילוק בין כפיה על קיום מצוה לכפיה לאפרושי מאיסורא. קפ"ח והנה המל"מ (פ"ג מעבדים הי"ד) והקצה"ח (סי' צ"ז סק"ט) הקשו דהרמב"ן מתרץ ג"כ כתירוץ זה דהחילוק בין עשה לל"ת. אי"כ קשה עמש"כ הרמב"ן בתשובה [הובאה ברמ"א חו"מ שם] דמצות השבת העבוט היא מ"ע שמתן שכרה בצדקה ואין ב"ד מוזהרין עליה, וקשה דהרי יש שם גם לאו דלא תשכב בעבוטו. ועי' בחי' ר' שמואל ב"ב סי' י' באריכות בכ"ז. ועי' בשעה"מ פ"ב מאישות ה"ח. ובחת"ס (חחו"מ סי' קעז).

קפ"ט התוס' בב"ב ח' ב' כתבו בשם ריצב"א תירוץ נוסף, דנהי דאין ב"ד חייבין לכופ' על מ"ע שמתן שכרה בצדקה מ"מ אם רוצים מותר להם [והביאו שכי"ה בירושלמי].

ובריטב"א כאן מתרץ וז"ל "אבל לענין צדקה כייפינן מפני מחסורם של עניים". ועיין בחת"ס (חחו"מ סי' קעז) שמבאר דזהו דין מסוים של פסידא דעניים דבזה ב"ד דנים, [ובמגיה לריטב"א מפרש דסובר כריצב"א ושרי לכפות ולכן במקום פסידא כייפינן]. ולכאוי היה נראה דכוונת הריטב"א כמש"כ הריטב"א עצמו בר"ה, והובא באות קפו, דמשום שעבוד הנכסים לעניים הוא. [ויעוי' בחת"ס שם שהאריך בכל גדרי מ"ע שמתן שכרה בצדקה].

קצ' המנ"ח מצוה תעט מיישב קו' תוס' דהמתן שכר קאי רק על טובת הלב [דקאי על הקרא דלא ירע לבבך] ולא על עיקר מצות הצדקה.

עוד מיישב דכיון דבצדקה נאמרו כמה מ"ע ולא נזכר בכולם מתן שכר בצידם, לא מקרי מתן שכרה בצדקה, ועי' בנחלת צבי יו"ד סי' רמה משה"ק ע"ז.



## פרק אף על פי

דף נד ע"ב

א) אם רצה להוסיף אפי' מאה מנה מוסיף. ובתוס' הקשו דבשלמא כשיש לו נכסים הואיל וחל שעבוד על אותם הנכסים חל גם על נכסים אחרים דאדם משעבד דשלב"ל כמבואר בסוגיא דדאיקני. אבל כשאין לו כלום האין ישתעבד הא הוא דשלב"ל. ודבריהם טעונים ביאור, דמאי נ"מ אם יש לו נכסים או אין לו. וברא"ש מבואר יותר. דהקושאי היא רק כאן שלא התחייב עדיין עד שתמות וא"כ אין כאן שעבוד הגוף, [דאם יש שעבוד הגוף יכול לשעבד אף דשלב"ל] ונמצא שכל מה שמשעבד הוא רק את הנכסים, א"כ אם אין לו נכסים איך יוכל לשעבד. וג"ז צ"ב, דכשם שאם יש לו נכסים יכול לשעבדם אף בלא שעבוד הגוף, וכן כשיש שעבוד הגוף יכול לשעבד אף נכסים שלב"ל, א"כ גם בלא שעבוד הגוף ישעבד רק שעבוד נכסים אף על מה שלא בא לעולם. [והנה הרא"ש לא כתב דכשיש לו נכסים יכול לשעבד אף הנכסים שלא באו לעולם, אך תוס' כתבו דבכה"ג יכול לשעבד אף את מה שלא בא לעולם וצ"ב מה השייכות בין נכסים אלו לנכסים שלב"ל].

ועי' משכ"ב ההפלאה ובחי' הגרש"ש סי' מ"ח ויבואר בעז"ה.

א) אם רצה להוסיף אפי' מאה מנה מוסיף. ובתוס' הקשו דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו, ואז משתעבדים גם נכסים שיקנה אח"כ, אבל כשאין לו איך משתעבד. וקושית תוס' יל"פ בכמה אנפי, די"ל שקושיתם משום דבר שלא בא לעולם, דכל שאין לו נכסים הוא כדשלב"ל. וכביאור זה נראה מדברי הקצה"ח (סי' ס' סק"ו) שכתב דלפי תירוץ התוס' מוכח שאפשר להשתעבד גופו על דשלב"ל ואין יכול לחזור בו, ולפ"ז נמצא דאין הנידון בתוס' האם "התחייבות" היא דשלב"ל, אלא הנידון אם כשמחייב גופו לתת דשלב"ל האם חל. ובנתיבות שם סק"י חולק ודעתו דאם מתחייב על דשלב"ל לא חל החיוב, אלא דכ"ז אם מתחייב לתת דבר מסוים שלב"ל. אבל כאן מתחייב לתת שוויות ולא חפץ מסוים, ועי' דנו התוס' ומסקי דאפשר להתחייב. ועי' בחי' ר' שלמה סי' י"ב שביאר הדברים.

ב) והנה לדברי הנתיב"מ יל"ע למה בקושיתם נקטו התוס' דלא מהני, דלכא"ל כיון דהוי "התחייבות" מה לי אם יש לו חפץ או אין לו. ובקו"ש אות קנו ביאר דקושית התוס' מפני דהוי קנין דברים. והיינו דבשלמא כשיש לו ויש נ"מ מהחיוב מקרי חוב ממון, אבל אם אין לו ואין נ"מ מהחיוב הוי כקנין דברים. [ועיין במשנת ר"א שכנים שלפי ביאור זה הגדרת "קנין דברים" הוא כשאין לקנין על מה לחול.] ורבינו אליהו השיב דאי"ז קנין דברים, [וביאר במשנת ר"א, דלשיטתו הגדרת "קנין דברים" אינו מחמת דאין לקנין על מה לחול וכחיסרון במעשה הקנין, אלא החיסרון בגוף החיוב שבא להתחייב בו, דא"א להתחייב לעשות מעשה מסוים, ואי"ז דבר ממון ששייך להתחייב בו, וממילא כאן שהחלות חיוב הוא דבר ממוןי שפיר חל החיוב].

ובמשנת ר"א כתב די"ל דקושית התוס' היתה משום דשלב"ל, והיינו דנקטו בקושיתם דאע"ג דהחיוב חל על הגברא, מ"מ כיון שכל הנ"מ מהחיוב הוא לענין שיגבו ממנו, א"כ כ"ז שאין ממנו לגבות הוי כדשלב"ל.

ג) אכן ביאורים אלו יתכנו בדעת תוס'. אולם יעוי' ברא"ש (בתוספותיו ובפסקיו) שמבאר שכל הקושיא רק מחמת דבכתובה אינו מתחייב לאלתר אלא לאחר מיתה וגרישין, ומבואר מזה דאם ההתחייבות חלה לאלתר שפיר מהני אפי' אם אין לו נכסים, וכל הקושיא רק מחמת שבכתובה לא נתחייב לאלתר. וביאר הגרש"ש (סי' מח) דסברת דלא שייך שעבוד הגוף אפי' חל חיוב בפועל, דכיון ששעבוד הגוף הוא בעלות על רשות הממון של הלוה, ולכן כל שאינו יכול לתבוע לאלתר ליכא לזכות זו כלל. ולא דמי למשעבד נכסים לאח"ז, דבזה אף שא"א להשתמש עתה בחפץ מ"מ חל השעבוד, דבחפץ כל זמן וזמן הוי כשמוש נוסף בחפץ, ואפשר לשעבד זמן מסוים כשם שאפשר לשעבד שמוש מסוים, משא"כ בשעבוד הגוף שאין לו תשמיש בגוף אלא רק זכות ליטול נכסיו, משו"ה אם אין נ"מ עתה בבעלותו לא חל השעבוד הגוף.

ד) והנה התוס' כתבו אף בקושיתם דאם יש לו נכסים יכול לשעבד גם נכסים העתידים. ויל"ע בכוונתם, האם כשיש לו נכסים חל שעבוד הגוף ולכן יכול לשעבד את הדאיקני או מטעם אחר הוא דמהני. וברא"ש מוכח דפליג על תוס' [מלד מה שלא הזכיר חידוש זה של התוס' דביש לו מהני אף על דאיקני] דהרי אחר שהביא את שיטת הי"מ דמהני מדין אודיתא, מסיים הרא"ש דאין טעם זה מספיק לנכסים שידוע שלא היה לו באותה שעה. ומבואר דאף אם היה אודיתא שהיו לו נכסים אחרים, מ"מ על הנכסים שלא היו באותה שעה לא חל השעבוד ודו"ק. [כן הוכיח בהפלאה] וצ"ב שרש פלוגתייהו.

ובהפלאה הביא שיטת הפוסקים ברמ"א סי' ר"י דבמקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלב"ל דמהני, וא"כ י"ל דבהכי פליגי תוס' והרא"ש, ונמצא דיש כאן רק שעבוד נכסים, אלא דתוס' סברי דע"י שחל שעבוד הנכסים על הקרקע שיש לו, ממילא חל גם על הדאיקני, והרא"ש פליג ע"ז. [עי' בחי' הגרש"ש שכתב כן בשם ההפלאה, ולפנינו איתא בהפלאה דגם התוס' פליגי ל' הך שיטה, ואולי ט"ס נפלה בהפלאה].

אמנם הגרש"ש ור' שלמה מצדדים דבאופן שיש נכסים חל שעבוד הגוף, [ובדעת תוס' יל"פ בפשיטות ע"פ ההסברים באות ב'. אכן אם נפרש כמו שמוכח ברא"ש דהקושיא היא משום שכ"ז שלא חל חיוב בפועל ל"ש שעבוד הגוף הדברים טעונים ביאור למה כשיש לו נכסים מהני]. וביאר הגרש"ש דבאית ליה נכסים כיון שזוכה בהם שעבוד על זמן של אח"כ, וממילא מהני בזה שיחול שעבוד הגוף לענין זכות נכסים אלו, דע"י שנותן לו זכות בגופו לזכות בנכסים אלו לאח"כ, הוא זוכה בהן מעכשיו ונעשה קצת לבעלים לענין דא"י לחזור בו. ובזה נחלקו תוס' והרא"ש, דלדעת תוס' אחר שחל כבר שעבוד הגוף ממילא יכול לשעבד גם דאיקני כמו בהלואה רגילה. ואילו הרא"ש סובר דכל מה שחל שעבוד הגוף הוא רק ביחס לאותה קרקע שקיימת ולא ביחס לנכסים אחרים וממילא א"א לשעבד דאיקני.

ועי' בחי' ר' שלמה שמעיר שלפ"ז רק ביש לו קרקעות מהני ולא ביש לו מטלטלין, ולא משמע כן מדברי תוס'. ועוד דמדברי תוס' משמ דיש רק שעבוד נכסים ולא שעבוד הגוף, [והיינו כביאור ההפלאה]. [ויל"ע אטו בגברי ערטילאי עסקינן שאין לו אפי' שמלה לעורו, וא"כ בע"כ הנידון על קרקעות. ואולי משום דמסדרין לבע"ה וא"א לגבות ממנו את בגדיו].

ה) והנה בתוס' מבואר דלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל א"ש שמשעבד. והקשה הגרש"ש דלפי ביאורו הרי אם משעבד הגוף לכשיחול החיוב שפיר מהני ואי"ז דשלב"ל, ורק דקושית תוס' היתה משום שאז יוכל לחזור בו עד שעת החיוב, ומעתה צ"ע דאף אם מקנה דשלב"ל לא מהני לענין חזרה, דעד שיבוא לעולם יכול לחזור בו כמבואר בב"מ ס"ו ב'. ותירץ דמ"מ

נ"מ דאם משעבד רק הגוף זה יחול כשימות או יגרשנה ואז ודאי יחזור בו. משא"כ אם אדם מקנה דשלב"ל יחול השעבוד כשיבוא הנכסים לעולם בטרם הגירושין והמיתה, וא"כ י"ל דאז אין חשש שיחזור בו.

(ו) נתבאר ב' ביאורים אם כוונת תוס' דיש שעבוד נכסים גרידא או גם שעבוד הגוף. ועיין בחי' ר' שלמה דההסבר דיש רק שעבוד נכסים תלוי במחלוקת הראשונים בסוגיא דמנה אין כאן משכון אין כאן, אם שייך שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף. (ז) לשיטת הרא"ש בקושיתו דאף כשיש לו לא מהני לדאיקני. צ"ע דא"כ תקשי ליה מהא דאמר להלן נה א' דשבת לא משתעבד לכתובה, והרי שבת הוא דאיקני [כדאיתא ב"ב קנ"ז ב'] וא"כ תיפוי"ל דדאיקני לא משתעבד לכתובה, כיון דהחיוב חל רק כשמת או שגרשה. כך הקשה ההפלאה. ע"ש משכ"ב. ועי' בחי' הגרש"ש תירוץ אחר.

(ח) התוס' בתירוץ הוכיחו דמהני שעבוד הגוף מהא דמתנה ש"ח להיות כשואל בדקנו מידו. ועי' מהרש"א שהקשה דדילמא מיירי בדאית ליה נכסים. ותיירץ דמשמע להו דהתם אינו מקנה שום נכסים אלא שמשעבד גופו בקנין לעשות לו שמירה מעולה כשואל ולהתחייב לו אם לא יעשה כן משא"כ הכא דאינו מקנה לו אלא ממון דמצי אייר שפיר דיש לו נכסים. (ביאור הדברים, עי' בחי' ר' שלמה שאין כאן שעבוד נכסים אלא שהוא עושה קנין "להיות שואל" והחיובים באים מאליהם מדין שומרים. [ועי' בקצה"ח ס"ד מ"ז דמוכח מדבריו דהוי רק חיוב תשלומין ולא דהוי שומר, ועי' בשיעורי ר' שמואל ב"מ דף צד.]

והאחרונים הקשו על המהרש"א דמנ"ל הא, ומה ההכרח לומר דשם לא משבד קרקע. ועי' ברע"א שמבאר דכיון דאיכא לישנא בדף ל"ד דשואל מתחייב בשעת אונסין, א"כ השעבוד נכסים מתחיל רק אז. וא"כ אם נימא דכל ההקנאה רק על השעבוד נכסים א"א להקנותה בסדר, דסובר אינו קונה לאחר ל' משום דהדר למריה וכלתה קנינו [כמבואר בנדרים מ"ח ב'], ובע"כ דמשעבד גופו לאלתר. ועי' בהפלאה ופנ"י ועי' ברא"ש שמבאר הראיה באופן אחר - דשם משמע דמיירי אף בליה ליה נכסים אחרים, וצ"ב למה משמע טפי מכאן, ועי' בקו"ה סי' ל"ה אות ח' משכ"ב.

קכח) הנה לדעת הרא"ש דאם משתעבד לאלתר חל שעבוד הגוף אף לפי קושית התוס'. צ"ע מה הוכיח ממתנה ש"ח להיות כשואל, ולכאוי מוכח להיפך ממש"כ לעיל, דבאמת החיוב של מתנה הוא רק שעבוד נכסים ולא שעבוד הגוף ומתנה להתחייב רק בשעת האונס, ועי' בקוב"ש.

ובמש"כ הרא"ש דהכתובה אין חיוב לאלתר, מבואר בדבריו דאין חלות חיוב עתה, ועי' בחזו"א (סי' נו סקט"ז) שחוקר בזה. והגר"ח בסטנסיל כתב דהוי חיוב להתחייב, ועי' משכ"ב בפרק האשה שנפלו אות צח.

קכט) התוס' הביאו בשם י"מ לתרץ דכאן מודה שחייב. והקשה הגרע"א דא"כ כיון דמטעם הודאת בע"ד אתינן עלה לא יהנו המקום שחב לאחרים, כגון שהיה לזה מוקדם וכתב לו דאיקני, דלולא הודאת הבעל היה משתעבד לו הכל, ועתה שמודה משתעבד לאשה נמצא שיחלוקו, [כדין לזה ולזה וקנה]. ותיירץ הגרע"א דס"ל ליי"מ כהפוסקים דבדאיקני קודם שקנה יכול לחזור בו ומש"ה מהני הודאתו דלא גרע מחזרה.

ובאבי עזרי (מהדורא רביעאה ה' אישות) כת בליישוב דכאן מדין קנין אודיתא אתינן עלה, וכיון שכלפי הבעל יש לזה תורת הודאת בע"ד, ממילא חל השעבוד בתורת "קנין", ולא בתורת הודאת בע"ד. ומאי דהוה חב לאחרני לא איכפת לך, דכיון שהיחס לזכויות הבעל הוי הודאה, שוב חל הקנין ואז באמת פקעא זכותו שלה שני. [אמנם זה תלויב גדרי אודיתא אם הוי קנין דרבנן או רק הודאת בע"ד, עי' בקצה"ח סי' קצ"ד ובמלואי חושן].

ולענ"ד יש להעיר דכאן החסרון משום דשלב"ל או קנין דברים, ועי' לכאוי לא מועיל אודיתא דלא גרע משאר קנינים דלא מועילם כאן, ובע"כ דמדין הודאת בע"ד אתינן עלר הולא מדין אודיתא, ושפיר הקשה הגרע"א.

ט) בתלמידי רבנו יונה הביאו קושית התוס' דהלא אין אדם מקנה דשלב"ל והיאך יכול להקנות מה שעדיין לא הרויח, דבשלמא מה שנוהגים לכתוב בשטרות מה שקניתי ושאלקנה, מפני שזה אינו הקנאה אלא שמשעבד נכסיו אבל הכא שמקנה איך יועיל הקנאכ כזו. ותיירץ: והנראה נכון למורי הרב נר' דהכא כיון שמקנה לה בסודר הוי"ל כלוקח שאע"פ שהסודר אינו שוה אלא פשוט הוא קונה אותו הסודר שנוטל בו הקנין באלף זוז או אלפיים, וגבי לוקח לא דיינינן ליה מקנה דשלב"ל אלא שמשעבד מה שעתיד להרוי בעבור מה שלקח, עכ"ל. ודבריו צ"ב רב. ונראה בביאורו דסובר כהרא"ש שאם יש שעבוד הגוף שפיר יכול לשעבד נכסיו, והא דהכא ליכא באמת שעבוד הגוף למד רבנו יונה שהוא מפני שא"א ליצור שעבוד בגוף ע"י שטר, דשטר הוא רק הקנאה על חפצים, ונמצא דהשטר התחייבות יכול ליצור רק שעבוד נכסים וא"כ הוי"ל מקנה דשלב"ל. ותיירץ דע"י סודר אפשר ליצור שעבד הגוף. דכשם שאם מקבל הלואה נעשה שעבוד הגוף ע"י רווח הממון שיש לו, כמו"כ בקנין סודר ע"י קניית הסודר הוי כקציצה שקוצץ עברו סכום גדול ומתחייב עבור קניית הסודר בכל הסכום ויש בזה שעבוד הגוף וממילא יכול לשעבד הנכסים על חובו.

י) במשנה אם רצה להוסיף מוסיף. וכתבו הראשונים (עי' רא"ה ריטב"א רמב"ן תוס' ר"ד) דמהני אפי' בלא קנין, ומבואר בראשונים דהטעם משום דהוי דברים הנקנים באמירה. וברמ"א (סי' ס"ו ס"ח) כתב דיש חולקים, ובחלקת מחוקק כתב דלא מצא מי שחולק בזה. ועי' בב"ש (סי' נ"ח סק"ז) שמהמרדכי פרק הנושא משמע שהוא החולק, והיינו דס"ל דדין עמדו וקדשו הן הן הדברים הנקנים באמירה הוא דוקא בשעת קידושין ולא בשעת נישואין. ובד"מ כתב דהר"ן חולק ע"ז, ותמחו עליו דהא הר"ן [ושאר ראשונים] הביא דברי הירושלמי דאף אחר נישואין א"צ שטר ונקנה באמירה, [משום דיכולה להעיק לו עד שיגרשנה והילכך מתרצה להוסיף לה] ועי' פליג הר"ן, אבל לא מצינו בר"ן שחולק על התחייבות בשעת הנישואין. אכן הגר"א (סי' ס"ו סקל"א ל"ב) מדייק מהר"ן (כ"ב ב' בדפי הרי"ף ד"ה אמר) דאף בשעת נישואין לא מהני ע"ש.

יא) נתארמלה מן האירוסין גובה הכל וכו'. ונחלקו הראשונים אם גובה דוקא מבנ"ח או אף מן המשועבדים. עי' בראשונים כאן שדעת הרמב"ם (פ"י הי"א) שגובה רק מבנ"ח, והריטב"א והרשב"א חולקים וס"ל דגובה אף מן המשועבדים. ועי' ברא"ש (פ"ד סי' ד') בשם ר' יונה שמבאר דעת הרמב"ם דהנה קודם תקנת שמעון בן שטח לא היו גובים ממשעבדי (כדאיתא לקמן פ"ב ב') וא"כ ולא היה בזה דין אחריות ט"ס, ואחר שתיקן שכל הנכסים יהיו משועבדים היינו משעת נישואין, ועי' נחלקו ר"מ ורבנן אם בשעת נישואין אמרינן אחריות ט"ס, אבל בכתב לה מן האירוסין לכו"ע אחריות לאו ט"ס ואין לה זכות במשעבדי.

ודבריו צ"ב דמ"ש כתובה משאר חובות, ולמה בכתובה שכתב באירוסין לא יהיה שעבוד נכסים. ובמה שהביא רבנו יונה מתקנת שמעון בן שטח, לכאוי לפמש"כ תוס' פ"ב ב' אין משום כל ראייה, שהם ביארו דקודם התקנה היה מיוחד לה קרקע לכתובתה והוי כאפותיקי מפורש ומש"ה לא גבתה משאר נכסים, והוא תיקן שלא ייחד לה קרקע בלי אחריות,

ע"ש בתוס'. ועכ"פ אם לא ייחד לה קרקע ודאי שיש שעבוד נכסים על כל נכסיו, וא"כ למה כתב הרמב"ם דאין גובה ממעבדים.

וביאר הגר"ט (סי' מ"ד) ע"פ הרא"ה דף פ"ב ב' שמבאר באופן אחר מה שנהגו קודם תקנת שמעון בן שטח. וז"ל הרא"ה: פ"י שלא היו מתחייבין להם סתם, אלא מתנים עמה בפירוש שאם תתאלמן או תתגרש יתנו לה מאתים או מנה ולא היו אומרים לה מעכשיו, וכיון שכן לא היתה זוכה בו אלא באותה שעה ולא היתה יכולה לגבות מן המעבדים. ע"ש. ונמצא דקודם התקנה כל חלות החיוב חל רק בשעת הגירושין, וא"כ י"ל דאף בטר תקנה דחל חיוב לאלתר [או חיוב להתחייב כמש"כ הגר"ח בסטנסל] כ"ז ר' קגבי כתובת נשואה, אבל על כתובת ארוסה לא נתקנה תקנת שמעון בן שטח ונשאר ע"ז הדין שתוכה רק בשעת גירושין ואלמנות ולא קודם ומש"ה ליכא שעבוד נכסים ע"ז.

(ב) בגמ' פשיטא מהו דתימא קיצותא וכו'. ע"י ברמב"ן רא"ה רשב"א ריטב"א ור"ן שמפרשים שכאן כותב יחד את הכתובה עם התוספת ולא מפריד ביניהם [לכתוב מאתיים ועוד תוספת] וזהו החידוש, דלא תימא שזה מבייש את מי שאין לה כתובה כזו, ועיקר הבושת הוא לאשה ולא לבעל [כ"ש אין לפרש לפי הגירסא "את מי שאין לו"]. והנה לעיל י"ב ב' תוד"ה ב"ד משמע דאין לכתוב כאחד הכתובה והתוספת, אלא צריך לכתוב שיעור הכתובה לחוד והתוספת לחוד, ורק בכתובת כהנים מותר. וע"י בתוס' ר"ד כאן שמפרש ג"כ דהו אמירי בשפירש הכתובה לחוד והתוספת לחוד ומשו"ה סדין פשיטא, אבל בכתובת כהנים שלא פירשו הוא חידוש דמותר לכתוב כן. [וע"ש שמפרש שלא לבייש את מי שאין לו קאי על הבעל שמתבייש שאין לו להוסיף]. וכ"ד המרדכי בפ"ק. ובשו"ע (סי' ס"ו ס"ז) הובאו שתי הדעות. (ג) תנאי כתובה ככתובה. ע"י ברמב"ן רשב"א ור"ן מחלוקת לענין נדוניא אם היא בכלל הכתובה. [ולענין מוחלת ומוכרת לכו"ע הוי ככתובה ומחלוקתם לענין עוברת על דת משה אם מפסדת הנדוניא כשאינה בעין ע"ש]. וע"י ברש"י שכתב דגם מזונות בכלל הכתובה, וע"י ברא"ש ובר"ן מש"כ ע"ז.

(ד) ולפוגמת. ע"י בתוס' דהחידוש באופן שהכתובה בשטר אחד והתוספת בשטר אחר, דאם הכל בשטר אחד פשיטא, דהא אפי' בשאר חובות אם פוגמת חייבת שבועה [וכמבואר בשבועות מ"א א'], ומבואר מזה דבשתי שטרות דעלמא אין דין פוגמת, ומ"מ כאן שהכל חוב אחד נחשב כפגימה בחוב אף שהם כתובים בשני שטרות. וע"י בראב"ד בהשגות לרי"ף שמפרש הסוגיא באופן אחר, וזה ע"פ שיטתו הידועה דבמודה במקצת אם הודה במלואו וכפר בפקדון וכדו' לא מקרי מודה במקצת, וה"נ כאן אם הוי דיני הכתובה ושנים בדיני התוספת לגבי הנ"מ דאמרינן בגמ', לא היה זה בואתו סוג תביעה ואין בזה דין מוב"מ, וממילא ליכא בזה גם דין פוגמת. [ומבואר בראב"ד דדין פוגמת תקנוהו כעין דין מוב"מ]. ורש"י מפרש דפגימה מקצת התוספת וקמ"ל דנשבעת על העיקר, והנה באופן שיש הכחשה גם על התוספת כתובה הרי נשבעת כבר משום התוספת, וא"כ פשיטא דמגלגלין עליו להשבע על הכל, ומאי קמ"ל. וביאר ההפלאה דמירי שאין ביניהם הכחשה על התוספת, והבעל מודה שלא פרע התוספת ורק בעיקר הכתובה יש הכחשה. א"כ שאין לו נכסים אלא כדי העיקר ולא כדי התוספת, וקמ"ל דגם בזה צריך שבועה. והא דלא פירש רש"י כתוס' כתב ההפלאה דס"ל דבשתי שטרות באמת אין דין פגימה אפי' בתוספת כתובה כיון דמ"מ הך שטרא לא נפגם. וע"ש. (טו) לתובעת. ע"י רש"י, וכדבריו פירש הרי"ף, ועיין בתוס' משה"ק ע"ז. ועיין ברמב"ן שמחלק בין תביעה בב"ד לתפיסה, ע"ש, וע"י ברמב"ן בחידושו ובספר הזכות וברמב"ן.

דף נה ע"א

(טז) לשבועה. רש"י מפרש לענין ע"א מעידה שהוא פרוע ונפרעת שלא בפניו. והקשו תוס' דלא א"ש למאן דמשוה שיעור שטרות לכתובה. והנה שאר הראשונים הקשו כן בפשיטות דליכא מאן דפליג בשאר חובות, ובתוס' מבואר שיש בזה פלוגתא וצ"ע היכן. וע"י ברש"י שצ"י לדף פ"ח א', ונראה שכוונתו דשם פליגי אם הא דנפרעים שלא בפניו הוא רק בכתובה או גם בשטר חובות, וא"כ להמ"ד דנפרעים רק בכתובה יש נ"מ מהא דתוספת כתובה ככתובה, אלא דצ"ע דאם זה הפירוש הגמ' לא הול"ל "לשבועה" אלא "לנפרעים שלב"פ".

(יז) וביישוב שיטת רש"י כתב ההפלאה דדין שבועה בכתובה שונה מדין שבועה בשאר חובות, וב' תקנות הם, דבשאר חובות יש חשש צררי, אבל בכתובה שכי' שלא מתה הוי כתוב זמנו אין חשש זה, אלא דכיון דהוא תנאי ב"ד חיישין טפי אפי' תוך זמנו, וא"כ קמ"ל דגם בתוספת יש חשש זה אף שאינו תנאי ב"ד. וכיון לדברי הראשונים שתי' כן ע"י רמב"ן ורא"ה. [ועיין בבית יעקב דף פ"ז שהאריך ג"כ ביסוד זה דב' תקנות הם].

והר"י מיגש מפרש כרש"י ומתרץ דהחידוש הוא דסד"א דמשום חנא לא ישיבועו [כמו שאמרו בגיטין ל"ד ב' על העיקר] וקמ"ל דכשם שנשבעת על העיקר כך נשבעת על התוספת. [וקצ"ע ופשיטא דאחר שכבר חידשה המשנה בגיטין דלא חיישין לחנא בעיקר, כ"ש בתוספת, ומאי קמ"ל הכא].

(יח) ולשביעית. הנה בעיקר הדין דשביעית אינה משמטת כתובה, נחלקו הראשונים בטעמא דמילתא. ע"י ברמב"ן כאן שפירש אליבא דרש"י דהוא מתנאי ב"ד. [והיינו דמעיקר הדין צריך לשמט אלא דב"ד תקנו שלא ישמט]. אולם הביא דברי תוס' דס"ל דאין משמט אלא "מלוה" ולא שאר חובות, ומש"ה כתובה אינה משמטת. ומדמה לה להקפת החנות. [וכן משמעות רש"י גיטין י"ח א'].]

והר"י מיגש מפרש דאין שביעית משמטת אלא חוב שעשה הוא על עצמו, אבל כאן הדיון וא שהחיל עליו חוב ועיין לשון הרמב"ם (בפיה"מ פ"י דשביעית) "וכן הקנסות שחייב הכתובה לאונס ולמפתה ולמוצש"ר אינם כשאר חובות אבל הם חיובים שהאיש נתחייב בהם והאיש ההוא לא יהיה פטור עד שיפרעם".

והכס"מ בפ"ט הי"א משמטה כתב דלא ירד לסוף חילוק זה שגם הלוא מחבירו חייב הוא לפורעו אלא שהשביעית משמטתו. ובתורת זרעים מפרש דכל החובות יסוד דינם הוא משום תביעת התובע, אבל באונס וכדו' יסוד החיוב משום קנס על הנתבע, וכיון דדין שמיטה הוא דין על הנוגש שלא יגוש א"כ אי"ז שייך בחובות שיסודם מצד הנתבע. אכן אחר שזכינו לדברי הר"י מיגש לכאן גם דברי הרמב"ם יל"פ כן [והר"י מיגש הרי כתב דבריו גם בכתובה שלא שייך שם טעם התורת זרעים].

והנה לדברי הר"י מיגש צ"ב מאי מהני הא דתנאי כתובה ככתובה, הרי מ"מ הוא חייב את עצמו [ע"ש שהרגיש בזה וכתב דמ"מ כיון דתנאי כתובה ככתובה אינו משמט, וצ"ב כוונתו].

ולכאן צ"ל דאחר שמתחייב כן וכולל בכתובה מטילים עליו חכמים את החיוב ולא הוי התחייבות ידיה אל אכילאו כלפיו תקנו חז"ל כתובה גדולה וצ"ת.

ובתוס' רי"ד גיטין י"ח א' מבואר דהא דכתובה אינה משמטת משום דאינה עומדת לפירעון [דמסתמא תאכל מזונות כל ימי מיגו אלמנותה]. ולכן לא קרינן בה לא יגוש, [ולא גרע ממלוה לעשר שנים - מכות ג' ב' - ועדיף מינה דכאן לכו"ע אינו משמט] ולכאוי לדבריו רק כתובת אלמנה אינה משמטת אבל כתובת גרושה משמטת.

כא) תוד"ה ולשביעית. רש"י מפרש דהחידוש שהשביעית אינה משמטת תוספת כשם שאינה משמטת עיקר, והקשו תוס' דהא פליגי תנאי בהקפת החנות אם משמטת, ופירשו תוס' סברת מ"ד אינה משמטת משום דדוקא מלוה משמטת דכתיב "כל בעל משה ידו" ושאר סוגי חיובים אינם נשמטים, וא"כ להך מ"ד פשיטא שגם תוספת אינה משמטת. [ובעיקר הסבר התוס' - וכ"ד הרבה ראשונים כאן - בדעת הך מ"ד, הנה שיטת הרמב"ם בזה דהטעם משום שהקפת בחנות אינה עומדת להיגבות לאלתר אלא רק כשיתקבץ סכום כסף, ועדיף ממלוה לעשה שנים. ומ"מ גם להסבר זה קשה על שיטת רש"י דגם כאן אין הכתובה עומדת להיגבות ועי' בזכר יצחק ח"ב סי"ג].

וההפלאה כתב ליישב ד' רש"י דכתובה ג"כ יש לה שם מלוה, דרק בהקפת החנות וכדו' יש להם תורת חיוב אחר, אבל כתובה שהיא התחייבות הבעל לאשה, אע"פ שלא בא מכח קבלת הלואה מ"מ מקרי משה ידו, דאטו המתחייב לחבירו בשטר אין שביעית משמטת. ועי' אות כד עוד ישוב על רש"י.

כב) והתוס' ועוד ראשונים מפרשים דהא דתוספת כעיקר לשביעית היינו לענין שאם פגמה העיקר גם התוספת משמטת. ונקדים בליאור ענין פגימה וזקיפה. והנה בגיטין י"ח פליגי רב ושמואל אם בעינן פגימה וזקיפה יחד [כדי שתשמט שביעית] או דסגי באחד מהם לחוד. ובדעת רב דבעינן תרוייהו פירש רש"י דהפגימה [היינו שנפרעה מקצת] מגלה דעתה שהכתובה עומדת לפירעון וקרינן ביה לא יגוש. והזקיפה מפקא ליה משום כתובה ומעש הבי"ד שאינו משמט וחל עליה שם שט"ח. ומבואר ברש"י דאיכא ב' חסרונות בכתובה שלכן אינה נשמטת: א) שאינה עומדת ליגבות. ב) שיש לה שם כתובה ומעשה ב"ד. [ויל"ע אם כוונתו טעם תנאי ב"ד שלא תשמט כמו שפירש הרמב"ן בסוגיתנו בשם רש"י, או דכוונתו כמו סברת התוס' דבעינן שם מלוה ולשונו נוטה כביאור הרמב"ן, וכנראה משום הוציא הרמב"ן דבריו]. והפגימה מועילה לחסרון הראשון, והזקיפה לחסרון השני. [וענין זקיפה הוא שכאילו מלוה את הכתובה ומתחייב לו עבור זה כמו הלואה רגילה, ונמצא שהלואה את הכתובה ועתה הוא חוב רגיל. כך פירש הגר"ח, הובא בקוב"ש ח"ב מסכת ב"מ אות כו. ועי' באבי עזרי חמישה הלכות גזילה בזה. וכך היא משמעות הרשב"א בשו"ת ח"א סי' תתקפ"ט וח"ב סי' ב', ועי' בשו"ת משנת ר' אהרן ח"ב סי' ע"ה].

אמנם בתוס' רי"ד גיטין שם משמע שכל החסרון של כתובה רק מפניש אין הכתובה עומדת ליגבות [משום שרוצה לזון מנכסי יתומים], והא דבעינן פגימה וזקיפה, משום דבפגימה לחוד לא סגי וי"ל שעדיין דעתה שלא לגבות השאר ולאכול מזונות [כדעת המ"ד שהביאו תוס' לעיל ד"ה ולתובע] ובתביעה כב"ד לחוד לא סגי [התוס' רי"ד מפרש דזקיפה היא תביעה בב"ד] דדילמא תתפשר עמו ולא תגבה, ולכן בעינן תרוייהו.

ולדעת שמואל דסגי בפגימה או זקיפה, לדעת התוס' רי"ד הטעם משום סובר דכל אחד מהם בפני"ע ג"כ הוי גילוי דעת שעומדת לתבוע. אך לדעת רש"י צ"ב איך סגי בלא זקיפה, והרי עדיין יש ע"ז שם כתובה, וכנראה שמואל פליג על הך חסרון וצ"ת. ועיין אות כג.

כג) והנה התוס' פירשו את סוגיתנו לענין פגימה, דפגימת הכתובה הוי כפגימה שם גם לגבי התוספת, וביאור הדברים דהפגימה של הכתובה היא גלוי דעת גם על התוספת שעומדת לפירעון. אכן יעוי' בהפלאה שהעיר, דלכאוי משמע מתוס' דפגימה מהני גם בהקפת החנות, דאל"ה הו"ל לתוס' לומר בפשיטות דהא דתוספת ככתובה היינו לענין דמהני לתוספת עצמה פגימה, ולמה להו למימר דהנ"מ דפגימת העיקר מהני לתוספת. ובע"כ דפגימה מועילה גם בהקפת החנות וא"כ אין חידוש בדין זה בהא דתוספת כתובה ככתובה, וכל החידוש רק דהעיקר מהני לתוספת.

ובאמת שכן מוכח לשיטת התוס', דהרי לשיטתם שיש חסרון שאין שם מלוה בין בכתובה ובין בהקפת החנות, א"כ בע"כ דהפגימה נותנת שם מלוה, ומעתה גם בהקפת בחנות תהני הפגימה. ונמצא שאין הטעם דפגימה משום דגלי אדעתיה דעומד לפירעון [דלגבי סברת התוס' שאין שם מלוה לא מהני מידי מה שעומד לפירעון וכנ"ל]. אלא דפגימה הוי ג"כ כזקיפה ועוקרת שם המלוה ויתכן דזה גם הביאור אליבא דשיטת רש"י לדעת שמואל.

כד) הגרע"א כתב ליישב דברי רש"י אליבא דרב דבעינן שתפגום ותזקוף [וכדמשמע מלשון רש"י כאן שמפרש אליבא דרב], א"כ י"ל דאי משום לתא דהקפת החנות סגי בזקיפה גרידא, דעי"ז אין ע"ז שם כתובה וחל ע"ז שם שט"ח. אבל כיון דתנאי כתובה ככתובה בעינן ג"כ שיפגום.

כה) כ"ז שהיא בבית אביה. עי' ברש"י. והרי"ף שכתב דכ"ז שהיא גובה לעולם, ותמה עליו הרא"ש דהרי פסקין כמ"ד דאחר כ"ה שנים הפסידה כתובתה, ועי' שדחך דכוונת הרי"ף לסיפא דמתניתין. ועי' בהפלאה ביישוב שיטת הרי"ף.

כו) מטלטלי. ואיתנהו בעיניהו. עי' ברע"א שכ"ז בכתובה שיש רק חשש צררי ואם התפיס ליכא למיחש טפי, אבל בבע"ח דעלמא דחיישין לפירעון גם ביחד מטלטלין צריך שבעה דשמא פרע את החוב.

ומהתימא על הגרע"א, שד"ז מחלוקת בראשונים כאן, עי' ברא"ש בשם הראב"ד ור' יונה שמחלק כנ"ל בין בע"ח לכתובה. והרא"ה הקשה ע"ז דהא כתובה בת גובינא היא בשעת מיתה וזמנה נמי הוא ואמאי לא חיישין דילמא אתפיס לה ההיא שעתא. [ובאמת ד"ז תלוי בשני תירוצי התוס' גיטין ל"ד ב' אם בכתובה החשש הוא רק צררי - משום דהוי תוך זמנו, והא דחיישין עכ"פ לצררי הוא משום דהוי תנאי ב"ד, או דסמוך למיתה הוי כזמנו ויש חשש גמור ע"ש].

שם ליתנהו בעיניהו. שיטת רש"י דמיירי אף באבדו. אבל הרי"ף סובר דדוקא אם דמיהם קיימים ביד האשה, כגון שמכרו המטלטלין אבל בנאבדו לא. ועי' בר"ן דלישנא דגמ' משמע כוותיה, מדאמרו ליתניהו בעיניהו משמע דדמיהם מיהא קיימי, דאי כפרש"י הול"ל ליתנהו כלל. והרא"ש הקשה על הרי"ף מ"ט דבני מתא מחסייא דאמרי צריכה שבועה, מה לי מטלטלי קמאי מה לי מטלטלי אחרני דאתי מחמתייהו. ותירץ הבית יוסף (סי' צח) דטעמייהו דבני מתא מחסייא משום דכשהבעל בא למכור מטלטלין שייחד לה אע"פ שדעתו לקנות בדמיהם מטלטלים אחרים לא סמכא דעתה דאיתתא ומסתמא לא יתבה לי עד דמייחד לה אחרני.

כז) תוד"ה כתובו. הנה בכל הנידון של התוס' לא נזכר החסרון של דעת המתחייב, אלא משמע דכל הנידון הוא בהנהגת העדים האם יכתבו שטר נגד המתחייב ומה הוא היושר בכתובת השטר. ובאמת נחלקו קמאי אם בעינן דעת המתחייב (עי' קצה"ח סי' כח), ועי' ברע"א כאן שהוכיח ממשי"כ התוס' דבמתנה אין יכול לחזור בו דס"ל דא"צ דעת המתחייב. וזה

דלא [כחד תירוצא בתוס' לעיל כ' ב'. ובברכ"ש ב"ב סי' כח כתב לחלק בין שטר ראייה לשטר קנין ע"ש. ועי' ברבנו יונה ב"ב ע"ז א' שכי' דכיון דבדין בעינן להעיד בפני הבע"ד, אי"כ כ"ז שאינו מסכים הוי כמעיד שלב"פ ע"ש.

דף נה ע"ב

כח) תוד"ה ובתרומת הקשו על רש"י שפירש שההיתר משום עונג שבת. דאטו משום עונג שבת מתירין לאכול דמאי. וכתב ההפלאה דבריהם צ"ב שהרי גם לשיטתם למה בלקח בשבת אסור אח"כ לאכול ולא סגי במה שאמר בשעת לקיחתו [ועי' במל"מ (פ"ט ה"א ממעשר) שדן דדילמא כל דין דמאי רק כאשר אמר לו שמעושר, אבל בלי אמירה שמא חייב להפריש אף תרומה גדולה ע"ש]. ובע"כ דרך כששכח ולא הפריש והוא שעת הדחק התירו לאכול וא"כ גם לרש"י נימא כן ע"ש. ועי' ברע"א (ח"ז סי' ס"ד) שהוכיח מהא דאסור לאכול למוצא"ש, דכמו"כ בכל איסור שנחלקו הפוסקים והתירוהו לכבוד שבת חוזר ונאסר במוצא"ש, ושוב כתב דיש לדחות דכאן עיקר התקנה כך היא להתיר בשבת ולאסור בחול. אבל בפלוגתא הפוסקים אין תקנה מיוחדת להתיר בשבת אלא דאנו מתירים לצורך שבת וסומכים על המקילים, וא"כ י"ל דגם למוצא"ש עומד בהתירו.

כט) שאם אמר הלוואתי לפלוני הלוואתו לפלוני. ופרש"י דאילו בבריא לא זכה ע"י קנין דאין מטבע נקנה בחליפין. ומבואר ברש"י דהלוואה יש לה תורת מטבע. ועי' בתוס' ב"ב ע"ז ב' דהלוואת מטבע אינה נקנית בחליפין. ומשעמ דאם הלוח חפצים נקנה בחליפין, ויתכן דזו גם דעת רש"י. ועי' ב"ב קכ"ד ב' גבו מעות יש לו וברשב"ם שם. ל) תוד"ה שאם, כתבו דלרב מהני אומדנא להוציא. [ועיין בהגהות מהרש"ם ד"ל דרב לטעמיה דאזיל בתר רוב דאומנא כרוב]. ועי' בשו"ת הרא"ש כלל קז דמשמע קצת דאומדנא אינה בירור גמור אלא ניתן רשות לדין לדון ע"פ אומדנא. ועי' חו"מ סי' ט"ו ובגר"א שם.

דף נו ע"א

לא) בעי רבין נכנסה לחופה ולא נבעלה מהו. ופי' רש"י דהספק לראב"ע, ומבואר דהא פשיטא שחופה קונה אף בלא ביאה, וכל הספק רק לענין התוספת.

ולחל' בעי רב אשי נכנסה לחופה ופירסה נידה מהו, ושיטת הרמב"ם דהנידון האם חופת נדה קונה או שאינה קונה כלל והרי היא כארוסה, וכתב והקשה החלקת מחוקק (סי' ס"א סק"ב) דא"כ גם הבעיא הראשונה מתפרשת לענין האם חופה קונה בלי ביאה, דא"כ מהיכי תיתי דהבעיא השניה מתפרשת באופן אחר מהבעיא הראשונה, ובפרט דהבעיא השניה כאן באת"ל מהבעיא הראשונה, וקשה דזה לא יתכן דחופה גרידא לא תקנה, שהרי אפי' מסירה לשלוחו הבעל מהני כדאיתא בדף מ"ח, וכ"ש חופה בלי בעילה. ואין לומר דמסירה עדפא מחופה, דהרי דרשין בדף מ"ח לזנות בית אביה פרט לשמסר האב לשלוחי הבעל [דאז דינה בחנק כנושאה ולא בסקילה כארוסה] ופריך ואימא שנכנסה לחופה ולא נבעלה הוא דקא ממעט אבל אבל במסירה לשלוחי האב אכתי ארוסה היא, אלמא דטפי נהיית נשואה בחופה בלי בעילה מאשר במסירה.

והבי"ש שם מיישב דאה"נ לדעת הרמב"ם גם הבעיא הראשונה לענין חופה אם קנה, ומה דאיתא בדף מ"ח דמסירה לשלוחי הבעל מהני היינו רק לענין ירושה וכמש"כ רש"י שם בדעת שמואל שמוחל על הירושה, אבל לענין קניה ממש להיותה כאשתו באמת לא מהני כלל המסירה ורק חופה מהניא ליה ועי' קמבעיא לן אי בעינן גם ביאה. ועי' בחזו"א (סי' י"א) שהקשה עליו דפשיטא בכל הש"ס דחופה קונה בלא ביאה, ובע"כ צ"ל לדעת הרמב"ם דהבעיא הראשונה היא רק על דין תוספת, ואינה כענין הבעיא השניה.

לב) ובבעיא דרב אשי כתבו הרבה ראשונים דבספק לענין תוספת אבל הא פשיטא שחופת נדה קונה. ועי' בר"ן שהוכיח כן מהא דק"ל יש חופה לפסולות (יבמות נ"ז ב'). אכן הרמב"ם (פ"י ה"ב מאישות) כתב דחופת נדה לא קניא, וכתב הר"ן דהוא מפרש דהבעיא כאן לענין עצם הקנין חופה, ולפי' קשה מהא דק"ל יש חופה לפסולות, ותיירץ הלח"מ דהכל הולך אחר הכוונה, דאם דעתו לבוא עליה באיסור קנאה, אבל בחופת נדה אין דעתו לבוא עליה אלא כשתטהר. ובשעה"מ (פ"י מאישות) הקשה ע"ז מהגמ' ביבמות נ"ח, דר"ש מיייתי ראייה דיש חופה לפסולות מהא דלא שטייתי ארוסה, דע"כ מייירי שקינא לה כשהיא ארוסה ואיסדתו ונכנסה לחופה ולא נבעלה, וש"מ יש חופה לפסולות, ושם בע"כ דלא היה דעתו לבוא עליה באיסור שהרי רוצה להשקותה, ועיי"ש מה שמיישב ומשה"ק ע"ז בדברי יחזקאל סי' טז.

והדברי יחזקאל כתב ליישב דעת הרמב"ם שאין טעמו מחמת שאינה ראויה לביאה, אלא מחמת שהיחוד עצמו אסור, וכל שעושה הייחוד באופן אסור אין זה דרך אישות אלא דרך זנות. משא"כ בהא דיש חופה לפסולות דמייירי בחיביי לאוין ושם אין איסור הייחוד איתן מדאורייתא כיון דאין בכלל עדיות. וע"ש עוד מהלך ברמב"ם, ולדבריו אין דברי הרמב"ם ענין לסוגיתנו.

לג) ל"ע לדעת הרמב"ם האם מהני מסרה האב וע"ע בב"מ סי' ס"א, ובחי' הגר"ט ריש המסכת, והובא בדף ב' בתו נדה לשלוחי הבעל. והנה יעוי' בתשובת הרא"ש (כלל נד) באב שנתן קרקע לבתו בתנאי שאם תמות קודם נשואין תהיה הקרקע הקדש. וחלתה חולי מוות, ועשו חופה בחליה ומתה מאותו החולי, והשואל כתב דמסתבר דלא מהני מדין מסר האב לשלוחי הבעל הואיל ולא היתה ראויה לביאה מידי דהוי אחופת נדה. והשיב הרא"ש דלא יירשנה הבעל מתרי טעמי, חדא כיון שאינה ראויה לביאה. ועוד דאזלינן בתר דעתא דאב שלא רצה שיבאו לחתנו דרך הערמה וכדחזינן מהתנאותו שהתנה שלא תמות קודם הנשואין כ"ד.

והנה בדברי השואל מוכח דאף מסירה לשלוחי בעל לא מהני בנדה. ובבי"ש (סי' נ"ז) כתב דהרא"ש לא הודה לזה, דיש לחלק בין מסירה לשלוחי בעל דמהני משום מחילה (כמש"כ רש"י דף מח) לבין חופה שלא מועלת כאינה ראויה לביאה. [וע"ש בסוף דבריו הביא דברי הט"ז דמסירה לרשותו עדיף מחופה וקונה לכל דבר, ולכאוי זה לא כמש"כ הוא עצמו דמהני רק לירושה מטעם מחילה, וצ"ת. וע"ע בפ"ת שם].

לד) בעיקר דברי הרא"ש שכתב דחולנית אינה נקנית בחופה כיון דלא חזיא לביאה, תמוה. דהא שיטת הרא"ש עצמו בפסקיו כאן דחופת נדה קניא (וחולק על הרמב"ם) וכבר עמדו בזה הח"מ ובי"ש וגר"א (סי' סא), ועיי' בב"ש שמדברי הרמ"א משמע שיש לחלק בין נדה שעתידה להיטהר לבין חולנית שלא עומדת להחלים, דבזה לכו"ע לא קנה ועי' ברע"א ח"ג סי' נא שמקושת הר"ן מחופת פסולות מוכח על חילוק זה וע"ש עוד בחילוקי דינא בזה. ובחלק מחוקק סק"ב כתב דהרא"ש חזר בו בפסקיו. ובפ"ת סק"ח כתב דבאמת גם הרא"ש בתשובה סובר דהחופה קנתה, אלא דכיון דהרא"ש

מיירי באופן שהתנה האב שאם תמות קודם נשואין תהיה הקרקע הקדש, אי"כ בלשון בנ"א כשמתה בחליה ולא היתה ראויה לביאה מקרי קודם נשואין, ושלכ"ד הרמ"א שהעתיק פסק הרא"ש בסתמא אף בלא התנה באב. (לה) הרא"ש (סי' ו') הקשה על הרמב"ם שמפרש דספק הגמי' הוא לגבי קנין, דאי"כ למה בעי לה הכא על דברי ראבי"ע ולא על המשנה דאין האשה אוכלת בתרומה עד שתיכנס לחופה. והוסיף הרא"ש: והמדקדק בשמועה זו יבין דפשיטא ליה דחופת נדה הוי חופה אלא דמבעיא ליה את"ל דלראבי"ע זכתה בחיבת חופה בלא ביאה חופת נדה מהו וכו', ואין לומר דשאני הכא דפירסה נדה אח"כ, מ"מ נהי דראיה אין כאן דחוי לחופה כשהיא נדה, גם להם אין ראיה דלא חזיא לחופה. ועוד ע"כ הכי פירושו נכנסה לחופה וכבר פירסה נדה, דאי פירסה נדה אח"כ כבר קנאה בתחילת חופה דסוף חופה היא תחילת ביאה נמצא דחופה קונה מתחילתה.

ונחלקו האחרונים בכוונת הרא"ש, הקרבן נתנאל פירש דלמסקנת הרא"ש מיירי בשפירסה נדה אחר חופה, ומ"מ אינה נוטלת תוספת דלא כתב לה ע"ד שלא תהיה ראויה בסוף החופה. [ועי' שמצדד בדעת הרא"ש שבפירסה נדה מתחילה באמת לא קנה כלל, אלא דהבעיא הכא בפירסה נדה אח"כ]. ועי' היטב שמפרש מהלך הרא"ש וקושיתו על הרמב"ם. אמנם שאר האחרונים נקטו דרא"ש מפרש הבעיא באופן שפירסה נדה מתחילה [עי' ב"ש וח"מ ר"ס ס"א, וחכ"צ ס"י קכד ורע"א] אבל אם פירסה נדה אחר החופה יש לה תוספת.

ובח"מ הביא דבמרדכי משמע דאף אם פירסה נדה בהמשך לא קנאה, ומבאר הח"מ דס"ל דסוף חופה קונה, והיינו או הרגע האחרון לפני הביאה, או סוף שבעת ימיה משתה, ולפי' כל שבעת ימי המשתה אם מת ולא בעל דינה כארוסה ואינו יורשה ואינה מיטמא לה ועי' בחזו"א (סי' ט"ו) שתימה לומר כן, ולכן מפרש דאין לחופה שעור, אלא דהמרדכי מיירי שפירסה נדה קודם שהיה זמן לבעול ובזה ס"ל דחשיב אינה ראויה לביאה, וכי' דוקא בשעת וסתה שעמדה להיות נדה. אמנם הב"ש כתב דבכה"ג שלא היה שהות לבעול גם הרא"ש מודה דהוי בחופת נדה.

לו) המרדכי והטור הביאו בשם ר"י דמיירי שפירסה נדה כבר בשעת חופה והחתן לא ידע, ובזה הספק דשמא אילו ידע לא היה כונס, אבל אם מודיעים לו ואעפ"כ הוא כונס ודאי היא קנויה לו מיד כיון שעושה חופה ע"ד לבעול כשתהר. והנה מהחלקת מחוקק והב"ש משמע דסברת ר"י היא גם לשיטת הרמב"ם דלא קנה כלל, דכ"ז רק בלא ידע אבל בידע קונה. אמנם הב"ש הביא מתשובת פנים מאירות שתמה ע"י דאם החסרון משום חופה שאין ראויה לביאה מה מועיל שידוע שהיא נדה. ולכן מפרש דס"ל כהרא"ש דהנידון על התוספת, ועי' יש סברא שאם יודע מסכים להתחייב התוספת על ידי נשואין אלו. וכן פירש החכ"צ ס' קכד.

ובלח"מ (פ"י מאישות) כתב דמדברי הר"י הנ"ל סמך לחילוק בין דעתו לבעול באיסור לאין דעתו לבעול באיסור, ומשמע שמבאר כח"מ וב"ש.

לז) כתב החזו"א (סי' כא) די' נ"מ בין הרמב"ם לרא"ש גם לגבי תוספת, דלדעת הרא"ש דהחופה חלה, אי"כ כשנטהרה מיד מתחייב בתוספת, אבל לדעת הרמב"ם שהחופה לא חלה צריך לעשות עוד חופה לכשתטהר, ואם מתק ודם אין לה תוספת.

לח) רש"י ד"ה ופירסה נדה, ופרש ממנה ומת. צ"ע למה לא פרש"י באופן שגירשה. ועוד צ"ע למה לא פירש כן על בעיא קמייתא דנכנסה לחופה ולא נבעלה, וביאר החכ"צ (סי' קכד) דס"ל דבנתגרשה לא קמבעיא ליה לרב אשי, די"ל דרש"י מפרש שפירסה נדה אחרי החופה כמשמעות לשון הגמי', וא"כ קשה קושית הרא"ש שכבר קנאה בתחילת חופה. וזה מתרץ רש"י באמרו ופירש ממנה ומת ר"ל אע"ג דחופה קונה ודאי ע"ד שתהא ראויה לביאה אחר חופה אבל זו שמעולם לא היתה ראויה לביאה אחר החופה לא קנה דאגלאי מילתא למפרע שבשעת חופה לא היתה ראויה לביאה מעולם. אבל בנתגרשה כיון שבידו להמתין עד שתטהר ליכא למימר אגלאי מילתא למפרע. ולכן בבעיא קמייתא לא פירש רש"י כלום, דשם אין נ"מ אם מתה או נתגרשה, אבל כאן שפירסה נדה פרש"י דדוקא במת ולא בנתגרשה. (לט) הרמב"ם פסק בסתמא דחופת נדה לא קנה, וצ"ע דהרי הוי בעיא דלא אפשיטא, ויש נ"מ לתפיסה ולטומאת כהנים, ועי' ברע"א ובפ"ת (סי' ה') משכ"ב.

(לט) ר"י אומר רצה כותב לבתולה וכו', וסבר ר"י דכותבין שובר וכו'. עי' בראשונים שהקשו מאי פריך והא כאן נעשה הדבר בהסכמת שניהם ע"ש מה שתירצו. ועי' בקושיות עצומות דרע"א.

(מ) טעמא דכתבה לי הא ע"פ לא, נחלקו הראשונים אם החילוק בין ע"פ לכתב, או דהחילו בין היכא דלא נתחייב מתחילה לנתחייב ואח"כ מחלה, ויבואר בעז"ה בע"ב.

(מא) האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לי עליך שאר כסות ועונה. הנה התוס' כתבו דמיירי בדכפליה לתנאיה, והיינו דהוי ממש דרך תנאי שאם יחולו שאר כסות ועונה אינו חפץ בקידושין. ולפי' צ"ב למה באמת חלים הקידושין בלי שאר וכסות [לר"י] והרי אין כאן סיבה המפקעת את השאר וכסות בפנ"ע, אלא התנאי הוא על גוף הקידושין, וא"כ נימא דכיון שאם הקידושין יחולו יהא בהם שאר כסות ממילא יפקעו הקידושין לגמרי.

ועי' בדו"ח שדן בדברי תוס', די"ל דכאן אי"ז כלל מפרשת תנאים רק שמקדש אותה בלי התחייבות שאר כסות ועונה והיא נתקדשה לו על אופן זה. וכמו ע"מ שאין לך אונאה דלא שייך לומר שהוא ענין תנאי דאם יהיה בו דין אונאה לא יהיה המכר מכר, דא"כ אם יהיה אונאה יאמר הלוקח רוצה אני שיהא בו דין אונאה ויתבטל באמת המקח. אלא ודאי דאינו בדרך אלא דמוכר בענין שלא יהיה ללוקח עליו דין אונאה והלוקח שנתרצה הוי כקנה בלי זכות זה דאונאה וסילק זכותו בזה עכ"ד. [וצ"ב למה קשיא לה טפי באונאה מבקדושין. ונראה דכאן התנאי ע"מ שתוותר על השאר כסות ועונה, ויש אפשרות לשתמחול אבל באונאה כאשר ידע מהאונאה לא ימחול. עכ"פ מבואר בדבריו שהתנאי - לפי שיטת תוס' - הוא ע"מ שתמחול לו על השאר כסות ועונה.] ועי' ברע"א למשניות פאה אות סט באריכות.

(מב) ובחי' מרן ר"י הלוי ריש הלכות נזירות מיישב שי' תוס', דכיון דקאתינן למיחל דין בהנישואין שלא יהא בהם חיובא דשאר כסות ועונה וזה אפשר רק מדין תנאים, דבתנאים הויג זה"כ דנעשה חלות דין בעצם המעשה שהמעשה מתקיימת בתנאי זה. [וכמבואר ברמב"ם בפ"ט מהלכות גירושין דיסוד הדין של תנאים הוא דעצם המעשה כבר נעשית ואך שחל בה דינא דהיא תלויה בקיום התנאי], וע"כ חל ע"י הדין של תנאים גם הך מילתא שלא יהא בהנישואין חיובא דשאר כסות ועונה וכדומה, ואף שאין כאן ביטול המעשה, היינו משום דבכה"ג שנעשה ע"י התנאות חלות דין של הפקעת חיובא מקרי לעולם דהתנאי מתקיים, אבל לעולם דהתנאי הוי תנאי גמור כמו כל תנאים דעלמא שהמעשה תלוי בקיום התנאי, אבל בלאו הדין של תנאים ליתא במה למיחל דין בהמעשה שישתנה דיה ובע"כ הוא מתחייב אף בדבר שבממון, ומש"ה בעינן בזה למשפטי התנאים כיון דרק ע"י פרשת תנאי נפקע החיוב.

מג) והגרש"ש בחי' כתובות סי' ו' מבאר באופן אחר, דבאמת הוי כאן תנאי גמור שאם יחולו שאר כסות וענה יפקעו הקידושין, ומ"מ הדין הוא שיחולו הקידושין בלי שאר כסות ועונה. והסבר הדברים הוא ע"פ מה שמסד שם הגרש"ש שכל חלות שאם יחול הוא סיבה לבטל את חלות עצמו, שוב לא חל החלות כלל ופוקע לגמרי. ועפ"י גם כאן כיון שאם יחולו שאר כסות ועונה יפקעו הקידושין וממילא גם השאר כסות ועונה יפקעו איתם, נמצא דהחלות חיוב של שאר כסות ועונה מבטלת את עצמה, ולכך הדין הוא שחלים קידושין בלי שאר כסות ועונה.

מד) התוס' הקשו דכיון דמייירי בדכפל לתנאיה ואמר בפירוש שאם יהיה חיוב שאר כסות ועונה לא יחולו הקידושין, איך יתכן דלר"מ יהיו קידושין עם חיוב שאר כסות ועונה, והרי אמר בפירוש שאינו רוצה כאלה קידושין. וצ"ב למה קושיתם רק משום דבעינן תנאי כפול, והרי למ"ד דלא בעינן תנאי כפול ג"כ תקשי ליה אותה קושיא כיון, ועיין בשטמ"ק שכי' דלולא דבעינן תנאי כפול כ"ל דאומר שאם אפשר לקדש בלא שאר כסות ועונה הוא מקדש, ואם לאו יהיו קידושין גמורים [השטמ"ק כתב כן גבי נזירות, ולכאוי' ה"ה בקידושין] ולכאוי' צ"ב, דהרי גם למ"ד דלא בעינן תנאי כפול הטעם משום דמכלל הן אתה שומע לאו, אבל באופן שכי' השטמ"ק שמפרש שאינו רוצה בשום אופן לבטל הקידושין לכאוי' אין נ"מ בין ר"מ לר"י. ועיין בחזו"א (סי' כו סק"ג) משכ"ב, ובסו"ד נשאר בקושיא.

מה) ותיירצו התוס' דאי לאו דילפינן מב"ג וב"ר לא היה מועיל שום תנאי לבטל את המעשה, והילכך גם אחר פרשת תנאים כל שלא נעשה התנאי כתקונו אין בו כח לבטל את המעשה. ועיין לשון הרא"ה "לא אלים ליה לבטולי מעשה". ועיין שו"ת הרא"ש כלל ל"ה (ט) וכלל מ"ו (ב) שמייסד ע"פ הנחה זו דאם מקדש ומגרש על תנאי ומבטל את התנאי חלים הקידושין והגירושין למפרע דשוב אין מה שיעכב את התנאי. ולשון הרא"ש: וכיון שכן הוא שהמעשה הוא דבר בפני עצמו וראוי להתקיים בלא קיום תנאי אלא דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר, א"כ התנאי יכול לבטל ההוא מעשה בפניו ואין קיום המעשה תלוי בו ודיבור בעלמא הוא ואתי דיבור דביטול התנאי ומבטל דיבור התנאי. ועי' בקוב"ש (אות קסט) שהקשה למה א"א לבטל את המעשה, דבשלמא אם כבר חל המעשה א"א לבטלו דלא אתי דיבור ומבטל מעשה, אבל כאן עושה מלכתחילה את המעשה על צד קיום התנאי. ועי' מש"כ בזה בארוכה. [והגרש"ש שליט"א כתב בתשובת שאלה בתו"ד בדרך משל דהשולח שליח לקדש אשה ועשה השליח תנאי מדעת עצמו, דהתנאי בטל ומעשה קיים. וזה מוסבר היטב ע"פ הרא"ש דתנאי מילתא אחריתא, ונמצא דעשה השליח מעשה שלם של קדושין, ואילו כלפי התנאי שאין לו שליחות לא עשה כלום - אך אם נימא דהוי כמקדש על צד לא יתכן לומר שהיא מקודשת אם יתבטל התנאי דהא לא קידשה על צד זה -

אמנם יעוי' ברמב"ם (פ"ז מאישות ה"כ): העושה שליח לקדש לו אשה והלך השליח וקידשה על תנאי אינה מקודשת עכ"ל. ומבואר להיפך, וכאשר נשאל ע"י הגרש"ש השיב דלא היתה כוונתו דלמעשה הקדושין קיימים, אלא כוונתו דמצד עיקר כח השליחות כך היה צריך להיותה דין, ומה שפסק הרמב"ם דהקידושין בטלים הוא מטעם צדדי, דאין רצון המשלח שיקדש את האשה בדרך תנאי שיצטרכו ע"י שאלה חכם].

מו) ויש ראשונים [ע"י בת"י בשם ר"ת וברשב"א וריטב"א] דהתנאי לא מבטל את המעשה - דכל המתנה עמש"כ בתורה הוי כמפליגה בדברים, ודימו זאת למתנה ע"ד שא"א לקיימו. ועי' בחזו"א (כ"ו יג) שדעת תוס' דדוקא דבר שבמציאות א"א לעשותו הוי מפליגה בדברים, משא"כ כאן שהעיקוב רק מצד הדין.

ועיין בקוב"ש (אות קסז) שהביא דברי הגמ' בגיטין פ"ד א' באומר לאשה ה"ז גיטך ע"מ שתאכלי חזיר, דפליגי אביי ורבא אי הוי כמפליגה בדברים, ופריך בגמ' תיפוק ליה דהוי מתנה עמשכ"ב, ואילו לר"ת הרי כל דין מתנה עמשכ"ב הוא רק מדין מפליגה בדברים, ואם לא יהיה הפלגה בדברים [וכסברת רבא דאפשר דאכלה ולקיא] א"כ יתבטל הגט מכח קושית התוס' דאדעתא שלא תאכל חזיר לא נתן לה הגט. ולכאוי' יש ליישב דכל דברי התוס' רק אם בעינן תנאי כפול - ע"י אות מד - והגמ' שם מייירי בלי תנאי כפול [וכמ"ד דג"ז מהני].

מז) הרשב"א בגיטין ע"ה ב' ד"ה אתקין הביא קושית התוס' איך המעשה קיים [באופן שמעשה קודם לתנאי] והרי לא רצה לעשות המעשה בלי תנאי, ומ"ש מכל אומדנא. ותיירץ בשם תוס' וז"ל: וי"ל דטפי עדיף גלוי הדעת לבד, מתנאי שאינו כהלכתו. דכיון שהתנה ולא התנה כהלכתו הרי גילה בדעתו שאינו חושש בקיומו ואינו רוצה בביטול המעשה אע"פ שמתקיים תנאו. ושוב הקשה מדין תנאי ומעשה בדבר אחד - דשם אין לו ברירה להתנות באופן המועיל. ומסיים הרשב"א בשם תוס': והעלו הענין בקושי, דשמא יש יתור כמו בתנאי כפול דמפרש ר"מ בפרק האומר. ומבאר החזו"א (סי' נ' סק"ו) דאחר גזה"כ לא קשיא להו לראשונים, דשפיר ידעי כל ישראל שיש דינים בתנאי וכל שרוצה להתנות הולך אצל חכם שילמדנו להתנות כדן, ואם לא בירר גמר בדעתו לבטל התנאי אם לא יהיה כדן, אלא דקשיא להו שאין למדין מב"ג ומ"ר אלא מה שמסתבר, ולכן הוכיחו דיש יתור על דינים אלו. אמנם התוס' כאן סברי דלא בטל המעשה ע"י אומדנא אף בלא גזה"כ אלא מסברא הוא, ועי' בקו"ש.

במש"כ באות מ"ד. ועי' ברמב"ן ב"ב קכ"ו ב' שכתב וז"ל בשלמא לרבנן איכא למימר בדלא כפליה לתנאיה ובכי האי גוונא לית להו מכלל הן אתה שומע לאו הואיל ומתנה עמש"כ בתורה הוא. עכ"ל. ומבואר דמייירי באומר רק הן, ובעלמא ס"ל לרבנן מכלל הן אתה שומע לאו, מלבד כאן שהוא מתנה עמשכ"ב. וביאור הדברים כתב הברכ"ש (ב"מ סי' לו): דדוקא אם הצד המקיים הוא חל, דאפשר שתתקיים המעשה והתנאי, אז יש בו לשון לאו דהוא ביטול. אבל כשאנו יכול להתקיים הדין, לא נעשה מזה התנאי לאו לענין שתבטל המעשה. וכנראה זו כוונת השטמ"ק.

מח) הרמב"ן ב"ב קכו תירץ דהא דלא בטל המעשה, משום דהך תנאה עוקר את המעשה, וכל תנאי שעוקר את המעשה לאו תנאה הוא. שכיון שאמר ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה את מקודשת, חלו הקידושין שמצאו מקום לחול שהרי אפשר שיתקיים התנאי, וכיון שחלו לא חלו לחצאין שאין אישות לחצאין, ולא דמו לשאר תנאים שלא נתקיימו שהקידושין בטלים. [אמנם כתב הרמב"ן דלגבי אופן שאין ההן קודם ללאו ותנאי למעשה, א"א לתרץ כך, ושם צ"ל כטעמו של ר"ת דוהי כמפליגה בדברים].

ובמחנ"א (רבית סי' לו) כתב דנ"מ בין ר"ת לרמב"ן, באופן שהלוה ע"מ שיתן רבית, דלדעת ר"ת הוי מתנה עמשכ"ב ותנאי בטל ומעשה קיים, הואיל ואין יכול לקיים התנאי. אכן לדעת הרמב"ן באופן זה אין התנאי סותר את המעשה, וא"כ המעשה בטל ויכול לתבוע את ההלוואה לאלתר. ועי' שהאריך בזה.

מט) כתבו התוס' דאין לתרץ דלהכי מקודשת לפי שמקדשה ע"מ שתמחול והרי מחלה אלא דאין מחילתה מחילה וכו'. וצ"ב למה אין מחילתה מחילה. ועי' ברמב"ן ב"ב קכ"ו שכתב תירוץ זה וז"ל: ואיכא מאן דתריץ דהכי אמר לה, ע"מ שתמחלי לי שלא אתחייב לך בשאר כסות ועונה, והאי תנאה לאו תנאי ידיה הוא דרחמנא חייביה, ומשום תנאה לא מצי

למימחל ליה. ואין הי"נ דאי מחלה מדעתה בתר הכי מחילתה מחילה, אבל משום תנאי לא דרחמנא אמר ליכא דנסיב אתתא ולא לחייב בשאר כסות ועונה, וכו', ע"ש. ומבאר דיש אופנים שמועלת המחילה, אבל מחילה שמחמת תנאי לא מהני. ועיי' בברכ"ש (ב"מ סי' לו) דהביאור הוא דלאחר חלות דין שאר כסות ועונה אז יכולה למחול דאז הוי זה מחילה ולא תנאי. [אבל כאן התנאי הוא שתמחול באופן שלא יחול כלל, וזה הוי מתנה ועמשכ"ב]. [ועיי' מש"כ אות נב בשם הנהיבות].

ט) במשה"ק התוס' מהמשנה בנזיר, עיי' בפני"י שהקשה למה לא משני דאזיל כרבנן וכלא תנאי כפול, ועיי' ברמב"ן ב"ב קכו שבאמת מתרץ כך. [ותוס' סברי דסתם משנה ר"מ, כ"כ אחרונים].

והנה הרמב"ן בב"ב כתב דלר"ת שהטעם דחלים הקידושין הוא משום שמפליגה בדברים, א"כ כל טעם זה לא שייך אלא בדברים שבין ב' בני"א, אבל בנזירות שהיא בין לבין עצמו ל"ש הטעם של מפליגה בדברים. אכן הרשב"א בב"ב שם כתב דגם בנזירות י"ל דלאו בדוקא קמתני, אלא כמפליג בדבר.

נא) בדין הריני נזיר ע"מ שאגלח בבית חוניו, דתנן במנחות דיגלח בבית המקדש ואם גלח בבית חוניו יצא. ור"ש פליג ואמר דא"י נזירות. וביארו התוס' דאין הנזירות חלה עליו מדין מתנה עמשכ"ב, דאינו מכוון לעקור דבר מה"ת, וסבור שמצוה להקריב בבית חוניו. [ועיי' בגרי"ז ריש נזירות דכל שאין עושה להדיא נגד התורה יש כח בתנאי לעקור דברי התורה ע"ש]. וצ"ב לפ"ז אין יכול לגלח במקדש, והרי עשה תנאי שהנזירות תחול רק אם יכול לגלח בבית חוניו, וכיון דאם תחול א"א לגלח שם נמצא דבטלה הנזירות ואם יקריב במקדש הוי חולין בעזרה.

וביאר החזו"א (סי' נו סק"ג) דרישא דתנן יגלח במקדש, מיירי באופן שידע דאין בית חוניו מצוה [וסתמא הכי הוי] ובכה"ג חייב לגלח דוקא במקדש דהוי"ל מתנה עמשכ"ב. ובסיפא תנן אם גלח בבית חוניו יצא - פי' דאם מגלח שם הוי גילוי מילתא שסבור שיש מצוה לגלח שם, [דא"כ למה באמת גלח שם, הרי באמת אין שום מצוה במה שמגלח שם]. וא"כ לא הוי מתנה עמשכ"ב והתנאי קיים. [ובדעת ר"ש דאומר א"י נזירות, צ"ל דאף כשמגלח במקדש אין כאן סתמא לומר שידע שאין מצוה, דאדרבה מדהתנה שיגלח בבית חוניו גמ' שסבור היה דהוי מצוה, כנלענ"ד].

והגרש"ש (סי' מט) מבאר ע"פ משני"ת באות דגם במתנה שיוכל לגלח חלה חלות נזירות בלי מצוות גלות, דכיון שאם תחול מצוות גלות תתבטל כל הנזירות מכח התנאי, ממילא הדרתין לכללא דכל חלות שאם יחול יבטל את עצמו אינו חל, ולכן אינו חייב לגלח בבית המקדש. אבל מ"מ אם גלח מקיים מצוה, ומבאר הגרש"ש דלפ"ז סברת ר"ש ואמר א"י נזירות הוא משום שסבור דא"א לנזירות לחול בלא חובת גילוח ולכן א"י נזירות כלל. [ועיי' במה שהתקשה לד' הרמב"ן דמיירי באופן שאין תנאי כפול, ודבריו צ"ב, חדא דהרמב"ן העמיד רק המשנה של ע"מ שאשתה יין בלא תנאי כפול, ולא את המשנה של ע"מ שאגלח בבית חוניו. ועוד דכבר נתבאר דאם מתנה עמשכ"ב תנאו קיים [וכמו הכא שאין יודע שיש איסור בדבר] אמרינן להן תנא מכלל הן אתה שומע לאו אפי' בלי תנאי כפול].

נב) הקשו התוס' דלר"מ לא יוכל למחול חובו ע"י תנאי שאם יאמר עשה עמי היום וחובך מחול לך יהא מתנה עמשכ"ב. והגרע"א כתב ע"ד תוס', דלשונם אינו מובן דבכה"ג לא מקרי מתנה עמשכ"ב אלא דהוי תשלומין על מה שעושה עמו, ואמאי לא נקטו בסתם שלא יהא יכול למחול חוב כדנקטו אח"כ בנזיקין נימא שלא יהיה יכול למחול.

אמנם יעוי' בנהיבות (סי' רכ"ז סק"ד) שהוכיח מ"ד תוס' דמחילה בלא תנאי פשוט דמהני, וכל קושייתם רק על מחילה בתנאי דגרעא ממחילה סתם. וביאר הברכ"ש (ב"מ סי' מ"ג אות ה' ו', וסי' מד) דמחילה ממש חשוב כפירעון ומתנה, ול"ש למתנה עמשכ"ב. אבל מחילה בדרך תנאי היינו שאינו מוחל החוב ממש אלא שנותן לו זכות בדרך תנאו דאם יכול לעשות תנאי ולעקור זכות שיש לו בחוב, היינו שמסלק עצמו מזכות תביעה ע"י התנאי, וזה חשוב מתנה עמשכ"ב.

אולם פשטות הנהי"מ מטה דאין כאן ב' סוגים של הפקעת החוב, אלא דכשעושה דרך תנאי גרע משום עצם הדבר שעושה תנאי, והיינו דדין מתנה עמשכ"ב הוא דין בהלכות תנאים, וכל מחילה הבאה דרך תנאי מקרי מתנה עמשכ"ב, אף שבלא תנאי היתה המחילה מועלת, [וכן משמע בקו"ש אות קעז]. אכן זה צ"ב דיש ראיות שדין מתנה עמשכ"ב הוא גם בלא דין תנאים, [עיי' בפרק הכותב גבי סילו דיש בזה חסרון של דשלבי"ל, וכן נקט הגרע"א שפי' דע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הוא שויר, וכ"כ הקצה"ח סי' ר"ט סק"א, והוכיח כן מהא דהאומר פלוני בני לא יירשני הוי מתנה עמשכ"ב, ועיי' בברכ"ש ה"מ סי' לו]. ועיי' בנהי"מ סי' ר"ב סק"ד, שמבאר מדבריו דהדין מתנה עמשכ"ב הוא אף בשויר כאשר נאמר בדרך תנאי, אבל אם אינו בדרך תנאי אלא שויר בעלמא א"י מתנה עמשכ"ב וזה לכאוי דלא כבר"ש.

ועיי' בנהי"מ סי' ר"ט סק"ו, וסי' רנה סק"ג, דמבאר שגם בגיור שלא בדרך תנאי הוי מתנה עמשכ"ב, וצ"ע. ואולי יש בזה שני דינים, דהעוקר חיוב בתורה הוי מתנה עמשכ"ב, וכן בתנאי יש דין נוסף שאף אם מתנה שימחול הוי מתנה עמשכ"ב, וסברא זו נזכרה בחזו"א (סי' נו סק"ד) דכיון שהוא מוכרח למחול משום התנאי ואין אפשרות שיתקיים בדין הוי מתנה עמשכ"ב, ואולי זו דעת הנהיבות.

דף נו ע"ב

נג) בא"ד, אבל קשה לענין ניזקין ופדיון הבן [כן גרס מהרשב"א] נימא שלא יוכל למחול. והיינו דוקא בדרך תנאי כמש"כ האחרונים דלעיל - אות נב - . ולהגרע"א הקושיא אף בלא דרך תנאי.

ובמש"כ התוס' (לגי' מהרש"א ומהרש"ל) דהכהן ימחול על פדיון הבן הקשה הקוב"ש הא אינו בעלים ע"ז אלא הוי של השבט וא"כ צריך שכל הכהנים העולם ימחלו, וכתב דאפשר דמיירי במכירי כהונה. אמנם צ"ע דאיך שייך מחילה על פדיון הבן, הא מ"מ לא נעשה כאן עדיין מעשה פדיון. והנה יעוי' במנ"ח מ' שצ"ב שדן אם מצוות פדיון הבן הוי כפירעון חוב או דהוי מצוה לתת הכסף ולפדות, וכתב להוכיח דלא הוי חוב גרידא, דא"כ תהני מחילת הכהן וזה פשוט דלא מהני מחילתו, ובע"כ דיש מצוה לתת הכסף ולפדות, ולכן לא מהני מחילה, ולכללא שלא הביא דברי התוס' דהכא דמפורש שיכול למחול. ועיי' בשערי ישר (ש"ה פכ"ה) שהאריך בגדרי פדה"ב, ומסיק דהוי מצווה מורכבת מפדיון ותשלום חוב, ואם פוקע החוב ממילא פקעא המצוה דהא בלא הא לא קיימא, ומשה"ק המ"מ, תירץ השער"י דלא מהני מחילת כהן אחר כיון שהוא חייב לשאר הכהנים [וכקושית בקוב"ש], וצ"ע גם עליו שלא הביא דברי תוס' דידן.

נד) ותירץ הר"ר אלחנן וכו' אבל למחול יכול וכן ע"מ שתפטרי אותי משאר וכסות פטור. והקשה ההפלאה דזה סותר מש"כ תוס' בתחילת דבריהם דאם מתנה ע"מ שתמחול ומוחלת לא מהניא מחילתה. ותירץ דכאן כוונתם שיכולה לוותר כל רגע, וכ"ז זמן שלא חוזרת בה הרי הוא פטור. ולעיל כוונת תוס' שתמחול באופן שלא תוכל לחזור בה. ועיי' עוד תירוץ ומה שביאר בזה בברכ"ש (ב"מ סי' מד). ולכאוי יש לחלק בפשיטות דלעיל איירי תוס' שתמחול קודם חלות החיוב, וכאן רוצה שתמחול אחר חלות החיוב. [ועיי' החזו"א - סי' נו סק"ג - ד"ה ותירץ הר"ר אלחנן].



נה) בא"ד, ועי"ל דנזקין לא דמו לקידושין. כוונתם דבנזקין יכול להפקיע גם את עצם החיוב, משא"כ בקידושין דאין קידושין לחצאין. וביאור הדברים, עי' בקו"ש אות קעח, דהא דמהני ע"מ שאין דין נזקין הוא כמש"כ הרמב"ן ב"ב קכ"ו דלא חייבתו תורה אלא ברצונו של זה, וה"ה בשאר כסות ועונה יכולה לסלק עצמה מדין שאר וכסות, אלא דיש שם חסרון שאין קידושין לחצאין, ולפי"ז מחדש הקוב"ש דאחר האירוסין יכולה לסלק עצמה משאר כסות ועונה, דכבר חלו הקידושין, וכשיטת הראשונים ר"פ הכותב דמהני סילוק אף בדאורייתא. אמנם תוס' דף פ"ג א' כתבו דלא מהני סילוק בדאורייתא, ורק תנאי מהני, וצ"ל דסברי כתירוץ ראשון כאן.

אמנם החזו"א (סי' נו סק"ד) מבאר הא דכתבו תוס' דאין חצאין בקדושין היינו דבשאר כסות ועונה סבר ר"מ דרצון התורה בחיוב הזה, שזהו אופי החיים וטוב ההנהגה הראוי לעם ישראל, ולפיכך אף אם מחלה הוא בחיובו ממצות התורה, וכך בע"מ שאין לך עלי אונאה שנאוי האונאה לפני המקום אף שמוחל לפי שלא ידע. אבל בשבוע ע"מ לפטור, אין כאן מזהב ממונו של חבירו כלל וכאילו שכר הבעלים עצמו הוא. [ואפשר לפרש דברי הרמב"ן בב"ב כדרכו של החזו"א]. והנה הגרע"א הקשה על התרוץ השני, דמ"ש נזקין מע"מ שאין לך עלי אונאה, והנה בדברי החזו"א הנ"ל מבואר תירוץ לזה, וכנראה הגרע"א למד כהקוב"ש.

אמנם ממש"ה"ק התוס' מהא דפרק המגרש לכאוי משמע דלא כהחזו"א, דלדבריו הרי אין כאן יסוד חדש של "קידושין לחצאין" אלא הכל סובב על היסוד דא"א לעשות נגד התורה, וסברת "קידושין לחצאין" היא רק אופן נוסף על צורת קידושין שאינה לרצון התורה וא"כ מה הסי"ד דבע"מ שתאכלי חזיר יהיה זה רצון התורה.

ועי' בתוס' הרא"ש שהקשה על תירוץ זה של תוס' דהא בפרק הכותב גבי ירושת הבעל דהיינו דבר שבממון קרי ליה מתנה עמשכ"ב. [וכוונתו דשם ל"ש סברת קידושין לחצאין וא"כ אפי' לר"מ מהני תנאו, וצ"ב למה ירושה שונה משאר כסות ועונה. ולפמ"ש"כ הקו"ש דאחר הקידושין ליכא להך חסרון מובנת היטב קושיית הרא"ש. וא"כ י"ל דהתוס' שלא הקשו כן סברי כחזו"א ודו"ק. ועי"ל דהרא"ש סובר דהירושא אינה חלק מהאישות ול"ש בזה אין קידושין לחצאין וצ"ת].

(נו) הקשו תוס' בהא דמתנה ש"ח להיות פטור משבועה מ"ש מע"מ שאין שאר כסות ועונה, ותירצו דהתורה רבתה שומרים הרבה, וכוונתם דלא הקפידה תורה איזה דרגת שמירה תהיה ולכן כשמתנה אי"ז מתנה עמשכ"ב.

ועוד תירצו דהשומרים משעבדים עצמן למש"כ בפרשה כשמתנה, ולכאוי כוונתם דחיוב השומר אינו גזה"כ אלא אומדנא שכך משעבד עצמו, ועי' מחנ"א (שאלה ופקדון סי' א') שדן בשואל שהיה סבור שהיתה זו שאלה בבעלים, דלכאוי תלוי בתירוץ התוס' דידן, דלתירוץ קמא ה"ז שואל, אבל לתירוץ שני דבעינן דעתו להשתעבד כאן שסבור היה שזו שאלה בבעלים יהיה פטור, ושוב כתב די"ל דהתורה חייבה אף שלא ידע דאנן סהדי אילו היה יודע היה מתחייב. וע"ש שהאריך עוד בזה. ועי' בחזו"א (נ"ו סק"ד).

(נז) במש"ה"ק סה"ד על רש"י, עי' בקוב"ש. ובמה שהביא פלוגתא בדין תנאי קודם למעשה אם הוא דין בנוסח התנאי, או שהוא דין שיהיה התנאי לפני הקנין, עי' משכ"ב הגר"ח בספרו ה' אישות פ"ו ה"ד.

(נח) בהא דאמר ר' יהודה בדבר שבממון תנאו קיים, פירש"י שאר וכסות, ומשמע דבעונה לא מהני תנאו, וכן מפורש ברש"י קידושין י"ט ובי"מ נ"א. וכי"ד תוס' בע"ב ד"ה ושמעינן. וכן דעת הרמב"ם פ"ו מאישות ה"י, וכן פסק הטור סי' ל"ח. ועי' בריטב"א כאן שחולק ע"ז, דהנאת הגוף חשיב כדבר שבממון לענין זה. ועי' מה שהאריך בזה המל"מ (פ"ו ה"י מאישות).

(נט) ביסוד פלוגתא דר' יהודה ור"מ. עי' ברשב"א כאן דכו"ע מודו דמתנה עמשכ"ב תנאו בטל, אלא דר"מ סבר דע"מ שאין לך עלי דין שאר וכסות קאמר וע"כ יש לה עליו דין שאר וכסות דהכתוב חייבו, וכן האומר ע"מ שאין לך עלי אונאה כאומר שאין לך עלי דין אונאה. ור' יהודה סבר דלאו דין שאר כסות ועונה קאמר אלא מחילת ממון יש כאן כלומר שתמחל לי ממון האונאה, וה"ז כאומר קרע כסותי והיפטר דמחילת ממון יש כאן וקיים. וכתב המל"מ (פ"ו ה"י מאישות) והקצה"ח (רט י"א) דכוונת הרשב"א דהמחלוקת ר"י ור"מ היא איך לפרש לשונו, האם נתכון למחילה או להפקעת הדין.

ובמגיד למל"מ כתב דגם מתוס' כאן משמע שמפרשים כן שהרי מחלקים בין ע"מ שאין לך עלי דין אונאה לע"מ שתמחל, אכן הקצה"ח הנ"ל כתב דאדרבה מדברי תוס' משמע להיפך, דתוס' קיימי אליבא דר"מ וע"ז כתבו דבע"מ שאין דין אונאה לא מהני, משמע דלר"י אף בכה"ג מהני. והביא שכן מפורש ברמב"ן ב"ב קכ"ו וז"ל ור' יהודה סבר בידו לומר לו שלא יתחייב לו שהרי מוחל ובדבר של ממון יכול הוא למחול שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה, אבל בדבר שאינו של ממון לא שהרי הן עיקר נישואין של תורה ואין לחצאין.

ועיין בקצה"ח שהקשה על הרשב"א איך מהני סילוק בדינים דאורייתא [כמש"כ הר"ן ר"פ הכותב], והרי הוי מתנה עמשכ"ב, דסילוק אינו כמחילה [וראיה לזה מהא דאמרינן פ"ג ב' דסילוק תלוי בדין מתנה עמשכ"ב, - והנתיבות כתב דסילוק כמחילה, ותמוה מהגמ' הנ"ל]. והחזו"א (סי' נו סק"ד) תמה עוד על הרשב"א מהא דבגמ' פליגי רב ושמואל במוכר ע"מ שאין לך עלי אונאה, ואמרינן ע"כ לא קאמר ר"מ אלא היכא דודאי קעקר, אבל הכא מי יימר דקעקר וכן קאמר גם סברא להיפך, דבאונאה לא מהני משום דלא ידע דמחיל, ומוכח דפליגי בעיקר הדין, דאם פליגי רק באומדנא, א"כ הכל תלוי רק בלשונו ומה שייך אם סברות אלו, וכן קשה מהא דב"מ צ"ד דתלתה הגמ' דין מתנה ש"ח להיות כשואל בפלוגתא דר"י ור"מ, ושם לא קאמר בהנך לישני. ולכן מפרש החזו"א דגם כוונת הרשב"א דהמחלוקת בעיקר הדין, והיינו שנחלקו אם מחילה בשעת חלות החיוב - שמעיקרא לא יחול החיוב - אם הוי מתנה עמשכ"ב. ועי' בקוב"ש אות קסג קסד שמתרץ באופן אחר.

(ס) ולדעת הרמב"ן דיכול להפקיע אף את עצם החיוב, קשה מהא דאומר מכות ג' ב' דשמואל אליבא דר' יהודה מחלק בין ע"מ שאין לך עלי אונאה - דאז חל התנאי, לבין ע"מ שאין בו אונאה - דלא מהני, ולדברי הרמב"ן הרי יכול להפקיע את עיקר החיוב, וביאר הקוב"ש דהחילוק הוא בין אם מתנה שהאדם יסלק את החיוב, לבין אם מתנה שהתורה תסלק את החיוב בלי שהאדם יותר.

והנה לדעת הרמב"ן מוכח שבשביעית יכול לבטל את עצם השמטת השביעית, ועי' בקוב"ש אות קס"ה שהתקשה בזה איך יכול לבטל השמטת התורה, ומבאר דכיון שיכול להתחייב אחר בשמיטה אמרינן אפוכי מטותא ל"ל ולא חלה השמיטה. אכן החזו"א (נו טו) מבאר דשמיטת כספים הוא זכותו של הלואה ואם מוחל זכותו מחול ואין שביעית משמטת. וע"ע בקוב"ש ובחזו"א שם שדנו אם שייך שיחייב עצמו בחוב חדש על אחר השמיטה.

סא) ולדעת הרשב"א דהוי כתנאי שתמחלי לי, עיי' במל"מ שהדין תלוי אם מתרצה אח"כ למחול, אכן הגרש"ש [כתובות ס"י מ"ט גיטין ס"י ו'] הקשה דא"כ מה שייך בזה סברת הגמ' בב"מ נ"א דבאונאה לא ידע דקמחיל, הרי דתנאי שימחול כשיודע לו ואז יודע כבר, ולכן מבאר דההפקעה מאונאה חיללא לאלתר וכמשנ"ת אות מג.

סב) בגמ' מילתא דשכיחא עבדו בה רבנן חיזוק. עיי' במהרש"א שהקשה מזה עמש"כ תוס' לעיל נ"ב א' דפירות מצויים יותר מכתובה. והגרע"א מיישב דשם מייירי על הנדוניא, וכאן על עיקר כתובה. ועיי' בהפלאה משכ"ב.

סג) כל הפוחות אפי' בתנאה, אלמא קסבר תנאו בטל ואית להו וכו'. עיי' ברש"י שר"מ אוסר בין באופן שחל התנאי ובין באופן שלא חל התנאי, ולעולם הוי ביאת זנות. וכ"ד התוס' לעיל נ"א א'. ולפי"ז הדיוק מהמשנה מלשון "כל הפוחת" דמשמע דלא מהני תנאו אלא רק הוא מצידו פוחת, וכמבאר בתוס' הנ"ל.

אמנם הביאו תוס' שם שיטת ריב"ן דאם מעיקר הדין מהני פחיתתו אי"ז ביאת זנות, וא"כ שפיר מדייק כאן דלא מהני תנאו, דאם מהני באמת אי"ז ביאת זנות. והתוס' הקשו על שיטת ריב"ן מהא דאיתא בב"ק פט דאם מוכרת כתובה בטהו"נ הוי בעילת זנות, ותיירץ הגרע"א דאם אין לה כתובה כלל הוי, ביאת זנות אע"פ שהוא מעיקר הדין, אבל כשמוחל רק חלק לא הוי ביאת זנות אם אין לה. [וצ"ע דא"כ בהא דב"ק ימכרו חלק מן הכתובה].

והנה לשיטת הריב"ן נמצא שאם כותבת התקבלתי מהני אף לרי"מ כיון דהוי מעיקר הדין, ואם אומר בע"פ לא מהני אף לר' יהודה דעשו חיזוק, והקשה הגרע"א א"כ במאי פליגי ר"מ ורי"י, וצ"ל דפלוגתם אם אומר בע"פ דלא מהני, האם הוי ביאת זנות. אלא דצ"ע דמלשון הברייתא לא משמע כלל שפלוגתם בתנאי האם ביאת זנות.

אבל לשיטת רש"י ותוס' א"ש, דהמחלוקת בין ר"מ ורי"י היא בכותבת, דלכו"ע נפטרת מהחיוב, ורי"י מתיר לעשות כן לכתחילה ורי"מ אוסר.

סד) ובעיקר החילוק בין אמירה לכתיבה, דעת רש"י לעיל ע"א [כפי שדייק בריטב"א] דבאמת מחילה לא מהני דבעין דוקא כתיבה. והטעם, כתב הריטב"א בע"א: אבל כשלא עשו כן אלא באמירה בעלמא מילתא דהערמה הוא דעבוד ביניהם ודינו בזה כאילו לא כנסה אלא בכתובה חסירה וע"מ שאין לה מעיקרא אלא כך. ובריטב"א נ"ז א' כתב: ואע"ג דמחילה בעלמא מהני, הכא לא מהני בתקנתא דרבנן, דאנן סהדי דלא מחלה בלב שלם. ועיי' בחזו"א (סי' ס"ה סק"ב) דזהו בכלל חיזוק חכמים.

אמנם דעת שאר ראשונים (עיי' בשטמ"ק בשם רא"ש וריטב"א ורא"ה, דאין חילוק בין כתיבה לאמירה, אלא בין תנאי למחילה, דאם מתנה שלא יתחייב מעיקרא בכתובה, בזה עשו חיזוק. אבל במוחלת מהני. ולפי"ז ר' יוסי סובר דאפשר להפקיע עיקר חלות הכתובה דלא עשו חיזוק בזה כלל.

סה) הרמב"ם פסק דלא מהני תנאי בכתובה ואפי' אם כתב לא מהני. ותמוה דהרי הרמב"ם פוסק דבדבר שבממון תנאו קיים. והרמב"ן כתב דהרמב"ם פסק כר"מ ולא מטעמיה, וצ"ע דאיך נטה מדברי הגמ'. ובלח"מ כתב דכיון דהוי ביאת זנות זה נחשב כמילתא דאיסורא, ועיי' משכ"ב הגרע"א והחזו"א (סי' ה').

דף נז ע"א

סו) כי אתא רב דימי וכו'. רש"י מפרש דהסוגיא קיימא על פלוגתת ר' יהודה ור' יוסי, והריטב"א והרא"ה הביאו פי' דקיימא הסוגיא על פלוגתת ר"מ ור' יהודה ע"ש באריכות, ועיי' מה שהאריך בזה החזו"א סי' ס"ה.

סז) נותנין לבתולה שנים עשר חודש. כתב הריטב"א דנ"מ לדין מורדת דתניא לקמן ס"ג א' דאף ארוסה יש לה דין מורדת כשאומרת לא אנשא ופוחתין לה מכתובה שבעה דנרים בשבת. [וכ"ה בתוס' בע"ב ד"ה א']. עוד כתב הריטב"א דכ"ז כשלא קבעו ביניהם זמן, אבל אם קבעו איזה זמן אזלין בתר הזמן שקבעו.

סח) כתב רש"י דהתביעה היא להזהירה על עסקי חופה להכין תכשיטיה. יעוי' בתוס' בע"ב ד"ה בגרה, שכתבו דלא משכח"ל לדינא דמתניתין בקטנה דהא אין פוסקין על הקטנה להשיאה. והקשה מהרש"א דהא דאין פוסקין על הקטנה להשיאה היינו דאין פוסקין להשיאה כשהיא קטנה, אבל פוסקין להשיאה כשהיא גדולה [כמפורש בגמ',] וא"כ משכח"ל שתבעה בקטנותה להינשא בגדלותה. ותיירץ הפנ"י בשיטת תוס' היא דהתביעה אינה תביעה "להכין תכשיטיה", אלא, "תביעת נשואין". וממילא בקטנה שאין פוסקין להשיאה בקטנותה ל"ש לתבוע נשואין לאלתר, וא"כ לא הוי כלל תביעה ומתחילים למנות הי"ב חודש רק משתגדל. והביא שכן הוא ברמב"ם (פ"י הי"ז מאישות): "ותבעה לנישואין". [אך עיי' בהפלאה בע"ב שביאר ד' התוס' באופן אחר. ועיי' בשטמ"ק שפי' דעת רש"י כרמב"ם].

סט) ולא למנה שלשים יום. הא דאלמנה זמנה מועט מבתולה. כתב רש"י שאינה טורחת כ"כ שכבר יש בידה. ונחלקו הראשונים בזה, דדעת הראב"ד דהוא משום שכבר פרנסה עצמה מבעל ראשון [ומש"ה באלמנה מן האירוסין יש לה י"ב חודש]. והרשב"א הקשה עליו דא"כ אם עברו כמה שנים ואבדה פרנסתה ניתב לה י"ב חודש. ולכן מפרש הרשב"א דכל שנתאלמנה מידע ידעה דלא משהו לה ומכינה לעצמה תמיד תכשיטין, כמו בבוגרת שמבואר בגמ' בע"ב שמכינה לעצמה תכשיטין. והוסיף הרשב"א דאע"פ שנתקשה תוך יב"ח לאלמנותה אין נותנים לה אלא שלשים יום [ולא דמי לבוגרת שיש לה יב"ח משעת הבגרות כדאיתא בע"ב] משום דאלמנה בטל חינה וסגי לה במעט תכשיטים וא"צ אלא לי יום. ועפ"ז כתב הרשב"א לדינא כהראב"ד דאלמנה מן האירוסין יש לה יב"ח דלא בטל חינה. [וצ"ע דאם אינה צריכה כ"כ תכשיטין, למה הוצרך הרשב"א בתחילה לדמותה לבוגרת, הרי בטעם בתרא סגי].

ועיי' בשטמ"ק שמלשון רש"י מהדו"ק "אלמנה אינה מתעסקת בתכשיטין לפיכך נתנו לה לי יום" משמע כרשב"א. אבל מלשון רש"י שלפנינו "שכבר יש בידה" משמע כראב"ד. ועיי' לשון הריטב"א בע"ב "דכיון שבגרה קודם נשואין נעשית בבעולה ודי לה בתכשיטין כזמן אלמנה", ומשמע כרשב"א.

ע) וכשם שנותנים לאשה כך נותנים לאיש. הראשונים דייקו מלשון הרמב"ם (פ"י הי"ח מאישות) דזמן האיש תלוי באשה, דאם היא בתולה זמנו יב"ח [ואפי' אם הוא עצמו אלמון] ואם היא אלמנה זמנו לי יום [ואפי' הוא בחור]. אמנם עיי' ברא"ש וברשב"א ובר"ן שהביאו דהרי הירושלמי שמוכח מדבריו דתלוי באיש, דאם הוא בחור זמנו יב"ח ואם הוא אלמון זמנו לי יום.

והר"ן כתב דלדעת הרמב"ם ה"ה בבחור שנשא בוגרת יש לו יב"ח, כמו בנשא אלמנה, והקשה הר"ן דא"כ מאי מוכיח בע"ב מבוגרת ששהתה יב"ח יפה בעלה, דלבוגרת יש יב"ח, דילמא התם היב"ח מחמת בעלה שהוא בחור.

[ולכאוי' היה נראה דהפלוגתא תליא במחלוקת הראב"ד והרשב"א את סט דאם הסיבה שבאלמנה יש ל' יום משום שכבר התכשיטים מוכנים, א"כ זו סברא רק כלפיה ולא כלפי בעלה. אבל אם הוא משום שאין לה חנא, א"כ י"ל דגם בעלה יכון פחות לסעודת הנישואין].

עא' הגיד זמן ולא נשאו אוכלות משלו ואוכלות בתרומה. ולענין מעש"י ומציאתה, כתב הריטב"א שהוא זוכה בהם. וכ"ה בתוס' רי"ד לעיל מ"ח ב' אולם ברא"ה ק"ז ב' [מובא בשטמ"ק] כתב שאין הבעל זוכה במעש"י, ובאוי"ש פ"י מאישות הביא שכן מבואר ברא"ה בהחולץ. ומבאר האוי"ש דפלוגתתם תלויה ביסוד החיוב מזונות, אם הוי כאילו היא נשואה וחלות שעבדי נישואין, או דהוי קנס בעלמא. ועי' ברשב"א יבמות מ"א דפשיטא ליה דהגעת זמן בארוסה אינה מטעם קנס. [לע"ש שכתבו גבי יבם שברח דאין הטעם משום קנס אלא דהוי כהגעת זמן. אמנם מדברי הראב"ד בכתובות שהובא שם ברשב"א שמדמה בורח לארוסה, והקשה עליו הרשב"א דביבמות כתב הראב"ד דהטעם בבורח משום קנס, לכאוי' צ"ל דדעת הראב"ד דתרווייהו קנסא, וכ"כ בחי' ר' ראובן סי' א'.

והנה התוס' הרא"ש צ"ז ב' הביא דברי רש"י דדין מגורשת דאינה מגורשת נוהג אף בארוסה, ומדמה לה להגעת זמן, והנה בדין מגורשת ואינה מגורשת מוכח בב"מ י"ב שמעש"י של הבעל כמו שהוכיח האוי"ש הנ"ל, וא"כ מוכח דא"י קנס אלא דהוי כאשתו, וא"כ מדמדמה לה הרא"ש להגעת זמן ש"מ שגם הגעת זמן הוא לא קנס אלא דהוי כאשתו. ועי' בפנ"י דף צ"ז שכיוון לדברי תוס' הרא"ש, והקשה דא"כ כל ארוסה אף קודם הגעת זמן תאכל בתרומה משום שמעכבה מלהינשא לאחר. ותיירץ דשאני ארוסה שעיקב הזמן הוא לטובתה [וצ"ל דאף הזמן שנותנים לו להכין הסעודה הוא לטובתה].

ועי' במש"כ פי' המדיר אות ד' בשם הפנ"י שם ובדף מז דבהגעת זמן חייב אף בעונה, והסכים עמו הגרע"א במערכה שם אות ט'. ועי' משכ"ב האבני"מ סי' ע"ב.

עב' ר"ט אומר נותנים לה הכל תרומה וכו'. ומבואר במשנה דגם נידה יש לה מזונות. והנה לעיל ב' הסתפקה הגמ' פירסה נדה מהו, וצ"ל דהתם פירסה בהגעת זמן, וכאן פירסה נדה אח"כ וכבר נתחייב [וכמש"כ התוס' לעיל ב' חילוק זה לגבי חלתה].

והנה הגרע"א באבהע"ז סי' נ"ו הביא דעת מהר"ם שיף דבחלתה היא אחר הגעת זמן תלוי בספיקא דגמ' בדף ב' אם מצי למימר לה אנא הא קאימנא. ומעתה צ"ע ממשנתנו למה בפירסה נידה יש לה מזונות. והרי מצי למימר חנא הא קאימנא. ובחי' ר' שמואל ס"ס א' תירץ בזה, דשאני נדה שכך הוא דרך הנשאים א"א לטעון אנא הא קאימנא, דא"י נחשב שהעיקב מחמתה. אלא שכך הוא הדרך שפעמים היא טמאה ופעמים טהורה.

דף נז ע"ב

עג' מנה"מ דא"ק וכו'. עי' בפנ"י שהקשה שהרי לא נתקדשה רבקה באותה שעה דאין העבד נעשה שליח, ועוד דבתוס' יבמות ס"ד כתבו דרבקה בת י"ד שנה היתה וא"כ היא כבר בוגרת. ותיירץ דהקרא אסמכתא, והוכחת הגמ' מכאן רק על המציאות שהכנות לנישואין נמשכות יב"ח. אולם הביא שבתוס' לעיל ז' ב' משמע שהיו קידושין גמורים ובירכו ברכת אירוסין, [ובמה שהקשה דאין עבד נעשה שליח, עי' באבני"מ סי' לה סק"ט, שנחלק עם הב"ש אם יש דעות שעבד נעשה שליח לקידושין ע"ש].

בגמ' דכתיב ימים תהיה גאולתו. והנה גבי בתי ערי חומה הדין הוא שחודש העיבור אינו נחשב לחודש בפנ"ע, וכתב הרש"י דלפ"ז ה"ה כהן בשנה מעוברת יש לה י"ג חודש. [הרש"י דימה דין מינקת ודין טריפה ששהתה יב"ח לדין דידן גבי חודש העיבור, וצ"ב דילמא כ"א שעורו שווה.

ושם נחלק הפוסקים כמו שהביא הרש"י ויתכן דכאן מודו. גם י"ל דשאני בתע"ח דיש גזה"כ שאף חודש י"ג נחשב בשנה, אבל היכא דליכא גזה"כ הזמן הוא רק יב"ח אף גבי הגעת זמן. ועי' שד"ח ח"ה מערכת הנו"ן כלל נ"ב שהסתפק גבי מצוות נקי יהיה לביתו שנה אחת ושמה את אשתו, אם בשנה מעוברת הזמן הוא י"ג חודש. וכן נ"מ לענין ברכת השמחה במעונו דאמרין לעיל ח' א' דעד יב"ח אומר שהשמחה במעונו].

עד' קטנה בין היא ובין אביה יכולין לעכב. פרש"י עד שתגדיל. וכ"ד הרמב"ם והשו"ע (סו' נו). אכן הרשב"א פי' דיכולין לעכב רק יב"ח.

וכתב הריטב"א ששמע שאף ארוס יכול לעכב משום דיכול לומר דילמא מימרדא לנפיק מנאי.

אכן הרמב"ן כתב שהוא אינו יכול לעכב, ודייק כן מלשון הגמ' בין היא ובין אביה יכולין לעכב משמע דהיא לא יכולה לעכב.

עו' ונחלקו הראשונים אם קטנה המעכבת יש לה מזונות. דהרמב"ן והרשב"א כתבו דאין לה מזונות. אכן הביא הרמב"ן דאיכא מאן דאמר מזונות נמי אית לה, דתקנתא דידיה הוא שלא תמרוד ותיפוק, וכיון דתקנת הבעל היא יש לה מזונות. והרמב"ן הקשה ע"ז דהא כשהן רוצות לישא והבעל מעכב מבואר במשנה שאין לה מזונות אע"פ שהוא תקנה דידיה. [ולכאוי' לפמש"כ באות עא' בדעת הפנ"י דהזמן שנותנים לבעל הוא לטובתה כדי שתהא סעודה גדולה, מיושבת דעת האיכא מאן דאמר. ומהרמב"ן חזין דסבר דהוי רק טובת הבעל].

עוד הקשה הרמב"ן דמשמע שהבעל אינו יכול לעכב, ומזה מוכח דהוי תקנתא דידה ולא תקנתא דידיה, אכן י"ל בדעת האיכא מאן דאמר דסובר כריטב"א - אות עה - דאף הבעל יכול לעכב.

עז' אמר רב הונא בגרה יום אחד נותניט לה ל' יום באלמנה. הטעם דלרב הונא בוגרת דינה כאלמנה, פרש"י מפני שכבר הכינה לעצמה. [היינו כשראתה שמתקרבת לבגרות]. ועי' ריטב"א שהקשה איך מספיקה להכין כ"כ מהר, שהרי להכנת תכשיטין צריך י"ב חודש, ותיירץ דיותר היא מכינה לעצמה ביום אחד ממה שתכין ע"י תביעת הבעל בזמן מרובה. והריטב"א כתב לפרש באופן אחר, דטעמיה דרב הונא משום דכיון דבגרה קודם קידושין נעשית כבעולה ודי לה בתכשיטין כזמן אלמנה. [ופשוט שכ"ז לדעת רב הונא, אבל למסקנא דנותנים לה יב"ח משעת בגר ואם עברו יב"ח יש לה ל' יום, הטעם משום שכבר הכינה ולא אמרין דהיא כבעולה, דא"כ לעולם סגי בל' יום].

עח' כתבו תוס' דאם נתקדשה קודם בגרות יש לה יב"ח משעת תביעה, דאז אינה מקפדת שכבר מקודשת. ועי' בריטב"א שכתב דגם לפי שיטתו דהטעם בבוקרת משום שהיא כבעולה, מ"מ כ"ז אם נתקדשה אחר בגרות, אבל אם נתקדשה קודם אינה כבעולה.

והנה דין התוס' הוא נ"מ גם למסקנא - דהגם דלמסקנא יש לה יב"ח, מ"מ הא מונים אותם מזמן הבגרות, וא"כ לפמ"ש שבתקדשה קודם בגרות אין זה תביעה, א"כ יהיה לה יב"ח משעת תביעה אפי' אם תבעה אחר הבגרות. אכן הרמב"ם והטור (סי' כו) פסקו דאף בכה"ג אין לה אלא יב"ח משעת בגרות. ועי' גם במרדכי ובהג"א שהביא שר"ת חולק על תוס' וסובר שאף בבגרה אחר קידושין הוי כתבועה [ועי' מהרש"א שלכן בתוד"ה מאי לאו - מפרש ר"ת באופן אחר ודו"ק]. והב"ח בסי' נ"ו כתב דלמסקנא אף תוס' מודים לרמב"ם.

ע"ת בוגרת ששהתה יב"ח רבי אליעזר אומר הו"ל ובעלה חייב במזונותיה יפר. ובאות ע הובא קושית הר"ן לפי הירושלמי [והראשונים שפסקו כוותיה] דבחור שנשא אלמנה יש לו יב"ח, א"כ מאי מקשה דילמא הכא היב"ח הם מחמת הבחור, ולא מחמת האשה. ובישועות יעקב סי' נ"ו תירץ בפשיטות, דהרי בסיפא דהך מתני' תנן דבאלמנה מפר אחר לי יום, ואם הוא בחור א"כ גם באלמנה הזמן הוא יב"ח. ובע"כ דמייירי שהעכוב מחמתה ולא משומתו. וקושית הר"ן פלא. ועי' עוד שלכא' יש לתמוה לפי שיטת הרמב"ם, דאזלינן בתר דידה, א"כ י"ל דבאלמנה הזמן הוא לי יום כיון שהיא בעולה, ואין לה תינא, ומש"ה גם הזמן דידה הוא לי יום, [וכמשנית אות ע שזהו טעם הרמב"ם]. משא"כ בבוגרת דהטעם הוא משום שכבר הכינה, א"כ כל זה שייך רק כלפי האשה, אבל הוא שלא הכין יצטרך יב"ח, ובע"כ מוכח דלא כהרמב"ם דלעולם אזלינן בתר דידה, וא"כ אם הוא בחור גם באלמנה היה צריך להיות הזמן יב"ח ומוכרחים להעמיד באלמון וכדלעיל, אבל לשיטת הרמב"ם קשה. ותירץ הישועות יעקב דהרמב"ם יסבור כריטב"א - אות עז - דגם בבוגרת הטעם משום דהרי היא כבעולה דא"כ גם הזמן דידה הוא לי יום.

פ) אר"פ הכי קאמר בוגרת שעברו עליה יב"ח בבגרות ונתקדשה נותנין לה לי יום כאלמנה. ופרש"י דהשלשים יום נמנים משעת אירוסין. אכן ברא"ש וברמ"ה [מובא בטור סי' נז] סוברים דהלי יום משעת תביעה. והנה בפשטות נקטו האחרונים [עי' ב"ח ופרישה שם] בפלוגתא זו שייכא גם באלמנה, דשיטת רש"י א"צ תביעה אלא מונים בלי יום משעת אירוסין, דהרי הגמ' מדמה לאלמנה. והב"ח הקשה ע"ז דבמשנה מדמינן אלמנה לבתולה ומשמע דבתרויהו הזמן נמנה משעת התביעה. [ועצם הסברא לדעת רש"י לכא' הוא משום שחלוק דין לי יום מדין יב"ח, דהלי יום ניתנו גם כשיש לה מוכן, והיינו כדי לסדר הדברים ולהכניס, וזאת אפשר לעשות אף בלא תביעה. משא"כ אם צריך לקנות, אינה קונה אלא ע"י תביעה. ויל"פ בעוד אופן דאין החילוק בין לי יום ליב"ח, אלא בין בתולה לאלמנה, דבאלמנה מסתמא לא ימתין, אכן סברא זו צ"ב].

והט"ז כתב דאף רש"י מודה דבאלמנה הלי יום משעת תביעה, ולא דמי לבוגרת, דרק בבוגרת הוי כתבועה דעתידיה להינשא מיד, משא"כ אלמנה אין לה זמן קצוב לומר דהוי כתבועה. ומה שדימתה הגמ' אלמנה לבוגרת הוא רק לענין השעור של לי יום.

פא) בברייתא איתא המארס את הבתולה בין שתבעה הבעל ובין שתבעה היא וכו'. וכתב הרא"ה דאע"פ שלא אמרו יב"ח אלא לקשט את עצמה. אע"פ שהיא רוצה יכול הוא לעכב כדי שתפרנס את עצמה יפה. והקשה הגרע"א דהרא"ה במשנה כתב כדעת הירושלמי דע"כ הבעל תלוי בדידה אם הוא בחור או אלמון, וא"כ קשה דהבא במאי קמייירי, אם בבחור הרי תביעתו מחמת עצמו כמו בבחור שנשא אלמנה, ואם הוא אלמון ואע"כ יכול לעכב מסברת הרא"ה דהוא רוצה שיהיה לה זמן, א"כ איך כתב במשנה דלאלמון הזמן לי יום, הרי תמיד יש לו יב"ח מחמתה. ומחדש הגרע"א דזכות העיכוב של הבעל מחמת תכשיטי האשה הוא רק יב"ח מהאירוסין, משא"כ הזכות תביעה בבחור הוא יב"ח מזמן התביעה.

פב) אמר עולא ד"ת ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה שנא' וכהן כי יקנה נפש קנין כספו והאי נמי קנין כספו. ועי' ברש"י קידושין י' ב' דנשואה פשיטא דאכלה דנפקא לן בספרי מכל טהור בביתך יאכל אותו. ומשמע דחלו דין ארוסה מדין נשואה, דלנשואה יש דין "כל טהור בביתך" וארוסה אוכלת רק מדין קנין כספו. ובתוס' יבמות ס"ח א' כתבו דהך דרשא דספרי אסמכתא היא.

וברש"י ר' שמואל קידושין אות קמב כתב דאפ"ל שצריך את שני הפסוקים, דדין קנין כספו הוי אכילה מכח הבעל ולא מכח עצמה, משא"כ מקרא דכל טהור ילפינן דלאשה עצמה יש זכות לקבל. ונ"מ בזה אם מקיימים מצות נתינה כשנותנים לאשה. [ובעבד הוי נתינה רק אם נותנים בעבור האדון]. ועוד נ"מ לדין קנין קנינו שקנה קנין ע"ש.

ועי' בספרא פ' קרח דדרש מתרתי קראי "כל טהור בביתך יאכל אותו" "כל טהור בביתך יאכלנו" חדא לארוסה וחדא לנשואה. וזה ולא כרש"י בקידושין שהביא הספרי רק על נשואה. ויבאר עוד להלן בעז"ה.

פג) רש"י ד"ה מיבדק בדיק לה - ביד קרובותיו. וצ"ע דהא זהו טעמא דמשנה ראשונה דבדיקת חוץ שמה בדיקה, אבל למשנה אחרונה לא מהני בדיקת קרובותיו, ועי' משכ"ב המהר"ם ש"ף והחזו"א.

דף נח ע"א

פד) תוד"ה הנהו. עי' במהרש"א וברע"א.

פה) קיבל מסר והלך. עי' בתוס' דף מ"ח ב', ובתוס' קידושין י' א', ובדו"ח. ובמש"כ דבמסר והלך לא חיישינן לשמא תשקה וחיישינן לסמפון, קשה דהם למשנה אחרונה כולם מודים לטעם סימפון כמבואר בסוף העמוד. ויתכן דהנ"מ כאן רק למשנה ראשונה. אכן כע"ז הקשו תוס' לעיל מ"ח ב' על רש"י שם, ועיין ברשב"א כאן בסוף העמוד ש"ל דגם למשנה אחרונה הטעם משום שמא תשקה וחיישינן לזה אפי' בהגעת זמן. וכ"כ הפנ"י והמגיה שלמה ועוד אחרונים.

פו) בפלוגתא ר"ט ור' יהודה, פירש רש"י דלר"ט נותן לה תרומה בשעור אכילת תרומה, וכשתטמא ותמכור לא יספיקו לה המזונות [דדמי חולין יקרים מדמי תרומה]. אכן בתלמיד ר' יונה מבואר דאף לר"ט נותן לה יותר בשעור המספיק למכור ולאכול חולין די סיפוקה. וכתב השטמ"ק דלפ"ז צריך לפרש הברייתא באופן אחר.

ובעיקר סברת רש"י צ"ע איך יוצא יד"ח בתרומה שאינה מספקת למזונותיה, והנה יעוי' בשטמ"ק בשם רש"י במהדו"ק, שמפרש הא דמחל אביי בין ארוסה לנשואה באופן מחודש, וז"ל: מחלוקת בארוסה, דכיון שלא נישאת לו אין מזונותיה עליו כ"כ, הלכך סגי בתרומה לחודא לר"ט, אבל בנשואה כגון המשרה אשתו ע"י שליש הואיל וכל חסרונה עליו חייב במזונותיה משלם בלא טורח וכו'. ומבואר מדבריו דחייב ארוסה קל מחיוב נשואה, ויתכן דמה"ט סגי בתרומה אפי' בימי טומאתה. [ויתכן דזה תלוי בנידון לעיל אות עא אם הגעת זמן הוא מדין דהוי כנשואה או דהוי קנס ודו"ק].

ובאו"ש (ספ"י מאישות) כתב לבאר לפי הסוברים דבהגיע זמן אין מעש"י של בעל [עי' אות עא] א"כ י"ל דלכן סגי בתרומה בימי טומאתה, שהרי יכולה לאכול תמורת מעש"י, וי"ל דמה"ט אמר אביי דנשואה יש לה מחצה חולין - ואז

אין לה מה לאכול שמעש"י של הבעל ואטו תחזור על הפתחים. ולפי"ז רשב"ג דאמר כפליים פליג על ר"ע אף בנשואה. [וכי"ז דלא כפרש"י שמפרש באופן אחר].

פז) ריב"ב אומר נותנין לה שתי ידות של תרומה ואחת של חולין. ע"י במהרש"ל שמפרש וז"ל, סימן לדבר סתם אשה רואה מל' יום לל' יום דהיינו ג' ראיות וז' נקיים דהיינו י' ימים שליש טהרתה.

פח) במה שמחלקת הגמ' בין בת כהן לכהן לבת ישראל לכהן, ע"י ברש"י שהחילוק הוא אם בקיאה היא בשמירת תרומה ולמוכרה בימי טומאתה. וברש"י מהדו"ק כתב א"נ כיון דעודה בבית אביה יכולה למוכרה לו. וברא"ה כתב דבת כהן יודעת לשמור עצמה בטהרה, אבל בת ישראל שכיחא לה טומאה.

פט) היבם אינו מאכיל. שיטת רש"י דאינו מאכיל מדאורייתא משום דאחיו מת ושוב אין בה קנין שיאכילה, וצ"ל דזיקה לא חשיב קנין. וע"י ברמב"ן שהביא שר"ת בספר הישר הקשה דא"כ הול"ל קנין כספו אמר רחמנא והאי לאו קנין כספו, א"נ והאי פקע ליה, ולמה אמר והאי קנין דאחיו הוא, דהרי אין כאן התייחסות לסיבת מה שאינה אוכלת מחמת היבם אלא למה שאינה אוכלת מחמת המת.

ובתוס' הקשו על רש"י מהתוספתא והירושלמי דמשמע שיבמה אוכלת בתרומה למשנה ראשונה, וע"י בריטב"א ובתוס' שאנץ שנדחקו לדחות הראיה מהתוספתא והירושלמי דלצדדין קתני ע"ש.

ובמשנת ר' אהרן יבמות ס"י כו כתב בדעת רש"י דחלוק יבמה מאירוסין מיבמה מנישואין, דהנה נתבאר באות פב דדעת רש"י דנשואה אוכלת מקרא דכל טהור, וארוסה מקרא דקנין כספו. ומעתה י"ל דכל הא דביבמה אינה אוכלת הוא רק אם מה שבעלה האכילה הוא מדין קנין כספו, דאז כשמת הבעל פקע קנין כספו [וכמו עבד ששחררו רבו או הפקירו דאינו אוכל בתרומה]. אבל נשואה שאוכלת מדין כל טהור, והיינו דהיא עצמה יש בה קדושת כהונה, י"ל דגם כשמת בעלה אין נפקע ממנה הדין אכילה, והא דבת ישראל שמת בעלה הכהן אינו האוכלת הוא מדין "ושבה אל בית אביה" דזה מפקיעה מן הכהונה, אבל כאן שהיא זקוקה ליבם אוכלת בתרומה מדאורייתא. ועפ"י י"ל דהירושלמי והתוספתא מיירי ביבמה מן הנישואין ובה מודה רש"י לר"ת. ובאמת כן מפורש בריטב"א ביבמות לחלק לדעת רש"י בין יבמה מן האירוסין ליבמה מן הנישואין.

צ) ושיטת ר"ת דיבמה אוכלת מדאורייתא, והקרא דקנין כספו לאפוקי קנין דאחיו הוא אסמכתא. [וע"י בריטב"א בשם ר"ת בספר הישר דכל קרא דקנין כספו הוא אסמכתא, דעיקר הך קרא מיירי בעבד, ואשה ילפינן מכל טהור ואפי' היא ארוסה, וזה כמו שהובא באות פב מדברי הסיפרא. וכי"ה בתוס' הרא"ש קידושין י' ב' בשם ר"ת. ואמנם בתוס' הרא"ש קידושין ה' ב' מבואר דארוס ממאכיל את אשתו מדין קנין כספו ומשועבדת היא לו, [והיינו דלא כר"ת].

והנה התוס' הקשו על ר"ת דיבמה אוכלת. דא"כ למה בעינן לדרשא דיבם ישראל פוסל משום דלא קרינן ביה ושבח, תיפוז"ל משום דיבם קנאה [ודמי לאירוסין לישראל שא"כ לזה פסוק] ותירצו דאה"נ דאין ע"ז דרשא מיוחדת. ומוכח מקושייתם דהא דיבמה אוכלת היינו משום דהיבם מאכילה ולא מכח המת.

וכן מבואר ברמב"ן וברשב"א כאן. - ועיין לשון הריטב"א "אשה הקנו לו מן השמים". [אלא שלשונם שנתרוקנה רשות הראשון לאחרון, משמע דמ"מ עיקר האישות היא של הראשון אלא דהיום האחרון הוא בעל האישות של הראשון, ולפי"ז יתכן דאם הראשון חלל אינה אוכלת, ועיין בזה במגיה לריטב"א יבמות ס"ז ב' ציון 022].

אולם בתוס' הרא"ש כתב וז"ל ועוד דקדק ר"ת מדקתני בגמ' האי קנין דאחיו הוא ולא קאמר פקע קנינו משמע דהאי קנין דאחיו הוא ולא אכלה בחייו הילכך השתא נמי לא אכלה. הא אם אכלה בחייו הבעל אוכלת גם עתה מכחו משום דלא פקע קנינו כיון שהיא זקוקה לאחרון עכ"ל. ומבואר מדבריו דהא דאוכלת הוא מכח המת דלא נחשב שפקע כחו. [ועיין בדבריו בהמשך שמבאר הא דאמרין והאי קנין כספו דאחיו, דה"פ קנין כספו אמר רחמנא שאוכל בתרומה ומנעוה רבנן מלאכול עד הגעת זמן ובהגעת זמן אוקמוה אדאורייתא. והאי קנין כספו דאחיו, אבל קנין יבם לא אוקמוה אדאורייתא דאיכא למיחש שמא תשקה או לסימפון כדפרישית. והיינו דאין כאן דרשא כלל, אלא הסבר למה כאן לא אוקמוה אדאורייתא].

צא) ובריטב"א יבמות נ"ז ב' כתב דהמיעוט הוא מדאורייתא, אלא דכל מה שנתמעט הוא שלא תאכל מכח היבם, אבל מכח המת אוכלת גם בטר המיעוט, ולכן זה תלוי במשנה ראשונה ומשנה אחרונה, דאם הבעל כבר האכיל אוכלת, ואם לא האכילה ובאה לאכול רק מצד הגעת זמן דיבם, ע"ז ממעטינן דאינה אוכלת. [ולפי"ז הגם דיסוד הדרשא דאורייתא. מ"מ הנ"מ מהדרשא הוא רק לדינים דרבנן, דאילו לגבי דאורייתא לעולם אוכלת מכח המת. ועיין במגיה לריטב"א ביבמות שרצה לומר דיש נ"מ בדאורייתא אם היה המת חלל, דבלי המיעוט היתה אוכלת מכח היבם, ואחר המיעוט שכל כחה לאכול רק מחמת המת, א"כ כיון שהוא חלל אינו מאכילה. אך לפמשנ"ת באות צ' מהרמב"ן והרשב"א דאף מה שהיבם מאכיל הוא מכח נתרוקנה, א"כ י"ל דגם היבם הכהן אינו מאכיל אם נתרוקנה לו האישות מחלל].

וכתב הריטב"א דלפי"ז ל"ק משה"ק תוס' ל"ל קרא לבת כהן שומרת יבם של ישראל - דהרי באמת אינה אוכלת אלא מחמת המת ולא מחמת היבם, וא"כ לא דמי לארוסה, והו"א דשבה היא ואוכלת מכח אביה דהמת אינו מעכבה מזה.

צב) הקשה תוס' הרא"ש ועוד ראשונים על ר"ת מהא דמבואר ביבמות נ"ו, דיבמה אפי' מן הנישואים אינה אוכלת עד אחר ביאה, ונחלקו שם בביאה גרועה אם אוכלת בתרומה.

והנה לשיטת תוס' דידן דלמשנה אחרונה אף ביבמה מן הנישואין גזרו רבנן משום דמיחלפא בארוסה, י"ל דהתם קאי למשנה אחרונה, אבל הראשונים נקטו דלר"ת ל"ש לאסור ביבמה מן הנישואין, דהרי ל"ש שם טעם התקנה. [וע"י במל"מ פ"ג מאישות שדן בארוסה שאין בה את סיבת הגזירה אם אוכלת בתרומה ובהגתה הגרע"א שם וע"י אריכות גדולה בתשובת אבני"מ ס"י טז]. וצ"ע על שיטת ר"ת. וע"י במשנת ר"א יבמות ס"י כו משכ"ב.

צג) בקו"ה (ס"י מז סק"ח) הקשה איך יבמה אוכלת בתרומה לשי' ר"ת הרי אין הזיקה "קנין כספו". [ועל זיקה ל"ש ההיקש שכתב רש"י בסוגין]. ותיירץ דמשמע מהראשונים בסוגין דאוכלת מכח המת ולא מכח היבם. [והיינו דהיבם בעלים על אישותו של הראשון שנתרוקנה לו ולכן מקרי קנין כספו מחמת קנינו של ראשון].

צד) כתב הפנ"י קידושין י' ב' דיבמה לאחר ביאה אינה אוכלת מדין קנין כספו דכיון דנתמעט דמקרי קנין דאחיו גם אחר יבום אי"ז קנינו, אלא דאוכלת מדין כל טהור בביתך יאכל אותו.

אכן ברש"י כאן מבואר דיבמה אוכלת כמו אשה שקידשה בביאה דהוקשו הוויות אהדדי וגם יבמה נכללת בזה, וצ"ל דכל מש"כ רש"י דמקרי קנין כספו דאחיו, היינו קודם יבום, אבל לאחר יבום מקרי קנין כספו דידיה.

ובעיקר ד' רש"י צ"ב מה צריך לסברת הוקשו הוויות זל"ז, תיפוז"ל שהיא נשואה כבר והיא קנינו גמור, ומ"ש מעבד שנקנה בקנין חזקה שאוכל, ותיירץ האבני"מ (בשו"ת ס"י יז) דקנין אשה הוא קנין איסור ולכן כל מה שאוכלת הוא משום שיש לה

שם "קנין כספ" ע"י שהיא נקנית בכסף. [והביא לשון השטמ"ק בסוגין "והאי נמי קנין כספו שקנאה בכסף קידושין שלו]. ומי שנקנית בשאר הקנינים אוכלת רק משום דהוקשו הוויות אהדדי. ובאבי עזרי פ"ב מעבדים מבאר ד' רש"י, דהיה אפ"ל דגדר הקידושין אינו קנין אלא איסור. אלא דקידושי כסף ילפינן משדה עפרון ושם הוא קנין, ומזה ילפינן דגם שאר הקנינים בשאר - שטר וביאה - הם ג"כ קנין. וע"י באות צ' לשון תוס' הרא"ש קדושין ה' ב', משמע דלא כאבנ"מ. ובדף י' כתב דהוקשו הוויות אהדדי, ומוכח כאבי עזרי. [כ"כ במלואי חותם].  
צה) עשתה ששה חדשים בפני הבעל וכו'. ע"י מהרש"א ומהרש"ל, ועיין בשטמ"ק משי"כ הראשונים הגירסאות בסוגין.

דף נח ע"ב

צו) הנה מסוגית הגמ' משמע דלמשנה אחרונה לכו"ע הטעם משום סימפון. אכן יעוי' ברשב"א שהוכיח דאפשר לפרש גם למשנה אחרונה דהטעם משום שמא תשקה, דגם כשהגיע הזמן עדיין אחיה ואחותיה שייכי בהדא דוכתא דמייחד לה. וע"י משי"כ באות פה ועיין ברמב"ם פ"ו ה"ג מתרומות שכתב הטעם משום שמא תשקה, והבי"ש סי' נ"ו הניח בקושיא דהא למשנה אחרונה הטעם משום סימפון. ובאבנ"מ בשו"ת סי' ט"ז מתרץ ע"פ הרשב"א הנ"ל ע"ש בארוכה.

צז) במשנה המקדיש מעשה ידי אשתו וכו' המותר וכו'. ופרש"י דמייירי שהקדיש רק המותר ולא את שאר המעש"י. ועיין ברש"י שהעיר למה נדחק רש"י לפרש שהקדיש רק את המותר, הרי אפ"י אם יקדיש הכל יחול ההקדש על המותר, וכדאמר ר"ע לקמן יפר שמא תעדיף ע"ש. ועיין בתו"י שם שפרש דרבותא הוא דאפ"י הקדיש המותר בלי המעשה ידיים ה"ז קדוש וכ"ש אם הקדיש הכל וכמשי"כ הר"ן דמעש"י פשיטא דקדשי דעבידי דאתו וכ"ש המותר. [והיינו למ"ד דיקדוש לאח"מ, ולפ"ז אין חילוק לדינא בין המעש"י למותר, דתרויהו קדשה ומה ששנתה המשנה דין זה גבי מותר ולא גבי עיקר מעש"י הוא רק לרבותא הנ"ל]. ועדיין צ"ב דאי משים בא א"צ להעמיד שהקדיש את המותר בלחוד, אלא אותה רבותא קיימת בהקדיש הכל לגבי חלות הבקדש על המותר. [אם לא דנימא כדעות שהמקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלב"ל חל הקנין - ע"י בשו"ע סי' ר"ט ס"ד ברמ"א, ובסמ"ע סי' ר"ג סק"י ובפ"י סק"ד -].

אכן יעוי' בתוס' הרא"ש כאן שמבאר דברי רש"י באופן אחר, דנחלקו הראשונים אם הסיפא קאי באותו גוונא של הרישא, או דהסיפא דמותר קדוש מייירי באופן אחר. ומבאר התוס' הרא"ש דרש"י ס"ל דהסיפא לא קאי ארישא, וא"כ הביאור במשנה דברישא נתן "המקדיש מעשה ידי אשתו", ובסיפא הוי בבא חדשה "המקדיש מותר", והיינו דלא מייירי באופן של הרישא ודין "מותר" הוא הפסק של המשנה על המותר, אלא דזו בבא חדשה שדנה בדין מקדיש מותר. [ובאמת ה"ה אם הקדיש הכל בכהאי גוונא הדין כן, אלא דכיון דהוי בבא חדשה א"כ פשט המשנה הוא "המקדיש מותר", ולכן פ"י רש"י דהקדש רק המותר].

וע"י בתלמידי ר' יונה בשטמ"ק ביאור אחר ברש"י, וצ"ע דברש"י א"א לפרש כלל כדבריהם וע"י באבהא"ז.

צח) והנה רש"י מפרש דה"מותר" היינו היתר על שיעור המעשה ידיים שחייבת לבעלה [וכדתנן להלן ס"ד ב' מה היא עושה לו משקל חמש סלעים שתי ביהודה שהן עשר סלעים בגליל]. ולדברי התוס' הרא"ש דקאי ארישא והיינו דנתן עושה ואכולת, והמותר היינו היתר על מזונותיה, פ"י האבן האזל (פ"י מאישות) דבדרך כלל השעור שעושה לבעלה הוא אותו שיעור רשל המזונות. [אבל אם יש הפרש ביניהם אזלינן בתר השעור המפורש במשנה דף סד].

אולם יעוי' בתוס' ר"י [והובא גם בשטמ"ק] שמפרש דהא דאין המעשה ידיים קדושים משום שיכול לומר איני רוצה לזונד ותצטרך לאכול מתוך מעש"י, והמותר - פ"י מה שיתר על המזונות זה שייך לבעל וחל עליו ההקדש. ודבריו צ"ע דבגמ' מפורש בחד פירושא דמייירי דמעלה לה מזונות ואינו מעלה לה מעה כסף, ולכן המותר שלו, ובזה פשיטא דהכוונה במותר על מותר מהשיעור שקבעו חכמים שחייבת לעשות, - ולא על מותר מזונותיה - , ואיך פ"י הרי"ד נגד הגמ'. וע"י באבן האזל (פ"י מאישות) משכ"ב.

צט) קסבר כי תקינו רבנן מזוני עיקר ומעש"י משום איבה. בר"ן (י"ז א' בדפי הרי"ף) כתב דסוגין דעלמא דמזונות דרבנן כדאיתא פ' אע"פ קסבר כי תקינו רבנן מזוני עיקר עכ"ל. אמנם ברשב"א כאן מפרש דרב הונא סבר מזונות דאורייתא ועליהם לא הוצרכו כלל לתקן שהן העיקר לפי שהן אמחוייב לה מן התורה, ורבנן תקנו משום איבה שיהיו מעש"י של הבעל כנגד המזונות דאורייתא, [ועיין בתוס' הרא"ש דפשיטא ליה ג"כ כהר"ן דסברת הגמ' אפ"י למ"ד מזונות דרבנן, ולא כהרשב"א דלהך מ"ד פשיטא דגם מעש"י עיקר].

ובדעת ר"ל דאין האשה יכולה לומר איני נזונית ואיני עושה, ע"י בתוס' מ"ז ב' דסובר דמעש"י עיקר, ודנו דלפ"ז יוכל הבעל לומר צאי מעש"י למזונותיך אע"ג דלא ספקה. והקשו ע"ז דבכמה דוכתי משמע דאין הבעל יכול לומר כן, ותירצו דלא אמר ר"ל מעש"י עיקר אלא לענין שאינה יכולה לומר איני נזונית ואיני עושה. [ולכאוף' כוונתם דהתקנה לטובת הבעל ואשה ושניהם עיקר].

ובריטב"א (כאן ובדף מ"ז) מבאר דמה שאין הבעל יכול לומר צאי מעש"י במזונותיך, משום דמלבד שהאשה חייבת לבעל מעש"י של טווה בצמר משקל חמש סלעים [כדתנן להלן ס"ד ב'] עוד היא חייבת לו להיות טוחנת ולשה ואופה [כדתנן דף נ"ט ב'], וגם באופן שאין לה מזונות ואין מעש"י של בעל היינו דוקא המשקל חמשה סלעים, אבל מ"מ מלאכות האפיה וכו' הרי הן של בעל, הילכך אין רצון חכמים שתהא היא אופה ומבשל ומניקה ותמות ברעב.

ועיין ברשב"א שביאר בדעת ר"ל בשני אופנים, אופן א' דסובר מזונות דרבנן ותקנו מזונות תחת מעש"י, אופן ב' דסובר מזונות דאורייתא, ומ"מ כיון דתקנת חכמים היתה רק על מעש"י והן היו תקנה לבד, א"כ אינה יכולה לבטל תקנתן ודלא כרב הונא.

ק) וברמב"ם (פ"י מאישות) כתב בהלכה ב' דחייב במזונותיה מדאורייתא, ובהלכה ג' כתב דמדברי סופרים שמעשה ידיה שלו. ובהלכה ד' כתב וז"ל, ועוד תקנו חכמים שיהיו מעשה ידי האשה כנגד מזונותיה וכו' לפיכך אם אמרה האשה איני נזונית ואיני עושה שומעין לה ואין כופין אותה. אבל אם אמר הבעל איני זנך ואיני נוטל כלום ממעשה ידיך אין שומעין לו שמא לא יספיק לה מעשה ידיה במזונותיה. ומפני תקנה זו יחשבו המזונות מתנאי הכתובה. והנה במשי"כ דאע"פ שמזונות מדאורייתא מ"מ המעש"י הם נגד המזונות - זה כשיטת הרשב"א הנ"ל בדעת רב הונא. ובמה שסיים שהמזונות מתנאי הכתובה, צ"ב דהרי חייב מדאורייתא, ועיין משכ"ב האבן האזל והאבי עזרי שם. [וע"י משי"כ בפרק נערה אות קנב].

קא) נחלקו הראשונים אם האומרת איני נזונית ואיני עושה יכולה לחזור בה. התוס' לעיל מ"ז ב' והרא"ש סוברים דיכולה לחזור בה מכאן ולהבא, ויהיו מעש"י של הבעל והוא חייב לזונה. אכן הריטב"א כאן בשם הרא"ה כתב דכיון

דאמרה כן פ"א פקע תקנת מזונות דידה דלא ליהו מילי דרבנן כי חובא. ולשון הר"ן בשם הרא"ה: שאינו בדין שיהא הרשות בידה לשנות הדבר כל פעם כמו שתרצה, שא"כ כשלא תמצא מלאכה תרצה להיות ניזונת וכשתמצא תאמר איני ניזונת ולקחה מדת בדין.

וכתב הב"ש (סי' סט סק"ג) דיסוד המחלוקת תלוי בפלוגתא אחריתא. דהנה הר"ן כאן דבאמרת איני נזונת ואיני עושה אין לה גם כסות, דהכסות היא בכלל מזונות וגם היא תלויה במעש"י. אכן מדברי הרא"ה מוכיח הב"ש דלא ס"ל כהר"ן בזה, דהרא"ה סובר דמזונות מדרבנן ועונה וכסות מדאורייתא וא"כ רק המזונות קשורים למעש"י ולא הכסות. [ויעוי' בחזו"א סי' ע"א סק"ח שחולק ע"ז וסובר דאף להרא"ה אם אינה עושה אין לה כסות, וכעין סברת הרשב"א שמזונות דאורייתא ואפ"ה אם אינה עושה אין לה מזונות, שרבנן תלו את הדין דאורייתא בנתינת מעש"י, כמו"כ לגבי הכסות אף שהיא דאורייתא התנו זאת חז"ל שכי"ז אם נותנת את מעש"י.]

ועפ"י כתב הב"ש דשרש המחלוקת אם יכולה לחזור בה ולומר שמעתה היא ניזונת ועושה, תלוי בפלוגתא אם כשאומרת איני ניזונת יש לה כסות. דהנה עיקר סברת הרא"ה שאינו בדין שכשיש לה מעש"י תאמר איני ניזונת וכשאיני לה תאמר שהיא ניזונת, וכתב הב"ש דיש להשיב דהרי במשנה בדף ס"ד ב' מבואר דיש קיצבה כל שבוע כמה היא חייבת לבעל וכמה הבעל חייב לה, וא"כ כל שבוע הוא כהסכם בפני"ע ויכולה לשנות הדר כל שבוע. וזו סברת תוס' והרא"ה. ואילו הר"ן והרא"ה ס"ל דגם כסות היא בכלל מזונות, ולגבי כסות לא שייכא סברא הנ"ל דאין הכסות מתחלקת בכל שבוע, ושפיר הקשה הר"ן דהיא תחליף תמיד התנאי כפי שישתלם לה.

[אכן לדברי החזו"א גם הרא"ה מודה דהכסות בכלל מזונות וא"א לפרש כהב"ש, ועיין בחזו"א שם שמפרש דסברת תוס' והרא"ה שכן תקנו חכמים שבכל שעה תוכל לחזור, ואע"ג דהיא יכולה להפסיד לבעל כמוש הקשה הר"ן, לא חיישינן לזה, דמ"מ בדרך כלל מעש"י מרובין ממזונותיה, ותקנו שכי"ז שהיא אוכלת יש לו מעש"י.]

והנה לדעת תוס' יליע אם אכלה כבר - שאז מעש"י שלו, מאימתי תוכל לורמ איני נזונת ואיני עושה, ועי' בחזו"א שם שמצדד דעד זמן סעודה מעש"י שלו, ועוד מצדד דעד סוף השבוע המעש"י שלו, אלא דהקשה דא"כ למה מבואר במשנה שעושה ואוכלת, והרי עד סוף השבוע המעש"י שלו. אע"כ דגם אם אכלה יכולה לחזור בה, ותצטרך לשלם לבעל מה שאכלה קודם. ועי' אות קב דעת האבן האזל כזה [ועיין בבית מאיר שהקשה על הב"ש שתולה המחלוקת בין כסות - דא"כ איך יכולה לחזו בה, והרי כבר התחייבה במעש"י עבור הכסות שלבשה קודם, ולכא"ו להחזו"א באמת תצטרך להחזיר לו הכסות שלבשה עד היום, ועי' בחזו"א.]

קב) לימא מסייע ליה המקדיש מעש"י אשתו ה"ז עושה ואוכלת מאי לאו בינונית. עי' בראשונים דהיינו שהוא רוצה לזונה והיא אינה רוצה ואומרת איני ניזונת ואיני עושה. ונחלקו המפרשים באופן שבזמן ההקדש היתה ניזונת ואח"כ אמרה איני ניזונת, האם פקע ההקדש. עי' ברשב"א שכתב דההקדש פוקע, דעל אותו זמן אין המעש"י שלו.

אכן יעוי' בתוס' שדנו אם כוונת הגמ' "בניזונת" כשהוא זן אותה בפועל, או דמייירי בשרוצה לזון. וצ"ע מה דנו בזה, והרי במשנה איתא דעושה ואוכל, ואם נימא דהיא ניזונת בפועל מבעלה, מה היא אוכלת ממעש"י. ומזה מדייק השטמ"ק, דהגמ' מייירי שבשעת ההקדש היתה ניזונת, ואם אז חל ההקדש תו לא איכפת לן במה שאח"כ אומרת איני נזונת שכבר חל בהקדש [וממילא אין ראיה מהמשנה, דיי"ל דבתחילה זן אותה ואח"כ הפסיקה]. וכדבריו מצינו גם בב"ש (סי' פ"א סק"ג) שלדינא באמר יקדשו ידיך לעושיהם אם בזמן שאמר כך היה זן אותה חל ההקדש אפי' אם תאמר אח"כ איני נזונת ואיני עושה ודימה זאת לתוס' דידן. וכן משמע בגר"א שם סק"ב. אולם האחרונים תמחו ע"ז (עי' חזו"א סי' ע"א סק"ב ג'), ואבן האזל פ"י"ד מאישות) דמה טעם יש בזה, והרי כשאומרת איני נזונת ואיני עושה אין המעש"י שלו ואיך מקדיש דבר שאינו שלו.

ובדבר הדיוק של השטמ"ק מתוס'. [דלא הוכיח מהמשנה] עי' באבן האזל שמפרש דתוס' באו להוכיח שאם כבר אכלה באותו יום שוב אינה יכולה לומר איני נזונת עד היום הבא, דכל יום ויום הוא תקנה בפני"ע [ועי' לשון הריטב"א: "אם רצתה למחר או כשתרצה לומר הריני עושה וניזונת משלך הרשות בידה". והנה ממש"כ למחר משמע באבן האזל, אך ממש"כ או כשתרצה לכא"ו משמע דיכולה לאלתר לחזור בה, ויש לדחות דכוונתו אם תרצה לאחר מחר]. ועי' הוכיחו מהגמ' לקמן דאם מעלה לה מזונות מ"ט דמ"ד לאחר מיתה הוא קדוש, והוסיפו תוס' "פירוש גם מחיים יהא קדוש", וכוונתם בזה לומר דמשמע דחל ההקדש לאלתר ואינה יכולה לחזור בה ולומר איני נזונת ואיני עושה כיון שכבר אכלה באותו יום. [ומשמע מדברי אבהא"ז, שאמירת איני נזונת ואיני עושה הוא כשהבעל בא להוציא ממנה, וצ"ע דלכא"ו זה תלוי בשעת המלאכה עצמה.]

קג) מאי לאו בניזונת. ומבואר כאן דבאומרת איני נזונת ואיני עושה לא רק דפטורה מלעשות ואין הבעל יכול לכופה על כך. [דבאינה אומרת יכולה לכופה בשוטיין וי"א במעוט צרכיה, עי' היטב ברמב"ם פכ"א ה"י מאישות ובכס"מ שם - דלחד תירוצא מייירי אף בנמנעת מעשית צמר.] אלא דאף אם עשתה הוא שייך לעצמה. וצ"ע מזה עמש"כ הבאר היטב [סי' ס"ט סק"ב] בשם כנה"ג דאם אומרת הריני עושה ואיני נותנת לך אין שומעין לה. [וכן קשה ע"ז מסוגית הגמ' בדף ע' ב'. והקשה כן הב"י שם, הביאו הפ"ת.]

קד) לא בשאינה ניזונת. ופרש"י שאין לו במה לזונה. וצ"ב למה לא פירש שאינו חפץ לזונה, וכתב הריטב"א דקמ"ל שאין מזכותו של הבעל להימנע מלזון, אלא חייב בכל גווני לזון [וכמשנ"ת אות צט] ורק כשאין לו משכח"ל שאינו זנה. קה) ופליגא דר"ל דאמר מתוך שיכול לכופה וכו'. הנה ר"ל מפרש דחלות ההקדש ע"י הידים למעשיהם, ובפשטות כוונתו דחל ההקדש מחיים ובאופן שאין המותר שלה כגון שאינו מעלה לה מעה כסף וכן פירשו כמה ראשונים. אולם מצינו פירושים נוספים, דמייירי באינה נזונת, ואפ"ה לאחר מיתתה חייל ההקדש מטעמא דיקדשו ידי לעושיהם, ונאמרו בזה בי דרכים.

א) שיטת הריטב"א והרא"ה דכיון שכשיש לו נכסים יכול לכופה על מעשה ידיה ואינה יכולה להפקיע זכותו, ידיה קנויות לבעל, וכשאין לו נכסים לזונה שהיא עושה ואוכלת - לא משום דפקעא זכות הבעל, אלא מפני שהיא ממשכנתו למזונותיה כאילו תפס המנכיסו דהו ידיה אצלה כאילו הן אפותיקי מפורש על המזונות, הילכך כשמתה ויש שם מותר שהוא קדוש אין קדושתו חלה לאח"מ אלא מחיים חל למפרע כי כל מה שלא משכנתו דבעל היא וחייל קדושה גמורה.

ב) שיטת הראב"ד מובא ברשב"א דבאמת החלות חל על הפירות לאחר מיתה, וליכא כאן משום דשלב"ל, דכיון שאם היה נותן לה מזונות מחיים היה חל ההקדש על מעש"י לאלתר, ממילא מקרי "בידו", וכל שבדו לאו כמחוסר מעשה דמי [כדאיתא קידושין ס"ב א'].]

קו) ועיין ברשב"א שהקשה על הראב"ד דהוא לא קאמר שיחול ההקדש לכשיוזן, ואפי' באומר הרי הוא לא זנה, וכשבא לידו מחמת ירשוה בא לו ולא מחמת כפייתו ומזונותיו ודשלב"ל הוא. ולכאוי' כוונת הרשב"א דכיון שעל הזכות ירשוה לא הוי בידו - אע"ג דהוי בידו על זכות מזונות לא מקרי בידו כיון דהוי מכח זכות אחרת. וצ"ע דלהלן נט' ב' נחלקו הרשב"א והרמב"ן גבי אשה שמקדישה ידיה למעשיהם לאחר גירושין, דהרמב"ן כתב דלא מקרי בידה אע"ג דיכולה לומר איני נזונת ואיני עושה, דהרי לא אמרה בסוף איני נזונת אלא דלבסוף נתגרשה, והרשב"א כתב דלא איכפת לן בזה, דא"צ שהבידו יחול בסוף מאותו הכח שהיה בידו בתחילה, אלא סגי שיהיה בידו באיזה צד ועי"ז מקרי בידו. [ועי"ש בסו"ד שנראה שמסכים לרמב"ן דבעינן שהבידו יהיה בסוף באותו אופן ע"ש, אך מ"מ נראה שגם למסקנא אי"ז מוכרח] ועי' בקו"ה סי' ס"ח סק"ה מה שביאר בפלוגתא זו. ועכ"פ צ"ע מה הקשה כאן הרשב"א על הראב"ד והרי הוא עצמו מצד דא"צ שהבידו יחול לבסוף ע"י אותו הכח.

עוד צ"ע דאם כאן הוא מדין בידו, אבל החלות חל על הפירות עצמן ולא על הידים, [וכל מאי דבעינן לסברת יקדשו ידי לעושיהם הוא כדי שיהיה בידו] א"כ אמאי בעינן שיהיה נעשה כאומר יקדשו ידי לעושיהם מדין אין אדם מוציא דבריו לבטלה, והרי סגי במה "שבידו" לומר יקדשו ידיך לעושיהם, אפי' אם לא אמר כן בפירוש. ועוד צ"ע מה השייכות בין מה שבידו להקדיש את "הידיים" ע"י שיתן לה מזונות, למה שבסוף חל ההקדש על "הפירות" וזה לא היה מעולם בידו.

קז) ונראה בביאור דברי הראב"ד, דהנה הרשב"א להלן נ"ט ב' הקשה איך אפשר לומר יקדשו ידיך לעושיהם, והרי ל"ש לדמות זאת לדקל לפירותיו, דשאני התם שהפירות יוצאים מגופו של דקל, אבל כאן דלאו מגופן של ידיים הם יוצאים היאך הם קדושים. [והרשב"א מחלק קושיתו לשני קושיות, א) דאין כאן מעילה משום דלא הוי קדושת פה ואי"ז חלק מהידיים שעליהם היה קדושת פה. - משא"כ בדקל לפירותיו למ"ד יש מעילה בגידולין הוי כאילו הקדושות פה כוללת גם את הפירות שהם חלק מגוף הדקל. ב) דאפי' ממון הקדש לא הוי, דדמי למקדיש מצודתו למה שתעלה דלא חל ההקדש, וכן בעבד לקנס משמע דל"ש דין דקל לפירותיו, מדאבעיא לן בפרק השולח אם מהני או דכיון דלא עבידי דאתו לא מהני, ואם הוי כדקל לפירות למה לא יחול. - ותוס' פליגי על הנחה זו ויבואר בעז"ה להלן.]

ותירץ הרשב"א וז"ל "דלקנות לשעה כדי לקנות דבר אחר כגון דקל לפירותיו וחצר לאוירה וידיים למעשיהן שאין עיקר דעת ההקנאה לקנות גוף הדבר שהוא בעולם אלא כדי לקנות על ידיהן דבר שאינו בעולם או האויר שאינו גוף, בכל דהוא סגי ואע"פ שאין יוצא מגופו לגמרי כפירות הדקל, דהא אפי' פירות הדקל אין יוצאים מן הדקל שלו שאין הדקל קנוי לו ממש. הלכך כל שכאין קצת ממנו כגון המלאכה שהיא באה מן הידים בטרחה ותנועתו וכן האויר שנראה כאילו הוא חלק מן החצר קנה. אבל מצודת למה שתעלה שאין הדגים נאחזים במצודה בטרחה המצודה אלא שהן נכנסין במצודה מאליהן וכן קנס שע"י נזקי אחרים שהזיקו את העבד או שגנבו את הפרה שאין הקנסות מגופן כלל ואינן באין בסיבת עצמן כלל, אין נמכרים על ידיהם.

וביאר דבריו כתב בברכ"ש (סי' נב) פי' דנהי דע"י שהוא בעל הידים אינו זוכה במעשה ידיים, מ"מ אם מקנה כדי לקנות ע"י המע"י, קונה המעש"י משום שהוא מקנה לו הידים עם המעש"י, ומהני שלענין הקנאה לא יהיה דשלב"ע משום דהוא ידים עם המעש"י ביחד.

וכן פירש גם החזו"א (סי' ע"א סוף סק"ב). ועי"ע בסקכ"ב שהסתפק אם לדברי הרשב"א יכול לחזור בו מהפירות אפי' באומר יקדשו ידיך לעושיהם, משום דדמי לדשלב"ל שיכול לחזור בו עד שיבואר לעולם, [ולא דמי לדקל לפירותיו] או דמ"מ א"י לחזור אף בזה.

[וביאר ספיקו של החזו"א, ד"ל דכיון שהחלות חל על המעשה ידיים עצמם, נמצא דדמי למקנה דשלב"ל לר"מ, או דילמא דכיון דמקנה זאת עם הגוף מהני גם לענין שלא יוכל לחזור. ועי"ע ברע"א ר"פ המפקיד מש"כ בענין זה. קח) ועפ"ז י"ל בביאור ד' הראב"ד, דכאן הרי אין הבידו מתייחס כלפי החפץ שיכול להביאו לעולם, - וכעין הא דקידושין ס"ב שבידו לתלוש המחובר וכי"ב - , אלא הבידו הוא לעשות שהמעשה קנין יחול ע"י שמצרף את הידים ומקנה ידיים למעשיהם והיינו דיכול להחיל הקנין על המעשי ידיים בעצמם ע"י שאומר ידיך למעשיהם [וכמשנ"ת דגם כשאומר ידיך למעשיהם חלות הקנין חלה על הפירות עצמם ולא על הידים], ועי"ז נחשב המעשה קנין שבידו לעשותו לקנין המועיל. ומעתה מובן היטב הא דבעינן שיהיה נעשה כאומר יקדשו ידיך למעשיהם, דאם לא אומר כן אין כאן מעשה קנין שיהיה בידו לעשותו למעשה קנין, אבל כשאמר כך כיון שבידו לתת לה מזונות ועי"ז יחול המעשה קנין המסוים שעשה, נמצא דבידו לעשות את המעשה קנין לקנין המועיל.

אלא דעיקר הדבר טעון ביאור, איך מהני הך בידו, דבשלמא בבידו דקידושין ס"ב, מובן היטב דע"י הבידו הוי בשליטתו וסמכא דעתיה, אבל כאן הוי אין בידו לפעול על החפץ שיהיה בעולם, ולמה יועיל מה שבידו לעשות הקנין לקנין. ונראה דהנה ידועה חקירת האחרונים בחסרון של דשלב"ל, אם הוא מפני שאין בזה סמכא דעתיה, [וכמש"כ הנמוק"י ב"מ ס"ו, ותוס' הרא"ש ב"ב קמ"ב] או דכיוש אינו בעלים אין על מעשיו תורת מעשה קנין. [ועיין בריב"ש סי' שכ"ח, שכתב לו השואל בשם הטור והרא"ש שהנשבע למכור דשלב"ל וקנהו חל הקנין, והריב"ש כתב דאינו מאמין לזה ואין בזה שום סברא. [וכי"פ הרמ"א סי' ר"ט דלא חל הקנין]. והנידון בזה לכאוי' תלוי כהנ"ל דאם החסרון משום דלא סמכא דעתיה מהני השבועה שתסמוך דעתיה, ואם החסרון משום שאינו בעלים לא מהני השבועה. [וכי"כ בקונטרסי שעורים ב"מ סי' י"ג, ויש לדחות].

והנה כהיום נדפס פי' הטור על התורה ונמצא זאת שם בפרשת תולדות גבי מכירת הבכורה ליעקב דאין בזה חסרון של דשלב"ל משום דנשבע, וכתב בשו"ת שואל ומשיב דאילו היה הריב"ש רואה דברי הטור המפורשים שמא היה חוזר בו וצ"ע לדינא. ועי"ע בנו"ב מהדו"ת אבן העזר סי' נ"ד שכתב וז"ל: ואני אומר אפריון כמטי ליה שהשמיענו חדשות אשר לא שמענו מעולם לחלק בדשלב"ל בין סמכא דעתיה או לא, וסוגיא דב"מ לא סמכא דעת הרב המשיג כלל ולא זו העיר ולא זו הדרך].

ומעתה אם נימא דהחסרון משום דאין על מעשיו תורת מעשה קנין כיון דאינו בעלים ואין לו שייכות לחפץ, י"ל דכאן שאותו מעשה קנין יכול לחול יש לזה תורת מעשה קנין וממילא סובר הראב"ד דיכול הקנין לחול אפי' אחר מיתה הואיל ובידו לעשות שהמעשה קנין יחול באיזה אופן.

ומעתה מיושב משה"ק הרשב"א על הראב"ד דכאן הרי לא זנה לבסוף, והתקשינו דהרי הרשב"א בדף נט כתב דבידו א"צ שבסוף יחול ע"י אותו הכח שהיה בידו, ולפי הנ"ל מיושב, דכל דברי הרשב"א דוקא באופן שבידו לעשות את



"החפצא" לבא לעולם [או לבא לרשות], אבל כאן שהבידו הוא לעשות את "המעשה קנין" לקנין המועיל, סובר הרשב"א דרך אם באמת עשהו לקנין המועיל מהני, ולא כשמתה וכל ההקדש מצד הבעלות של ירושה. ודו"ק. קט) בגמ' ופליגא דר"ל וכו' מתוך שיכול לכופה. ע"י בר"ן שמבאר דכל מהש סובר ר"ל שיכול הבעל להחיל הקדש על הידים הוא מחמת שאין האשה יכולה לומר איני ניוזנית ואיני עושה, אבל לרב הונא דיכולה לומר אין הבעל יכול להקדיש את ידה. [ועפ"י תמה על הרמב"ם שפוסק בפ"ו מערכין דאם אמר יקדשו ידך לעושיהם מהני, דהרי הרמב"ם פוסק כרב הונא].

וביאור תלית הגמ' את דין יקדשו ידך לעושיהם בדין איני נזונת ואיני עושה, ע"י ברשב"א ובריטב"א, דלרב הונא לא אלים שעבודיה כ"כ שיכול להקדיש דשעבוד גרידא הוא והו"ל כמקדיש מלוה ואח"כ גובה דלא חל ההקדש כדאיתא בפסחים ל"א א'. אבל לר"ל הוי שעבודן לבעל כלוקח.

וע"י באבי עזרי (פ"ב מאישות) שמבאר דלמ"ד דמזוני עיקר א"כ המעשה ידים הם תשלומין עבור המזונות והוי כחוב גרידא, משא"כ אם מעש"י עיקר ויש תקנה עצמית על המעש"י, בזה הקנו לו גוף לפירות. אמנם מדברי הראשונים משמע שאין הנידון משום עיקר התקנה, אלא דזה גופא דיכולה לומר איני ניוזנית הוא סיבה להגדיר את זכותו של הבעל כשעבוד, וצ"ב.

ועיין בקו"ש פרש דמה דלא מהני לרב הונא, משום דהוי דבר שאינו ברשותו [ע"י שיכולה להפקיע], אלא דהקשה ע"י דהא ר"ל ס"ל בב"ק ס"ח דאדם מקדיש דבר שאינו ברשותו, וא"כ למה הוא הוצרך לטעמא דבידו לכופה, הרי לשיטתו ליכא כלל חסרון של אינו ברשותו. [ויש לדון דכאן גרע כיון דבידה להפקיע זכותו מדינא, ולא דמי לאינו ברשותו שיכול לתבוע. ועיין ברשב"א ב"מ ו' א' דמשמע דאינו ברשותו ואינו יוצא בדיינים הוא שני חסרונות, וי"ל דגם הכא לא דמי לאינו ברשותו]. אכן נהי דדבריו איש בלשון הר"ן, מ"מ בדברי הריטב"א והרשב"א משמע דלא פירשו כך. [ולשון הטור ס' פ"א "שהרי אינו ברשותו שאם תרצה לא תעשה ולא תזון" ומשמע קצת כקוב"ש].

ק) ובתוס' מ"ז ב' דנו אם יכולה האשה לומר איני נפדית ואל תאכל פירות נכסי מילוג [שהם כנגד פרקונה] וכתבו שלשה טעמים דא"א לומר כן, והטעם השליש: אי"נ שאני פירות דידו כידה וזוכה בגוף הקרקע, אבל מעשה ידיה אינם בעין דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידים. והקשה האבני"מ (פ"א ב') דלפ"י איך יכול להקדיש את ידיה למעשיהם. וכתב האבני"מ דסברת תוס' תלויה ברב הונא ור"ל, וכעין דברי הרשב"א, [ותוס' שם קיימי אליבא דרב הונא שיכול לומר]. אכן לשון תוס' "דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידים", משמע דאין מי שסובר כך, וקשה קושית האבני"מ. ועיין בקוב"ש שמיישב שמקנה את השעבוד שיש לו להקדש וממילא ההקדש זוכה במעש"י, דקנין מעש"י שייך למי שמעבדת לו. [וע"ש משה"ק ע"ז]. ועיין ברע"א בדו"ח גיטין ע"ז שמפרש דהא דלא שייך ידיה למעשיהם משום דדמי למצודה לדגים, ובמה דאמרינן יקדשו ידך לעושיהם צ"ל כמש"כ לעיל עכ"ל, ולא מצאתי מה שביאר בזה לעיל, ע"ש בדבריו, ואולי כוונתו כקוב"ש [ורמזו למש"כ לעיל דהוי כשוכר]. אולם הגרע"א כאן בדו"ח כתב במפורש כן וז"ל: "י"ל דה"ק דהשעבוד שיש עליה לעשות מלאכה הוא גופיה יהיה להקדש ויהיו הידים משועבדים לעשות מלאכה להקדש.

ובאבני"מ (ס' פ"א סק"ב) כתב עוד ביאור ידידים לכו"ע הם רק משועבדים לבעל, ומה שיכול הבעל להקדיש [אע"פ שבעלמא אם הקדיש מלוה את השעבוד אינו מוקדש כדאיתא בפסחים ל"א] היינו דהכא הידים ממושכנות לבעל ויכול להקדיש משכון. [ויתכן לפרש כן בדעת התוס' הני"ל]. וע"ש שכתב שכן דעת הרמב"ם (פ"ו מערכין) שכתב דאם מקדיש ידך לעושיהן חל ההקדש "הואיל והן משועבדין לו", משמע דהוי רק שעבוד. [אולם יתכן לפרש כהגרע"א].

קיא) והנה הרמב"ם פ"ו מערכין סובר דאפשר להקדיש ידיה למעשיהם, ותמה עליו הר"ן דהא בגמ' מבואר דרק ר"ל ס"ל כן ור"ה חולק ע"ז, וא"כ הרמב"ם שפסק כר"ה דיכולה לומר אינו נזונת ואיני עושה, איך פסק דמהני ידך למעשיהם. אכן עיין בריטב"א שמיישב דעת הרמב"ם שהוא מפרש דלרב הונא אילו אמר כן בפירוש ודאי דחילל ההקדש. אלא דהכא לא אמר מפורש, ורק נעשה כאמר משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה, ופרט זה הוא רק לר"ל ולא לרב הונא, דאילו לרב הונא ודאי מוציא דבריו לבטלה כיון שאין הממון קנוי לו לגמרי. [ועיין באבי עזרי שמיישב דעת הרמב"ם באופן אחר].

קיב) והנה יעוי' היטב בריטב"א שמבואר מדבריו דכל מה שהוצרכו לסברא דלר"ל הוא כקנין ולר"ה הוא כשעבוד, זה רק לפ"מ שהעמידו דמירי בשהבעל זנה השתא. אבל אם נעמיד באופן שעתה אינו זנה, יל"פ בפשיטות התליה בר"ל ור"ה. דהרי הריטב"א מפרש דמה שחל ההקדש אח"מ הוא משום דלר"ל דא"א לומר איני נזונת א"כ כל מה שהאשה לוקחת המעש"י כשבעל אינו זנה הוא מדין משכון, ולכן חל ההקדש עד כמה שאינה צריכה. משא"כ לר"ה בכה"ג שאינו זנה אין לו כלל זכות במעש"י. ולפ"י באופן שזנה י"ל דאף לר"ה יכול להקדיש את מעש"י. [וכן י"ל לפי הביאור של הראב"ד דהנידון בדין בידו - ורק לר"ל הוי בידו].

ומיושבת היטב דעת הרמב"ם, דהוא מירי כשהוא זנה היום, וא"נ לכו"ע חל ההקדש על המעש"י. קיג) הנה הדין דיכול לכופה הוא רק על מעש"י ולא על המותר, וא"כ צ"ע איך אמר ר"ל על משנתנו דמירי לגבי מותר את הטעם דיכול לכופה. וברשב"א משמע דהטעם דיכול לכופה הוא הוכחה דיש לו קנין במעש"י. ובריטב"א משמע דלאו דוקא שיכול לכופה לעבוד, אלא שבידו לכופה שאחר שתעשה מותר יהיה המותר שלו. ועי' בחזו"א (ס' ע"א סק"ב). קיד) רש"י ד"ה לעולם במעלה לה מזונות. "וה"ה נמי דמצי לאוקמא כשאין מעלה לה מזונות ומעלה לה מעה כסף. ע"י מהרש"א שמרש דכוונתו דנימא דר"ש סברי דמזונות תחת מותר ומעה כסף תחת מעש"י ורב אדא סבר להיפך. והקשה ע"ז הקרני ראם והאבה"א (פ"ב מאישות) דא"כ מה דחה רש"י דרב אוקי רישא בניזונת, והרי אם ר"ש סבר דהמעש"י כנגד מותר בע"כ "ניזונת" כוונת למעה כסף וא"כ לק"מ מהך אוקימתא.

ובמהר"ם פ"י דכוונת רש"י להקשות כעין קושית תוד"ה במעלה, דמאי דוחקיה דרב לאוקמא מתני' לאחר מיתה לוקמא מחיים וכגון שמעלה לה מעה כסף ואין מעלה לה מזונות. אלא דלפ"י לא מובן מה דחה רש"י דרב מוקים רישא בניזונת. והרי הכוונה ברישא בניזונת היא שהבעל רוצה לזונה אבל היא אינה רוצה ומש"ה המעש"י שלה. וכתב המהר"ם דאה"נ, אלא דסובר רש"י דבכה"ג שאינה רוצה ליטול יש לה זכות לומר כן רק כלפי מזונות, אבל כלפי מעה כסף אם הבעל רוצה לתת לה אין לה זכות לסרב ושלא יהיה המותר שלו, ולכן בע"כ מירי שאינו מעלה לה כלל וא"כ קדוש רק לאח"מ. אמנם הקשה מהר"ם דהא גופא קשיא דנוקמא באופן שהיא אינה רוצה ליטול ומש"ה יש חילוק בין מעש"י למותר, וע"ש משכ"ב, ובביאור שיטת רש"י ותוס', ועי' במערכה להגרע"א משכ"ב.

קיד) ובעיקר מה שהוציא המהר"ם מרש"י דרק על מזונות יש לה זכות לומר איני ניוזנית ואיני עושה, אבל על מעה כסף ומותר א"א לומר כן, הביא המהר"ם שכן היא דעת רבנו יונה, הביאו הטור ס' פ"א, והטעם דהמעלה כסף משום חניא וזה

גם לטובת הבעל. ועיי' בשטמ"ק בשם הר"י מיגש שג"כ סובר כן. [אולם בריטב"א ועוד ראשונים חולקים וס"ל דגם במעה כסף יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ולא יהיה המותר שלך].

והקשה המהר"ם דא"כ איך מוכח מר"ל דפליג על רב הונא, והרי ר"ל מייירי במותר, ובזה אפי' רב אדא מודה דיכול לכופה [לפי שיטת רבנו יונה] ועיי' משכ"ב. ועיי' במערכה של הגרע"א אות ד' ה' מה שתייר, ועיי' עוד אות ט"ו להלן. ובעיקר הביאור בפלוגתת רב ושמואל ורב אדא, עיי' ברשב"א וברמב"ן אריכות גדולה.

דף נט ע"א

קטן) קונם שאני עושה לפיך וכו'. ביסוד פלוגתת התנאים, עיין בתוס' ובר"ן ובריטב"א ובמערכה להגרע"א אות י'. קטן) אמר רב יוסף קונמות שאני מתוך שאדם אוסר פירות חבירו עליו אדם מקדש דשלב"ל. מכאן הוכיחו להחסרון בדשלב"ל הוא מחמת חסרון בעלות [ולא מחמת דלא סמכא דעתיה] והשתא מובן היטב מה שתלתה הגמ' דין דשלב"ל בדין אוסר פירות חבירו על עצמו, דכשם שיכול לאסור פירות חבירו אף שאין לו בעלות, כמו"כ יכול לאסור דשלב"ל. אבל אם החיסרון משום דלא סמכא דעתיה לא מובן מה תלוי זבי". ואמנם לעיל אות קח הובאו דברי הנמוק"י ב"מ ס"ו והרא"ש בשטמ"ק ב"ב קמ"ב דהחסרון משום דלא סמכא דעתיה, וצ"ע מהכא, וכבר עמד בזה בשיעורי הגרש"ר ב"ב דף קמ"א (אות קצא) עיי'. ולכאן מה שצ"ל בזה הוא דבקונמות ליכא להחסרון של סמכא דעתיה ולא דמי לקנינים, וי"ל בטעם החילוק דבקנינים עושה חלות בחפצא ועיי' בעינין גמ"ד, אבל כאן דהוי איסורים בעלמא ונאסר רק כלפיו ולא כלפי אחרים דמי לשבועה על דשלב"ל.

אולם כ"ז לפי פירוש תוס' ועוד ראשונים דבאמת הגמ' מדמה אינו שלו לדשלב"ל, אבל ברש"י משמע דתרי סברות ותרי נידונים נפרדים הם, ורק דהגמ' מדמה שכשם שמצאנו שנדר קל לחול וחל אפי' על נכסי חבירו כמו"כ נימא קולא אחריתי שיחול על דשלב"ל [וכן פירש השטמ"ק בדעת רש"י] ולפ"ז אין מקור מהגמ' דדשלב"ל דומה לנכסי חבירו. ועיי' בריטב"א שהביא שיטות דאביי פליג וס"ל דאין אדם אוסר דשלב"ל בקונם אפי' על עצמו, והריטב"א הקשה ע"ז מכמה משניות דמבואר שאוסר על עצמו דשלב"ל, ובע"כ דאביי פליג רק כאוסר על אחרים. ועיין במאירי נדרים י"ג בשם גדולי הדור דאיסור דשלב"ל על עצמו הוא מדברי סופרים. וברשב"א שם טו ב' מסתפק בזה ומסיק דהוי דאורייתא. קי"ז) בגמ' דאמרה לך מיגרשה. ומי איכא מידי דאילו השתא לא קדיש ולקמיה קדיש. מבואר בגמ' דכדשלב"ל אפי' אם אומר שיחול לכשיבוא לעולם לא מהני. ועיי' בשעה"מ (פכ"ב ה"ה ממכירה) שהביא שיטות ראשונים דבאומר שמקנה לכשיבוא לעולם לכו"ע מהני, וצ"ע מסוגיין.

קיח) מתקיף לה ר' ירמיה מי דמי התם בידה להקדישה הכא אין בידה לגרש את עצמה. וצ"ב דלכאן אפי' אם מציא לגרש את עצמה לא דמי לשדה, דהתם הוא ממש ברשותו וא"צ כלל לדין בידו. וצ"ל דכיון שמחיל את החלות לאחר שיקנה ואותה בעלות חדשה עדין אינה שלו, בעינן לדין בידו. ועדיין צ"ב דנהי דבידו להקדישה היום, מ"מ הקנין החדש שאותו רוצה להקדיש אין בידו לעשותו, ולכאן זה תלוי בנידון הרשב"א והרמב"ן בע"ב בדבר שבידו לעשותו ואח"כ הגיע לידו באופן שלא היה בידו וצ"ב. ועיין בריטב"א שגורס בגמ' התם בידו להקדישה הכא אין בידו להקדישה, ולפ"ז הסוגיא פשוטה.

קיט) ביבמות צ"ג א' איתא דר' ינאי עישר מפירותיו על פירות של האריס שעמד להביא לו, ומוכיחה הגמ' מזה דס"ל דאדם מקנה דשלב"ל. והקשה הגרע"א דהרי בידו להפריש משלו על של האריס לפני שיקנה מדין זכין [כמו שפסק הרמב"ם] וא"כ עוד קודם שזה בפירות יכול לתרום עליהם, ולמה נחשבת התרומה שתורם עתה על אחר שיקנה הפירות לדשלב"ל.

ותירץ בקו"ה (סי' סה) ובחזו"א (סי' קלד לדף צג) דלא מקרי מצי עביד אא"כ יכול עכשיו בכח עצמו. אבל הא דמהני בתורם משלו על של חבירו הוא מטעם זכות ושלוחות והוא בא מכח המשלח, ור' ינאי קרא שם על לאחר שיזכה מכח עצמו, ועל כן זה לא היה בידו קודם. ולא מבעיא לדעת הרמב"ן בע"ב דצריך שיהיה בידו באותו אופן שהוא עושה הקנין, אלא אפי' לדעת הרשב"א שחולק בזה מ"מ בעינן שיהא בידו מכח עצמו. ובחזו"א הוסיף דזה דומה לראובן שאמר לשמעון הוי שלום להקנות שדה שלי ללוי במתנה, והלך שמעון ואמר ללוי שדה זו כשאקחנה מראובן נתונה לך במתנה, והלך שמעון ואמר לראובן שחפץ לקנותה ונתרצה ראובן ומכרה לו, דמצי שמעון לחזור בו ממתנתו מדין אין אדם מקנה דשלב"ל ולא חשיב מה שבידו להקנות ללוי בשליחות ראובן כבידו לסלק דשלב"ל.

אלא דצ"ב מ"ש מסוגיין באומר שדה זו שאני מוכר לך וכשאקחנה ממך תקדוש, והרי גם בזה הוי שני בעלויות, דהבעלות הרשאונה נפקעת וחלה בעלות אחרת. וביאר החזו"א דהכא האומר והמקדיש הם אחד ובשעה שהוא אומר הוא יכול להקדיש אותו ההקדש שהו אמקדיש והלכך אף אם הפסיק בין אמירה לחלות ההקדש זמן שלא היה בעלים על השדה לא הופסד כחו בכך.

קכ) ובעיקר דברי הגמ' צ"ע דקארי לה מאי קארי לה והרי פשוט דלא דומה שדה שעדין היא בידו לאשה המקדשת מעשה ידיה. ובר"ן נדרים פ"ו כתב דהוי"א דכיון דגופא בידה הוא ומעשה ידיה היא שמזכה לבעל בכל יום, כשדה זו שאני מוכר לך דמי, וכתב הקוב"ש דלפ"ז בע"כ אתיא סוגיא כרב הונא דאין הבעל יכול להקדיש ידיה לעושיהם אלא כל יום מתחדשת לו זכות חדשה [ולכן דומה לשדה שעתידי למכור] אכן התוס' ד"ה הכא כתבו להוכיח דסוגיין כר"ל דאלי"כ הרי בידה לומר איני נזונית ואיני עושה, ולדבריהם תקשי קושית הר"ן, ועיי' שמיישב דכאן דמי לנכסי מלוג שהגוף שלה ורק הגוף לפירות של הבעל וא"כ היה ס"ד דיכולה לאסור, ומה שבאמת א"י לאסור עיי' בתוס' בע"ב שמחלקים בין קודם להקדש ויבואר להלן בעז"ה.

קכא) ובעיקר קושית תוס' דהכא בידה לומר איני נזונית ואיני עושה, תירץ הרמב"ן דכיון דהבידה הוא עיי' שתאמר איני נזונית, ולא עיי' גירושין, ובסוף חל הנדר עיי' גירושין, אי"ז כדבר שבידו, כיון דלבסוף נהי השלו מכח דבר שאינו בידה. והרשב"א הקשה ע"ז דמאי איכפת לן באיזה צורה בא לידה, [וכי"כ הקו"ה סי' ס"ה ס"ח דהרשב"א נחלק בזה על הרמב"ן, וכן משמע מדבריו שחולק גם בזה, ולא רק על המשל שהביא הרמב"ן כמוכר שדה בתנאי ומקדישה לכשיקחנה.] ובסו"ד מסכים הרשב"א עם הרמב"ן.

וביאור הנידון כתב בקו"ה (סי' ס"ח) שזה תלוי אם דין בידו בעינן שיהיה לו כח של בידו, או דבעינן שיהיה בפועל בידו. ויש בזה נ"מ לקולא ולחומרא, דהכא הצד שבעינן בכס הוא לחומרא, ויש אופן להיפך, כאן בתורם על מחובר דמהני משום דבידו לתולשו, אם הוא במקום רחוק, להצד דבעינן כח לתלוש מהני, ולהצד דבעינן בידו בפועל לא מהני, ועיי' שהביא דברי עוד ראשונים בנידון זה.

קכב) והרשב"א כתב דאין האשה יכולה להקדיש אף לכשתתגרש, דכיון דאלמוה הרי היא לגמרי של הבעל, וכשאומרת איני נזונת ואיני עושה הוי קנין מחודש מהבעל, ולא נחשב כבידה, [נחזינן דבידה הוא משום דכבר עתה יש לו זכות בדבר, ולא סגי במה שבפועל בידה לעשות כן. וזה סותר למש"כ הקו"ה בדעת הרשב"א שהוא סובר דהדבר תלוי במה שבידו בפועל ולכן אין נ"מ אם זה בידו מחמת אותו כח או מכח אחר וצע"ק].

קכג) ובגמ' אמרינן דבשדה שמשכנתי יכול להקדיש אף שעכשיו אין בידו להקדיש, משום דהגוף שלו, וצ"ע דמ"מ תקשי דמי איכא מידי דהשתא לא קדיש ולאח"כ קדיש. וביאר הקו"ה דכיון דאם יפקע הפירות ממילא הדבר שייך לבעל הגוף נחשב שיש לו כבר את הסיבה לפירות ואינו צריך לזכיה מחודשת עליהם ומש"ה הוי כדבר שבא לעולם. אכן אם נימא דצריך בידו בפועל צ"ב איך מהני עכ"ד. ולכאוי י"ל דכאן באמת אי"ז מדין בידו, אלא דלא חסר כלל בדשלב"ל, ומה דבעינן לבידו לפדותו הוא משום דבל"ז אין עומד כלל לבוא לרשותו הפירות, אבל אם יש זמן שיכול לפדות שוב הוי כשלו.

דף נט ע"ב

קכד) שאני קונמות דקדושת הגוף נינהו. שיטת הרבה ראשונים דזה תירוץ רק על הא דמהני להקדיש הידים. אבל מ"מ א"א להקדיש את הפירות עצמם דהוי דשלב"ל. אכן דעת הרמב"ם (פ"יב מנדרים ה"י והכס"מ) דקדוה"ג ח"לא אפי' על דשלב"ל. [ועיין בחידושי הגרש"ש ב"ב סי' ל' שהקשה ע"ז מהא דמבואר בב"ב עט דמקדיש יוני שובך תלוי בפלוגתת ר"מ ורבנן. והביא שהשי"ך הקשה מנדרים מ"ז וא"כ לאסור חלופי פירות משום דשלב"ל דיוני שובך גרע ממעשי ידים, דכאן יש לו סיבה להיות בעלים וכל החסרון רק משום דלא סמכא דעתיה, דבזה מהני בקדוה"ג או משום דסמכא דעתיה יתור, או משום דבקדוה"ג א"צ גמ"ד גמורה וסגי בקצת גמ"ד. אבל ביוני שובך החסרון משום דאין כלל בעלות ולא סיבת בעלות לא מהני. ועי' בקצה"ח סי' קיז סק"ב].

ועי' בגר"א יו"ד סי' רל"ט ובגרע"א במערכה שמדייקים מתוס' בקידושין סי' כדעת הרמב"ם, אולם ההפלאה כאן והחזו"א סי' קמ"ח לדף סי' מפרשים התוס' באופן אחר. ועי' בשטמ"ק שהביא דעות כרמב"ם.

קכה) אלמוה רבנן. וצ"ע דא"כ שוב הוי דשלב"ל. ועי' בריטב"א דהפקיעו רק לענין שלא יחול השתא ולא לענין שלא יחול מכאן ולהבא. ועי' בר"ן בנדרים שמבאר ג"כ באופן זה - דכיון דמעיקר הדין רואי לחול שוב אין בזה חסרון דשלב"ל. וצ"ב דכיון דאלמוהו ע"י הפקר ב"ד הפקר אין מהני. ועי' בר"ן בסוגין דהא דיפר שמא יגרשנה חשיב כדברים שבינו לבניה - אע"פ שכל הני"מ רק לאחר גירושין - משום דכיון דמדינא אי לאו אלמוהו היה חל השתא, לא אלמוה אלא לזכותו ולא לחובתו, וכ"ז צ"ב כנ"ל.

ועי' בבית יעקב ר"פ המדיר שמבאר דהא דאלמוה אינו מדין הפקר ב"ד, אלא דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה כדי שלא תתבטל תקנתם ע"ש. ולכאוי בלשון רש"י כאן דהוי כלוקח גמור לא משמע כן. ובקו"ה סי' ס"ח מבאר דלא אלמוה אלא אם תקדיש מעכשיו, אבל אם אוסרת לאחר זמן לא אלמוה כלל, וכל כמה דלא אלמוה יש לה כח לאסור גם מעכשיו ולכן יכולה לאסור גם לאח"כ, ואע"פ שבפועל אינה יכולה לאסור היינו דאם תאסור אז יתחדש האלמוה, אבל בינתים יכולה לאסור ולכן נחשב כבידו. אלא דכתב שזה תלוי בפלוגתא אם בידו תלוי בפועל או בכח.

ובחזו"א (ע"א פד) מבאר עפ"משי"כ לעיל בשמו דאין ההקדש חל על הידים עצמן [וכמו שכי' הרשב"א דאין המעש"י יוצאין מהפירות עצמן] אלא על הפירות - רק דאין בזה חסרון של דשלב"ל א"כ י"ל דהקנו חכמים את הפירות לבעל קודם שנאו לרשותה כלל ואינו זוכה כלל מנחה, אלא בשעה שהיה צריך להיות שלה זוכה הבעל. וכן במש"כ תוס' דאלמוהו לשעבודא דאשה ובע"ה היינו דבשעה שאוסר מפקיעים נכסיו ממנו וחזרו והקנו לו אח"כ וכ"ז דחוק מאוד.

ובמק"א נתבאר ע"פ הגרש"ש בגיטין סי' ו' שכל חלות שאם יחול יתבטל אינו חל, א"כ י"ל דכאן תקנו דאם יחול ההקדש יבטלו את בעלותה ויקנו לבעל, וממילא לא חל ההקדש מה"ט דאם יחול יתבטל לגמרי ודו"ק. ועי' בקוב"ש כאן.

קכו) במש"כ תוס' לחלק בין קונם להקדש. עי' באו"ש פ"יב מנדרים ובקה"י נדרים סי' לא, ובקו"ה סי' נב סק"ד. ועי' בקו"ה אריכות גדולה בכל דברי הראשונים בדיון מקדיש דבר המושכר ועי' בקוב"ש כאן.

## פרק האשה שנפלו

(א) האשה שנפלו וכו'. משנתנו מיירי בדין נכסי מילוג. והנה בדין נכסי מילוג יש לבעל כמה זכויות. (א) שאוכל פירות בחייה וזה לכו"ע רק משעת נישואין בלבד, וכדתנן לעיל מ"ו ב'.  
(ב) אם מתה יורשה. ודין זה ג"כ רק לאחר נישואין וכדתניא לעיל מ"ח ב' ובהרבה מקומות. (ג) אם מכרה ונתנה המכר בטל, ויש מקומות שאין המכר בטל אלא רק לכתחילה לא תמכור, וע"ז קיימא משנתנו. והנ"מ מדין זה הוא לגבי פירות וירושא שאחר נישואין, [דאילו קודם נישואין בלאו הכי אין לבעל כלום]. אכן עצם הדין שייך גם קודם נישואין לענין שאם מכרה ואח"כ נישאת המכר בטל, או שלכתחילה לא תמכור, ואילו היה קיים אין הבעל אוכל פירות ואינו יורשה.  
(ב) והנה הדין במשנתנו דלא תמכור או דהמקח בטל, מבואר בגמ' בע"ב דהמשנה איירי לגבי הנ"מ שלא יאכל הבעל פירות. אבל הא דהמקח לא חייל לגבי הא דהבעל יורשה הוא מתקנת אושא ואינו מבואר במשנה.  
והנה מסברא היה נראה דכל הנידון אם המקח קיים או לא [לגבי פירות] שייך רק באירוסין, אבל אחר נישואין שהפירות של הבעל [ובפשטות הוא כדן גוף לפירות כדמשמע בגיטין מ"ז ב' ובב"ק פ"ט א'] א"כ פשוט שא"א למכור את הקרקע ולהפסיד לבעל את הפירות כיון שהם כבר שייכים לבעל.  
אכן במשנתנו מבואר דהיה נידון על פירות שנפלו קודם נישואין ונישאת, והרי לכו"ע בהנך נכסים הבעל אוכל פירות ואפ"ה אמר רבן גמליאל דאם מכרה ונתנה קיים. ויותר מזה מבואר ברי"ף בביאורו לסוגייתו [נדפס בגליון הרי"ף למטה תרגום דברי הרי"ף מהתמים דעים ומהרמ"ע מפאנו] וכ"ה בפיה"מ להרמב"ם, דרבי יהודה סובר אליבא דרי"ג דאפי' נכסים שנפלו לה משנישאת ומכרתה המקח קיים, וצ"ע דהרי יש לו גוף לפירות.  
וביאר בזה האבי עזרי (פכ"ב ה"ט) מאישות) עפ"ד האו"ש (פ"ב ה"ט) מרוצח) שמחדש שזכות הבעל בפירות אינו בגדר גוף לפירות, אלא שהקנו לו את הפירות בלבד. ואע"פ דהוי זאת דבר שלב"ל, מ"מ הא מבואר ב"ב קל"א דבתקנות דרבנן מהני אף בדשלב"ל. וממילא כיון דאין לו קנין גוף לפירות, אלא כל דינו הוא שפירות האשה יהיו שייכים לבעל ממילא מעיקר הדין שפיר מהני מכירתה, דע"י שהיא מוכרת ושוב אי"ז שדה האשה, ממילא פוקע הקנין של הבעל שכל זכותו הוא רק בשדה האשה. [וע"ש שמפלפל שכל מכירה יכולה לבוא מכח שתי זכויות. (א) שכיון שהוא בעלים מוכר את הזכויות שיש לו. (ב) שמכלל זכויות הבעלים למכור [וכמו דאשכחן בקני ע"מ להקנות שאע"פ שאין לו את השמושים מ"מ הוא בעלים על גוף המכירה]. ועפ"ז דן דאה"נ שמצד הדין הראשון אין האשה יכולה למכור כיון שמפקיעה ע"י זאת זכות הבעל וממילא אי"ז לגמרי שלה, אבל מ"מ מכח הדין השני יכולה למכור ולהפקיע זכות הבעל]. ומה שבאמת א"א למכור הוא תקנה דרבנן מחודשת, וכמו התקנה קודם נישואין.  
והא דמשמע בסוגיות בגיטין ובב"ק דגדר הזכות של בעל בנכסי אשתו הוא מדין גוף לפירות, ע"ש באו"ש משכ"ב, ובתו"ד מבואר דכל זה קודם תקנת אושא אבל אחר תקנת אושא ודאי שיש לו גוף לפירות. [ומ"מ א"ש דברי האבי עזרי דמשנתנו בלא תקנת אושא כמבואר בגמ'].  
(ג) אולם צ"ע על ביאור זה דבגמ' בע"ב אמרינן רב ושמואל דאמרי תרוייהו בין שנפלו לה נכסים עד שלא נתארסה ובין שנפלו לה משנתארסה וניסת הבעל מוציא מיד הלקוחות, ופריך דשמואל דלא כמאן. ולכאוי לבתר תקנת אושא דיש לבעל גוף לפירות הרי צדקו דברי רב ושמואל ומאי פריך. אמנם יש ליישב בפשיטות, דבאמת לרי"ג ליתא לתקנת אושא אלא בנכסים שנפלו לה משנישאת, וכמו שמוכח בהו"א של הגמ' שהמשנה עצמה מיירי גבי תקנת אושא. [ועי' משכ"ב באות ט].  
[ואמנם האבי עזרי לא הביא דברי האו"ש הנ"ל דאחר תקנת אושא השתנה הדין וצ"ב. ובאמת נחלקו הראשונים בגדר תקנת אושא, האם הקרקע שייכת לבעל גם מחיים, וביאר הקצה"ח סי' ק"ג סק"ט דמחלוקתם אם הקנו לו את גוף הקרקע להצד שתמות, או דאלמנה לשעבוד הפירות שיהיה כקנין הגוף, ואולי הנידון הנ"ל תלוי בזה וצ"ב].  
עוד יש להעיר דהאו"ש עצמו כתב דדבריו שלא כשיטת תוס', שהרי התוס' הקשו בכמה דוכתי למ"ד ק"פ כקה"ג למה לן לתקנת אושא, ומוכח דסברי דלבעל יש גוף לפירות, וא"כ תקשי לן לדעת תוס' הקושיות הנ"ל.  
(ד) ועיין בחידושי הרי"ם ר"פ הכותב שכתב ככל דברי האבי עזרי הנ"ל, וכתב דתנאי דמתניתין, ורבותינו בברייתא בע"ב, [דסברי שלאחר נישואין לעולם לא חלה המכירה] פליגי בסברא זו גופא אם יש לבעל רק קנין פירות או גם גוף לפירות וכן נקט הבית מאיר (סי' צב ס"א) והאבני"מ (צא סק"ה) דהצד דלא תמכור הוא מחמת שתקנו גוף לפירות ולא דהוי תקנה בפני"ע. [ועפ"ז א"ש דברי התוס', שקושיתם למ"ד דהמכר בטל והיינו דיש לבעל גוף לפירות למה צריך את תקנת אושא].  
אכן יש להוכיח דיש גם תקנה בפני"ע לא למכור, ממשי"כ תוס' הרא"ש והמאירי להלן פ"ג ב' דגם כשסילק הבעל זכותו מפירות אין האשה יכולה למכור משום רווח ביתא. [ומהא דסברי רבנן דאמרו לו שאפי' קודם נישואין לא חיילא המכירה ג"כ מוכח דיש תקנה בפני"ע, אלא דאי"ז ראייה דלהחולקים עליהם ישנה תקנה בפני"ע].  
(ה) ובאילת השחר כתב לבאר דבאמת יש לבעל קנין גוף לפירות אלא דקנינו הוא רק כ"ז שהגוף הוא "גוף של האשה". אבל אם מוכרת ואין הגוף שלה שוב אין לבעל זכות. [וכמו דיש הגבלה בקנין פירות של הבעל שכל קנינו הוא רק כאשר היא אשתו ולא כשמתגרשת, כמו"כ יש הגבלה שהפירות שלו רק כ"ז שהקרקע של האשה].  
ויש להעיר על מהלך זה, דהנה שיטת הרי"ף להלן ע"ט ב' [וכ"ד הרמב"ם] דאם לאשה יש עז הקנויה לה רק לחלבה, היינו שכל קנין האשה הוא רק גוף לפירות, דהבעל אוכל את החלב. ונאמרו בזה שני ביאורים. דהחידושי הרי"ם ר"פ הכותב מבאר דזכות הבעל הוא רק בפירות ולא בגוף לפירות, דהגוף לפירות נשאר של האשה, דלא מצינו שיקנו לבעל את הכל. [ועיין ברא"ש סי' ז' בשם הראב"ד דמשמיר מקום חלב, ופי' הקרבן נתנאל שיש לאשה את העז לחלבה אחר מיתת הבעל, אלא דשם מיירי מסברת "מכליא קרנא" ולא מסברא הנ"ל דאין לבעל זכות בגוף]. ובחידושי ר' ראובן (ב"ב סי' יז) מבאר דלהרי"ף א"צ שיהא לאשה קרן, ולא איכפת לן דמיכליא קרנא, אלא דכל דבר שיש לו בחפצא שם "פירות" זוכה בהם הבעל. והשתא לדברי החידושי הרי"ם הרי מבואר שיש קנין בפירות לבד, וזה כתירוץ האבי עזרי, [אלא דיי"ל דתרוייהו איתנהו, גם קנין בפירות וגם גוף לפירות ולכן צריך לתירוץ האיה"ש, ועי' בחי' הרי"ם שדן אם שייך לומר שיש ב' תקנות]. ולביאור ר' ראובן הרי מוכח ברי"ף שא"צ שיהיה הגוף של האשה. ולא גרע מכרה הגוף מעז לחלבה.  
ולכאוי נ"מ בין הביאורים הנ"ל [אם יש לבעל רק פירות, או דיש לו גוף לפירות ומ"מ יכולה למכור וע"ז כבר נסתיימה זכותו של הבעל] באופן שהאשה מכרה רק את הגוף לפירות ולא את הגוף עצמו. דלהסבר האבי עזרי הפסיד הבעל את הפירות, ולדברי האיה"ש לא חיילא כלל מכירתה, שהרי הגוף לפירות שלו, ורק אם תמכור את הגוף עצמו אז פקע זכות הבעל.

והעירו מדברי הרא"ה ר"פ הכותב שכתב דבסילק הבעל זכותו והאשה יכולה למכור ולהפקיע פירות, לא יתכן בכה"ג תקנת אושא [דלאחר מיתה מוציא מיד הלקוחות] דאם לא חיילא המכירה לענין גוף הקרקע [דלכך מוציא מיד הלקוחות] ממילא הפירות שלו, ולכאוי הרי משכח"ל שתמכור גוף לפירות, אכן נראה דאין משם ראייה, דאחר תקנת אושא הרי יש לבעל גוף הפירות כמש"כ האו"ש הנ"ל, ולכן אי"א למכור, וע"ע במש"כ הקצה"ח (קג ט') בגדר תקנת אושא.  
(ו) הואיל וזכה באשה לא יזכה בנכסים. צ"ב דהרי בארוסה עדיין לא זכה בפירות ובשאר זכויות ולמה לא תוכל למכור. ועי' בחזו"א (סי' עו סק"א) שמבאר דכיון שמשועבדת הארוסה להינשא, ס"ל דיש תקנה דנכסיה משועבדים לבעל להיות ראויים לזכויותיו לכשתינשא. [בעיקר הדבר שארוסה משועבדת להינשא, עי' בחת"ס לעיל דף ב' א' שכתב דכופין אותה לינשא].

(ז) במשנה על החדשים אנו בושים. פירש"י שבושים מה ראו לומר אם מכרה ונתנה הבעל מוציא מיד הלקוחות. [וכבר הובאו לעיל אות א' דברי הר"ף והרמב"ם דר"ג סובר למעשה דמקחה קיים. אך בפשטות משמע דרק אמר שבוש בזה אבל למעשה פוסק דהמקח בטל]. וברש"י המובא בשטמ"ק וכן בחידושי הר"ן פירשו דבושים על עצם דין תקנת פירות, דכיון דפרקונה לא שכיח לא היה לתקן פירות.

(ח) נכסים שאין ידועין לבעל אם מכרה ונתנה קיים. ונחלקו הראשונים אם הבעל אוכל פירות. [דעת הרא"ש והר"ן שאינו אוכל פירות ודעת הרמב"ן דהבעל אוכל פירות] ויבואר בעז"ה להלן. ולענין ירושה [אם לא נודע עד שמתה] מבואר בר"ן שהבעל יורשה. ובהפלאה (בקו"א צ' סקט"ז) מפקפק בזה, ויבואר בעז"ה להלן.

(ט) תוד"ה האשה. במש"כ תוס' דדברי רש"י קאי גם על נפלו עד שלא תתארס, עי' שטמ"ק ומהרש"א ומהר"ם שי"ף משכ"ב. וע"ע ברע"א החדש מכת"י תלמיד הרעק"א מש"כ בדברי רש"י.

(י) בגמ' אלא רישא ודאי בזכותה נפלו סיפא אימר בזכותה אימר בזכותו לכתחילה לא תמכור אם מכרה ונתנה קיים. ופירש רש"י דהספק הוא שמא תבוא לידי נשואין שמא לא תבוא. והראב"ד בשטמ"ק מפרש דהספק הוא שמא ארוסה כיון שאינו אוכל פירות עד שתינשא הוי בזכותה, או דילמא כיון שנתקדשה והיא זקוקה לנישואין הויא בזכותה. והנה אפשר לפרש דברי הגמ' ב' אופנים. ד"ל דבאמת הוי ספק גמור, ולהצד דהוי בחזקתו לא חיילא המכירה, אלא דמספק היא מוחזקת. וי"ל דבאמת אי"ז ספיקא דדינא אלא דכיון דהוי מצב של ספק תקנו דלכתחילה לא תמכור. [וכצד שני נקט באיה"ש].

והנה התוס' הקשו מ"ש ספיקא דארוסה משומרת יבם דהוי ג"כ ספק [והנה הגירסא בתוס' דקושיתם מנפלה כשהיא ארוסה וזיקת ארוסה עושה ספק ארוסה. והנה לפ"ז הוי ס"ס - ספק ארוסה ואפי' היא ארוסה הוי ג"כ ספק אם היא כנשואה - , וצ"ב א"כ מהי קושית תוס', וכבר הרגישו בזה התו"ט (והרע"א מכת"י תלמיד), והרש"ש ע"ש. אולם בהגהות מהר"י לנדא גורס דהקושיא מנפלו לה כשהיא נשואה וזיקת נשואה עושה ספק נשואה וא"ש].

ותירצו תוס' דשאני הכא דעומדת להינשא, והקשה התוס' יו"ט דנהי דתירצו תוס' דאי"ז דומה לשומרת יבם, מ"מ תקשי דהא בכל דוכתא אין ספק מוציא מידי ודאי כמו שמבואר בדף פ"א. ולכאוי יתכן בדעת תוס' דכוונתם דכאן הוי תקנה דרבנן מסוימת שלכתחילה לא תמכור, ולא דהוי איסור מספק וא"ש.

(יא) והתוס' יו"ט כתב ליישב דהנה ברש"י בע"ב כתב בהא דאסרי ב"ה למכור לכתחילה: "וואם בא לוקח לימלך בב"ד אמרינן ליה לא תזבון". וצ"ב למה כתב דין זה על הלוקח, הרי זהו דין גם על המוכר. ומבאר התו"ט דלאשה באמת מותר למכור דהיא מוחזקת וכמו שהקשו התוס', אלא דמוחין בקונה שלא יקנה שחזקה שלה אינה מועילה ללוקח. [ובאיה"ש העיר דלא מצינו בכל מקום שהממע"ה שאסור ללוקח לקנות. ויש לחלק דבעלמא אין הבע"ד מפסיד כלום דבלא"ה אם לא יקנו ישאר ברשות המוחזק. אבל כאן אם האשה לא תמכור יאכל הבעל פירות].

והגרע"א ציין לדברי המל"מ (פ"ו מזכיה ה"א) דאם האשה נותנת במתנה יכול לקבל אפי' לכתחילה, [ונדקדק כן מרש"י הנ"ל דמוחין בלוקח וכ"ז שייך רק בלוקח ולא במקבל מתנה] ומש"ה תנן בלשון המשנה "לא תמכור", ולא תנן "לא תתן". [ומה ששינוי "וואם מכרה ונתנה קיים" אשגירת לישנא הוא].

ובביאור החילוק בין לוקח למקבל מתנה כתב הגרע"א דללוקח אמרינן שלא יתן מעותיו להפסיד, אבל במתנה ל"ש כן. [כנראה כוונתו שלא יעשה מעשה בנתינת המעות להפסיד את הבעל] אכן באבנ"מ (סי' צ סק"ט) כתב דהחילוק הוא דללוקח אמרינן זיל זבין במקום אחר [משום קפידא דבעל] אבל למקבל מתנה לא שייך לומר כן.

ועכ"פ מבואר מדברי התו"ט דהוי ספק ממש ונתינת המעות להפסיד, ודלא כמש"כ האיה"ש.

(יב) ובעיקר דברי המל"מ הקשה האבנ"מ (צ' יט) דבירושלמי מפורש גבי נפלו לה משנתארסה ונישאת דלר"ג לא תמכור ולא תתן, אלמא גם נתינה אסורה. ותירץ ע"פ התו"ט דכל הסברא שמותר לתת הוא משום דהוי ספק, אבל אחר שנשאת הוי איסור ודאי [דהא אסור גם נכסים שנפלו לה קודם אירוסין, וגם ב"ש אוסרין - לפ"מ שנקטו תוס' ד"ה האשה, ועי' רע"א כת"י מתלמיד]. ובזה אסור אפי' מתנה.

(יג) בספר איה"ש העיר לפ"מ שאסור לכתחילה למכור גם באירוסין א"כ יהיה אסור לאשה לשחוט בהמותיה בזמן האירוסין דג"כ מפסדת לבעל, וזו לא שמענו.

ויש ליישב בפשיטות עפ"ד רש"י הנ"ל דכל האיסור הוא רק ללוקח ולא לאשה, וא"כ פשיטא שמותר לאשה לשחוט לעצמה ודו"ק.

(יד) אכן מדברי כמה ראשונים יש משמעות דלא כרש"י. עיין לשון הרשב"א ר"פ הכותב "דאילו באה לימלך אומרים לה אל תמכור", ומשמע שמוחין באשה עצמה. אך לפמש"כ האבנ"מ הנ"ל אות יב, אין ראייה מדברי הרשב"א דהוא מיירי בתר שנישאת. ובריטב"א יבמות ל"ח ב' כתב גבי ספיקא דיבמה שמוכרת לכתחילה "שאין ספק כדאי למחות בידה כלום", משמע דבדאי ארוסה מוחין בידה. וכנראה שהיא מחלוקת בין רש"י בע"ב לריטב"א הנ"ל.

(טו) בעיקר קושית תוס' מ"ש שומרת יבם מארוסה. כתב הנמוק"י דשאני ארוסה שהיא קנויה לו עד שנתחייב הבא עליה סקילה, הילכך זכה בה שאין לה למכור לכתחילה. אבל בשומרת יבם שהבא עליה אינו חייב אלא מלקות אימור ודאי דבזכותה נפלו הלכך מוכרת לכתחילה. ודבריו צ"ב דהרי זיקת נשואה עושה ספק נשואה. וצ"ל דהנמוק"י מיירי לגבי דין המוחזקות ולא לגבי דין הנשואין וצ"ב. ועי' בריטב"א כאן שכשהעתיק תירוץ התוס' כתב ג"כ דהוי סברא דהכא הוא חשיב מוחזק קצת ולכן לא תמכור.

דף עח ע"ב

(טז) בפלוגתא דר' יהודה ור' חנינא בן עקביא. שיטת רש"י ותוס' דפליגי בדעת האמרו לו, דלר' יהודה סברי דאף בנפלו לה מן האירוסין ומכרתן באירוסיה לא חיילא המכירה, ולר"ח ב"ע רק במכרה מן הנישואין מכרה בטל. [עי' בתוס' ד"ה

האשה וד"ה לא וד"ה לימא, ומבואר דס"ל דרבנן דאמרו לו אינם באים רק להקשות אלא באמת חולקים על ר"ג. וכן משמע ברש"י בעמוד א' ד"ה אלכתחילה, דרבנן "פליגי" ע"ש.

ודעת הרמב"ם והר"ף דפליגי בדעת ר"ג, דלר' יהודה סובר ר"ג דאף בנפלו מן הנשואין ומכרה מכרה קיים, ולר"ח ב"ע רק בנפלו מן האירוסין ונשאת מכרה קיים. [וע"ש ברי"ף שמסביר חדשים וישנים באופן אחר וכן בכל הסוגיא יש לו מהלך שונה מרש"י ותוס'].

והר"ן ר"פ הכותב כתב דרבנן דאמרו לו לא פליגי כלל ורק הקשו בתורת קושיא על דברי ב"ש וב"ה. [וציינו הגרע"א]. ומה שהקשו בתוד"ה לא, מהסוגיא בר"פ הכותב. תירץ הר"ן דמירי לגבי קרקע שנפלה אחר נישואין [והתוס' סברי דלא מהני סילוק ע"ז, ועי' בנידון זה ברשב"א ר"פ הכותב וברא"ש שם, ובשטמ"ק כאן העתיק דברי הרשב"א ומש"כ ע"ז הריב"ש ע"ש].

(ז) בגמ' ור"ח בן עקביא כב"ש. הקשה הגרע"א לפי רש"י בכת"י [שהביאו התוס' בעמוד א'] שכל האמרו לו מיירי לגבי נכסים שנפלו קודם שנתארסה ונתארסה, א"כ יתכן דסובר כב"ה, וכל מה שאמרו ב"ה שלכתחילה לא ימכור הוא דוקא בנפלו משנתארסה ונשאת. אבל בנפלו קודם אירוסין אפי' אם נשאת תמכור לכתחילה. [ובשלמא לשאר הפירושים דמירי בנפלו משנתארסה א"כ בזה שפיר מקשה דל"ה אפי' בשעת האירוסין עצמם לא תמכור וכ"ש אחר נשואין. אבל לשי' רש"י כת"י הרי י"ל דכל דברי ר"ח ב"ע רק על נכסים שנפלו קודם אירוסין ואי"ז שייך לפלוגתא דב"ש וב"ה]. ועי' בחזו"א (סי' ע"ו סק"א) מש"כ ליישב.

(ח) משניסת אלו ואלו מודים, לימא תנינן לתקנת אושא וכו'. בביאור דין תקנת אושא נחלקו הראשונים. דדעת הרא"ש (פרק רביעי סי' יז) דהבעל מוציא מיד הלקוחות אפי' גוף הקרקע אפי' בחייה. וכן דעת הרשב"א לעיל נ' א' והר"ן שם. אבל הרמב"ם (פכ"ב מאישות ה"ז) כתב דבחייה מוציא רק את הפירות (כדתנן במתניתין) אבל את הגוף אינו מוציא עד שתמות, והיינו דתקנת אושא היא רק לכשתמות דאז יזכה הלוקח בקרקע.

[והנ"מ מפלוגתא זו - דהרי הפירות בין כך של הבעל ומאי נ"מ של מי הגוף - , כתב החלקת מחוקק סי' צ' סקכ"ז דנ"מ אם הלוקח יכול לכתוב פרוזבול בחיי האשה על סמך קרקע זו. והב"ש סקל"ה כתב דנ"מ אם צריך להחזיר ללוקח את דמי הקרקע. וראה בחזו"א (סי' ע"ה סק"י) משה"ק ע"ז. וע"ש בב"ש בשם הב"ח והדרישה עוד נ"מ. וע"ע בסמ"ע חו"מ סי' רי"ב סק"ג].

והנה בפשטות גם להרא"ש דקונה הקרקע למפרע אי"ז אלא אם בסוף מתה האשה בחייו, אבל אם מת הבעל קודם, או שגירשה, דאז ליכא לתקנת אושא ממילא לא יזכה למפרע. וכן נקט בחזו"א (סי' ע"ה סק"ה וסק"י) דבחייו הוי ספק [ולפ"ז בפרוזבול גם להרא"ש הוי לכה"פ ספק פרוזבול, ואם תמות קודם אגלאי מילתא למפרע דלא הוי פרוזבול].

אולם יעוי' בב"ש (סי' צ' סקל"ט) שהקשה לשיטת הרא"ש למה אם מכרה האשה ואח"כ מת הבעל חלה המכירה, הרי הוי כמוכר שדה לאחר שיקנה אותה דהוי דשלב"ל, והחזו"א (סק"י) תמה ע"ז דאם מת הרי אגלאי מילתא למפרע דלא זכה מחיים, ומה הקשה הב"ש. ומדברי הב"ש מוכח דלמד דלבתר תקנת אושא זוכה בכל גווני. (ועי' משכ"ב במלואי חותם סי' צ' הערה 38).

ובקצה"ח (סי' ק"ג סק"ט), וכן באבנ"מ (סי' צ' סק"ג) מבאר בדעת הרא"ש שאינו זוכה בגוף הקרקע למפרע, אלא דאלמוהו לקנין הגוף לפירות שיהיה קנין הגוף, [והביא כן מדברי רש"י ב"ק פט]. ונמצא דגם להרא"ש יש לאשה את הגוף מחיים אלא דמ"מ לא מהניא מכירתה כמו באופן שנתן לבנו גוף מהיום ופירי לאחר מיתה ומכר הבן ומת ואח"כ מת האב דאין הלוקח זוכה. אכן אם מתה האשה קודם דהוי כמת האב בחיי הבן אז זוכה הלוקח בפירות כמו בקנין פירות לר' יוחנן. [וע"ש טעמא דמילתא לחלק בין מת הבן בחיי האב למת האב בחיי הבן בשם הרמב"ן. וע"ע ברע"א מהדו"ת סי' פח ובכר"ח ח"ב סי' י'].

אמנם הביא הקצה"ח דממש"כ תוס' דף נ' דלר' יוחנן אצטריך לתקנת אושא באופן שסילק עצמו מפירות מוכח דאף כשליכא פירות ישנה לתקנת אושא ודלא כרש"י הנ"ל, וע"ש.

ובאבנ"מ (סי' צ' סק"א) הביא מדברי השטמ"ק בסוגין בשם רבנו יונה דטעמא דתקנת אושא, משום דבלי התקנה לעולם תפקיע האשה את ירושת הבעל ע"י שתקנה הקרקע לאחד מן הקרובים שלה, ולכן הפקיעו חז"ל את המקח. וכתב דלפ"ז אי"ז שייך לתקנת הפירות.

(ט) והנה בקושית הגמ' לימא תנינן לתקנת אושא, יל"ע האם כוונת הגמ' לפרש את המשנה לגבי הנ"מ לאחר מיתה, או דסוברת הגמ' דתקנת אושא מהני גם להכי שלא תוכל האשה למכור את הפירות בחייו.

ובבית מאיר (סי' צ"ב ס"א) כתב דודאי תקנת אושא לא מהני לפירות, דאם מהני לפירות א"כ למה הוצרכו לומר דרב ושמואל [דאמרי בין נפלו עד שלא נתארסה בין נפלו משנתארסה וניסת מכרה בטל] ס"ל כרבתינו. נימא דס"ל כתקנת אושא ולכן אינו יכול למכור.

ובאמת קושיא זו תלויה בביאור דברי התוס' ד"ה לימא. דהנה התוס' הקשו דב"ק מוכח דתקנת אושא נוהגת גם בנפלו קודם נשואין, ולפ"ז הקשו איך שייך לומר דמתניתין כתקנת אושא, והרי במשנה מבואר דרק בנפלו משניסת המקח בטל. ותיצו דבלאו הכי משני שפיר. והמהרש"א הסתפק בכוונתם אם בב"ק לאו דוקא דשם בלא"ה משני שפיר. או דבסוגין לאו דוקא ובלא"ה משני שפיר. וע"ש בב"מ שנקט בפשיטות דבסוגין לאו דוקא והעיקר כסוגיא דב"ק דדין תקנת אושא הוא אפי' בנפלו קודם נשואין, ועפ"ז הקשה דנימא דרב ושמואל כתקנת אושא. [ועי' גם בחזו"א סי' ע"ו סק"ג שהאריך להוכיח כצד זה מהגמ' להלן צ"ה]. אמנם להצד השני של המהרש"א ל"ק קושית הבית מאיר [שהרי תקנת אושא אינה נוהגת בנכסים שנפלו בעודה ארוסה].

וע"ע בחזו"א (שם) שמצד לתרץ קושית תוס' דדין תקנת אושא תלוי בדינא דמתני' דמכירה לגבי פירות מחיים, דאם מכרה בטל לגבי פירות ה"ה דישנה לתקנת אושא לגבי הירושה, ואם מכרה קיים ה"ה דליכא לתקנת אושא. [ועי' מש"כ באות ג'] ולפ"ז י"ל דהסוגיא בדף צ"ה קיימא לבתר דק"ל כרבתינו. ולפ"ז ג"כ ל"ק קושית הבית מאיר.

(כ) ובעיקר הנידון, הנה לפי הסבר הקצה"ח - אות יח - דגדר תקנת אושא הוא דאלמוהו לשעבוד הפירות, א"כ מסתבר שזה ג"כ סיבה להפקיע את מכירת הפירות [עי' בזה באות ג']. אך לפמש"כ באות ה' אין הכרח לזה. אך לשאר ההסברים יש בזה מקום עיון. עוד יש להעיר בעיקר קושית הבית מאיר, דלפ"מ שנקט החזו"א - אות יח - דבחייה יש תמיד ספק אם ישנה לתקנת אושא, ומתלי תלי וקאי אם ימות הוא קודם או היא, א"כ א"א לפרש דטעמא דרב ושמואל משום תקנת אושא, דכיון דבחייה הוי ספק א"כ האשה מוחזקת ולא יוציא הבעל מיד הלקוחות.

כא) ר"ש חולק בין נכסים לנכסים וכו'. אמר ריב"ח ידועין מקרקעי שאינן ידועין מטלטלי. והקשו האחרונים [ע"י קרבן נתנאל אות א', ובאבני"מ סי' פד, ובאבי עזרי פכ"ב ה"ט"ז מאישות] דלפ"ז במטלטלין אין הבעל אוכל פירות, והרי להדיא שנינו להלן ע"י א' נפלו לה כספים ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ולא פליג ר"ש.

וכתב האבני"מ דמזה מוכח כדעת הראשונים הסוברים דבנכסים שאינם ידועים יש לבעל פירות, ולכן ילקח בהן קרקע [ואה"י שאם תמכור מכרה קיים]. וצ"ע מזה על הסוברים דבנכסים שאינן ידועים אין לבעל פירות. וביותר יש לתמוה על הקרבן נתנאל [שהוא פ"י על הרא"ש] שכתב ג"כ שהנ"מ לענין פירות, והרי הרא"ש עצמו סובר דאין הבעל אוכל פירות בנכסים שאינן ידועין.

והנה שיטת הרא"ה (בשטמ"ק) דר"ש קאי רק על נכסים שנפלו משעת אירוסין ולא על נפלו משנישאת, ולפ"ז י"ל דמתני' דלקמן מיירי בנפלו מן הנשואין. אולם כל הראשונים חלקו על הרא"ה. [ע"י בשטמ"ק בשם ר' יהונתן ותלמידי הרשב"א, וברמב"ם פכ"ב ה"ח].

והנה בשטמ"ק כתב בדעת רש"י דמטלטלין היינו דוקא בסתמא תלינן שאינם ידועים, אבל אם הם ידועים זוכה בהם. ולפ"ז ג"כ י"ל דמתני' דלקמן מיירי בנכסים ידועים.

עוד י"ל דכל משי"כ הראשונים דאין לה פירות זה רק אליבא דר' יוחנן, וכמבואר ברא"ש בשם הרמ"ה שהטעם שתקנו פירות משום פרקונה שאם ידע הבעל שיש לה כסף של עצמה לא ירצה לפדותה, ומשי"ה כל שאין ידוע לו דל"ש חשש זה לא תקנו פירות. אבל לדעת ריב"ח דא"י תלוי בידיעתו אלא דמטלטלין שאין עיקר סמיכות דעתו עליהם לא תקנו, י"ל דמה שלא תקנו הוא רק לענין דאם מכרה ונתנה קיים, דאין לו כ"כ קפידא ע"ז, אבל כ"ז שהם ברשותה מודו כו"ע דאוכל פירות.

דף עח ע"ב

כב) כל שיושבת כאן ונפלו לה נכסים במדינת הים. כתבו הראשונים [ע"י רשב"א ריטב"א ועוד] דלאו דוקא נפלו לה נכסים במדינה"י אלא כל שלא ידע הבעל לא זכה. אמנם בתוס' הרא"ש [וכ"ה בפסקי הרא"ש] כתב דמלשון רש"י משמע דתרת"י בעינן, שלא יהא מצפה לאותה ירושה, וגם שלא ידע הימנה כשנפלה. [הוכחת הרא"ש מרש"י ד"ה ידועין, וע"י בשטמ"ק שהקשה ע"ז דרש"י אזיל שם לריב"ח, ואילו הרא"ש קאי בדעת ר' יוחנן. ותירץ השטמ"ק דגם לריב"ח וגם לר' יוחנן היסוד הוא שלא ידע הבעל, ורק דבסתמא סובר ריב"ח דמטלטלין אינם ידועים ע"ש. אולם ברא"ה מפורש דלריב"ח אין נ"מ בין ידועין לבעל בפועל לאינם ידועין וכל מטלטלין אם מכרה ונתנה קיים].

והנה בפשטות סברת הרא"ש שבאופן שמצפה שיפלו מקרי ידועין דכל הזמן דעתו עליהם אע"פ שאינו ידוע שנפלו בפועל. אולם באמת א"י כוונת הרא"ש. דהרי בפסקי הרא"ש מבואר דבעינן שיהא מצפה בשעת נשואין, אבל אם בשעת נשואין לא היה מצפה ואח"כ נודע לו שיש נכסים שעתידין ליפול, ובעת שנפלו בפועל לא ידע - הוי נכסים שאינן ידועין [כך דקדק החזו"א מדברי הרא"ש ויבואר להלן]. ולסברא הנ"ל הרי הכל תלוי אם היה מצפה בשעת נפילה.

ולכן נראה דאם הוא מצפה בשעת נשואין תקנו לו חז"ל שיזכה בזה אפי' אם לא ידע בשעת נפילה כיון דאדעתא דהנך נכסים נשאה. אבל אם לא ידע דאז כל התקנה רק משום פרקונה בזה כל שלא ידע לא שייך תקנת פרקונה ולא תקנו שיזכה בזה [וכמו שכתב הרמ"ה המובא ברא"ש].

[ונראה דגם מסברת הרמ"ה הנ"ל מוכח דלא כמו שצדדנו לעיל לפרש דע"י המצפה מקרי נכסין ידועין, שהרי סברת הרמ"ה שסבור שיש לה כ"ס מלא מעות ולכן ימנע מלפדותה, לא שייך בכ"ה"ג שרק מצפה וסבור שעדיין לא נפלו הנכסים]. כג) ע"י היטב ברא"ש סי' א'. והנה בתחילה הסתפק הרא"ש בנכסים שאינן ידועין ונודע לבעל ואח"כ מכרתן, האם כיון שבתחילה לא היו ידועים חיילא מכירתה או דכיון שבזמן המכירה היו ידועין לא חיילא המכירה.

והביא הרא"ש ראיה מהא דהבעל אוכל פירות ממתנה שקיבלה אשתו. [הראיות לזה דאוכל ממתנה - ע"י בקרבן נתנאל ובחזו"א סי' ע"ו סק"ד, וע"י בשו"ע אבהע"ז סי' פ"ה ס"ז ובביאור הגר"א]. וה"ה דאינה יכולה למכור. ודחה הרא"ש דיש לחלק בין אכילת פירות למכירה.

ומשמע מדברי הרא"ש דבנכסים שאינם ידועים אין הבעל אוכל פירות [ובמתנה ג"כ אינו אוכל עד שידע], וכן מבואר בסוף דברי הרא"ש בשם הרמ"ה דאין הבעל אוכל פירות בנכסים שאינם ידועים. אכן בחזו"א מבואר דלא כן, ע"ש (סי' ע"ו סק"ד) שהקשה דאם אין הבעל זוכה בפירות לעולם, א"כ למה לכתחילה לא תמכור, הרי אין הבעל מפסיד כלום, ולכן כתב דלפי הך צד דגם אחר שנודעו לבעל מקרי נכסים שאינם ידועין באמת מוכח שאוכל פירות, ומשי"כ הרא"ש בשם הרמ"ה דאין אוכל פירות הוא רק לפ"מ דמסיק דכשנודעו הרי הם של הבעל. ודבריו צ"ע לכאן, דא"כ מה הוכיח הרא"ש ממה שיש לבעל פירות במתנה שקיבלה אשתו, הרי גם בנכסים שאינם ידועים יש לבעל פירות להך צד. ובעיקר קו' החזו"א למה אסור למכור, י"ל דהרא"ש לשיטתו [בתוס' הרא"ש דף פ"ג ב'] דגם כשאין לבעל פירות אין האשה יכולה למכור משום רוח ביתא, וכן כדי שתורישנו לבניו, ע"ש. [אבל אין לתרץ דאסור למכור כדי שהוא ירשנה, דמתני' מיירי לגבי תקנת פירות, ולא לענין תקנת אושא כמבואר בגמ'].

כד) וכתב הרא"ש להוכיח מהלשון "אינן ידועין" דבעינן שגם בשעת המכירה אינן ידועין. ואע"ג דמפרש בגמ' שאינן ידועין "שנפלו לה ממדנה"י", דמשמע שתלוי בשעת נפילה [מדלא קאמר "יש לה נכסים במדינת הים" - חזו"א]. תירץ הרא"ש דתרווייהו בעינן, שלא יהא הבעל מצפה שיפלו אותן הנכסים, וגם שלא נודע לו בין נפילה למכירה. והוסיף הרא"ש דכן מוכח ממה דתשלומי חבלה ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ואין לך נכסים שאין ידועין יותר מחבלה ע"ש.

והנה יל"ע במשי"כ הרא"ש להסתפק בנכסים שאין ידועין ונודע אח"כ דמ"מ מקרי אינם ידועין, האם הידיעה תלויה בשעת הנשואין או בשעת הנפילה. ובחזו"א (סי' עו סק"ד) הקשה סתירה בד' הרא"ש. דמשי"כ להביא ראיה מחבלה, מוכח דהדבר תלוי בנשואין, דא"כ דלמא ראה שחבלו בה והוי נכסים ידועין מלכתחילה. וכן לשון הרא"ש "ולא נתברר שהיו של אביה עד אחר נשואין של זה", משמע דתלוי בנשואין. [וע"י אות כב.] ואילו ממה שדייק הרא"ש מלשון הגמ' "שנפלו ממדינת הים" משמע דסובר שהדבר תלוי בשעת נפילה ולא בשעת נשואין. וכן לשון הרא"ש "דבשעת מתנה לא ידע הבעל" [ולכאן יש להוכיח עוד ממש"כ בק"י וחזו"א דהמקור של הרא"ש דבמתנה אוכל הבעל פירות הוא ממתנת הבעל, והרי שם ידע הבעל בשעת הנתינה, ובע"כ דכיון שאינם ידועים בשעת הנשואין מקרי אינם ידועין. ואמנם לשון הרא"ש "בשעת מתנה" הוא תימה לפ"ז].

[ולענ"ד י"ל דבתחילה סבר הרא"ש דהכל תלוי בשעת נפילה, דאז נקבעת הבעלות בנכסים. ולכן כתב הרא"ש "בשעת מתנה, - ולפ"ז בע"כ המקור שבמתנה הבעל אוכל פירות אינו ממתנת הבעל, אלא מהגמ' בקדושין כ"ג שציין החזו"א -

והגר"א סי' פ"ה סק"ד - אבל לפי דמסיק הרא"ש דתלוי בדיעת הבעל, אי"כ אי"ז תלוי בשעת נפילת הנכסים, אלא בשעת נשואין ובשעת מכירה, ומהטעם שנתבאר באות כ"ב וקצרת].

כה) כתב הרא"ש בשם הרמ"ה דטעמא דאין ידועין - משום דפירות נתקנו תחת פרקונה שלא יאמר הבעל כיסא נקיטא לה תיזיל ותפרוק איהי נפשא. והך טעמא ל"ש בנכסים שאינם ידועים ע"ש, ומבואר דבנכסים שאינם ידועים אין הבעל אוכל פירות. ולפי"ז צ"ע למה לכתחילה לא תמכור, והרי הפירות בין כך אינם של הבעל, ולגבי אחר מיתה הרי המשנה לא איירי בזה אלא בחייה ולפירות.

והנה הר"ן הסתפק בנכסים שאינם ידועין האם הבעל יורשה, והוכיח ממה שאסור למכור לכתחילה דאם לא מכרה הבעל יורשה, דאם אינו יורשה למה לא תמכור. וא"כ מבואר דהא דלכתחילה לא תמכור הוא כדי שיהיה בזה ירושה, וכך י"ל בדעת הרא"ש. אלא דהאחרונים [ע"י בהפלאה סי' צ סק"ז ובחזו"א סי' עו] הקשו כדלעיל שהמשנה איירי קודם תקנת אושא, וא"כ יכולה למכור לכתחילה. ובחזו"א (סק"ז) כתב לבאר, דעיקר מה שאסור למכור הוא כדי שישארו לבעל הפירות לכשיודע לו. אלא דדבר זה תלוי, דאם נשאר לבעל זכות בפירות, הרי היא חייבת להודיעו, ולכן אסור למכור, וא"כ ה"ה דיש בזה ירושה, אבל אם לא היה בזה ירושה, והיינו דנסתלק זכותו לגמרי, אי"כ ה"ה דא"צ להודיעו וא"כ שרי למכור. ותירוץ זה י"ל לדעת הרא"ש. [וע"י אות כג תירוץ נוסף בדעת הרא"ש ע"פ דבריו בתוס' הרא"ש דף פ"ג.] עוד יש ליישב בפשיטות לדעת הרא"ש, דברא"ש מוכח דנהי דאין לבעל פירות, מ"מ יש לו פירי פירות [ע"י בדבריו בסי' ב' דבמברחת אם לא היה זוכה המקבל היה הבעל נהנה מהפירות דימכרו וילקח בהן קרקע כמו בנכסים שאינם ידועים. ושם דמי לקודם שנודע ודו"ק. וכ"כ בהפלאה בקו"א סי' צ' סק"ז], ומש"ה לא תמכור משום הפירי פירות. ומדברי הר"ן שלא תירץ כן לכאוף מוכח דאף פירי פירות אין לו.

ודעת הרמב"ן להלן ע"ט א' דיש לבעל פירות בנכסים שאינם ידועים, ורק אם מכרה ונתנה אז נפקע מהבעל. [הו"ד באבנ"מ סי' פ"ד סק"א, ובהפלאה סי' צ' סק"ה] וע"י בהפלאה שמדייק כן גם מדברי הרשב"א בתשובה (ח"ב סי' שז) מובא בב"י סי' צ'.

ולענין ירושה בנכסים שאינם ידועים, הנה לדעת הרמב"ן ודאי דיש ירושה, ולדעת הר"ן אע"פ שאין פירות מ"מ יש ירושה כמש"כ הר"ן בפירוש, אך ע"י בהפלאה (סי' צ' סק"ז) שר"ל בדעת הרא"ש שאין לבעל ירושה, ע"ש.

כו) ההיא איתתא דבעיא דתברחינהו לנכסה. כתב רש"י שהודיעה לעדים שאי"ז מתנה. והקשו תוס' א"כ אמאי פליגי רב ענן ורבא, פשיטא דלא קנתה. ובקרבן נתנאל תירץ דאינהו ס"ל דאם לא קנה - הבעל אוכל פירות, וממילא איכא אומדנא שכיון שרצונה להבריה יזכה הלוקח [וכסברת ר"ת בתוס' לקמן עט א']. והרא"ש הקשה דאי איכא עדים למה רצה רבא לחלק בין בריתא לאחרני. וע"י בבית יעקב שמיישב דמירי בלי תנאי כפול, והילכך כל שאין אומדנא ברורה לא מהני התנאי. עוד הקשה הרא"ש והראשונים דבב"ב קנא. מבואר דכשיש גלוי דעת לכוי"ע לא קנה, ואם אין גלוי דעת ג"כ מסקינן דהוי שטר מברחת [והר"ן הוסיף דאם יש גלוי דעת למה פליג רב ענן]. וע"י בבית יעקב משי"כ ליישב דברתא שאני, ע"ש בארוכה.

עוד הקשה הרא"ש על רש"י דאם בעינן עדים איך מועלת עדותן כשכת"י יוצא ממק"א הרי לא אתי ע"פ ומרע לשטרא. והנה לשון זה נזכר בב"ב (מ"ט א') לגבי מודעא, וע"י בהפלאה שהקשה דלעיל י"ט ב' סובר ר"נ עצמו [דהוא מרא דשמעתתא] דבמודעא אין נאמנים אפי' באין כת"י יוצא ממק"א, וא"כ הו"ל להרא"ש להקשות אפי' באין כת"י יוצא ממק"א. ותיירץ דהרא"ש מדמה סוגיתנו לתנאי ולא למודעא [וע"י ברא"ש שאם מתה האשה זוכה הלוקח, (ויבואר להלן), וא"כ דמי לתנאי]. אלא דא"כ צ"ע מה הקשה הרא"ש, הרי הוא פוסק דבתנאי נאמנים אפי' בכת"י יוצא ממק"א. [ע"י בש"ך סי' כט סק"ב בדעת הרא"ש] וצ"ל דהרא"ש מקשה לפי דעת רש"י דהוא סובר דכת"י יוצא ממק"א אינם נאמנים בתנאי.

והחזו"א (סי' עו סק"א) מבאר דתנאי דהכא גרע מתנאי רגיל, דכיון דביד הנותן לבטל התנאי בכל שעה זה חשיב מרע לשטרא לגמרי שאין לשון השטר סובל תנאי כזה כלל.

ובהג"א כתב "דהיכא דאמרה כן בשעת כתיבת השטר לא שייך למימר לא אתי ע"פ ומרע לשטרא". וע"י ביאור דבריו בחזו"א שם.

דף עט ע"א

כז) בדין שטר מברחת מבואר בגמ' שיש שני אופנים. א) בכל הנכסים [ואפי' בלא גלוי דעת - [לשיטת תוס']. ב) במקצת נכסים באומרת מהיום ולכשארצה. והנה הרא"ש סי' ב' כתב במברחת כל הנכסים דבאמת יש אופנים שחלה המתנה, והיינו דאם מתה האשה אזי זוכה המקבל מתנה, דאל"כ יזכה בהן הבעל והרי איכא אומדנא שרוצה להבריה הימנו. [ומשמע ברא"ש דעל הירושה לא מהניא סברת נכסים שאינם ידועים, משום דאיכא ירושה גם בנכסים שאינם ידועים כמשנ"ת באות כה. אכן יעוי' בהפלאה בקו"א סי' צ' סק"ז שפירש דברי הרא"ש בכמה אופנים אחרים.] עוד כתב דגם בחייה אוכל הלוקח פירות דיש אומדנא שרצונה בכך כדי שלא יזכה בהן הבעל וגם כדי שהלוקח יעבוד בקרקע. ובפשטות הכוונה שיש ללוקח קנין גמור בפירות דאפי' אם ימות הבעל קודם [דאז בטלה המתנה כמש"כ הרא"ש] מ"מ היה ללוקח גוף לפירות עד שימות הבעל.

והקשה האבנ"מ (סי' צ' סק"ח) דהרא"ש בפרק מי שמת (סי' ל') הביא מחלוקת אם מברחת לא קנה דוקא אחר מיתת הבעל ואחר גירושין, או דאפי' בחי הבעל לא קנה. והוכיח הרא"ש מסוגיתנו כצד השני מדפריך בגמ' אי דלא קנינהו לוקח לקנינהו בעל, ואם כבר קנאם הלוקח א"כ שפיר לא יטלם הבעל. וצ"ע דהרי בסוגיתנו כתב הרא"ש דהלוקח קנה את הפירות. ובע"כ צ"ל דסובר הרא"ש שהלוקח קונה על תנאי והיא יכולה לחזור בה, ומש"ה אפי' בחייו יכולה להוציא מהלוקח. ומעתה צ"ע שוב מה הקשתה הגמ' לקנינהו בעל, הרי אם היא לא חוזרת בה אין הנכסים שלה. [וביותר קשה, שהרי לגבי ירושה משמע מהרא"ש דמהני ההקנאה בתנאי להפקיע מן הבעל, וא"כ ה"ה לפירות נמי ינהיג.]

כח) ותיירץ האבנ"מ דקושית הגמ' היא דאם חזרה בה יזכה הבעל בפירות דמכאן ולהבא, דהשתא הוי נכסים ידועים, ותיירצה הגמ' דיש תקנה דרבנן דאפי' אחר חזרה יש לזה דין נכסים שאינם ידועים. [וכן פירש הרא"ה דקושית הגמ' על אחר חזרה, ודלא כב"ש סי' צ' סק"א דאחר חזרה הוי נכסים ידועים ושייך לבעל.]

והחזו"א (סי' עו סק"ה) כתב דקושית הגמ' באופן שמכרה ונתנה לאחר, דאז בטלה המתנה של הגוף למפרע והיה בדין שיזכה הבעל למפרע בגוף, ולא יקנה הלוקח, ומשני דזה הוי נכסים שאינם ידועים ולכן מהני מכירתה. ואע"ג דכשמכרה



שוב אין ספק והוא מכאן ולהבא נכסים ידועים, תירץ החזו"א בתרי אנפי. (א) דמיירי שלא נודע לבעל עד אחר מכירה. (ב) דכיון שעד שחלה המכירה בפועל היה ספק מקרי נכסים שאינם ידועים, ובאין כאחת עם המכירה התברר הספק ונהיה נכסים ידועים, יש למכירה דין מכירת נכסים שאינם ידועים. ולפי"ז מוכח אם חזרה בה סתם דהנכסים של הבעל וכדעת הב"ש, דמכאן ולהבא הוא נכסים ידועים.

ובנתיבות (סי' צ"ט סק"א) משמע דהא דפריך דנקנינהו בעל, היינו דכיון שיש לאשה אפשרות לחזור - עדיין לא יצאו מרשות האשה ויש לבעל זכות בזה [וה"ה דבעי"ח יכול לגבות]. ונראה דהגדר דאי"ז תנאי בעלמא [דאי"כ למה יוכל הבע"ח לגבות הרי כ"ז שלא נתקיים התנאי אי"ז שלה] אלא הוא "זכות חזרה", ויכול הבע"ח לתבוע זכות זו של האשה וכן הבעל יש לו זכות בזה. [ורק כיון דהוא נכסים שאינם ידועים לא זכה].

אלא דצ"ע אי"כ למה לגבי ירושה מהני מכירה בתנאי להפקיע את הבעל. ויש לחלק דירושה אי"ז זכות תביעה, אלא מילתא דממילא, ואי"כ כל זמן שאין לאשה בעלות בפועל אין לו מה לרשת. [ואפי"ו אם הוא לוקח י"ל כן].

(כט) ולגבי כותבת מהיום לכשארצה לא פירש הרא"ש איך הדין, ובב"ש (סקל"ג) נקט דאם מתה ולא חזרה בה זוכה המקבל, דרך בנותנת כל נכסיה בסתמא דאתין עלה מדיני אומדנא - בזה אמרין דאם מתה יש אומדנא שיתבטל המקח. אבל כשאמרה בפירוש מהיום לכשארצה הכל תלוי בחזרה בפועל וכל שלא חזרה בה ה"ז של הלוקח. אמנם בטור מפורש דהדין במהיום לכשארצה שוה למברחת כל נכסיה בסתמא, והניחו הב"ש בצ"ע. ועי' באבנ"מ סק"ט, ובחזו"א (סי' עו סק"ה) שדעת הטור דגם בשטר דמהיום ולכשארצה דיינינן ליה באומדנא כשטר מברחת ע"ש. ולפי"ז קושית הגמ' ולקנינהו בעל הוא בין במברחת ובין במהיום ולכשארצה ומהטעמים שנתבאר באות כח.

(ל) ושיטת רש"י, עי' באבנ"מ (סק"ז) דבשטר מברחת אין ללוקח קנין כלל, דעי' ברש"י בד"ה ואי שמפרש דקושית הגמ' שתהיה לבעל ירושה ושיאכל הבעל פירות, ומבואר דאין הקנאה ללוקח כלל. [וע"ש שהקשה ממש"כ רש"י ד"ה הא בכולה "דלא שיירה מידי לנפשה אם תתגרש", ומשמע דבחייה מוכה את הפירות ללוקח, ואי"כ איך פירש דנקנינהו בעל גם לפירות. ותירץ דבתר דאינה מקנה לגמרי משום דאחר גירושין אין לה כלום, ממילא נחתא לאברוחי וכיון שכן אינה מקנה כלל, ע"ש היטב].

והנה רש"י פירש דקושית הגמ' לקנינהו בעל קאי רק לשמואל, וביאר הריטב"א דאילו באומרת מהיום ולכשארצה לא קשה דאם יבוא הבעל לגבות תאמר שמקיימת את המתנה ואם יבוא הלוקח תאמר שמבטלת. [ולפי"ז לכא"ו אם יכתבו הרשאה יוכלו להוציא מן האשה דממ"י הוא של אחד מהם. ועי' בחזו"א (סק"ד) שכתב דאין הבעל זוכה כלל בתורת ודאי משום דהוא נכסים שאינם ידועים, וי"ל דכ"ז למסקנא, אך מ"מ לא יכלה הגמ' להקשות דלקנינהו בעל דהיה אפשר לתרץ דהוא ספק מי זכה ודוחה מספק הן את הבעל והן את הלוקח].

והנה רש"י פירש דקושית הגמ' גם על ירושה, ולפי"ז תירוצו הגמ' דהוא נכסים שאינם ידועים קאי גם על ירושה, ומוכח דאין ירושה בנכסים שאינם ידועים. [כ"כ האבנ"מ סק"י. ועי' אות כה]. עוד כתב האבנ"מ לבאר תירוצו הגמ' לשיטת רש"י באופן אחר, דהבעל חייב לתת ליורשי האשה מדין מצוה לקיים דברי המת, שכיון שהאשה מסרה ללוקח ויש אומדנא שרוצה לזכות ליורשיה, הוי כמי שהשליש נכסים לתתם לפלוני דיש בזה משום מצוה לקיים דברי המת. אלא דבהו"א דסברה דהוא נכסים ידועים, ממילא איכא לתקנת אושא והבעל כלוקח, וללוקח אין מצוה לקיים דברי המת. אבל לפי התירוצו דאין לבעל פירות משום דהוא נכסים שאינם ידועים, תו ל"ש תקנת אושא [כמשנ"ת באות יח בשיטת רש"י דיסוד תקנת אושא הוא דאלמוהו לקנין הפירות, וכשאין פירות ל"ש ד"ז]. ועי' באחיעזר ח"ג סי' ל"ה שהעיר דכיון דאסור לאשה למכור לכתחילה אף נכסים שאינם ידועים, י"ל דמאותו טעם אין הבעל חייב לקיים דבריה מדין מצוה לקיים דברי המת ע"ש.

(לא) שיטת הרמב"ם. עי' בדבריו פ"ו מזכיה ה"ב יג, גבי מברחת כל הנכסים דאם נתגרשה או מתה מתנתה בטלה. ואם מתה היא קנה המקבל את הכל. ולגבי פירות מחיים כתב בה"י שאינו מחזיר את הפירות שאכל כבר אפי"ו אם מת הבעל. ומשמע מדברי הרמב"ם דהוא כמתנה ע"מ להחזיר. [ועי' בסמ"ע סי' רמ"ו סק"ג ובגליון הגרע"א שם]. ובפרק כ"ב מאישות ה"ט כתב ד"ז והוסיף: ולא עוד אלא אפי' נתנה מקצת נכסיה או כולם קודם נשואיה וכתבה למקבל קנה מהיום ולכשארצה שהרי לא קנה קנין גמור עד שתגרשה, אין הבעל אוכל פירות אותה מתנה ואם מתה אינו יורשה. ובפשטות משמע דבמהיום ולכשארצה אם מתה אין שייך ללוקח אלא יורשיה של האשה זוכין. [ולא דמי למברחת כל הנכסים שבה כתב הרמב"ם שאם מתה זוכה הלוקח].

ועי' בר"ן שמבאר דברי הרמב"ם שבמברחת אזלינן בתר אומדנא ודעתה להקנות הפירות עד מיתה ללוקח, אבל באומרת מהיום לכשארצה תלוי רק בתנאה ואין הגוף לפירות עד המיתה שייך ללוקח [וממ"מ אי אכל א"צ לשלם שיש מחילה על כל אכילה לעצמה והוא כמכרה פירות שאינם ידועים. ועיין ברמב"ן שסובר דכל נכסים שאין ידועין יש לבעל פירות, אלא שהמברחת מועלת שכשיאכל הלוקח הוי כמכרה ונתנה]. ואם מתה ולא אמרה שרוצה לא נתקיים התנאי [דדעת הרמב"ם דהתנאי הוא "לכשארצה" ולא "לכשלא אמחה", ועי' ברשב"א שהאריך שהוא מחלוקת ראשונים] ולכן אין הלוקח זוכה. אלא דהתקשה הר"ן למה יזכו יורשי האשה ולא הבעל. וע"ש שנדחק דכיון דרצון האשה להבריש הרי זה כאילו מזכה ע"י הלוקח ליורשיה וזה מהני להפקיע ירושת הבעל דרבנן.

[ובאגרי"מ אבן העזר סי' קד כתב בדעת הרמב"ם שגדר הדין של נכסים שאינם ידועים - דתקנו חז"ל שיזכה רק כשיש לו כוונת קנין כמו בכל קנין, וכדמשמע קצת מתוס' ב"מ צ"ו ב' ד"ה אמר. ולפי"ז י"ל דבאין ידועין יורש משום דכשמתה מתכוון לרשת כל נכסיה, וממילא נכלל בזה נכסים שאינם ידועים. משא"כ במברחת שיודע שקיימת קרקע מסוימת זו וסבור שהיא מוברחת ממנו, ולפי דעתו א"א לו ליורשה, לא שייך בזה כוונה. ועפ"ז מיושבת גם שיטת רש"י - עי' אות לא - למה מברחת דהוא נכסים שאינם ידועים הוי סיבה שלא יירש, דכיון שלא מתכוון לזכות לא קנה.]

וכתב הר"ן דלדעת הרמב"ם אין קושית הגמ' "ולקנינהו בעל" ממברחת כל נכסיה, דשם הוי קנין גמור ללוקח, אלא קושית הגמ' מאומרת מהיום לכשארצה ומתה, דאז בטל הקנין למפרע ואי"כ יזכה הבעל, וע"ז משני דהוא נכסים שאין ידועים וכנ"ל דכוונתה להקנות ליורשיו. [וצ"ע דאי"כ אי"ז שייך לדין נכסים שאינם ידועים אלא סברא בפני"ע שמפקעת ירושה דרבנן, ועי' בחזו"א (עו ז') שגם לדעת הרמב"ם אפשר לפרש קושית הגמ' במכרה ומתה, ולפי"ז אי"ש תירוצו הגמ', אך הר"ן לא פירש כן וצ"ע.]

(לב) דעת הר"ן דבמברחת אם מתה זוכה הלוקח, ובמהיום לכשארצה אם מתה כיון דלא נתרצתה ולא התקיים התנאי יורש הבעל. וקושית הגמ' "ולקנינהו בעל" הוא במכרה מחיים או בנתנה מתנת שכ"מ מחיים. [מבואר בר"ן דמתנת שכ"מ

מהני בנכסים שאין ידועין אע"פ שאסור לכתחילה למכור, ועי' במל"מ פ"ט הכ"ב מזכיה חלוקי דינים באיזה אופן מהני מתנת שכ"מ באיסור ובאיזה לא, ועי' אחיעזר ח"ג סי' לה.

והביא הר"ן דיי"מ שגם במברחת שמתה הבעל יורשה. ובתוס' ר"ד כתב דבין במברחת ובין במהיום ולכשארצה אם מתה יורשי האשה [ולא הבעל] יורשין אותה וצריך לבאר בזה כהביאורים דלעיל אות לא.

לג) סכום השיטות: במברחת כל הנכסים לגבי פירות מחיים שיטת רש"י ושלטי גבורים ששייכים לאשה [דלוקח לא קנה והוי נכסים שאין ידועים] ושיטת הרא"ש הר"ן והרמב"ם דיש ללוקח קנין גוף לפירות. ולגבי לחזור מהמכירה (אם לא נימא כרש"י) דעת הרא"ש בב"ב שחזור וכ"כ הרשב"א, אכן הביא הרא"ש דיש שסברו שא"א לחזור וכ"מ ברמב"ם. לגבי ירושה לדעת רש"י הרמב"ם והר"ן אין הבעל יורשה, ולדעת רש"י שייד לירשיה וכ"ד השלטי גבורים ועי' אות ל'. ולדעת הר"ן והרמב"ם שייד ללוקח. ויי"מ בר"ן דהבעל יורשה.

באומרת מהיום ולכשארצה. לגבי פירות מחיים. לדעת רש"י עי' אות ל. ולדעת הרא"ש [כפי מש"כ הטור] שייד ללוקח גוף לפירות. ולדעת הר"ן אין לו גוף לפירות אבל כל פרי שאכל הלוקח יש עליו מחילה. [ונ"מ בין הרא"ש לר"ן אם יכול הלוקח למכור לאחר גוף לפירות]. לגבי חזרה לדעת הרא"ש [כפי מש"כ הטור] מהני חזרה ולדעת הר"ן והרמב"ם לא מהני. לגבי ירושה שיטת הרמב"ם שירשי האשה יורשין אותה (כ"כ הר"ן בדעת הרמב"ם, ועי' חזו"א סי' עו סק"ח שמפקפק בזה). ושיטת הר"ן שהבעל יורשה. ושיטת הרא"ש [כפ"מ שכתב הטור] דהלוקח זוכה. [ועי' מש"כ בזה באות כט].

לד) תודיה עשאו, הביאו דעת ר"ת דבאופן שא"א להברית א"כ יחול הקנין חל הקנין. ועי' ברא"ש שחולק ע"ז ואכמ"ל. ועי' בדברי חיים (דיני כתובה סי' כב). [ויסוד מחלוקתם תלוי בפשט קושית הגמ' ונקניניהו בעל, האם באמת קושית הגמ' שיקנה הבעל. או דקושית הגמ' דמאחר ואם לא תחול המכירה יקנה הבעל לכן דעתה שתחול המכירה ויקנה הלוקח].

לה) באבני"מ (סי' צ' סק"א) הקשה עמש"כ הר"ן דבנכסים שאין ידועין לכתחילה לא תמכור משום הירושה, ואם מכרה ונתנה קיים, דלמה לא תתבטל המכירה משום תקנת אושא. [דהרי הטעם שאין לבעל בנכסים שאין ידועין כתב הרא"ש בשם הרמ"ה דהוי סברא מסוימת בדין פרקונה. אבל לגבי תקנת אושא שפי' רבנו יונה לעיל ע"ח שהטעם כדי שלא תברח מבעלה ל"ש דין זה. והוכיח מזה האבני"מ דיסוד תקנת אושא הוא דאלמוהו לשעבוד הפירות - עי' אות יח - וממילא כשאין פירות אין תקנת אושא.

ויש לדון בקושית האבני"מ בכמה אנפי. א) ע"פ סברת החזו"א - אות יט - דתקנת אושא נתקנה רק במקום שיש פירות. ב) ע"פ סברת האגרי"מ - אות לא - דהטעם שלא זוכה הבעל בירושה משום דחסר בכוונת קנין.

והנה יעוי' ברשב"א שכתב דאם נתנו לה מתנה או שמצאה מציאה ונתנתן או שמכרתן קודם שנודע לו, שמכירתה קיימת דלא גרע מנפלו נכסים במדינת הים. והנה מציאת האשה שייכת לגמרי לבעלה משום איבה, ומ"מ מבואר דשייד בזה דין נכסים שאינם ידועין, ולכאוי' זה דלא כרמ"ה הנ"ל שכתב דהטעם שייד רק לגבי נכסי מלוג. [ויי"ל דהטעם כמש"כ האגרי"מ].

אכן בחזו"א (סי' ע"ז סק"ג) נדחק דכוונת הרשב"א על מה שמצאה קודם נשואין שיש לזה דין נכסי מלוג, ע"ש.

לו) במשנה נפלו לה כספים ילקח בהן קרקע וכו'. ופרש"י שלא תקנו לו חכמים תחת פרקונה אלא פירות. ולכאוי' שפת יתר הוא, דפשיטא דלא תקנו אלא פירות. והנה התוס' ר"ד כתב דהחידוש הוא שלא יעשה עיסקא בכספים שמא יכלו. ובפנ"י כתב לפרש בדרך זו גם את דברי רש"י, דכוונתו דאע"ג דעיסקא עדיפא לבעל משום דאפשר להרויח בה יותר, מ"מ "לא תקנו אלא פירות" ואין לו זכות לגרום חשש הפסד בקרן של האשה. ואזיל רש"י לשטתו להלן ד"ה ארעא, דגם לאשה יש זכות לעכב שלא יקח דבר שכלה והולך. [ועי"ש שכתב שהרא"ש חולק ע"ז, וצ"ב דהרא"ש מיירי לגבי ירשה דבר שכלה קצת, אבל כאן עסקינן לקנות דבר שכלה, ולא דמו זל"ז כמש"כ התוס'].

ובעיקר חידוש המשנה שיש לו זכות ליטול הכספים ולקנות בהם קרקע, עי' בבית יעקב (צ"ב א') שיש לבעל ב' זכויות בנכסי אשתו, א) שאם צמחו פירות הם שלו. ב) שיש לו שעבוד שיעמידו את הנכסים במצב שיצמיחו פירות. ועי"ש שאם אמר דין ודברים אין לי בנכסיו אין לו את הזכות השניה, אבל מ"מ פירותיהן שלו מהזכות הראשונה הנ"ל. והנה נהי דמבואר שאסור לו לעשות עיסקא בכספים אלא ילקח קרקע והוא אוכל פירות, מ"מ כתב הב"ש (סי' פה סק"ב) דיכול למכור את הפירות ובדמיהם לעשות עיסקא. ועי' בבית יעקב שם שכתב דאם עושה כן הרי קרן העיסקא נהיה של האשה, ורק רווחי העיסקא הם של הבעל. דאע"פ שגוף העיסקא היא כבר מפירות, מ"מ הא כתב הב"ש סק"ל"ח בדעת הרי"ף שאם קונה קרקע בפירות הקרקע שייכת לאשה. [ויבואר להלן בעז"ה]. וא"כ י"ל דה"ה כאן המעות של האשה.

לז) פירות המחוברים בקרקע שמין וכו'. כתב התוס' ר"ד דפירוש דברי ר"מ דהפירות שגדלו עד הנישואין הם של האשה ומה שיגדל מכאן ולהבא הוא של הבעל. אכן בהפלאה כתב דנראה פשוט שגם מה שיגדל מכאן ולהבא הוא של האשה, דהוי כדיקלא ואלים שהכל הוא אותו חפצא ושייד לאשה. ולכן מפרש דבאמת כל הפרי בשלימותו של האשה, והשומא היא רק לברר כמה הפסיד הבעל בכך שנתן לצמוח בשדהו פירות של האשה ולא את פירותיו. [ובלשון רש"י שכתב "מה שגדל ברשותו הוי פירות", י"ל דאיי"ז סתירה להפלאה, דכוונתו אם גדל מתחילה ברשותו. אכן ממש"כ רש"י "מה שדמי

הקרקע יקרים □ עכשיו □ בשביל תבואה זו צריך ליתן לה דמים", משמע דרק התבואה □ דעכשיו □ של האשה ולא מה שיוסיף לגדול. ובדו"ח להלן פ' ב' משמע דאף את מה שהקרקע שוה היום יותר מחמת שעתידין הפירות לצמוח הוי ג"כ של הבעל, ורק השווי של הקרקע היום בלא אפשרות שיגדל אח"כ הוא של האשה.

לח) וחכמים אומרים המחוברים לקרקע שלו. כתב רש"י דף פ"ב א' "והני נמי פירי נינהו דגמרי ברשותיה". משמע דכיון שיש גמר ברשותו לכן מקרי הכל פירי. אכן הרא"ש כתב בשם רבנו יונה דאפי' אם גמרו לגדול קודם נשואין הרי הן שלו, ואע"ג דק"ל העומד לגדור כגדור דמי, שאני הכא דאכילת פירות תקנת חכמים. וכן תקנו פירות הנלקטים בעודה תחתיו שלו. [ועי' בהשגות הראב"ד על הרי"ף שסובר ג"כ כר' יונה, והקשה למה ביציאתה המחוברין שנגמרו שלה, ומ"ש מבע"ח שאינו גובה מפירות גמורין. ותיירץ דשאני התם שהקרקע של בעל הפירות זוכה בהן ע"י הקרקע. אבל בבעל בנכסי אשתו זוכה בנכסים רק ע"י תלישתו כיון דאין הקרקע שלו. וצ"ב דזה טעם על יציאתה, אבל לא על כניסתה. ודוח"ל דבאמת בכניסתה הפירות הגמורין שלה, דבמשנה משמע דיציאה וכניסה שוין]. אכן הריטב"א (בע"ב) כתב דעומד ליתלש כתלוש דמי והוי תמיד כפירות תלושים, וכ"נ בדעת רש"י כדלעיל.

לט) ובביאור פלוגת ר"מ ורבנן. יעוי' בתוס' ד"ה כללא שהשוו דין פירות המחבורים לפיר של גפרית ומחפורת של צריך דפליגי בזה ר"מ ורבנן להלן בעי"ב. ועיי' ברש"י שמפרש דהנידון בפיר וצריך, משום דהוי שויר פורתא, שנשאר רק מעט מן הקרן ודמי לשחקין של גלימא ע"ש. ולכאוי' הך סברא לא שייכא הכא. ובאמת בהפלאה כתב לחלק בין הנידונים, דבפירות הסיבה שלר"מ הפירות הם קרן, משום דאחר שצמחו הפירות כבר אינם "פירות השדה" והם קרן לעצמם, ורק העתידין לצמוח נקראים פירות השדה. משא"כ מחפורת של צריך שזהו עיקר תשמישו ליטול הימנו צריך לעולם יש לו שם פירות הקרקע אע"פ שהוא כבר בעין, וכל הנידון רק משום דנשאר קרן פורתא.

אכן בתוס' שהשוו הדינים, [שכתבו דצריך לא גרע מפירות מחוברין, ואם פירות מחוברין הם של האשה ה"ה בצריך] מוכח דסברי דכל דבר שהיה בעין בשעת הנשואין יש לו דין קרן לר"מ, ולכן אין לו זכות בהם. [והא דתניא ברישא דהך ברייתא דמלח וחול הרי זה פירות, צ"ל לשיטת תוס' דמיירי רק במלח ובחול שיתחדשו מכאן ולהבא].

(מ) אבא זרדתא ופירי. עיי' בתוס' שהקשו לשיטת רש"י מ"ש אבא זרדתא מגלימא, וכן ממחפורת של צריך. ועי' ברשב"א דצ"ל דס"ל לחכמים דצריך כלשנא קמא, ועיי' במהר"ם שיף.

ועיי' בתוס' שהביאו גירסת ר"ח והקשו מהגמ' בעי"ב. ובפני"ב הביא שהמהר"ט הקשה דטפי הו"ל לאקשווי דאיך יתפרש הרישא של הברייתא דבחול ומלח הוי פירי. ועיי' משכ"ב.

והרשב"א פי' בדעת ר"ח דבאמת באבא זרדתא ופירי דכוורי גזעו מחליף שמדובר בעץ של ערבה שצומח שוב, וכן הדגים פרים ורבים וחוזרים אחרים תחתיהם. ופלוגתא שתי הלישנות היא משום דצ"ל דאע"פ שאין הקרן כלה, מ"מ כיון שאוכל את גוף הקרן לא מקרי פירא, עיי' [ועיי' ברע"א בעי"ב שכי' שכן מוכח בדעת הרמב"ן ויבואר להלן בעז"ה].

ועיי' בהפלאה שהקשה עמש"כ הרשב"א דבדגים הקרן קיימת משום שהם פרים ורבים. וצ"ע הרי הוולדות יהיו של הבעל כמו וולד בהמת מלוג דלכו"ע הוא של הבעל. וכתב ההפלאה דלכאוי' צ"ל דס"ל כשיטת הר"ף דפירי פירות הם של האשה, וא"כ דור השלישי של הדגים יהיו של האשה. אכן כתב דצ"ל דבדגים כיון שכן דרך תשמישם שמולידים וצדים את חלקם מקרי לעולם דהדגים הם הקרן. [ולכאוי' י"ל עוד ע"פ הבה"ג המובא ברשב"א ובעוד ראשונים שגם בוולדות אם מתה האם מוקמינן חד מהוולדות תחת האם ושייך לאשה והשאר לבעל. וא"כ ה"ה בדגים].

דף עט ע"ב

(מא) הגונב ולד בהמת מלוג משלם תשלומי כפל לאשה. ומבואר בגמ' דהטעם משום דפירי דפירא לא תקינו ליה. והקשה הבית יעקב דהרי הבעל כבר זכה בולד והוא ממנו הגמור, ומה צריך לתקנה נוספת שיזכה בפירי פירות. [עיי' שהקשה למה לא הקשו התוס' כן ומשמע דבתירוצם מתורץ גם קושיא זו וצ"ב]. וכמו"כ יש להקשות על הר"ף שסובר שולד הולד לעולם של האשה. וכמו"כ קשה על הבה"ג שאם מתה האם הולד שייך לאשה.

ותירץ הבית יעקב דלא הקנו לבעל לגמרי את הפירות, אלא יש לו בהם רק זכות אכילה. אבל מ"מ שייכים הם לאשה. ולכן יש חלוקי דינים ואופנים שלא כל הזכויות שייכות לבעל. ועיי' בחי' ר' ראובן ב"ב סי' יז [ונדפס גם בקונטרס יונת אלם] משכ"ב. והדברים מבוארים בשטמ"ק בשם תלמידי רבנו יונה ובשם הריב"ש עיי' [אך ברבנו יונה משמע דדוקא בולד שאם תמות האם יהיה הולד של האשה הדין כן].

והנה בקוב"ש הקשה למה פירות מחוברין ביציאתה הרי אלו שלה [לר"ש] והוי יש לבעל גוף לפירות וכבר הפירות שלו שצמחו ברשותו. [וכבר הובאו לעיל ד' הרא"ש בפסקיו דתקנת חכמים שהכל תלוי בשעת לקיטה. אלא דהא גופא צ"ב איך נפקת זכותו מהפירות שצמחו מקרקע ששייכת לו בקנין גוף לפירות]. ותירץ הקוב"ש דיש לו קנין לזמן עד שתתגרש, וכשקצצן זכה בהן לחלוטין. אלא שהקשה ע"ז דבירושלמי מבואר שיכול לקרוא עליהן שם בכורים, ואם נתגרשה קודם קציצה פקע הבכורים. וצ"ע איך יכול מעיקרא לקרוא שם כיון דאין לו אלא קנין לזמן.

אולם יעוי' בלשון תלמידי רבנו יונה הנ"ל "דנהי דיכול לשחטו אפ"ה כ"ז שלא נשחט יש לאשה זכות בו", משמע דעיקר הבעלות היא של הבעל, אלא דלאשה יש שעבודים וזכויות לאופנים מסוימים, וא"כ ניחא דיכול לקרות שם בכורים דהוא בעלים לעולם. אלא דמ"מ אם אח"כ מת וחיילא זכות האשה פקע הבכורים. [וכמו בבע"ח שהקדיש דאתי מלוה וגבי].

(מב) ובהו"א סברה הגמ' דהטעם שהכפל לאשה משום דהולד עצמו שייך לאשה. והעירו דנהי דהולד של האשה מ"מ הוי נכסי מלוג וכמבואר ברש"י שילקח בהן קרקע. וא"כ יזכה הבעל בכפל מדין פירות.

ונראה דהנה התוס' כתבו דמסקנת הגמ' אינה לחלק בין פירות לפירי פירות, אלא בין פירות דאתיין מעלמא לפירות דמגופא. וצ"ע דא"כ עיקר חסר מן הספר. וביאר ר' ראובן (שם) ע"פ המבואר באות מא דאין הפרי לגמרי של הבעל, ולפ"ז צ"ל דהא דיש לבעל פירי פירות [לתוס' בכל גווני ולהר"ף באופן שאין לו פירות כמו שיבואר להלן] הוא תקנה בפני"ש שיש לו זכות פירי פירות. ועפ"ז י"ל דכוונת הגמ' פירא תקינו ליה רבנן פירא דפירא לא תקינו ליה הכוונה כנ"ל שאין בתקנת האכילה דפירות ראשונים כ"כ עד שיהיו פירא דפירא ממילא שלו, דאילו כן היה גם האתי מעלמא שלו כיון דהפירא לגמרי שלו כמשנ"ת באות מא. [ובשטמ"ק מפרש דברי ריב"ן באופן אחר עיי'].

ועפ"ז י"ל דלגבי הגוף עצמו ידעה הגמ' כבר בהו"א דלא תקנו לו פירא דאתי מעלמא. וכל הנדון היה רק בפירא דעלמא דאתי מן הולד, שבוה היה ס"ד דכיון שהולד שלו ממילא הוא כבעלים גמור וגם הכפל יהיה שלו, וקמ"ל דאין לו זכות גמורה אפי' בולד וממילא דנכלל זאת בדין דפירא דממילא לא תקינו ליה. שו"ר שכן הוא בשטמ"ק בשם הריב"ש.

(מג) ובקוב"ש (אות רפא) הקשה דאפי' להו"א דהולד של האשה משום דחיישינן למיתה מ"מ הרי יש לבעל קנין פירות בולד, וא"כ למה כל הכפל של האשה, הרי הו כשותפים ויש להם להתחלק בכפל כפי השווי שיש לבעל ולאשה בולד. ולפמשי"כ באות מב א"ש דהגמ' ידעה כבר בהו"א דפירי דאתי מעלמא אינם שייכים לבעל, וכל הנידון הוא דכיון שהולד של הבעל ממילא יהא הכפל שלו שהרי הוא בעלים גמור [וכקושיית הבית יעקב], אבל אם הולד של האשה פשיטא דהפירות דאתי מעלמא שייכים לה.

(מד) בתירוץ הגמ' פירא דפירא לא תקנו רבנן. עיי' בתוס' דודאי בעלמא פירי פירות של הבעל וכדאיתא בר"פ הכותב, אלא כוונת הגמ' רק דשבחא דאתי מעלמא אינו שלה. [ונתבאר לעיל].

אמנם הר"ף מחלק דבמקום שיש לבעל פירות, באמת אין לו פירי פירות, והתם בר"פ הכותב מיירי שאין לו פירות [שהרי מיירי בהסתלק מן הפירות] ולכן בכה"ג תקנו לו פירי פירות. ולפי דבריו כל ולד ולד שייך לאשה. ולתוס' ולד ולד של הבעל. ועיי' ברא"ש שהקשה שלא מסתבר שיהיה הולד שלו ואם רוצה יכול לשחטו, ואילו ולד הולד יהא של האשה.

ובדעת הר"י צ"ל כמשנ"ת באות מא. והסבר שלישי יש לר"ן [ומדייק כן מהרמב"ם] דכוונת הגמ' פירא דפירא לא תקינו ליה רבנן, הכוונה דתקנו רק סוג אחד של פירות ולא שני סוגים, כלומר דרך דבר המצוי תקנו שיהא שלו ולא דבר שאינו מצוי. [וזה כעין שיטת תוס' אלא דמבאר בפירא בשונה מתוס']. ועי' להלן אות נג עוד תירוץ. והנה לשיטת תוס' והר"ן כפל דבהמת מלוג עצמה שייד לאשה, אבל לשיטת הר"י שייד לבעל. (מה) ובב"ק פ"ט אמרין דהמוכרת כתובתה בטוה"נ הדמים שייכים לאשה ואין הבעל אוכל פירות משום דפירא דפירא לא תקנו רבנן. ומוכח שם דאף אין לוקחין בכסף קרקע, דאין לזה אפי' דין קרן. וכתבו שם תוס' דנראה דלא דמי לדין דידן דכפל דבהמת מלוג יש לו דין קרן וילקח בהן קרקע והבעל אוכל פירות. וילייע אם זכות הפירי פירות הוא מכח הזכיה בפירות הראשונים, דכל מה שלא זיכוהו בפירא דאתי מעלמא הוא לענין גופם אבל לענין פירותיהם יש לו זכות. או דהבעל אוכל הפירות משום דהתשלום של הכפל לא גרע מנפלו לה כספים דאוכלת בהם פירות. ועי' בחי' ר' ראובן ב"ב סי' יז.

(מו) כתב הב"ש (סי' פה סקל"ח) דמדברי הר"י דלעיל נשמע דבעלמא אם מכר הבעל פירות וקנה קרקע אז הקרקע שייד לה והפירות שלו. ובקרבן נתנאל אות ר הקשה מה הרבותא בזה הרי ברייתא מפורשת היא בריש פרק הכותב. אמנם בהפלאה (בקו"א) כתב לבאר דחידושו של הב"ש דיש מקום לומר דדוקא בסילק עצמו מהפירות וקנה בהן קרקע אז אין הקרקע עדיפא מפירות הראשונים שסילק נפשו מהם והקרקע שלה ופירות שלו. אבל באופן שלא סילק עצמו דילמא הקרקע כפירות והקרקע עצמה שלו והפירות שלה כדין פירי פירות. ועי' שתמה באמת מנין חידש הב"ש דין זה ע"ש. ועי' בבית מאיר שם [והגרע"א בדרו"ח כאן נוקט בפשיטות דבלי סילוק אם קנה קרקע היא שלו].

(מז) בדין חיישינן למיתה. יעוי' בחי' הגרע"א על המשנה הבאה שכתב דיש בזה פלוגתא דקמאי האם באופן דחיישינן למיתה הפירות של הבעל או של האשה. דהראשונים [רשב"א ורמב"ן וריטב"א ורא"ה] כתבו דהתקנה היא רק שהולדות יהיו של האשה אבל הפירות [כגון מעשה ידיהם של העבדים] הרי הם של האיש. [והסברא בזה, דיסוד התקנה הוא דהיכא דהקרו עלולה לכלות תקנו שגם הדברים היוצאים מן הקרן יהיה דינם כקרן, אבל כ"ז בדבר ששייד לגוף השפחה שאפשר לראותו כקרן ובמקום אימם קיימי. אבל מעש"י הוא דבר חצוני וא"א לתת לו דין קרן. כך משמע מלשון הגרע"א].

אמנם מדברי רש"י מוכיח הגרע"א דאף מעש"י דינם כקרן. וראיתו ממש"כ רש"י ד"ה תשלומי (לגבי ההו"א דבבהמה חיישינן למיתה) דיקחו בולדות קרקע, אלמא דלא אמרין שישאיר הולדות וישתמש בהם, אלא ימכרו, ולא אמרין דבמקום אימם קיימי, והוי כמעש"י ומי"מ הוא לאשה. וא"כ ה"ה למסקנא בעבד. עוד הוכיח הגרע"א ממש"כ רש"י להלן בעז לחלבה דאיכא שויר בעורה, [והך טעמא אצטריך רק לרבנן דחנניה דחיישינן למיתה וכמש"כ הראשונים] ואם נימא דבמעש"י מודו רבנן דחנניה דהרי הם של הבעל, א"כ החלב והגזיה דמו למעש"י והיו לבעל גם בלא טעמא דאיכא עורה. [ודברי הגרע"א חידוש, שדימה חלב וגזיה למעש"י, והיה מקום לדמותם לולדות כיון שנוצרים מגופה, אמנם הגרע"א נקט דאין הטעם משום דנוצרו מגוף האם, אלא דנכנסים תחת אימם וזה שייד רק אם הוי בהמה תחת בהמה, ולא בגזיות וחלב תחת בהמה].

וכתב הגרע"א דלפי שיטת רש"י א"ש היטב הא דנקט ר' ינאי הגונב ולד בהמת מלוג הקנס לאשה, ולא נקט הגונב בהמת מלוג. [בשלמא למסקנא הרי כתבו תוס' דהוא רבותא דאע"ג שהולד של הבעל אין לו כפל. אבל להו"א דהטעם משום חשש מיתה והולד של האשה א"כ מ"ש הולד מאמו. ולהנ"ל א"ש, דהא פשיטא שהכפל של בהמת המלוג עצמה שייד לאשה מאותו הטעם שהולד שייד - וכמו שהמעש"י של האשה. [אבל בגונב ולד יש חידוש שהגם שהולד בעולם וסד"א דסגי בזה לבטחון הקרן, אפ"ה גם הכפל שלה. כ"כ מהר"ם שיף].

[והגרע"א כתב דבזה פליגי הרא"ש והרמ"ה להלן, ופי' כן בדעת החלקת מחוקק, והב"ש מפרש הפלוגתא שם באופן אחר, ויבאר להלן אות נט בעז"ה].

אמנם יעוי' בבית יעקב שהקשה על רש"י דמאותו טעם שמוכרין הולד ימכרו גם את האם וא"כ ימכרו לאלתר את האם וכן בעז לחלבה. ולכן כתב דכל דברי רש"י רק בולד שעומד תחת האם [וכמו שכי' הרא"ש בשם בה"ג שאם מתה האם הולד של האשה גם לחנניה] וסובר ר' אבא דגם בחי' האם חיישינן למיתה האם ולכן הולד שייד לאשה. אבל הפירות ודאי לא שייכים לאשה. [ולדבריו יקשה קושית הגרע"א למה הולד ימכר, הרי יכול להניחו לחלב וגזיות ומלאכה]. בשלמא לחנניה היינו דלא חיישינן למיתה. הקשו הראשונים הרי ודאי שתמות הבהמה ולמה לא חיישינן. ותירץ הרשב"א דההפסד הוא רק אם תמות הבהמה וגם הבעל בחי' האשה, ולהא לא חיישינן ששניהם ימותו לפניו. עוד תירץ הרשב"א בשם בה"ג דאי מתה מוקמינא מהנד וולדות דידהו חד במקום אימיה ויהיבנא לה והשאר לבעל. ומש"ה לא חייש חנניה למיתה שהרי הולד יהיה תחתיה. ורבנן חיישינן שמא תמות הבהמה לפני הוולדות.

ולהלן במשנה הבאה כתב הרשב"א דלפי הבה"ג מוכח דלרבנן דחיישינן למיתה דקודם ולדות, מוכרים את עבדי המלוג לאלתר שמא ימותו קודם שיעמידו ולדות. [וכמו שהדין כן לשיטת רש"י דלעיל כפי דברי הגרע"א].

(מט) והרא"ש בסי' ו' הביא דברי הבה"ג דמוקמינן הולד תחת אמו אם מתה. ומסיים: והא דק"ל כחנניה דלא חייש למיתה היינו משום חשש מיתה לא יניח מלשחוט הולד אבל אם לא שחטו ומתה האם הולד במקומה עכ"ל. וצ"ב מה הקשה הרא"ש מחנניא. ועוד צ"ע דהרי חנניה פליג רק בעבדים ולא בבהמה, וא"כ בעבדים לא שייד שישחוט את הולד. וביאר הגרע"א (בשו"ת ח"ב סי' צה) דבע"כ צריך לגרוס ברא"ש "לא יניח מלמכור הולד", והיה קשה לו דכיון שהולד יעמוד תחת אמו יהיה אסור לו למכור שמא אח"כ יהיה תחת אמו, ודחה הרא"ש דמשום חשש מיתה אין מכריחין אותו להניח מלמכור.

וכתב הגרע"א דמזה מוכח דהרא"ש סובר שאין אסור למכור ולד שפחה, דאע"ג שאם מת הבעל יכולה לבקש הולד משום שבח בית אביה כדלהלן בגמ', [ודעת הרמ"ה בטור סי' פח דמה"ט אסור למכור הולד] סובר הרא"ש דאין אסור למכור, וזה מקורו של הטור שכתב דהרא"ש פליג על הרמ"ה.

וצ"ע בדבריו א' למה הקשה הרא"ש רק בעבדים ואליבא דחנניה, הא זה קשה גם בבהמה לרבנן. [ודברי הבה"ג הם גם בולד בהמה כמבואר להדיא בבה"ג]. ב' שמחק גירסת הספרים [וצריך לגרוס גם בהמשך "אבל אם לא מכרו"]. ובב"ש סי' פ"ה העתיק דברי הרא"ש וגירסתו "מלשחוט".

ולו"ד הגרע"א יל"פ כוונת הרא"ש שהקשה דלחנניה דלא חייש למיתה א"כ למה לנו לתקן שהולד יהיה תחת האם אם מתה, וממ"נ אם חיישינן להכי למה חולק על רבנן. ומתרץ הרא"ש דנהי דלא חיישינן לתת הולד לאלתר לאם ויכול לשחוט מ"מ אם כבר מתה האם תקנו שיהיה הולד של האשה. [ומיושב הא דהקשה כן רק לחנניה, והיינו דלרבנן באמת

חיישין למיתה וא"ש שהקנו את הולד, ואפי' בבהמה הקנו אע"ג דאיכא עורה דמ"מ א"י מחיר כל הבהמה, אבל לחנניה דלא חייש קשה].

ולפ"ז נמצא דמוכח ברא"ש דטעמיה דחנניה משום דלא חייש למיתה כל זמן שלא חזינן לפנינו שמתה. דחנניה משום הולד, אלא טעמיה משום דלא חייש למיתה כל זמן שלא חזינן לפנינו שמתה.

ו) ולהלן סי' ז' הקשה הרא"ש דחנניה לא חייש למיתה אפי' אם לא נשאר כלל, ומ"ש מגלימא ומחפורת דבעינן שישארו שחקים ומקום. ותירץ דכאן אין הבעל מכלה הקרן בידים, משא"כ שם ההשתמשות מכלה את הקרן. וחזינן ג"כ כנ"ל דטעמיה דחנניה משום דלא חייש כלל למיתה אם לא מכלה בידים. [ועי' בגרע"א להלן במשנה הבאה שהסתפק בזה אם הך טעמא מהני אף במקום דחיישין למיתה ע"ש].

ומדברי הגרע"א במשנה הבאה שדן דשמא בזקנים חיישין למיתה אף לחנניה, נראה שלמד כדברי הרשב"א שאין חשש שימותו לפני האשה, אבל בזקנים יש מקום לחשוש. ע"ש.

נא) ובריטב"א לקמן גבי גלימא הקשה למה לן לשחקים, ומ"ש מחנניה [וכקושי' הרא"ש הנ"ל] וחזינן דטעמיה דחנניה אינו מפני שאין חשש גמור שימותו באופן שתפסיד [כד' הרשב"א] דהרי הגלימא היא בולה בודאי. ובע"כ הטעם דחנניה דף עט ע"ב

לא איכפת ליה כלל שהקרן כלה. [ותירץ הריטב"א יבואר להלן אות נד].

נב) מודה חנניה משום שבח בית אביה. הבי"ש (פ"ה לח) מדייק מהרמב"ם ומרש"י (ד"ה נותנת "בני שפחתה") דרק בולד שפחה איכא שבח בית אביה ולא בולד בהמה. אכן הטור (ריש סימן פח) כתב דגם בולד בהמה איכא שבח בית אביה. ובקרבן נתנאל הקשה דאם מיירי גם בבהמה למה נקט זאת על דברי חנניה, לימא דין זה בבהמה ולדברי הכל, ועי' בגרע"א משכ"ב. [ועי' בגרע"א ח"ב סי' צ"ה שהעיר על לשון הגמ' אע"ג דאמר שמואל הלכה כחנניא מודה שמואל].

נג) בטור סי' פח הביא דברי הרמ"ה דמטעם שבח בית אביה אין רשאי למכור אפי' בעודה תחתיו. ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל דודאי בעודה תחתיו עושה בהן כל מה שירצה אלא אם שיירם נותנת דמים ונטלתן. [ועי' ברע"א ח"ב סי' צה מה המקור מדברי הרא"ש לדין זה, ועי' אות מט].

וכתב הגרע"א (שם) דלפי דעת הרמ"ה מיושבת קושי' תוס' למה בולד אין לבעל פירי פירות ואילו בר"פ הכותב מבואר דיש פירי פירות, ולהנ"ל א"ש, דכיון דאוסר לו למכור הולד ש"מ שיש לאשה זכות יותר משאר נכסים וחסר בזכותו של הבעל ומש"ה אין לו פירי פירות.

נד) עז לחלבה אוכל והולד. כתב רש"י דאיכא עורה, וכתבו הראשונים דהך טעמא אצטריך רק לרבנן דחנניה, דאילו לחנניה דלא חייש למיתה א"צ שישאר עורה. [ועי' באות מז מה שהוכיח הגרע"א מד' רש"י] ועכ"פ מוכח ברש"י דרק אם הגוף של האשה יש לבעל חלב, אבל אם לאשה עצמה היה רק קנין גוף לפירות - עז לחלבה, אז אין הבעל אוכל [אלא החלב ימכר ויקח בו קרקע וממנה יאכל פירות].

אכן הרי"ף כתב דגם בהיה לאשה עז לחלבה אוכל הבעל פירות, והקשה הרא"ש דאם אין שיוור לאשה למה יאכל הבעל, הא חזינן בגלימא דבעינן שחקים ובמחפורת של צריף נשאר המקום, ולא דמי לדינא דחנניה שלא חיישין למיתה, דשאני התם שאין כלוי הקרן מחמת אכילתו אלא מאליה היא מתה. אבל כאן דאוכל את הקרן אין לו זכות לזה.

והביא הרא"ש שהראב"ד תירץ דמקום החלב והגיזה קנוי לה, וכתב הקרבן נתנאל דנשאר לה גוף לחלב לאחר שתתגרש. ועי' לשון הרשב"א "כיון דגופה משועבד לה לפירותיו הו"ל גוף כקרף". ועי' בחי' הרי"ם ר"פ הכותב שמוכח מד' הרי"ף דיש לבעל קנין פירות בלי גוף לפירות, ולכן שפיר מקרי דלבעל יש פירות ועדיין נשאר לאשה גוף לפירות. [ויש לדון דאולי שייד קנין גוף לפירות בקנין גוף לפירות של האשה ועי']. ומשמע ברשב"א דזה גופא החידוש של הרי"ף שהגוף לפירות נקרא קרן.

אך בריטב"א כתב דהחידוש לפי דעת הרי"ף: דאתא כסברא דחנניה וקמ"ל דלא תימא דוקא בולד בהמה הוא דלא חייש למיתה משום דולד גופיה פירא, אלא אפי' בהני דליכא קרנא אחרינא לא חיישין למיתה". ודבריו צ"ב. ועי' עוד בריטב"א להלן שכתב שוב סברא זו, בהא דמבואר לקמן דבעינן שיוור בצריף, וקשה הא לחנניה א"צ שיוור וכדחזינן דלא חייש למיתה. [ועי' משכ"ב באות נא]. וכתב הריטב"א דנ"ל דמודה חנניה דבעי בקרן שיוורא, ולא אמר אלא בולד דאיהו גופה פירא. וביארו בזה, דכוונת הריטב"א כעין סברת הגרע"א - אות מז - דיש לחלק דמה משועבד לקיום הקרן הוא רק דבר שבקרן עצמו ולא דבר דאתי מעלמא, וא"כ היה מקום לומר דהגם דחנניה סובר דולד אינו משועבד לקיום הקרן, מ"מ החלב [באופן שהיה גוף לחלב] והצריף - שהם הקרן עצמה משועבדים לקיום הקרן משום חשש מיתה.

נה) כתבו הראשונים (רשב"א רמב"ן ריטב"א רא"ה) דדברי הרי"ף הם רק לחנניה ולא לרבנן. ומבואר דלרבנן החלב משועבד לקיום הקרן. וצ"ע דבאות מז הובא דדעת הראשונים הנ"ל דהמעש"י אינם משועבדים לקיום הקרן. והובאו שם דברי הגרע"א שנקט דחלב דמי ג"כ למעשה ידים [ולכן הוכיח מרש"י דידן דחולק על הראשונים]. וא"כ לשטתם למה לא אתי אף כרבנן דחנניה.

אכן באמת לק"מ, דכבר הובאו דברי הריטב"א בדעת הרי"ף דהכא עדיף אפי' מולדות כיון דליכא קרנא אחרינא והיינו דכשיש רק גוף לפירות אז הפירות נחשבים כגוף.

נו) בעיקר דברי הראב"ד דבעינן מקום החלב, עי' בבית יעקב (סי' פ"ה סעיף יג) שאפי' אם יש לה פירות לזמן אוכל הבעל פירות. וההפלא חולק, דרק אם היה לאשה פירות לעולם יש לבעל פירות.

והנה הגרע"א הקשה על שיטת רש"י [דאם היה לאשה רק גוף לפירות אין הבעל אוכל פירות] מהא דמבואר בב"מ צ"ו ב' דאם האשה שכרה פרה הרי הבעל זוכה בה ע"ש. ולכאוי' לשיטת ההפלא תקשי זאת גם להרי"ף דכל שכירות היא לזמן. [ועי' באו"ש ספכ"ב מאישות שמיישב דשם שכרה הפרה לצורך הנכסי מלוג שלה ולצורך זה בלבד ולכן זוכה בזה הבעל ע"ש. ועי' אות נח עוד יישוב לזה].

נז) עיילא ליה גלימא וכו'. כתב רש"י דיש שיוור והוא הבלאות. אכן הרמב"ן [מובא בריטב"א] כתב דא"צ שיוור כיון דאין כלוי בא אלא לאחר זמן מרובה, ואתיא כחנניא וא"צ שיוור, וכברייא דגפרית שא"צ שיוור עכ"ד.

ומבואר ברמב"ן דחולק על רש"י גם גבי גפרית, שרש"י נקט דהקרקע עולם הוי שיוור, אבל להרמב"ן א"י נחשב כשיוור, דהרי הגפרית היא היא הגוף, וצ"ב א"כ מהו הצד השוה בין גלימא לגפרית.

ועי' בר"ן שכתב דבבלאות לא איכפת לן שכלב כיון שאין בלוי נכר כל שעה [וזה ממש כדברי הרמב"ן], ועמד עליו הבית יעקב בקושיות הנ"ל, וביאר דיסוד המחלוקת הוא האם אוכל פירות שאין גזען מחליף, ובגפרית נחשב כפירות אלא שאין גזען מחליף ובה פליגי הנך תנאי. וזהו מה שדיממה הגמ' לגלימא דגם שם אין גזען מחליף את מה שהתבלה. אלא דמה

שהוסיף הר"ן שאין בלוי נכר אלא לזמן מרובה, הוא מפני שהיה קשה לו למה נחשב הלבשה כאכילת פירות, הרי זה אכילת הגוף שהבגד מתבלה. ועי' תירץ דכיון שאין נכר אלא לזמן מרובה יש לזה שם פירות [היינו שמוש בבגד] ולא כאכילת הבגד עצמו. אלא דעדיין יש חסרון נוסף שאין גזעו מחליף ואת זה תלתה הגמ' בפלוגתא דגפרית. אולם בדברי הרמב"ן לכאן א"א לפרש כן, דהרי הרמב"ן מפרש דיסוד המחלוקת האם בעינן שיעור, ומבואר דבגפרית ליכא שיעור וזהו החסרון [ולא משום דאין גזעו מחליף]. וצ"ל דסובר הרמב"ן דבעינן שיעור גם בפירות שהיו בזמן הנשואין, והיינו דאע"ג דהגפרית יש לה דין פירות, והראיה - ממה שהבעל אוכלם. מ"מ כיון שהם נפלו בשעת הנשואין, אם איתא דבעינן שיעור צריך שישתייר צמיחת פירות חדשים, וממה דשרי להשתמש בגפרית מוכח דא"צ שיעור אפי' בגוף.

נח) וברמב"ן במלחמות כתב כדעת רש"י דרק אם איכא שחקים אז שרי לאכול. והקשה הגרע"א מ"ש מהא דעז לחלבה שפסק הרמב"ן כהר"ף דאע"פ שהיה לה רק גוף לפירות שרי לאכול. [ועי' בשטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה שהקשו כן על הר"ף] והרי התם ליכא שחקים. ותירץ הגרע"א דהרמב"ן סובר כשיטת הרשב"א - אות מ - דאם הפירות מתחדשים לא איכפת לן שאוכל הקרן. וזה ביאור חדש ברי"ף. ועי' עוד בחי' ר' ראובן ב"ב סי' יז שכתב בדעת הר"ף דאין דין שיהיה שיעור בפועל, אלא כל דבר שבחפצא יש לו תורת פירות, אע"פ שבמקרה מסוים הגוף לאחר מ"מ תורת פירות עליה והבעל אוכל אף שאין שיעור לאשה. [וכתב דלפ"ז י"ל דגם רש"י מודה לרי"ף ומש"כ דאיכא עורה, היינו דבעלמא איכא עורה ומש"ה לעולם מקרי קרן, ומיישב בזה קו' הגרע"א מהגמ' בב"מ צו]. ולפ"ז ג"כ מיושב.

נט) במשנה נפלו לה עבדים. עי' בשטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה שרצו לפרש דהמשנה מייירי כשהאשה תובעת [והטעם דשבח בית אביה היינו דכיון דלבעל אין זכות לתבוע מכירה משום שבח בית אביה גם לה אין זכות]. אמנם במסקנתם מפרשים דהמשנה מייירי שהבעל תובע.

ועי' ברא"ש שפסק שאם האשה תובעת באמת אין שומעין לה. והטור הביא בשם הרמ"ה דשומעין לה. ומבאר הגרע"א דהטעם לדעת הרמ"ה משום דבזקנים חיישינן למיתה גם לחנניה, וממילא הדין הוא דימכר [כמשנ"ת לדעת רש"י באות מז]. והרא"ש סובר כשיטות שאר ראשונים המובאות שם דגם אם חיישינן למיתה אי"ז סיבה למכור, אלא רק הולדות יהיו שלו, וא"כ גם הכא אין לו זכות למכור.

וכתב הגרע"א דמ"מ אי"ז הכרח וי"ל דחנניה לא חייש למיתה כלל אפי' בזקנים, וכסברת הרא"ש דלעיל שכל היכא דלא אוכל בפועל את הקרן לא איכפת לן שהבהמה תמות. והנה החלוקה מחוקק (פה לד) ביאר דסברת הרא"ש היא ק"ו מדין עז לחלבה שיש לו פירות ואינה יכולה למכור ולא חיישינן למיתה, כ"ש כאן. והוכיח מזה הגרע"א כדבריו.

אולם בב"ש משמע דסברת הפלוגתא היא דבמקום שהבעל רשאי למכור האם מאותו טעם נתיר גם לאשה [כעין סברת ר' יונה דלעיל דאם לבעל אסור גם לאשה אסור].

ועי' ברש"י בגמ' דמשמע דגבי עצים שניהם יכולים למכור. וכדעת הרמ"ה. (ס) להלכה פסק הרמב"ם דבעבדים ושפחות לא ימכור, ובזיתים פסק דימכור. ובטור תמה למה חילק הרמב"ם ביניהם. [ובאמת הרא"ש פסק בתרווייהו כרבנן]. ובפרישה כתב הטעם משום דבעבדים שייך שבח בית אביה - ובב"ח מדייק מהמרדכי להיפך דכתב דר"ת פסק בעבדים כחכמים. משמע דבזיתים פסק כרשב"ג.

סא) במשנה, המוציא הוצאות על נכסי אשתו. נידון הסוגיא קשור לסוגית יורד לשדה חבירו [ב"מ ק"א א'] ונקדים הדינים המבוארים שם, ועפ"י צריך לבאר במה שונה הבעל מיורד.

והנה ביורד שלא ברשות לשדה שאין עשויה ליטע מבואר בגמ' שם דידו על התחתונה [ודעת רוב ראשונים דהיינו שנוטל רק את ההוצאה אבל רק עד שעור השבח, ובבעה"מ שם מפרש שנוטל כפחות שבאריסים, ואפי' אם הוציא יותר מזה כגון ששכר פועלים ביוקר אינו מקבל ההוצאה הזאת אפי' יש כנגדה שבח].

ויסוד החיוב בזה יש שפירשו שהוא משום משתרשי ליה [עי' ש"י ר' שמואל ב"ב אות קא]. ובברכ"ש ב"ק סי' י"ד משמע שהחיוב משום נהנה ע"ש, ועיין בש"ך סי' שצא סק"ב.

וביורד שלא ברשות לשדה העשויה ליטע מבואר בגמ' דאומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה. ופירשו רוב ראשונים דנוטל כמנהג שתלי העיר [ולבעה"מ פי' אחר בזה]. והנה יעו"ש בריטב"א ובנמוק"י דנוטל זאת אפי' אם הוא יתר מן השבח, והטעם מפני שכיון שידעו הבעלים ושתקו ודאי ניחא להו בזה וכאילו ירד ברשות.

אולם הרמב"ן במלחמות ב"ב ד' ובעליות דרבנו יונה שם מבארים דהחיוב הוא משום נהנה, ואף דלכאורה על היתר מן השבח לא שייך נהנה, י"ל דאין ההנאה מחמת השבח, אלא דנהנה מעצם המלאכה שעשה עבורו. ועי' בגר"א חו"מ סי' שע"ה שמדייק מדברי הטור דביורד שלא ברשות אין לו אלא כשעור השבח אפי' בעשויה ליטע [וכ"ד בעה"מ, אלא שהוא מפרש ידו על העליונה באופן אחר].

עוד מבואר בגמ' דהיורד יכול לומר עצי ואבני אני נוטל ויש מן הראשונים דדעתם דכ"ז באינה עשויה ליטע, אבל בעשויה ליטע מיד זכה בהם בעל הקרקע. [רא"ה]. ודעת הרשב"א דרק כשגלי בעל הקרקע שרוצה לזכות אז א"א ליטול עציו ואבניו.

ואם אמר בעל הקרקע טול עציד ואבניך, עי' ברי"ף שמביא ששדרו ממתיבתא דיכול לומר כן, ובבעה"מ סבר דאין לו זכות לומר לו כן. ועי' ברמב"ן שם שבשדה העשויה ליטע גם להר"ף א"י לומר כן דכבר זכה בזה, אכן ברא"ש מבואר דגם בעשויה ליטע יכול לומר טול עציד, [והטור כתב בשם הרמ"ה דאף כופין את היורד להוציא נטיעותיו]. ועי' בחזו"א ב"ב סי' ב' סק"ג מש"כ בביאור פלוגתא זו.

סב) ובמשנתנו מבואר דאם הבעל אכל קימעא שוב אין לו כלל לא שבח ולא יציאות. ואם לא אכל כלום, מבואר להלן בגמ' דנוטל רק שעור יציאותיו [וכמו יורד שלא ברשות] ושני הדינים צ"ב, א) למה באכל אין לו כלום. ב) למה בלא אכל אין לו אלא שעור יציאותיו, הרי השדה עשויה ליטע ולמה לא ישלם לו כפועל.

ובביאור הדין דבאכל אין לו כלום, נאמרו שתי שיטות בראשונים, עי' ברשב"א בב"מ ל"ט א' דמדן מחילה הוא. דכיון שלא הוציא אלא לרצונו ואין הנכסים יוצאין מתח"י אלא לרצונו אף הוא אינו יורד בהן לדעת שיטול כאריס. ותדע לך דמשום מחילה הוא מדמפלגינן בין אכל ללא אכל ובין אכל דרך כבוד ללא אכל דרך כבוד. עכ"ל. ולשון הריטב"א במשנתנו "לעולם הוא מוחל כשאכל קימעא".

ובתלמידי רבנו יונה כתב דכשאוכל גלי דעתיה שבעבור שיאכל הוא הפירות היה עושה והיה מתכוון להוציא עליה עליה הוצאות הרבה בשנה זו כדי שירויח בשנה אחרת. הילכך אין לו כלום כשיגרשנה, ל"ש אכל ואח"כ הוציא ל"ש הוציא ואח"כ אכל עכ"ד.

ומבואר ברבנו יונה דא"י מדין מחילה בשעת האכילה, אלא הוי גלוי דעת דאינו יורד ע"ד שכן אלא בשביל עצמו. [ובדברי הרשב"א י"ל, דבתחילה כתב דהוא מחילה ואח"כ כתב דאינו יורד לדעת שיטול כאריס, ויתכן דכוונתו במש"כ מחילה, א"י מחילה אחר שכבר חלה חיוב, אלא מעיקרא יורד לדעת עצמו ומוחל לאשה וכד' תלמידי רבנו יונה וצ"ב].

אכן מדברי הריטב"א משמע דהוי מחילה בשעת האכילה. (ג) ובהא דאם לא אכל אין לו אלא שעור הוצאה [ואין דינו כיורד ברשות דידו על העליונה] נאמרו בראשונים שלש שיטות. (א) בר"ן כתב דכיון שהוא אוכל הפירות ולא היא, הוי כלפי האשה כשדה שאין עשויה ליטע. [וכן נקט הגרע"א בשו"ת ח"ג סי' מ"א בפשיטות]. (ב) ובריטב"א כתב דעל היותר מן ההוצאה יש מחילה הואיל והואיל ולא התנה. (ג) בתוס' ר"ד כתב דכיון שהוא עושה על דעת ליטול לעצמו לא ירד על דעת אריסות [וצ"ל דמ"מ על ההוצאה דחיובה מדין נהנה או אשתרש, לא שייכא סברא זו. וע"ע בתוס' ר"ד להלן גבי מורדת שדעתו שיש לבעל רק הוצאות ואין ידו על העליונה, ומבאר דההוצאות יש לו מעיקר הדין דאדעתא דתיפוק מקמיה לא הוציא הוצאות בנכסיה, ומשמע דחלוק הפטור של תשלומי יורד מהפטור של תשלום ההוצאות. דהתשלום של יורד כיון דלא פיון להיות פועל אין כלל סיבה לחיוב, משא"כ הפטור מההוצאות הוא כעין מחילה חיובית, ולכן אדעתא דתמרוד בו לא מחל].

(ד) כתב החלקת מחוקק (סי' פח סק"א) דצריך שיאכל דוקא פירות של הוצאה זו, אבל אם אכל פירות ממקום אחר לא מהני. ובהפלאה בקו"א שם הקשה עליו מדברי ר' יונה המובא לעיל דל"ש אכל קודם שהוציא ל"ש אכל אחר שהוציא אין לו כלום. והמגיה לרשב"א שבועות מ"ד ב' (הרי"ד אילן שליט"א) מבאר דלפי סברת ר' יונה דהטעם משום דגלי אדעתיה דלא ירד ע"ד שיטול תשלום, י"ל דכל הגלוי דעת דוקא באותו מקום ולא במקום אחר, ומ"מ אין נ"מ אם היה קודם האכילה או אחר האכילה. אמנם לדי' הריטב"א דהוי מדין מחילה מסתבר דרק אחר שחל החיוב יכול למחול, וכן יש לדון דאפי' אם אכל ממקו"א יש אומדנא שמוחל.

(ה) כתב הריטב"א דדינא דמשנתנו הוא אפי' אם אין לבעל פירות [בש"מ הגירסא "ואפי' שאין לו בהם כלום שיש לה רשות למכור ולתת לאחרים". ובנדפס הגירסא "ואפילו כלי" שאין לו בהם כלל שיש לה רשות למכור ולתת לאחרים" וצ"ב].

אולם ברבינו יונה הנ"ל כתב דדוקא אם יש לו פירות וכן הוא בלשון רש"י בב"מ ל"ט א' ע"ש. וכתב המגיה הנ"ל דג"כ תלוי בפלוגתא דלעיל, דאם הטעם משום מחילה, זה שייך גם אם אין לו פירות. אבל אם הטעם משום שירד על דעת לאכול את הפירות ל"ש טעם זה. [ויש לפקפק בזה, דהריטב"א כתב דעושה ע"ד ליורשה והך טעמא שייך גם לדברי ר' יונה].

דף פ' ע"א

(ס) אמר ר' אבא אמרי בי רב אפי' שיגרא דתמרי. ע"י משה"ק רש"י. ובא"ש פכ"ג מאישות כתב די"ל דמייירי שאכל השיגרא בתורת פועל [ושיגרא היינו שלא נגמר מלאכתו דיש לפועל זכות לאכול מדין כי תבוא בכרם רעך, כמבואר פרק הפועלים], וקמ"ל דאע"פ שיש לו זכות לאכול גם מדין פועל אפי"ה מקרי אכילה ואין לו ביציאות כלום. [ובהפלאה בקו"א כתב בפשיטות דאם יש לו מדין פועל לא מפסיד באכילה זו את הפירות].

(סז) עבד רב יהודה עובדא בחבילי זמורות. ברא"ש משמע דרב יהודה מייירי בשעורא, והיינו דאע"ג דאינו דרך כבוד א"צ איסר או דינר, וסגי בפחות. וכתב הרא"ש דהשעור הוא שוה פרוטה. אכן הבית יוסף (סי' פח) מדייק מדברי הרמב"ם (פכ"ג מהלכות אישות ה"ח) דרב יהודה לא מייירי בשעורא [והשעור הוא או איסר או דינר], ועיקר החידוש הוא שא"צ אכילת פירות וסגי באכילת זמורות. וכן מבואר בריטב"א.

והנה הרא"ש פסק דסגי בפרוטה [דפסק כרב יהודה ודעתו דל' יהודה סגי בפרוטה וכדלעיל]. אכן הרמב"ם פסק כמ"ד בדינר. וכתב הבית יוסף שטעמו דכיון שהבעל ירד ברשות אית לן למיפסק כמאן דמיקל עליו. ועוד שהנכסים הם בחזקתו קודם שגירשה והו"ל נתבע ועליה להביא ראיה דהלכה כמ"ד באיסר. [ושתי הסברות צ"ב רב]. והרהמ"ג כתב דפסק כמ"ד בדינר "דלא לחייב את הבעל להפסיד הוצאותיו אלא בראיה ברורה", וביאר דבריו האו"ש (פ"ו מזכיה) דכיון שחל חיוב ודאי ויש ספק אם היה מחילה, אין ספק מחילה פוטר מודאי חיוב, וכמו באיני יודע אם פרעתיק [והמגיה לרשב"א שבועות שם כתב דזה תלוי בפלוגתא באות סב, ודו"ק]. וע"ע בקו"ש ב"ב מאות תרנב ולהלן, שהאריך באופנים שונים של ספק פטור אם אפשר לחייב מספק, ויש לדון כאן עפ"ד שם ואכ"מ.

(סח) תוד"ה אכלה. ע"י בדרך אמונה הלכות כלאים פרק ה' ה"ח בבבאורה"ל, ובד"א ס"ק צ"ד השיטות בזה. (סט) המוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה. ע"י בתוס' ר"ד שנוטל כיורד ברשות. וכ"כ הריטב"א בשם רש"י [והוא כרש"י שלפנינו] וכן דעת הרמב"ם [פכ"ג מאישות ה"י] וכ"כ הרשב"א בשו"ת בדעת הרמב"ם סוף פ"י מגזילה (והובא שם בכס"מ). וכן מבואר ברא"ש. אולם ברש"י מהדו"ק (מובא בשטמ"ק) כתב דיש לו רק שבח דהרי הוא כיורד שלא ברשות. ונראה דזה תלוי בפלוגתא באות סג, דאם נכסי אשת הוי כאין עשויה ליטע א"כ גם בקטנה הדין כן. אבל אם הוי מטעם מחילה, י"ל דכאן תקנו שיהיה דינו כלא מחל.

(ע) כתב הרא"ש דרק לטובתו תקנו לו כאריס, אבל אם הוציא קימעא ואכל הרבה לא תקנו להרע כחו לפטור. וכן אם הוציא ולא אכל וניחא ליה למישקל הוצאה שעור שבחא שומעין לו עכ"ד. ודבריו צ"ע דלמה יש לו רק הוצאה, הרי לעיל מינה כתב דיש לו כאריס, וע"י במש"כ בזה הגרע"א (ח"ג סי' מא).

(עא) ההיא איתתא דנפלו לה ד' מאות זוזי וכו'. שיטת הרא"ש והרשב"א דנוטלת רק כשעור השבח. אלא שנחלקו כמה הוא השבח. דהרא"ש כתב דרק מה שהכסף שוה יותר כאשר הוא כאן מאשר כשהוא בבי חוזאי - זהו השבח. אבל דף פ ע"א

דעת הרשב"א דכל הכסף נקרא שבח כיון שללא שהיה מביאו לא היה לה כלום.

וע"י בהפלאה (קו"א סי' פח) שר"ל דכאן כתבה לבעל הרשאה והוי כיורד בשליחותה, וא"כ א"צ להתנות שלא מותר על התשלומין ודינו כאריס היורד ברשות שנוטל אפי' יותר מן השבח. [וחיליה ידיה דבלשון הגמ' לא נזכר שנוטל רק כשעור השבח].

עב) ישבע כמה הוציא ויטול. נחלקו הראשונים אם מעיקר הדין נאמן בלא שבועה והשבועה לטובת האשה. או דמעיקר הדין אינו נאמן כלל ותקנו שיהיה נאמן בשבועה. א) עי' בתוס' רי"ד שכתב דכיון דברשות ירד מהני בזה לכו"ע הברי דידה להוציא מהשמה שלה. וכנראה הביאור כמש"כ הש"ך (סי' צא סקכ"ג) בשם אביו דהטעם שנאמן משום דהימניה חברה בשבועה. והיינו דהוי כנתינת נאמנות. ב) ברי"ן ריש פ"ז דשבועות כתב ג"כ דשקיל מעיקר הדין "דברי ושמה הוא ואע"ג דלאו ברי עדיף הכא כיון דהוציא ברשות והשביח נאמן מדינא ושקיל בלא שבועה אלא שחכמים החמירו עליו לישבע". [והיה מקום לפרש כדברי הש"ך. אכן בנחל יצחק סי' צ"א ס"ג מבאר דהוא סברא דהואיל והוא השביח ועשה את השבח ולולא טרחתו לא היה שבח כלל, על כן הדעת נותנת שיהיה נאמן. ועיי' עוד. ג) בתוס' ב"מ ל"ד ב' כתבו דדין הוציא הוצאות בנכסי אשתו נכלל בדינא דשכיר, וביאר הנחל יצחק (שם) דדמי לשבועת החנוני דכיון שהוציא על פיו תקנו שישבע ויטול, אבל מעיקר הדין אין לו.

וכשיטה זו משמע מתוס' דידן ד"ה ישבע שעל נפרע מנכסי יתומים תירצו דלא חשיב להו בפרק כל הנשבעין הואיל ומעיקר הדין חייב לשלם. ומשמע דעל משנתנו לא תירצו כן, והיינו דכאן מעיקר הדין אין צריך לשלם. ועי' בנחל יצחק שם שגם ברשב"א כאן ובשבועות משמע כן.

והטור בסי' פ"ח כתב בשם הרמ"ה שאם מת הבעל אין היורשים נוטלים בשבועה דרק לבעל תקנו שיהיה נאמן בשבועה ולא ליורשים. ומשמע ג"כ דמעיקר הדין אינו נאמן ורק תקנה היא שיהיה נאמן.

ועי' ברמ"א חו"מ סי' צא ס"ג שכתב דכל יורד ברשות נשבע ונוטל כאריס, ובנחל יצחק פלפל בזה ע"פ השטות דלעיל ואכמ"ל.

עג) כתב הרמ"א בתשובה סי' פו דאם אין ידוע שהועיל לחבירו אינו נאמן, ורק אם ידוע שהועיל ולא ידוע בכמה אז נאמן בשבועה. והוכיח כן מדברי המרדכי דאם האשה מכחישתו אינו נאמן, וכ"ש כשאומרת דילמא לא ירד כלל. [צ"ע מה הקי"ו הרי אין זה הכחשה בבירי]. ועי' בנחל יצחק משכ"ב.

עד) חזין אי בעל אריס הוא איסתלק ליה בעל אסתלקו להו וכו'. שיטת הראב"ד דה"ה ביורד בשדה חבירו שלא ברשות אם בעה"ב עובד בעצמו אין לו דין כאריס. [מלבד דמי הנטיעות עצמן שפשיטא שמשלם אם יש שבח כנגד הוצאה]. אבל הרשב"א כתב דהתם משלם מיהת לבעה"ב מה שאדם רוצה ליתן כדי ליבטל ממלאכה. משא"כ כאן שהבעל עובר לאשה בחינם והיא אינה טורחת, ולכן אין משלמת להם כלום.

עה) אבעיא להו בעל שמכר קרקע לפירות. משמע דיש לבעל קנין גוף לפירות ולא רק קנין בפירות עצמם. [ועי' מה שהארכנו בזה בריש פרקין]. אכן יעוי' בחי' הרי"ם ר"פ הכותב שכתב ד"ל דמ"ד משום רווח ביתא סובר שאין לבעל אלא פירות, וזה גופא הצד שתקנו משום רווח ביתא ולא לזבוני היינו שתקנו לו את הפירות ולא את הקרקע. [וצ"ע דאם זהו רק טעם הדין אבל למעשה אין לו גוף לפירות היכי אמר לקמן כמה נ"מ שאין חסרון משום רווח ביתא וחלה שם המכירה, והרי לא תקנו לו כלל גוף לפירות וצ"ע].

#### דף פ ע"ב

עו) ולא היא משום רווח ביתא והא קא רווח. שיטת רש"י שהשפחה משמשת אותה גם כאשר היא של האשה השניה. ושיטת הרי"ף שהסברא משום שעדיין נשארה שפחה אחת שלא מכר. ועיין ברא"ש שהקשה דלמה לא תימא שרוצה שישמשהו שתי שפחות. [ועי' בקרבן נתנאל שלשיטת הרי"ף ה"ה דיכול גם למכור קצת מהפירות]. ועי' בשו"ע אבהע"ז סוף סי' פה ובב"ש שם.

עז) בבעל אריס. שי' ר"ח דאיכא משום רווח ביתא. ושי' הרשב"א דליכא רווח ביתא כיון דיש לו רק שליש הפירות, אלא להיפך דאין כאן משום שמה תכסיף שהבעל ישגיה על הנכסים וכ"מ ברש"י.

עח) כתב הרא"ש בשם רב האי גאון דאם הנכסים רחוקים ליכא משום רווח ביתא דבין כך לא יביא את הפירות לבית. עט) שומרת יבם שנפלו לה נכסים מודים ב"ה וב"ה שמוכרת ונותנת וקיים. ומבואר ביבמות דהטעם משום דהוי ספק נשואה ואין ספק מוציא מידי ודאי. ועי' בתוס' ריש פרקין משכ"ב. ועי' מה שנתבאר שם.

פ) מתה מה יעשו וכו'. עיקר הסוגיא במסכת יבמות. והנה נחלקו רש"י ותוס' מהו דין נצ"ב, לרש"י הדבר תלוי בפלוגתא דב"ב קנ"ח, דר' יוחנן סובר דהוי בחזקת יורשי הבעל. ור' אלעזר אמר בחזקת יורשי האשה ורשב"ל משום בר קפרא אמר יחלוקו. ובפשטות סברת רש"י משום דגם הכא הוי ספק אם הוי כנשואה או לא, ומספק פסק דהדין מוחזק תלוי בפלוגתא דהתם.

ושיטת תוס' דנכסי צאן ברזל הם ליורשי היבם, ולא דמי להא דב"ב, דשם יש ספק ירושה, אבל כאן שכבר מת הבעל קודם, וכ"ז שהיתה זקוקה הנצ"ב שייכים ליבם, לכן היבם נקרא מוחזק.

ויסוד המחלוקת בין רש"י לתוס' הוא דלתוס' דין הנצ"ב כדין כתובה, וגם ע"ז יש מדרש כתובה ולא נתנה כתובה ליגבות מחיים - היינו גם בחיי היבם כדלהלן בסוגיא - ולכן היבם מוחזק. אכן דעת רש"י דנצ"ב דינם כדין נכסי מלוג ואין עליהם מדרש כתובה ומיד במות הבעל זכתה בהם האשה [אם זיקה אינה כנשואה] ומש"ה הוי ספק. וכן מבואר בראשונים ביבמות בדעת הרמב"ם [שפוסק יחלוקו, והיינו כשיטת רש"י וכבר קפרא] דהוא מטעם ספק. [ועיי' שהם פירשו דהספק אינו מחמת דהוי ספק נשואה אלא הספק אם נתרוקנה הרשות לאשה או דלא נתרוקנה וכאילו הבעל חי עיי'].

ובחזו"א (סי' קיט סק"י) מפרש דברי רש"י באופן מחודש, דעצם הנדון אם נצ"ב דמי לכתובה או לנכסי מלוג תלוי בפלוגתא הנ"ל בב"ב. דלמ"ד הנכסים בחזקת האשה דמי לנכסי מלוג. למ"ד דהוי בחזקת האיש [והיינו דזכה בהם והוי כהתחייבות לשלם] דמי לכתובה [שגם היא התחייבות]. ולמ"ד בחזקת שניהם יש לזה גם דין נכסי מלוג וגם דין נכסי צאן ברזל ומש"ה יחלוקו. ונמצא דהנדון אם לגבי נצ"ב אמרינן "לא נתנה כתובה לגבות מחיים" תלוי בפלוגתא הנ"ל בב"ב. פא) נתבאר באות פ' דמחלוקת רש"י ותוס' היא אם בנצ"ב ישנו לכלל לא נתנה כתובה לגבות מחיים, והיינו דנחלקו אם המדרש כתובה שייך גם בנצ"ב.

והנה כתב הפנ"י לעיל מ"ז דהא דבמתה האשה הנצ"ב שייכים לבעל הוא מדין ירושה. ועיי' שנתקשה איך יורשה הרי אין הבעל יורש מלוות אשתו דהו"ל ראוי, ומצדד שם דבאמת רק אם מה שהכניסה לבעל הוא בעין אז הנצ"ב שלו, אבל אם יש התחייבות אין הבעל יורש, והקשה ע"ז מדברי השו"ע סי' נ"ב עיי'.

ובאבנ"מ (סי' צ' סק"ד) הקשה דאפי' בדברים בעין אם אין בהם משום שבח בית אביה [כגון פירות] הרי יכול לסלקה במעות [עי' יבמות סי' ב'] וא"כ שוב הו"ל מלוות עצמו, [ובבכור הדין שירש מחצה ממלות עצמו, וכתב החלקת מחוקק



סי' צ' סק"ח בשם הרשב"א דגם בבעל הדין כן]. אבל כשיש שבח בית אביה הוי כמלוה שיש עליה משכון, כ"כ האבנ"מ, אך יש אחרונים (נתיבות משפט - אלגזי, ומהר"ש) דס"ל דאייז כמשכון אלא תקנה דרבנן שתגבה את שבח בית אביה אע"פ שאין לה בהם שעבוד כלל].

ותירץ האבנ"מ ע"פ מה שמבואר בראשונים בסוגין דעל נצ"ב איכא ג"כ למדרש כתובה ואין החיוב חל עד שנקרא בה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, וכיון שמתה א"א לקרוא בה כך, [שאינה בת נשואין] ונמצא שלעולם לא יגיע זמן הפירעון של הנצ"ב, ואין צריך בזה כלל לדין ירושה. [ע"י רשב"א וריטב"א ורמב"ן להלן פ"א דפירשו כך הדין דלא נתנה כתובה לגבות מחיים - דקאי על נכסי צ"ב ומטעם הנ"ל].

ובזה פירש האבנ"מ (בסי' נב) את דברי הרשב"א ועוד ראשונים לעיל מ"ז, דע"ש ברש"י שמפרש בברייתא דשם, שאם כתב נכסים לבתו הארוסה, איכא מ"ד דאם מתה שייכים לבעל. ותמה הרשב"א הרי אין הארוס יורש את אשתו. ותירץ וז"ל דהתם [דמבואר שאין הארוס יורש] בנכסי מלוג שלא כתבן הבעל עליו, אבל נצ"ב שקבלן הבעל בכתובה ושמאן וקבלם על עצמו הרי זכה הבעל בהן משעת כתיבה ואם מתה יורשה לדעת ר' נתן עכ"ל. וצ"ב דמה בכך ששמאן בכתובה, הרי מ"מ ארוס אינו יורש. וביאר האבנ"מ ע"פ הנ"ל דבאמת אי"ז מדין ירושה אלא דלא הגיע זמן הפירעון.

ובמשנת ר' אהרן (יבמות סי' כא) הקשה דהרשב"א בדף מ"ז בא לישב את שיטת רש"י. וברש"י דין הרי חזקן דאין בנצ"ב מדרש כתובה, וא"כ בעינן בזה לדין ירושה [דמאחר ומתה הגיע זמן הפירעון]. ולכן מבאר בדברי הרשב"א דאע"פ דאין בזה מדרש כתובה מ"מ יש תקנת חכמים מיוחדת בנצ"ב שיזכה אחר מיתה, או דהוי הקנאה מהאשה שאם תמות

□ מקנה את הנכסים [ולא מדין ירושה] ועפ"י מיושבות גם קושיות הפנ"י.

פב) אמנם מצינו בכמה ראשונים שדעתם כהפנ"י שזכות הבעל בנצ"ב אחרי מיתת האשה הוא מדין ירושה. דע"י בתוס' יבמות ל"ח א' ובב"ב קנ"ח א' שמבואר להדיא דהטעם שהבעל אינו מוחזק בנצ"ב [למ"ד בחזקת יורשי האשה] משום דירושת הבעל דרבנן. א"נ אפי' קסבר דהוי דאורייתא כיון דלאו מכח קורבא קאתיין מוקמינן להו בחזקת האשה טפי. ומבואר להדיא דזכותו מדין ירושה. [כן הוכיח הגרש"ש בסי' מז].

ובשי' הגרש"ר יבמות דף ל"ח הביא עוד מדברי הרמב"ן דף נג. דהנה הגמ' דנה שם אם ארוס חייב בקבורת ארוסתו. ומייתי ראיה מהא דמשמע בברייתא דאם מתה היא אין לה כתובה, ופרש"י דקבורתה תחת כתובתה, ובארוסה שאין לה דין כתובה אם מתה וכמו"כ אין הבעל יורש נדוניתה, אין מתחייב בקבורה. ובחי' הרמב"ן שם מבאר דנידון הגמ' היה האם לארוסה יש כתובה ורק דיכול תחת זאת לקבורה, ומייתי ראיה ממה שמשמע בברייתא דאין לה כתובה כלל אפי' אם אין רוצה לקבור. ומסיים הרמב"ן: ואסקינן דכל דלא קרינא ביה לכשתנשאי לאחר תטלי לית לה עיקר. וכי תקינו רבנן קבורה לנשואה תקון ותחת נדוניתה שהוא יורש דההיא ליתא בכלל מדרש לכשתנשאי לאחר תטלי, דהא ארוסה אינו יורשה עכ"ל.

ומבואר להדיא דנצ"ב לבעל מדין ירושה. [וכן מבואר להדיא בהמשך דברי הרמב"ן שם, ע"ש. וצ"ע מהרמב"ן דף מז ודף פא שמשמע כשאר ראשונים].

ובפשטות זה מוכח מעצם דברי הגמ', דהרי מבואר בגמ' דהא דאין קבורה בארוסה מחמת שזוכה בכתובה [היינו במנה ומאתיים], הוא משום דע"י המדרש כתובה לא התחייב כלל בכתובה במצב זה, וממילא לא נקרא שזכה מהאשה מאומה. וא"כ טעון ביאור מ"ש נדוניתה שהיא כן סיבה לחייב בקבורה. ובע"כ משום דהוא מדין "ירושה" כלומר שזוכה מהאשה ותמורת זאת חייב. ולפ"י קשה לשיטות שאר הראשונים מהגמ' דהתם.

אכן באמת גם הרמב"ן עצמו לא מפרש כך הגמ', וע"ש שתמה דאם הוא ירושה אין סיבה לתקן קבורה ע"ש, ונראה דטפי פשיטא ליה דאם לא הגיע זמן פירעון הנצ"ב הוא סיבה לחייבו בקבורה. והחילוק בין המנה ומאתיים לנדוניא הוא, שבמנה ומאתיים לא קיבל ממנה כלום, וא"כ אם לא הגיע זמן החיוב אין כל סיבה לחייבו בקבורה. אבל הנדוניא שהגיעה הימנה אף אם לא יגיע זמן החיוב לעולם יש סיבה לחייבו בקבורה מחמת עצם זה שהכניסה לו נכסים.

פג) בעיקר שיטת תוס' דהנצ"ב לבעל משום ירושה, צריך ביאור למה באמת לא מהני המדרש כתובה לנצ"ב. ובחי' הגרש"ש סי' מז כתב בזה ע"פ שני יסודות. א) שהמלוה לחבירו אין חובת התשלומין התחייבות מחודשת, אלא דעצם מה שממונו בא לרשות השני הוא סיבה לחייבו. ב) עפ"י י"ל דכל מה שאפשר להאריך זמן הפירעון הוא מחילה על הפירעון עד אותו זמן, אבל מה שאח"י חייב אי"ז מחמת שהגיע אותו זמן אלא שכלה זמן המחילה. וע"פ שני יסודות אלו י"ל דכשאומר לכשתנשאי - והיא מתה, ולעולם לא תבוא לידי נשואין, הרי ליכא כבר זמן זה, וממילא כיון שנצ"ב הם כהלואה והמחילה על זמן הפרעון היא לזמן שכבר אינו קיים במציאות ממילא הדר החיוב לפרוע. וכ"ז בנצ"ב שהם כהלואה, אבל בעיקר כתובה שהוא התחייבות של הבעל - בזה הזמן הוא מעיקר החיוב ואם לא הגיע הזמן אינו מחויב ודו"ק.

אמנם מדברי החזו"א - אות פ - דתלה הנידון בפלוגתא דב"ב קנ"ח, משמע דהחילוק הוא מסברא, דנצ"ב הם יותר בחזקת האשה מעיקר הכתובה ולכן אין בהם דין מדרש כתובה.

פד) לשיטות הראשונים דנצ"ב הבעל יורשם הדרא קושית הפנ"י דהא הו"ל ראוי. וע"י בחי' הגרש"ש (שם) שהאריך לחלק בין ירושת בכור לירושת בעל בדין ראוי דילפינן להו מפסוקים אחרים. ולפ"י במלוה שעמו יורש הבעל הכל, ודלא כרשב"א - אות פא - ע"ש בארוכה.

פה) הנה בדין בעל בנכסי אשתו דנה הגמ' סוף פ' מי שמת אם הוי יורש או לוקח, ע"ש. ובב"ש סי' צ"א הביא מחלוקת אם דין זה דוקא בנכסי מלוג או גם בצאן ברזל. והבית מאיר שם האריך דהוא מחלוקת ראשונים, ודעתו נוטה דגם בנכסי צאן ברזל יש לו דין יורש, ואין בע"ח גובה מהן ואין אלמנה ניזונת מהם. וע"י בחזו"א (סי' ע"ה סק"א) שחולק עליו, והביא הרבה ראיות, ואחת מהן מהגמ' בדף מז - המובאת באות פא - דיש לבעל נכסי צאן ברזל אף באירוסין. וע"ש.

[בהא דמבואר במשנה דכתובה בחזקת יורשי הבעל. ע"י ברמ"א סי' קס ס"ז שהביא פלוגתא אם היבם יורש אע"פ שיש לו אב [ובעלמא האב קודם לכל יוצאי חלציו]. וי"א דהאב יורש. ובביאור הפלוגתא, ע"י בחי' הגרש"ש סי' מ"ז, ובחזו"א סי' קיט ובמשנת ר"א יבמות סי' כא].

פו) במשנה אמר ר"מ שמין אותן וכו'. הקשה הגרע"א מאחר שמה שכבר צמח משועבד לכתובתה, א"כ גם מה שיצמח אח"כ יהיה משועבד לאשה כמו דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון דהוי אותו חפצא עצמו שגדל. [וע"ש שדעת הב"ש והח"מ (סי' קי' ס"ב) שאין הבעל גובה שבחא דממילא, אך הגרע"א חולק עליהם].

דף פ ע"ב

עוד הקשה הגרע"א, דמהא דאמר ר"מ שמין כמה הן יפין בפירות, משמע דשמין רק כפי מה ששוין הפירות בלי תוספת צמיחה, אבל מה ששוין היום למכירה ע"מ לצמוח אינו משועבד, ותמוה למה אי"ז משועבד, הרי כ"ז בכלל שווי הנכס שהוריש הבעל.

והנה חכמים אמרו פירות המחבורים לקרקע שלו, ובגמ' אמר ר"ל תני שלה. וברש"י שם כתב דבפירות מחבורים מודים חכמים לר"מ. אמנם במהרש"א שם כתב ד"ל דחכמים חולקים וס"ל דאין שמין אלא הכל לבעל, וכתב הגרע"א דסברי כסברא דלעיל.

פז) אבעיא להו שומרת יבם שמתה וכו'. הנה מבואר בגמ' לעיל מ"ז ב' דתקנו קבורה תחת ירושה הכתובה, דהיינו הנדוניא. והנה בתוס' ד"ה או מבואר דה"ה דיש חיוב קבורה נגד ירושת נכסי מלוג, [וצ"ל דכוונת הגמ' בדף מ"ז דאין הקבורה תחת הפירות של נ"מ. אבל מ"מ כנגד ירושת הנ"מ תקנו קבורה].

והנה מבואר בתוס' לעיל מ"ז. תקנת ר"ת וקהילות שו"ס שאם מתה האשה בשנה הראשונה חוזרים הנכסים לאביה ופטור מלקברה. והוכיח המהר"ל דממה שתקנו שפטור לקברה מוכח דגם הנכסי מלוג חוזרים לאביה, דאל"כ יהיה הבעל חייב לקבורה משום הנכסי מלוג, כמש"כ התוס' שגם ירושת נכסי מלוג הוא סיבה לחייב קבורה.

והגרע"א (מהדו"ת סי' נ"ט) כתב ד"ל דכל דברי תוס' רק להו"א דירשי האב חייבים בקבורתה. אבל למסקנת הגמ' דהאב חייב י"ל דהא גופא קמ"ל שתקנת קבורה רק כנגד נכסי צ"ב ולא כנגד נכסי מלוג. והוכיח הגרע"א כדבריו ממש"כ תוס' נ"ב א' ד"ה רצה דכתובה וקבורה הם מצוין ותקנו זה נגד זה, וא"כ נ"מ שאינם מצוין אינם סיבה שיתקנו כנגדם קבורה שהיא מצויה. [ואמנם בתוס' שם כתבו עוד פ"י אחר דקבורה וירושת נצ"ב אינם מצוים כיון שהם רק פ"א בחיים, ולפי"ז גם נכסי מלוג דמיין לצאן ברזל בזכות ירושתן שהיא רק פ"א].

ועי' ברמב"ן נ"ג א' שבתחילה רצה לומר דלא תקנו קבורה כנגד ירושה, חדא דא"כ למה אמרו קבורה כנגד כתובתה, הרי גם נכסי מלוג יש בהם ירושה ויתקנו גם כנגדם קבורה. ועוד למ"ד ירושת הבעל דאורייתא למה חייב בקבורה. ובע"כ דנכסי צ"ב אינם מדין ירושה אלא שלא הגיע זמן הפירעון [עי' משכ"ב באות פא פב בזה]. אמנם הרמב"ן שם מוכיח דנצ"ב מדין ירושה, ולכן מבאר הרמב"ן דתקנת קבורה הוא כיון דכתובתה לבעל אי מדאורייתא אי מדרבנן במה תיקבר והלא קרובים כיון שאינם יורשים אותה לא ירצו לקבור. לפיכך תקנו לה קבורה ממנו, שלא נישאת ע"מ להשליכה לכלבים. ולפיכך לא אמרו כנגד ירושת מלוג שתקנו מצוי למצוי אבל נכסי מלוג אינם מצויים כלל עכ"ד. ומבואר כגרע"א. פח) תוד"ה יורש. עי' בדו"ח להגרע"א.

פט) יורשיה יורשי כתובתה חייבים בקבורתה. מבואר בגמ' דהגם דירש רק את הכתובה דמנה ומאתים [לשיטת רש"י] או את הנצ"ב [לשיטת תוס'] חייב בקבורתה אע"ג דאינו יורש את הנכסי מלוג. וכבר הובא לעיל הסבר הגרע"א דלמסקנא חיוב הקבורה תלוי רק בנצ"ב ולא בנכסי מלוג.

אמנם הבי"ש (סי' נה סק"א) מפרש דלעולם התקנה גם כנגד נכסי מלוג [כמש"כ התוס' פ' ב'] אלא דמ"מ כל שיש לבעל איזה צד ירושה אפי' במקצת תקנו עליו חובת קבורה לגמרי. ועפ"ז כתב הבי"ש דלפי תקנת שו"ס שאם מתה האשה בשנה השניה יורש הבעל מחצה מן הנכסים, חייב הבעל לקברה בעצמו בלי השתתפות יורשי האב, מאחר ויש לו מקצת דין ירושה. אמנם החלקת מחוקק סק"ז כתב דבשנה שניה חייב הבעל רק במחצית הקבורה.

וכתב הגרע"א דלדברי החלקת מחוקק צ"ל בביאור דברי הגמ' [אם לא נימא דהתקנה רק כנגד נצ"ב, אלא כשיטת המהר"ל דגם נ"מ ירושת נכסי מלוג הם סיבה לחייב בקבורה] דאם יש איזה סוג ירושה שזוכה בה הבעל את הכל, תקנו חיוב ירושה גמור, ולכן בשומרת יבם שאת הנצ"ב מיהת יורש בשלימות, [וכן לרש"י יורש את המנה ומאתים בשלימות כמש"כ תוס' פ' ב'], חייב בקבורתה לבדו. אבל בתקנת שו"ס שיש לו מחצה בכל חלקי הירושה, הן בנצ"ב והן בנכסי מלוג, אינו חייב אלא במחצה.

ובאמת כן מבואר בחי' הרשב"א, ע"ש שביאר קושית הגמ' ולימא אח אני יורש, דאע"ג דאת הנצ"ב יורש מחצה מהיבמה [למאי דפסק הרשב"א כמ"ד בב"ב קנ"ח ב' דנצ"ב בחזקת שניהם], מ"מ כוונת הגמ' להקשות שיתחייב רק במחצה מן הקבורה, ומבואר כחלקת מחוקק ודו"ק. ועי' ברע"א בגליון שו"ע סי' נג אות ד', ובחזו"א סי' ס"ג סק"ג ד'.

דף פא ע"א

צ) בעיקר נידון הגמ' אם יורשי בעל חייבים בקבורתה או יורשי האב. הנה לשיטות דהנדוניא ליורשי הבעל מובן היטב ספק הגמ' כמש"כ תוס'. אבל לרש"י דהנדוניא ליורשי האשה הקשו הראשונים למה יורשי הבעל חייבים בקבורתה, ומ"ש מארוסה דאין חייב לקבורה הואיל ואין נדוניא. ובתוס' תירצו דחייב משום המנה ומאתים, ולא דמי לארוסה דשם לא נתנה כתובה ליגבות מחיים אבל כאן דיבם כאחר דמי חל חיוב כתובה ויבם זוכה בכתובה. ולכן חייב בקבורתה. [ויתבאר עוד להלן]. ובריטב"א כתב בדעת רש"י דבנשואה לא פלוג רבנן דאע"פ דלא ניתנה כתובה ליגבות מחיים מ"מ כיון דבדרך כלל יש בנשואה ירושת נדוניא שוב תקנו אף משום המנה ומאתים וכמו שתקנו גם במקום שלא הכניסה נדוניא.

צא) ולימא אח אני יורש אשתו אין אני קובר. רש"י מפרש דקושית הגמ' שכיון שאין ליבם את הנדוניא [לש"י רש"י] וכל מה שיש לו הוא רק המנה ומאתים, א"כ אי"ז סיבה לחייבו בקבורה דהמנה ומאתים לא הגיע זמן פירעונם וא"כ לא מקבל מהאשה כלום אלא מה שלא משלם משום דלא התחייב מעולם על מצב כזה. [ודמי לארוסה בדף נ"ג א']. אמנם הקשו תוס' דגם לשיטת רש"י הרי יש אמוראים בב"ב קנ"ח שסוברים שהנדוניא ליבם, [או דמחציתה ליבם], וא"כ מה"ט יתחייב לקבור. ועי' ברמב"ן רשב"א ורא"ה שמפרשים שלמ"ד יחלוקו קושית הגמ' כאן שיתחייב רק בחצי קבורה. ותיקף אביי דאתינן עליה משני צדדים. והיינו דנהי דאין יורש את נדונייתה, מ"מ כיון שאין משלם את עיקר הכתובה כבעל, חייב לקבורה כמו שאם לא הכניסה לו נדוניא חייב לקבור.

ודחה רבא דלא ניתנה כתובה ליגבות מחיים. וצ"ע א"כ למה בעל חייב לקבור [אם לא הכניסה נדוניא] ובע"כ דסגי בירושת מנה ומאתים ולמה כאן לא יקבור. וביאר הריטב"א דבבעל עשאוהו לעולם כיוורש, אבל כאן שבזמן מיתת הבעל לא חל חיוב קבורה, והיום שמתה אין כאן בעל, לא נחשב היבם כיוורש של האשה וא"א לחייבו [ועי' ברשב"א - להלן בביאור שיטת תוס' - שהוסיף דבעל כיון שהוא יורש של נכסי מלוג, תקנו שגם הכתובה תהיה כאילו באה לו בתורת ירושה, אבל ביבם שאין לו תורת יורש גם עיקר כתובה אינה מוגדרת כירושה אלא כאילו לא בא זמן החיוב].

ומדברי הריטב"א משמע דהא דתקנו קבורה במקום שאין נדוניה הוא משום המנה ומאתים - וכנ"ל שתקנו שיהיה לזה תורת ירושה משום לא פלוג - ולו"ד היה מקום לפרש דעצם הזכות לרשת נדוניה מחייבת אע"פ שאין ירושה בפועל, משום לא פלוג, וכן משמע מדברי הגרע"א בשו"ת מהדו"ת סי' נט.

ולדעת רש"י אין כל הכרח מהסוגיא דעל הנדוניה יש מדרש כתובה, דלשטתו הסוגיא לא מיירי כלל בדין נדוניה אלא בדין עיקר כתובה, [וכמו שנתבאר מהסוגיא שיטת רש"י במשנה שעל הנדוניה אין מדרש כתובה ושייך לאשה].

צב) ושיטת תוס' ושאר ראשונים דהנדוניה ליבם, ולפ"ז התקשו מאי פריך אח אבי יורש, והרי בנדוניה זכה מן היבמה. ובתוס' פירשו דיאמר שירוש רק את הזכויות ולא את החובת קבורה כמו בהניח להם אביהם פרה שאולה, ולפ"ז צ"ב מהו תירוץ אביי דאתינן עליה משני צדדים, וע"י מש"כ התוס' ד"ה משום, והריטב"א, דהכוונה דאם לא חל חיוב כתובה בע"כ דדיינינן כאילו האישות של החי נמשכת והרי היא כאשת היבם, וממילא יהיה לו חיוב קבורה כאילו הוא עצמו הבעל [וע"י ברע"א שמוכח מדברי התוס' דבהא דהניח להם אביהם פרה, אפי' אם בא המשאיל ואמר תחזירו לי הפרה או תקבלו עליכם אחריות, אפי"ה היתומים אין צריכים לקבל אחריות. ודלא כרא"ש רפ"י דב"ק שסובר דרק בסתמא פטורים מאונסין. וצ"ב בדברי הגרע"א למה כאן לא דמי לסתמא].

והרמב"ן והרשב"א פירשו דקושית הגמ' היא דבאמת גם בבעל אין סיבה לחייבו משום הנדוניה שהרי לא הגיע זמנה ליגבות [דלשיטה זו גם הנצ"ב בכלל המדרש כתובה ולא ניתן לגבות מחיים וכמשנ"ת במשנה] והא דחייבו את הבעל הוא דכיון שיש לו תורת יורש על נכסי מלוג דנו גם את הנצ"ב כירושה. אבל יבם שאינו יורש ובא רק מכח אחיו א"א לחייבו בקבורה שהרי אין לו תורת יורש.

צג) מאן שמעת ליה דאית ליה מדרש כתובה. ע"י בתוס' נ"ג דב"ה פליגי על דין מדרש כתובה והא דהודו שבע"א אומר מת בעליך יש לה כתובה לא הודו משום המדרש כתובה אלא משום ק"ו מערוה החמורה על ממון. ודנו שם התוס' ד"ל דליפות כחה של האשה יש להם מדרש כתובה ולא להרע כחה. ובתוס' בסוגיין ד"ה והא כתבו סברא דגם ב"ה מודו דלהפסיד את האשה יש מדרש כתובה גם לב"ה, וצ"ע דלכא"ו הוי סברות הפוכות. [אך עצם הדברים אינם סתירה, דשם מיירי התוס' לבתר שהודו ב"ה לב"ש, וכאן מיירי לפני שהודו].

והרשב"א הביא בשם ר"ת שבמקום שהדברים מפורשים אי"ז נקרא "מדרש" כתובה, ורק בדברים שאינם מפורשים הוי מדרש כתובה, וע"ש שמיישב לפ"י הסוגיות.

צה) בגמ' ואמאי ספיקא הוא זנאי ספק לא זנאי וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי. [ע"י בתוס' ביבמות דהיתה הו"א שיוציא ספק מידי ודאי משום שהיא ברי וע"י בשטמ"ק כאן] וצ"ע למה הוי ספק הרי עשה הכתוב ספק כודאי. וגם צ"ע מאי מהני לב"ש דשטר העומד ליגבות כגבוי הרי ודאי דאין לה כתובה.

וצ"ל דכל דין זה נאמר רק לגבי האיסור ולא לגבי הממון. אכן צ"ע דא"כ למה מפסידה את הכתובה הרי בלא דין "עשה הכתוב ספק כודאי" דיינינן שודאי לא זינתה וכמו שהוכיח הגר"ח (פ"ו מיבום) מהא דאיכא מ"ד דבמחל על הקינוי הרי היא מותרת לבעלה.

והנה התוס' סוטה כה: הקשו למה לא תיטול האשה את הכתובה אפי' לב"ה משום דברי ושמא ברי עדיף (למ"ד הכי) וכמו"כ קשה למ"ד ברי ושמא וחזקה מוציא ממון. א"כ גם בסוטה נצרף את הברי לחזקת כשרות. ותירצו דהתורה עשאתה כספק. וצ"ע הרי התורה עשאתה כודאי ולמה כתבו תוס' דהוא ספק. וביארו בזה, דיש ב' דינים בסוטה, א) דהתורה עקרה את החזקה, וזה דין כללי לגבי כל דיני התורה, ולכן מהני לכתובה. ב) דעשאתה כודאי, וזה נאמר רק באיסורים. [ולכן לגבי הכתובה הוי ספק].

ולפ"ז מיושב למה לב"ש גובה, דדין ודאי הוא רק באיסורים, ואילו לגבי הממון אי"ז אל אספק ומש"ה מהני דינא דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי דהיא המוחזקת.

ובחי' ר' שמואל (סי' י') ביאר באופן אחר, דהנה המהרש"א לעיל ל' ב' כתב דקטנה שזינתה ברצון אע"פ שפיתוי קטנה אונס הוא ואינה נאסרת על בעלה, מ"מ מפסדת כתובתה, ומשמע דהפסד הכתובה אינו מחמת שנאסרת לבעלה אלא מחמת מעשה הזנות. וכן מוכח בהפלאה לעיל נ"א כתב דאשת כהן שנאנסה - וכבר נאסרה על בעלה, ומ"מ לא הפסידה כתובה כמבואר בשלהי נדרים - ושוב חזרה וזנתה ברצון, מפסדת כתובתה. ומוכח דאע"ג דאינה נאסרת ע"י הביאה השניה מ"מ מפסדת כתובתה.

אולם באמת גם להנך אחרונים נראה דלא רק הזנות גורמת הפסד הכתובה, אלא דאם אוסרת א"ע לבעלה הוי זה עצמו סיבה להפסיד כתובתה אף בלא הטעם שעשתה מעשה זנות, ושני הדברים הם סיבה להפסיד כתובתה, הן אם זינתה, והן אם גרמה איסור. [וכדמשמע מדברי הרמב"ם פכ"ד ה"י מאישות: שמעשיה גרמו לה להיאסר על בעלה].

ולפ"ז י"ל דבסוטה אפי' אם לא ננקוט שזינתה מ"מ עצם האיסור לבעל גורם להפסידה כתובתה, דזה תולדה מהאיסור [ומה דהוי רק ספק ולא מפסידה בודאי, משום דעל הצד שיתברר שלא זינתה אין מפסדת, וכיון דהיתה יכולה לשתות ולהפקיע הספק כודאי שוב יש ספק שמא היתה שותה וניתרת].

צו) בתירוצו של אביי דסברי ב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי, יסוד תירוצו דמשו"ה חשיבא האשה כמוחזקת בכתובה וממילא לא מקרי נכסי אחיו אלא נכסי האשה ומינה ירית.

ודחיית הגמ' והא בעינן לכשתנשאי וכו', נחלקו בזה הראשונים אם הפירכא לב"ש או לב"ה. והנה התוס' בפירושם שפירשו דפריך אליבא דב"ש, כתבו דיסוד הקושיא משום דדמי לארוסה דג"כ מהני ביה המדרש כתובה לומר דלא מקרי דירוש ממנה הואיל ולא חל החיוב.

והריטב"א מפרש דיסוד הקושיא דכאן לא מקרי "עומד ליגבות" משום המדרש כתובה. וא"כ לא הוי כגבוי. והנה מדברי שניהם משמע דחוב הכתובה חל כבר, אלא דלא מהני לענין הקבורה או משום דלאו כגבוי או משום דגם אם הוי כגבוי לא נחשב שירש ממנה הואיל ולא הגיע זמן החיוב. ובחי' הגר"ח סטנסייל כתב בגדר הדין דלא ניתנה כתובה ליגבות מחיים, דהחיוב של הבעל הוא בגדר חוב של חוב, שחייב להתחייב לה כתובה והחיוב ממון אינו חל מחיים. ולכאורה לפ"ז ל"ש כלל שטר העומד להיגבות, דלא חל החיוב כלל, וצ"ב מה ההו"א.

צז) יבם נמי כאחר דמי. כתבו תוס' דהויא כאילו נטלתם והחזירתם לו. [והיינו דבאמת אינו חייב לשלם כעת, אבל מ"מ נקרא שחל החיוב]. ובגדר הדברים כתב הגרש"ר (יבמות דף לח) דכשמת הבעל הגיע זמן הפירעון אלא דמ"מ כיון שהיבם יש לו זיקה ויכול לכונוס אותה, יכול להיות במקום המת ולהמשיך עי"ז את האישות של המת ומש"ה אינו צריך ליתן כתובה. אבל כשמתה אח"כ, חלות החיוב היא מחמת מיתת הבעל שהרי לא ימשיך את אישות המת. ולפ"ז להצד דהיא

נשואה זוכה בכתובה מחמת ירושה ולא מחמת שהוא יבם, ומ"מ מקרי מוחזק כיון דעד עתה היה בחזקתו מחמת האפשרות לייבם.

אלא דלפ"ז צ"ע מ"ש (לשי' רש"י) המנה ומאתים מהנצ"ב, והרי תרוייהו חל זמן חיובם וכל זכות היבם מחמת דיכול ליבמה, וא"כ למה בכתובה זוכה היבם ובנצ"ב תלוי בפלוגתא דב"ב קנ"ח.

ובמשנת ר"א (יבמות ס"י כא) כתב ד"ל עוד ביאור בדין יבם כאחר, דזה מהני רק לענין דיחול החוב כתובה, אבל מ"מ לא הוי זמן גובינא של הכתובה דזה ודאי תלוי במדרש כתובה לכשתנשא, ולכן יש לזה דין ירושה [הואיל וכבר יש חיוב בעולם, הפקעת החיוב הוי כאילו קיבל מהאשה את החיוב ומתחייב בכתובה] ומ"מ כיון דלא בא זמן הפירעון נקרא הוא מוחזק בכתובה. משא"כ בנצ"ב כבר בא זמ"פ כיון דאין בהם מדרש כתובה. וע"ש במשנת ר"א אריכות גדולה בכל הענין. (צח) בעיקר הנידון האם חל החיוב כתובה מחיים או דחל רק אחר מיתה ע"י מש"כ אות צו בשם הגר"ח דהוי חוב להתחייב, ובאות צו הובאו דברי משנת ר"א. וע"י בחזו"א (ס"י נו סקט"ז) שחקר בזה, [וזה פשוט שהשעבוד חל משעת נשואין כמבואר בכמה דוכתי, אלא ד"ל דדמי לזורק חץ ומכר נכסיו קודם ששיבר את הכלים, שסגי במעשה שהוא סיבה להתחייב כדי לעשות שעבוד אע"פ שאין עדיין חיוב, - כמבואר בנמוק"י פ"ב דב"ק - וכמו"כ בכתובה הנישואין סיבה לשעבוד]. והוכיח החזו"א דהחיוב חל משעת נשואין מהא דמבואר ר"פ אע"פ דמהני מחילה על כתובה לפני גירושין, וכן מהא דאפשר למכור הכתובה - ע"י ב"ק פ"ט - ואמנם לדברי הגר"ח א"י"ז ראייה דהמחילה והמכירה הם על החוב להתחייב.

עוד חקר שם אם נימא דיש חיוב האם במתה בחייו הוי הפקעה מכאן ולהבא, או דמעיקרא החיוב הוא בתנאי שתמות. וכתב שם עוד דאם החוב חל רק אחר גירושין לא נאמר בזה בע"ח למפרע הוא גובה [למ"ד הכי] אלא משעת גירושין ולא משעת נשואין, דרק משעת החיוב שייך למפרע הוא גובה ולא משעת השעבוד.

ועיין לשון הרמב"ם (פט"ז ה"ג מאישות) "אלא הרי היא כחוב שיש לו זמן ואין הכתובה נגבית אלא לאחר מיתת הבעל או אם גירשה". וע"ע בר"ן בע"ב שמוכיח ממה שא"א לפרוע הכתובה מחיים בע"כ, דגם חוב בתוך זמנו א"א לפרוע בע"כ, ולכא"ז זה דלא כהגר"ח.

צט) למסקנא דיבם כאחר לכא"ז ל"ש כאן דין לא נתנה כתובה ליגבות מחיים, דהרי דיינין כאילו כבר חל החיוב אלא שהיבם זוכה בזה, אכן זה תלוי בשני ההסברים באות צו, ולהסבר השני גם למסקנא נשאר סברת לא נתנה כתובה ליגבות מחיים לגבי זמן הגביה, וע"י לשון תוס' ביבמות ל"ח א', משמע דגם למסקנא נשאר הטעם דלא נתנה כתובה לגבות מחיים וצ"ע בזה.

ק) בהא דמבואר בב"ב דנצ"ב איכא מ"ד דהם בחזקת האשה, צ"ב דלא מבעיא למ"ד (יבמות ס"ו ב') הדין עמו הרי חייב לה רק ממון וא"כ הנכסים בחזקתו כמו כל בע"ח, אלא אפי' למ"ד הדין עמה, כבר כתבו האחרונים דהוי רק כאפותיקי ושעבוד ויש שכתבו דאפי' אפותיקי לא הוי, [ע"י אות פא] וא"כ למה חשיב מוחזק. [וע"י בחזו"א (ס"י קי"ט סק"י) דמשמע שהנידון רק בנצ"ב שהם בעין ולהך מ"ד נחשבים כשל האשה ורק דיש זכות לבעל, וצ"ע כנ"ל. וע"י חזו"א ס"י עט סק"י"ג שכתב ג"כ דהוי רק שעבוד וצ"ע]. והנה ברשב"א גיטין מ"ד ב' כתב דאפי' למ"ד הדין עמו, בדאיתנהו אין לה תביעה אלא עליהן במספיקין, ואינן לחלוטין דבעל דאם מת אינן נעשין מטלטלין אצל בניו עכ"ל. וצ"ב כנ"ל. ושמעתי לבאר עפ"משי"כ הר"י"ף ב"מ דף ק"ד דבעיסקא אחר שמת המתעסק הדר הוה כל המטלטלין הבאין מכח העיסקא של הנותן ע"ש. וכמו"כ י"ל דבנצ"ב עד כמה שמסתיימים הנשואין יש לאשה זכות. אלא דמ"מ הבעל יכול לסלקה בזו"ז, דהזכות רק בשווי ולא בגוף הנכסים, ולכן היא מוחזקת, ומ"מ אם הקדישו חל ההקדש דמחוסר גובינא לענין גוף הנכסים.

קא) בחיוב קבורה, מצינו דכל יורש חייב בקבורה. ע"י לעיל מ"ח א', ובשו"ע יו"ד ס"י שמח ס"ב, וכל חיוב דווקא אם ירש, כ"כ השו"ע שם. ומקורו משו"ת הרא"ש. אמנם מהר"ם מינץ (מובא בבאר היטב אבהע"ז ס"י קיח סק"י"ג) וציינו הגרע"א בגליון שו"ע יו"ד שם, פליג על הרא"ש והביא מדברי ראב"ן דלעולם קרוב חייב לקבור אע"פ שלא ירש כלום. [ועיין בשו"ת שציין הגרע"א שם שהאריכו בזה]. ובחזו"א הביא מקור לחיוב יורשים מהגמ' דידן דמסתפקת שמא יורשי האב קוברין אותה.

ולפ"ז צ"ב מהי התקנה המיוחדת בבעל, והנה המהרי"ל ס"י ס"ד כתב דאפי' אם הבעל לא ירש כלום לא פלוג רבנן בתקנתם, ולכא"ז זה נ"מ בין בעל לשאר יורשים. אכן כ"ז א"ש לדברי הרא"ש, אך לדעת הראב"ן דכל יורש חייב לקבור גם אם לא הניח המת ירושה קשה. וע"י בחזו"א (ס"י סט סק"י"ב) כמה יישובים. א) י"ל דבדין קרוב קודם שאר קרוביה קרובים יותר מן הבעל אע"פ שבירושה הבעל קודם. ב) נ"מ שקבורה לפי כבודו ולא רק לפי כבודה. (ובשו"ת בית לחם יהודה כתב דשאר קרובים אין חייבים אפי' לפי כבודו וסגי בכך שיקברוהו באיזה מקום שלא יתנוול). וע"ש שיש לדון שכל בעל חייב מצד יורש וע"ע בס"י ס"ג סק"י"ג משכ"ב.

[ובהא דלדעת השו"ע יורש קובר אם ירש, ע"י בשו"ת חו"י ס"י קלט דהגדר בזה דהממון נקרא ממון המוריש ולא זכה בו היורש כל כמה שהוא זקוק למת, ובבעל אינו כן אלא יש לו שעבוד הגוף וחייב אף ממקום אחר, והראיה שהרי חייב אפי' אם לא ירש כלל. והחיוב לקרוב לקבור אם לא ירש, משמע במהר"ם מינץ דמצוות הקבורה מוטלת על השבעה קרובים והקרוב קרוב קודם. ויש לדון אם יש שעבוד נכסים ע"י או דאפשר רק ע"י כפיה עד שיאמר רוצה אני [כמו בהשבת ריבית לכמה ראשונים - ע"י בנמוק"י ר"פ איזהו נשך]. וא"כ מצאנו עוד נ"מ בין בעל ליורשים].

ואלמנה אינה חייבת בקבורת בעלה לכו"ע, ע"י באבהע"ז ס"י קיח ס"י"ח ברמ"א, ובשו"ת מהר"ם מינץ ס"י נד. קג) תוד"ה הרוצה שימכור בנכסי אחריו. כתבו דאפי' אם לית לה מנכסי הראשון אלא משעבדי לא תקינו ליה רבנן כתובה משני, דאי לאו הכי מאי אהני ליה שכתובתה על נכסי בעלה הראשון. ולפ"ז מהני התקנה אם מכר שלא יגבו הימנו. והקשה החזו"א (ס"י קלה) דהתינח לפ"מ שאמר אביי בע"ב דהמכירה חלה בדיעבד ניחא, אבל לרב יוסף דאפי' בדיעבד בטלה המכירה, א"כ מאי אהני ליה, דהרי אחר התקנה דרבנן אין מציאות שימכור. וכיון שכל הנכסים שלו, א"כ אפי' אם יש שעבוד כתובה גם על נכסיו הרי היה יכול להגבות ממה שירצה, ומה אהני ליה שאין לו שעבוד. [ואם אשתדוף באמת יש שעבוד עליו].

ותירץ החזו"א דכוונת תוס' דאפי' אם מכר הבעל המת את קרקעותיו [דאז ודאי חלה המכירה] ג"כ לא תקנו כתובה משני, וכך מפורש בט"ז (ס"י קסח). ולפ"ז נמצא דמוכח מתוס' שאפי' אם הנכסים היו משועבדים קודם שנפלה ליבום ג"כ לא תקנו כתובה משני. אכן התוס' ביבמות ל"ט א' כתבו דבכח"ג תקנו כתובה משני, דא"כ תהיה קלה בעינינו להוציאה, דמה איכפת לו שיגבו הקרקע המשועבדת.

ובדעת תוס' דידן תירץ הט"ז דס"ל דעדיין אינה קלה בעיניו להוציאה שחושש שמא ישתדפו השדות שביד הלקוחות. והדברים צ"ב, דמ"מ דכל זמן שעדיין השדות קיימים היא קלה בעיניו להוציאה שהרי אם יגרשנה עתה שוב לא ישתעבדו נכסיו. וביאר בזה החזו"א דמ"מ לא ירצה להרגיל קטטה בביתו שמא עד שיגרשנה בפועל ישתדפו הנכסים, ובוזה סגי למעבד שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. והתוס' ביבמות כתבו דנ"מ שאם מכר בתחילה מנכסיו ואח"כ השתדפו נכסיו אחיו לא חל השעבוד. א"נ אם גירשה היבם ואח"כ השתדפו נכסיו אחיו הפסידה כתובתה. ולדעת תוס' ביבמות שאם מכר המת הרי היא קלה בעיניו להוציאה. צ"ב למה במכר הוא את נכסיו אחיו אינה קלה בעיניו, הרי כבר אין לו שייכות בנכסים. וביאר החזו"א דדוקא אם מכר באחריות דאז עדיין החוב מוטל עליו לא תקנו כתובה על השני. אבל אם מכר בלא אחריות מתחייב בכתובה מנכסיו עצמו. ושוב נסתפק דשמא סגי בכך שיהיה לשני תרעומות עליו אם יגבו ממנו ועי"ז לא תהא קלה בעיניו לגרשה. ועי"ע בר"ן (מ' ע"ב בדפי הרי"ף) שתירץ דנ"מ בתקנה לגבי נדוניה, ועי' בחזו"א (שם) ביאור דבריו. קד) אם ישראל הוא מגרש בגט ומחזיר. עי' ברא"ש שצריך להתנות שלא תחזור לכתובתה הראשונה אבל בסתמא דינה בכתובתה הראשונה ושוב לא יוכל למכור.

דף פא ע"ב

קה) תוד"ה (בעמוד א') מגרשה, וקשה לרשב"א. עי' ברעק"א ובחזו"א (סי' קכה סק"ח) שתמהו עי"ז דאין כל הכרח דבהו"א סברה הגמ' דהמקח בטל בכל השדות, [הגרעק"א כתב ד"ל דהמשנה קיימא על היכא דבלא האשה לא היתה חלה המכירה, והחזו"א כתב דהגמ' רק דימתה את הדין נחת רוח עשיתי לבעלי בין ג' שדות לנכסיו מלוג]. ואי איתא וכו' נייחד לה שעור כתובה. עי' בר"ן שהקשה דאפי' אם לא נתנה כתובה ליגבות מחיים והוי כחוב

שלא הגיע זמנו, מ"מ למה לא יוכל להגבותה בע"כ, וכתב שיש שהוכיחו מזה דא"א לפרוע חוב בע"כ של המלוה בתוך זמנו. אכן הר"ן דחה דשאני הכא שהזמן ניתקן אף לטובת האשה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. והריב"ש בשטמ"ק והגרע"א כתבו דיש לדחות דשאני הכא דא"א פירעון גמור, דאם היה זה פירעון גמור שוב היה היבם מתחייב בעצמו בכתובה. אלא דהוי רק ייחוד להכתובה וסילוק השעבוד משאר הנכסים. וא"כ י"ל דאת זה א"א לעשות בתוך זמנו בע"כ. משא"כ אם כבר בא זמנו דאז יכול להגבות, יכול גם להתפס משכון. [והנה לעיל אות צו הובאו שני ביאורים בדין יבם כאחר, ומדברי הר"ן והריב"ש והגרע"א משעמ דע"י דין יבם כאחר הוי כזמן הפירעון ולא רק שחל החוב].

קז) כתב החזו"א (סי' קכ"ה סק"ז) שכשמיחד לה בכתובתה פקע השעבוד משאר נכסים, ומדברי הגרע"א בדו"ח נראה שאין הכרח שיפקע השעבוד. [וכן מבואר בריב"ש דעדיין האחריות עליו]. ועי' בדבריהם כמה שהקשו על הא דפריך מסיפא דקתני לא יאמר אדם לאשות וכו' דדילמא שם מיירי לגבי שאינו יכול להפקיע השעבוד משא"כ ביבמה ע"ש בארוכה.

קח) תוד"ה עצה טובה. עי' היטב בחזו"א (סי' קכה סק"ח) שביאר הדברים. קט) אנא בנכסי פליגנא לך. הקשה הר"ן איך יכול היה להקנות את הנכסים, הרי כל זכירתו באה רק אחרי שמייבם, וא"כ לפני כן הוי דבר שלא בא לרשותו וכמו אומר שדה זו לכשאקחנה תקדוש דלא קדשה. [כדאיתא לעיל נ"ט א']. ותירץ הר"ן דמיירי שם שלא היו אלא שני אחים וכל זמן שלא ייבם הרי יד שניהם שוה בנכסיהם, הילכך יכול לסלק את עצמו שלא יזכה מחמת היבום בחלק הנוסף מן הנכסים וממילא זה ישאר של אחיו. [ואזיל הר"ן לשטתו ר"פ הכותב דגם בנחלה דאורייתא יכול לעשות סילוק].

ובקצה"ח (סי' רע"ח סק"ג) כתב דלפי תוס' יש לתרץ ג"כ כנ"ל דביבם מהני סילוק אע"ג דהוי דאורייתא. דהנה יבם הוקש לבכור, ובבכור כיון דמתנה קרייה רחמנא ויכול להסתלק אף אחר מיתת אביו, א"כ ה"ה לפני מיתת אביו ע"ש. קי) אכן הקשה הקצה"ח דברש"י ד"ה אע"ג כתב "וקנו מידו" משמע דהוי קנין, וצ"ע כקושיית הר"ן דהו"ל דשלב"ל. ותירץ בשם בנו הניק המופלא כמר זאב וואלף, דכיון שלא היו כי אם שני אחים כמש"כ הר"ן, א"כ יכול למכור לו את החלק פשיטות שכבר זכה בו מדין ירושת אח.

ובקוב"ש אות רצ כתב דמה שהר"ן לא תירץ כך, מפני שסובר דע"י יבום פקע כח ירושה וכל הירושה היא רק מכח יבום. וכ"כ בזכרונ"ש סי' ס"ב אות ד', וכתב דיש בזה מחלוקת ראשונים אם גדר ירושת יבם הוא חיזוק ירושת אח או דהוי ירושה חדשה.

ובהגהות מלואי חושן העיר ע"ז, דהנה ההפלאה עמד בעיקר קושיית הר"ן דלמה הוי דשלב"ל, הרי ע"י היבום זוכה למפרע ואגלאי מילתא דשלו היתה. ומוכח מהר"ן דאין היבם זוכה למפרע. וא"כ נמצא דעד שעת היבום היה שייך לאותו אח מדין ירושת אח, ומשעת היבום משתנה סיבת הבעלות ונהיה שלו מכח ירושת יבם. ומעתה א"ש תירוץ בנו של הקצה"ח, דאע"פ שסיבת הבעלות משתנה מ"מ כיון דמעיקרא היתה שלו ולבסוף היא שלו דמי לאומר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדוש דמהני כמבואר לעיל נ"ט א'.

ונראה לחלק דבהיתה לו בעלות לעולם ורק אח"כ מפקיע אותה שפיר מקרי בא לעולם אפי' על הזמן של אח"כ. משא"כ כאן שבעלותו מוגבלת ואין לו זכות כנגד היבם א"כ כלפי הזכות שאחר היבם הוי לא בא לעולם. שו"ר שכע"ז כתב בחי' ר' שמואל ב"ב סי' כ"ד.

קיא) אמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא לזבין אע"ג דזבין לא הוה זביינה זבייני. וכתב הגרע"א (שו"ת קמא סי' קכט) דהטעם אינו משום שיש איסור דרבנן ואי עביד לא מהני, אלא דכאן כיון דהתקנה משום הפקעת זכותא דאחרינא חסו עליה חז"ל ואמרו דגם בדיעבד לא מהני. ועי"ע בשו"ת ח"ז סי' סח משכ"ב הגרע"א לחת"ס.

קיב) נפק דק ואשכח הרי שהיה נושה באחיו מנה. וביאר הריטב"א דהראיה היא דהרי כאן כבר זכה היבם בנכסי הבעל - שמלוה להוצאה נתנה, ואפ"ה אמרו חכמים דמוציאין מידו, וכ"ש כשמכר לאחר מיתת הבעל שלא מהנו מעשיו. והנה באות צו הובאו דברי הגרע"א שהטעם שאין מועלת המכירה הוא מפני הפקעת זכותא דאחרינא, ולפ"ז א"ש הא דגם בהלואה בחיי הבעל ישנה לתקנה זו. אבל אם נימא דהטעם דלא מהני משום דנעשה באיסור, הרי כאן לא היה כל איסור בהלואה ומוכח כהגרע"א. אכן יעוי' בקוב"ש שהביא דברי הגהת מרדכי סוף פ"ג דשבועות שהוכיח מדברי רב יוסף דמקח הנעשה באיסור לא מהני. ולפ"ז קשה מה שייכא סברא זו בדינא דהיה נושה באחיו וכנ"ל.

ותירץ הקוב"ש דבאמת טעמא דרב יוסף הוא מחמת האיסור [וכך משמע מלשונו "כיון דאמור רבנן לא לזבן לא הוי זביני"] אלא דכ"ז לפני שדק ואשכח ראה מהברייתא דהיה נושה באחיו מנה, אבל אחר שהוכיח משם מוכח דהטעם כמש"כ הגרע"א דאפי' בלא איסור ג"כ המקח בטל. ומ"מ הוכיח המרדכי מסברת רב יוסף עצמו דמקח הנעשה באיסור בטל. [ועיי' משה"ק ע"ז].

קיג) הואיל ושאיני יורש החזקתי. והקשו האחרונים [ע"י פנ"י וקצה"ח סי' קז סק"ב והפלאה] דהא יבם אינו נוטל בראוי, ומלוה הוי ראוי [כדאשכחן גבי בכור בפרק יש נוחלין - לרבנן דרבי]. ומבואר בב"ב קכ"ז א' דבמלוה שעמו - פי' שהיה הבכור חייב לאב וירשו - פלגי, כלומר שנוטל חצי מפי שנים [דעת רשב"ם משום דהוי ספיקא דדינא אם מקנה לאביו שעבוד חזק שיהיה נחשב מוחזק ולכן יחלוקו. דהלכה כסומכוס. ותוס' כתבו דהוי תקנה דרבנן. והיד רמ"ה כתב דאף אחד אינו מוחזק בנכסים והוי ממון המוטל בספק דלכו"ע יחלוקו. - אכן דעת הר"י דבכור נוטל לגמרי פי' שנים ולפי"ז ל"ק]. וא"כ צ"ע למה יאמר הואיל ואני יורש.

והיה מקום לומר דמייירי שאין עוד אחים וירשתו מדין אח ולא מדין יבם. אכן הוכיח ההפלאה מתוס' דהירושא מדין יבם, דיעוי' בתוד"ה לא יאמר דהטעם דא"א למחול משום דירוש מכחה. ובע"כ דאיכא עוד אחים. [או דנימא דירושא יבם מפקיעה דין ירושת אח, ע"י מה שצויין באות ק"י, וכן נקט בחזו"א (קכ"ה סק"ב)]. ולכאוף כן משמע גם מלשון רש"י "הואיל ואני יורש - שאכנס האשה ואזכה בנכסים] והדק"ל.

ותירצו הפנ"י והקצה"ח דמייירי הכא רק לגבי הפלגא שירש היבם ע"ש. והגרש"ש (סי' מז) והחזו"א (ב"ק סי' טו סקל"ח) נקטו דיבם שאני מבכור וירש הכל. [החזו"א כתב דכיון שהבעל יורש יחיד אין בזה חסרון של ראוי, דא"י מחוסר גוביינא, משא"כ אם יש עוד אחים לגביהם הוי מחוסר גוביינא ונחשב כראוי, - וחזו"א דנקט דהראוי תלוי בירוש ולא במוריש ואכ"מ, והגרש"ש מפרש מטעם אחר, דחלוק המקור דראוי בבכור מהמקור של ראוי ביבם ע"ש ואכ"מ]. אולם בחלקת מחוקק סי' צ' סק"ח הביא תשובת הרשב"א דגם ביבם במלוה שעמו פלגי. וכן הביא הקצה"ח סי' רע"ח סק"ז בשם תשובת הרמב"ן.

עוד תירץ החזו"א דבאמת יש מחלוקת ראשונים בהא דיבם אינו יורש בראוי, האם הוא בראוי של נכסי אחיו המת, או רק בראוי לבוא לאביהם [היינו שמת האב אח"כ והיבם נוטל את חלק המת בנכסי האב] ע"י בזה ברש"י יבמות כ"ד ב' ובחי' הרשב"א שם, ובשו"ע אבהע"ז סי' קס"ג ובביאור הגר"א סק"ד [וע"י חי' ר' שמואל ב"ב סי' כ"ו אריכות גדולה בזה]. וא"כ להשיטות דרק בנכסי האב אינו יורש בראוי א"ש הא דירוש חוב אחיו, דבנכסי אחיו ליכא לדינא דאין יורש בראוי. [וא"כ י"ל דתוס' סברי כשי' זו, ורש"י כאן ג"כ אזיל לשיטתו, והראשונים דפליגי סברי דהיה אח יחיד וירש מדין אח].

קיד) הרמב"ן בב"ב קכ"ה הביא להוכיח מסוגיתו דכתובה גובה מן הראוי, דהא מבואר כאן דאפשר לגבות כתובה ממלוה. ודחה הרמב"ן ד"ל דסוגין כרבי דמלוה הוי מוחזק. ושוב הקשה דא"כ הו"ל תלת חומרי בכתובה [ובגמ' לקמן פי"ב א' משמע דיש כאן רק תרי חומרי], ותירץ הרמב"ן דהכא אב"י לשיטתו דס"ל בע"ח למפרע הוא גובה וא"כ הו"ל מוחזק. וחזו"א מדברי הרמב"ן דגם במטלטלין אמרינן למפרע הוא גובה. [ואזיל בזה הרמב"ן לשיטתו דלר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה גובין אפי' מלקוחות והיינו דיש שעבוד נכסים על המטלטלין ושייך בהם למפרע הוא גובה, ועיקר שיטת הרמב"ן תתבאר בעז"ה להלן].

והקצה"ח (סי' ק"ז סק"ב) הקשה דאם למפרע הוא גובה א"צ כאן לשעבודא דר"י, וכמבואר בפסחים ל"א א' דכל מאי דבעין לשעבודא דר' נתן הוא רק אם מכאן ולהבא הוא גובה. ותירץ החזו"א (ב"ק סי' ט"ו סקל"ח) דבלא דינא דר' נתן היה החוב פוקע כיון שכאן הוא חייב לעצמו, אבל לבתר דינא דר' נתן שאין החוב פוקע שפיר אמרינן למפרע הוא גובה, ומיושב שפיר דבעין כאן לדינא דר"י ומ"מ הוי מוחזק ע"י דלמפרע הוא גובה.

והקצה"ח עצמו תירץ ע"פ סברת הרשב"ם דהא דבמלוה שעמו פלגי הוא משום שיש ספק אומדנא שהבכור הקנה לאביו באופן שיש שעבוד אלים וחשיב האב מוחזק, ומחמת הך ספק יחלוקו. וא"כ ביבם דיחלוקו הוא ג"כ מהאי טעמא שמא הקנה לאחיו בשעבוד אלים. וא"כ י"ל דכיון דצד הזכיה של היבם הוא מחמת שעבוד אלים שפיר נחשב למוחזק גם לגוביינא של בע"ח ודו"ק. [ובעיקר סברת הרשב"ם דמאלם את שעבוד אביו, ביארו דעושה את הקרקע למשכון והוי כמלוה שיש עליה משכון].

קטו) מוציאין מיבם וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות. וצ"ב איך עובר השעבוד מהמטלטלין שהגבה היבם לקרקע, והרי דמי למי שמוכר נכסים משועבדים שבפשוטו אין השעבוד עובר לדמי הקנין של המשועבדים. והנה הרא"ש ר"פ מי שמת כתב בשם רב האי גאון דלבתר תקנת הגאונים שגובין מזונות האשה והבנות ממטלטלין, אם היה ליורשים קרקע ומכרוהו גובין מהדמים של הקרקע. [ובפשטות הכוונה שלפני תקנת הגאונים כיון דהשתא יש בידם מטלטלין, אמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי. אבל ע"י תקנת הגאונים שמטלטלין משתעבדים חל עליהם השעבוד מפני שהם דמי המשועבדים. ולשון רב האי: מה לי קרקע כדהוה מה לי שקלי דמים דיליה].

והרא"ש (שם סי' ד') מתמיה ע"ז: דהנהו זוזי לא אשתעבדו לבנות אלא שעבודיהו אנכסי אבוהון וכיון שמכרו ואין יכולין לטרוף הפסידו. למה הדבר דומה למלוה ע"פ שיצאתה על היתומים ומכרו נכסים שאין בע"ח גובה מן הדמים שבידם דלאו הני זוזי שבק להו אבוהון. [ובפלא דלא חריפתא תמה על תמיהתו, דאה"נ דרה"ג פליג גם במלוה ע"פ וכמבואר בטור סי' קז. ויבואר להלן]. וע"י גם ברמב"ן ובנמוק"י שם.

והשתא לדברי רה"ג היה מקום לישב דגם כאן כיון דמטלטלי דיתמי משתעבדי דמי לדברי רה"ג דגם דמי המטלטלין משועבדים אבל לדעת הרא"ש קשה.

ותירץ החזו"א (סי' קכ"ה סק"ב) דהכא חשיב כמכרה היא ובכח תקנת חכמים, משא"כ בלוקח שמכר והחליף אין בע"ח גובה הימנו.

קטז) ובעיקר שיטת רה"ג, תמהו האחרונים (בי"מ סי' צג סכ"א, ואב"מ שם סקכ"ג, ונתיב"מ סי' קז סק"ז ואו"ש פי"ח הי"ג מאישות ואמרי בינה הלכות גבי"ח סי' כב וחזו"א ב"ק סי' טו סקל"ז) דבבכורות מ"ח מבואר דאחים שירשו שעבוד שהיה על האב וחלקו, אם דינם כלקוחות אין גובין מהם דמלוה ע"פ אינו גובה מן הלקוחות. והשתא צ"ע דלדברי רה"ג דדמי המשועבדים משתעבדים [ומש"כ דרק לבתר תקנת הגאונים ישנו דין זה הוא משום דמייירי שדמי הקרקע הוא מטלטלין, אבל אם החליף קרקע בקרקע אף לפני תקנת הגאונים יגבו מן הקרקע] א"כ הרי כאן שהאח כלקוח, פי' שמכר לאחיו את הקרקע שלו וקנה את הקרקע של אחיו, א"כ הקרקע הוי דמי המשועבדים דידיה, ולמה לא גובים ממנה.

ולכן ביארו האבנ"מ והאו"ש דכל דינא דרה"ג הוא רק לבתר דינא דתקנת הגאונים, [האבנ"מ כתב דלפני תקנת הגאונים יש חסרון שהקרקע השניה היא "ראוי", ורק בתקנת הגאונים נכלל שגובים אף מן הראוי. והאו"ש כתב דלפני תקנת הגאונים כיון שיכול למכור בכסף והכסף לא ישתעבד [דהוא מטלטלין] ואח"כ יקנה בכסף זה קרקע, גם אם החליף בכ"א אין משתעבד. משא"כ לבתר תקנת הגאונים דאין עצה להפקיע השעבוד לכן שפיר חל השעבוד על המטלטלין]. ובמהרי"ט (ח"א סי' קכח) כתב דתקנת הגאונים אינה שיהיה "שעבוד" על מטלטלין. אלא תקנו שיגבו מן המטלטלין "כאילו אביהם קיים". וכיון שאילו אביהם היה מוכר היו הדמים משתעבדים. ה"ה אם יורשיו מכרו דנין הדמים כאילו האב קיים וגובה מהם.

והחזו"א כתב דכל דברי רב האי גאון רק באלמנה בנכסים מועטים דהחיות מתחדש בכל יום ולא במלוה ע"פ [ודלא כטור סי' קז, ומיישב בזה קושית הפלפולא חריפתא - אות קטז -].

והשתא מש"כ לעיל ליישב סוגין לשיטת רה"ג א"ש רק לביאור האו"ש, אבל לביאור האבנ"מ והמהרי"ט והחזו"א אין דף פא ע"ב

דברי רה"ג שייכים לסוגין ודו"ק. וצריך לתרץ גם לשטתו כמו שתירצנו בשם החזו"א לשיטת הרא"ש. אמנם הגרע"א בשו"ת סי' קפ"ה נקט דדברי רה"ג כפשוטם, ולשיטתו קשה טובא מהגמרא בבכורות הני"ל [והאו"ש הוסיף להקשות גם מירושלמי ע"ש] וע"י משכ"ב הגרממ"ש בסוף ספר פניני רבנו יחזקאל דיש בזה מחלוקת הסוגיות ע"ש.

ק"ו והנה בתוס' ד"ה רבי מאיר כתבו דאם מטלטלי דיתמי משתעבדי אף מלקוחות, א"צ בסוגין לדינא דר' נתן. והקשה מהרש"א דלמה לא צריך בזה לדינא דר"נ, והרי הרא"ש כתב דאף לבתר תקנת הגאונים בעינן לדינא דר' נתן. וכן קשה דבפסחים ל"א מבואר דבעינן לדינא דר' נתן אף בקרקע.

וביאר הגרע"א ע"פ הריטב"א שהקשה מ"צ לשעבודא דר"נ, תיפול"ל שיגבו את החוב כמו כל נכסים משועבדים. ותיירץ דאה"נ אם שעבד מטלטלי אגב מקרקע שקנה ושיקנה אה"נ שגובה אותן מבע"ח מדין טורף ובשבועה, שהרי נשתעבדו לו אותן מעות שחזר והלוה בו לזה. אבל לר"נ בלא"ה גובה ממנו בע"כ דהא איהו גופיה אשתעבד ליה ע"ש. ומבואר דאם יש שעבוד על המטלטלין א"צ לדר' נתן. וה"נ כאן הכסף שהלוה לאשה הוא המטלטלין. ולהצד דגובין מטלטלין מלקוחות א"כ גם מהלוה אפשר לגבות אותם וא"צ לדר' נתן. והקשה הקוב"ש דהתינח כשהמעות בעין אצל הלוה, אבל אם אינן בעין דיש לו רק את דמיהן, למה יגבה ממנו. והחזו"א (סי' קכ"ה סק"ב) כתב דהגרע"א לשיטתו - אות קטז - דגם דמי המטלטלין משתעבדים וכשיטת רב האי גאון. ומעתה א"ש דברי התוס', דאם מטלטלי משתעבדי יש לו זכות גובינא מדין שעבוד נכסים וא"צ לדר"נ. ולכן הוכיחו תוס' דאין המטלטלין המכורים משתעבדים, וממילא המעות של ההלוואה [דחשיבי כמכורים דמלוה להוצאה ניתנה] אין בהם שעבוד, ולכן בעינן לדינא דר' נתן.

אמנם החזו"א אינו סובר כהגרע"א, וכתב דכוונת הריטב"א אינו שהמעות עצמם משועבדים, אלא "המלוה" יש לה דין מטלטלין, וה"מלוה" - כלומר זכותו של המלוה היא נחשבת כמטלטלי דיתמי שאותה יכול לגבות. ולפ"ז א"א לפרש דברי התוס' ע"פ הריטב"א, דהרי לעולם א"י נחשב כמכור אצל הלוה, דאין הנידון על "המעות" אלא על המלוה והיא תמיד נחשבת ברשות לזה, וא"י תלוי אם מטלטלי נגבים מלקוחות, והדרא קושית המהרש"א לדוכתא. וע"י בבית יעקב שתיירץ כעין סברת הגרע"א, אלא דהא דבליטנהו למעות בעין חייב הוא משום מזיק שעבודו של חבירו. וע"י בפני"י משכ"ב. ק"ח) תוד"ה לא יאמר. הקשו שימחול לעצמו. והר"ן כתב דא"א למחול לעצמו. [והובאו שתי הדעות בחו"מ סי' ס"ו סכ"ג]. וביאור המחלוקת כתב בקוב"ש (קידושין אות קכג) דתלוי אם מחילה היא הקנאה או סילוק. דאם הוי הקנאה לא שייך להקנות לעצמו ואם הוי סילוק אפשר להסתלק גם לעצמו.

ובקצה"ח (סי' סו סק"ל) הקשה דבאבה"ע לא הובאה מחלוקת בזה אלא מבואר שאפשר למחול לעצמו, ע"ש מש"כ לחלק בזה, וע"י בחי' הגרש"ש סי' מז מה שביאר בזה.

ובעיקר קושית תוס' העירו דלכא"י כשם שא"א למכור נכסי אחיו ואפי' בדיעבד לא חל. כמו"כ מכח הך תקנה לא יוכל למחול ומה הקשו תוס'. ואולי י"ל דתוס' לשטתם דהוי "סילוק" וזה יכול לעשות גם בטר התקנה, דרק לענין מכירה הפקיעו מכירתו.

קיט) ותיירצו תוס' "דאינו יורש אלא מכחה". וביאר החזו"א (קכה, יג) דלא זכה אלא מכח יבום ולא זכה אלא במה שמשתייר אחר פירעון חובותיו. והיינו דשאני ירושת יבום מירושת אח דבזה אין לו זכות למחול ולהפקיע זכות אחיו. עוד תירצו דיתחייב לשלם משום דינא דגרמי, והיינו משום שמפסיד לאשה את זכותה מדין שעבודא דר"נ.

קכ) בפלוגתא ר"מ ורבנן אם מטלטלי משתעבדי לכתובה. לדעת רבנן נחלקו הראשונים האם אין גובין כתובה רק מן היורשים או דגם מיניה ידידה אין גובין. ע"י בתוס' כאן דאף לר"מ אין גובין אלא מיניה, וא"כ לרבנן אפי' מיניה אין גובין. וכ"ד הרשב"א והרמב"ן קדושין ס"ה ב', והר"ן והרשב"א נדרים ס"ה ב'. אולם הראשונים בקידושין הביאו שדעת הראב"ד שמיניה ידידה אף לרבנן גובין, והפלוגתא דר"מ ורבנן הוא רק אצל היורשים.

ולדעת ר"מ, שיטת תוס' בסוגין דגובין רק מיניה, אולם הרמב"ן והרשב"א בקידושין שם סוברים דלר"מ גובין אף מיורשין ואפי' מלקוחות, ועדיף טפי ממלוה, דכאן יש קול והכל יודעין שיש לאשה כתובה וממילא אף המטלטלין משועבדים ואין כאן תקנת לקוחות.

קכא) והרמב"ן והרשב"א הוכיחו דלדעת רבנן אין גובין אפי' מיניה ידידה מהגמ' בקדושין ס"ה גבי שנים שבאו ממדנה"י ואשה עמהם וחבילה עמהם וכ"א אומר זה אשתי וזה עבדי וזה חבילתי, דהאשה נוטלת כדי כתובה מן החבילה [לאחר גירושין] וכו"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה, משמע דלרבנן אף מיניה אינה גובה. [והראב"ד מעמיד שם בשמתו השנים וגובה מיורשיהם]. עוד הוכיחו מנדרים ס"ה דמבואר שם דמוכר שער שעל ראשו ונותנו בכתובתה, ומוקים לה כר"מ ע"ש. [וע"י בב"מ ריש סימן ק' שהוכיח דכן דעת רש"י לעיל ס"ז א. ודעת הרמב"ם - תלוי בגירסאות, ע"ש פט"ז ה"ה מאישות]. ובטעם הדבר דאין גובין ממטלטלין כתב הרשב"א בקידושין: דכל אסמכתינהו אינה אלא על הקרקע לפי שעומדת ימים רבים ואין זמנה קבוע, ועוד שאין דרכה לחזר אחר המטלטלין שיכול להטמין, אלא אחר הקרקע שהוא ידוע לכל, משא"כ בבע"ח שזמנו קבוע ודעתו שיטרח בכל חובו לפרוע לו במעות. וברשב"א בתשובה (ח"ד סי' קנב) הוסיף בזה: לפי שהיא מסלקת דעתה מהן לגמרי משום דאין כתובה נגבית אלא או באלמנות או בגירושין, ואם מן האלמנות הרי היא כחוב בעלמא שהבא ליפרע מנכסי יתומים שאין דעת המלוה עליהם מן הטעם שאמרנו, [ע"ש שכתב דהטעם משום שאין סומך על היתומים וסובר שיבריחו המטלטלין משום שלא עשה להם המלוה טובה], ואם מן הגירושין כיון שהוא מוציאה מתוך איבה אף הוא עשוי להבריש נכסיו, עכ"ל.

קכב) ובתוס' לעיל י' א' כתבו דאפי' למי' כתובה דאורייתא ומדינא גובה מן העידית ומן המטלטלין, מ"מ הקילו חז"ל כדי שלא יפרשו מהן בני' אם יצטרכו למכור עידית או מטלטלין וחשו כדי שיקפצו עליהם ע"ש. [וראיתי באחד מן האחרונים שכתב דטעם התוס' שייך רק לענין שאין המטלטלים נגבים מן הלוקחות - כשיטת הראב"ד - אבל אין טעם זה מספיק לענין גביה מיניה, שהרי אף אם יגבו מיניה מטלטלין אין מניעה למכרם. אולם צ"ב לפי' מש"כ תוס' סברא זו גם גבי עידית, והרי עידית אינה נגבית מן הלוקחות אף במזיק משום תקון העולם כדתנן בריש הניזקין, וא"כ למה ביטלו דין גביה בעידית במיניה, הרי אי"ז מניעה למכירה. ולכא' מוכח מזה דמש"כ תוס' "אם יצטרכו למכור" הוא לא דוקא אלא כוונתם שלא ירצו להינשא אם ידעו שיצטרך "להגבות" עידית או מטלטלין, וצ"ע]. וכן משמע ברמב"ם שהוא תקנה דרבנן ע"ש פט"ז ה"ה שהוא מקולי כתובה וכ"ה בנמוק"י נדרים ס"ה.

קכג) אכן צ"ע דלמה לא יגבו מיניה ידיה משום שעבוד הגוף דמכח זה גובים אפי' אם אין שעבוד בנכסים וכמבואר בב"ב קנ"ז דמיניה גובין אפי' מה שקנה אח"כ אפי' אם דאינן לא משתעבד, [ועי' בחי' רח"ה ה' שבועות שביאר זאת]. ובחז"א (סי' נ"ו סקכ"א) משמע דבאמת איכא שעבוד הגוף גמור על המקרקע ובמטלטלין, אלא דכל דלית ליה קרקעות חשיב דלא הגיע זמן הפירעון לאותו חוב גמור, ולפי' היכא דאית ליה קרקעות חייב לפרוע החוב בין מן הקרקעות בין מן המטלטלין ואיכא שעבוד הגוף גמור, ע"ש וצ"ב. [ועי' בתלמידיו רבנו יונה להלן צ"ו א' שכתבו דהא דמהני תפיסה במטלטלין היינו באופן שיש לו קרקעות, אבל אין לו אלא מטלטלין כיון דמטלטלי לא משתעבדי נפטרו היתומים מלשלם ושוב אינו דין שאם תתפוס מטלטלין שלא נוציא מידה. אולם נראה דאי"ז שייך לענינו, דשם מיירי בתפיסה לאחר מיתה דמהני למזונות ע"ש היטב. ואנן איירינן בתפיסה מחיים ולכתובה. ודו"ק דשני נדונים נפרדים הם בדינם ובטעמים]. ובהפלאה (סי' צ"ו סקכ"ד וריש סי' ק') ביאר דיש לבעל שעבוד הגוף, אלא כל שאין לו קרקע אין יורדין לנכסיו ומ"מ עדיין שעבוד הגוף קיים, והיינו דאמרינן בירושלמי מובא בתוס' בדף י' דפורע ממעות קפוטקיא, והיינו דכדי להפקיע את שעבוד הגוף משלם גם ממטלטלין. אלא דליכא דין ערבות על המטלטלין [ויתכן הביאור דתקנה דרבנן היא - כמש"כ תוס' דף י' - שלא יהיה דין ערבות].

קכד) ובמהר"י וייל (סי' מ') כתב דהא דאין האשה גובה כתובתה מן הראוי היינו אפי' מיניה ידיה, כגון שגירשה ואח"כ נפלה לו ירושה]. והבית מאיר (סי' ק' ס"ב) וההפלאה (שם סק"י) הקשו דמיניה ידיה ודאי יש לגבות אפי' ממה שנפל אח"כ. עוד כתב שם מהר"י וייל דאף משבח איך האשה גובה אף מיניה ידיה וגם ע"ז חלק הבי"מ וכנ"ל. וביאר בזה [עי' בחידושי הרי"ם להלן פ"ד שכתב יסודי הדברים] דבכתובה ליכא שעבוד הגוף אלא רק שעבוד נכסים, אלא דצ"ב לפי' איך מהני תפיסה קודם מיתה במטלטלין [כמבואר במשנתנו ולהלן דף פ"ד]. וביאר החי' הרי"ם [וכ"כ בנחל יצחק סי' פ"ז סק"י ענף א'] דאיכא חוב מצוה לפרוע אף ממטלטלין אלא דאין ב"ד יורדין לנכסיו לחיוב זה. [וכמו שמצינו בחיוב השבת ריבית, דיש ראשונים ברי"ף איזהו נשך דסוברים שאין ב"ד יורדין לנכסיו]. והגרע"א ח"ב ס"ו כתב דכיון שמה שלא גובים ממטלטלי הוא מקולי כתובה, לכן כשתפסה הניחו הדין כפי עיקר הדין. [ועיין ברמב"ן ובר"ן צ"ו א' לגבי תפיסת מטלטלין לאחר מיתה דלשיטת דמהני משום דאלמנה לשעבודה ע"י תפיסה, אך משמע שם שבתפיסה מחיים א"צ לטעם זה].

קכה) ובדעת ר"מ כתבו תוס' דגובה מטלטלין דוקא מיניה ויבם במקום אחיו קאי וחשיב כמיניה. וביאר החזו"א (סי' קכה סק"י) בתרי גווני. דיי"ל שכוונתם כעין שכתבו בד"ה לא יאמר, דבירשת יבם אינו זוכה אלא במה שנותר אחר פירעון החוב. ובאופן אחר יש לפרש דהיבם ממשיך את האישות והוי כאילו יש לו חיוב עצמי לשלם, והוי כגביה מהמחויב עצמו. [וכך מפורש בתוס' בכורות נא:].

קכו) תוד"ה ודלמא "ולא יהיו לקוחות יראים שיטרוף מהן" צ"ל דכוונת תוס' שלא יראו לקוחות לקנות את נכסי היבם [ולא את נכסי המת] דאילו נכסי המת הרי אסור למכרם. ועפ"י הקשה הגרע"א דאת נכסי היבם בלא"ה לא יראו הלוקחות להפסיד, שהרי אם אישתדוף נכסי משתעבדים נכסי היבם רק מכאן ולהבא ומה שקנו הלוקחות קודם אינו משתעבד, וכמש"כ תוס' ביבמות ל"ט א'.

וכנראה תוס' דידן פליגי על התוס' ביבמות וס"ל דאם אישתדוף נכסי משתעבדים הנכסים למפרע, וכן משמע ממה שלא תירצו תוס' בע"א (ד"ה הרוצה) דנ"מ במה שהכתובה על נכסי המת באופן שמכר ואח"כ אשתדוף [וכמו שתירצו התוס' הנ"ל ביבמות]. ועי' ברע"א מש"כ לו"ד התוס'.

דף פב ע"א

קכז) לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי. עי' ברש"י שכתב "דהרי היא מדברי סופרים". ומשמע דזה טעם שלא יחמירו חז"ל לומר שני חידושים בכתובה. ועי' ברי"ף שכתב דלתר תקנת הגאונים שגובים ממטלטלין הדין הוא בנושה כאחיו דילקח קרקע והוא אוכל פירות. והשיג עליו הראב"ד דהא זה תרי חומרי בכתובה. ועי' בר"ן שתירץ שקושת הגמ' היא רק שלא מצינו תנא אחד שסובר כהנך תרי חומרות, אבל ודאי אם פסקינן כתרי חומרות מחמירים אותם גם בכתובה, ולכן אחר תקנת הגאונים שפיר גבינן. ובדעת הראב"ד לכא' צ"ל שהוא פ"י כרש"י דבתקנות דרבנן אין גובין בתרי חומרי. [ועיין בפנ"י שהקשה למה לא תירצה הגמ' דהך מתניתא סברה דכתובה דאורייתא, שהרי נחלקו בזה תנאים]. ועי' ברא"ש שתירץ דברי הרי"ף באופן אחר.

קכח) תוד"ה לא אשכחן. הקשו מהא דלר"ט גובה כתובה מבע"ח. ותירצו דהתם אין היורשין מוחזקין מן הפקדון משא"כ יבם מוחזק מאותה מלוה. ועי' בחזו"א (סי' קכה) שכתב דאם דברי התוס' כפשוטן לחלק בין אם הוא מוחזק או אינו מוחזק קשה להבין הסברא [מדוע זה סיבה שלא יצטרכו לדינא דר' נתן]. ולכן מפרש שלא ע"פ פשוטן של דברים, דיסוד החלוק הוא בין מלוה ידיה למלוה דאחרים. דבמלוה דאחרים א"צ לשעבדא דר"נ, אלא אפשר לגבות מסברא כמו שגובים את שאר חפצי הלוח. [וכקושת הריטב"א כאן והרשב"א בקידושין - מהו החידוש דר"נ]. ומאי דבעינן הכא לשעבדא דר"נ הוא מפני שהיבם הוא עצמו הבע"ח וא"כ מסברא כאשר יורש את החוב והוא חייב לעצמו היה צריך להיפקע ההלואה, ורק משום שעבדא דר"נ שיוצרת זכות לשני בלוה עצמו לא פקע ההלואה. [ועי' בחי' הגרש"ש סי' מז שכי' ג"כ דהטעם דלא פקע ההלואה הוא מחמת שיש שלישי התובע, אך לא הצריך לזה לדינא דר"נ ע"ש].

ויש להעיר דדבריו אינם כלל במשמעות התוס' שהרי תוס' כתבו "תדע דלא חשיבי מוחזקין דהא אי הוו חשיבי מוחזקין לא הוו מטלטלי דידהו משתעבדי לכתובה או לבע"ח", ולדברי החזו"א אין כל מובן לזה, דהא העיקר תלוי במה שאין החוב לעצמם ומה לי אי חשיבי מוחזקין או לא.

ובסוף הדיבור כתבו התוס' דאפי' אחרים חייבים הוה חשיב היבם מוחזק דבמקום אחיו קאי. וכתב החזו"א דזו סברא רק אליבא דר"ט, דאילו אליבא דר"מ דמטלטלי משתעבדי שוב א"צ לדר"נ דהרי הוי מלוה של אחרים ואין כאן תרי



חומרי יוגבה. [ורק לר"ט דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי הוי היבם מוחזק ואין המטלטלין משתעבדים]. [וצ"ע הרי תוס' אזלי דגם לר"מ אין גובין מטלטלי שברשות יורשים] וזה דוחק גדול דהרי תוס' סיימו "לכך צריך לדרי"נ", ולדברי החזו"א צ"ל דזה קאי אלעיל מינה - על חוב של היבם עצמו. אכן ע"ש בחזו"א שמצדד שגם בחוב של אחרים ביבם בעינן לדרי' נתן, דבלא ר' נתן אין האשה יכולה לגבות החוב בנתיים דלא הגיע זמן הפירעון עד שיחלוץ, וא"כ אם יגבה היבם לעצמו שוב אין לה שעבוד, ולכן בעינן לדרי' נתן, לעכב הגביה. ולפ"ז א"ש לשון תוס'. [ובב"ש סי' קס"ח סק"ה כתב דביבם כשיש למת מלוה דאחרים גובה כתובתה מזה. וצ"ע דזה נגד דברי תוס' שאפי' במלוה דאחרים הוי תרתי. וכתב החזו"א דלפי הפי' הראשון דלעיל א"ש, דלבתר תקנת הגאונים הוי כמו לפי ר"מ שאפשר לגבות את המלוה עצמו. ולפי הפי' השני צ"ל דמירי שחלץ לה ואז היבם אינו כאחיו ולכן גובה].

ובעיקר סברת תוס' דיבם שונה מהאחים, כתב החזו"א דכיון דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים ועדיין לא הגיע זמן הפירעון ממילא הלוח חייב לפרוע ליבם ולכן הם בחזקתו.

דף פב ע"א

קכט) אכן המעיין בתוס' בכורות נ"א ב', מבואר דדברי תוס' כפשוטם. ע"ש שכתבו דכל מאי דבעינן לשעבודא דר"נ הוא רק כאשר המלוה מוחזק בחוב, אבל ביורשים שעדיין אינם מוחזקים כ"כ בחוב א"צ לשעבודא דר"נ וסברא הוא שיש למלוה זכות לגבות את החוב ע"ש היטב. ונמצא דהחילוק הוא בין אם היורשים מוחזקים לבין אינם מוחזקים כפשטות התוס', ולא בין מלוה עצמו שצריך להיפקע למלוה אחרים [כפי' החזו"א].

ומש"כ תוס' דאפי' אחרים חייבים חשיב יבם מוחזק דבמקום אחיו קאי, יל"פ ע"ד החזו"א הנ"ל דכיון דלא הגיע זמן האשה והפירעון מגיע ליבם נחשב היבם כמוחזק טפי ולכן צורך לדינא דר' נתן. [ודוחק לפרש דירושית יבם שאני ונקרא מוחזק יותר מירושית בן].

קל) הנה מתוס' מבואר דר"ט סבר כר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה, ומש"ה גובין, ואין בזה תרי חומרי כיון דא"צ לדינא דר"נ. וכ"כ הר"ן בפרק הכותב דר"ט סובר כר"מ.

והנה לשיטות הראשונים דלר"מ גובה אף מן היורשים, כתב הגרע"א (ח"ד ס"ו) דא"א לפרש דסובר כר"מ, דא"כ איך תנן שאם שאם הניח פירות וקדמו היורשים ותפסו אין מוציאין מהם, הרי מטלטלי משתעבדי לכתובה. ובע"כ דסבר כרבנן, ומ"מ כאן מטלטלי משתעבדי כיון דתפס מרשות יורשים [וכמו שמהני תפיסה מחיים אף לרבנן].

והקשה הגרע"א דלכא' גם לתוס' מוכרחת סברא זו דהא לעיל הסתפקו שמה ר"מ סובר שאף מיורשין גובין, ולפי צד זה בע"כ ר"ט כרבנן וכנ"ל, וא"כ למה כאן דחקו תוס' דסובר כר"מ ונקטו דהוי תרי חומרי. ועי' מש"כ בפרק הכותב אות פה. קלא) כתב הרשב"א בקידושין ט"ו, דשעבודא דר"נ אינה כשעבוד בחוב עצמו, דאין חיוב משתעבד. אלא דהוי כשעבוד על גוף הלוח השני, מדין אפוכי מטראתא ל"ל, ואין הפירוש שחל בתחילה זכות ותו לא פקע, דא"כ אף במת האב יגבה מהבע"ח אף מטלטלי, אלא דכל רגע בעינן שתהיה סיבה חדשה לאפוכי מטראתא. ועפ"ז הקשה במת האב וגבו היורשים קרקע למה גובה הבע"ח מזה, הרי בזמן שהיה הלוחה כבר ל"ש אפוכי מטראתא דזה כמטלטלין, וכשגבו קרקע להוי כיתומים שקנו קרקע. ונדחק הרשב"א דזה דין דרבנן כיון שהקרקע נראית כאילו היתה של אביהם.

וחזר הרשב"א והקשה מסוגיתנו דמה מהני טעמא דר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה, והרי יש כאן חסרון דאין חוב משתעבד, ומה מהני הדין דמטלטלי משתעבדי. ותיירץ דיבמה שאני שכיון שאין ליבם בנכסי אחוה מידי דכולהו נכסי משתעבדא לדידה כאילו בעלה הראשון קיים, הילכך לא קרינן למלכותו שעבודא בלחוד אלא נכסי דמיתנא ממש ומשתעבדא ליה כדמעיקרא אליבא דר"מ ע"ש. [בעיקר ד' הרשב"א עי' בחזו"א ב"ק סי' טו ובחי' ר' שמואל ב"ב סי' כ"ז]. קלא) הכא לאו בידו. הקשה הגרע"א לפמש"כ תוס' בנייר י"ב דיבמה הוי בידו לבוא עליה בע"כ, א"כ למה כאן אינו בידו הרי יכול לבוא ולזכות בנכסים. [ועיין היטב בשעריי (ו' יז) שעפ"ד מיושבת קושית הרע"א].

קלב) הא דאמר מעכשיו. שיי' תוס' דמהני רק לר' יוחנן דהקנין מתחיל עמה ונגמר לאחר ל'. ולפ"ז הצריכו תוס' שבסוף ל' יעמוד באגם. ושיטת הריטב"א ועוד ראשונים דהוי כגוף מהיום ופירי לאחר ל' וא"צ שתעמוד בסוף שלשים באגם, ובעיקר הסוגיא יש אריכות ויתבאר בעז"ה בדף פ"ו ב'.

קלג) רש"י ד"ה הכא. עי' בפנ"י שמדייק מדברי רש"י שהטעם דלא מהני להקנות היום הוא ג"כ מדינא דרב יוסף, ולא מחמת שעדיין לא זכה, ע"ש בארוכה.

דף פב ע"ב

קלד) ואי לית ליה מראשון תקינו ליה רבנן משני. והנה כתובתה מן הראשון היא מאתים [אם נשאת בתולה] ונחלקו הראשונים אם גם מן השני כתובתה מאתים, או דכיון דאצל השני היא בעולה כתובתה מנה. דהרשב"א והריטב"א כתבו דכתובתה מנה, וכ"כ הרמב"ם פכ"ב מאישות הי"ד ותר"י בשטמ"ק.

אכן הרא"ה בשטמ"ק סובר דכתובתה מאתים וכן הביא הריב"ש שיש מי שכתב שכתובתה מאתים. [והטעם דאישות היבם היא המשך אישות הראשונה].

והנה תוס' לעיל פ"א א' הקשו מאי נ"מ במה שכתובתה על נכסי בעלה הראשון, הרי אם אין לראשון נכסים יש לה מהשני, והקשה הגרע"א (ח"ד סי' ו') דהרי יש נ"מ שמהראשון יש לה מאתים ומהשני מנה, וכתב דקושית תוס' בנישאת לראשון כשהיא אלמנה. אכן הרא"ה כאן כתב על קושית תוס' הנ"ל דיש מתרצים דנ"מ שמהשני יש לה רק מנה, והוא חלק ע"ז דכתובתה מאתים.

ואם השתדפו הנכסים, כתבו תוס' לעיל פ"א א' דכתובתה על נכסי השני, אכן בשטמ"ק הביא דדעת ר' יונה דלא חל מעצמו שעבוד על השני בכה"ג, [אלא דאסור להשהות את אשתו בלא כתובה וצריך לכתוב לה כתובה]. ורק כשבשעת נפילה אין לו נכסים אז חייל שעבוד על השני.

ולשיטת תוס' יל"ע אם חל השעבוד על נכסי שני למפרע או רק משעה שהשתדפו הנכסים, ועי' משכ"ב באות קכו. קלה) בראשונה היו כותבין. עי' בחזו"א (סי' ס"ה סק"ט) ובסי' קכה ביאור הסוגיא.

## פרק הכותב

דף פג ע"א

א) הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך כו' שאם מכרה ונתנה קיים. ובתוס' ע"ח ב' הקשו דהא הכא מיירי בכותב ועודה ארוסה [כדמוקמין בגמרא] ובנכסים שנפלו לה בעודה ארוסה הרי מכירתה מועלת אף בלא סילוק כדתנן ר"פ האשה שנפלו. ותיצרו דמשנתנו סברה כאמרו לו שאף בנכסים שנפלו בעודה ארוסה אין מכירתה קיימת ע"ש.

ובראשונים [עי' רמב"ן ר"ן ורא"ש] מתרצים דהסילוק מועיל אף על הנכסים שיפלו לה משתינשא [אשר בנכסים אלו בלא סילוק מכירתה בטילה] ואע"פ דהוי דשלב"ל, מ"מ סילוק אינו הקנאה אלא דהוי התנאה, וזה מועיל אף על דשלב"ל.

ב) והראשונים הביאו ירושלמי: אמר ר' ירמיה בעא קומי ר' זעירא כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ונפלו לה אחר מכאן מהו. ויש אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו. ומשמע דלא כראשונים הנ"ל, אלא דא"א להסתלק ממה שלא נפל עדיין, משום דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. [ומדמה תנאי להקנאה].

והרמב"ן כתב לדחות ולפרש דברי הירושלמי דמיירי במתנה אחר הנשואין, ולגבי הנכסים שכבר נפלו פשיטא דלא מהני סילוק, שכבר זכה בהם וידו כידה. אלא ספק הירושלמי היה שמא מ"מ אפשר להסתלק מנכסים שעדיין לא נפלו, דעליהם עדיין אין ידו כידה, והמסקנא דכשנשאת ידו כידה אף על מה שיפול אח"כ. והרשב"א הקשה על פירוש זה דמלשון הירושלמי משמע דהחסרון משום שאינו ברשותו, ואילו לדעת הרמב"ן אדרבה האינו ברשותו הוא מעלה [ולכן היה ס"ד שיכול להסתלק אף אחר נישואין]. והמסקנא היא דידו כידה - היפך לשון הירושלמי "אינו ברשותו".

ובקרבן נתנאל מיישב דסברת הירושלמי דאין אדם מתנה ע"ד שאינו ברשותו קיימא כלפי אס קנו מידו דגם זה לא מועיל על מה שאינו ברשותו. [וכן משמע בריטב"א].

ג) ובקוב"ש אות רחצ כתב דשני פירושי הראשונים בירושלמי נחלקו בעצם מהות הסילוק. דהנה לפירוש ראשון מבואר שהיה ספק האם הסילוק חל גם כלפי קרקעות שיהיו אח"כ, ומסיק דלא. ולפ"ז מבואר דדין סילוק הוא "על הנכסים", ובזה היה מקום לחלק בין נכסים לנכסים, דאילו היה הסילוק על "זכות בעל" ל"ש לחלק בין הנכסים דהאידינא לנכסים שיפלו מחר. ומבואר מזה דגם למסקנא אם ירצה יכול לסלק עצמו רק מחלק מהנכסים ולא מכולם. [וכן מבואר ברמב"ם (פכ"ג ה"ה) שיכול להתנות שלא יירש מקצת נכסיה]. וכן מוכח ברשב"א בע"ב שדן שהנותן מתנה לאשתו מסתלק מירושת שדה זו].

ולפירוש שני הנידון היה אחר נשואין אם יכול להסתלק ממה שיפול אח"כ. ומבאר הקוב"ש דהספק הוא בחקירה הנ"ל, דאם הסילוק מ"זכות הבעל", א"כ כבר זכה בה. אבל אם הסילוק מהנכסים אפשר להסתלק מהנכסים שלא באו לעולם. ועפ"ז מבאר הקוב"ש את מסקנת הירושלמי, דכוונתו להוכיח דבע"כ אין הסילוק מן הנכסים דא"א להסתלק מדבר שלב"ל, ובע"כ הסילוק מזכות הבעל וא"כ כבר זכה הוא בנכסים. ולפ"ז למסקנא א"א להסתלק ממקצת נכסים, וכתב הקוב"ש דלכן השמיט השו"ע את דברי הרמב"ם שאפשר להסתלק ממקצת נכסים. [וכבר קדמו באבנ"מ (צ"ב ו') וכע"ז בחזו"א (עז י'), וע"ע בקוה"ע סי' מ].

ד) ושיטה שלישית מצאנו בטור (כפי שדייק במל"מ פכ"ג מאישות ה"א) דבעודה ארוסה יכולה לסלק עצמה רק מנכסים שיפלו לה בעודה ארוסה - ואפי' אלו שיפלו בעתיד - , אבל לא מנכסים שיפלו לה לכשתינשא. ותמה המל"מ מה הסברא בזה, דאם הוי דשלב"ל, לא תוכל להתנות אף על מה שיפול לה בעודה ארוסה. [ובחזו"א ע"ז י' כתב דדברי הטור לאו דוקא וגם נכסים שיפלו בשעת אירוסין לא יחול עליהם הסילוק].

ובאבנ"מ (צ"ב ו') מבאר דבאמת בסילוק אין חסרון של דשלב"ל, אלא דמ"מ חלות הסילוק חלה רק כשהחפץ בא לעולם, ולכן בנכסים שנפלו לה משנישאת ל"ש להסתלק מהם דמיד כשנפלו הרי ידו כידה ושוב לא חול הסילוק. אבל מנכסים שנפלו בעודה ארוסה יכולה להסתלק אף קודם נפילה כיון דבשעת נפילה ג"כ מועיל הסילוק. [וע"ע בחי הגרש"ש יבמות (ל"ו ג')].

ה) הנה מתוס' דף ע"ח הנ"ל מדייקים האחרונים דא"א להסתלק ממה שיפול אחר נשואין (עי' בב"ש סי' צב סק"ח) ואם הטעם משום דשלב"ל יש להקשות בסתירת דברי התוס', דבתוס' בסוגין כתבו דכל כותב בעודה ארוסה הוי דשלב"ל ומ"מ מהני מדין סילוק כיון דלטובתו תקנוה ע"ש. ולפ"ז צ"ע למה א"א להסתלק גם ממה שיפול אח"כ. ולהסבר האבנ"מ א"ש. [ובב"ש כתב דיש לדחות דגם תוס' מודו דמהני סילוק. וביאר חזו"א (ע"ז י') דמה שלא תירצו תוס' כראשונים. משום שלשון המשנה "בנכסיך" משמע בנכסים שיש לה עכשיו].

ו) במרדכי הביא תשובת מהר"ם, שמוכיח דסילוק מהני אף על דבר שלב"ל ממה שיכול להסתלק אף מפירות שלא באו לעולם. והקשה חזו"א (ע"ז יט) דלכאוי אין הסילוק מן הפירות, אלא מגוף לפירות וזה בא לעולם. אכן לפמשי"כ ר"פ האשה נפלו בשם האחרונים דיש זכות בפירות עצמם מלבד הזכות בגוף לפירות, שפיר הוכיח המהר"ם שהרי צריך להסתלק גם מזכות הפירות עצמה שהיא דשלב"ל.

והחזו"א ביאר דקושית המהר"ם איך מהני סילוק מפרי פירות, דהרי הפרי יש בו סיבה חדשה לזכיה שהוא עצמו כנכסי מלוג כאילו נפלו לה נכסים, ובדין שפרי הפרי יהא שלו. ובע"כ דמהני סילוק אף לפרי לזמן שיצמח ויבוא לעולם.

ועפ"ז תמה החזו"א לשיטות דלא מהני סילוק על דשלב"ל, איך באמת מהני סילוק על פרי פירות, הרי לעולם יש סיבת זכיה בפרי שיהיה נכסי מלוג והסילוק הוא על דשלב"ל. והניח בצ"ע.

ז) בעיקר קושית הראשונים למאי נ"מ שאם מכרה ונתנה קיים לגבי נכסים שנפלו בשעת אירוסין. כתב הרשב"א דנ"מ שע"י הסילוק מותרת למכור לכתחילה, ואילו נכסים שנפלו בעודה ארוסה אסורים במכירה מספק. אכן יעוי' בתוס' בע"ב ד"ה רב אשי, דפשוט להם דלכתחילה אסור למכור אף אחר סילוק [וכדמשמע מלשון המשנה שרק בדיעבד אם מכרה ונתנה קיים].

ובריב"ש דף ע"ח תירץ דנ"מ לענין הפקעת ירושתו ולאחר תקנת אושא.

ח) הנה מדברי הראשונים שמפרשים משנתנו כעין המשנה בריש פרק האשה שנפלו, מבואר דהנידון בסילוק הוא על דין מכירה בחייה ולפירות, ולא על תקנת אושא, דתקנת אושא הרי נוהגת גם בנכסים שנפלו לה כשהיא ארוסה. [עי' מהרש"א ע"ח ב' שמסופק בזה, ושאר אחרונים נקטו דודאי ישנה לתקנת אושא אף בנפלו לה כשהיא ארוסה. ונתבאר בפרק האשה שנפלו אות יט וכן מבואר בריב"ש שהובא באות הקודמת]. וכן כתב רש"י בע"ב ד"ה יד, דהכא קאי על מכירה בחייה ולפירות. וכן מבואר בשו"ע. [ומ"מ מהני ג"כ הסילוק שאם מכרה ונתנה ליכא לתקנת אושא, וזה מבואר ממה שהקשו הראשונים בע"ב על קושית הגמ' "ואימא מפירי", [פ"י שהסילוק יתפרש שמסתלק מפירי ולא ממכירתה].

דאס מסולקת מפירי למה לא תוכל למכור הרי אין לבעל כלום, ותירצו דקושיית הגמ' שיהא מכרה בטל לגבי אחר מיתה משום תקנת אושא. ומבואר דלפי האמת הסילוק גם מתקנת אושא. וכ"ה ברש"י בע"ב ד"ה ואימא מפירי. ועי' בחי' הרי"ם שתמה מדוע באמת חל הסילוק גם ממכירת פירות מחיים, וגם ממכירה לגבי ירושה, דלכאוי היה לנו לומר בזה יד בעל השטר על התחתונה ויפסיד רק הזכות הפחותה. ועי' מש"כ בזה. ויש לעיין בדבריו.] (ט) ומבואר מזה דבר חידוש, דאע"פ שיש לבעל פירות מ"מ האשה יכולה למכור ולהפקיע הימנו את הפירות, וצ"ב דלכאוי היא זכות אחת שא"א למכור את מה ששייך לבעל, ואיך מהני סילוק מהזכות מכירה לחוד. אכן כבר נתבאר בר"פ האשה שנפלו דהא דאין האשה יכולה למכור הוא תקנה נפרדת, אבל מעיקר הדין יכולה למכור ולהפקיע. [ע"ש שהתבאר זאת בכמה גווני: א) שהזכות פירי אינה בגוף הקרקע אלא זוכה בפירות כשיבואו לעולם. ולכן אם אין לה קרקע ממילא אין לו פירות. ב) דהזכות בקרקע לפירות היא רק כל זמן שגוף הקרקע של האשה, אבל אם מכרה הסתיים זמן הקנין אף לפירות [כמו אחרי גירושין]. ועיין בחי' הרי"ם כאן שהאריך בכ"ז.

(י) כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיד ובפירותיהן ה"ז אינו אוכל פירות בחייה ואם מתה יורשה. ויל"ע האם בכה"ג מכרה ונתנה קיים [כמו בבבא קמייא] או דכאן מתפרש שהסתלק רק מפירות ולא ממכירה. והנה הרא"ש הקשה למה בבבא תליתאה תנן "אינו אוכל פירות בחייה", הרי כבר שנה דין זה בבבא שניה, ולא היה לו לחזור ולשנות דין זה, כשם שבבבא שניה לא שנה את הדין שאם מכרה ונתנה קיים, עכ"ד. ומבואר להדיא דבבא שניה מכירתה קיימת.

אכן מלשון הטור (סי' צב) מדייק הבית יוסף דסובר דמכירתה בטלה ע"ש. וכתב הב"י דכן משמע לכאוי לישנא דמתניתין "א"כ למה כתב לה דו"ד אין לי בנכסיד", והיינו דרך ברישא שהסילוק אינו מתפרש אלא על הא דאם מכרה ונתנה קיים מפרשין הכי. אבל בסיפא דהסילוק מתפרש על הפירות לא אמרין שסילק עצמו גם ממכירה. והב"י עצמו כתב לחלוק על הטור, דממה שהוסיף הבעל בלשונו "בנכסיד" ולא אמר דו"ד אין לי בפירותיך, ש"מ שמסלק עצמו גם ממכירה. [ובדעת הטור עי' מש"כ הב"ש סי' צ"ב סק"ב ובקרני ראם על מהרש"א דף נ', ועי' בהפלאה כאן]. ועי' בב"ח שהקשה ע"ז מדברי הרא"ש הנ"ל. [וכן הקשה מהרש"א בדף נ'.

ובתוס' ב"ק פ"ח הקשו לדעת ר' יוחנן דק"פ כה"ג למה הוצרכו לתקנת אושא. ותירצו דאיצטריך היכא דכתב לה דו"ד אין לי בנכסיד ובפירותיהן ובפירי פירותיהן עד סוף העולם. ומבואר דבכה"ג שמתנה כך עדיין ישנה לתקנת אושא, ולא אמרין שהסתלק גם מזכות זו, ומוכח כדעת הטור. אכן בתוס' לעיל נ' א' הגירסא דאצטריך תקנת אושא היכא דכתב "בפירות נכסיד" [כן גורס שם המהרש"א] והיינו דרך בכה"ג אין סילוק מזכות מכירה, אבל בכותב שמסתלק "מנכסיד ומפירותיהן" הוי סילוק גם מהזכות מכירה. [אכן המהרש"ל גורס שם כמו בב"ק].

והמהרש"א שם כתב דגם תוס' בב"ק אינם סוברים כטור, אלא שסוברים דהמשנה איירי קודם תקנת אושא ע"ש. [ובביאור דבריו, לכאוי היה נראה דהמשנה איירי לגבי סילוק מזכות מכירת פירות מחיים, ולא מזכות מכירה לגבי אחר מיתה ודו"ק. אכן לא משמע כן מלשונו דא"כ המשנה מיירי גם לאחר תקנת אושא לענין הפירות שמחים, ואילו מלשון המהרש"א משמע דאחר תקנת אושא ליכא כלל לדינא דמתניתין. [וכן פי' הגרע"א בגנזי רע"א דף פ"ג ב' את דברי המהרש"א]. ויש לפרש דבריו עפ"ש הרא"ה דליכא לפרש דאחר תקנת אושא אם מכרה ונתנה קיים רק מחיים ולא לאחר"מ, דהא לא אפשר דכיון דאינה ברשותה למזבן גופא של קרקע, ופירות נמי הוו דבעל לאו כל כמיניה לזבוננהו, דא"כ מאי תהוי זכותיה דבעל. אבל ליכא לתקנת אושא איכא למימר דאם מכרה ה"ז מכור לגמרי, ע"ש. ולפ"ז י"ל דזו כוונת המהרש"א דבאמת אחר תקנת אושא בטל דין המשנה בבבא שניה ואם מכרה ונתנה אפי' מחיים אין מכרה קיים, ודו"ק]. ועי' בהפלאה כאן שהאריך בדברי התוס' והמהרש"א.

יא) רבי יהודה אומר לעולם הוא אוכל פירי פירות וכו'. ונחלקו הרמב"ם והרא"ש האם כופין אותה למכור הפירות ולקנות מהם קרקע, דדעת הרמב"ם שכופין אותו, ודעת הרא"ש שאין כופין. [עי' בחי' ר' ראובן ב"ב סי' שמבאר דיסוד המחלוקת אם יש לו בפירות דין נכסי מילוג - כמו נכסים שנפלו ממק"א, דאז חייבת למכרם כדתנן לעיל ע"ט א'. או דגם מזה סליק נפשיה, וכל זכותו רק מדין "פירי פירות" דהיינו ששייר זכות בקרקע ראשונה לפירי פירות, וא"כ בפירות עצמם אין להם תורת נכסי מילוג ויכולה למכרם. ויבואר בעז"ה בע"ב].

והנה בדינא דאם מכרה ונתנה קיים יל"ע מהו דין דמי המקח, האם ילקח בהם קרקע, או שהם של האשה. ובשלטי גבורים הביא לשון רא"י: ונראה בעיני שאין לו שום זכות במעות אלא היא עושה בהן כל חפצה ואם לקחה בהן קרקע הוא אוכל פירותיה". [והובא ברמ"א סי' צ"ב]. ולכאוי היה נראה דגם דין זה תלוי בפלוגת הרמב"ם והרא"ש דלעיל. אכן בשו"ע סי' צ"ב הובאה פלוגת הרמב"ם והרא"ש לגבי פירות, ואילו לגבי דמי המכירה סתם הרמ"א כדברי הרא"ה, וצ"ע מ"ש זמ"ז. ובחזו"א (סי' ע"ז סק"יט) כתב דשאני הכא שסילק עצמו מזכות מכירתה וא"כ כלול בזה שאין לו זכות גם בדמי המכירה, וא"א לכופה לקנות בקרקע מעות דכשם שיש לה זכות למכור את הקרקע לאחר יש לה גם זכות להחזיקה בתורת מטבעות שאין בהם פירות. ורק אם קנתה קרקע אוכל פירות.

יב) והנה נחלקו הב"ש והח"מ (עי' סי' צ"ב ב"ש סק"יג) אם סילק עצמו מפירי ולא מפירי פירי, האם יכולה למכור את הקרקע שקנו בפירות כשם שיכולה למכור את הקרקע הראשונה, או דא"א למכור [ונראה שנחלקו אף לדעת הרמב"ם שכופין לקנות קרקע] ובחזו"א (שם) כתב דמסבא נראה דא"י למכור, דאם יכול למכור ה"ה דאין כופין לקנות דלא גרע מכרתן לאחר ממחזיקה בידה באופן שאין מצמיח מפירות.

[ולכאוי גם לסברת ר' ראובן דטעם הרמב"ם משום דהוי נכסי מילוג שעל הפירות לא היה סילוק כלל, אין יכולה למכור]. וכתב החזו"א דה"ה לדעת הרא"ש שאין כופין למכור משום דסילק נפשיה אף מפירי מ"מ יתכן דאם לקחה קרקע אינה יכולה למכרה דעל הקרקע שייר לעצמו זכות נכסי מילוג. וצ"ב.

יג) ובעיקר הדין דעל הפירות אין דין נכסי מילוג [לשיטת הרא"ש] צ"ב אם נימא דא"א להסתלק מדשלב"ל איך מהני הסילוק [וכע"ז הובא באות ו' קו' החזו"א איך מהני סילוק מפירי פירות] וכן צ"ע להיפך, דלפי הראשונים דיש סילוק אף מנכסים העתידיים לבוא [עי' אות א'] א"כ למה אינו יכול למכור את הפירות הוי סילק עצמו אף מהם, ומה המעליותא של פירות על שאר נכסים שיפלו אח"כ. ועל קו' זו תירץ החזו"א דכיון שהפירות היו שייכים לו לגמרי לולא הסילוק והוא מסלק עצמו מהן ומשייר פירי פירי אין כאן סילוק גמור מן הפירות. [ועל קו' ראשונה י"ל דכיון שהפרי תולדה מהגוף לפירות ונמצא שסיבת זכותו בפרי מפני הגוף לפירות שיש לו, ומזה מסלק את עצמו, ממילא אין לו זכות בפרי גם מצד עצמו, דגם לאשה אין בעלות בפרי אלא מחמת הגוף לפירות שהיה לה בקרקע, והבעל סילק עצמו מזכות זו].

יד) אמרי דבי ר' ינאי בכותב לה ועודה ארוסה כדרב כהנא וכו' וכדרכא. נחלקו הראשונים ביסוד דין סילוק ותלוי בביאור הגמ' כאן. דדעת תוס' דמהני סילוק רק במידי דרבנן [כן מבאר הראנ"ח, מובא במל"מ פכ"ג ה"א מאישות ובקצה"ח סי' כט סק"א, בדעת תוס']. ולכן הביאה הגמ' דברי רבא דמהני מדין א"א בתקנ"ח, ולכאוי נראה דלדעת תוס' אין זה דין מחודש של "סילוק" והפקעה, אלא דבמקום שאינו רוצה לא תקנו חכמים וליכא כלל לתקנה. אכן החזו"א (סי' ע"ז סק"א) כתב דאף לתוס' גדר הדין הוא סילוק וביטול זכותו, אלא דמ"מ חילקו בין דאורייתא לדרבנן דאם הוי דאורייתא אף סילוק לא מועיל, כיון דהוא ממילא ואין לו כנגד מי לסלק, אבל מ"מ עיקר דין סילוק הוא ביטול זכותו, ופעמים שייך אף בדאורייתא ע"ש. והוסיף החזו"א דליש לומר א"א בתקנ"ח אלא במעשה ידיה שנתקן לזכותה ועתה הוא חובה לה, אבל כאן דהבעל מפקיע זכותו ואינו מרויח בזה כלום עדין ישנה לתקנה דרבנן ורק זכותו בטלה. [ע"י ברשב"א]. וכדבריו מוכח בראנ"ח הנ"ל שדן שאולי מועיל הסילוק אף בדאורייתא, ורק שצריך שיהיה דבר הנעשה על ידו ולטובתו, וחזינן דהסילוק הוא חלות בטול הזכות.

והא דבאמת לא מהני אם הוי דאורייתא, כתב המל"מ, וכן משמעות התוס' דהוא משום דהוי דשלב"ל, ולא מהני לעשות הפקעה בכה"ג, ורק אם הוי דרבנן יש לו כח לפעול אף שלא בא לעולם.

ובקצה"ח (ר"ט יא) כתב דכל דברי התוס' רק למ"ד אין אדם מתנה עמשכ"ב. אבל להלכה דקיי"ל בדבר שבממון תנאו קיים, ה"ה דמהני סילוק אף במידי דאורייתא. [ואף דא"י בדרך תנאי אלא בדרך סילוק, מ"מ דעת הקצה"ח דאף בזה יש חסרון של מתנה עמשכ"ב]. והנתיבות הקשה עליו דבסוף דברי התוס' משמע דמייירי אף למ"ד בדבר שבממון תנאו קיים.

ולדעת תוס' מובן היטב הא דמיייתי דברי רבא, דרק דרבנן מהני הסילוק וכנ"ל.

טז) ודעת הר"ן ועוד ראשונים דסילוק מהני אף בדאורייתא, והיינו דכל דבר הבא ממק"א ועדיין לא הושלמה הזכיה יש בה תורת סילוק. ולפי דבריו הא דמיייתי דברי רבא הוא לומר דלא נימא דבמילי דרבנן עשו חיזוק לדבריהם, קמ"ל דאפי' במידי דרבנן מהני סילוק, ומ"מ דוקא בירושת בעל בשעת אירוסין, אבל אחר נשואין או בירושת בן לא מהני סילוק, דכיון דראוי ליורשו כל שעה כבא לרשותו דמי ושוב א"א להסתלק.

יז) והוסיף הר"ן דכ"ז בכותב לה ועודה ארוסה, אבל לפני אירוסין שאין לו כלל שייכות בנכסים לא מהני סילוק, והטעם כתב החלקת מחוקק (סק"ג) דהוי דשלב"ל. וקצ"ע דהא דעת הר"ן דמהני סילוק גוף בנכסים שיפלו אח"כ [ע"י אות א'] ומ"ש קודם אירוסין. וצ"ל כמשנ"ת לעיל אות ג' דהסילוק מה"זכות בעל", ולכן קודם אירוסין דליתא עדיין לזכות זו מקרי דשלב"ל. אבל אחר אירוסין מקרי בא לעולם אפי' לגבי נכסים שיפלו אח"כ, דמ"מ הזכות באה לעולם.

ולכאוי לדעת תוס' דהסילוק משום אין רצוני בתקנ"ח יש מקום לומר דמהני אפי' קודם אירוסין, אכן לפמשנ"ת - אות טו - דאף לתו' הוא מדין סילוק י"ל דגם בזה יש חסרון של דשלב"ל. [וכ"כ ההפלאה בקו"א סי' צ"ב סק"ד דאף לתוס' יש בזה חסרון של דשלב"ל]. וקצ"ע לפי ההסבר שמה שלתוס' דוקא בדין דרבנן מהני סילוק הוא משום דיש חסרון של דשלב"ל, א"כ מה לי קודם אירוסין מה לי אחר אירוסין, וצ"ב.

יח) בקובץ הערות סי' מ' כתב דיסוד פלוגתת הר"ן ותוס' אם מהני סילוק בדאורייתא, הוא דלדעת הר"ן הסילוק הוא מהשם יורש, ולכן בירושת אביו ל"ש סילוק שכבר חל לו תורת יורש. ולתוס' הסילוק הוא מזכות הנכסים, ולכן אף בירושת אביו היה שייך סילוק, ולכן הוכרחו תוס' לומר דמה שאין סילוק בירושת בן [דדוקא בנחלה הבאה ממקום אחר מהני סילוק -] הוא משום דהוי דאורייתא.

אכן יעוי' בחזו"א (ע"ז יז) שנקט דלענין ירושה לא שייך סילוק מזכות בנכסים, דהירושה אינה מתייחסת לנכסים אלא יש רק תורת יורש ומכחו הנכסים ברשותו. ועפ"ז כתב דבירושה פשוט שהסילוק מתורת יורש.

והנה הרמב"ם - אות ג' - כתב דאפשר לסלק עצמו מירושת מקצת נכסים, וצ"ע דאם הסילוק הוא מזכות יורש, איך שייך לסלק ממקצת נכסים, [והקוב"ש הוכיח מזה דבאמת הסילוק מהנכסים, אבל לדעת החזו"א קשה] וצ"ל דגם השם יורש יכול להתייחס לכל נכס בפני"ע. [ובחזו"א סק"ח נקט דבאמת א"א להסתלק מחצי מהירושה. וצ"ע מדברי הרמב"ם הנ"ל].

יט) באות ט"ו הובא ביאור הראנ"ח בדעת תוס' דמהני סילוק רק במידי דרבנן. ואמנם הראנ"ח צידד דשמא אין צורך שיהיה דוקא מילי דרבנן, אלא אף במילי דאורייתא אם בא ע"י מעשיו ולטובתו יכול להסתלק, אך לבסוף הכריע בדעת תוס' דרק במילי דרבנן מהני סילוק. [וכן משמע ברש"י כאן וברשב"ם ב"ב מט ובעליות דר' יונה שם].

ובמל"מ (פכ"ג ה"א מאישות) הביא דברי המ"מ (פ"א ה"ח מנחלות) שבאמת נחלקו בזה קמאי, ד"א שרק במילי דרבנן מהני סילוק, והוכיחו מזה דמשנתנו סברה דירושת הבעל דרבנן, ויש שסברו דאע"פ דירושת הבעל דאורייתא מהני סילוק כיון דבאה ע"י מעשיו ואינה כירושת משפחה. וכתב המ"מ דהרמב"ם מפרש כפירוש השני, כדמשמע מלשונו (פכ"ג מאישות ה"ז ז'). [ומ"מ פסק הרמב"ם דירושת הבעל דרבנן].

והנה במשנה אמר רשב"ג אם מתה יירשנה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה וכל המתנה עמשכ"ב תנאו בטל. והקשה הראנ"ח דאם נימא דבדאורייתא לא מהני סילוק [ומשמע מדברי תוס' דהטעם מפני דהוי דשלב"ל] א"כ ל"ל לטעמא דמתנה עמשכ"ב, תיפ"ל דהוי דשלב"ל.

ותירץ המל"מ (שם) דצ"ל דרשב"ג תרתי קאמר, חדא דלא מהני סילוק [וע"ז באמת הטעם משום דשלב"ל] ועוד דאפי' אם מתנה ע"מ שלא יירשנה נמי לא מהני מפני שהוא מתנה עמשכ"ב.

והקצה"ח (סי' רט סק"א) תירץ ע"פ ביאורו בתוס' - מובא באות טו - דהטעם דלא מהני סילוק בדאורייתא הוא מפני טעם זה גופא דאין אדם מתנה עמשכ"ב.

כ) והנה מבואר בגמ' דסילוק מנכסי מלוג לא מהני אחר נשואין משום דידו כידה. ויל"ע האם שייך טעם זה גם כלפי ירושה, או דבירושה כיון דעדיין לא זכה בה ל"ש לומר ידו כידה. והמל"מ הביא ראייה לצד השני, ממשכ"כ הר"ן דבנשואה אין הבעל יכול להסתלק מירושה משום דדמי לירושת הבן שכבר ראוי ליורשו כל שעה וכבא לידו דמי, וצ"ב דתיפ"ל משום דידו כידה [וטעם זה אלים טפי מסברת הר"ן] ובע"כ דעל ירושה ליכא לטעם זה.

ולפ"ז הסתפק המל"מ לפי דעת תוס' [שחלקו על יסודו של הר"ן דירושה כבא לידו דמי] א"כ י"ל דלגבי ירושה מהני סילוק אף אחר נשואין, וכתב המל"מ דזו אכן דעת הר"ף [לפי מה שהבין בדבריו הרמב"ם בתשובה סי' רלו - מובא במ"מ פכ"ג מאישות ה"ה] דהמשנה מייירי בהתנה על הירושה אחר נשואין, והיינו משום דבנשואין ל"ש ידו כידה. אמנם זה היפך דעת כל הפוסקים דס"ל דבירושה לא מהני אחר נשואין [משום דס"ל כהר"ן דאחר נשואין מקרי שכבר זכה].

ובאמת הדברים מפורשים בעליות דר' יונה ב"ב מט, [והעיר זאת הקו"ש ב"ב שם] דמהני סלוק אחר נשואין לגבי ירושה, והוסף שם רבנו יונה דלכן הביאה הגמ' דברי רבא דיכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונת ואיני עושה [אשר תוס' והר"ן פירשו כ"א לפי דרכו מה הוסיפה הגמ' בהביאה את דברי רבא] לומר שאף אחר נשואין מהני סלוק - כמו באיני נזונת ואיני עושה דמיירי בתר נשואין. וכתב עוד ר' יונה, דה"ה דמהני סלוק בתר נשואין על נכסי מלוג העתידיים ליפול לה שעדיין לא שייך בהם ידו כידה. [וצ"ע ע"ז מהירושלמי המובא באות ב].

כא) ולשיטות שאר ראשונים דלא מהני סילוק אחר נשואין צ"ע מ"ש מהא דאיני נזונת ואיני עושה דמיירי בתר נשואין, ולמה בזה לא אמרינן ידו כידה וכבר זכה במעשה ידיו. [ובחזו"א (סי' עז סק"ל) כתב דשאני התם שמתחילה לא הקנו חכמים מעש"י לבעל אלא לרצונה מפני שחבו לה [מעשה ידיה] ע"מ לזכות [מזונותיה]. ואם אין רצונה לזכות לא נתחייבה בכתובה. וביאור דבריו דהתם הוא מדין "אין רצוני בתקני" כגון זו", ולא מדין סילוק. וע"ש בסק"א שהוסף דלפ"ז מוכח דסילוק ירושה אינו מדין אי אפשי [אף לדעת תוס' דמהני רק בדרבנן] דא"כ היה מהני אף אחר נשואין כמו איני נזונת ואיני עושה. אלא דין סילוק הוא. והא דלא מהני באמת מדין א"א בתקני" הוא משום דעיקר התקנה אינה לזכות, אלא הוי רק תשלומין עבור מה שהתחייב בפרקונה.

ועיין ברשב"א שהקשה היכי מדמה דינא דהכא לדינא דרבא, ומשמע דהטעם הוא מפני שיכול לומר אי אפשי בתקני"ח, והרי מבואר לעיל דף מ"ז דפרקונה עיקר וא"כ לא תקנתו היא אלא תקנתה. ותיירץ: דתקנת שניהם היא כדכתבין תמן. ואע"פ שתקנתה היא ואינו יכול לבטולי תקנתה דילה, הכא לא ניחא לה. [וצ"ב]. עוד תירץ דאיהו לא מבטל לתקנה לגמרי אלא מבטל רק את זכותו ולא את זכותה, ובאמת חייב לפדותה ולקוברה אע"פ שסילק עצמו מהזכויות שלו. והנה מדברי הרשב"א משמע דלא כחזו"א אלא דבאמת כאן שייך הטעם של אין רצוני. ושוב הדק"ל מ"ש מעשה ידיה דהאשה יכולה להפקיע מבעלה ומ"ש זכות הבעל בנכסי מלוג שאינו יכול להפקיע.

[ואולי י"ל דשאני התם שהאשה אומרת איני נזונת, ואת זה יכולה להפקיע, וממילא בטל זכות הבעל במעש"י, דכל זכותו היא רק בזמן שהוא זן אותה, אבל כאן אין הבעל יכול לסלק עצמו לכתחילה מן הנכסים שהרי כבר זכה בהם]. כב) להלן צ"ה א' מבואר דאין האשה יכולה לסלק עצמה משעבוד נכסים של לכתובתה ע"ש. והקשו שם התוס' מ"ש מכותב לה ועודה ארוסה. ותיירצו דשעבוד אלים טפי מהזכות שיש בשעת אירוסין, דזכות האירוסין אפשר להפקיע דאם מכרה ונתנה קיים, משא"כ בשעבוד נכסים שאף אם מוכרם יכולה היא לגבות מן הלקוחות.

והנה בפשטות אזלינן שם אף אי שעבודא דאורייתא, וצ"ע א"כ מה הקשו התוס' דיהני סילוק, הרי דעת תוס' דבדאורייתא לא מהני סילוק, ועיין במל"מ משכ"ב. ועיין בד"ח הלכות קידושין סי' כג.

ובהגהות מיימוניות (פכ"ג מאישות אות ב') כתב מהר"ם דאדם שקונה קרקע [שצריך לחול עליה שעבוד לכתובה מדין דאינן] ובשעת קנייה מתנה עם אשתו שלא תוכל לעכבו מלמוכרו כשירצה ונכתב בשטר, שאינה יכולה לחזור בה, דנהי דאין אדם מקנה דשלבי"ל, מ"מ יכול להסתלק מדשלבי"ל. והמל"מ הביא דברי הראנ"ח שכתב דתוס' חולקים ע"ז, שהרי לשיטתם כל היכא דהוי דאורייתא לא מהני סילוק, וא"כ ה"נ בדאינן דהוי דאורייתא לא מהני סילוק [וסובר הראנ"ח דדאינן הוי דאורייתא, וכ"ד הנתיה"מ בכמה דוכתי, אכן הקצה"ח סובר דדאינן הוי דרבנן, והשיג על הראנ"ח בסי' רט סק"א]. אכן לסברא שהביאו המ"מ - אות יט - דאי"ז תלוי אם הוי דאורייתא או דרבנן, אלא דכל דבר שבא ע"י מעשיו ונעשה לטובתו מהני בו סילוק, א"כ ה"נ כאן מהני סילוק. והקצה"ח סי' רט סק"א כתב דאף תוס' מודו למהר"ם. דכל מש"כ דמהני רק בדרבנן, היינו משום דהמשנה סברה דאין אדם מתנה עמשכ"ב, אבל להלכה דפסקינן בדבר שבממון תנאו קיים, ה"ה דמהני סילוק אף במילי דאורייתא. [וע"ע בחזו"א סי' ע"ז סק"א].

כג) בר"ן סי' פ' אלו נערות הביא דברי הרמב"ן דבמפותה מהני מחילה על הקנס, דאף דאין אדם מוחל על דבר שלבי"ל, מ"מ כאן מהני דדמי לכותב לארוסתו דו"ד אין לי בנכסד ע"ש. והיינו דמהני מדין סילוק. והקשה הר"ן דלכאוי' שם דמי לכותב קודם האירוסין. שהרי אין החיוב חל עד שעת העמב"ד ותיירץ דמ"מ בשעת ביאה הוא מתחייב. [ע"ש בר"ן דאולי קאי קושיתו להסבר השני דמהני מדין קרע כסות והפטר. ועי' במל"מ שם]. ועי' במל"מ שהבין דזה ממש כענין סילוק בסוגיין. והחזו"א (ע"ז יב) מבאר דהרמב"ן רק הוכיח מכאן דסיבת הזכיה נחשבת כזכות ממון [ולכן בארוסה מקרי שיש לה זכות בנכסים] וממילא בקנס אלים טפי והוי כזכות גמור שמהני ע"ז מחילה אע"פ שעדיין לא חל החוב ממון.

כד) אי הכי אפילו נשואה נמי. במל"מ (שם) ביאר בשני אופנים. א) דקושית הגמ' דאף בנשואה יועיל הסילוק לנכסים העתידיים לפול לה, ומתיר דידו כידה אף לנכסים הללו. [וכשיטת הרמב"ן אות א' בפירוש דברי הירושלמי, ושלא כר' יונה אות כ']. ולפי פירוש זה תירץ המל"מ עוד קושיא, דהנה אביי ורבא תירצו דהכא לא מהני סילוק מדין ידו כידה או עדיפא מידה, וצ"ב דתיפול"ל דדמי לשעבוד שכתבו תוס' דף צה שכיון שאין יכול לסלקה מן השעבוד הוי כמו לאחר נשואין, ושם הרי ליכא לטעם ידו כידה ואפ"ה לא מהני סילוק. וא"כ למה כאן צריך לטעם ידו עדיפא מידה. ולהנ"ל א"ש, דכאן מיירי לגבי נכסים שיפלו אח"כ, ובהם באמת ליכא לסברת תוס' דף צ"ה [וכמו שכתב המהר"ם מרוטנבורג - אות כב]. ולכן בעינן לטעמא דידו עדיפא מידה.

ב) הר"ן פירש שקושית הגמ' דכיון דהסילוק מהני מפני דהוי דרבנן א"כ יועיל גם אחר נשואין. ותיירצה הגמ' דידו עדיפא מידה ולכן אינו יכול לומר אי אפשי. [ולכאוי' מוכח מזה דלא כחזו"א - אות כא - אלא כמו שביארנו בדעת הרשב"א, שהרי הגמ' כאן משוה דברי רבא לסוגין דיועיל משום א"ר בתקני"ח].

כה) בפלוגתא אביי ורבא אם ידו כידה או עדיפא מידה נאמרו שיטות רבות בראשונים בסוגין ובסוגיא דיבמות ואכ"מ. כו) תוד"ה כדרב כהנא. "אלא מייתי ראיא וכו' והא קי"ל דאין אדם מקנה דשלבי"ל, ואע"ג דר' ינאי סבר אדם מקנה דשלבי"ל וכו'. עיין באחרונים (בית יעקב והפלאה ועוד) שהקשו דיש נ"מ, דאילו משום אדם מקנה דשלבי"ל, הרי יכול לחזור בו עד שבא לעולם [כדאיתא בב"מ ס"ו ב'] והכא בסילוק אין יכול לחזור בו אפי' קודם שבא לעולם. והנה בתוס' להלן מבואר שבדינא דמשנתנו אין הבעל יכול לחזור בו [ושניא מאמירת איני נזונת שיכולה לחזור בה] וכתב המהרש"א דמוכח במשנתנו שאין הבעל יכול לחזור בו. [עי' בהפלאה שתמה דדילמא יכול לחזור בו כ"ז שלא מכרה או כלפי הפירות שלא אכל עדיין ע"ש]. אך כ"ז אחר נשואין.

ולגבי חזרה בסילוק קודם נשואין נחלקו האחרונים, עי' במהרי"ט [הביאו הקצה"ח סי' ר"ט סק"ב] דדעתו דיכול לחזור בו, והקצה"ח נחלק עליו. והקושיא על תוס' תלוי בהנ"ל.

כז) והנה המהרי"ט כתב דמהני חזרה מהסילוק משום דאתי דיבור ומבטל דיבור, אמנם כתב המהרי"ט דכ"ז קודם נשואין, אבל "בשעת נשואין זכתה היא תיכף בכל זכות שיש בהם". [ואולי יש לומר דסברא זו מהני גם בשעת אירוסין, אבל יותר משמע מלשונו דרק בשעת נשואין שכבר חלה סיבת זכיה של הבעל אז שייך שתזכה האשה בזכות זו. וכן נקט

בטבעת החושן]. ועפ"י כתב דבבע"ח שמסלק עצמו לפני הלואה משעבוד נכסים, יכול לחזור בו, ע"ש. [ועי' בחי' הגרש"ש סי' מט שהסתפק אם כוונת מהרי"ט שיכול לחזור בו רק קודם הלואה או גם אחר הלואה]. והקצה"ח הוכיח דא"ל לחזור בו, ממש"כ הר"ן גבי מפותה דמהני מחילתה לפוטרו מקנס מדין סילוק, והשתא אם נימא דיכול לחזור בו אכתי יש כאן חיוב ממון והוי"ל ממון ומלקות. ונוקט הקצה"ח דקנס דמי לקודם נשואין דלי"ש לזכות בקנס כיון שלא היה עדין העמב"ד. [ועי' בחי' הגרש"ש שם שאם דעת המהרי"ט דאף אחר ההלואה אפשר לחזור ממחילת השעבוד שפיר הקשה הקצה"ח. אבל אם אי אפשר לחזור אחר ההלואה, י"ל דקנס דומה לאחר ההלואה. וזו תמימה הנתיבות ע"ש. ועוד העירו על הקצה"ח די"ל דהבעל זוכה ב"סיבת החיוב" שהיא ודאי חלה בשעת הפתוי, - אע"פ שהחיוב ממון חל רק בשעת העמב"ד].

עוד הוכיח הקצה"ח מדברי הר"ן סי' פ האשה שנפלו דמהני סילוק ביבם, וש"מ שאין יכול לחזור בו. ובנתיבות השיגו דגם שם זוכה האח לאלתר בנכסים ודמי לבעל שאין יכול לחזור בו. ועיין במלואי חושן מש"כ ע"ז.

ובחזו"א (סי' ע"ז סק"ט י') כתב דאין יכול לחזור אף בשעת אירוסין דסילוק הוא ויתור על הזכות שיש לו באשתו, וזכות זו חלה כבר באירוסין שזכה בה לקנות הנכסים לכשתנשא, ואם פקעא זכותו שוב אינו יכול לחזור בו, דכבר נגמר הדבר. (כת' ומצינו ראיות לדין בדברי הראשונים. עי' בתוס' רי"ד כאן שכתב וז"ל: ואי קשיא וכי מאחר דבדבור בעלמא מסתלק להדר ביה. הא אוקימנא לקמן בכותב לה ועודה ארוסה וכיון דמתחילה התנה עמה ואח"כ נשאת לו, ע"ד כן נשאת לו שלא יזכה בנכסים הלכך בדבור בעלמא סגי לן שע"ד אותו הדיבור נשאת לו שלא יזכה בנכסים. [במלואי חושן ביאר שס"ל כמהרי"ט דאפשר לחזור בו מסילוק, ואחר נשואין מה דא"ל לחזור בו הוא משום דהוי תנאי בנשואין ואם יחזור בו יתבטלו הנשואין. ויותר נראה לפרש דקושייתו היתה שאין מעשה קנין ודברים לא מהני בזה, וע"ז תירץ דהנשואין ע"ד כן ובכה"ג אי"צ קנין. והא דבאומר לחבירו דו"ד אין לי בשדה זו רצתה בגמ' שיועיל סילוק, עי' בתוס' רי"ד שמבאר שבאמת עשה הלה קנין חזקה לזכות בהן חלקו, ודו"ק. ועל ביאור המלואי חושן יש להעיר כמה הערות ואכ"מ]. ועכ"פ מדברי התוס' רי"ד מבאר דעד שעת הנשואין יכול לחזור בו.

ובר"י מגיש ב"ב מ"ט א' מבואר להביא דא"ל לחזור בו אף קודם אירוסין. [ועיין בטבעת החושן ובמלואי חשן משכ"ב]. (כט) ובמה שהקשו התוס' דתפי"ל דאדם מקנה דשלב"ל הקשה הפנ"י דאכתי בעינן לדין סילוק משום דאילו מדין הקנאת דשלב"ל אתינן עלה צריך קנין, ואילו סילוק אי"צ קנין. [ולמש"כ לעיל בביאור התוס' רי"ד, מבואר שבאמת דעתו דגם סילוק בעי קנין]. ועי' באבנ"מ סי' נא סק"ג בשם דודי הרב הגדול מוהר"ר יוסף דב בעריש, שתיירץ דהוי"ל כדברים הנקנים באמירה וע"ש מה שתיירץ גם על הקושיא דלעיל דנ"מ שלא יוכל לחזור בו, ע"ש.

(ל) בתוס', "דאטו יש לה ליטול מזונות בע"כ וכשרוצה חוזרת בה". ומשמע מתוס' דגם אליבא דאמת דמהני סילוק מדשלב"ל, מ"מ יכול לחזור בה מהיתור של המזונות. ויש ראשונים שחולקים ע"ז, עיין בר"ן (כ"ג ב' בדפי הרי"ף) בשם הרא"ה דמיד שאמרה כן אינה יכולה לחזור בה, שאינו בדין שתחזור בה כשיהיה לה רווח ולקתה מדת הדין. והובאו שתי הדעות ברמ"א (סי' סט ס"ד). ועיין בריטב"א דף נח שביאר דלדעת התוס' הא דמהני חזרה הוא משום דכל יום יש סיבה חדשה לזכות במזונות ע"ש. ועיין באבנ"מ (סט א').

(לא) אבעיא להו קנו מידו מהו. רש"י מפרש דקאי על האומר לחבירו דו"ד אין לי בשדה זו. והקשו תוס' מה שייד שם קנין שהרי למי מקנה אותה. והרא"ש (סי' א') מתיר דכיון שאומר לחבירו שהוא שותף עמו ומקנה לו מוכחא מילתא שהוא מקנה לו השדה. [ועי' בחזו"א (ע"ז י"ד) שהסתפק האם תוס' לא מפרשי הברייטא בשותף, או דס"ל דאפי' בשותף ג"כ כיון שלא אמר דין ודברים אין לי עמך בשדה זו, לא מהני קנין עם השותף].

והנה התוס' פירשו דמירי בנשואה, וצ"ע דגם ע"ז תקשי מה מועיל הקנין, הרי הבעל לא אמר שמקנה לאשה, אלא אמר רק לשון סילוק מן הנכסים ולמי מקנה אותה. וביאר הקוב"ש דדוקא בשותף שאפי' אם יסתלק מחלקו לא יזכה השותף האחר בחלקו של הראשון ממילא, וא"כ לא הקנה לשום אדם. אבל בבעל אם יסתלק מן הפירות ממילא יהא שייד לאשה כיון שהגוף שלה [עי' ברשב"א גיטין ל"ז] וכיון דע"י סילוקו תקנה האשה שייד קנין בכה"ג אף שנקנה לאשה ממילא ע"י סילוקו. [מדבריו משמע שגם ע"י הקנין אי"ז נחשב כהקנאה לאשה, אלא דכיון דע"י הסילוק תזכה האשה, לכן שייד לעשות בזה מעשה קנין. ולכאוי היה אפשר לפרש דהא דתזכה האשה עביד אומדנא שבאמת כוונתו לעשות הקנאה לאשה].

והנה במה שנקט הקוב"ש בפשיטות ששותף שהסתלק מקרקע לא זכה בה השותף השני. ידועים בזה דברי השער משפט (סי' רע"ה) שדן בזה, ומצדד דבישראל גר שהיו שותפין ומת הגר זכה הישראל בכל השותפות ע"ש. ויתכן דזו דעת רש"י כאן ובזה נחלקו רש"י ותוס'. אך כמובן אי"ז הכרח ויתכן דסברת הרא"ש שייכא אף אם אין נעשה של השותף השני ממילא, אלא עצם הדבר שיש לו חלק בקרקע עביד אומדנא שמקנה לו. [ועיין עירובין ע' ב', ישראל גר שהיו שרויין במגורה אחת ומת גר מבעוד יום אע"פ שהחזיק ישראל אחר בנכסיו אוסר וכו'. ולכאוי אם נימא דבשותפות זוכה מאיליו, א"כ החצר המשותפת שייכת רק לישראל השותף, ואיך יחזיק בה ישראל אחר וצ"ב].

(לב) והרי"ף פירש דמירי בארוסה והספק הוא אם נימא דע"י הקנין יש אומדנא שמסלק עצמו אף מפירות. ועי' ברא"ש שהקשה ע"ז דאטו ע"י קנין נאמר שמקנה מה שאין במשמעות הלשון, ובין לאביי דהטעם משום יד בעל השטר על התחתונה ובין לרב אשי שמדייק מלשון הסילוק דלא מסתלק מפירות, לא מסתבר שע"י קנין נאמר שהסתלק. ועיין ברמב"ם פכ"ג ה"א וה"ב, וביאר הכס"מ דס"ל לרמב"ם דבעודה ארוסה מהני הקנין אף לפירות, אבל בנשואה מהני הקנין לדין אם מכרה ונתנה קיים ולא לפירות. והיינו משום דכל מה דמהני הקנין בארוסה לפירות הוא משום דלא היה צריך לעשות קנין וא"כ אתא הקנין להוסיף פירות. אבל בנשואה שצריך קנין אין כאן מעשה מיותר ולכן זוכה רק בדין אם מכרה ונתנה קיים. [והכס"מ דייק מדברי המ"מ שנקט בדעת הרמב"ם דהקנין מהני בנשואה אף לפירות. ועי' בט"ז סי' צ"ב שכתב דאין שום הוכחה לזה במ"מ].

(ג) כתב הטור סי' צ"ב דלדעת רש"י והרא"ש לא מהני קנו מידו בנשואה. ובחזו"א (ע"ז יד) תמה ע"ז מנין לומר כן בדעתם. [ועיין לקמן צ"ה דמבואר דמהני קנין על נכסים משועבדים, אכן יש לחלק בין נכסים משועבדים לנשואה כמש"כ שם התוס' ד"ה הכא]. ועי' במל"מ פכ"ג ה"א מאישות בביאור סברת הטור בכמה אופנים.

דף פג ע"ב

(לד) אמר אביי מסתברא מלתא דרב יוסף בעורר. שיטת רש"י דאם עורר אחר הקנין הוי טענה לומר שהתכוון לסילוק מדו"ד. אבל אם שתק הוי שתיקה כהודאה שהקנין חל.

ובעה"מ והרא"ה (והריטב"א) פירשו שאם בשעת הקנין היה עורר על השדה וע"ז קנו מידו, יכול לומר מדו"ד סליק נפשיה אבל בעומד בשופי בלא שום ערעור וקנו מידו מגופה של קרקע קנו מידו. [לכאוי פירושם רק לשיטת רש"י דקאי על שותף, אבל למפרשים דמיייר בארוסה או בנשואה לכאוי א"א לפרש כך דמה ערעור שייך קודם].

והנה לשיטת הרי"ף דהקנין לטפויי אתא, והשתיקה הוי כהודאה שהקנה הכל. הקשה החזו"א (ע"ז טו) דהרי לעולם הוי ספק אם מסתלק מהכל, ורק משום יד בעל השטר על התחתונה מפסיד את הדבר הפחות ביותר. וא"כ גם בלא קנין נימא דאם הוא עומד הוי כהודאה שמחל גם על הפירות. [ובשלמא לרש"י י"ל דהשתיקה הוכחה רק על שעשה את הקנין בתורת קנין גמור, אבל אין השתיקה הוכחה שהסתלק מעוד דברים. אבל לשיטת הרי"ף קשה].

ותירץ דבלא קנין אין כ"כ הוכחה משתיקתו. ד"ל שסמך על דין יד בעל השטר על התחתונה. אבל בעשה קנין ושתק הוי טפי הוכחה דמגופה של קרקע קנו מידו.

[ולכאוי היה מקום לדון דאין העומד מדין שתיקה כהודאה, אלא דבסתמא תלינן שהקנין אתא לפירות, אלא דמועיל "טענה" לומר שלא התכוון לזה, ואם שתק בטלה טענתו, אך מ"מ א"י כהודאה גמורה להוציא מספק. אך מלשון הרשב"א "שהחזיק זה בקרקע ושתק יום או יומים קנה דמדשתק גלי אדעתיה דמגופא של קרקע אקני ליה" משמע קצת דהוי כהודאה גמורה].

(לה) ע"י בגמ' צ"ה א' דמשמע דקנין מהני לכו"ע, וע"ש בתוס', ובראשונים כאן, מה שתיצרו ע"ז.

(לו) אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה. יל"ע בדין יד בעל השטר על התחתונה, האם הוי ספק, או דכן הוא הדין שהשטר מתפרש כפי הפחות שאפשר לפרשו וכל השאר הוי כדברים שבלב. והנה התוס' ד"ה רב אשי כתבו דלכתחילה אסור לאשה למכור, ופירש המהרש"א דהאיסור משום דאיכא ספק האם סילק עצמו ממכירה [דלצד זה מוכרת לכתחילה] או שסילק עצמו מפירות או מירושה, ולצד זה אסור למכור. [שאם סילק עצמו מפירות לא תמכור שלא תפקיע ירושתו. ואם סילק מירושה לא תמכור שלא להפקיע הפירות]. ולפי פירוש זה מבואר דבאמת נשאר גם אליבא דאמת ספק. [וצ"ע דלמה לא יאמר הבעל בין על פירות ובין על מכירה שהוא המוחזק וזיל הכא קמדחי לה וזיל הכא קמדיחי לה, ורק במקום ממ"נ לא יהיה לו].

ועיין בחזו"א (סי' עז סקט"ו) שמבאר שעל המתחייב לפרש את השטר ולברר טענתו והמחזיק זוכה לפי טענתו. אלא שהקשה דא"כ למה לכתחילה אסור למכור הרי אם טען הבעל שכוונתו על מכירה הרי יש כאן הודאת בע"ד שסילק עצמו ממכירה ויהיה מותר לכתחילה וצ"ע].

אכן הטי"ז (סי' צ"ב סק"א) מבאר דברי התוס' באופן אחר, דכיון דיד בעל השטר על התחתונה יש למעט בכח האשה מה שיותר, ונימא דסילק עצמו רק ממכירה שבדיעבד, אבל לא סילק עצמו מזכותו שיש לו שלכתחילה לא תמכור. וכן ביאר החזו"א (שם). ולפ"ז אין מקור שיד בעל השטר על התחתונה הוי ספק. [וצ"ע שבסק"ט הוכיח מתוס' דיד בעל השטר על התחתונה הוי ספק].

והנה מצינו גבי שובר שיש בו ספק דנחלקו הראשונים אם אמרינן יד בעל השטר על התחתונה או דבזה כיון שבעל השובר מוחזק ידו על העליונה, ע"י בנמוק"י ב"ב (ע"ו ב' בדפי הרי"ף) שדעת הרא"ה דהממע"ה, והריטב"א חולק. והובא ברמ"א חו"מ סי' מ"ב ס"ח. [וע"ש בש"ך סק"יח]. ולכאוי פליגי בנידון הנ"ל אם הוי כמפורש בשטר או דהוי ספק והממע"ה. [אמנם בש"ך הנ"ל ביאר באופן אחר, דהנידון בדין אין ספק מוציא מידי ודאי ע"ש. ושאר האחרונים לא פירשו כן].

(לז) והנה המהרי"ק (שרש ז') הוכיח מסוגיין דדין יד בעל השטר על התחתונה נאמר אף נגד מוחזק, שהרי כאן האשה מוחזקת בנכסים ומ"מ הבעל מוציא הימנה. והבית יוסף סי' מ"ב בבדק הבית הקשה עליו דהרי מבואר ברי"ף ס"פ השואל דבמקום דפסקינן יד בעהש"ט על התחתונה מהני תפיסה. ופי' בהגהות מיימוניות סוף הלכות מלוה דדין יד בעל השטר על התחתונה הוא מדין הממע"ה. [ועיין בש"ך הנ"ל שמחלק בין טוען ברי לטוען שמא]. ובאמת עיין בריטב"א כאן שהוכיח כן, ודן דשמא רב אשי פליג בהא גופא.

ובט"ז (סי' צב סק"א) כתב לדיוק מרש"י, דהכא מקרי דהבעל מוחזק, כיון דסתמא תקנת חכמים קיימת עד שתברר שהתקנה התבטלה ומש"ה מקרי הבעל מוחזק. ונדחית בזה ראית המהרי"ק.

(לח) ובדעת רב אשי דפליג על סברת אביי [כמו שמשמע בתוס' דלא ס"ל יד בעל השטר על התחתונה] כתב הטי"ז שם [וכן מצד המהרי"ט (ח"ב חו"מ סי' קיח)] דרב אשי סובר שהאשה מוחזקת ולכן לא שייך כאן יד בעל השטר על התחתונה. וכן מצד הריטב"א וכדלעיל.

והחזו"א (ע"ז ט"ו) מבאר דפלוגתתם אם ע"י דין יד בעל השטר על התחתונה אפשר לבדות ספיקות במה שאינו מבואר בלשון השטר, שהרי בסתמא קאי השטר על כל זכויותיו, וסובר רב אשי שרק ע"י הוכחות מגרעין לשון השטר, אבל בלא הוכחות מפרשים לשון השטר כפשוטו דקא על כל הזכויות. [וכבר עמד בסברא זו בשו"ת הרמ"א סי' ג' ד"ה התשובה השנית, ופשיטא ליה דא"א לבדות ספיקות בלשון השטר, ורק אם יש לשון שמסופק מצד עצמו אמרינן יד בעל השטר על התחתונה. והקשה ע"ז מסוגיין דלא מפרשינן בסתמא שמסתלק מהכל. ותירץ: דשאני התם דהוי שלשה דברים חלוקים ואין נכללים בשם אחד. א"נ כח איש אצל אשתו עדיף לומר ביה יד בעל השטר על התחתונה אע"ג דלא אמרינן כן במקום אחר, משום דידו עדיפא מידה כדאיתא התם. א"נ לא קיי"ל כתירוצו של אביי אלא כדבר אשי דמשני בתירוץ אחרון בנכסיד ולא בפירותיהן, עכ"ל. ותירוצו האחרון של הרמ"א הוא כחזו"א].

והמהרי"ק כתב דהא דנחלק רב אשי הוא משום שחולק על סברת בוצינא טב מקרא, אבל לא נחלק בסברת יד בעל השטר על התחתונה. [והמהרי"ט (שם) הקשה עליו מדברי התוס' שמשמע דרב אשי פליג על דין יד בעל השטר על התחתונה. וכתב דשמא התוס' לא סמכו על סברתם שהרי נשאר בקושיא. אכן לדברי המהרש"א לכאוי לק"מ, דלרב אשי הכא אין ספק ולכן תמכור לכתחילה ומש"כ תוס' "לרב אשי דל"ל יד בעהש"ט על התחתונה" היינו רק הכא משום דלפי דעתו אין כאן ספק].

(לט) ואימא מפירי. ופרש"י אבל אם תמכור יירשנה, והקשה הרשב"א שהרי משנתנו לפני תקנת אושא [כדמשמע בר"פ האשה שנפלו דאין הוכחה ממשנתנו לתקנת אושא]. ותירץ בשם הראב"ד דהמשנה איירי בתר תקנת אושא, ורק דהגמ' דנה אם יש ראייה מהמשנה לתקנת אושא.

ובתוס' הרא"ש כתב בתירוץ קושיא זו דבר חידוש: דגם קודם תקנת אושא, אף אם סילק נפשיה מפירי אין האשה יכולה למכור, דניחא ליה שתהא הקרקע ביד האשה כדי שתורישנו לבניו וגם שיהיו לה פירות מידי שנה בשנה כי א"א לו שלא יהנה מהם ואיכא לבעל רווח ביתא. [כשם דאשכחן לעיל שלאשה יש טענת רווח ביתא]. וע"י במאירי.

מ) מיתה שכיחא. כתבו תוס' דמסתכנת בלידה. ובדף נב כתבו תוס' דהנשים ממחרות למות מן האנשים כדאמר בירושלמי. וכתב מהר"ם שיף דמשמע דזה אף בלא בטעם דמסתכנת בלידה. והנה מה שהכריח את תוס' לפרש דמסתכנת בלידה הוא משום דאלא"ה למה שכיח דהאשה תמות לפני האיש, דילמא הוא ימות לפניו. ועיין בריטב"א שתייר דהכי קאמר דיותר הוא מצוי בענין שתמות בחייו משתמכור בחייו. [והתוס' שנדחקו בזה, י"ל דלישנא דגמ' משמע להו דמיתה אשה שכיחא בעצם, ולא רק ביחס למכירה].

מא) רב אשי אמר בנכסין ולא בפירותיהן. הקשה הרשב"א דהא במוכר נכסיו לא מדייקין כן לומר שמכר את נכסיו ולא את פירותיהן ומי"ש סילוק. ותייר דשאני בעל שלו עצמו יש זכויות מוחלקין, דפעמים יש לו פירות בלא גוף כגון בנכסים שנפלו לו קודם שנשאת לסברת המשנה שאם מכרה ונתנה קיים. ופעמים שהוא יורשה ואינו אוכל פירות בחייה כגון שמכרה ונתנה עד שעת מיתה שמכרה קיים. הלכך אמרין דגם בסילוק אין הכל בכלל.

עוד תירץ הרשב"א דהיינו כשסילק עצמו מהגוף הכל בכלל, ואין הפירות שלו מדין "שיויר" בסילוק. אלא דמ"מ הפירות של הבעל דלא גרע ממציות האשה, ויש לו סיבה לזכות בפירות מצד עצמו. ורק אם מסלק עצמו בפירוש מן הפירות מהני. ולא דמי לנותן מתנה לאשתו דהתם לא כסיפא ליה מילתא לפרש את השיור כיון שמשלו הוא נותן, ואם לא פירש ש"מ שסילק עצמו מזכות הפירות. אבל כאן אדרבה כיון שלא כתב בפירוש מפירותיהן אין כאן סילוק מגופם של פירות. [ועפ"ז דן הרשב"א דשמה הנותן מתנה לאשתו הוי סילוק אף מירושת אותה שדה כיון שלא פירש. ומסיק דשניא ירושה מפירות, דרק פירות היה לו לפרש ולא ירושה ע"ש]. ושוב דחה הרשב"א פירוש זה, דבכה"ג אין לזה דין "מצאיה" ואין כל הפירות שלו דרך בדבר שאין לו קול יש דין מצאיה שמא תבריא ותאמר מצאיה מצאתי. אבל דבר שיש לו קול הרי הוא כנכסי מלוג.

באופן שלישי תירץ הרשב"א דבמכירה אמרין שבכלל נכסיו גם פירותיהן אבל סילוק שאני. (מב) לעולם הוא אוכל פירי פירות. התוס' לעיל ע"ט כתבו דכאן מוכח דהבעל אוכל פירי פירות, ומה דאיתא בגמ' שם פירי דפירי לא תקינו ליה רבנן היינו באתו מעלמא. אכן הרי"ף שם מתיר: שאני הכא [בכפל דולד בהמת מלוג] דקא שקיל ליה לפירי גופיה ומש"ה לא שקיל ליה לכפל דהו"ל פירא דפירי. אבל היכא דזבין ליה לפירי וזבין בהו ארעא אי לא שקיל לפירי אשתכח דלא שקיל לא פירא ולא פירא דפירא, הלכך שקיל להו פירא דפירא דבמקום פירא קיימי.

ונחלקו האחרונים בדעת הרי"ף. דדעת ההפלאה [כאן ושם ובשו"ע פ"ה יט] והגרע"א בדו"ח שם, דדוקא היכא דסילק עצמו מפירות אז יש לו פירי פירות, דבכה"ג אין הקרקע שלו. אבל אם לא סילק עצמו מפירות הרי הקרקע שלו, וממילא מקרי אית לי הלפירא [דאם ימות או יגרש אין הקרקע חוזרת לאשה] ולכן אין לו פירא דפירא.

אכן הבי"ש (פה לח) נקט דאף בלי סילוק יש לו פירא דפירא, וטעמו שאם קונה קרקע אין הקרקע של הבעל ופקע קנינו [משום דלא נתנו לו הפירות אלא לאכילה] וכיון דאין לו פירא יש לו פירא דפירא.

והנה הרא"ש כתב דע"כ ברייתא איירי בדסילק, דאם לא סילק עצמו אף הקרקע שלקח מפירות היא שלו [וכוונתו דממילא אף הפירות שלו מדין ארעאי שבח]. ומבואר מזה דהקרקע שלו ולא כדברי הבי"ש [ואף שבלא"ה אין דברי הרא"ש מתאימים להרי"ף, דלדעת הרי"ף גם להגרע"א בכה"ג נהי דהקרקע שלו מ"מ הפירות אינם שלו. מ"מ מדברי הבי"ש משמע דהרא"ש מודה לרי"ף מיהת שהקרקע שקנה אינה שלו וזה נסתר מהרא"ש כאן, וכן תמה הבית מאיר סי' פה סט"ז].

והבי"מ הקשה על הרא"ש דאם סילק מפירות והקרקע יש לה דין נכסי מילוג, א"כ אין זה אכילת "פירי פירות", אלא אכילת פירות נכסי מלוג שהקרקע הפכה בעצמה לנכסי מלוג ודמי לנכסים הראשונים שנפלו.

וכתב הבי"מ דלולא דמסתפי היה מפרש בדעת הרי"ף דמייירי בלא סילק, ובאמת בעלמא אין לו פירי פירות, וכאן הקרקע שלו ומ"מ יש לו פירות דקרקע הואיל וא"א לאכול את הקרקע דמי כאילו אין לו פירות.

נמצא ג' שיטות בדעת הרי"ף: בלא סילק עצמו: להפלאה והגרע"א בקנה קרקע - הקרקע שלו והפירות לא. ולבי"ש הקרקע אינה שלו והפירות שלו. ולבי"מ הקרקע והפירות שלו.

והנה הגרע"א תמה על הרי"ף מהא דאיבעיא לקמן כתב לה דו"ד אין לי בנכסייך ובפירי פירותיך אם סילק עצמו מפירות. הרי מוכרח דיש לו פירי פירות אע"פ שיש לו פירות [ורק מחמת הסילוק אין לו פירי פירות]. ואילו להרי"ף בלא"ה אין לו פירי פירות אם לא סילק עצמו מהפירות. אכן לדעת הבי"ש והבי"מ לק"מ ודו"ק. ועי' בהפלאה שיישב הסוגיא לדעתו [שסובר כהגרע"א].

מג) הא קמ"ל דכיון דכתב לה פירי פירות כמאן דכתב לה עד עולם דמי. שיטת רש"י דעד עולם לחודיה לא מהני להך צד באבעיא. והתוס' הקשו דהא אמרין "כמאן דכתב לה עד עולם דמי", משמע דעד עולם ודאי מהני. ועי' במהרש"א שרש"י תירץ זאת שאין הכוונה כאילו כתב בשטר את הנוסח "עד עולם", אלא הכוונה דפירי פירות מהני לסלקו עד עולם. ועי' ע"ע משה"ק המהרש"א ועי' ברש"ש.

מד) תוד"ה הו"א לעולם אפירי קאי. אלא הכי פירושא הו"א עד עולם אפירות שבחייה ובמותה לא יאכל פירות. ופי' מהרש"ל שלא יירש את הפירות שכבר צמחו בחייה. וביאר הרש"ש בדעת מהרש"ל דהא פשיטא שאת הפירות שמכאן ולהבא יאכל, דכיון דירש הקרקע ממילא פירותיה שלה, דאטו נאמר שאינו יורשה אלא למישטח בה פירות. אכן המהרש"א כתב ע"ד מהרש"ל: ולא ידענא הכרע בזה. והיינו שהוא מפרש דהבעל יורש רק את הגוף, אבל הגוף לפירות שייך לאשה. [וכן פירש החזו"א (ע"ז יח) בדברי מהרש"א. ונראה מדבריו דנקט דאף למשטח פרי אין לו ובאמת לא יירשנה כלל].

מה) והנה מדברי הרש"ש נראה שמחלוקת הרש"ל והרש"א היא באומדנא אם מסתלק גם מהקרקע או רק מפירות. אכן לכאוי' יש לפרש באופן אחר. דהנה הסילוק כאן הוא רק מחלק מן הירושה [לדעת מהרש"ל רק מפירות, ולדעת מהרש"א מגוף לפירות] וצ"ל דשייך סילוק ממקצת הנכסים גם לגבי ירושה. [ובאות ג' הובא שכן מפורש ברמב"ם פכ"ג ה"ה. וכן מוכח ברשב"א - אות מא - שדן שהנותן מתנה לאשתו מסתלק מירושת שדה זו]. ובאמת החזו"א (שם) תמה ע"ד מהרש"א דכיון דירושה אינה זכות בנכסים, אלא דע"י שיש לו שם יורש את הכל, איך שייך לחלק בין נכס לנכס, דממ"נ אם יש לו שם יורש הכל ואם לא, לא יירש כלום. [ובאמת לא על המהרש"א ומהרש"ל תלונתו אלא על הרמב"ם והרשב"א הני"ל].

וצ"ל דגם בירושה אפשר לחלק הזכות ירושה, דעל כל נכס יש זכות ירושה בפני"ע. וכן מבואר בראשונים גבי הנחלה דריב"ב (ב"ב ק"ל א') דאפשר להנחיל אפי' מקצת נכסים, עי' ברשב"א ב"ב קלא א' דמהני, והריטב"א דף ק"ל א' כתב



דלא מהני [ובדעת הריטב"א י"ל דסברתו היא בדיני הנחלה, דשרש דין הנחלה דריב"ב הוא לעשות שם יורש. אבל מ"מ י"ל דיש כח ירושה על נכס מסוים].

ולפ"ז נראה בדעת מהרש"ל דכל מה ששייך לחלק הירושה כלפי נכס זה ולא כלפי אחר, כ"ז כלפי הקנינים הקיימים בחפץ אבל א"א לחדש סוג קנין חדש ע"י ירושה. והיינו, דמי שיש לו בעלות שלימה על חפץ אין הפירוש שיש לו גוף וגוף לפירות ושכירות וכו', אלא יש לו בעלות כוללת, ואם רוצה למכור גוף לפירות צריך לחדש לשני גוף לפירות, והוא קנין חדש, וצריך ע"ז מעשה קנין. ועפ"ז י"ל דבירושה ל"ש לומר כן דאין הירושה קנין, ורק בשני חפצים שייך לומר שיירש חפץ זה ולא אחר, אבל א"א לומר שיירש הגוף ולא הגוף לפירות.

מו) והחזו"א ביאר בדברי תוס', דכשמסלק עצמו מפירות, בסתמא תלין שסילק רק מפירות שיהיו בחייה, אבל אם תותיר לאחר מיתה אין מסלק עצמו מהם כלל והרי הם שלו מדין נכסי מלוג [ולא מדין ירושה]. אבל כשכתב "לעולם" הרי הם שלה ואין לו כלל דין נכסי מלוג, ונפקא מינה שתוכל לתת הפירות קודם מותה במתנת שכ"מ ואין הבעל מוציא מיד הלקוחות. [שהרי מכרה ונתנה קיים].

מז) הנה הבעיא אם פירי פירות דוקא או לעולם דוקא לא איפשטא. וכתבו הפוסקים דתרווייהו דוקא, דמספיקא לאו מפיקין ממונא מהבעל. ומבואר מזה דהבעל נקרא מוחזק. [וכמשנ"ת באות לו]. ועי' בחזו"א (ע"ז סק"ט) שדן דאם נאמר דאף בשובר אמרינן יד בעל השטר על התחתונה והטעם משום שלא נכלל בשטר אלא הפחות שבלשונות, והשאר הוי כדברים שבלב, וזהו הטעם דהבעל מוציא מיד האשה. א"כ לכא' כאן דהוי ספיקא דדינא לא שייך טעם זה, שהרי יתכן שהדין פוסק שודאי נכלל בלשון השטר אף יותר מזה. ושוב כתב דאין הדברים מוכרחים דמ"מ כיון דלמעשה הוי ספק אמרינן גם בזה יד בעהש"ט על התחתונה.

והנה החזו"א נוקט דהטעם דיד בעהש"ט על התחתונה אף בשובר הוא מפני שעל היותר הוי כדברים שבלב. אכן בריטב"א בסוגין מבואר טעם אחר, שכיון שהחיוב ברור, מי שאומר שנפרע החוב עליו הראיה, [וכעין הסברא ברש"י]. דף פג ע"ב

ולפ"ז ודאי דגם כאן שייכא סברא זו.

מח) אבעיא להו כתב דו"ד אין לי בנכסיד ובפירי פירות מהו שיאכל פירות. ולכא' צ"ע דכיון שהפירות הם שלו איך ישארו הפירות שלה והרי ממילא הם של הבעל כיון דצמחו מפירותיו. ובאבי עזרי (פכ"ג מאישות) כתב בזה ע"פ משנ"ת בשמו בר"פ האשה שנפלו דאין לבעל בעלות גמורה בפירות אלא רק זכות אכילה, והפירי פירות הם זכות נוספת שתקנו לו. ולכן שייך להסתלק מזכות זו ולא מהזכות האחרת. וכן מבואר בדף ע"ט ב' דיש אופנים שאין לבעל פירי פירות ונתבאר שם. [אמנם צ"ע דלבתר תקנת אושא הרי יש לבעל גוף לפירות וכמו שהוכיח האו"ש פ"ב מרוצח, וצ"ע. וכבר הערנו בזה בר"פ האשה שנפל].

והחזו"א (סי' עז סק"ט) מוכיח מקושיא זו דיתכן שיוזכר האשה, דהגם שהפירות של הבעל, מ"מ נשאר לאשה זכות שפירי הפירות יהיו שלה כעין קנין הפירות לפירי פירות, ולא נחשב כדשלב"ל, אלא דיש לו זכות בפירות עצמם לזה. וע"ע בחי' הרי"ם.

מט) ולטעמיה הא דתנן ר"א לעולם הוא אוכל פירי פירות וכו'. כיון דאכלינהו לפירות פירי פירות מהיכא אלא בדשיירא ה"נ בדשיירא. והנה נחלקו הרא"ש והרמב"ם אם יש זכות לבעל לכופה למכור את הפירות לקנות בהם קרקע שיאכל הבעל פירותיה. [כ"ד הרמב"ם פכ"ג ה"ג]. והרא"ש ושאר ראשונים סוברים דרק אם קנתה קרקע הבעל אוכל פירות אבל אין כופין אותה לקנות קרקע. ודייקו הראשונים מלשון הגמ' "אלא בדשיירא" משמע שאינה חייבת להשאיר. והגרע"א הקשה על הרמב"ם יותר מזה, דאם נימא דחייבת להשאיר א"כ מה הדמיון מדברי ר' יהודה לאומר דו"ד אין לי בפירי פירות נכסיד, דהרי שם פשוט שאין כופין אותו למכור הפירות, ואילו כאן כופין אותה למכור הפירות ושפיר איכא פירי פירות. [ועי' בגנזי רע"א משכ"ב, אבל חסר שם סוף הדברים]. ועי' באבנ"מ (צ"ב יא) שמיישב היטב.

ובאבי עזרי כתב דהרמב"ם מפרש הגמ' בביאור החדש. דהנה כבר הובא באות מז הקושיא איך יש לאשה פירי פירות אם הפירות של הבעל. וי"ל דזאת גופא קושית הגמ' "פירי פירות מהיכא", [דגם בהו"א ידעה הגמ' את ההיכי תמצי "בדשיירא", אלא דקשיא לה דמ"מ הפירות יהיו שייכים לבעל]. והתירוץ ע"ז הוא כמשנ"ת שם דאין לבעל בעלות גמורה על הפירות אלא רק זכות אכילה. וזאת הוכיחה הגמ' מדברי ר' יהודה, דשם יש להקשות דכיון שסילק עצמו מן הפירות מהיכי תיתי שיהיה לו זכות פירי פירות, ובע"כ דזכות הבעל אינה נובעת מקנין, אלא שזוכה בפירות ובפירי פירות מתקנה, וממילא יש לו פירי פירות. וה"נ כאן יכול לסלק עצמו להיפך, מהפירי פירות ולא מן הפירות. ועי' בחזו"א (ע"ז י"ז) שמתרץ הרמב"ם בעוד אופן.

נ) הרא"ש (סי' א') כתב שמקורו של הרמב"ם מהירושלמי: ר' זעירא רב יהודה בשם רב הכותב שדה מתנה לאשתו אין לו אכילת פירות. אמר רבי מתנה מתניתא לא אמרה כן אלו הן פירי פירות מוכר פירות וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות לאו ככותב שדה לאשתו הוא ואת אמרת אין לו פירות ולא פירי פירות. וכן בתוספתא מבואר שמוכר הפירות. וכתב הרא"ש דהרמב"ם סמך על הירושלמי והתוספתא.

והוסיף הרא"ש דנראה שהירושלמי פליג אגמרא דילן דפרק חזקת הבית אמרינן דאם נתן מתנה אין הבעל אוכל פירות, הלכך לפום גמ' דידן לא אמרינן דמוכר אוכל פירות אלא אם כן שיירה ולקחה בהם קרקע.

והדברים טעונים ביאור דהנה קושית הירושלמי היא דמאחר וסילק עצמו מהפירות יש לפירות דין מתנה ואין הבעל אוכל בהם פירות, ומזה הוכיח דבאמת במתנה הבעל אוכל פירות. ולפ"ז צ"ע דלדברי הבבלי ע"פ הרא"ש דאין הבעל אוכל פירות במתנה, א"כ למה כאן יש פירי פירות. [ובדוחק י"ל דהבבלי בע"כ פליג על מה שהשוה הירושלמי בין הנושאים וס"ל דלא דמי סילוק למתנה].

עוד צ"ע ע"ד הרמב"ם שאם מקורו בירושלמי איך פסק דבמתנה אין לבעל פירות ובסילוק יש לו. עוד צ"ע דהתוס' בב"ב נ"א ב' כתבו דבמתנה נהי דאין הבעל אוכל פירות מ"מ יש לפירות דין נכסי מלוג וילקח בהם קרקע והוא אוכל מהם פירי פירות, וצ"ע מהירושלמי שמבואר דאם אין לו פירות אין לו גם פירי פירות.

נא) ועי' בחי' ר' ראובן ב"ב סי' יז [ונדפס גם ביונת אלם] שביאר הדברים בארוכה. ותוכן דבריו דיסוד מחלוקת הרא"ש והרמב"ם היא, מהו שרש הזכות בפירי פירות. האם משום שהפירות עצמם דין נכסי מלוג להם והוי כנפלו לה כספים שילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות. או דבאמת אין לו דין נכסי מלוג בפירות, שכיון שהסתלק מהם אין לו כלל זכות בהם. אלא דיותר זכות פירי פירות משום הקרקע הראשונה, והיינו דזכות פירי פירות היא זכות נפרדת הקיימת תמיד לבעל בנכסי אשתו ומזכות זו לא סילק נפשיה.

ובזה פליגי הרמב"ם והרא"ש. דלרמב"ם יש לפירות דין נכסי מלוג ולכן יש לו זכות למכור הפירות וילקח בהם קרקע. ואילו להרא"ש הוי רק זכות פירי פירות משום הקרקע הראשונה וזכות זו היא לענין אם יצמחו הפירי פירות, אבל אין לו זכות לכפות לקנות קרקע לצורך זה.

ומה שהוכיח הירושלמי הוא דאם במתנה אין הבעל אוכל פירות גם הפירות שסילק עצמו מהם יש דין מתנה ולא יהפכו לנכסי מלוג, וממילא מה שיש לו פירי פירות הוי רק מדין הקרקע הראשונה וא"כ יוכל למכור. ולפי"ז ל"ק על תוס' בב"ב, שהם מיידי מדין שהפירות של המתנה הפכו לנכסי מלוג, והירושלמי דן שכאן שהסילוק מהפירות הם הוו כמתנה ראשונה ולא יהיה בהם דין נכסי מלוג. וע"ש מה שיישב שאר הקושיות.

(ובמשי"כ הגר"ר דהזכות בפירי פירות הוא משום הקרקע הראשונה. כ"כ הגרע"א במהדו"ת סי' פה ע"ש. ועי' בבית מאיר (סי' פה סט"ו) משכ"ב.

נב) תוד"ה וקסבר. הקשו למה בפירות תנאו קיים. ותירצו דנכסי מלוג לא שכיחי ולא עבדו בהו חיזוק. ומבואר מזה דלגבי נצי"ב לא איירי כלל במשנה. וברמ"א סי' צ"ב ס"ב משמע דבסתמא לא נכלל זאת בלשונו. אבל אם מפרש הוי סילוק. [ובהג"א מובאת דעת רב האי גאון דמהני סילוק בסתמא גם על נצי"ב]. ועי' באבני"מ (צ"ב ז') שדן דבנצי"ב לא יהני אפי' מסלק בפירוש, דהפירות בהם הם מדאורייתא ע"י שהכניסה לו אותם. [והביא שם תשובת הריב"ש שבנצי"ב אף פירי פירות של הבעל מה"ט שהכל שלו ואין כאן תקנה מסוימת של פירות] וממילא לשיטת תוס' דבדאורייתא לא מהני סילוק אינו יכול לסלק עצמו אפי' בפירוש.

ובתוס' ב"ב מ"ט ב' תירצו באופן אחר: וי"ל דשאני ירושה דנפלה קמיה דבעל דירשי האשה כנכרים הם באותה ירושה לגבי בעל ולכך אין יכול להסתלק. אבל הכא מנכסי מלוג יכול להסתלק שישארו ביד מי שהן עכשיו דהיינו האשה. ובחי' הגרנ"ט סי' מד הקשה דמשמע מתוס' דמעיקר הדין לא מהני סילוק בירושה. ואילו בגמ' משמע דרק מצד דעשו חיזוק לא מהני. וביאר דיש שני אופנים להסתלק מירושה. א) שיאמר שלא יהא הדין חל. וע"ז קאמר בסוגין דעשו חיזוק - דזה נקרא עקירת הדבר. ב) שיאמר שאינו רוצה להשתמש בזכות זו, וזה דמי למחילה שאינה עקירת דבר. וזה הטעם דמהני בסילוק מפירות. אמנם לגבי ירושה לא מהני, ומטעם שכתבו התוס' דכיון שהוא "ירוש" ממילא הנכסים שלו, דא"י "זכות" ששייך לוותר עליה. ועיין במחנ"א (זכיה ומתנה יא) שנקט ג"כ דסברת תוס' היא על עיקר הדין שלא שיד סילוק בירושה ע"ש. ועי' אות נג.

דף פד ע"א

נג) ורב סבר ירושת הבעל דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. והקשה התוס' הרא"ש אטו פליג על מתניתין דלכו"ע אינו אוכל פירות בחייה. [ועי' ברש"י ותוס' בזה]. ותירץ כעין דברי התוס' בב"ב - אות נב - אכן מבואר מדבריו דזו סברא בדין "עשו חיזוק" ולא סברא בעיקר הדין, והיינו דבירושה הוי יותר בגדר עקירה ולכן חיזוק את דבריהם. עוד תירץ דעשו חיזוק רק בדבר שיש דוגמתו בדאורייתא ולא בפירות שלא אשכחן בדאורייתא זכות דומה לזו.

נד) תוד"ה וסבר. כתבו דהכא מקרי לא ידע ומחיל כיון דיתכן שימות הוא בחייה ואז א"צ למחילתו. וכ"ד הראב"ד בהשגות על הרי"ף. אמנם הרמב"ן בחידושי ובמלחמות ובספר הזכות כתב דמקרי ידע ומחיל, שהרי מוחל על הזכות ירושה וזכות זו ברורה וקבועה, ואין נ"מ כלל אם ברור שיבוא לידי גוביינא או לא, דאטו מי נימא שאם מחלה לבעלה קבורתה או פדיונה דמקרי לא ידעה ומחלה, פשיטא דהוי מחילה גמורה שמוותרת על זכותה.

ובביאור המחלוקת כתב הגר"ח (ריש הלכות מכירה) דנחלקו ביסוד החסרון של "לא ידע ומחיל". דהרמב"ן נוקט דהוי חסרון בגמירות דעת, דכל שלא ידע אין דבריו בלב שלם ולא גמר ומחל. ואילו תוס' ס"ל דהוי דין במתנה עמשכ"ב, והיינו דהא דמתנה על דבר שבממון תנאו קיים הוא משום שהתורה אמרה דין זה לטובתו ואם אינו חפץ בכך אין הביטול נגד רצון התורה, וע"ז אמרין דאם לא ידע דמחיל עדיין אין ויתורו ויתור שלם לענין שיחשב כדבר שבממון, וממילא תנאו בטל מדין מתנה עמשכ"ב. [והדברים מפורשים ברמב"ן שכתב ע"ד תוס' וז"ל: וזה אינו כלום דטעמיה דמ"ד באונאה סתם יש לו עליו אונאה לאו משום מתנה עמשכ"ב הוא, אלא אפילו בדבר הרשות כיוצא בתנאי זה בטל הוא דטעמא משום דלא גמר ומחיל הוא כו' מחילה בטעות הוא ולא שמה מחילה].

ולכן לדעת הרמב"ן דמדין "טעות" אתינן עלה, הכא ודאי שאין כאן טעות והוי מחילה גמורה. אבל לדעת תוס' דאתינן עלה משום דמוותר בלב שלם על טובתו ולכן אין בזה משום מתנה עמשכ"ב, כל היכא דלא ידע אי"ז די לדין מתנה עמשכ"ב אע"פ שאין לו כלל טעות. [וע"ע בדברי הגר"ח שם לחלק בין דינא דלאו ודאי קעקר לדינא דלא ידע ומחיל, ע"ש]. וע"ע בב"מ נ"א ב' בריטב"א (ישנים) שהביא שני דעות בזה אם הוי דין במתנה עמשכ"ב או דהוי מחילה בטעות.

ועיין במהרש"א שהקשה על שיטת תוס' למה ר' יהודה סובר במשנה דתנאו קיים בירושה הרי לא ידע דמחיל. ותירץ דסובר דירושת בעל דרבנן [ועיין בגרע"א בב"מ נא שהאריך בזה]. ופשוט שכ"ז לתוס' לשיטתם שהחסרון משום מתנה עמשכ"ב, ולכן אם הוי דרבנן אי"ז חסרון. אבל לדעת הרמב"ן אין מקום לחלק בין דאורייתא לדרבנן.

נה) הלכתא כוותיה דרשב"ג ולא מטעמיה וכו'. עי' בבעה"מ ובמלחמות ובהשגות הראב"ד. והנה דעת בעה"מ דלהלכה פסקינן כרשב"ג דלא מהני תנאי בירושה [אע"ג דבעלמא בתנאי שבממון דבריו קיימים] משום דשאני הכא דירושה ממילא קא הויא ולא כל כמיניה דעקר לה. וביאר הברכ"ש (ב"מ סי' לט ולהלך) דזכויות שיסודן מכח טובת המקבל, יכול להסתלק מזכותו. אבל ירושה אינה דין זכות, אלא הוא גזה"כ דבן יורש, וא"כ א"א להסתלק אא"כ מפקיע הימנו שם בן וזה לא יתכן.

והרמב"ן הקשה עליו מע"מ שלא תשמטנו שביעית, דשם מהני תנאו אע"ג דהוי ממילא, [והסברא שבאמת מועיל ביאר הברכ"ש משום דעושה סילוק בנכסים שלא יזכה בהם וממילא פקעא שביעית]. ועוד הקשה דבב"ב קכו: משמע דמה שא"א לעשות תנאי בירושה הוא מדין מתנה עמשכ"ב.

נו) והר"ח פסק כרשב"ג ע"פ הירושלמי דהטעם משום "שבסוף זוכה בהן, פירוש הבעל אין לו בנכסי אשתו קנין כלל בחייה לפיכך אם כתב לה הבעל וסילק ידו מנכסיה לאו כלום הוא וזה כגון הבן שסילק ידו מנכסי אביו שאם מת אביו בנו יורשו. עכ"ל. וביאור דבריו כתב המל"מ (פכ"ג ה"א מאישות) דהוי כמו סילוק קודם אירוסין, דאין שייכות לבן לירושת אביו קודם שמת אביו וכמו"כ בעל בנכסי אשתו. [ובחזו"א סי' ע"ז פ"י באופן אחר, דהוי כמתנה עמשכ"ב דאין הירושה מדיני זכות וטובת היורש ע"ש].

נז) והרמב"ן והר"ן חלקו ע"ז, דהטעם דהבן אין יכול להסתלק הוא משום דהוי כאילו כבר זכה בנכסים הואיל וזכותו לירש קיימת, וה"נ בירושת הבעל לאחר נשואין דמי לבן, אבל באירוסין שעדיין לא נגמרה זכות האשה מהני סילוק. ועי'

באבנ"מ (צ"ב יב) שכתב דיש לדחות את הדימוי של סילוק בארוסה מירושה, לסילוק מפירות. דהרי המהרי"ט - אות כז - כתב דהא דא"א לחזור בו הוא משום שבנשואין זוכה האשה בקרקע. ולגבי ירושה ל"ש סברא זו. והנה הרמב"ן הקשה עוד על הר"ח למה בגמ' לא אמרו טעם זה בהא דפסק רב כרשב"ג ולא מטעמיה. ותירץ האבנ"מ, דכל סברת הר"ח שייכא רק גבי "סילוק", אבל אם מטעם תנאי אתינן עלה - מהני אף בירושה שהרי כל חסרון קודם אירוסין הוא משום דשלב"ל. ואילו בתנאי שהוא בנשואין שלא יחייבו את הזכויות אין חסרון של דשלב"ל. ומעתה א"ש הא דגמ' לא אמרו טעם זה. דהרי רשב"ג בע"כ מיירי בין בסילוק ובין בתנאי, שהרי ת"ק מיירי בסילוק (כמש"כ התוס' פ"ג א') ורשב"ג שהזכיר הטעם דמתנה עמשכ"ב ודאי מיירי אף בתנאי, ובתרווייהו פליג. וא"כ ממה שאמרה הגמ' הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה משמע דאף בתנאי קמיירי, וע"ז ל"ש סברת הר"ח. אבל מ"מ להלכה פסקין כרשב"ג לכל הפחות לגבי סילוק.

והנה לפי סברת האבנ"מ דבתנאי אין חסרון של דשלב"ל, לכאוף נראה דאף לשיטת הר"ן אם יעשה תנאי קודם אירוסין מהני, וכל מה שכתב הר"ן דלא מהני קודם אירוסין הוא רק בדרך סילוק ולא בדרך תנאי. ובמחנ"א (זכיה ומתנה סי' יי) חקר בזה, דאם הר"ן והרמב"ן מפרשים הסוגיא כתוס' דמיירי בסילוק ולא בתנאי, אז י"ל כנ"ל. אבל אם מפרשים הסוגיא בתנאי, ורק ע"י תנאי מהני סילוק בארוסה, א"כ מבואר דקודם אירוסין אף תנאי לא מהני. והביא המחנ"א בשם המהרי"ט דמהני תנאי קודם אירוסין לשיטת הר"ן, ומדברי הרשב"א בתשובה מדייק דלא מהני. [וע"ש שמבאר מ"ש מע"מ שאין עלי שאר כסות ועונה דמהני אף קודם נשואין ע"ש].

(נח) המ"מ (פכ"ג ה"ה) מביא משו"ת הרמב"ם שמפרש המשנה אחר נשואין, ואפ"ה מהני סילוק על הירושה, וע"י במל"מ משכ"ב. ומ"מ להלכה פוסק הרמב"ם דבנשואה לא מהני ובארוסה מהני. [ועיין באות כ' שגם לדעת ר' יונה מהני סילוק אחר נשואין].

והנה הרמב"ם (שם ובפ"ב ה"ט) כתב דהטעם דלא מהני סילוק בנשואה הוא משום דכתיב לחוקת משפט. והקשה הראב"ד דתיפול"ל דירושה היא דשלב"ל. [וכן בהשגות על הר"ף הזכיר הראב"ד סברא זו דלכן לא מהני סילוק], וכוונתו לכאוף דסילוק לא שייך משום שהיא נשואה וידו כידה, ובע"כ הנידון שיועיל ע"י קנין [וכן מוכרח במש"כ בפכ"ג דבכה"ג מהני הסילוק לכה"פ לגבי הפירות] והקשה הראב"ד דעל ירושה לא מהני קנין. [ובראב"ד על הר"ף משמע דאף בארוסה לא מהני סילוק מירושה משום דשלב"ל. וע"י ברמב"ן שהשיג ע"ז דאין זה קנין אלא תנאי ואין בזה חסרון של דשלב"ל]. ובאבנ"מ (צב טו) כתב ליישב דהך טעמא דחוקת משפט אצטריך היכא דקידשה על תנאי או נשאה על תנאי דאז אין בזה חסרון של דשלב"ל, ומ"מ לא מהני משום לחוקת משפט. ורק סילוק מהני ולא תנאי. ודבריו צ"ב שהרי הרמב"ם מיירי שם בתר נשואין ול"ש כבר תנאי, דעל מה יתנה. וצ"ל דמ"מ השמיענו הרמב"ם טעם שיש בו נ"מ אם התנה קודם הנשואין. [ועיין באבי עזרי פ"ב].

אכן המ"מ ביאר באופן אחר, ע"י בדבריו פ"ב ה"ט, דאי לאו דמתנה עמשכ"ב תנאו בטל היה יכול להתנות ולהחליף הירושה לאדם אחר, וכדאיתא בב"ב קכ"ו דהטעם שא"א לומר שאחר יירש הוא משום דהוי מתנה עמשכ"ב. וא"כ י"ל דהרמב"ם מיירי שהיא התנה שלא יירשנה, ובהסכמתו, וא"כ לולא דין מתנה עמשכ"ב היה חל התנאית, [ובברכ"ש ב"מ (סי' לח) ביאר הדברים ע"פ דברי הגרי"ז דיש כח בתנאי לעקור דין תורה אף כשא"ז תנאי בעשית חלות, אלא דבפרשת תנאים התחדש שאפשר לעקור דין תורה כל היכא דליכא מתנה עמשכ"ב. וע"י בחי' מרן ר"יז הלוי סוף הלכות נחלות שכתב ג"כ הדברים].

(נט) ובמש"כ הרמב"ם הגזה"כ דחוקת משפט. ביאר הברכ"ש בשם הגרי"ח דזה מגלה שא"ז דבר ממון אלא דין, ולכן ליכא בזה לדינא דדבר שבממון תנאו קיים, וכמו שעל דין שש בעבד עברי אין זה רק זכותו של העבד אלא הוא דין בעבד שיצא בשש. ונמצא דהחסרון הוא משום מתנה עמשכ"ב.

אולם מדברי האבנ"מ - אות נח - מבואר שלא ביאר כך. שהרי הוא כתב לחלק בדין "לחוקת משפט" בין סילוק לתנאי, ואילו לגבי מתנה עמשכ"ב כתב (בסי' צ"ב סק"ב ובקצה"ח סי' רט סק"א) דגם סילוק לא מהני עמשכ"ב. וחזינן דשני מעוטים הם. ובברכ"ש (סי' מא) הביא שגם הבני אהובה פירש באופן אחר מהגר"ח, דלגבי היורש לא שייך לחוקת משפט דהוי רק דין כלפי המוריש ודו"ק. [ועיין חי' הגרנ"ט סי' מד].

(ס) הנה ברמב"ן [ובתוס' בקושיתם] מבואר דאם עושה תנאי בירושה דלא ידע דמחיל, הדין הוא שירש את אשתו. והשקה האבנ"מ (סקט"ז) דלכאוף היה צריך להיות שהקידושין בטלים, שהרי התנה שלא יחול החיוב והחיוב חל. [והנה בעלמא במתנה עמשכ"ב, כיון דאינו כתנאי ב"ג ובי"ר לא התחדשה פרשת תנאים. אבל כאן דהוי רק משום דלא גמר ומקני הרי לא התקים התנאי. ובנתיבות סי' רכ"ז כתב דבאונאה שלא ידע דמחיל בטל התנאי לגמרי דהו"ל מתנה עמשכ"ב. אכן נראה דכ"ז לשיטת תוס' - אות נד - אבל לשיטת הרמב"ן דרך מדין מחילה בטעות אתינן עלה אי"ז מתנה עמשכ"ב. וע"י בחי' הגרע"א לעיל דף נו על תוד"ה ה"ז]. ותירץ דאין תנאי בחופה משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ומחל על התנאי.

סא) הרמב"ם פסק דירושת הבעל דרבנן, ומ"מ כתב דאינה חוזרת ביובל. וזה נגד סוגיתנו. ע"י משכ"ב הגרע"א (ח"ג סי' יד) דהוא מחלוקת הסוגיות. וע"י בני אהובה (פ"ב מאישות ה"ט).

סב) במשנה מי שמת וכו' לכתובת אשה. ובתוס' הקשו דהא אין אשה נוטלת בראוי, ומלוה חשיב ראוי לרבנן דרבי בפרק יש נוטלין גבי בכור. ותירצו דצריך לחלק דדוקא גבי בכור חשיבא מלוה ראוי ולא לכתובת אשה. וכתב הגרע"א בדו"ח שכוונתם משום שעבודא דר"נ דע"י שעבודא דר"נ אי"ז ראוי. [וע"ש שהקשה דא"כ הו"ל תרי חומרי בכתובה ול"ש כאן תירוצי תוס' דדף פ"ב, וע"ש מה שיישב].

ופירושו בדברי התוס' תמוה לכאוף, דעיין בתוס' בכורות נ"א ב' שכתבו כדברי תוס' דידן, ובהמשך דבריהם כתבו דמתניתין אתיא אף כרבנן דפליגי על ר"נ, ע"ש. וע"ע בר"י מיגש ב"ב קכ"ה ב' שדעתו שאין מלוה נחשב כראוי הן לגבי ירושת בעל והן לגבי כתובה, והביא ראיה לדין כתובה ממשנתנו. והרשב"א שם השיג עליו דשאני התם דמדר"נ הוא, ולכן הוי מוחזק. ומבואר בר"י מיגש דהוי סברא בעצם לחלק בגדרי ראוי בין בכור לבעל וכתובה. [ואמנם התוס' בב"ב כתבו דרך לגבי כתובה לא נחשבת מלוה כראוי אבל לגבי בעל הוי כמוחזק, ומ"מ גבי כתובה אין הטעם משום שעבודא דר"נ]. וגדר החילוק הוא דמלוה נמי חשוב דכבר יש לו הממון, רק לא חשיב מטא לידיה, הלכך דוקא לענין בכור דבעינן מטא לידיה אינו יורש,

וביסוד פלוגתת תוס' והר"י מיגש עם הרשב"א [אם דינא דר' נתן מהני לעשות למוחזק] עי' בחי' ר' שמואל ב"ב סי' כז, די"ל דהרשב"א לשטתו בקידושין ט"ו דינא דר"י יסודו משום אפוכי מטראתא ל"ל, והילכך נחשב כאילו החוב שייך כבר לאשה וא"צ גובינא אחר מיתתו, אבל בדעת תוס' והר"י מיגש י"ל דסברי דדין שעבודא דר"י הוא ששעבודו של הלוח בשלישי משתעבד לראשון, והוי רק זכות גובינא וא"כ עדיין הוי ראוי ואין כתובה אשה גובה ממנו. [אא"כ גם מלוה נחשב כמוחזק כמו שהוכיחו תוס' והר"י מיגש]. וע"ש עוד שביאר באופן אחר בדעת תוס' ואכ"מ.

סג) והנה התוס' לעיל פ"ב א' ד"ה לא, ובכורות נ"ב א' כתבו דמשנתנו א"צ לדינא דר"י, דכיון שלא היו הנכסים ביד היתומים מעולם ורק עתה באין ליטול מדין ירושה, להכי מודו רבנן לר' נתן שניתנם לבע"ח, משא"כ מחיי הלוח שיש לו כח גדול בחוב אין מוציאין לדעת רבנן. [ונתבאר בפרק האשה שנפלו אות קכח קכט]. אכן ברי"ף מבואר דינא דמשנתנו הוא רק לר"י, וע"ע ברשב"א קידושין ט"ו א' שכתב דינא דמשנתנו הוא מדר"י, ובהשמות [ברשב"א החדש נדפס במקומו] משמע דל"ש כאן שעבודא דר"י, דכל דין שעבודא דר"י שייך רק גבי אביהם של יתומים שבו שייך לומר אפוכי מטראתא ל"ל, אבל כשמת ליכא שעבודא דר"י. [ועפ"י כתב דאף אם שעבד מטלטלי בפירוש, לא יגבה רק מפקדון ולא מן החוב [לר"ע], הואיל ולא שייך כאן שעבודא דר"י, ומה שיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם גובה בע"ח מהם הוא דין דרבנן ע"ש היטב].

סד) ועי' בקצה"ח סי' פ"ו סק"ד, שהביא דברי הש"ך והישי"ש שאף בפקדון שייך דינא דר"י [והיינו דהחוב השבה משתעבד למלוה], ובקצה"ח חולק ע"ז דאין בפקדון חיוב השבה וממילא ל"ש בזה דינא דר"י. ובאמרי בינה (גב"ח סי' כו) הקשה מדברי הר"י שכתב דמשנתנו מדין שעבודא דר"י, והרי הכא מיירי אף בפקדון. אלמא גם בפקדון איכא שעבודא דר"י. ושוב דחה די"ל דכל דברי הר"י קיימי רק על מלוה ולא על פקדון. ומה שגובים פקדון הוא משום דל"ג מעומדים ברה"ר.

סה) בהא דאיתא במתניתין דכתובה גובה מפקדון, צ"ע דהא מטלטלי לא משתעבדי לכתובה, ובשלמא להסוברים דמיניה ידידה גובין [עי' פרק האשה שנפלו אות קכ דעת תוס' הרמב"ן הרשב"א והר"ן דאין גובין ממטלטלי אפי' מיניה, ודעת הראב"ד דגובים מיניה], א"ש, אבל לרוב הראשונים הנ"ל קשה.

ותירץ הר"ן דמתניתין כר"מ דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה. וכן מבואר בתוס' לעיל פ"ב א'. אכן התוס' בכורות נ"א ב' מצדדים דאע"פ שאין גובין מטלטלין אפי' מיניה, מ"מ כאן שהוא מת ועדיין לא הגיע לרשות היורשים אפשר לגבות ממטלטלין [וכמו דחזין דלגבי דין מטלטלי דיתמי לא משתעבדי דמ"מ כ"ז שלא הגיע לרשות היורשים גבינן].

והנה לשיטות דלר"מ דמטלטלי משתעבדי גבינן אף מיורשים ולקוחות [עי' פרק האשה שנפלו אות קב שדעת תוס' דלר"מ גובים רק מיניה ודעת הרשב"א והרמב"ן שגובים אף מיורשים ולקוחות]. א"כ א"א לפרש כפירוש הראשון דלעיל - דר"ט כר"מ - , דא"כ למה אמר ר"ט דאם קדמו יורשים אין מוציאין מהם.

ועי' במש"כ הגרע"א (ח"ד סי' ו', ונדפס בדף פ"א ברע"א החדש) דלשיטות דלר"מ גובין אף מלקוחות בע"כ צ"ל דר"ט סובר כרבנן, ומ"מ מהני תפיסה. דהנה מבואר בראשונים דמהני תפיסת מטלטלין מחיים בכתובה [והתוס' בע"כ כתבו דלא מהני משום דלא נתנה כתובה ליגבות מחיים, ומשמע דעל אחר גירושין מהני התפיסה, ורק לגבי אם נתאלמנה לא מהני התפיסה, ובתוס' צ"ז כתבו דדעת ריב"ן דמהני תפיסה מחיים אף בכתובה, וכ"ד הרבה ראשונים].

וביאור הדברים דאע"פ דמטלטלי לא משתעבדי, מ"מ כיון דהוא מקולי כתובה [וכמשנ"ת בפרק האשה שנפלו אות קכב] א"כ כל התקנה רק לענין שאין ב"ד מגבין המטלטלין, אבל מ"מ אם תפס מהני. [וכ"כ הגרע"א עוד בחי' סי' יג ונדפס ברע"א החדש בדף פ"ב ע"ב]. ולכן גם כאן מהני תפיסה לר"ט, ולכא"ו זו גם כוונת הרמב"ן והרשב"א בקידושין סי' ב' בביאור משנתנו ע"ש. [ולא הבנתי דא"כ למה ברישא נוטלת מן הפקדון, הרי עדיין לא תפסה, ובאמת הגרע"א העמיד קושיתו רק על הסיפא דאיך מהני תפיסה, ולא על הרישא בפקדון וצ"ע].

והגרע"א תמה על התוס' פ"ב א' למה לא תירצו כנ"ל, דהרי התוס' עצמם (פ"א ב') הסתפקו אם ר"מ סובר דמטלטלי נגבים מיורשים, ולפי הצד דנגבים בע"כ צ"ל כתירוצו הנ"ל, ולמה לא תירצו כך בדף פ"ב א'. אכן לפמשנ"ת מהתוס' בכורות, אפשר לתרץ דמטלטלי ברשות הרבים שאני, ואין הכרח לתירוצו הגרע"א [אכן צ"ע למה לא תירצו תוס' תירוצו זה גופא. ועיין].

סו) ר"ט אומר ינתנו לכושל שבהם. וצ"ב איך גובין מן המטלטלין כ"ז שלא הגיעו לרשות יורשים, ומדוע מפקיעים כח היורשים. ולבאר זאת צריך להקדים הנידון האם למ"ד שעבודא דאורייתא גם שעבוד מטלטלין דאורייתא, או רק שעבוד קרקעות. והנה הקצה"ח סי' ל"ט סק"א הביא מדברי הרשב"א בקידושין ט"ו דשעבודא דאורייתא אף במטלטלין. והדברים תמוהים דע"ש היטב ברשב"א שדן מאי נ"מ אם גובין מדין שעבודא דר"י [-] דהיינו מדין אפוכי מטראתא ל"ל, או מדין שעבוד על החוב. וכתב דנ"מ בנפל לפני יורשים דאז ל"ש אפוכי מטראתא, וכדרי"ע דמשנתנו. ודחה הרשב"א דהרי ר"ע אמר דבריו אף בפקדון, ובע"כ דטעמו משום מטלטלי דיתמי לא משתעבדי. ושוב יישב וז"ל: וי"ל דודאי נ"מ להיכא דמית ונפלה קמי יתמי וכדאמרן. והא דלא גבי בע"ח ממטלטלי דיתמי אינה תורה, דמדינא גבי, אלא משום דלאו עיקר אסמכתיה עליהו והילכך כל שאינן ביד לוח ממש לא גבי מנייהו, אלא דכל שהוא קיים וישנן תח"י גבי מינייהו משום דשעבוד נכסיו ואפי' שעבוד מטלטלי נגרר אחר שעבוד גופו וכל היכא דאיהו משתעבד נכסיו נמי משתעבד, וה"ה לפקדון שיש לו ביד אחרים דכל היכא דאיתיה ברשותיה איתיה, ומלוה שיש לו ביד אחרים גובה ממנו מדר"י.

אבל היכא דמית ליה לוח ונפלו מטלטלי קמי יתמי, כיון דעיקר אסמכתיה דלוח ליתיה אמטלטלי לא גבי מנייהו. [ואף דאורייתא הוא]. וכדמשמע בירושלמי בפרק הכותב גבי ההוא דר"ע דאמר שכולן צריכין שבעה ואין היורשים צריכין שבעה. וגרסינן עלה בירושלמי הגע עצמך שפטרם מן השבעה, ומשני זו תורה וזו אינה תורה. מ"מ מה"ט הוא משום שירדה תורה לסוף דעתם של בריות ומסתמא לאו עיקר אסמכתיהו אמטלטלי. ומיהו היכא דשעבד ליה מטלטלי בפירוש גבי ואפלו מיתמי וכדמוכח מההיא דמי שעשה שורו אפותיקי ומכרו. אבל ממלותו דנפלה קמי יתמי לא גבי משום דלא אפשר לחול עליה שעבוד כדאמרן. עכ"ל. ומבואר מדבריו דהא דלא משתעבדי מטלטלי הוא משום "דירדה תורה לסוף דעתם של בריות" אלמא דאורייתא הוא.

[ועיקר פירוש הרשב"א, נראה כוונתו דבאמת ביורשים ליכא שעבודא דר"י - וכמש"כ גם בהמשך דבריו - והא דלר"ט גובה מבע"ח הוא כסברת תוס' בכורות - אות סג - דלר"ט א"צ שעבודא דר"י. וסותר דבריו בחידושים שם שצריך לדינה דר"י גם לר"ט. ומה שהאריך לומר דהא דאין שעבוד נכסים מטלטלין אינה תורה - כוונתו דא"י מחמת "דין" שמטלטלי לאו בני שעבוד, אלא מחמת "אומדנא" שלא משעבד - ומ"מ הוא דין דאורייתא. ועיקר כוונתו לומר דחלוק שעבוד

מטלטלין בפירוש משעבוד חוב בפירוש, דבמטלטלין שכל החסרון משום אומדנא מהני שעבדו בפירוש, משא"כ בחוב  
דהוא מופקע בעצם משעבוד לא מהני שעבדו בפירוש ולכן לא יגבה מיורשים].

סז) אכן אף דמדברי הרשב"א שם משמע דאין שעבוד בנכסי יורשים מן התורה, מ"מ בכמה מקומות משמע ברשב"א  
דמטלטלי משתעבדי מדאורייתא. עיי' בחי' הרשב"א ב"ק י"ב וצ"ז, גבי שעבוד בעבדים וז"ל: ואפי' למ"ד שעבודא  
דאורייתא תקנו שלא לגבות מן היתומים הואיל וניידי כדרך שתקנו במטלטלין".

וברשב"א ב"ק י"ד ב' כתב וז"ל, וגם זה אינו מתיישב בעיני דמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי אינה דבר תורה ולמ"ד  
שעבודא דאורייתא אף הנזקין ובע"ח דבר תורה גובין אף ממטלטלי דיתמי דמנא תיתי דלא. עכ"ל. ומבואר דרק רבנן  
הפקיעו את שעבוד הנכסים מיורשים, ואילו מדאורייתא אף המטלטלין משועבדים.

ובשו"ת הרשב"א (ח"ד סי' קנב) כתב: וכשאמרו מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח לא אמרו אלא מפני שאין דעת  
המלוה סומכת עליהם לאחר מיתת הלוח לפי שהיורשים שלא קבלו טובה ממנו עשויים להבריחם. משא"כ בלוה עצמו  
מפני שקיבל טובה ממנו, ועוד שלא יקראוהו לוח רשע ולא ישלם. וכו'. וטעמא משום דבשעת כתיבת האחריות סליק  
נפשיה משעבודא דמטלטלי דיתמי וכו'.

ונמצא דדברי הרשב"א סותרים זא"ז, דבקידושין ט"ו משמע דאין כלל שעבוד במטלטלין משום דלא סמכא דעתיה,  
ובב"ק י"ד וצ"ז מבואר ששעבודא דאורייתא אף במטלטלי דיתמי, ורבנן הפקיעו, ובשו"ת (ח"ד סי' קנ"ב) משמע  
דברשותו יש שעבוד דאורייתא וכשיצא מרשותו פקע השעבוד מעיקר הדין דאורייתא משום אומדנא ולא מדרבנן. וכבר  
עמד בכ"ז האבני"ז (ח"ו"מ סי' מט) ועיי' באמרי בינה גבי"ח סי' ב'.

וביד רמ"ה סוף ב"ב תלה ד"ז באם שעבוד מדין משכון או מדין ערב. ובראב"ן בשו"ת סי' סט מבואר דלעולא דסבר  
שעבודא דאורייתא גובה אף ממטלטלי דלקוחות ורק רבנן הפקיעו את הקנין.

סח) ומאידך יעוי' ברמב"ם פ"א ה"ז ממלוה "שהמטלטלין אינם תחת שעבוד בע"ח מן התורה". משמע דאין כלל שעבוד  
מדאורייתא וכ"כ הקרי"ס שם.

ועיי' בריטב"א קידושין י"ג דמה שלא גובים מן היורשים הוא מדאורייתא [אך צ"ב אם מיניה יש שעבוד נכסים דאורייתא  
לדעתו] ועיי' ברש"י בכמה דוכתי דמשמע דאין גובין מן היורשים מדאורייתא, ולגבי שעבוד בדידה יש קצת סתירות. [עיי'  
רש"י ב"מ סי' ב' ומש"כ ע"ז בעה"ת שער מ"ג ח"ד אות ח', וברש"י פסחים ל"א ד"ה דינא, ובב"ק יד ב' - עיי' אמרי בינה  
גבי"ח סי' ב' בבואר דברי רש"י הללו - , ובב"מ ק"ד ב' ואכמ"ל.

ובפשטות בזה תלוי הפלוגתא אם יש קדימה במטלטלין, עיי' באבני"ז ח"ו"מ סי' מט. [ועיי' נחל יצחק סי' לט].  
סט) והשתא נחזור לסוגיין, דאם נימא דמדאורייתא יש שעבוד אף במטלטלי דיתמי ורק רבנן הפקיעו את השעבוד, י"ל  
דכ"ז שלא בא לרשות היתומים לא הפקיעו את השעבוד. [וכך פירש בחי' ר' שמואל ב"ב סי' כז]. אולם צ"ע לשיטות שאר  
ראשונים וכן למ"ד שעבודא לאו דאורייתא למה גובה. ועיי' בחי' הרי"ם כאן שהאריך בזה. ובפשוטו צ"ל דדין דרבנן הוא  
לדון כאילו לא בא לרשות היורשים. ועיי' לשון תלמידי ר' יונה בשטמ"ק, דהכא במלוה או בפקדון דינן ביד אחרים לא  
דיינינן להו מטלטלי דיתמי אלא מטלטלי דידיה ניהו ויהיבין לבע"ח.

ע) והנה ר"ע אמר דכולן צריכין שבועה וכתב רש"י והרבה ראשונים דהשבועה היא שבועה של נפרע מנכסי יתומים.  
והקשה הגרע"א דלדעת ר"ט כיון דדיינינן לה כנכסי דידיה, א"כ אי"ז נפרע מנכסי יתומים. ולכן כתב לפרש לולי דברי  
הראשונים דהשבועה הוא מדין נפרע שלא בפניו. [ובזה תירץ קושית המרדכי על משה"ק הירושלמי איך הדין אם פטרו  
משבועה, ותמה המרדכי דהא קיי"ל כמ"ד להלן פ"ו ב' דאפי' אם פטר משבועה משביע הוא את היורשים. ולהנ"ל נחא  
דאי"ז שבועת יורשים אלא שבועת שלא בפניו]. אכן יעוי' ברבנו יונה דאף שכתב דהוי כמיניה, מ"מ כתב דהשבועה  
במשנה הוא מדין נפרע מיורשים. [וכתב דכל המקור לשבועת יורשים בבע"ח הוא ממשנתו]. וצ"ע כקושית הגרע"א.

ובתפארת ירושלים [על המשניות], לבעל הזית רענן] תירץ דאין שני הנושאים דומים. דהטעם דמטלטלי דיתמי לא  
משתעבדי הוא משום דאין סמיכות דעתו על המטלטלין כשהן ברשות היורשים [וכמש"כ בשם הרשב"א ח"ד פי' קנב]  
וא"כ כ"ז שייך רק כשהדבר הגיע לרשות היורשים, אבל קודם לכן עדיין סמכא דעתיה. משא"כ לגבי דין שבועה הדבר  
תלוי ב"הפסד יורשים" וכיון שהדבר שלהם יש כאן הפסד ובעיני שבועה.

הסבר נוסף בדעת ר"ט כתב הפני"י והובא באבני"מ (ק' ה'), דכיון דמצוה על היורשים לפרוע חובת אביהם אף ממטלטלין  
[אלא דאין כופין ע"ז] א"כ כשלא הגיע לידם אי"ז נחשב ככפיה. ועיי' שתמה לפ"ז למה צריך הרי"ף לדינא דר"נ. ותירץ  
דזה כדי שלא יהיה ראוי. [וכמו שכתב הרשב"א - אות סב]. ולעני"ד י"ל דאי משום מצוה אי"ז פוטר את הלוח השלישי  
מהחוב ליתומים, שהם יאמרו שאינם רוצים במצוה ונותר החוב בתקפו. ולכן בעיני לשעבודא דר"נ שיתן זאת מדיני  
ממונות.

עא) ברשב"א ב"ק מ"ט ב' כתב דגר שמת גובין מנכסיו ואע"ג דנעשו כל נכסיו הפקר אין שעבודו של זה נפקע דלא עדיף  
הפקר מהקדש, ובהקדש קי"ל דבע"ח גובה הימנו. ואפי' אין לו אלא מטלטלין. "ואינו דומה למטלטלי דיתמי, דהתם  
משום דיורשין הן דבר תורה ומשעת מיתה קמו להו ברשות היורשין ואפי' הן מופקדין ביד אחרים, ואין בעל חובו גובה  
מהן כדברי ר"ע שאמר בפרק הכותב ינתנו ליורשין, וכדמפרש בירושלמי שהן יורשין ד"ת עם גמר מיתה אבל כאן שמת  
הגר עד שלא יזכה בהן אחר כבר קדם שעבודו של זה, ובזה אפי' ר"ע מודה לר"ט שאמר התם במופקדין ביד אחרים או  
שהן ברה"ר ינתנו לכושל שבה". [והובא במ"מ פ"ב מזכיה הל"ז].

עב) ובתשובת הרשב"א ח"ב סי' רנב הקשה הרשב"א על דבריו הנ"ל, דהא בעובדא דאיסור גיורא (ב"ב קמ"ט א') משמע  
שלא היתה לו עצה להקנות הנכסים, ואם איתא דגר שמת גובה הבע"ח מנכסיו, א"כ היה לו לכתוב שט"ח על עצמו. אלא  
ש"מ שגם לנכסי גר שמת יש דין מטלטלי דיתמי. אלא שהוכיח הרשב"א מהתוספתא פ' מי שהיה נשוי דגבין ממטלטלי  
דגר, וצ"ע מעובדא דאיסור גיורא.

ותירץ הרשב"א דהדין תלוי, דאם היו המטלטלים ברשות נפקד - אז קודם הנפקד וזוכה בהן ואין הבע"ח גובה מהם.  
אבל אם הם ברה"ר חל עליהם מיד בשעת מיתה שעבוד המלוה בגמר מיתה וקיימי ברשותיהו דהא לא קאי באפייהו  
זכות אחרים. ודימה זאת הרשב"א לדינא דר"ט, והוסיף דאע"ג דבדינא דר"ט אם אח"כ בא לרשות יורשים אין בע"ח  
גובה מהם, מ"מ בנכסי הגר אם היה בתחילה ברה"ר ואח"כ זכה בהם אחר גובה הבע"ח, דדינא דר"ט דמייירי ביורשין  
שאני דאלים כחם שהם יורשין ד"ת אלא שקל הוא שהקל ר"ט בשקדמו בע"ח ונטלו מרה"ר או מסימטא. [והעתיקה  
האבני"מ בסי' קב סק"א משו"ת המיוחסות לרמב"ן, ונקט שם שד"ז מחלוקת בין הרשב"א לרמב"ן, אמנם הא קמן

שתשובה זו להרשב"א היא בח"ב, וגם תשובות המיוחסות לרמב"ן באמת הם לרשב"א כידוע, וכמשי"כ הבי"י בהקדמה לטור או"ח.

והמחנ"א (זכיה מהפקדן סי' ה') הקשה על הרשב"א איך שייך ששעבוד הבע"ח יחול בשעת מיתה שהרי מטלטלין לא משתעבדי מחיים, ומדינא דר"ט אין ראיה, דלא אצטריך ר"ע לטעמא דירושה ממילא אתיא אלא מפני שהמטלטלין לא באו עדיין לרשות יורשין. אבל בבאו לרשות יורשין דל מהכא טעמא דירושה ממילא אתיא [ו]שמה"ט זוכין לאלתר וקדם זכות היורשים] כבר נעשה מטלטלי דיתמי ואפי' ר"ט היה מודה בהם.

אכן כבר הובא מדברי הרשב"א שבכמה מקומות מבואר בדבריו דיש שעבוד על המטלטלין וא"ש דברי הרשב"א. ועי' בשטמ"ק בשם הריב"ש שיש מי שאומר שבגר אין דינא דר"ט, ועי' באבנ"מ (ק"ב א') שמבאר שהמחלוקת היא באופן שהיה ברשות אחרים בשעת מיתה, אם קדמו הם לבע"ח, או דהבע"ח גובה ע"ש. ובדעת הרא"ה נקט האבנ"מ דסובר דאף אם הוא ברשות אחרת גובה. [אך מה שנקט דהרשב"א סובר כהרא"ה, צ"ע כמשי"כ לעיל].

(ג) רש"י שכולן. עי' בריטב"א שמדייק ברש"י שאם פטר משבועה מודה ר"ע לר"ט. והריטב"א הביא ירושלמי דאף כשפטרו משבועה חולק ר"ע, דמ"מ היורשים מוחזקים יותר מבע"ח, וראי' לזה ממה שתקנו שבועה. וכ"כ הרבה ראשונים.

ובתוס' בע"ב כתבו דתפיסה מחיים מהני כיון דא"צ שבועה. ובדף צ"ב א' כתבו עוד אופן שאין חיוב שבועה [שאיין חשש צררי] ונקטו דר"ע יודה בזה לר"ט. [ועיין ברשב"א קידושין ט"ו ב' שהוכיח מאותה גמ' בדף צ"ב שאע"פ שא"צ שבועה מ"מ חולק ר"ע. והתוס' הנ"ל יישבו הגמ' ע"ש].

ובפנ"י כתב דדברי התוס' בע"ב הם לשיטתם בדף צ"ב דכשאין שבועה מודה ר"ע, אמנם האבנ"מ (צו ד') דחה דתפיסה מחיים עדיפא משום דנעשה משכון וכגבוי דמי, משא"כ לאחר מיתה הוי רק תפיסה לשעבוד ולא משכון. ועי' אות עט. דף פד ע"א

עד דין המשנה דינתן לכושל נאמר במטלטלין. אבל בקרקעות לא, משום דהלוח מפיסד. כ"כ הרא"ה בשטמ"ק. וטעמו דרק כשכח שניהם שוה יהינן לכושל ולא כאשר יש קדימה. ועפ"י כתב דה"ה אם שעבד מטלטלי אגב מקרקעי ליתא לדינא דמתניתין. ובתוס' פ"ו א' אתו עלה מטעם אחר, דכיון דאחר שיגיע ליתומים אין בע"ח גובה, לכן עדיפא כתובת אשה, אבל אם יש שעבוד הרי גם אחר גובינא יכול הלוח להוציא. ובריטב"א דף פו כתב דכל דין כושל הוא רק כשיש כדי גביה לשניהם, אלא שאין בשדה כדי חלוקה, ובעינן לדין גוד או אגוד, ועי' אמרינן דהאשה עדיפא בדין גוד או אגוד. ועיין באבנ"מ (קב ג') משכ"ב.

עה) כתב רש"י בדעת ר"ע דאפי' תפיסה לא מהני. ועיין מהרש"א שהמקור לזה הוא מהגמ' בהמשך. ועי' בשטמ"ק. ובאבנ"מ (ק"ב ב') מבאר דאם היתה מועילה התפיסה היה ר"ע מודה שמגבים לאשה כיון דבדיעבד מהניא התפיסה, ודימה זאת לגמ' בדף פ"ו היכא דשניהם שוים ע"ש. [ולכאוי' יש לחלק דכאן לכתחילה אסור לתפוס. משא"כ שם אם שניהם לפנינו חולקים, אבל אם רק אחד תופס כך הוא דינו לכתחילה].

עו) בגמ' אה"נ ואידי דאמר ר"ט וכו'. עיין מהרש"א וחי' רע"א.

עז) ריב"ח אמר לכושל שבראיה. רש"י פירש למי ששטרו מאוחר. והרי"ף מפרש לבע"ח שאינו גובה בלא ראיה. [משא"כ כתובה היא תנאי ב"ד]. והקשו על הרי"ף למה הביא דין זה הרי פסק כר"ע. ועי' בר' יונה וברכ"ש שתירצו דני"מ לגר שמת דמודה ר"ע לר"ט. ועי' באבנ"מ (ק"ב א'). וברא"ש כתב דני"מ לאחר תקנת הגאונים שגובין ממטלטלים. [עיין בחו"מ סי' קז סיי"א דאף אחר תקנת הגאונים אין קדימה במטלטלין, וחזינן דאין בזה שעבוד. ועי' באבנ"מ (ק' ה') שהביא שהריב"ש הסתפק אם יש שעבוד במטלטלין אחר תקנת הגאונים וצ"ב. ואם היה בזה דין קדימה א"כ לדעת הרא"ה והריטב"א דלדעיל אין בזה דין כושל].

עח) עי' בתוס' פ"ב א' שדנו אם ינתן לכושל הוא דין או מצוה. [ועי' באבנ"מ סי' ק' סק"ה ביישובו על קושיית הפנ"י על המרדכי, ולכאוי' תירצו א"ש רק אם הוי מן הדין].

דף פד ע"ב

עט) ור"ע תפיסה לא מהניא כלל. כתבו תוס' בשם ר"ת דהקושיא ממתני' בדף פ' דמהני תפיסה, ומשני דשם הוי כתפיסה מחיים דהיבם כבעלה, וא"צ שבועה ולכן מודה ר"ע. והפנ"י הקשה דלשי' הירושלמי דאפי' אם א"צ שבועה ג"כ זוכין היורשין, א"כ איך מהני תפיסה [ועי' שקושיתו לפי מה שפירש הרא"ש דהטעם משום דמחסרא גובינא, וא"כ גם בתפיסה מחיים אף שאין שבועה מ"מ מחסרא גובינא]. ובאבנ"מ (צ"ו ד') כתב דתפיסה מחיים אינה מאותו דין של תפיסה לאחר מיתה, אלא משום דע"י התפיסה נעשה כמשכון, ובמשכון אין דין מטלטלי דיתמי [כדאיתא בב"מ קט"ו], ולכן לא איכפת לן דמחסר גובינא. אבל לאחר מיתה כיון דאין שעבוד הגוף ל"ש לעשות משכון, ורק אפשר לתפוס כשעבוד לגובינא - כיון דהנכסים משועבדים - וא"כ עדיין הוא בחזקת יורשין ולא מהני. [וצ"ע דמלשון תוס' לא משמע כן שהרי לסברא זו אין נ"מ אם יש חיוב שבועה או לא].

ובאבן האזל פ"א ממלוה כתב דל"ש לומר לדעת ר"ת דהוי כמשכון, דכיון שלא נתנה כתובה לגבות מחיים אין לה זכות לתפוס משכון. וכל מה דמהני התפיסה הוא רק לענין שיהיה כמו לר"ט - שלא הגיע לרשות יורשין, ולפ"י שפיר כתב הפנ"י. [ועי' ע"ע בנחל יצחק בדין תפיסה בדברא דממונא סי' ב' ענף ג' בזה].

ועיין בר"ן פרק אלמנה שהביא בשם רש"י דתפיסה מחיים מועלת רק מסימטא ולא מרשות הלוח, וחזינן ג"כ דא"יז מדין משכון אלא הוי ממש כדינא דר"ט, [אולם עיקר הסברא תמוהה, דביחס ללוה מאי נ"מ אם תפס מרשותו או מרה"ר וסימטא, הרי הממון כבר היה ברשותו, ועיין בהפלאה (צ"ג כז) שתמה בזה].

פ) עי' בתוס' כאן ובדף צ"ו, ובר"ן שם. והנה דעת תוס' דהסוגיא בדף צו מיירי לגבי תפיסה מחיים, ומסקינן דאפי' מחיים לא מהני, וכתבו תוס' דהטעם משום דלא נתנה כתובה ליגבות מחיים. והר"ן פ' אלמנה ניזונת מפרש דהחילוק משום שכתובה אינה נגבית ממטלטלין, משא"כ בע"ח, וכן מזונות בחיי הבעל נגבים ממטלטלין.

ושיטת הרי"ף ור"ח דהסוגיא לאחר מיתה, אבל מחיים מהני תפיסה, והביא הר"ן ראיה לדבריו מהמשנה בדף פ'; דשם הוי תפיסה מחיים, דאי לאחר מיתה א"כ אתיא כר"ט ודלא כהילכתא. והתוס' כאן תירצו ע"י דאחר מיתת הבעל קודם שהגיע לרשות יבם מהני תפיסה אפי' בכתובה, דיבם כאחר. [אמנם לפי מה שפירש הר"ן דסברת הסוברים דל"מ תפיסה בכתובה משום דמטלטלי לא משתעבדי, לכאוי' אין בזה כדי יישוב. ותוס' לשיטתם דהחסרון משום דלא ניתן ליגבות מחיים, ועי' מהני סברת יבם כאחר. אכן לפי מה שיבואר להלן בשם הגרע"א מהני סברת תוס' גם לפי פירוש הר"ן].

פא) ויעווי בגרע"א (ח"ו סי' יג) שתמה על הר"ן מה מהני סברת ר"ט, והרי הר"ן כאן כתב דכל דברי ר"ט רק לר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה, וא"כ בדף פ: דמיירי אליבא דרבנן, איך מהני הך דר"ט. וביאר הגרע"א, דהא פשיטא ליה לר"ן דהגם דמטלטלין לא משתעבדים, מ"מ תפיסה מהניא בהו, דהקולי כתובה שאין מטלטלין משתעבדים היינו שבי"ד לא יגבו מהם, אבל תפיסה מהני. אלא דהא דמחיים לא מהני תפיסה הוא משום דלא נתנה כתובה לגבות מחיים, ונמצא דכל חלות התפיסה חלה רק לאחר מיתה, ואז כבר זכו היורשים ולא מהני התפיסה. אלא דכ"ז לר"ע, אבל לר"ט כיון דלא מקרי ברשות היתומים שוב מהני התפיסה - והיינו דבמקום תפיסה ליכא כלל לחסרון של מטלטלי לא משתעבדי לכתובה. וכל הנידון רק אם הוא כתפיסה מיורשים או כתפיסה מיניה. [ולפ"ז הא דהעמיד הר"ן את המשנה דידן כר"מ, היינו משום הרישא דמיירי שלא תפסה, ועיין מה שהקשנו לפ"ז על הגרע"א באות סה.].

[וקצ"ע לדברי הגרע"א למה תלה הר"ן את החילוק בין כתובה למזונות משום דכתובה אינה נגבית ממטלטלין, והרי לגבי תפיסה ל"ש כלל טעם זה וצ"ע].

ועפ"ז כתב הגרע"א דאם תפסה ואח"כ מת בעלה ודאי דמהני התפיסה, דאין כאן חסרון של מטלטלי דיתמי, וגם החסרון של מטלטלי לא משתעבדי לכתובה לא שייך כאן כיון שתפסה והרי החוב כגבוי. [והקשה הגרע"א לפ"ז על המל"מ, ע"ש].

פב) בתוס' לעיל פ"ב א' תירצו המשנה בדף פ' לר"ע, דלענין שעבוד מודה ר"ע דמהני תפיסה והסברא תמוהה מאד, ועיין ברע"א (שם) משכ"ב.

פג) כתב הר"ן פרק אלמנה נזונת דאם תפסה מעות מהני אפי' אחר מיתה ולר"ע, משום דהמעות הוי כגבוי. והקשה הגרע"א דהא הכתובה דינה במקרקע וא"א לתבוע מטלטלין, וא"כ איך מהני תפיסה המעות הרי יאמר שהוא אינו רוצה להגבות מעות. וכן הקשה האבנ"מ (צו ו'). ותירץ האבנ"מ דנהי דאין שעבוד על מטלטלין היינו היכא דאין תפיסה, אבל בתפסה יש שעבוד, וממילא במעות חל הגוביינא. משא"כ בשאר מטלטלין אפי' שניהם משועבדים מ"מ מחסרי גוביינא ואין מוציאין לגבות מן היורשין.

ובחזו"א (חו"מ י' א') כתב דכל מה שיכול לסלק בקרקע היינו במשלם מדעתו. אבל אם מסרב והיא עבדה דינא לנפשה יכולה לגבות. [ולכאוף תירצו מהני אם הקושיא מצד הא דמצי לסלוקי בקרקע]. אבל אם הקושיא מחמת שאין כלל זכות במטלטלין בע"כ בעינן לסברת האבנ"מ]. ובהגהות מלואי חותם כתב עוד ע"פ ההפלאה סי' צ"ו [מובא בגר"ח הלכות שבועות] דיש שעבוד הגוף אף בכתובה. ועי' בפרק האשה שנפלו אות קכד.

דף פד ע"ב

פז) בעובדא דההוא בקרא, מבואר דבלי מגו דלקוח אינו נאמן לומר דתפס מחיים. וצ"ב בתרתי. א) למה אינו נאמן לומר תפסתי כשם שנאמן לומר לקוח, ובמה עדיפה טענת לקוח על טענת תפיסה. ב) דכיון דהחפץ תפוס בידו ויש ספק לפנינו אימתי תפס ואם תפס מחיים הרי מועלת תפיסתו, א"כ נוקים בידו דלא גרע מתפיסה בטענת ברי במקום דררא. ובדבר קושיא א', עיין ברא"ש שכתב "שכל טענה שהוא טוען שבה לידו בלי דעת הבעל לאו טענה מעלייתא היא ולא מהימן עלה בלא מיגו". והיינו דזו טענה גרועה. [אלא דיש להקשות שכיון שבין כך תפס בלא דעת בעלים, מה לי אם תפס מחיים או לאחר מיתה ולמה זו גרעא מזו, ויבואר להלן].

והראב"ד בספר הזכות כתב "דלא דמי משכון למקח, דכיון דקא מודה ליה [- ברמב"ן בספר הזכות העתיק והוסיף: בגופיה דדידיה הוא בחזקתיה מוקמינן ליה כדקא מודי ליה] וכי אמר משכון הוא בידי צריך להביא ראיה ואי איכא מיגו מהימנינן ליה ואי לא לא דהא אפי' בבקרא דיתמי דתפסי תורא מיניה וכו'".

והקצה"ח (סי' ס"ד סק"ה) כתב דמוכח בש"ס בכמה דוכתי דאינו נאמן לומר משכון בלא מיגו [וכדעת הראב"ד], דהרי בעיזי דאכלי חושלי (בי"ב ל"ו) ובסכינא דאשכפתא (בי"מ קט"ז) מבואר דבלי מיגו אין נאמן לטעון לקוח. ובסי' ע"ב סק"כ מתרץ הקצה"ח דיסוד סברת הרא"ש הוא עפ"מ ש"כ הרמב"ן בספר הזכות דטענת לקוח במטלטלין מועלת רק באופן שהתפיסה עצמה שתופס היא בת קנין, דבכה"ג כשרואין החפץ בידו רואים גם את הקנין ועי"ז הוא מוחזק. משא"כ בדבר שאינו נקנה אלא בתוספת דבר חיצוני [כגון שטרות למ"ד דבעינן כתיבה ומסירה] אין ההחזקה ראייה. ועפ"ז כתב הקצה"ח דכיון דא"א לקנות משכון בלי שיהיה חוב, דמנה אין כאן משכון אין כאן, ממילא תפיסת המשכון אינה מהוה מוחזקות, ולכן בעינן למיגו.

אבל באופן שידוע החוב ע"פ עדים או שטר, בזה מהני ההחזקה והיינו דברי הרא"ש בסוגיא דמלוגא דשטרא. [וה"ה בבקרא צ"ל דהחוב ידוע, ולכן כתב הרא"ש טעם מסוים דאינו נאמן].

ועי' בנתיבות (סק"ל) שהקשה על הקצה"ח דא"כ לר' יוחנן דאמר מעות קונות לא יהיה נאמן לטעון לקוח, אלא בע"כ כיון דבמתנה מהני משיכה ה"ה דבמקח הוי חזקה. וא"כ ה"ה במשכון כיון דאחר הלואה מהני משיכה ה"ה שנחשב מוחזק בטענתו. ובמשווב השיב דלר' יוחנן מה שנאמן לומר לקוח הוא רק במיגו דמתנה, א"נ אחר דרבנן תקנו דמשיכה קונה מהני טענת לקוח מצד עצמה וע"ש. ובנתיבות על השו"ע [שהוא מהדורא מאוחרת של הנתיבות] האריך בזה ע"ש.

ובעיקר ראיות הקצה"ח דבעינן מיגו במשכון, עי' בישועות ישראל סי' ס"ד ובאמרי בינה שדחו הראיה, דשם הודה שתפס בע"כ של הבעלים, ובכה"ג אפי' טענת לקוח לא מהני, ולכן בעינן מיגו. [ונראה דהקצה"ח דייק מדאמרו דנאמן במיגו דלקוח, ולא אמרו דנאמן במיגו דמשכון לו מדעתו, ש"מ שגם ע"ז אינו נאמן. ובמלואי חושן סי' ס"ד ביאר באופן אחר]. ועיין ברי"ף שבועות (כ"ח א' בדפי הרי"ף) שהביא ראיה מעיזי דאכלי חושלי דלא מהני תפיסה אף שלא בפני הבעלים אם עדים רואים את התפיסה. ומבואר להדיא כסברת האחרונים הנ"ל. ובאמת צ"ע בדברי הרמב"ן בספר הזכות שכתב דלא מהני טענת משכון והביא ראיה מעיני דאכלי חושלי [וזו כדברי הקצה"ח] דהרי הרי"ף כתב טעם אחר בזה. ואדרבה לכאוף מדברי הרי"ף מוכח דלא סבר את סברת הרמב"ן וצ"ע.

פה) ולענין הקושיא למה לא הוי ספק ע"י עצם זה שהוא תפוס - מתי תפס. עי' בריטב"א בסוגיא מלוגא דשטרא שכתב "ומיהו כל היכא שנמצאו ברשות אדם לאחר מיתת הבעלים, כיון שאין בתפיסתו ראיה שנתפסו מחיים, אינו נאמן לומר כן עד שיביא ראיה. או היכא דאית ליה מיגו". והנה הריטב"א מחדש זאת אפי' באופן שטען שהבעלים נתן לו מדעתו בתורת משכון, ונראה דסברתו דא"א לומר ע"פ המוחזקות שיש כעת שגם קודם היה מוחזק. [ועל סברא זו נחלקו כל הראשונים שלא תירצו כמותו - דכיון דאחזוקי אנשי ברשיעי לא מחזקינן, זו סברא לומר שתפס מחיים]. אכן באופן שאין ראיה מצד אחזוקי אינשי, כגון שתפס, י"ל דכו"ע מודו לריטב"א דאין תפיסתו היום עושה דררא על מה שהיה

תפוס אתמול. וזה משי"כ הרא"ש בעובדא דבקרא דכיון שתפס שלא מדעת בעלים ואין ע"ז אחזוקי אנשי בגנבי, שוב לא מסתפקים כלל שמא תפס מחיים, ונאמן רק ע"י מיגו.

פו) א"ל אית לך סהדי דלאחר מיתה תפסי. ע"י בתוס' שהקשו ל"ל עדים שתפס אחר מיתה, הא סגי בעדים שתפס וממילא לית מיגו דלקוח, ומכח קושיא זו מחקו הגירסא, ודעתם דבאמת סגי בעידי תפיסה אפי' שאינם זוכרים מתי תפס. אבל הר"ן כתב דמייירי בדליכא עידי ראה, ונאמן במיגו דהחזרתי, ולכן בעינן עדים שתפס לאח"מ [ועי"ז הוי מיגו נגד עדים].

ובדעת תוס' נחלקו האחרונים למה לא תירצו כר"ן. ע"י בקצה"ח (צ' ה') בשם כנה"ג ומהר"ש דתוס' סברי דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים וממילא אין לו מיגו דהחזרתי. [אלא דלפ"ז תמהו דא"כ מהרא"ש שתיירץ כתוס' מוכח ג"כ דס"ל דצריך להחזיר בעדים, ואילו הטור פסק דא"צ להחזיר בעדים].

פו) והקצה"ח כתב דמייירי בדאיכא עידי ראה, ומשי"ה אין נאמן במיגו דלקוח. וכתב הקצה"ח דזה מוכח בגמ' דמייירי בדאיכא עידי ראה, דהנה להלן פריך הגמ' איך נאמן במיגו דלקוח והרי הגוזרות אין להם חזקה. וצ"ע דמ"מ יש לו מיגו דהחזרתי דזה מועיל גם בגוזרות. ובע"כ מייירי באיכא עידי ראה ואינו נאמן לומר החזרתי. ומשי"ה נקטו תוס' דסגי בעידי תפיסה.

אכן הרי הר"ן כתב להדיא דמייירי בדליכא עדי ראה ולדבריו הדר תקשה קושית קצה"ח. וכבר עמד בזה התומים (סי' ע"ב ס"ק ל"ח) והוכיח מזה דבגוזרות אין לו כלל תורת "מוחזק" ולא נאמן עליהם אפילו במיגו, דהוי מיגו נגד חזקת מר"ק. והנתיבות (סי' ע"ב סקל"ו) מתיר דרב נחמן לא ידע אם איכא עידי ראה, ולכן בתחילה הצריך עדים שראו שתפס לאח"מ (דזה מהני אפי' בדליכא עידי ראה). ואח"כ מקשה הגמ' למה מהני בגוזרות באופן שיש עידי ראה. ובעיקר סברת התומים נחלקו עליה האחרונים [ע"ש בש"ך סי' ק"ה שעליו השיג התומים, ונתיבות וקצה"ח הני"ל]. ובהגהות מלואי חושן העיר עוד לפמשי"כ הקצה"ח סי' פ"ב סק"ז דמיגו מועיל נגד חזקת מר"ק [ורק נגד מוחזק לא מהני] א"כ פשיטא דליכא למימר כהתומים.

פח) כתב הרא"ש דאין להשביע את הבע"ח ע"פ הבקרא מדין שבועת ע"א, דהבקרא הוא בע"ד שהרי חייב לשלם ליתומים, שהרי היה לו להציל מתפיסת הבע"ח והוי כפשיעה שש"ח חייב בה. וכ"כ הר"ן והוסיף דאפי' אם טוען שתפס ממנו הבע"ח באונס אפי"ה לא כע"א הוא שהרי היה לו להישבע ליורשים וממילא הוי כבע"ד כמבואר בקידושין מ"ג ב' גבי שבועת היסט.

והנה מלשון הרא"ש והר"ן משמע דרק אם תפסו לאח"מ אז הוא דחייב השומר בתשלומין, אבל אם תפס מחיים פטור השומר. והטעם פ' בהפלאה משום שהשומר חייב לתת לו את החפץ מדין שעבודא דר"נ. [ולכא"ו זה תלוי בפלוגתת הישי"ש והש"ך והקצה"ח - אות סד - אם בפקדון יש שעבודא דר"נ]. ויש לדון דפטור מחמת שלבע"ח יש זכות תפיסה וממילא אין חיוב שמירה ע"ז בדדין הוא נוטל. [אכן בב"ק מ"ה משמע דגם בזה שומר חייב, וע"ש בקה"י סי' לא, ויש לחלק בין חיוב מיתה דשור להכא שהוא זכות ממון].

ובעיקר משה"ק הראשונים שיהיה שבועה, ע"י בחי' ר' שלמה סי' י"ח שמפרש שהקושיא שיהיה בזה דין נסכא דר' אבא, ועיין בהפלאה שלא פירש כך, וזה תלוי בשני תירוצי התוס' בב"ב, אם הטעם משום דלא מהני מיגו במקום חיוב שבועה אלא או ישבע או ישלם, או דהטעם משום דאין זה מיגו שירא להכחיש את העד [דטעם זה ל"ש הכא שבין כך הוא מכחיש את העד].

ועי"ע בהפלאה שהקשה על הרא"ש מאי נ"מ, הרי בין כך יש שבועת הגאונים דכל התופס משכון ובא להוציא חייב שבועה, ע"ש מה שתיירץ, אכן יעוי' בר"ן שכתב דבאמת לדעת הגאונים יש כאן שבועה זו. [ומשמע מהר"ן דלא דן מצד נסכא דר' אבא, שהרי משוה שבועת הגאונים לשבועת ע"א]. ויעוי' ברמב"ם (פ"א ממלוה ה"ח) ובבית יוסף (ח"ו"מ סי' קז), שמבאר בדעת הרמב"ם דאין כאן שבועת הגאונים אלא רק שבועת היסט ולא פירש טעמא, וי"ל דסברתו כדעת ההפלאה שכאן שאין לו תביעה על גוף היתומים אין חיוב שבועה. ועי"ש בב"ח שחולק על הבי"י ומפרש גם בדעת הרמב"ם דיש שבועת הגאונים.

פט) ובעיקר דברי הר"ן והרא"ש דהבקרא בע"ד, הקשו ההפלאה והקצה"ח (סי' קכא סק"ד) דהא אילו טעון מחיים תפס לא היה חייב, וא"כ לחובתו הוא מעיד והוי נוגע לחובתו. ותיירץ הקצה"ח דמוכח מכאן דבע"ד פסול להעיד על אחרים בין לזכות בין לחובה. והגרש"ש (ב"ב סי' יג) מבאר דהכא תועלת היא לו שישלם הלה, שהרי אם לא ישלם הרי הוא חייב ליתומים, ורוצה שהלה ישלם כדי שיתקיים דינו. והגם דאם האמת כדבריו באמת הלה חייב, ואם הוא שקר אין לו נגיעה, מ"מ כיון דאם הוא אמת רוצה שתתקבל עדותו כדי שלא יפסיד ליתומים הרי הוא נוגע לזכותו ולדבריו פסול הוא. וכן תירץ בחי' ר' שלמה סי' יח. [ובמלואי חושן העיר ממשי"כ הר"ן גבי תפס באונס דג"כ אינו נאמן, והרי אין לו נגיעה שיודע שהאמת שפטור, ונראה דמ"מ הוא חייב שבועה להפיס דעת היתומים ומזה נפטר ע"י עדותו].

צ) כתב הרא"ש (כלל קו) על פקידו של ראובן שמסר פקדון של ראובן לשמעון אחר מיתתו של ראובן וטען שמעון שראובן היה חייב לו [ומהני תפיסתו אחר תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבד], ומסיק הרא"ש בסוף התשובה: שהפקיד פשע שנתן לשמעון ויורשין מוציאים ממנו, וחוזר הפקיד ומוציא משמעון, דאם יש לשמעון תביעה על הפקיד יכול לטעון, אבל אינו יכול לעכב הממון בשביל טענה שיש לו על ראובן. ומבואר מזה דלא מהני תפיסה היכא שהשומר מפסיד על ידיה. ועי' במהרי"ט (ח"א תשובה עב) שהוכיח מלשון הרא"ש דאף באופן ששמעון תפס מהפקיד ג"כ דינא הכי, אע"פ שלא נעשה שמעון שומר של הפקיד.

אולם הביא דבתשובת הריטב"א (מובא בב"י סי' פג) משמע דמהני תפיסה אף שהשומר מתחייב, אא"כ התופס ג"כ התמנה לשומר ע"י השומר הראשון, דאז חייב הוא להשיב לשומר הראשון מדיני שומרים. [ובאמת כן הוא מפורש בחידושי הריטב"א בסוגיין, והוכיח כן מהא דמהני הכא תפיסה אע"פ שהבקרא מתחייב].

ולכא"ו קשה ע"ז מסוגיין שהרי הבקרא חייב לשלם ומ"מ מהני התפיסה [ובאמת כך הוכיח הריטב"א], ותיירץ הריב"ש (סי' שצ"ג) דהכא לדברי הבע"ח הרי תפס מחיים ולא נתחייב השומר לשלם, כמשנ"ת באות פח, ורק הודאת השומר שתפס אחר מיתה מחייבת את השומר, ומשי"ה מהני התפיסה. [ודברי ריטב"א צ"ב ואולי סובר דחייב אף אם תפס מחיים].

אכן יעוי' ברא"ש שכתב דהאידנא דמהני תפיסה אח"מ, אם אין לבע"ח ראיא אלא שזוכה מחמת מיגו, מחייב בקרא לשלומי. והקשה המהרי"ט מדוע מהני כלל התפיסה, הרי הוא מחייב את השומר, וע"ש שנדחק בזה, ועי' במל"מ פ"א ה"ח משכ"ב.



ובש"ד (נ"ח ז') מיישב דמיירי שהבע"ח טוען שהבקרא הניחו לתפוס בידעית היתומים שציווהו להניח לתפוס. ובנתיבות (סק"ג) מיישב דהנה עיקר סברת הרא"ש צ"ע, דהרי החפץ שייך למפקיד וזכות המלוה לתפוס, ומה בכך שממילא מפסיד השומר. וביאר הנתיבות דכיון דיש הפסד הוי כמטלטלין המשועבדים דאין יכול לגבות מהם. [ע"ש ביאור הדברים]. ועוד ביאר ע"פ המבואר בר"פ המפקיד דכשהנפקד משלם מחמת פשיעה קונה הבהמה למפרע. ועוד דשומר קונה החפץ במשיכה והוי החפץ כמשכון בשביל אחריות שקיבל עליו. ולכן אין בע"ח גובה מזה דהוי כמטלטלין משועבדים. ולפי"ז כל מה שאינו גובה הוא רק אם עשה קנין, וי"ל דהרא"ש בפסקיו מיירי שקיבל ע"ע שמירה כדרך הרועים כאשר הבהמה באגם ולא עשה בה קנין. ועיין באות צו.

צא) בתשובת הריטב"א הנ"ל כתב דאם השאיל ראובן כליו לשמעון ובא לוי ותפסם תפיסתו תפיסה, וחייב שמעון לשלם לראובן הואיל ופשע בשמירתו. והבית יוסף בסי' פג הקשה דמאי אריא פשע, הא שואל הוא וחייב אף באונסין. ותיירץ המל"מ (פ"א ה"ד משכירות) דהכא שלוי טוען שראובן חייב לו ויש לו מיגו דנאמן א"א לחייב על עצם התפיסה, אלא דחייב משום הפשיעה שמסר למי דלא מצי לאשתעווי דנא בהדיה ואילו לא נתן שמעון כליו לתפוס היה ראובן נשבע ונפטר. [ביאור דבריו דחייב אונסין הוא על הפסד החפץ, וזה אין כאן שהרי ע"פ דין הוא אך מ"מ פשיעה יש כאן שיצר מצב שהשני יהיה נאמן].

ובקצה"ח (סי' נ"ח סק"א) כתב דלא שייך כאן מיגו, דכל המיגו מועיל רק לתופס, אבל לשואל ליכא מיגו שהרי אפי' אם יטען לא חטפתי חייב, ולא מהני ליה המיגו אלא לתופס. ואין מיגו של התופס מועיל לפטור את השומר. (וע"ש בשער משפט סק"ג).

צב) יימר בר חשו אמר ליה לשלוחיה וכו'. ובתוס' הקשו מכאן על שיטת רש"י הסובר דשליח יכול לתפוס לבע"ח. ובישוב שיטת רש"י, עיין במחנ"א (שלוחין סי' כ"ז) שמיישב דרש"י איירי כשתופס זוזי, שמיד נגמר הפירעון וזכה בהם. משא"כ כאן הוי רק תפיסת מטלטלין למשכון שאין בזה זכיה גמורה, וזה לא מהני אף ע"י שליח. [ומשמע מלשונו דהסברא משום דלגבי גביה הוי המלוה בעלים גמור, משא"כ לגבי תפיסת משכון אין לו בעלות גמורה ובעינן שיהא שלוחו של בעל הממון]. וע"ע בקוב"ש אות דש.

ובנתיבות סי' ק"ה סק"ב מיישב ג"כ על דרך זו דבעינן שלוחו של בעל הממון, אלא דבעלמא מקרי המלוה בעל הממון כיון שיש לו בעלות [שעבוד] בנכסים. אבל ביתומים דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי וע"י תפיסה רוצה להוציא ולשעבד לעצמו, שפיר מיקרו היתומים בעל הממון. [לכאן' ביאור הנתיבות תלוי בביאורים דלעיל איך מהני תפיסה לר"ט, דאם הטעם משום דעדיין לא פקע השעבוד מטלטלין, אך לביאורים האחרים יש מקום לדבריו].

צג) והתוס' גיטין י"א ב' הוסיפו להקשות על רש"י דהא זכיה מטעם שליחות וא"כ מה לי מינהו שליח מה לי שלא מינהו ויש לו דין שליח מחמת זכין. ועיין מש"כ בזה הקצה"ח סי' קה סק"א ובהגהות מלואי חושן שם. [וע"ע בקצה"ח שם שהביא ד' הפנ"י בסוגיין דהטעם דהתופס לבע"ח לא מהני משום דאשלד"ע וע"ש משה"ק ע"ז].

צד) תוד"ה ואמר ר' יוחנן, ע"ש שחילקו בין מציאה לחוב משום דבמציאה אמרינן מיגו דזכי לנפשיה. [ועיין בשו"ע סי' קה ס"ב דגם בבע"ח שתפס עבדו ועבור חבירו מהני משום מיגו דזכי לנפשיה]. והרמב"ן בב"מ מתיר דבמציאה אי"ז כ"כ חב לאחרים אלא רק מניעת זכות. משא"כ בבע"ח הוא גרם הפסד. ועי' בחי' ר' ראובן ב"מ סי' י'. דף פה ע"א

צה) אמרי ליה אנא נמי מחריפותא דנהרא תפיסנא. ופרש"י "אלא מזה חטפנוה שהיה מוליכה באמצע הנהר". והקשה פנ"י דמשמע דשלוחיה דיימר בר חשו תפס מסימטא, וא"כ כבר היה ברשות היורשים ומה מהני מה שבזמן תפיסתם היה בחריפותא דנהרא. ובהפלאה כתב דבע"כ צ"ל דגם שלוחיה דיימר בר חשו תפס בחריפותא דנהר, וכן מפורש בתוס' הרא"ש. אמנם לפי"ז קשה דבגמ' משמע דאי לאו דהיה השליח תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים שהיה השליח זוכה, והרי כל משיכתו היתה ברה"ר ומשיכה אינה קונה ברה"ר. ותיירץ ההפלאה דאה"נ, אלא דאם היה מועיל שליחות היה ממשיך להוליך את הספינה לסימטא. [וגם ר"פ ורב הונא בריה דר"י משכו עד שהגיעו לסימטא]. [ועיין בשטמ"ק בשם רש"י דמשיכה בחבל מועילה אף ברה"ר ולפי"ז י"ל דשלוחיה דיימר משך ע"י חבל].

אכן במאירי כאן הוכיח מעובדא דידן דהתופס מיתומים א"צ לעשות מעשה קנין המועיל בהלכות קנינים, אלא כל שהוא מוחזק בה מהני תפיסתו. ומ"מ כל ששנים תופסין בה אזלינן בתר זה שתפיסתו ברורה יותר, ובעובדא דידן דאחד השיט במשוטים ואחד משך בחבל מהיבשה קונה המשיט במשוטים עכ"ד. [והיינו שפירש דזה היה הנידון ביניהם "מר אמר אנא קנינא לה לכולה ומר אמר אנא קנינא לה לכולה", ופסק כמאן דמימלח מלוחי].

והנה יעוי' בהפלאה במשנה שהקשה דאחר שהחזיק בה שלוחיה דיימר בר חשו [ולא הועילה תפיסתו] א"כ הוי כמונחים ברשות אחרים והדין דינתן לכושל שבהם, ואילו כאן משמע דכל הקודם זכה ע"ש. ולכאן' לפמשנ"ת דלכו"ע שלוחיה דיימר בר חשו לא עשה כלל קנין, י"ל דבכה"ג לא הוי כברשות אחר. [אע"פ שלענין תפיסה לדעת המאירי הוי כמוחזק] ודו"ק.

צו) בסוגיא דסטראי. הנה מבואר בגמ' דאע"פ שהשליח חייב לשלם מ"מ מהני תפיסת בני חוזאי. והריטב"א כאן הוכיח מזה כשטתו - אות צ - דמהני תפיסה מרשות שליח אע"פ שהשליח מפסיד. וצ"ע לשיטת הרא"ש המובאת באות צ', מה יענה על הגמ' כאן. ובשו"ת מהרי"ט (שם) מיישב דשאני הכא שזכה במעות בודאי, וכל ערעור של שליח רק על השטר, ואת השטר לא מסר השליח בידו ואין לו תביעה עליו [ויבואר עוד להלן בעז"ה אות צט].

ועי' במרדכי שהביא פלוגתא בדין זה, דדעת הרשב"ם ועוד דבאמת א"א לתפוס מהשליח היכא דהוא חייב, אא"כ אומר שהשליח עצמו הסכים להתפיס לו עבור הלוה. ויש חולקים, והובאו הדעות ברמ"א סי' נח ס"א ע"ש. ועי' היטב בביאור הגר"א סק"ח, שכתב שיש שלש דעות ע"ש.

צז) מיגו דיכולין לומר להד"מ יכולין לומר סטראי נינהו. עי' ברא"ש שהקשה למה אין נאמן לומר סטראי אף בלא מיגו. וקושיתו צ"ב דמהיכי יתני שיהיה נאמן לומר שיש לו חוב נוסף בלא שום ראיה. וצ"ל דכיון דאיכא שטר אין מעוררים ריעותא בשטר ע"י הפירעון מאחר ויכול לומר סטראי נינהו. ובאמת דין זה מפורש בשבועות מ"ב א', דאפי' אם יש עדים שראו את הפירעון ולא פירש איזה חוב פורע, דאיכא מ"ד דנאמן המלוה לומר סטראי נינהו, ומאן דפליג אמר דאיתרע שטרא, והיינו דפירעון עביד ריעותא ע"ש. וי"ל דזו סברת קושית הרא"ש. [ועיין בתומים ס"ס נח שכתב דבאמת א"א לטעון טענת סטראי סתם, וקושית הרא"ש היא דמאחר ולא הזכיר הלוה בדבריו את השטר, רגל"ד דהיה לפירעון אחר. וצ"ע דאכן ברא"ש בשבועות (פרק שבועות הדיינים סי' יט) אפשר לפרש כך, אבל ברא"ש דידן דהמשלח הזכיר את השטר

- א"י לפרש כך. ויש ליישב ע"פ מש"כ התומים בתחילת דבריו לחלק בין פירעון בעדים לפירעון בלא עדים, וכאן דמיירי בלא עדים באמת היה נאמן לטעון סטראי אף שאין ריעותא של אי הזכרת השטר, ויבאר להלן].  
(צח) ותיירץ הרא"ש דבלא מיגו אין טענת סטראי טענה מעלייתא, דיותר ברצון אדם פורע מלוה בשטר ממלוה ע"פ. ומבואר מזה לכאוי דהפירעון תלוי בלוה ולא במלוה, ולכן צריך לטעון שהלוה הסכים לפרוע המלוה ע"פ, וזו טענה גרועה. והנה הר"ן הוכיח מסוגין דמהני תפיסת המלוה לשם חוב אחר אפי' אם נתן הלוה הסכים לפרוע המלוה ע"פ, ולא עוד אלא אפי' פירש לשם חוב אחד יכול הלוה לתפוס לשם החוב השני, וכן פסק הטור בלא חולק (בסי' נ"ח ופ"ג). ולפי' תמהו האחרונים בדברי הרא"ש דמה צריך כאן דעת המלוה. [ובנתיבות משפט - אלגאזי, הוכיח מכאן דהרא"ש סובר שאי"ז תלוי בדעת המלוה]. ותיירץ התומים (נח יג) דמ"מ הוי טענה גרועה, שהרי הלוה ידע שהמלוה יכול לתפוס ומסתמא ירצה לתפוס על המלוה ע"פ, ולמה לא דאג הלוה שלא לפרוע עד שיחזיר השטר, ומזה יש הוכחה שהיה סמוך ובטוח שלא יתפוס המלוה מחמת שבאמת אין חוב. [ולא חשש לגזילה]. [וקצ"ע על דבריו דהתייבא ברא"ש בשבועות (שם) יש לפרש כך, אבל בסוגיין דשלח שליח, ויש אופן בגמ' שהזכיר לו ליטול את השטר, א"כ בכה"ג אין ריעותא, דמה לי בעשית השליח, מ"מ המשלח לא עביד ריעותא, ולמה אינו נאמן בלא מיגו, ועייין].

דף פה ע"א  
ובחכמת שלמה (סי' פג) מיישב דכל קושית הרא"ש היתה רק באופן שטוען שתפס מדעת המלוה. דאל"כ ודאי שאינו נאמן לטעון סטראי, וכמש"כ הרא"ש גבי בקרא - אות פד - דאין נאמן לומר שחטף, וכיון שטוען שהיה מדעתו שוב הוי טענה גרועה דודאי לא יסכים הלה לזה.  
ובקו"ש (אות שו) תירץ דהרא"ש סובר כדעה שהובאה - באות צו - דא"א לתפוס מהשליח [כאשר הוא חייב] אא"כ אומר שהשליח התפס לו מדעתו [ונתבאר הטעם באות צ] ולכן הוי טענה גרועה. [וזה דלא כמהרי"ט אות צו].  
והנה למסקנת הרא"ש דמה דלא מהני המיגו הוא משום דלא שביק מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ, לפי' אם טוען שהיו שני מלוה בשטר והחזיק שטר אחד ל"ש סברא זו. וצ"ע שבטור סי' ל' איתא גבי עדים מעידים שהיה פירעון דאיתרע שטרא אף במקום שטוען שהיו שני שטרות.  
ויש מהאחרונים שמחלקים דכ"ד הרא"ש רק כשאין ב' עדים על הפירעון. אבל ביש עדים איתרע שטרא אף בלא הטעם של לא שביק. [הנתיבות נ"ח ז' כתב דכשהפירעון בטוח אין ספק מוציא מידי ודאי פירעון, וכסברת הבעה"ת המובאת בטור סי' פג. והשער משפט (נח א') כתב בשם כנה"ג דכשאין עדים השטרך בידי מאי בעית מכריח טענתו. משא"כ בפרע בעדים יכול לטעון דעליהו סמך. וע"ע בתומים סי' נ"ח משכ"ב. אולם הוכיח שם התומים מדברי הרא"ש בתשובה שאף במקום עדים הדין כן [וכ"מ בגר"א פג ז']. ותמהו לפי' מש"כ בטור סי' ל'. ותיירץ התומים דשם מיירי בהזכיר לו שטר, וקושית הרא"ש רק בלא הזכיר שטר דעיי' יש ריעותא, כמו שהובא לעיל].  
(צט) והנה הר"ן והרשב"א דהוכיחו מסוגין דמהני תפיסה אפי' שלא מדעת המלוה, בע"כ מפרשים דמיירי שתפס שלא מדעתו. [ודלא כמש"כ הקו"ש בדעת הרא"ש]. אכן אכתי צ"ב דמנין שבאמת תופס עבור החוב השני, דלמא אומר שבאמת פרע את החוב בשטר אלא שאומר שמלבד זה היה מלוה ע"פ ונאמן במיגו. וביאר הגרע"א (בספר וזאת ליהודה) עפמ"ש"כ הש"ך (סי' שפ סקכ"ב) דמי שנותן שטר פרוע למלוה אינו חייב לשלם ללוה והוי רק גרמא. ולפי' כאן דמבואר בגמ' שהשליח חייב לשלם, בע"כ אי"ז מחמת שהניח השטר ביד המלוה, דזה הוי גרמא. אלא בע"כ חיובו משום דמיירי שתפס המלוה את המעות עצמם לשם הסיטראי, והפסיד לו את גוף המעות [וכ"כ הנתיבות, נ"ח ב']. ולכאוי זה דלא כמהרי"ט אות צו. ומזה הוכיח הר"ן דיכול לתפוס את המעות עצמם.  
(ק) והנה התוס' ב"ב ל"ב והרמב"ן שם הקשו איך מהני מיגו לטעון טענת סטראי והרי הוי מיגו להוציא. ותיירצו התוס' דכיון דיש שטר על המלוה אי"ז מיגו להוציא. [וביאר הקצה"ח (פ"ב י') ע"פ תשובות המיוחסות לרמב"ן, דלגבי זה אמרינן דשטר העומד לגבות דמי ולא הוי מיגו להוציא]. והרמב"ן תירץ דהדו"ד כאן אינו על השטר, אלא על הזוזים ששילם, ואחר שנאמן עליהם במיגו ממילא נשאר השטר בחזקתו ולא הוי מיגו להוציא - דההוצאה ע"י השטר ולא ע"י המיגו. [והתוס' סברי דמ"מ כיון שסוף סוף ההוצאה ע"י צירוף המיגו - לא מהני, דמיגו הוא כדין ספק והממע"ה - כ"כ בשערי ר"נ שם].  
והנה לפי' לכאוי אין מקום כלל לקושית הגרע"א - אות צט - דא"א לומר דבאמת הפירעון היה על המלוה בשטר ומ"מ גובה את המלוה ע"פ ע"י המיגו, דא"כ בין לתוס' ובין לרמב"ן הוי מיגו להוציא, וצ"ע מה הוקשה להגרע"א.  
(קא) בעיקר סברת הר"ן והרשב"א דמהני תפיסה בע"כ של הלוה. כתב הטור סי' פג בשם בעל התרומות דהטעם משום עבד לוח לאיש מלוה. וברשב"א כאן משמע דהטעם משום דמהני תפיסה בע"כ לפרוע חוב, וא"א להפקיע זכות התפיסה ע"י הפירעון. ועיי' בקצה"ח (סי' פג סק"א) לענין תוך זמנו דשם לא שייך תפיסה, ובזה בעינן לטעמא דעבד לוח ומהני רק בסתם ולא במפרש ע"ש.  
[ויש לדון דכיון דפירעון בע"כ שמיה פירעון, א"כ כשנותן לשם פירעון כבר חל הפירעון ושוב אין יכול לתפוס לשם חוב אחר ויש לפלפל ועיי' בקו"ש].

(קב) הקשו תוס' למה אין בסטראי דין נסכא דרבי אבא, שהרי לדברי העד נפרע לו איזה חוב, וכה"ג בשני עדים א"צ לשלם כמבואר בגמ'. [ועיי' בראשונים שהוסיפו דאם איירי באופן שהשליח חייב לשלם, א"ש. דכיון דחייב בתשלומין הרי הוא נוגע. ולכאוי צ"ע דהרי יש לשלח מיגו לומר החזרתי לאבימי, ואז יהיה פטור [קודם שתקנו שבועת היסת], וא"כ אינו נוגע. ועמד בזה בקה"י ב"ב סי' יט ע"ש. ועי' אות פט מש"כ בזה].  
וקושייתם צ"ב, דהרי דין שבועה בע"א מעיד ששטר פרוע הוי רק דרבנן [עי' להלן פ"ז ב'] ובשבועות דרבנן אין דין מתוך. ונאמרו ב' דרכים בהבנת קושית תוס' (א) ברשב"א משמע דיש לדון שכאן אין הנידון על השטר, אלא על המנה ששילמו, ולגבי הך מנה הוי ע"א מדאורייתא [דהוי שבועת הנפטריין ואין בזה כפירת שעבוד קרקעות]. ובאמת בסוף דבריו תירץ הרשב"א דכאן הוי שבועת ע"א מעידה שהוא פרוע - שהיא שבועה דרבנן.  
(ב) הש"ך סי' נ"ח סקכ"ג מפרש דדעת תוס' דבשבועה דרבנן כגון זו אמרינן מתוך, ע"ש היטב החלוקי הדינים בשבועות דרבנן. [וכן משמע בריטב"א, ע"ש שמתרץ קושית תוס' דאין דין מתוך אלא בשבועה דאורייתא, ומשמע שבקושיא נקט דאף בדרבנן איכא מתוך]. ועי' בגר"א סק"י"ח מש"כ קע"ז.

ג) עיין בש"ך שם שצידד דהשבעה היא אחר שישלם - אז יתבענו בחזרה, וכמו דאיתא להלן פ"ח א' אי פיקח הוא מייתי לה לדי שבעה דאורייתא.

ותירצו תוס' והר"ן, והרמב"ן ב"ב ל"ג ב', דהכא מיירי אחר שתקנו שבועת היסט ולכך השליח נוגע. ויעוי' ברשב"א שדחה תירוץ זה, דהא ליכא הכחשה בעשית שליחותו של שליח, וא"כ פטור הוא משבועת היסט. [משא"כ בקידושין מ"ג בצירוף טענת המשלח והמקבל הוי כטענת ברי.] וביאור שיטת תוס', דהנה נחלקו ר"י וריב"ם ב"ב ל"ד בדינא דנסכא דר"א, לדעת ר"י יסוד הדין דאין לו מיגו שאם ירא להכחיש העד. ולדעת ריב"ם יסוד הדין דבמקום ע"א לא מהני מיגו. והשתא לדעת ר"י א"ש תירוץ תוס', דכיון שאם יאמר המלוה שהשליח לא פרעו יהיה שליח נוגע [דאז דמי ממש לגמ' בקידושין שיש ברי בצירוף המשלח והמקבל] ממילא אינו חושש לטעון כה"ג נגד השליח, ושוב יש לו מיגו. וכן מבואר ברא"ה. והרשב"א לשיטתו דמפרש כריב"ם ולהכי נקט דכיון דעתה אינו נוגע שוב אינו נאמן נגד העד. [והדברים מבוארים ברשב"א בקידושין, ע"ש שכתב דאם האשה אינה מכחישה את השלוחים הרי הם עדים כשרים על קדושה, דכיון דנסתלק סיבת הנגיעה שוב הם כשרים. ועי' הקשה מסוגיתנו דא"כ למה אין כאן דין נסכא דר"א. ועמד בזה הקצה"ח ס"ס נ"ח ע"ש.]

עוד תירוצים על קושית תוס' מבוארים בראשונים, א) לשיטת דאין שבועת ע"א אלא בטוען ברי. וכאן אין אבימי ברי [ע"י רשב"א ורא"ה]. ב) דבשבועה דרבנן אין מתוך. [ע"י רשב"א וריטב"א].

[ועיין ברע"א שהקשה דכאן משמע ברא"ה דרך בטענת ברי יש שבועת ע"א, ואילו בבקרא הקשה הרא"ה למה אין דין נסכא דר"א, ולא תירץ דאין שם ברי. וביאר הגרע"א, דדעת הרא"ה לחלק בין השבועה דרבנן של ע"א מעידה שהוא פרוע - דע"ז בעינן ברי, לבין בקרא דהוי שבועה דאורייתא של ע"א דא"צ ברי. [וכן דעת הכס"מ פכ"ד מה' אישות, והש"ך סי' פ"ד ס"ז סובר דאף בע"א מעידה שהוא פרוע א"צ ברי.]

ק) הנה לפי תירוץ תוס' דידן [והר"ן, והרמב"ן ב"ב] דהסיבה שאין דין נסכא הוא מפני שהעד חשוד. לפ"ז אם עד זר [שאינו שליח] מעיד שפרע הלוח ממון למלוה, והמלוה טוען סטראי איכא דין נסכא. אכן הבעה"ת כתב בשם הרמב"ן דאין בזה דין נסכא דהוי כע"א מעיד שהוא פרוע דהוי שבועה דרבנן ואין בזה מתוך. והקשה הש"ך דהרמב"ן סתר דבריו, דבחידושו ב"ב כתב כדברי תוס' דהחיסרון בסוגיין רק משום נוגע, והבעה"ת כתב בשמו שיש חסרון משום דהוי כע"א מעידה שהוא פרוע, [היינו דהוי שבועה על קרקע ולהוציא], דחיובה רק מדרבנן.

ועיין בקצה"ח (סק"ג) שכתב ליישב דהרמב"ן בסוגיין מיירי באופן שמשביע אחר תשלומין, כדן "אי פיקח הוא מייתי לה לדי שבעה דאורייתא" - להלן פ"ח. א"נ דאפי' קודם שגבה יש נידון על המנה שפרע, ולא על השטר, ולכן יש בזה שבועה דאורייתא, ולא דמי לע"א מעידה שהוא פרוע ששם הנידון אם בכלל פרע, אבל כאן שודאי נתן ממון והנידון האם הממון לשם פירעון או על חוב אחר הוי נידון במנה, שנתן ולא בפירעון השטר. והוכיחה קצה"ח לסברא זו ממש"כ הרמב"ן - אות ק - דזהו הטעם דלא הוי מיגו להוציא, כיון שהנידון על המנה ולא על השטר. אכן כ"ז שייך באופן שאמר בשעת הפירעון שפורע עבור השטר, אבל אם נתן בסתמא וטוען סטראי הוי רק ספק, דהרי איכא מ"ד בשבועות דלא איתרע שטרא, ולהלכה דאיתרע שטרא כתב הרמ"א דמ"מ מהני תפיסה, דלא בטל השטר לגמרי. וא"כ א"א להשביע ע"פ הע"א על המנה, שא"ז ודאי. וכל השבועה רק על האיתרע של השטר ולכן כתב הרמב"ן בסה"ת דאין בזה לדינא בר' אבא.

קד) ועיין בנתיבות שהקשה ע"ד הקצה"ח, דמ"מ כיון שאם יטעון המלוה להד"מ הרי הוי רק שבועה דרבנן [כע"א מעידה שהוא פרוע] נמצא שיש לו מיגו שעל ידו לא תהיה כאן שבועה דאורייתא, וא"כ ל"ש בזה נסכא דר"א.

אכן יעוי' בהגהות ברוך טעם על הקצה"ח סק"ד, שביאר שבדין נסכא דר' אבא יש ג' שיטות: א) שיטת ר"י דהוא סברא שע"ז ליכא מיגו כי ירא להכחיש את העד. ולפ"ז גם אם חייב שבועה דרבנן אין לו מיגו, דמ"מ ירא להכחיש את העד [ועיין בקצה"ח סק"ד דלשיטה זו אפי' אם כל השבועה היא דרבנן ג"כ אינו נאמן במיגו, דמ"מ ירא להכחיש את העד. ודבריו תמוהין כמו שהעיר במלואי חושן דהרי מבואר להדיא בגמ' בב"ב דכל דינא דר' אבא רק למ"ד דאמרין מתוך. וא"כ אם בשבועה דרבנן אין מתוך למה לא נאמן. ובאמת התוס' הקשו על שיטת ר"י הנ"ל למה למ"ד דלית ליה מתוך נאמן, הרי אין לו מיגו, ועי' מה שתירצו בזה בתרוה"כ סי' ע"ב ובקה"י ב"ב סימן כ"ה, אבל עכ"פ הדין מפורש בגמ' דרך אם אמרין מתוך איכא לדינא דר' אבא. אכן בנידון דידן לפמש"כ הקצה"ח דהנידון על המנה והשתא הוי שבועה דאורייתא, שפיר מהני גם שבועה דרבנן להפקיע את המיגו ודו"ק].

ב) בשיטת ריב"ם יש שני ביאורים, דלשון התוס' ב"ב: כן הוא הדין שישבע להכחיש העד או ישלם. ומשמע דיסוד החיוב הוא, להכחיש את הע"ד. וא"כ כאן דאם מכחיש הוי רק שבועה דרבנן שוב ליתא כלל לדין שבועת ע"א, וצדקו דברי הנתיבות.

ג) והסבר שני בדעת ריב"ם, דע"א כ"ז שאינו מכחישו הרי הוא כשנים, - עי' ברבנו יונה ב"ב לד ובעוד ראשונים - לפ"ז כיון דלפי הטענות עכשיו יש כאן ע"א, שוב אינו נאמן עד שיכחישו, ולכן חייב וזו סברת קצה"ח. ובאמת כן מבואר להדיא ברשב"א כאן דלריב"ם יש כאן דין נסכא דר"א אע"פ שאם יכחיש הוי העד נוגע.

[ועיין בהגהות מילואי חושן שהקשה ע"ד הרשב"א למה כתב דלולי דברי ריב"ם החסרון משום שהוא נוגע, ולא כתב כדברי הנתיבות שהחסרון משום דהוי שבועה דרבנן כמש"כ הנתיבות. ונראה דא"ז קושיא כלל, דהנתיבות מיירי לפי ההסבר הראשון בריב"ם, ולפ"ז בעינן שגם בהכחשה תהיה שבועה דאורייתא. אבל הרשב"א קאי בשיטת הר"י דהחסרון משום שאין לו מיגו שירא להכחיש את העד, ולפ"ז אף החיוב שבועה דרבנן סגי שיהיה ירא להכחיש את העד. ולכן נקט הרשב"א דהוי נוגע ואין כלל חיוב שבועה].

קה) הנה הקצה"ח נוקט דלפי סברת הרמב"ן בב"ב שא"ז מיגו להוציא מחמת שהנידון על המנה שפרע ולא על השטר, ה"ה דאין שבועת ע"א מעידה שהוא פרוע - דרבנן, אלא שבועה דאורייתא על המנה.

ולפ"ז יש סתירה ברשב"א, שבב"ב (ל"ב) כתב כתירוץ הרמב"ן דלא הוי מיגו להוציא כיון שהנידון על המנה, וכאן כתב דהוי שבועה דרבנן, ובע"כ דיש לחלק בין הנושאים ודו"ק.

קו) בסוגית מלוגא דשטרי. כתבו תוס' דמה שתפסה מחיים לא מהני לגבות את החוב, אלא דע"ז יכלה לדחוק את היורשים ע"י שלא תחזיר את המלוגא דשטרי, וכ"כ הרא"ש. ועי' בקצה"ח (ס"ד ד') ונראה מדבריו ומדברי המרדכי המובא שם, דהמשכון הוא הנייר עצמו לצור ע"פ צלוחיתו, ודן שם איך מעכב את הנייר ששווי מועט עד שיפרעו את כל ההלואה, ומבאר דהוא מדין לדידי שוה לי ע"ש. [ועי' חלוקי דינים בזה, בין נאמנות במיגו, לבין דין מטלטלי דיתמי]. ובדעת הרא"ש כתב דהוא מדין משכון כנגד כולו הוא קונה, כמו שפסק הרא"ש פרק השולח סי' יז גבי שמיטת כספים.

והגרע"א בשו"ת ס"י קל"ה כתב דהביאור הוא דנהי דאין לה קנין משכון בשטר לענין שתוכל לגבות ממנו, מ"מ יש לה זכות משכון בשטר לעכבו אצלו עד שיפרעו לה, וע"י גם בנתיבות (ס"ד ו') שמבאר כך. ולפי"ז כל השטר הוי כמשכון לענין זה שא"א לתבוע הימנה שתחזיר השטר עד שיפרעו את חובה.

והלח"מ (פ"א ה"ח ממלוה) מבאר [בדעת הרמב"ם ושו"ת הרשב"א שיובא להלן] דבאמת אין כלל דין משכון בשטר, וכל מה שמועלת התפיסה הוא רק לענין דין מטלטלי דיתמי, דהוי קצת כאילו המעות בידו. [וביאר באבן האזל דדין תפיסה מחיים אינו מדין משכון, אלא דע"י התפיסה נחשב שלא בא לרשות יורשים, ובכח"ג מודה ר"ע לר"ט שגובים אף ממטלטלי דיתמי. ומש"ה כאשר תפסה את השטר ואין הלוה חייב לפרוע יורשין - ואף דעצם החוב שייך ליורשים מ"מ אינו חייב לפרוע כל עוד שהשטר ביד הלוקח, וכמש"כ הבעה"ת שער נ"א ח"ד מובא בנתיב"מ ס"י סד גבי מסר ולא כתב דאם קנה הלוקח את הנר אין הלוה חייב לפרוע - ממילא אין החוב ברשות יורשים ואפשר לגבות מהם. [וזה דלא כתוס' ושאר ראשונים שכתבו דהוי משכון].

ק"ז והטעם דלא מהני התפיסה לגבות את החוב שבשטר, מבואר בתוס' ובראשונים, משום דבעינן כתיבה ומסירה. וכתב הש"ך (ס"ד ג') דלפי"ז בשטר מוכ"ז שאין במכירתו כתיבה ומסירה, מהניא תפיסה. ובקצה"ח (סק"א) השיג עליו דנהי דא"צ כתיבה, מ"מ בעינן מסירה מיד ליד ומדעת מקנה וא"כ לא מהני תפיסה. והנתיב"מ דחה דבשלמא בשטר שאינו למוכ"ז, צריך לקנות גם את הזכות לגבות מהלוה, ולכן בעינן כומ"ס. אבל בשטר מוכ"ז אין ללוה טענת לאו בע"ד דף פה ע"א

דידי את, וכל התפיסה באה רק כנגד זכותו של המלוה, וכיון שהוא משועבד לתופס א"צ שיקנה מדעתו. ובעיקר דברי הראשונים דא"א לזכות בחוב ע"י התפיסה, הקשה הקצה"ח (סק"ב) דהרי הרא"ש כתב דאם משעבד אג"ק משתעבדים גם שטרות וגובים מהם, וא"כ למה לא מהני גם תפיסה לזכות בשעבוד, ולא יצטרכו ע"ז כתיבה, דכל מה דף פה ע"א

שמכירת שטרות בעיא כומ"ס, היינו מפני דהוי דבר שאינו ברשותו, אבל לענין שעבוד דמהני אף באינו ברשותו לא יצטרכו כומ"ס, ותיירץ הקצה"ח דאין כאן תפיסה מדעת המלוה, וממילא ליכא אפי' מסירה, וכדלעיל. [ויל"ע דבאבנ"מ צ"ו ד' כתב לבאר בדברי הריטב"א דכשתבע מחיים ולא יהבה ניהליה הוי כתפיסה מדעתו].

והנה לדברי הנתיב"מ הנ"ל אי"א לתרץ כך, וא"כ לדבריו הדק"ל. אכן הנתיבות עצמו (סק"ב) מיישב קו' הקצה"ח דכאן לא סגי ב"שעבוד", משום דגם אם השטר משועבד אכתי הוי מטלטלי דיתמי, אלא בעינן שיהיה משכון, ולמשכון בעינן כומ"ס. [ויסוד פלוגתתם הוא אם ע"י האגב הוי רק שעבוד, או קנין לגובינא, ע"י באמרי בינה דיני הלוהה ס"י סג].

ק"ח הנה מדברי הראשונים שדנו איך מהני תפיסת השטר, ודימו זאת למכירת שטרות דבעינן כומ"ס, משמע דבעינן קנין בשביל התפיסה. וצ"ע דבאות צ"ה הובאו דברי המאירי שא"צ קנין לתפיסה מחיים וסגי במה שהדבר ברשותו. ועוד יל"ע, דהראשונים כתבו דהוי משכון, [ובאמת למשכון פשוט שצריך קנין], ולעיל אות עט הובא דא"צ לדין משכון. [ויש לציין לזה אבנ"מ צ"ו ד', וקצה"ח ק"ד ח', מבואר דהוא מטעם משכון. ובקצה"ח ק"י ב', משמע דע"י התפיסה דנים כאילו כבר נפסק הדין בחיי האב וכתב דזה מהני גם לדיני מיגו, דהגם שלא מהני מיגו נגד קטנים, מ"מ אם תפס בחיי האב מהני].

ונראה דשאני שטר שהוא דבר נפרד מהחוב, וגוף החוב אינו תפוס ביד מחזיק השטר, ולכן רק אם הקנה השטר בתורת משכון מהני, ובעינן לזה מעשה קנין. משא"כ בתופס מטלטלין מהני אפי' בלי מעשה קנין, דגוף הממון ביד התופס.

ק"ט אית לך סהדי דתבעוה מינך מחיים. יל"ע האם בעינן תביעה ממש, או דרק בעינן שתתכוון לתפוס בתורת משכון, אבל א"צ תביעה. ע"י לשון רש"י דמשמע דלא מהני בלי תביעה. וע"י ברא"ש שמפרש דמה שאמרה בתחילה מחיים תפיסנא - כלומר היה בדעתי מחיי אביכם לתופסם בתורת משכון עד שיפרע לי אביכם. ולכא"ו מבואר מזה דאליבא דאמת טענה זו לא מהני שהרי ע"ז אמר לה רב נחמן דבעינן סהדי דתבעינהו מינה. [אכן בשעורי רע"א כתב דבאמת טענתה הראשונה טובה היתה, ולכן לא תירץ הרא"ש כתוס' דהוי מיגו למפרע. ומבואר מזה להיפך - דא"צ תביעה, אלא סגי בכוונה לתפיסה. אולם בתומים ס"י ס"ד כתב דאף להרא"ש היתה צריכה לפרש דבריה דתבעינהו מחיים, והתקשה למה לא תירץ דהוי מיגו למפרע, ויובא להלן. ומבואר דלא סגי בלא תביעה]. ולשון רמב"ן במלחמות דהס"ד היתה דתפיסה דפקדון מהני, ולפי"ז אין הכרח מה הדין למסקנא.

[ועיין באבנ"מ צ"ו ד', שמדייק מדברי הריטב"א דבעינן שיתפוס מדעת המפקיד, וכשתבע ולא החזיר הוי כתפס מדעתו. ובאמרי בינה דיני הלוהה ס"י ע' הקשה דמהיכי תיתי שנשתבע ולא הסכים להחזיר הוי כהתפסה מדעתו, אדרבה הרי אינו מסכים לכך. וכתב האמרי בינה שבריתב"א לא כתב כלל שצריך שתהא התפיסה מדעתו, אלא שתהא מרשותו, וכשתבעם ולא מחזיר הוי כתופס מרשות לוח, וזה כדברי האמרי ברוך שיובא להלן].

ובחי' חת"ס כתב דבעינן דוקא תביעה, וביאר ע"פ מש"כ מהרי"ל בשו"ת ס"י עח באשה שחטפה פרוטה מגברא ואמר לה התקדשי לי בו שאינה מקודשת כיון שבתורת גזל בא לידה איננו משתנה מגזל לפקדון ע"י מחשבה ודיבורא גרידא, ומייתי ראיה מס"פ החובל. ולכן גם כאן לא סגי במחשבה לתפוס אכתי הוי פקדון. אבל אם תובע, בשעת התביעה כלתה שמירתה ואינה שליחה לשמור עוד ומעתה מועיל תפיסתה.

ק"י והנה הקצה"ח (סק"ג) הקשה לשיטות שהשטר שייך ללוה, איך מהני תפיסה הרי אין לו תביעה על הלוה. ותיירץ דמשעבודא דרי נתן מהני התפיסה על השטר של הלוה, והגם דבמטלטלין דיתמי ליכא שעבודא דר"כ, היינו משום דלאו בני שעבוד נינהו, אבל כאן שתפס מחיים הוי בר שעבוד. והקשה הנתיב"מ דלאו תפיסה היא כלל גבי לוח שהרי הלוה לא תבעו, ותביעה לא מקרי אלא כשתבעו ולא רצה להחזיר לו. ומבואר בנתיב"מ דבעינן דוקא תביעה, וכדעת החת"ס.

אכן דברי הנתיב"מ תמוהים מאד [וכאשר עמד עליהם במשובב ובהגהות אמרי ברוך] דהא דבעינן תביעה הוא רק כשתופס נגד זה שהפקיד אצלו, אבל כאן שתופס את הנייר שלא הופקד אצלו על ידי הלוה [דהמלוה הפקיד את המלוגא] ואינו שומר שלו כלל - בזה מהני תפיסה אף בלא תביעה. [וע"ש באמרי ברוך בתו"ד שמבאר דהא דל"מ בלי תביעה - משום דהוי כמונח ברשות בעלים בכל מקום שהוא ואין ע"ז תורת תפיסה. וכשתובעו ומסרב להשיב מאז לא נחשב ברשות מפקיד. והסבר זה שונה מהסבר החת"ס. ולדברי האמרי ברוך יתכן דעדיין שומר הוא אלא דמ"מ לא נחשב "ברשות" בעלים]. וע"ש בטבעת החושן מש"כ בדעת הנתיבות].

ק"א א"ל אית לך סהדי וכו'. הקשו הראשונים דלהימנה במיגו בלא עדים. ומבואר בראשונים כמה סוגי מיגו. (א) מיגו דלקוחין בידי בכומ"ס. (ב) מיגו דלקוחין באגב. (ג) מיגו דמתנת שכ"מ. (ד) מיגו דנאנסו [ע"י ש"ך ס"ד ו' דה"ה בפשיעה,

שהרי אין שמירה בשטרות, מלבד לדעת הרמב"ם דבפשיעה מיהת חייב]. ה) מיגו דהחזרת. ו) מיגו דמושכנים אצלי מעיקרא.

והתוס' כתבו דלא מהני המיגו משום דהוי מיגו למפרע. והראשונים של תירצו כך, עיי' בשערי הרע"א דכאן אי"ז מיגו למפרע דטענתה הראשונה היתה שהחזיקה מחיים בתורת תפיסה, [והתוס' סברי דבתחילה לא פירשה כך, אל סברה שגם החזקת פקדון מועלת לתפיסה]. ועיי' משכ"ב אות קט. והתומים (ס"ד ב') הביא שו"ת חו"י תשובת ר' ישעיה הורוויץ שהוכיח מהראש"ש דמיגו למפרע אמרין, והתומים עצמו כתב דהראש"ש לשטתו בב"ב ל' דמהני מיגו למפרע אם מפרש את דבריו.

קיב) ולענין מיגו דלקוח, כתב הר"י דלא מהני מאחר ובעינן כומ"ס וא"כ בלא השטר כתיבה אין נאמנים. ועיי' במלחמות ובספר הזכות ובחי' הרמב"ן שמבאר הסוגיות לדעת הר"י.

והנה התוס' הקשו דמ"מ יהא נאמן במיגו שקנה את הנייר, וברמב"ן ובר"ן כתבו דאי"ז טענה דאין אדם מוכר שטרותיו. ואם מכר או נתן במתנה ולא חל הקנין, ה"ה דאת השטר לא קנה.

והריטב"א כתב דאם מכר מ"מ מחויבת להוציא את השטר להראותו בב"ד [עיי' אמרי בינה דיני הלואה ס"ג י"ד דהוא מדין השבת אבידה] והנתיבות סי' סו סק"א כתב דתוס' סוברים ש"צ להראות ע"ש ועיי' באמרי בינה הנ"ל משכ"ב. ובקצה"ח (סי' ס"ד ס"ק ג') מבאר בדעת הר"י דאם טוענת לקוח לא מהני זאת על השטר לפי השיטות דהשטר של הלוח וע"ש בנתיבות משה"ק ע"ז. ובס"ק ג' מיישב דהנייר שוה רק כנגד חלק מהחוב ולא מהני לתפיסה כנגד כל החוב [עיי' אות קו].

קיג) הראב"ד הקשה דתירוץ הר"י לא מהני על מיגו דלקוחין הן באגב, דאם קונה באגב א"צ ראייה. ותירץ דגם ע"ז בעינן ראייה על הקרקע שקנה. ועיי' בספר הזכות שהשיג על דבריו. והרמב"ן מחדש דבשטרות לא אמרין שמה שהשטר תחיי עושהו למוחזק, דרך דבר הנקנה במסירה גרידא מהני החזקתו דרואים בהחזקתו שהוא בעלים, משא"כ אם הקנין טעון עוד דבר חצוני. [עיי' משכ"ב הקצה"ח ע"ב כ' (ובנתיבות סק"ל), ר"ב ז' - דדין זה דוקא בשט"ח שאינו מוחזק בגוף החוב ולא במטלטלין - ושעריי ה' טו].

קיד) עוד הקשה הראב"ד דאיכא מיגו דניתן במתנת שכ"מ. ומכח קושיא זו דכתב דבע"כ מייירי דאיכא עידי פקדון. ודלא כר"י. והרמב"ן תירץ כנ"ל דאין זה מוחזק כיון דהמסירה לא קונה.

קטו) ולענין מיגו דנאנסו והחזרת, כתב הראב"ד דאי"ז מיגו דאם תטעון כך תפסיד את החוב משא"כ כשטוענת שתפסה מחיים. והרמב"ן כתב דהוי מיגו דגם לפי טענתה היא רק מעכבת וכופה את היתומים לשלם, וזאת יכולה לעשות בטוענת נאנסו והחזרת. ועיי' משכ"ב הש"ך (ס"ד ד').

קיו) ולענין מיגו דמושכנים בידי מעיקרא, דעת הראש"ש דבאמת הוי מיגו, ומכח זה מעמיד בעידי פקדון, והראב"ד כתב דאין נאמנים בטענה זו, ונתבאר באות פז. [ועיי' ברע"א בשו"ת סי' קל"ה שרצה לומר דכל דברי הראשונים דפליגי על הראש"ש, הם רק בשטר שהתפיסה מועילה רק לענין שלא יחזיר את השטר עד שיפרעו. [כמשנ"ת באות קו] אבל במשכון גמור מהני טענתו. וצ"ב דהא הראב"ד הוכיח כדבריו מסוגיא דבקרא. ובאמת הרע"א כתב דבריו בדעת הר"ן והרא"ה, אך בראב"ד מפורש דאף בשאר מטלטלין הדין כן.

והנתיבות כתב להיפך, דכל דברי הראש"ש דמהני מיגו הוא רק כאן שתופס לענין שלא יוכל להוציא ממנו את המשכון עד שיפרעו, - עיי' אות קו - אבל בתופס לזכות זכות גוביינא, אף להראש"ש אינו מוחזק דמחוסר גוביינא. [ובריטב"א כתב דנאמנים לומר ממושכנים הם בידי - דלקנין זה א"צ כומ"ס כיון שאינו קנין גמור - ומ"מ כאן אינה נאמנת לומר כן, דאין בתפיסתה היום ראייה שתפסה מחיים. [ונתבאר באות פה].

קיח) נמצא דדעת תוס' שא"צ לא עידי פקדון ולא עידי ראה משום דהוי מיגו למפרע. והראש"ש סובר דבעינן גם עידי פקדון וגם עידי ראה [משום מיגו דמושכנים והחזרת]. וברמב"ן כתב דא"צ עידי פקדון, אבל לענין אם בעינן עידי ראה תלוי בסברות אות קטו.

קיט) בתשובת הרשב"א (ח"ג קצג) כתב דלדעת הר"י דאין נאמן לומר שקנה, ה"ה שאין נאמן לומר תפסית במשכון דמ"ש. [ומבאר דגם למשכון בעינן כומ"ס]. ולפ"ז כתב הרשב"א דהכא מייירי שהיו עדים על ההלואה, דאל"כ אינו נאמן עיי' תפיסתו לומר שהיתה הלואה, דאף קנין משכון אין לו. וצ"ב לפ"ז איך מהני תפיסה מחיים. וביאר בלח"מ דהוי קצת כאילו המעות בידו, ונתבאר באות קו. ונקט הלח"מ שכ"ה דעת הרמב"ם.

קכ) בסוגיא דקים ליה בגוה. מבואר בגמ' שא"א לקרוע השטר ע"פ מי שנאמן כבי תרי, ופרש"י דאפוקי ממונא הוא ובעינן תרי. והנה בתחילת הסוגיא אפכה רבה לשבועה אשכנגדה, ופרש"י דהתובע ישבע ויטול [והיינו שהיה זה שבועת הנפטרים ואפכה אשכנגדה ליטול]. והקשו ריטב"א ותוס' רי"ד דה"ז ג"כ להוציא. ולכן פי' הריטב"א דהיא היתה חיבת שבועת הנוטלין ואפכה לשכנגדה לישבע וליפטר.

ובדעת רש"י כתב התורי"ד דכיון דאיחייבא שבועה דאורייתא שבועה במקום תשלומין עומדת עד שתשבע ותפטר וכיון שלא היתה יכולה להישבע וכו' הו"ל מחויב שבועה שאין יכול לישבע ומשלם. ובאו"ש פכ"ד מסנהדרין כתב דזה תלוי בב' תירוצי התוס' בב"מ ה' א', אם במי שרוצה לישבע ואנו אין מניחין לו יש בזה דין מתוך. [התוס' איירי בחשוד, ושם איכא לכה"פ תקנה דרבנן שישבע השני, אבל כאן אם אי"ז דין דאורייתא לא מצינו שרבנן חידשו שבועה ליטול]. וע"ש באו"ש שמתרץ באופן אחר. ובמהרש"א כתב דכיון דעכ"פ חייב שבועה ולא הוציא ממון סתם, לא מקרי הוצאת ממון. והקשה הפני" דא"כ גם בעובדא דלקמן שהעיד שהשטר פרוע למה לא אמר שישבע הלה ויטול. [ואולי דף פה ע"א י"ל עפ"ד האו"ש שם]. ועיי' בנחל יצחק (פב ה', צ"ב ח').

ומה שלא פירש רש"י כהריטב"א, דמייירי בשבועת הנוטלין, הנה בעיקר דין זה בהיה הצריך לישבע שבועת הנוטלין חשוד, נחלקו הראשונים. ועיי' בשו"ע (פ"ב ח') שתי הדעות אם הלה נוטל בלא שבועה, או שמפסיד והלה נשבע היסת. וכתב הש"ך (צ"ב יד) דרש"י סובר כהשיטות דהלה נוטל בלא שבועה, ולכן הוכיח כאן ממה שהפך את השבועה דמייירי בשבועת הנפטרים. והקצה"ח (פ"ב ד') דחה דכאן משמע דאפכה אשכנגדה, והיינו דההפוך הוי שבועת המשנה [כמו החיוב המקורי] ובנקיטת חפץ, ואילו בשבועת הנוטלין החיוב על כנגדו הוא רק שבועת היסת, ולכן פרש"י דמייירי בשבועת הנפטרים. ובדעת הריטב"א צ"ל דסבר דמהפכין והוי שבועת המשנה, ועיי' בקצה"ח שכתב שכן משמע בתשובת הר"י המובאת בראש"ש סי' כה.

קכא) בדין קים לי בגוה. עיי' בח"ח רכילות כלל ו' ס"ו שהביא דברי מהר"ק דבעינן שיהא מצוי אצלו תדיר וגם ביה טובא, אבל אדם אחר לא אע"ג שהוא מוחזק הרבה לאדם כשר והגון ולכן לא הימניה לרב פפא.

ועיין בנתיבות (ט"ו ב') שאע"פ שמוציאין ע"פ אומדנא מהירשעס, - להלן ע"ב גבי אי לא אמיד - שאני אומדנא דהכא שידועה רק לדיין, משא"כ אומדנא הידועה לכולם מוציאין ממון. ועי' שו"ת מהרי"ק [ציינו הגרע"א בחו"מ סי' טו] שכתב דאומדנא על מעשה לא מועיל, ואומדנא על דעת עושה המעשה מועיל להוציא ממון, והיינו כל אומדנות שבש"ס. ועי' בקו"ש ח"ב סי' ל"ח שהקשה מהא דאחריות ט"ס שהוא אומדנא על מעשה.

ועיין בשו"ת אגרות משה יו"ד סי' נד, שנשאל בדבר האבות הכשרים שניזונים על שולחן בניהם שהתפקרו, אם יכולים לסמוך עליהם על כשרות או דחשוד אינו נאמן. והשיב דאם קים ליה בגויה מהני כסוגיא דידן, וביאר דהגדר הוא דמה שאמרה תורה שלא לסמוך על עדים היינו כשאנו יודע בעצמו ע"פ העד אלא שסומך על נאמנות העד. אבל כשקים ליה בגויה הוי כידעיה עצמית, ומה שמשה ואהרן אינם נאמנים הוא באופן שאינו יודע האמת על פיהם ורק סומך על צדקותם כמו בעובדא דרב פפא. [ועיין לשון הרמב"ם והטור דמה שהצריכה תורה שני עדים הוא באופן שאין הדין יודע אם הם אמת או שקר, והובא בנתיב"מ הני"ל].

ועיין ברי"ף וברמב"ם בשם הגאונים שבוה"ז אין סומכים על אומדנא של הדיין ע"ש היטב.

קכב) ובהא דאמרינן מרענא שטרא אפומיה. עי' פלוגתא רש"י ותוס'. [וביאר באגר"מ דדעת רש"י דהוי כידעיה ברורה ומה שלא קורעים מפני שידוע רק לדיין אחד ולא לכולם. והרי"ף סובר דיש לזה רק דרגת ע"א].

ועיין בתוס' שהתקשו לשיטות דיש רק חיוב שבועה, תיפוז"ל מדין ע"א מעידה שהוא פרוע. [וכל הקושיא רק אם נימא דא"צ התובע לטעון פרוע בברי, עי' בש"ך פ"ד ז' שנחלק בזה עם הכס"מ. ועמד בזה הגרע"א בגליון שם, ועי' באו"ש פכ"ד מסנהדרין, ונוב"ת חו"מ סי' כב].

ותירצו תוס' דמירי בעד פסול שאינו מחייב שבועה [ולגבי שבועת ע"א דאורייתא, עי' רמב"ם פ"ה ה"ג מעדות שכתב דפסול אינו מחייב, וכתב הכס"מ דלא ידע מקורו. וכאן מירי לגבי ע"א מעיד שהוא פרוע שהוא שבועה דרבנן ויתכן דכאן פשוט יותר דלא מחייבים ע"י פסול].

והרא"ש בשם ר"ח כתב דמירי בשטר שכתוב בו נאמנות, וברא"ש שבועות סי' מ"ב כתב נ"מ בטוען אמנה או פסים [וביאר השער משפט סי' פו דהינו כשטוען □ שהעדים □ חתמו אמנה, דהו"ל עדותו נגד תרי, ואינו נאמן אלא מדין קים לי בגויה].

וברי"ף כתב דנ"מ לדין שודא, וביאר הרא"ש דהיינו אם יצאו שני שטרות שוים וע"א מעיד שאחד השטרות פרוע אז יגבה הכל לשני.

ועי' בראשונים בשבועות מ"ב שגם לגבי טענת סטראי שמבואר שם בגמ' דמרענא לשטרא, היינו ג"כ שיש חיוב שבועה על השטר. ועי' בשו"ע סי' מג ס"ד דשטר שזמנו בשבת איתרע ומחייבים שבועה, וכתב הגר"א דמקורו מסוגיין, וחזינן דהוא כלל ששטר שאיתרע אין גובין בו בלא שבועה.

קכג) תיתי ותשב. עי' בר"ן ורא"ה שלמלוה יש זכות להשביע בעירו מדין עבד לזה לאיש מלוה. אך הרא"ש מעמיד הסוגיא באופן שהיתה דרכם לאותה עיר, ורק בכה"ג יכול לבקש שתשבוע שם, ועי' בריטב"א שדין עבד לזה מהני רק לתבוע היכן ידונו אך א"א לומר מכח זה היכן ישבעו.

קכד) בדין מחזי כשיקרא. עי' לעיל כ"א ב' בתוס' ריף ורא"ש ובש"ך סי' מו סקכ"ט. ועי' בריטב"א כאן שאם מחזי כשקרא בחתימת העדים, פסלינן אפי' דיעבד [ע"ש האופנים בזה] ועיין ש"ך סי' לט סקל"ח.

קכה) תוד"ה אלמא, כתבו דאם יש לה כתב שאם תשבוע תיפטר אינה נאמנת בלי עדים שנשבעה. ותלמידי ר' יונה בשטמ"ק חולקים ע"ז, דנאמנת היא לומר נשבעתי ואין חיוב שבועת היסת על שבועה. ובמהר"ם שיף כתב בדעת תוס' דהא דמבואר בב"מ יז דנאמן לומר נשבעתי היינו שנשבע בב"ד כשהיה הדו"ד ביניהם, אבל כאן שידוע ע"פ הך שטרא שלא נשבע אז, אינה נאמנת. ובהפלאה כתב דדעת תוס' דיש שבועת היסת על כפירת שבועה, [ועיין ברא"ש ב"מ יז שהביא פלוגתא בזה].

קכו) בדין שטר שנפרע שעבודו. עי' בשו"ע ונו"כ סי' מח שנחלקו אם גובה מבנ"ח ע"פ השטר, או דהשטר פסול לגמרי. וביסוד פסול השטר יש ב' ביאורים. א) דהוי חסרון בקול, שאין הקול יוצא בפעם השניה ויפסידו הלקוחות, ויתכן דמה"ט נפסל אפי' לגבות מבנ"ח דבטל מקצתו בטל כולו. [עי' בנתיב"מ סי' מח שמבאר כך]. ב) דכל דין עדות שבשטר התחדש בתורה רק על הפעם הראשונה שנותן את השטר, אבל אם נותנו שוב אין לזה את החדוש של שטרות ולכן לא מהני. [עי' באבי עזרי פ"ד ממלוה].

דף פה ע"ב

קכז) חדא דלא אמיד ועוד הא קא יהיב סימנא. עי' בתוס' שצריכים לב' הטעמים. והנה דעת הרשב"א בתוס', דהלא אמיד מפיק את ר' מיאשא, והסמנים מהני לומר ששייכים לתובע. ולפי התירוף הראשון כתב מהרש"א שצריכים את שני הטעמים דע"י טעם אחד חיישינן שזבנה. והביא שכי"ה ברא"ש. [ועי' ברא"ש בשם רבנו יונה דאם רגיל דעייל ונפיק מותר ליורשים להשתמש דכיון דבטלה טענתו שוב לא חיישינן כלל שאינו של אביהם. וכמו"כ אדם שלא אמיד שמת לא אמרינן שכל הממון שבידו יהא מונח, ורק ע"י התביעה בצירוף הלא אמיד מדעינן לחזקתיה]. והקשה הגרע"א דאם יש חשש זביני, מה מועילים הסימנים, הרי יודע אותם ע"י שמכר. ולכן מבאר הגרע"א דבלא אמיד לחודיה לא מהני, דשמא היתה של אביהם מעולם, דיש מתרושש והון רב. אבל ע"י הסמנים ידעינן שהתובע הוא המר"ק, וא"כ בעינן לטענת לקוח, וטענת לקוח לא טענינן היכא דהוא לא אמיד דא"י שכיח. וכן פי' הבית יעקב והוסיף דלפ"ז באומן שאין בו חשש לקוח מהני סימן לבד.

ומבואר מזה דסימן מהני להוציא ממון. ועי' בקצה"ח (רנט, ב' רצז א') שדעתו שאין סימן מועיל להוציא אפי' בלי מינו דלקוח, משום דדילמא אתרמי עוד חפץ עם סימן כזה, וע"ש שהוכיח כן מדברי תוס' ב"מ ע' ומדברי הריטב"א כאן, ועי' בריטב"א ובר"ן שמפרשים ע"פ הרי"ף דמירי כאן דאיכא עידי פקדון והסימן מהני רק שנאמר שזהו אותו חפץ, אבל סמנים להוציא לא מהני. [אולם בספר ראש לראובני סי' כד הביא דמפורש בריטב"א יבמות קטו דבסימן מובהק מוציאין ממון, ומה שהצריך עדי פקדון היינו משום דבלא"ה טענינן לקוח, ע"ש היטב].

ולדעת הרשב"א בתוס' ביאר הבית יעקב דסימנים אינם מועילים להוציא ממון, אלא דכיון שאין הממון בחזקת ר' מיאשא ממילא מועילים סימנים כמו באבידה.

ועי' בביאור הגר"א (סי' טו סק"כ) דמשמע שסימנים מועילים מדין אומד של הדיין.

קכח) לכאוי משמע בראשונים דבעינן טענה במטלטלין, [ונחלקו בזה הקצה"ח והנתיבות סי' קלג, ועי' רבנו יונה ב"ב כ"ח], דהרי התוס' כתבו דלא טענינן במילתא דלא שכיחא, ומשמע דבעינן טענה. אכן י"ל דשאני הכא שאינו אמיד

ובכח"ג צריך טענה, ע"י בזה בחי' ר' שלמה ס"י יז. וברא"ש מבואר דבלא אמיד מותר להשתמש אם אין תובע, ואע"פ שאין כאן טענה ולא טענין, וי"ל דכיון דאין מר"ק א"צ טענה. והרי אפי' בשדה אם אין מר"ק א"צ טענה [ע"י שו"ע ס"י קמו ס"ט, ובביאור הגר"א סק"כ].

קכט) תוד"ה חדא. הזכירו דנטעון מתנה ומציאה, ולא הזכירו לקוח. וע"י בש"ך וסמ"ע ס"י רצ"ז דמהני אפי' טענת לקוח בברי וצ"ת.

קל) בדין שודא. שיטת רש"י דנותן לפי אומדן הדעת, וכן דעת הרמב"ם (הלכות זכיה פ"ה ה"ו ופ"א ה"ג). ודעת תוס' ועוד ראשונים דעושה מה שירצה. וע"י תוס' קידושין עד א' דהטעם משום הפקר ב"ד הפקר. וע"י בשו"ת הרא"ש כלל קז דנתנו כח לדיין לשפוט ולעשות מה שירצה אף בלא טעם וראיה כדי לעשות שלום בעולם. ומשמע שם שכל דיני אומדנות הם מחמת האי טעמא - גם האומדנות של אומדן דעת הנותן - ולא מדין אגן סהדי. ומשמע שם ברא"ש דגם לרש"י זהו יסוד הדין, אלא שלמען השלום נתנו לו כח לעשות לפי דעתו. אולם יעוי' בביאור הגר"א ס"י טו שכתב דבזה"ל דלא אזלין בתר אומדן דעת הדיין [כמו שהובא באות קכא מדברי הגאונים] לא עבדין שודא לדעת רש"י. משמע דזה מדין אומדא.

וע"י בקה"י ברכות ס"י א' בשם בנו הגר"ח שליט"א שהביא דברי בעל העיטור בשם רב נחשון דבעשרה מקומות אמרו שודא דדייני, וקחשיב ביניהם הא דזמן המנחה בפלוגתא דר' יהודה ורבנן, דעביד כמר עביד ודעביד כמר עביד [ומובא בהגהמ"ר פ' מי שהיה נשוי].

קלא) הרי בא טוביה. כתב הרא"ש, והטור ס"י רג דאפי' אם יש טוביה אחר שראוי להסתפק בו אין ממתנין. וביאר הריב"ש (בשטמ"ק) דאין לנו לחוש שמא יהיה עוד תובע. והוסיף הריב"ש בשם אחר מחכמי הצרפתים דאפי' יתבעם האחר קודם שיפסק הדין, נותנים לראשון דסתמא דמילתא כיון שלא פירש, על התובע ראשון נתכוון, [לכא' צ"ע למה אי"ז תלוי בביררה].

ומשמע מדברי הריב"ש דלפירוש הראשון רק אחר הפס"ד אין השני יכול לתבוע, אבל קודם הפס"ד מקרי באו כאחד אבל אחר פס"ד כבר זכה ואין מוציאין מידו בלא ראיה ברורה [כמו שבקרקע אפי' אם ישב בה בלא טענה אי אפשר להוציאה מידי בלא טענה [ע"י שו"ע חו"מ ס"י קמו סעיף ט' ובגר"א שם].

והסמ"ע (ס"י רג סקס"ג) מבאר דכיון שבא פלוני ראשון תולים שבאמת הלה התכוון אליו, ולא חיישין לרמאי שירוצ' ראשון, דמירתת שמא יבא אחר ויברר שהיה קרוב אליו יותר ויוציאנה ממנו. ודימה זאת לדינא דכל דאלים גבר [ומבואר בסמ"ע דאם כבר זכה אחד ואח"כ התברר שהשני קרוב יותר - מוציאין מידו, ולא דמי לבא אחר בטענה גרידא].

קלב) ע"י ברמב"ן ור"ן שהקשו מתוספתא שהאומר תנו מאתים זוז ליוסף בן שמעון והיו שם שני יב"ש, אין דורשים לשון הדין לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב אלא שניהם חולקים בשוה. ומבואר דלא אזלין בתר אומדנא. ותירצו דהתם מיירי במלוה או בפקדון דלא שייך שם הסברא של קירוב דעת, דהרי יתכן שלוה ממי שאינו קרוב אליו.

וכתב הסמ"ע סקס"ז דמ"מ אם קדם אחד ותבע גם בזה הדין דנותנים לראשון, דמדקדם לתבוע ש"מ דהוי ידידה. וכסברא דלעיל. [ד"ק לגבי שכן קרוב ות"ח אין עדיפות במלוה ופקדון]. אכן ה"ט"ז חולק, דבמלוה ופקדון אין המלוה האמיתי מקדים לבוא, דאינו חושש שיבוא אחר בשקר ויקדמנו. משא"כ במתנה חושש שיבוא אחר שיסבור בטענת שהתכוונו אליו.

[וע"י בש"ך מה שתיירץ, וע"י בפ"ת סקכ"ד משה"ק ע"ז בספר כתונת פסים].

קלג) עיין בש"ך (רג לט) שהקשה דבשני טוביה איך מוציאים מהירשים, הרי יוכלו לדחות כ"א וזיל הכא קמדחי ליה וזיל הכא קמדחי ליה. [ודין שודא הוא בין התובעים, אבל אי"ז מחייב את הירשים] ותיירץ הש"ך דמיירי שאין יורשים, או שהירשים רוצים לקיים וליתן, או בשכתבו שני הטוביה הרשאה.

והנה הש"ך נוקט שם שבין במלוה ובין במתנה הדין כך שיכולין יורשים לדחותו. אכן הביא שהריטב"א בב"ב מחלק דבמתנה א"א לדחות דהוי כשותף, וע"י בנתיב"מ שם ובס"י עו.

קלד) ת"ח קודם. פרש"י משום דמסתמא רוצה לקיים מצוה לתת לת"ח. ובטור ס"י רג כתב הטעם משום דמסתמא דעתו קרובה יותר אצל ת"ח. ולפ"ז כתב דאם ידוע שהיתה דעתו קרובה יותר לקרוב, הקרוב קודם. ובבאר הגולה כתב דלסברת רש"י גם בכה"ג הת"ח קודם. [וע"י בתלמיד רבנו יונה בשטמ"ק דמשמע מדבריהם כדעת הטור].

קלה) כתב הגרע"א בגליון שו"ע ס"י רג בשם הר"ן (בתשובה ס"י עה) דאם יש עד שהמצווה כיון לזה אף אם העד קרוב, אם אינו נוגע, הדברים מראים שכן הוא וזוכה מדין שודא. [וצ"ע דהר"ן סובר ששודא תלויה ברצון הדיין ולא באומדנא.

וי"ל. ועוד צ"ע במש"כ הגרע"א דאף קרוב כשר, דע"ש בתשובת הר"ן דמיירי שהיה קרוב לנותן ולא למקבל, ודימה זאת הר"ן לב"ב כ"ט א' בנקיטא אגר ביתר בידיהו ע"ש. וא"כ משמע דבאמת אין בזה פסול קרוב, ואם הוא פסול משום קורבא באמת לא מהני עדותו וצ"ע].

קלו) בדין מכירת שטרות, מצינו כמה שיטות בראשונים מדוע מהני המחילה. (א) שיטת הר"ף [כפי שביארוהו הראשונים - אך ע"י בש"ך ס"י א' שמבארו כר"ת] ותוס', והרמב"ם פ"ו ממכירה דכיון שמכירת שטרות דרבנן משו"ה מהני מחילה, ולשון ריטב"א "ואתא מחילה דאורייתא ומפקע מכירה דרבנן". והדברים צ"ב מ"ש מכל קנין דרבנן דא"א לבטלו או לחזור בו. והגרע"א ב"מ כ' הביא מדברי הר"ן פ"ו דגיטין דקטן הזוכה לאחרים מדרבנן הוי ממונא דגדול כאילו זכה בו מדאורייתא, ואף דמוכר שט"ח וחזר ומכרו מחול כיון דמכירת שטרות דרבנן, היינו דהם אמרו והם אמרו מיד דיכול למחול. והגרע"א רצה לחלק דרך בשטרות שמדאורייתא אין שום קנין נתפס בהם כיון דהוי מילי, ורק רבנן תקנו דמהני קנין, ובזה הוי קנין גרוע ויכול למחול [אך מדברי הר"ן הנ"ל הוכיח דליתא לחילוק זה, אלא דהם אמרו והם אמרו]. וע"ע משכ"ב הקו"ש ב"ב אות תקטו.

והטעם דלא מהני מכירה מדאורייתא, ע"י בתוס' ב"ב עו: דהטעם משום אינו ברשותו ואינו שלו, וכמו שאין יכול למכור את הקרקעות המשועבדות. ובקו"ש (ב"ב אות תקיד) וכן באמרי בינה (דיני הלואה ס"י סג אות יט) הוכיחו מדברי הרא"ש פ' גט פשוט שכתב דהמוכר שטר של מכירת קרקע הוי רק דרבנן, ושם לא שייך דך טעמא, ובע"כ הטעם לדעת הרא"ש דדבר שאין גופו ממון אינו נקנה [פירוש שהמכירה מתייחסת לשטר ולא לקרקע, והשטר אין גופו ממון], וכך הם דברי הגרע"א הנ"ל בב"מ דף כ' שהגדיר דהשטר הוי מילי. [וכלשון הגמ' ב"ב ע"ה לגבי הא דבעינן כומ"ס]. [ולענ"ד עדיין דברי הרא"ש צ"ע, דבפרק בספינה מבואר ברא"ש דהטעם שלא מהני מכירת שטרות כשיש ללוה קרקע הוא מפני שאין הקרקע ברשותו למכור, וכדברי התוס' הנ"ל. ובמק"א הארכנו דחלוקה מכירת שטר הלואה שהיא כקנין שטר על ההלואה -

שעדיין הלוה בע"ד והוא המחויב ומש"ה מהני השטר שעל שמו - ממכירת שטר מכירה ששם אין המוכר בע"ד ומהני רק מדין "מכירת השטר".

עוד כתב הקו"ש לבאר בדעת הרא"ש שהטעם הוא משום שאין "מעשה קנין" שבו אפשר להקנות שטר, וכבר כתב כן הגר"ח בספרו בהלכות מכירה (פכ"ב) ומדייק כן מהרמב"ם שכתב ד"מן התורה אין הראיות נקנות ע"ש. קל"ז) ב) שיטת ר"ת [מובאת בראשונים כאן, ונרמזה בתוס' ב"ב עז] דשני שעבודים יש, שעבוד הגוף ושעבוד הנכסים, ושעבוד הנכסים ישנו במכירה אבל שעבוד הגוף אינו נמכר, והנה שעבוד הגוף הוא עיקר החיוב ושעבוד הנכסים הוא בגדר ערב, ומש"ה כיון שיכול למחול על שעבוד הגוף [שנשאר של המוכר, שהרי אינו בר מכירה] ממילא פקע שעבוד הנכסים דאם ליכא ליה ליכא ערב.

ובפשטות כוונת ר"ת דהמכירה חלה רק על השעבוד קרקעות וכן משמע בדברי רבנו חיים שבתוס' ב"מ נו: , וכן משמע מהתוס' ב"ב עז. שמקנה לו שעבוד הקרקעות בשטר. וכן נקט האו"ש פ"ו ממכירה. ועיין בריטב"א הישנים סוף הזהב שכתב כן. וע"ש שדן איך הדין במחל הלוקח את השטר, והביא ששמע שיוכל המוכר לגבות את החוב דהו"ל כמלוה ע"פ. [והיינו שהמחילה חלה רק על השעבוד קרקעות שאותם קנה]. והריטב"א חולק ומבאר דודאי דעת המוכר להקנות גם את שעבוד הגוף, וא"כ נהי דא"א להקנות בפועל, מ"מ הו"ל כתב הרשאה שיגבה הלוקח את החוב לעצמו, וממילא מכח זה יש לו גם זכות למחול ולומר כאילו התקבלתי, והביא ראיה לזה דהרי זה פשוט שגם אם יפרע הלוה ללוקח מעות הוי פירעון, והוא מטעם הנ"ל דהו"ל כמורשה. [וע"ע באמרי בינה דינה הלואה סי' ס"ג שהאריך בדברי הריטב"א הנ"ל]. אכן שמעתי מהגר"ג אדלשטיין שליט"א להוכיח מתוס' הרא"ש כאן שאינו מפרש כך. דעי' בדבריו שהקשה איך מהני מכירת שטר, בשלמא כשיש לו קרקעות מוכר את השעבוד שיש לו עליו. אבל כשאין לו קרקע מה מוכר, ואם המכר קיים מדאורייתא איך יכול למחול, ואח"כ הביא את דברי ר"ת, ומשמע דדברי ר"ת א"ש גם באופן זה שאין לו כלל קרקעות ודו"ק.

וביאר הדברים, עי' בחי' ר' ראובן ב"ב סי' יט, דיש למלוה בלוה [מלבד השעבוד קרקעות] זכות ממון, שהרי המקדש במלוה ע"פ הרי זו מקודשת [עי' קידושין מ"ז]. ועוד איכא חוב ומצוה לפרוע כמו כל המצוות, והשתא א"ש דיכול למכור רק את הזכות ממון, אבל את המצוה שצריך לפרוע לו א"א למוכרה, וכל שמחל עליה ממילא פקע השעבוד. [וע"ש שהוא נקט כן אף לדברי התוס' בב"ב שמשמע דמדאורייתא המכירה חלה רק על השעבוד קרקעות, דמ"מ מדרבנן הרי מהני המכירה אף כשאין לו קרקע, ובע"כ ההסבר כנ"ל].

דף פה ע"ב

עוד דרך מצינו באו"ש פ"ו ממכירה, עפ"משי"כ הרא"ש בפרק גט פשוט דמכירה שטרות מועלת רק בשטר קנין ולא בשטר ראיה, ודלא כרמב"ן. [וכבר נתקשו האחרונים איך מהני מכירת שטרות לפ"ז, והרא"ש עצמו עמד שם בזה ודבריו סתומים, עי' בקצה"ח (סי' כ) דכל שטר הלואה הוי שטר הקנאה, דהגם דשעבודא דאורייתא, מ"מ השטר משעבד עוד פעם את הנכסים. והנתיבות (סקכ"ג) כתב דרבנן הפקיעו את השעבוד נכסים ורק השטר משעבד. ועי' באבי עזרי פ"ו ממכירה שמבאר באופן אחר. ועפ"ז י"ל דרק לגבי השעבוד נכסים הוי שטר מכר ולא לגבי השעבוד הגוף, דהרי השעבוד הגוף חל אף במלוה ע"פ, והשטר הוי רק ראיה לזה ומש"ה לא מהני המכירה על שעבוד הגוף.

קל"ח) ג) הראב"ד בהשגות פ"ו ממכירה כתב דהא דמהני המחילה "מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי". והוסיף הראב"ד דלפ"ז "אם כתב בשטר הריני משועבד לך ולכל הבאים מכתך אינו יכול למחול משמכר שטר חובר".

ובביאור שיטת הראב"ד, עי' בלח"מ דמשמע שסובר כר"ת. וכ"כ בכתבי הגר"ח כאן בביאור הראשון. אכן בקצה"ח (סי' סו סקכ"ו) משמע דלראב"ד שיטה אחרת. ועיין בגר"ח הנ"ל בביאור השני וז"ל דהנה כשמוכר המלוה השעבוד אין השעבוד נשתנה בזה המכירה, שמקודם היה של המלוה ושתנה ויהיה שעבוד של הלוקח. אלא דעל השעבוד שישנו למלוה על הלוה חל קנין הלוקח שהוא קנוי לו עתה לגבותו והשעבוד גם עכשיו למלוה, ולכן יכול למחול. וכן ביאר ר' ראובן (ב"ב סי' יט) [ולעיל הבאנו שכתב שגם בד' ר"ת צ"ל כן], והוסיף דיותר מזה מצאנו ברמב"ן כאן שיש סוברים שגם קודם שמחל אין יכול הקונה לתבוע אלא שתובע את המוכר שיתבע עבורו, או שיכתוב לו שטר הרשאה. [ובקצה"ח סי' כ"ו הביא שכ"ה דעת הראב"ד, מובא בבעה"ת, וכן הביא הריטב"א קידושין מ"ז בשמן]. ואפי' לרמב"ן ורשב"א שסוברים שיכול הלוקח לתבוע, היינו משום שמכח המוכר הוא גובה דאפוכי מטרתא למה לי, אבל כשמחל א"א לגבות. [וכן מוכח מתשובות הרשב"א (ה"ה סי' קז) שסובר כראב"ד אע"פ שסובר דיכול לתבוע]. ובמש"כ הראב"ד דבכתב לכל מאן דאתי מחמתך יכול לתבוע, כתב הכס"מ דבזה יודה גם הרמב"ם, וצ"ב דלכא"פ פשוט כדבריו [וכמש"כ התומים והנתיבות ר"ס ס"ו דבשטר מוכ"ז מהני המכירה מדאורייתא]. ולמה כתב הראב"ד דכל דין זה רק לשטתו.

וביאר ר' ראובן, שכאשר כותב שטר מוכ"ז באמת יודה הרמב"ם, אבל הראב"ד מיייר כשכותב לכל מאן דאתי מחמתך, ובכה"ג משתעבד לכולם רק את המצוה, אבל הזכות ממון משתעבד אך ורק למלוה, וצריך למכור זכות זו, וכיון שהמכירה מדרבנן [לדעת הרמב"ם] יכול למחול.

ועיין ברא"ש כאן סי' י' שהאריך לחלוק על הראב"ד שאף בשטר שכתב בו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ומכרו, יכול למחול. והובאו שתי הדעות בשו"ע (סי' ס"ו סכ"ו) וע"ש בש"ך שהאריך בזה.

קלט) ד) הרי"ח [ומובא ברי"ף] מפרש דהטעם שיכול למחול משום דיכול למימר עיינית בחושבני ולא פש לי גביה ולא מידי. א"י איסתפקא לי מילתא אי פריע אי לא פריע. והקשה הרי"ף דא"כ אף המכנסת שט"ח לבעלה תוכל למחול. ועי' ברמב"ן שמפרש דביאור דברי הרי"ח דמחמת שיכול לומר שהשטר פרוע אין כאן מכירה גמורה ומש"ה יכול למחול. [ומיושב הקושיא ממכנסת שט"ח לבעלה. וכן הקושיא משכ"מ]. אמנם הקשה הרמב"ן מדוע נאמן לומר שהשטר פרוע הרי הוי הודאת בע"ד במקום שחב לאחרים. [אלא דאליבא דאמת נאמן ע"ז במיגו דמחילה, ועיין בשך סי' נ"ב].

קמ) בדין אונאה בשטרות, עי' מה שתירצו התוס', ועיין בנתיב"מ (סי' א') בביאור דברי התוס', ושהתוס' פליגי על הריטב"א הסובר דמ"מ חייב להראות את השטר לצורך עדות למלוה, והתוס' ס"ל דמזכויותיו של בעל השטר שלא להראות אותו. וע"ע בתוס' ב"מ נו: ובמהר"ם שיף שם, ובאמרי בינה דיני הלואה סי' ס"ג, ובחי' ר' ראובן ב"ב סי' יח. קמא) מכנסת שט"ח לבעלה. עי' ריטב"א דלר"ת זוכה הבעל גם בשעבוד הגוף. ולדעת הרי"ף כתב הריטב"א דצ"ל דאע"פ שגם כאן המכירה חלה מדרבנן מ"מ אלמוה לשעבודיה והפקר ב"ד הפקר שלא יוכל למחול.



ובאבן האזל (פ"ו ממכירה) הקשה לפי שיטת הראב"ד דהטעם דמועלת המחילה משום שיאמר לאו בע"ד ידידי את, א"כ מאי שנא המכנסת ולכאוי צ"ל דכאן תקנו שיהא כאילו החוב שלו. (קמב) בדין מכנסת, ע"י בשו"ע סי' ס"ב וסכ"ח, דא"צ כומ"ס, אלא ע"י עצם הנשואין נקנה לבעל. ובבעה"ת שער נא הביא בזה שתי דעות, ד"א דבעינן כומ"ס.

ועיין במהרש"ל שעמד על לשון הגמ' ידו עדיפא מידה כדעת רבא בריש פרקין, וע"ש שמבאר דכאן יסוד הסברה ששניהם הוו כאדם אחד ולא מהני מחילתה בלי מחילתו [אבל הטעם דידו עדיפא מידה לא מהני דלא גרע מאילו מכרה לאחרים דלית לה יד כלל ואפ"ה יכולה למחול]. ולפ"ז מחדש דה"ה דהבעל אינו יכול למחול בלעד"ה. [וצ"ב אם זה מתאים לדברי הריטב"א אות קמא].

וע"ע בנתיבות (ס"ו חידושים ס"ק ס"ט), ובאבני"מ (צ"א א') דכל דין מכנסת הוא רק בנכסים שאינה יכולה למכרם. אבל נכסים שיכולה למכור שפיר מהני מחילתה, ועפ"ז מישב האבני"מ את קושית תוס' ד"ה מפני ע"ש.

קמג) קריביתיה דרב נחמן ובינתא לכתובתה וכו'. אתו תבעו לה לברתה. ע"י ברש"י שמפרש שהיא רצתה לגבות הכתובה מאביה ואלו באין ליטול אותה הימנה. והרמב"ן הביא ד"מ דמכאן מוכח דהמוכר שט"ח לחבירו יכול לומר לו לאו בע"ד ידידי את, וצריך לתבוע מכח המוכר. והרמב"ן פליג ע"ז. וע"י משכ"ב אות קלח. וע"י בריטב"א קידושין מ"ז כ'. והריטב"א מבאר דהקרקע המשועבדת לכתובה ושהיתה ברשות האם נפלה עתה לבת, ובאו הם לגבות מן הבת את הקרקע, ולכן תביעתם מתיחסת אל הבת.

והרא"ש כתב [וכ"כ הרשב"א בשטמ"ק בשם הר"ז] דמירי שגם האב מת ומש"ה באו לתבוע אותה, דהיא יורשת הן של אביה והן של אימה, ור"נ אסבה עצה שתמחול לעצמה, ואשכחן מחילה לעצמו במסכת ב"ק ק"ט א' דהיורש חיוב השבת גזילה [שגזל מאביו] יכול למחול לעצמו. [וכ"כ התוס' לעיל פ"א ב'].

אולם הריב"ש בשטמ"ק כתב דאין לפרש כך, דאיך היתה יכולה למחול לעצמה, ועיין גם ברמב"ן בספר הזכות פ"א ב' וישמא מכאן נלמד שאין היורש מוחל לעצמו לפי שכבר נשתעבדו נכסיו בין מדאורייתא בין מדרבנן ואין מחילתו להיפטר מן השעבוד שלו כלום, וש"מ שהאלמנה שמכרה כתובה ומתה אין בנה שירש נכסי אביו מוחל לעצמו". ולשון הריטב"א דף פ"א בשם הרמב"ן: שאין מחילה אלא ממוחל לנמחל.

וביאר המחלוקת כתב הקוב"ש (קידושין אות קכג) דפליגי אם מחילה היא הקנאה או סילוק. (ועיין מש"כ בפרק האשה שנפלו אות קיח). והובאו שתי הדעות בשו"ע סי' סו סכ"ג. וע"ע בחי' הגרש"ש סי' מז בזה.

קמז) ובדברי הרא"ש יש חידוש גדול. דהנה יעוי' בר"ן שהקשה על שיטת ר"ת למה כשמת לזה גובים כהיורשים את החוב, והרי ליכא כבר שעבוד הגוף שכבר מת הלוה, ואם ליכא לזה ליכא ערב.

ותירץ הר"ן שיעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא ימצא הלוה שירד לנכסיו ויפרע מהם. אבל כ"ז שפקע מחמת המלוה אף שעבודא של נכסים נפקע". וביאר הקצה"ח (ס"ו כ"ו) דהוי כעין ערב ממש, וכמו שבערב אם הלך למדינת הים או מת ולא הניח כלום חייב לשלם, דעל זה גופא נהיה ערב שישלם תחת הלוה במקרים אלו. ה"נ בנכסיהו דבר איניש. אלא דאם נפרע או שהיתה מחילה כפירעון אז הוא דנפטר הערב. וע"ע ברשב"א ב"ב קמ"ז ב' בקושיתו על ר"ת שהזכיר בתו"ד סברא זו דכאן דמי למי שהלך למדנה"י, [וע"ש שהאריך להקשות על ר"ת ודבריו צ"ב רב ואכמ"ל].

והתומים (סקמ"ג) כתב דדברי הר"ן אינם מובנים, ומפרש דהא דגובים מיורשים היינו מפני שכאשר מוריש האב נכסים משתעבדים היורשים גם בשעבוד הגוף, דיש ירושה על שעבוד הגוף כנגד הנכסים [וע"י במלואי חושן על הקצה"ח שם שציין בזה כמה ראשונים דמשמע שיש ליורשים שעבוד הגוף, ומהם - הרא"ש בפ"ק דב"ק דף ט' דכיון דכרעא דאבוא גובין החוב מהיורשים שוה בשוה ולא כמו לקוחות. וכן תוס' הרא"ש להלן פ"ו א' ועוד הרבה ראשונים ע"ש. ויש להוסיף עוד מדברי הרשב"א גיטין מ"ט ב', דלחד שיטה אם היה ליורשים קרקע ויכולין לסלקו בזבורית - גם מערב קבלן גובין מזבורית. ואם אין להם קרקע גובין מהערב בבינונית. ובשם הרמב"ן כתב דהקבלן עצמו משלם תמיד בבינונית, ומ"מ אם רצו היתומים לסלקו בזבורית חייב לקבל מהם כשם שחייב לקבל מן הערב. [ונידון זה ישנו גם בבעה"ת שצינו במלואי חושן שם].

והשתא כשנבוא לדון אם מהני מחילה באופן שמת הלוה, הרי דין זה תלוי בפלוגת הר"ן והתומים, דלהר"ן דליכא בכה"ג שעבוד הגוף אין למלוה על מה למחול. [ומ"מ חייב לשלם דאדעתא דהכי נהיה ערב וכדלעיל, אבל למחילה אין כל משמעות] משא"כ לדעת התומים יכול למחול, דהרי יש שעבוד הגוף על היורשים.

ומדברי הרא"ש הנ"ל מוכח דיכול למחול, דהרי מעמיד הסוגיא כשמת האב ומ"מ מבואר בגמ' דמהני מחילה, וכבר עמד בזה האו"ש פ"ו ממכירה והוכיח מדברי הרא"ש כהתומים. [וכבר צוין לעיל עוד מקורות מדברי הרא"ש דמשמע כהתומים]. ובמלואי חושן ציין לדברי האבני"מ (לי"ח י') שמוכח מסוגין דאפשר למחול למת ולפ"ז א"ש אף בלא דברי התומים, דמוחל למת עצמו.

[ולענין גר שמכר שט"ח ומת, ע"י בשו"ע סי' ס"ו סל"ז דפקע השעבוד והשי"ך שם הביא דעת הריטב"א דלא פקע השעבוד דהו"ל כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך, וע"ש בקצה"ח סקמ"א משכ"ב].

דף פו ע"א

קמא) תיזיל ותמחול לכתובתה וכו'. ולהלן מבואר בגמ' דהמוחל משלם דמי שטרא מעליא [למאן דדאין דד"ג] והקשו הראשונים א"כ מה הרויחה. ונקדים השיטות בענין התשלומין על המחילה. והנה יעוי' בתוס' ובשאר ראשונים שדנו אם מאן דמחייב דמי שטרא מעליא היינו דמים שנתנו לה על כתובתה ולא כל כתובתה. או שמשלמים דמי כל הכתובה. והנה לשיטות דמשלמים דמי כל הכתובה מבואר ברמב"ן דאין הכוונה לסכום הנקוב בשטר, אלא כפי שוויו בזמן המחילה, [ותלוי אם ללוה מצוי כסף לפירעון ואם הוא גברא אלימא וכו']. ולכאוי כשיטה זו מסתבר מאד, דהרי זה הסכום שהזיק ע"י מחילתו, וצ"ב לשיטה השניה שמשלם רק בסכום של המכירה מאי טעמא.

[ועיין בהגהות הגר"א על הרמב"ן ב"מ י"ט שמבאר דיש ספק אם היה דעתו מלכתחילה למחול - ואז הוי מק"ט ומשלם רק לפי דמי המקח, או דהתחדש כעת שרוצה למחול ומשלם כדהשתא, ומחמת הספק גובה התשלום הפחות שבהם. אולם כתב בעצמו שדבריו לא א"ש בדעת ר"י שכתב כן בכל שטר - אף באופן שמודה שרק כעת החליט למחול].

ובתומים (פ"ו נח) כתב בזה עפ"ד הרא"ש בב"מ בשם ר"ש גאון דאיהו [כלומר הלוקח] דאפסיד אנפשיה וזביני ריעי נינהו, [ובפשטות זהו טעם להא דאין חיוב אחריות, אך התומים נקט דזה טעם לפטור ממזיק]. אלא דצ"ב דודאי המעשה היזק נעשה ע"י המוחל ומה בכך שהלה הכניס מעותיו לבית הספק, ועוד צ"ב למה את דמי המקח חייב לשלם. והתעוררתי

לבאר ע"פ סברת החמד"ש כאן, דיש סברא לפטור מתשלומין כיון שהוא עושה בשלו וממילא הלה מפסיד. ועי' בקוב"ש ב"ב אות תקי"ט שהקשה למה אי"ז מזיק ממש [בשלמא שורף שט"ח אינו מזיק דהחוב עדיין בתקפו ורק דליכא ראייה לגבות על פיה. אבל כאן הרי מפקיע את החוב]. ותירץ עפ"ד ר"ת שהוא מוחל שעבוד הגוף ידידה וממילא הלה מפסיד, [ועוד תירץ דכיון דאין ללוקח דבר בעין אלא שעבוד, הזקת שעבוד נקראת גרמי. ועיין בקצה"ח (כ"ה ב') שהביא דברי הרמב"ן במלחמות (סנהדרין י' ב' בדפי הרי"ף) שהוכיח מסוגין דמזיק בדיבור הוי רק גרמי. אבל בשם הרא"ש הביא דהוי מזיק גמור. והקצה"ח ר"ל דלפי הרא"ש באמת מוחל שט"ח חייב לכו"ע, ומאי דאמרין כאן מאן דדאין דד"ג מגבי ביה - היינו משום דעיקר המימרא קאי על שורף ושם הוי דד"ג, אבל כאן חייב לכו"ע, אכן הביא שבתוס' ב"ק פ"ט א' מבואר דאף דינא דמוחל תליא בפלוגתא דד"ג].

ועי' בראב"ד בהשגות על הרי"ף שכתב דהמוחל שמתכוון להנאותו אינו חייב משום מזיק דאין לו שם מזיק [אך באמת הראב"ד אתי עלה מטעם אחר - דגרמי דרבנן ולא חייבוהו בעושה להנאת עצמו כמו בהיזק שאינו ניכר].

ועפ"ז י"ל דכיון דבעצם הוא עושה בשלו, אי"כ כל השם מזיק רק עד כמה שההוא לא אזיק אנפשיה אבל במה שאיהו אזיק אנפשיה והסכים לסכן עצמו אין לו תורת מזיק. מיהו כנגד הכסף ששילם והוציא הוצאות בפועל יש לו תורת מזיק. עוד כתב התומים דכיון דגרמי הוא קנסא, לא קנסוהו אלא כנגד מה שהלה הוציא, ולא כנגד רווחים שרצה להרויח. ולכאורה זו גם סברת הראב"ד בהשגות על הרי"ף ע"ש. [וכן כתב הקוב"ש שם אות תקכ].

קמו) ולענין מחילה באופן שנתן את השטר במתנה. דעת הש"ך (סי' ס"ו ס"ק קיז) דלשיטת שמשלם רק את מה שהלוקח שלם - אי"כ במתנה שלא שילם עבור המקח כלום אי"כ לשלם מדינא דגרמי. ומדייק כן מדברי הריטב"א [שכתב דכיון דמשלם הכל - משו"ה גם במתנה משלם, משמע דלהחולקים אינו משלם]. אמנם דעת הסמ"ע דבמתנה משלם הכל דיכול הלוקח לומר דהמתנה ניתנה עבור הנאות שעשיתי לו בשווי כל השטר. והגר"א ס"ק קמו כתב: ודברי הסמ"ע תמוהין מאד שלפי דבריו הנותן מתנה לחבירו ונתבטלה מתנה יהא חייב לשלם לו והם זרים מאד ועי' סי' רמ"א ס"ט ויחזיר כו' וש"מ. עכ"ל. [שם בס"י רמ"א מייירי בנותן מתנה על תנאי ונתבטלה המתנה דיחזיר הפירות].

ולכא"ז צ"ל בדעת הסמ"ע דנהי דלא חשיב ההנאה כתשלום גמור עבור המקח, מ"מ זה עושה להיזק תורת מזיק, דנחשב שהמקבל השקיע במתנה את ההנאות, וממילא מאחר ויש ע"ז שם מזיק שום חייב מדד"ג. [והגר"א למד דדבר שאינו ניתן במפורש עבור הקנין לא נחשב ע"י כהיזק].

קמו) ועי' בריא"ז [וכן הובאה דעה כזו ברמב"ן] דרק המוכר חייב לשלם, אבל אם יורש מוחל פטור מלשלם, והרמב"ן הקשה דאי"כ כשמשלם ישלם רק כפי דמי הקנין ולשון הגמ' משמע דמשלם כדמי החוב. וכנראה לדעת הרי"א אה"נ דמשלם רק כדמי הקנין וכשיטת ר"י בתוס'. ומתליית הרמב"ן להנך תרי דינים [דרק המוכר משלם - וסכום התשלום] נראה דההיזק הוא ע"י צירוף הדברים, היינו דהמחילה מצד עצמה אינו מזיק [וכסברא דלעיל] ורק מטעם דנטל הכסף ומוחל הוי כמזיק הכסף שנטל ומשליכו לאיבוד, ולכן חייב לשלם. [ולשיטה זו פשיטא דבמתנה פטור אף לדעת הסמ"ע].

קמח) ולענין שורף שטר של חבירו, לכא"ז תלוי ג"כ בפלוגתא דלעיל כמה ישלם. אכן יעוי' במהר"ם לובלין ב"ב קמז, שמדייק מדברי הרא"ש שהגם שבמוחל משלם כפי התשלום של הקניה. מ"מ בשורף חייב הכל. ובאמת שכן הוא מוכרח, שהרי בשורף מייירי בששרף למלוה ואין כאן מכירה. [וכן איתא בסמ"ג עשה ע' ובאו"ז ב"ק].

והסברא בזה ראיתי שביארו דכששורף שטר □ של חבירו □ יש לו שם מזיק על הכל, משא"כ כאן שמוחל בשל עצמו, ועדיין צ"ב לפי ההסבר של התומים דלא קנסו אלא כנגד ההפסד של ההוא, וי"ל דהמלוה הרי הפסיד בכך □ שהלוה □ ונמצא דיש לו את הפסד כל הדמים, וזה מתרץ גם לשאר ההסברים, דכאן לעולם מקרי כנגד מעותיו.

ועיין במהר"ם שם שמדייק מלשון הטור דהשורף אינו משלם רק כפי שווי החוב לגוביינא, אלא כפי הסכום הנקוב בשטר, וביארו בזה, דשם לא נפקע כלל החוב ורק הראיה התבטלה. וא"כ דנים על ההיזק לא רק בשעת השריפה אלא בזמן הפירעון שאז הוא נחשב כמוזק ע"י השריפה שקודם ומשו"ה משלם מלא המחיר. משא"כ במחילה שפקע החוב בזמן שהוא שוה מעט.

קמט) הראשונים (תוס' הרא"ש, תוס' שאנץ, והנמוק"י בב"ק פ' הגוזל) הביאו שיטת ר"ת לחלק בין כתובה שאין עומדת ליגבות - דשמא תמות היא בחייו - לשאר חובות דעומדים ליגבות דבזה המוחל חייב. ובזה תירץ קושית התוס' בסוגיין, דכאן אם תמחול פטורה דהרי מייירי בכתובה. והקשה תוס' הרא"ש ותוס' שאנץ דהרי כאן בשעת המחילה כבר הגיע זמן הפירעון [דהרי כבר איגרשא אימה] וא"כ דמיא הכתובה לשאר חובות. ובדעת ר"ת חזינן דאי"ז תלוי בשעת המחילה, אלא בשעת המכירה של השטר, וא"ש לפמ"ש"כ דדמי המכירה הם סיבת ההפסד [בין לפי ההסבר דחסר בשם מזיק, ובין לפי ההסבר דההיזק בצירוף המכירה והמחילה] ולכן באופן שבשעת התשלום אין כל ודאות שיקבל את דמי המכר חזרה הרי הניח מעותיו על קרן הצבי ואין חיוב לשלם כשמוחלין ע"ז.

קנ) עי' במהרש"א ומהר"ם ב"ב קמ"ז, דמבארים שהספק של הראשונים אינו כמו שפירשנו לעיל אם משלם "דמי המקח" או כשווי בשעת המחילה. אלא הנידון אם משלם כשעת המחילה - או כל הסכום הנקוב בשטר ע"ש. ועי' בתומים (סו נח) שהשיג עליהם מדברי הראשונים.

קנא) ונחזור לסוגיין דהראשונים הקשו מה תרויח במחילה. והתוס' תירצו דנ"מ שמאביה תקבל כל סכום ההלואה ולשלם משלמת רק דמי המקח. [ועי' בתלמידי רבינו יונה שאין לתרץ דהנ"מ בין שווי הכתובה היום לסכום הנקוב בכתובה, דכיון שכבר הגיע זמן הפירעון אין הפרש גדול במחיר ולא מסתבר שע"ז דן ר"נ].

עוד תירצו תוס' דמייירי בקטנה. [ועיין בתוס' ב"ב שהקשו איך יעץ ר"פ להפסיד ללוקח. ותירצו דאין מפסיד כ"כ שמשלמת לו דמי המקח. והקשה התומים (סקנ"ח) דהרי קטנה פטורה אף מדמי המקח, ע"ש].

והריא"ז מתרץ דרק המוכר חייב מדד"ג ולא היורש, עי' אות קמז. ובראב"ד תירץ עוד דכיון שעושה כן להנאתה אין לזה שם מזיק. ובתוס' רי"ד כתב דלא היה לבת נכסים לפרוע מהם ע"ש.

קנב) אי פיקח הוא מקרקש ליה זוזי וכתב ליה שטרא בשמיה. עי' בריטב"א דהשטר הנוסף הוא התחייבות לפרוע את החוב הלזה אף אם ימחלנו. ומ"מ אם מוחל אינו גובה ממשעבדי אלא מזמנו של השטר השני. ועי' בפ"ת (ס"ו יז) בשם תשובת נאות דשא שביאר הענין באריכות.

קנג) מאן דלא דאין לא מגבי ביה אלא דמי ניירא. עי' ברש"י שהנייר נשאר ביד הלוקח. אמנם הרא"ש הביא בשם חכמי פרויבנצא דחייב להחזיר את השטר ללוה, דהרי הלוה נותן פשיטי דספרי. וממילא חייב המוחל לשלם עבור הנייר. והר"ן

כתב דהגם דמחזיר את הנייר, מ"מ א"צ המוחל לשלם ע"ז, דגם זה תלוי בדד"ג. [לכאוי הפלוגתא תלויה במשנ"ת לעיל אות קמה, אם הטעם דהוי דד"ג משום מזיק שעבודו, או מטעם דהוי ע"י דיבור ודו"ק]. והרשב"א סובר דא"צ להחזיר את הנייר ויכול להשאירו בידו, עד שיפרע החוב, וטעם הדבר, בתחילה כתב הרשב"א משום דהוי משכון על החוב, וא"א למחול כנגדו. ושוב הקשה דא"כ לא תשמט שביעית מלוה בשטר לרשב"ג (ב"מ מ"ח ב') דאם יש משכון כנגד מקצת החוב אין שביעית משמטת. ולכן כתב דא"י משכון גמור אלא רק זכות עכוב שלא יחזיר עד שיפרע החוב. [נראה דזה כעין סברת הגרע"א והנתיבות - אות קו - ועיין דבר אברהם סי' יט]. ועיין בקצה"ח סי' ס"ו סקכ"ז שהאר"ך טובא בפלוגתא זו, וכתב בדעת הרמב"ן דהשטר הוא מתנה ע"מ להחזיר. [ועיין בקצה"ח ובקה"י גיטין סי' י"ד שהנידון תלוי אם בדין ספר המקנה צריך להקנות השטר לקונה או דרך צריך שיהיה של המקנה. ולכאוי מלשונות הראשונים לא נראה כך אלא דסגי שישאר של המקנה ורק דנו דלשטר יש גדר משכון]. והדברים ארוכים.

קנה) אמר אמירם האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה ובע"ח וכו'. מבואר בגמ' שני אופנים, באופן שיש מעות וקרקע, גובה הבע"ח קרקע. וכשיש רק קרקע כשעור פירעון לאחד מהם נוטל הבע"ח. והנה רש"י כתב בדין הראשון דגם בנצ"ב גובה האשה מקרקע. ובדין השני לא הזכיר זאת. וברמב"ם (פ"י מאישות ה"ז) כתב לגבי הדין השני [כשיש קרקע רק כנגד אחד מהם] דנצ"ב דינם כשאר חובות וחולקת עמהם. ובטור (אבן העזר סי' קב) כתב דרש"י והרמב"ם פליגי אם נצ"ב דינם ככתובה או כחוב.

אכן הב"י מצדד דכל דברי רש"י נאמרו רק בדין הראשון [בדאיכא ארעא וזוזי] דאז נצ"ב דינם ככתובה, משום סברת האי כי דיניה והאי כי דיניה [וכמש"כ רש"י דסברא זו שייכא גם בנצ"ב] אבל בדין השני מודה לרמב"ם. וכ"כ הגר"א (סק"יח) והב"ש. אולם בחלקת מחוקק כתב דהגם דרש"י מודה לרמב"ם בדין השני, מ"מ הרמב"ם חולק על רש"י וסובר דלכל מילי דין הנצ"ב כדין חוב - גם בדין הראשון, ומדייק כך מדברי הכס"מ.

והנה בעיקר הנידון אם מסלקים את האשה בזוזי או בקרקע צ"ע לשיטות דאף מיניה ידיה אין מטלטלי משתעבדים לכתובה, [ע"י מש"כ לעיל פא: הדעות בזה] א"כ פשוט שישלכו את האשה בקרקע. וכבר עמד בזה המהר"ן לב מובא באבני"מ (ק"ב ד'). ובבית מאיר הביא בשם ספר ע"פ שלכן כתב רש"י דמייירי אף בנצ"ב, והם נגבים אף ממטלטלין, וקמ"ל דאפ"ה במקום בע"ח הבע"ח קודם. והב"מ דחה דבריו, וכתב דדין נצ"ב תלוי במחלוקת אם דינם ככתובה או כחוב. [הפלוגתא בזה מובאת במ"מ פט"ז ה"ה]. וע"ע במ"מ שם ה"ו לגבי נצ"ב אם נגבים מבינונית כחוב או מזיבורית ככתובה. ועי' באבני"מ הנ"ל שהאר"ך בזה.

והאבני"מ מיישב דכיון דמהני תפיסה במטלטלין אף בכתובה [ע"י אות פא] וכאן גדר הדין דמגבין הוא כדין תפיסה, [וכמש"כ הרא"ש ויובא להלן], ומש"ה היה מקום לומר דאף בכתובה יתפיסוה מטלטלין. [והדמיון לרא"ש צ"ב, שהוא מייירי בשזמן שניהם שוה ויש לכ"א זכות, אלא שסדר הגביה היה צ"ל בשוה ויחלוקו, ומשום נעילת דלת עבדין התפסה. אבל כאן שאין לה כלל זכות במטלטלין אף לא במקצתן ואף לא כשהיא בפני"ע, מנין שמתפיסים, והאבני"מ כתב דכיון דליכא פסידא מתפיסים לה זוזי, אך לכאוי אין לזה מקור כרא"ש].

קנו) הנה מבואר בגמ' דהטעם דמגבים לבע"ח זוזי משום "האי כי דיניה והאי כי דיניה". וכתב הרא"ש שאם תפסה האשה מוציאין מידה ונותנין לבע"ח. והטור (סי' קכ) כתב דיראה שלא אמרו הרא"ש כן אלא מפני תקנת בע"ח, אבל אם חפץ יותר בקרקע וליתן לאשה מעות שומעין לו. ובשם הרמ"ה כתב דאין שומעין לו. וביאר הב"י דסברת הרמ"ה שאין זה משום נעילת דלת אלא מסברת האי כי דיניה והאי כי דיניה ולכן אי"ז תלוי ברצונו. והגר"א (סקט"ז) כתב דדבריו תמוהין.

עוד דייק הטור מהרא"ש דכל דין זה רק בזמנם שוה, אבל אם קדמה הכתובה היא נוטלת מטלטלין. וכתב הב"י דזה לשיטתו שהטעם שבע"ח קודם הוא משום נעילת דלת, וא"כ כשקדמה הכתובה ל"ש טעם זה, דהבע"ח אפסיד אנפשיה שידע שיש כבר כתובה. אבל לדעת הרמ"ה הבע"ח קודם דדינו בזוזי. [וע"ש בב"ח שחולק וסובר דלכו"ע מי שזמנו מוקדם גובה מעות].

קנו) ובאופן שיש קרקע רק לאחד מהם, מבואר בגמ' שבע"ח קודם, מטעם דיותר ממה שאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא. ולשון הרמב"ם (פ"י ה"ד): שהרי בע"ח הפסיד והוציא מעותיו והאשה לא חסרה דבר שיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא, עכ"ל. ומבואר דהיותר ממה שהאיש וכו', הוא טעם למה לא נקרא שהאשה הפסידה במה שנישאת, אבל עיקר הטעם הוא מפני שהבע"ח הפסיד ודו"ק. [ולפ"ז מסתברים מאד דברי הרמב"ם שבדין זה נצ"ב כחוב ולא ככתובה שהרי האשה הוציאה הוצאות].

קנה) ובעיקר הסוגיא פליגי הר"ח והרי"ף, דהר"ח מפרש דהטעם שבע"ח קודם הוא מפני דשני שטרות היוצאים ביום אחד דינם שוודא דדייני, ומדין שוודא הוא דיהבינן לבע"ח. והרי"ף סובר דבשט"ח אין דין שוודא [אלא רק בשטרי מכר] ולכן מפרש דהדין כאן גם בדאיני. [היינו דבנצ"ב קנו: מבואר דאם דאיני משתעבד, אם לזה ולזה ואח"כ קנה הדין הוא יחלוקו. וכאן יהיה הדין דבע"ח קודם]. ולפ"ז ביארו הראשונים [ע"י רא"ש ורמב"ן] שהטעם דמגבין לבע"ח, משום דאע"ג דאם הם באים לב"ד הדין הוא דיחלוקו, מ"מ אם קדם אחד מהם ותפס מועלת תפיסתו, וכאן תקנו להתפיס לבע"ח וממילא נפקעת זכות האשה.

והנה בבע"ח מאוחר שקדם וגבה, דנה הגמ' להלן צ' א', צ"ד א', אם מה שגבה גבוי, וכתבו הראשונים דדעת הרי"ף הנ"ל דכ"ז בשקדם בזמן, אבל בזמנם שוה לכו"ע מהני התפיסה. אכן הרמב"ן כאן סובר שאף בזמנם שוה אם תפס מוציאין מידו מחצה. ולפ"ז בע"כ נפרש כהר"ח.

והנה הרמב"ן סיים קושיתו דאין דין זה [דמהני תפיסה בשזמנם שוה] מחוור דהא קי"ל שעבודא דאורייתא. והרא"ה הוסיף דברים, דיסוד המחלוקת אם בע"ח מאוחר מה שגבה גבה - הוא האם שעבודא דאורייתא או דרבנן ולמ"ד דהוי דאורייתא גם אם זמנם שוה זכותם וקנינם שוה ומוציאין זמ"ז מחצה.

[ועי' בפרק מי שהיה נשוי ברמב"ן וברא"ה שפירשו עוד טעם בסברת מ"ד מה שגבה לא גבה, דלא פלוג רבנן במשועבדים]. וביאור המחלוקת י"ל בתרתי, א' י"ל דלהר"ף באופן שזמנם שוה אין עדיפות לאחד על השני ומה שיחלוקו הוא דין לב"ד בסדר הגביה, אבל אי"ז זכות של הבע"ח.

ובאופן אחר י"ל דהרי"ף סובר דכשנשתעבד יש לו זכות גמורה אפי' אם הוא בע"ח מאוחר, ומה שלא מהני בקדם המאוחר וגבה הוא כדין טירפא מלקוחות, שלא עדיף הבע"ח השני מלוקח, וא"כ כששעבודם חל כאחד אין לאף אחד זכות על השני ולכן חלה התפיסה.

וברמ"ה ב"ב קנו משמע דהנידון אם כשמשעבד לשניהם משועבד הכל לשניהם או דלכ"א משועבד חצי, ובהצד שמשועבד הכל לשניהם כתב שהוא ע"ד תנאי שהקודם זוכה ע"ש היטב ואכמ"ל. [ועי' בספר שערי אור ש"ז פ"ה בארוכה בענין זה]. קנה) ע"י ברא"ש שנחלק עם רבנו יונה הא מהני תפיסה רק במעות, או גם במטלטלין. דדעת רבנו יונה דלא מהני במטלטלין משום דבעינן גביה ע"פ ב"ד והרא"ש הודה לו בקרקעות, דרק ע"י ב"ד מקרי גביה. אבל במטלטלין סובר דאף תפיסה בלא ב"ד מהני, והביא ראיה מהא דתנן דף פ"ד דאם מונחים ברה"ר כל הקודם זוכה, אלמא אף דדינא ליתן לכושל מ"מ מהני תפיסה אף במטלטלין. [ועיין בתפארת שמואל על הרא"ש משכ"ב].

קנט) הקשו תוס' מ"ש הכא דבע"ח קודם ובמשנה דף פ"ד איכא מ"ד כתובת אשה קודמת ואיכא מ"ד כושל קודם. ועי' בשטמ"ק בדף פ"ד א' בשם תלמידי ר' יונה והריב"ש, שהרי"ף מפרש דמ"ד לכושל היינו לבע"ח, והיינו ממש כסוגין. ועי' בריטב"א עוד שני תירוצים, א' דלעיל מיירי שיש נכסים אחרים ואין פסידא גמורה. ב' דגם כאן אין לאשה הפסד, [ואם יש הפסד חולקים] אלא יש קרקע שאין בה כדי חלוקה והנידון בדין גוד או אגוד מי עדיף אם הבע"ח או האשה. ובתוס' הובאה דעת ר"ת דמחיים בע"מ עדיף משום נעילת דלת, ולאח"מ אשה עדיפא משום דליכא סברת נעילת דלת, ולפ"ז במת הבעל האשה קודמת. ושיטת ר"י דשאני התם שאין הגביה מעיקר הדין. [ועיין במהרש"א]. קס) א"ל רב כהנא לר"פ לדידך דאמרת וכו'. בביאור דברי ר"פ יש שני מהלכים עקריים בראשונים, ותלוי בנידון האם ר"פ סובר שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא.

דעת הרמב"ן והרשב"א סוף ב"ב, דר"פ סובר שעבודא לאו דאורייתא ולכן אמרינן בסוגין דגובה רק ע"י המצוה. ועי' בערכין כ"ב דמה"ט סובר ר"פ שאין גובין מיתומים קטנים דלאו בני מעבד מצוה נינהו, והיינו דשעבודא לאו דאורייתא. [ועי' שתירצו הא דאמרינן בקידושין י"ג דר"פ סבר שעבודא דאורייתא בכמה אופנים]. וכתבו הרשב"א והרמב"ן דלדעת ר"פ אפי' שעבודא מבני"ח לאו דאורייתא אלא מצוה, [והיינו דמקשינן הכא אי אמר לא בעינא וכו'] והקשו ע"ז דהא כתוב תשלומין בתורה: מיטב שדהו ישלם, חיים שנים ישלם, שלם ישלם המבעיר את הבעירה. [וקושייתם צ"ב, דדילמא מדין מצוה משלם, וכ"כ הרמב"ן עצמו בקידושין יג. ובנחל יצחק (סי' לט סי' ב' ענף א') פירש שהקושיא מלשון הפסוק "ישלם" דמשמע בע"ח].

ותירץ הרמב"ן דמדין כפיה יורדין אף לנכסיו, דעד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו. והרשב"א בב"ב חולק ע"ז וסובר דאין יורדין לנכסיו, ותירץ הקושיא הנ"ל: דקראי מצות פרעון ותשלומין הוא דרמו עליה דבע"ח ושומרים ומזיק, וקא פריש קרא האי דין מצותו במאי והאי במאי, ולעולם אין ב"ד יורדין לנכסיו בע"ח, עכ"ל. [ועיין בשערי אור קונטרס ח"ה משכ"ב].

והנה הגרש"ש בשערי"י (ה ב') כתב דבפשטות משמע דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין כלל חיוב וזכות ממון, והקשה ע"ז דא"כ איך מהני כפיה לירד לנכסיו, והרי לא יזכה ע"ז בנכסים כיון שאין לו שום זכות ממון. ולכן מבאר דלעולם איכא חיוב ממון על הלוה, אלא דמאחר ורק גופו משועבד ולא נכסיו, א"כ אין בעיכובו משום גזל הממון, אלא רק עכוב ממוש זכותו, וזוהי אין כח לב"ד לירד לנכסיו ולגבות דכל זכותם רק להציל עשוק מיד עושקו, וכאן הוי רק מניעה מלקיים דינו וחובתו, אבל אין כאן דבר בעין שמעכב, ומשי"ה בעינן לדין מצוה דע"ז כופין ומקיימים את חובתו הממונית. [ולמ"ד שעבודא דאורייתא לא קשה לה לגמ', דלהך מ"ד הרי מעכב הלוה תח"י את הממון המשעבד ולזה יש כח לב"ד לכוף להציל עשוק מיד עושקו. ועיין בשערי"י (שם ש"ה) שהתקשה דתינח אם יש לו קרקעות, אבל בדלית ליה קרקע איך יכפו, הרי לא מעכב תח"י כלום. ותירץ דמוכח מזה כשיטת הרשב"א שאף במטלטלין יש שעבוד דאורייתא וכדעת הרשב"א - המובא בדף פד - וצ"ע דאם יש לו רק נכסים שקנה אח"כ אין עליהם שעבוד].

ובספר שערי אור קונטרס חלק א' הוכיח מדברי הריטב"א מובא בנמוק"י ר"פ איזהו נשך [והגרש"ש עצמו ג"כ הביא] דהוי רק מצוה, אלא דהוי מצוה ממונית וזכות תביעה איכא לחבירו לתובעו, אבל מ"מ אין כאן חוב ממון אלא מצוה ממונית [ומשי"ה מהני מחילה - דהמצוה היא "לחבירו"], וזו נראית כוונת הקו"ש סוף ב"ב, ועי' לשון הריטב"א קידושין י"ג "דמצוה דממון הוא".

ומה שהקשה הגרש"ש דא"כ איך מהני הגביה י"ל דמהני מדין הפקר ב"ד [וכ"כ האמרי בינה גבי"ח סי' יב] ולשיטה זו ביתומים כיון דשעבודא לאו דאורייתא א"א לגבות מהיורשים אלא כאשר יש להם מצוה [וצ"ל דהגם דשעבודא דרבנן, מ"מ לא שעבדו אלא במקום מצוה, וכדין ערבות. ועי' בקו"ש ב"ב אות שפו, שביאר דהא דלמ"ד שעבודא דרבנן אין הבע"ח נקרא מוחזק, הוא מטעם דשעבודא דרבנן הוא מדין הפקר ב"ד, ותקנו את ההפקר רק בשעה שגובה, ועפ"ז מובן יותר הגדר ביתומים].

קסא) שיטת הרי"ף דר"פ סבר דשעבודא דאורייתא, ולפ"ז קשה מה הנידון בסוגיא, וכבר הקשו כן הראשונים בב"ב. ובתוס' הרא"ש כאן מיישב, דמיירי בדלית ליה מקרקע אלא מטלטלי והבריחים, ובעי אי כופין אותו שיגלה היכן הם. [וכ"כ בפסקי הרא"ש]. ודבריו צ"ב, דא"כ מה שייך ד"ז לדברי ר"פ, והרי לכו"ע יש לדון כן. וביאר בבית יעקב, ע"פ מש"כ הרמב"ן סוף ב"ב דמ"ד שעבודא דאורייתא יליף לה מקרא דיוציא אליך את העבט. ולפ"ז אף במטלטלין שעבודא דאורייתא. ומ"ד דיליף מהך קרא מצוה - אינו יכול ללמוד מהך קרא דשעבודא דאורייתא. ועפ"ז ר"פ שסובר שעבודא דאורייתא בע"ח אי"ז מכח הפסוק אלא מסברא [דהקרא אתי למצוה] וא"כ למ"ד דיליף מהקרא דשעבודא דאורייתא, פשיטא דאין כופין [כשמחביא את המעות] וכל הנידון רק לר"פ דאיתר ליה קרא ואיכא מצוה - האם כופים על המצוה. ובתוס' הרא"ש הקשה עוד אם שעבודא דאורייתא למה לר"פ (בערכין כ"ב) אין נזקקים לנכסי יתומים קטנים. ותירץ דהנכסים הם רק ערבים, וכשהיתומים קטנים וליכא ליה ליכא גם לערבות של הנכסים. וחזינן מיניה דגדר השעבוד שלמד ר"פ מסברא הוא ערבות. ואילו לר"ה בריה דר"י דיליף מקרא הוא זכות בגוף הנכסים ומשי"ה גובים אף מקטנים. [ומבואר דביתומים גדולים יש שעבוד הגוף עליהם וכדעת התומים - אות קמד -].

קסב) תוד"ה אמר, וי"מ בתולה מעותיו וכו'. עי' בפסקי תוס' בהגה"ה שכ' דדברי תוס' צ"ע רב. ועי' במהרש"א שמפרש דלמ"ד שעבודא דאורייתא מטלטלי דיתמי משתעבדי, וממילא יש זכות על הזוי. אבל למ"ד לאו דאורייתא יש זכות רק בקרקע וא"כ אמאי גובים מגלימא דעת כתפיה. ובקרני ראם מפרש דודאי שאין גובין ממטלטלי דיתמי לכו"ע, אלא כוונת תוס' דאם שעבודא דאורייתא יש זכות מסוימת גם במטלטלין ומשי"ה יש זכות במעות. אבל אם שעבודא לאו

דאורייתא יש רק חיוב הגוף, וא"כ למה יגבו ממטלטלים דאין עדיפות לגבי זה בין מעות לבין קרקע שקיום חובת הגוף בתריותו בשוה. [וצ"ע לפ"ז מה מועיל התירוץ דאיכא מצוה].

ובבית יעקב מפרש דאם שעבודא דאורייתא יש לו זכות במטלטלין ומש"ה כופין ליתן מעות. אבל אם שעבודא לאו דאורייתא רבנן שעבדו רק לצורך המצוה, וכיון דאין מצוה דאורייתא דוקא ממטלטלין א"כ לא שעבדו את המטלטלין [דקא אם אין לו קרקע שעבדו את המטלטלין בשעת הגובינא]. ומשני דכופין על המצוות - אפי' על מצוות דרבנן, ומדברנן איכא מצוה לפרוע מזוזי.

קסג) תוד"ה פריעת. משמע קצת דהתוס' מפרשים הסוגיא בקטנים, וכן מבואר במרדכי. ועיי' בתוס' ב"ב קעו ב', דמיניה דידיה לכו"ה גובין אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא. [והקצה"ח סי' לט סק"א מפרש משום עד שאתה כופהו בגופו אתה כופהו בממונו. אך בנתיבות שם סק"ב מפרש דיש שעבוד הגוף ורק אין שעבוד נכסים]. ולפ"ז בע"כ הסוגיא קיימא על יורשים. וכן רצה הפנ"י לפרש בדברי תוס'. אלא שהקשה דא"כ ממ"י, אם מיירי במטלטלין הרי כתבו תוס' דאין כופין דמתן שכרה בצדה. ואם בקרקעות הרי הטעם שכופין הוא משום דשעבודא דאורייתא או משום כע"ד ולא משום כופין על המצוות. ולכן כתב דתוס' מפרש הסוגיא בלוח עצמו. אלא שמפרשים מה הדין ביורשים. וצ"ל דהתוס' בב"ב מיירי לר"ה בריה דר"י ולא לר"פ. אכן המרדכי מפרש הסוגיא בקטנים. [וצ"ל או דסובר דאף במטלטלין כופין כשיטת הרשב"א בשטמ"ק ובשו"ת שהסוגיא בדף צא מיירי שלא הוריש מטלטלין אבל בהוריש כופין. או דאף בשעבוד נכסים הוא רק ערבות ואם לא רוצה לפרוע צריך כפיה, ובשלמא מדדיה גובין משום שעבוד הגוף, אבל ליורשים בעינן מצוה שעליה תהיה ערבות בנכסים. כנלענ"ד. וצ"ת]. ושו"ר שהפנ"י עצמו מפרש דברי המרדכי כביאור הראשון, דמיירי במטלטלין, אלא דעל הגמ' בדף צ"א מתרץ לא כהרשב"א דמיירי שלא ירשו מטלטלין, אלא דמוקים לה בקטנים שאין כופין אותן. וכן מבואר במרדכי ועיי' משה"ק ע"ז.

קסד) רש"י כתב דהמצוה משום הן שלך צדק. והקשה הרמב"ן סוף ב"ב ועוד ראשונים דדין זה נאמר רק באופן שבזמן שאמר חשב אחד בפה לאחד בלב כמבואר בב"מ מט. אבל כאן כשלוה רצה לשלם ורק אח"כ לא רוצה. ולכן מפרשים דהמקור הוא מקרא דוהאיש אשר את נושה בו. [ובישוב ד' רש"י י"ל עפ"י שמדייק הריטב"א בב"מ מט מרש"י דכשלא נשתנה השער אסור לחזור בו אפי' אח"כ מדין אחד בפה ואחד בלב. ובגדר הדברים י"ל דכ"ז שאין סיבה לחזור אם חוזר בו הוי כמפקפק על מה שעשה מעיקרא שכבר אז לא היה בלב שלם דאלי"כ מאיזה סיבה חוזר בו. ועי' בזה בשערי אור קונטרס ח"ו באריכות].

ועיין במרדכי שהקשה פשיטא דחייב לשלם משום גזל [ולכן פירש דמיירי בקטנים]. ועיין ברדב"ז (ח"ב סי' קנא) שכתב דהחיוב לפרוע חוב מדין השבת גזילה הוא דילפינן לכל הכתובים בפרשה. [גזל עושק ופקדון ואבידה] וצ"ע מסוגין. [ולמרדכי א"ש]. ועיי' ברבנו יהונתן שמפרש שסוגין מיירי שדוחהו בלך ושוב אבל רוצה לפרוע בעתיד, ובזה י"ל דאין אסור גזילה ורק משום הן שלך צדק איכא.

ועיין במנ"ח (רכ"ח) שהקשה על שיטת הרמב"ם והחנך דכל מי שאינו רוצה לפרוע הלואה עובר בלא תעשוק, או לא תגזול, א"כ מה דנה הגמ' כאן רק משום המ"ע, הרי יש ל"ת. [ובשלמא בערכין גבי יתומים הם לא גזלו ולא עשוק], ובשערי חיים עמ"ס קידושין תירץ דהסוגיא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, והרמב"ם מיירי למ"ד שעבודא דאורייתא, לכן הוי גזל ועושק. ובקו"ש תירץ דכאן דעתו לפרוע לאח"ז ולכן אין בזה משום לא תעשוק ולא תגזול [וכדברי רבנו יהונתן].

עוד כתב בקו"ש דמה שלא פירש רש"י כשאר ראשונים [דילפינן מקרא דוהאיש אשר אתה נושה בו] משום דפסוק זה קאי רק בהלואה, ולא בשאר חובות.

קסה) עיי' בגר"ח על הש"ס שהקשה דכיון דהוי מצוה לא יצטרך להוציא יותר מחומש. ותירץ הגר"ח דבשאר מצוות נקרא שהוציא משלו. אבל כאן כשפורע אמרינן שהחזיר ממון של חברו ולא בזבז ממון שלו. [ועיי' משנ"ת לעיל אות קס בגדר הדין למ"ד שעבודא לאו דאורייתא].

קסו) כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. בתוס' מנחות מ"א כתבו גבי הא דאמר המלאך לרב קטינא דאין עונש אעל ביטול מצות ציצית אלא בעידא דריתחא. דדוקא עשה כהאי שאינו מחויב בו. אבל שאר עשה ודאי מענישין דגם בב"ד של מטה אומרים לו עשה סוכה ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו. והקשה הגר"ח בסטנסיל, דכאן הוא דין בכפיה, ומה זה שייך לעונש. אכן עיי' ברבנו יונה בשע"ת ש"ג אות יא, דהביא דין הגמ' דידן בתורת עונש ביטול מצות עשה ודו"ק. [ועיי' בריטב"א ר"ה ט"ז ב' דכשלא תוקעים ברי"ה אין עונש ע"ז מבי"ד של מעלה, דהרי לא ענשי ב"ד אעשה, וכ"ה ברמב"ן בשער הגמול, ומבואר דלא כתוס' מנחות הנ"ל].

קסז) והנה הגרע"א כאן הקשה למה אמרו דין זה דוקא בעשה, הרי גם בל"ת אם בא לעבור כופין אותו עד שתצא נפשו, וגם בעשה אם כבר עבר אין מכין וא"כ אין הפרש בין עשה לל"ת. וכן דעת המנ"ח (מ' ח').

ועיי' בנתיבות סי' ג' סק"א, דכתב דאי שעבודא לאו דאורייתא א"צ ב"ד וסגי בהדיוטות לכפותו, כמו שמבואר בב"ק כ"ח דכופין לאפרושי מאיסורא. והקצה"ח כתב דבעינן ב"ד, דרק בל"ת יכול כל אדם לכפות, אבל בעשה רק ב"ד כופין. וזה דלא כהגרע"א שדימה עשה לל"ת.

עוד כתב המשובב דבל"ת אין כופין אותו עד שימות, אבל בעשה כופין אותו עד שתצא נפשו. אולם הרבנו יונה כתב דגם בעשה כופין רק עד שיחלש ולא שימות ממש.

דף פו ע"ב

קסח) הרי זה גיטך ולא תתגרשי בו וכו'. שיטת הראב"ד דדוקא באמרה מעכשיו אבל בלא אמירת מעכשיו הו"ל כטלי גיטך מעג"ק. והרבה ראשונים [עיי' ר"ן] חולקים וס"ל דכיון שניתן מתחילה בתורת גירושין אפי' בלא אמר מעכשיו מהני. ובתוס' לעיל פ"ב כתבו ע"פ הסוגיא בדף פ"ב דמיירי בדאמר מעכשיו, ומ"מ בעינן שיעמוד ברשות שלה בסוף ל' משום דר' יוחנן סבר דבאומר מעכשיו ולאחר ל' חל מעכשיו ונגמר לאחר ל'.

והר"ן כתב דהוי פלוגתא הסוגיות, דלסוגיא שם מיירי באמר מעכשיו ואז א"צ שיעמוד ברשותה בסוף ל'. והסוגיא כאן סוברת שא"צ מעכשיו, וכדי שלא יהיה כלתה קנינו בעינן שיהא ברשותה בסוף ל'. ועיי' שנחלק עם הרשב"א איך פוסקים להלכה.

קסח) והרמב"ם פ"ט מגירושין פסק דבגט מהני בלי מעכשיו [כפשטא דסוגיא כאן] ובהלכות זכיה פסק דגבי משוך בהמה מהני רק במעכשיו. וביאר המ"מ (ה' גירושין) דשאני גט שעיקרו ע"י הכתב שבו ומשי"ה א"צ מעכשיו ואין כאן כלתה. והקשה הכס"מ דהרי מ"מ בעינן שתעשה קנין בגט.

ובישוב דברי המ"מ כתב החזו"א (ע"א כה) דקנין גט אינו מדין הקנאה אלא מדין גירושין וכלפי זה חשיב כנתינה אריכתא. והכס"מ מבאר דברי הרמב"ם באופן אחר ע"ש, וביאור דבריו כתב בברכ"ש (גיטין סי' מ"ד) דבגט הדין נתינה מתקיים ע"י הנתינה הראשונה, אלא דמ"מ בעינן שיהא הגט קיים בסוף ל' בשעת החלות, וכיון דהוי נתינה גמורה אצלה א"כ גם כשעומד בסימטא אינו יוצא מרשותה, וה"ה בפרה כשאמר מעכשיו שכבר התחיל לזכות בפרה [דהל' יום הם שיור כמש"כ תוס' דף פב] חשיב כפרה שלה ומהני גם כשיצא לסימטא וזהו דמיון הגמ'. [ועי' בנתיבות סי' קצז שכי' בדעת הרמב"ם שקונה הגט מיד ורק חלות הגירושין לאחר ל' ומשי"ה מהני בלאו מעכשיו, משא"כ במשיכה, וזה קרוב לדברי הברכ"ש, אלא דלדברי הברכ"ש נראה דאין קנין ממון על הגט בנתיים, ולדברי הנתיבות הוי ממון גמור של האשה. ועי' באו"ש ה' גירושין שהקשה ע"ז מלשון הרמב"ם דמשמע שהגט פקדון עד סוף ל' וקשה על הנתיבות שסובר דזכה בגט. ועי' בחזו"א דאפשר דמשום שלא נגמרו הגירושין ואם חוזר בו בטל הגט קרי ליה פקדון].

ובאו"ש מבאר ד' הרמב"ם, דיסוד הנידון בסוגיא הוא בדבר שעומד להיות שלו אם הוי יציאה מרשותו בצידי רה"ר. [והיינו שכלל שהדבר יותר משתיך לאדם, כך סגי ברשות פחותה יותר להיקרא ברשותו] וא"כ בגט שכל תשמישו וייעודו שיקנה לאשה, א"כ בזה הוי כדבר העומד להיות שלה, וה"ה באומר מעכשיו [לר' יוחנן דהוי שירות] משא"כ בפרה כשלא אמר מעכשיו סתמא היא עומדת למוכר ולא מקרי ברשות לוקח אם עומדת בצידי רה"ר. וכמו"כ בדין תפיסה מרשות יורשים - כיון דהממון עומד להגיע ליורשים מקרי ממון יורשים.

קסט) ובתוס' בד"ה האומר כתבו להשוות דין מעכשיו לנכסי יתומים, וביאר האו"ש דהדמיון כנ"ל, דבמעכשיו עומד להיות של האשה, וכמו"כ בנכסי יתומים עומד להגיע לרשותם, ומשי"ה מהני צידי רה"ר גם שיחשב ברשות היורשים, ועי' אות קעב.

והנה המהרש"א הקשה על שיטת תוס' דלפי ר' יוחנן אף בסימטא לא הוי ברשות יורשים ומהני תפיסה, וא"כ בגט לא תהני אף בסימטא, ולמה לא פריך הגמ' מזה ללישנא דאיכא דאמרי דמדמי צידי רה"ר לסימטא, ודומה לזה הקשו התוס' סתירה בר' יוחנן דבדף פב סובר דבמעכשיו קנה אפי' בעומדת באגם, וגבי תפיסה ביורשים סובר דאפשר לתפוס מסימטא. ותיירי האו"ש, דהנידון בתפיסה מרשות יורשים תלוי אם שעבודא דאורייתא או דרבנן. דאם שעבודא דאורייתא א"כ אי"ז ברשות יורשים אלא אדרבה יש זכות לבע"ח, ולא דמי לגט דאמר מעכשיו. ומה שדימתי הגמ' הוא רק אליבא דרב ושמאל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ואין זכות בגוף הנכסים וא"כ בס' ברשות יורשים ודמו לאומר מעכשיו. אבל ר' יוחנן סובר שעבודא דאורייתא וא"כ אי"ז שייך לסוגיתו כלל.

ועי' בתוס' הרא"ש [וכ"כ מהר"ם שיף ועוד אחרונים] שתיצרו קושית תוס' דר"י אמר רק כלפי דין מטלטלי דיתמי דתלוי בהגעה לרשות יורשים ובה סבר דסימטא לא הוי עדיין ברשות יורשים, כיון דאינו ממש ברשותם, אבל בקנינים ודאי מהני.

קע) באות קסח הובאה דעת הר"ן דסוגיין מיירי בלא אמר מעכשיו, ואפ"ה קנה בעומדת באגם, דלא כלתה קנינו. והקשו האחרונים דבר"פ המפקיד מבואר דבמפקיד שיש אומדנא שמקנה החפץ לשומר, אם נעשה כאומר מעכשיו - קני אפי' בעומדת באגם. ואם אינו כאומר מעכשיו ל"ק בעומדת באגם. ותי' החת"ס דהרי הר"ן כתב דדין זה הוא מחלוקת הסוגיות, והסוגיא דדף פב סברה דלא קנה אלא באומר מעכשיו, וא"כ י"ל דהסוגיא בב"מ סברה כן.

והקצה"ח (קצז ג') מתרץ, דהנה דעת תוס' ביבמות צ"ג דבאומר מעכשיו ולאחר ל' קנה אפי' אם יצאה מרשותו וחזרה רק בסוף ל'. [ועיין אות קעב הביאור בזה] אכן השטמ"ק בר"פ המפקיד כתב דבעינן שכל משך הל' יום לא תצא לסימטא. ודימה זאת הקצה"ח לדינא דהרי"ן באופן שלא אמר מעכשיו - שגם בזה אם יצאה באמצע תלוי בפלוגתא הני"ל. ומעתה לפ"ד השטמ"ק י"ל דשם בב"מ מיירי באופן שיצאה באמצע לרה"ר שכן הוא הרגילות, ומשי"ה לא קנה. עוד תירץ דשם אם לא הוי כאומר מעכשיו הכוונה שאינו עושה קצת כלל מעשה משיכה וכל הקנין יחול רק בקנין חצר לפני שתיגב. [ועי' בנתיבות שמתרץ באופן אחר ואכמ"ל].

קעא) במשך הפרה בלא מעכשיו [לשיטות דלא קנה בעומדת באגם] כתב הראב"ד [פ"ב ממכירה] דמ"מ אם בסוף ל' עומדת בחצירו קנה. והמ"מ כתב דהרמב"ם חולק ע"ז וע"ש באבן האזל בביאור פלוגתתם.

קעב) לשיטת תוס' דף פב דבאמרה מעכשיו בעינן ג"כ שתהא לכה"פ באגם בסוף ל' משום דבעינן שלא תהא כלתה קנינו, מוכח דע"י שעומדת באגם לא כלתה קנינו. והקשה בקו"ש (אות שטז) דאם ע"י האגם אי"ז כלתה קנינו למה לא מהני בלא מעכשיו. וכבר הובא באות קסט הסבר האו"ש, דכל מה שאגם הוי רשותה הוא דוקא במעשיו שכבר התחילה זכות הקונה. אבל בדבר שבנתיים אין לקונה שום שייכות בו, כשעומד בסימטא לא מקרי ברשותו.

[ואולי י"ל עוד, דעי' באבן האזל פ"ב ממכירה שחקר ביסוד קנין משיכה אם הוא מדין מעשה משיכה, או דהוא הכנסה לרשותו. - ועי' עוד בדבריו פ"ד ה"ג שבזה תלוי פלוגתת הרמב"ם והראב"ד במשך מרה"ר והכניס את מקצתה לסימטא האם קנה. - וכתב האבה"ז דלדעת תוס' דהוי בגדר הכנסה לרשותו ומשי"ה אין כאן כלתה כיון דעדיין הבהמה ברשותו. אולם נראה דאף דהגדר הוא הכנסה לרשותו, מ"מ ודאי גם המעשה הוא חלק מהקנין, דאל"כ ה"ז קנין חצר גמור. וא"כ י"ל דאם מיד עם המעשה התחיל הקנין שפיר דמי, אבל אם הקנין מתחיל בסוף, ואין למעשה שום קשר לחלות הקנין לא מהני. ולכא"ו יש לדחות דמ"מ הבהמה נמצאת מכח המעשה, ולכן יועיל. אך באמת זה אינו, דהרי דעת תוס' דאף אם יצאה מרשותו וחזרה ג"כ מהני - מובא באות קע - ובע"כ המעשה צריך להיות עם תחילת חלות הקנין, ועיין].

קעג) המושיב את אשתו חנונית וכו'. הנה דין שבועת אפוטרופין אינו דוקא באשתו, אלא כל אפוטרופוס נשבע וכדתנן בשבועת מ"ה א'. ומתנאי השבועה שתהיה כפירת שתי כסף [כמבואר שם בדף מ"ח ב']. ונחלקו רש"י והר"ן אם צריך גם הודאה במקצת ועי' בש"ך סי' צ"ג סק"ג]. וכן בעינן שתהיה לו איזה סיבה לחשוד באפוטרופוס כמש"כ הט"ז חו"מ סי' צג [ועיין בפ"ת שם סק"ג דאם אינו חושד אסור לו לתבוע שבועה אפי' אם אינו רוצה להשביעו אלא רק להתפטר עמו].

ומבואר עוד בט"ז דהא דבעינן שתי כסף היינו דוקא לענין חיוב שבועת המשנה [שהוא בנקיטת חפץ]. אבל אם תובע פחות מבי' כסף משביע מיהת שבועת היסט, ואע"ג דהוי טענת שמא, מ"מ כיון דסגי בהך שמא עם רגל"ד לחייב שבועת המשנה [בדאיכא שתי כסף] ה"ה דסגי בזה לשבועת היסט, ובשבועת היסט חייב אפי' על כל דהו. [ובפ"ת הביא שהשער משפט

חולק ע"ז דבהיסת בשמא בעינן שתי כסף כמשי"כ השו"ע בסי' רצ. ועי' בפ"ת סק"ה שהביא תשובת רדב"ז שה"ה אם אין הודאה במקצת חייב לכה"פ שבועת היסט [אף לדעת רש"י דלעיל שבעינן הודאה].  
קעד) והא דנקטה המשנה הדין רק באשה, כתב הר"ן דקמ"ל לאפוקי מר' שמעון הסובר במשנה להלן פ"ח [ומבואר בסוגיא פ"ט ב'] דאין משביעין האשה משום דעתידה לישבע כשתתבע כתובתה.  
והגרע"א כתב דא"צ לתירוץ זה, אלא עיקר המשנה קיימא באשה לומר דעל פילכה ועיסתה אין דין אפוטרופוס וא"צ שבועה ע"ז לדעת ת"ק, ולכן תנינא לה באשה.  
קעה) בגמ' אביעא להו ר"א ע"י גלגול וכו'. הנה להצד דר"א ע"י גלגול קאמר, א"כ רבנן סברי דאף ע"י גלגול אינה משביעה [משום דלא מצינא דאידור בהדך כמבואר בגמ']. אכן למסקנא דלר"א משביעה אף בלא גלגול, יל"ע אם לת"ק משביעה לכה"פ ע"י גלגול או דאינו משביעה. והנה ברא"ש ובר"ן ובראב"ד ועוד ראשונים כתבו דמשביעה ע"י גלגול, דלא מסתבר שפלוטתם תהא כ"כ רחוקה [דלר"א חייבת בלא גלגול ולרבנן פטורה אף בגלגול].  
אכן הרמב"ן בספר הזכות כתב דלרבנן אין משביעין אף ע"י גלגול, וע"ש שמפרש הטעם דאין דר עם נחש בכפיפה אחת באופן מחודש, דיש מחילה על הפלך ועיסה, דסתם אדם אינו מקפיד בכך, ואם מקפיד א"א לדור עם נחש בכפיפה אחת. ועפ"ז מחדש דאף כשהיורשים תובעין כתובתה דתו לא שייך הטעם דאין דר עם נחש, אפ"ה אין משביעין בגלגול על הפלך ועיסה שהרי היתה מחילה. [והפוסקים דלרבנן אין משביעין אף ע"י גלגול].

קעו) הבית יוסף (סי' צז) הביא שהרלב"ח הקשה על השיטות דלמסקנא לרבנן משביעים בגלגול, דהרי חזינן שהגמ' הסתפקה רק על ר"א, ומשמע דלרבנן אין להסתפק ופשיטא דאף בגלגול אין משביעין. [ולעיל הובאה סברת הר"ן דלא מסתבר דרבנן פליגי כולי האי על ר"א, אך צ"ב לפ"ז למה הגמ' לא הסתפקה על רבנן]. ובבית יוסף תירץ דכיון שדין פילכה ועיסתה נזכר רק בדברי ר"א ומדבריו שמעינן לרבנן לכן נקטה הגמ' הספק רק בדבריו.  
והט"ז תירץ דבהו"א סברה הגמ' דהטעם דאין משביעין על פילכה ועיסתה הוא משום דהוי דבר מועט ואשה נאמנת ע"ז וא"כ פשיטא דגם גלגול ליכא, אבל למסקנא דהטעם משום דאין אדם דר עם נחש יש מקום לומר דבגלגול משביעים.  
קעז) ורש"י פירש דהטעם דרבנן שאין משביעין בגלגול משום דאין מגלגלין משבועה דרבנן. והתוס' הקשו עליו דהא מבואר במסכת שבועות דאף בשבועה דרבנן יש גלגול. ועל פירוש התוס' קשה משה"ק המהרש"א דהרי בהו"א לא ידעה הגמ' את הטעם של אין אדם דר עם נחש, ועיין בבית יעקב משכ"ב.

קעח) במשנה להלן פ"ז ב' אמר ר"ש כ"ז שהיא תובעת כתובתה היורשין משביעין אותה אינה תובעת כתובה אין היורשין משביעין אותה. ועי' בגמ' פ"ח ב' דמפרש דר"ש קאי אר"א ומחלוקתו [דמשנתנו] וסובר דאין משביעין. וע"ש היטב ברש"י ובתוס', דמפרשים דלר"ש אין משביעין אף על אפוטרופא, אלא רק בשעת גביית הכתובה. [ועי' בראב"ד בהשגותיו על הר"ף שמפרש דר"ש פליג רק על שבועת פילכה ועיסתה, אבל מודה דנשבעת שבועת אפוטרופא].  
ובביאור הדין דנשבעת בשעת הכתובה אפשר לפרש בג' דרכים, ולפנינו יבואר דפליגי בזה הפוסקים: א) דהשבועה היא "שבועת אפוטרופא", אלא דזמן השבועה הוא בזמן גביית הכתובה [ועיין בבית יעקב סי' צז דמבאר הטעם, דלא חשדו באשה שתיטול לעצמה, ולא דמי לשאר אפוטרופסים, דאשה שאני שנוטלת מזונות בעד טרחתה, וכל החדש רק שתתפוס כנגד כתובתה, ולכן החיוב שבועה רק כשגובה כתובתה]. ב) דהחיוב מדין "שבועת כתובה", וכדתנן לקמן פ"ז דהנפרעת מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה, ושבועה זו נאמרה גם שתישבע שלא תפסה מבעלה מהאפוטרופא או מפילכה ועיסתה. ג) דמגלגלין עליה השבועה, דכיון דנשבעת על הכתובה, נשבעת מדין גלגול על האפוטרופא. [ולענ"ד נראה מלשון הרמב"ן בספר הזכות דרך רביעית, דכיון שנשבעת על הכתובה ממילא כלול בזה האפוטרופא והפילכה ועיסתה, דנוסח השבועה הוא שאין בידה כלום מנכסי בעלה, והכל כלול בזה].

קעט) והנה המרדכי כתב בשם מהר"ם, בדבר אשה שיחד לה בעלה קרקע בכתובתה [דגובה בלא שבועה משום דאין חשש צררי כדאיתא ר"פ אע"פ], וטען האפוטרופוס של היתומים שתשבע האשה שלא עיכבה היא בכתובה, [מפילכה ועיסתה ואפוטרופא וכדומה] והשיב המהר"ם דיש ב' סיבות דלא תישבע. דהרי קי"ל כר"ש [כמו שפסק ר"ת] וא"כ כל מה שמשביעים רק כשיש שבועה מחמת דין גבית כתובה, אבל כאן שאין חשש צררי א"כ ה"ה דאין נשבעין על אפוטרופא. עוד טעם כתב דכיון דהקרקע בידה אינה נקראת "תובעת כתובתה", אלא הכתובה כגבויה בידה וא"כ א"צ שבועה. ומשמע דנחלקו ב' הטעמים שבמהר"ם אם טעמיה דר"ש משום גלגול, או דהוי שבועה מעיקר הדין. [והבי"ח הוכיח מהמרדכי דהוי מדין גלגול, והט"ז הוכיח דהוי שבועה מעיקר הדין וצ"ת].

ועיין בב"ח סי' צז בארוכה, דדעתו דמדין גלגול הוא, ולפ"ז אם מת הבעל בפתע פתאום דלא חיישינן לצררי [כמש"כ תוס' ב"ב קנ"ח א'] אין חייבת שבועה. והט"ז כתב דחייבת שבועה, מדין "שבועת כתובה", והיינו דגם החשש שעיקבה מאפוטרופא הוא סיבה לחייב שבועת כתובה, ולא רק החשש צררי. [ועי' שפ"ל בדברי התוס' בב"ב, שהר"י הקשה דגם במת בפתע פתאום דאין חשש שהבעל התפיס, מ"מ ניחוש שהאשה תפסה קודם, וכתב הט"ז דבדברי ר"י חזינן כדבריו דגם חשש תפסה של האשה מחייב שבועה. ואפי' לשיטת ר' שמשון מנוביל המובא בתוס' שם דבמת בפתע פתאום אין שבועה, מבאר הט"ז דסברתו משום שגם חשש תפיסה ליכא אלא סמוך למיתה ולא קודם. אבל באופן שמת שלא בפתע איכא שבועת כתובה על התפיסה].

ועי' בב"ש סק"א שכתב לדון בזה דאין כל החששות שוות, די"ל דעל חשש אפוטרופא יש שבועת כתובה דזה חשש גדול, ואילו על חשש פילכה ועיסתה לא, וכ"ש על חשש תפיסה של האשה שאין משביעין, והביא דמדברי התוס' הנ"ל בב"ב משמע דגם חשש התפיסה הוא סיבה להשביע, וכן דעת הרלב"ח, אך מדברי הטור והרא"ש דייק דרק חשש אפוטרופא הוא סיבה לשבועת כתובה משא"כ שאר החששות הם רק גלגול [וממילא אם לא היתה אפוטרופא א"א להשביעה].  
קפ) וכתב הב"ש דנ"מ פלוגתא הנ"ל גם לגבי גרושה, דשם ליכא חשש צררי, [ועיין בבית יוסף סי' צ"ו דהיינו טעמא דגרושה אינה צריכה שבועה כאשר גובה את כתובתה, והיינו דאת הצררי מתפיס רק סמוך למיתתו, כדי שלא תתבזה בב"ד, ומש"ה בגרושה ליכא להך חששא] וא"כ לדעת הסוברים דשבועת אפוטרופא היא מדין שבועת כתובה, א"כ גרושה שהיתה אפוטרופא צריכה שבועה, אבל לשיטות דאין האפוטרופא סיבה לשבועת כתובה אין חיוב. [וברא"ש מפורש דבגרושה יש שבועה].

והבית יעקב הקשה דאם כל השבועה לדעת ר' שמעון היא מדין גלגול א"כ למה נקטו הפוסקים דגם בזה בעינן שתי כסף [עי' אות קעג שכן הדין בשבועת אפוטרופא, והפוסקים נקטו כן אף לדעת ר' שמעון], ולכן מבאר דהשבועה היא שבועת

אפוטרופיה, אלא שא"צ ליטבע עד שנוטלת הכתובה, [מטעם שנתבאר באות קעח שיטה א'] ומש"כ המרדכי דבהתפיסה הבעל א"צ שבועה, היינו משום דהתם שהתפיסה כבר הכתובה, אין חשש שתתפוס כמו שבלי תביעת כתובה אין חשש. קפא) הנה הראשונים כתבו דלמאן דפסק כר"ש צ"ל דהא דתנן בשבועות דאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית חייבת שבועה היינו כשכאה לתבוע כתובתה. [עי' ברא"ש ס"ס כ"ז]. והקשה הבי"ש לשיטת הרלב"ח ומשמעות תוס' בב"ב דכל הנוטלת כתובתה חייבת שבועה גם משום חשש תפיסה [ולא רק משום חשש צררי] א"כ גם אשה שאינה נושאת ונותנת בתוך הבית תהא חייבת שבועה בשעת גבית הכתובה שמה תפסה. והבית יעקב תירץ, דבגרושה לא תקנו כלל תקנת שבועת כתובה, דרך בנפרעת מיתומים תקנו תקנה זו ולא בנפרעת מבעלה [ששם א"צ שבועה אפי' על חשש שנפרעה אחר גירושין אא"כ תובע אשתבע לי דלא פרעתיך], וא"כ שם השבועה רק מדין אפוטרופיה ובדאיכא חשד והודאה. [כמשנ"ת באות קעג].

ובדעת הבי"ש חזינו דשבועת כתובה שייכא גם בגרושה [אם יש סיבה להשביע] וכן משמע בבית יוסף ס"י צ"ו שחתר למצוא טעם למה בגרושה הגובה כתובתה אין חיוב שבועה. [וביאר דהטעם משום דאין חשש צררי]. וצ"ב דהרי לגבי חוב פשוט שרק הנפרעא מנכסי יתומים צריך שבועה ולא הנפרע מנכסי המלוה. וכנראה ס"ל דתקנת כתובה היא תקנה בפני"ע, וצ"ב. [ועי' בתוס' שבועות מ"א א' ד"ה וכו']. שו"ר בבית יעקב פ"ז א' שמוכח דב' תקנות הם ע"ש. קפב) כתב הרא"ש (ס"י כח) דכל מה שאין משביעין על פילכה ועיסתה הוא בטענת שמה, אבל בטענת ברי משביעין. [ומשמע שאין זה שבועת היסת, אלא שבועת המשנה דכאשר טוען ברי שוב יש בזה דין שבועת אפוטרופיה. ומשמע ברא"ש דאף ר' שמעון מודה בזה דבטענת ברי משביעה].

קפג) התוס' הביאו ירושלמי שדן באשה ששברה את הכלים, האם הוי ש"ח או ש"ש. ומסיק דפטורה משום שלום בית. וברמב"ם (פכ"א ה"ט מאישות) הביא דין זה דהפטור משום שלום בית. והראב"ד השיג דלא זהו הטעם אלא מפני דהוי שמירה בבעלים. [וכתב המ"מ דהרמב"ם סובר דהבעל אין שכור לה אלא בשעה שמתעסק במלאכתה]. ותמהו האחרונים על הראב"ד דכאן איירי מדין מזיק, ובזה ל"ש פטור בעלים. [עי' מל"מ משכ"ב]. ואולם באמת בירושלמי מוכח דמדין שומר אתינן עלה, דהרי דיינינן אי הויא כש"ח או כש"ש. ועי' במחני"א (שומרים לט) שמיישב דהירושלמי דן בתחילה באונס כעין גניבה, דמדין אדם המזיק פטור, ורק מדין ש"ש חייב. ולפי המסקנא דהטעם משום שלום בית פטור אף בפשיעה. עוד מיישב ע"פ סברת הרמב"ן ותוס' ר"פ דאם עוסק לצורך הבעלים אין בזה משום מזיק וכל החיוב רק מצד שומר. ועי' בחזו"א ב"ק ס"ס י"א משכ"ב.

קפד) במשנה, כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך. ביסוד הפטור משבועה עי' לשון הריטב"א דמשמע דהוי מדין מחילה [וכתב דמשו"ה א"צ קנין וסגי באמירה, ובבית יוסף ס"י צ"ח הביא ריטב"א דמשמע מדבריו דבשעת נשואין יש בזה דין דברים הנקנים באמירה וצ"ב, ועיין בבית יעקב ר"ס צ"ח שעמד בזה]. וכ"כ הבית יעקב ס"י צ"ח ס"א. ובשי"ד ס"י ע"א סק"ז כתב גבי שטר שכתוב בו נאמנות, [פ"י שהמלוה מאמינו ללוה לטעון שאינו פרוע] אם מאמינו רק נגד שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך, א"צ קנין. משום דהוי כאומר נאמן אתה עלי כחד. [והבית יעקב דף פ"ז מבאר דהוי כאומר אל תפרעני אלא בעדים, דאין סהדי שלא פרע לו בלא עדים כיון שהלה התרה בו וצ"ב]. אבל במאמינו כבי תרי בעין קנין, וביאר השי"ד דאין הוי כהתחייבות שאפי' אם האמת היא שפרע, מ"מ מתחייב לשלם שוב. [ועיין בבית יעקב כאן ובס"י צ"ח ס"א שדן שבכתובה לא מהני הטעם דהוי כאל תפרעני - דבכתובה יש חשש שהאשה תפסה כמו שנתבאר מאות קעח ולהלן, ועי' לא מהני מה שהבעל יחשוש לפרוע - דמ"מ היא תתפוס, ולכן בעי שבועה. ורק מדין מחילה או התחייבות יכול להועיל כאן].

קפה) במשנה אבל משביע הוא את יורשיה ואת הבאים ברשותה. והנה להלן פליגי אמוראי אם נפטרת רק משבועת אפוטרופיה או גם משבועת פוגמת. והקשו הראשונים דאם נפטרת רק משבועת אפוטרופיה, מה שייך שבועה זו ביורשיה ובבאין ברשותה. וכתבו דבע"כ צריך לפרש יורשיה ובאין ברשותה כמו שהביאו תוס' מהירושלמי דמירי שירשיה והבאין ברשותה היו בעצמם אפוטרופין. [עיין רמב"ן וברטב"א משמע באופן אחר]. אכן מלשון רש"י שגבי אינו יכול להשביעה כתב דבגמ' מפרש, ואילו גבי יורשיה כתב דמירי בבאין לגבות את הכתובה, משמע דאינו מפרש כתוס' אף להסוברים דמירי בשבועת אפוטרופיה, וקשה כנ"ל.

ובפני"י כתב דגם למ"ד דפטרה רק משבועת אפוטרופיה ולא משבועת פוגמת, מ"מ פטורה בשבועת "אשתבע לי דלא פרעתיך", והטעם, דהרי רש"י כתב להלן דהטעם דמ"ד דאינו פטורה משבועת פוגמת הוא משום שהיא גרמה לנפשה שבועה זו. וא"כ בשבועת אשתבע לי דלא פרעתיך דלא שייך טעם זה שפיר פטורה משבועה לכז"ע, ועל כה"ג אמרינן דמ"מ יורשיה חייבין שבועה דאשתבע לי דלא פרעתיך. [ובעיקר מש"כ הפני"י דמשבועת אשתבע לי דלא פרעתיך לכז"ע נפטרת, עי' ברע"א דף פ"ז שהקשה ע"ז קושיא, וכתב דל"ד רש"י יש מקום לפרש דהחילוק בין פוגמת לאפוטרופיה דבפוגמת הוי טענת ברי ובאפוטרופיה טענת שמה, - ובאמת כן פירש הראב"ד בהשגות על הרי"ף - ולפ"ז אשתבע לי דלא פרעתיך דהוי טענת ברי דמי לפוגמת].

וההפלאה תירץ דהיורשין נשבעים "שבועת אפוטרופיה", והגם דיורשים אינם חייבים אא"כ באים ליטול, [כמש"כ הפוסקים בחזו"מ ס"י סט בשם הרא"ש] מ"מ כאן כשיבואו לגבות את הכתובה הוי כמוציאים וצריכים שבועה. קפו) "נדר ושבועה". עי' בתוס' שהקשו דלא שייך נדר בגרושה. והרמב"ן כתב דכל אדם שרוצה שלא להשביע את שכנגדו אלא להדירו הדין עמו, והילכך כתבה דפטרת אף מנדר, אך הריטב"א כתב דבעלמא אין חיוב נדר ואם פטר משבועה פטור אף מנדר, [ומשמע בריטב"א דרך באלמנה שייך לשון נדר ושבועה, היינו שבועה חוץ לב"ד ונדר בב"ד - כדאיתא פרק השולח. אבל בגרושה לא. ואילו מדברי הנמוק"י בשם הריטב"א משמע דאף בגרושה איכא לתקנת נדר אם ירצה הבעל לפטרה משבועה, ומיישב לשון המשנה אף בגרושה, וצ"ע].

קפז) ואת הבאים ברשותה. פירש"י דאם גירשה ומתה נשבעים הלקוחות. ועיין ברמב"ן שמכאן מקור לדין חדש שלא שמענוהו בשבועות - דיש גם שבועת לקוחות, ולא רק שבועת יורשין. [ואילו לפירוש תוס' דהבאין ברשותה היינו אפוטרופין שהיא מינתה אין מקור לזה].

ועיין ברא"ש שמדייק מרש"י שרק אם מתה יש שבועת לקוחות, אבל אם היא חיה היא צריכה להישבע ואם לא נשבעת יפסידו הלקוחות. והב"ח (ס"י צ"ח) תמה ע"ז דדילמא כוונת רש"י דאם היא קיימת היא נאמנת בלא שבועה, שהרי האמינה עליו. ועי' משכ"ב הבי"ש (צ"ח סק"ד). וברטב"א כאן הרגיש בזה וכתב דא"י סברא שלא תצטרך להישבע, וכנראה כוונתו כדברי הבי"ש. והריטב"א בשם רבינו פליג ע"ז דכיון שפטרה משבועה א"כ הלקוחות יכולים להישבע. אבל אם לא פטרה ודאי צריך שבועה דידה. [והטעם דבעינן שבועת מוכר, כתב הרמב"ן שמה יודה אח"כ המוכר שהוא פרוע



ונאמן במיגו דמחילה. ולכאוי יל"פ דכ"ז שהיא קיימת לא תקנו שסגי בשבועת יורשין. ועי"ל דכ"ז שלא נשבעה אין חיוב על שיעבוד הגוף שנשאר ברשותה - לשיטת ר"ת במכירת שטרות - וא"כ גם אין שיעבוד נכסים].

והנה לגבי שטר חוב שיש בו נאמנות מבואר בחו"מ (סי' ס"ו סט"ו) דהלכות נאמן בלא שבועה ע"י טענת המוכר, והקשה הבית מאיר מ"ש מהכא דכתב לה נדר ושבועה אין לי עליך דחייבים הלקוחות שבועה, ולא מהני טענת האשה. ועיין בבית יעקב סי' צ"ח שמיישב דנאמנות הוא כקיבל עליו פסול שיהא נאמן כעד, וא"כ נאמן הוא אף כלפי הלקוחות. משא"כ כאן הוי מחילה [כמשנ"ת אות קפד] ולמי שמחל מחל למי שלא מחל לא מחל. וע"ש עוד תירוץ.

ובעיקר הדין שבמת נשבעים הלקוחות, הקשה הבית יעקב דבסי' סו סט"ו מבואר דאם המוכר מת נשבע □ היורש □ שלא פקדנו אבא, ולמה כאן נשבעים הלקוחות. ע"ש משכ"ב.

קפח) מבואר במשנה דיש חילוק בין פוטר משבועת עצמו לבין פוטר גם שיורשיו לא ישיבעו. והנה המשנה עוסקת בדין אפוטרופיא ובדין פוגמת, ויל"ע בשני האופנים אם החילוק בין אם זמן האפוטרופיא וחייב השבועה חל בחייו או בזמן שהיורשים הבעלים. או דילמא דלעולם יכולים היורשים להשיבע על מה שחל ברשותם והפטר מהני רק על החיוב שחל בחי האב.

ועי' ברמב"ן שהאריך מאד בזה, והביא דבירושלמי יש פלוגתא בזה, דלדעת ר' יוסי היכא דפטר ואת יורשיה אפילו נעשית אפוטרופיא אחר מותו ג"כ פטורה משבועה [והוסיף הרמב"ן דהני מילי במינה אותה אפוטרופיא בחייו ומכאן זה ממשיכה לאח"מ], ואם אמר רק "אין לי עליך", אז פטורה משבועה על מה שעסקה באפוטרופיא בחייו - ואפי' היורשין אין משיבעין ע"ז -, ואם היתה אפוטרופיא לאח"מ חייבת.

ודעת ר' יונה דעל אפוטרופיא שאח"מ לעולם חייבת, והחילוק בין אמר לי לבין אמר ולא ליורשי, הוא לגבי מה שהיתה אפוטרופיא בחייו, דאם אמר רק לי, יש ליורשים זכות להשיבע ע"ז. והרמב"ן הוכיח מהתוספתא דעת ר' יוסי ופסק כן. אכן עי' ברא"ש (סי' כט) שכתב בדעת ר' יונה, ומבאר שעל אפוטרופוסות שאח"מ צריכה שבועה, והטעם: דהתם לא פטרה אלא מאפוטרופוסות של ממונו שאף יורשין לא ישיבעו על שנעשית אפוטרופוס על ממונו וכשמת יצא הממון מרשותו ונכנס לרשות היתומים, עוד טעם כתב הרא"ש דלא מסקא אדעתה שהיורשים ימנוה לאפוטרופוס ולא בקשה מהבעל שיפטרנה משבועה זו.

ובהפלאה (צ"ח י') כתב דנ"מ בין טעמי הרא"ש באופן שפטר בפירוש אף מאפוטרופיא שלאח"מ, דלטעם ראשון לא מהני ולטעם שני מהני. ושוב כתב די"ל דאף טעם ראשון של הרא"ש הוא רק משום אומדנא, ומשעבד נכסיו מהשתא לנאמנות. ולגבי פוגמת כתב הרא"ש דפטורה משבועה ליתומים אף אם פגמה ברשות היתומים דלא שייך שם הטעמים הנ"ל.

קפט) הלכה מקבר בעלה וכו'. פירש"י דמייירי בכתב לי נדר ושבועה אין לי עליך. ועי' ברמב"ן שאפשר לפרש דמייירי בכתב לי וליורשי, ואפשר לפרש בכתב שרק לי אין נדר ושבועה, ותלוי במחלוקת הנ"ל אות קפח. ועי' בריטב"א שמדייק מלשון רש"י דקאי על אופן שאמר רק "לי", וכשיטת הרמב"ן. והרא"ש מפרש אף באמר ליורשי, וכמשנ"ת לעיל. ולר"י ומה"י (עי' רא"ש ורמב"ן) פירוש אחר בהך סיפא, דמייירי באופן שלא פטרה כלל משבועה, ואפי"ה אם מתה ולא תבע אותה קודם מותו הוי כמחילה על השבועה.

[והנה השו"ע (אבן העזר צ"ח ד') הביא את שיטת הר"י הנ"ל בשם י"א, ואילו בשו"ע (חו"מ סי' צג) כתב בפשיטות דשותף שמת היורש משיבע את השותף. [ועמדו בזה ה"ט"ז והב"ש באבהע"ז]. ובבית יעקב מיישב, דהנה הדין שבועת שותפין הוא רק כשיש חשד בב' כסף - עי' אות קעג - , וא"כ י"ל דכל דברי הר"י רק כשהיורש יש לו חשד מצד עצמו, ובזה מודה הר"י שיכול להשיבע, דמאן יימא דהאב מחל, דילמא לא השביע מפני שהוא לא חשד. אבל באופן שאין ליורש חשד ורוצה להשיבע רק מפני שאולי אביו היה משיבע, ע"ז אמרינן מ"מ, אם לאב לא היה חשד אין סיבה להשיבע ואם היה חשד הרי מחל על השבועה.]

קצ) משיבעין אותה על העתיד לבא ואין משיבעין על שעבר. עי' ברא"ש שהקשה דהא כבר תנן "אין היורשין משיבעין אותה", ולמה חזר ואמר דאין משיבעין על שעבר. וכתב בשם ר' שמואל מנרבונא דקמ"ל שאף ע"י גלגול אין משיבעין אותה [היינו דאף שמשיבעין בפועל על להבא אין משיבעין על העבר]. והרמב"ן הביא דעות בזה אם הפטור שבועה מהני אף על גלגול [וע"ש שהביא ראיה מתוספתא דבגלגול משיבעים]. ומ"מ אף לשיטות אלו רק בסתמא לא פטר מגלגול, אבל אם אמר בפירוש פוטר אף מגלגול כמבואר בש"ך סי' ע"א סק"ד ובגרי"א סק"ג.]

ולפי שיטות אלו הדק"ל מאי קמ"ל והרמב"ן מיישב: זו ששינו ואין משיבעין אותה לשעבר שבועה באפי נפשה, ומשנה יתירתא היא ללמד שלא פטרו אלא על מה שעבר קודם שבא לרשות היתומים, אבל שבין מיתה לקבורה משיבעין אותה. ולמאי דק"ל כרב מתנה דאמר בין מיתה לקבורה לא משיבעין לה היינו לשעבר דמתניתין ולגופה צריכה.

ועיין בב"ש (צ"ח יב) שדן לשיטת הר"י דהפטר הוא ע"י מחילת האב, אם אפשר לגלגל שבועה, והביא דהב"ח והח"מ הסתפקו בזה, והוא עצמו מוכיח מהמשנה דאין משיבעין ע"י גלגול - כמו שהוכיח הר"ש מנרבונא לשיטות דמייירי בפטרה משבועה. אמנם הגרע"א בחידושי הש"ס שבדו"ח חולין כתב דכמו שתירץ הרמב"ן לשיטות דמהני גלגול, כן יתכן שיתרץ גם הר"י.

דף פ"ז ע"א

קצא) אמר רב יהודה אמר רב על אפוטרופיא שנעשית בחיי בעלה. ופרש"י דדוקא באפוטרופיא שאין השבועה מחמתה משא"כ בפוגמת. ולעיל - אות קפה - הובאו דברי הראב"ד והגרע"א דיל"פ דהחילוק בין היכא דהבעל תובע בב"י להיכא דתובע בשמא, ונ"מ דלא פטרה משבועת אשתבע לי דלא פרעתין.

והקשה הגרע"א על שיטת רש"י דא"כ מאי פריך בגמ' דעל אפוטרופיא לא מסקא אדעתה, והרי על אשתבע לי דלא פרעתין ודאי מסקא אדעתה, וא"כ אגב זה פוטרת את כל השבועות [שאין השבועה מחמתה] וכמש"כ רש"י לאידך מ"ד דמאחר ומסקא דעתה על פוגמת כ"ש על אפוטרופיא.

עוד הקשו הגרע"א וההפלאה, דלשיטות שיש שבועת גלגול על פילכה ועיסתה [עי' אות קעה] א"כ הרי אסקה אדעתה שתשיבע ע"י גלגול מפוגמת על פילכה, [דכל אשה יש לה פילכה ועיסתה ובזה ודאי מסקא אדעתה] וא"כ מאחר ופטרה על גלגול דפילכה אגב זה פטרה גם משבועת אפוטרופיא, וע"ש משכ"ב.

קצב) ומסקינן דפטרה אף משבועת פוגמת. וכתב הראב"ד דמ"מ בשבועת ע"א חייבת, דלא הימנא כנגד אחרים. והרא"ש (סי' יח) חולק דכאן הרי ב"ד מטילים את השבועה, וא"כ אין נ"מ איך בא החיוב שבועה, דמ"מ פטר הוא מכל שבועה.

אמנם לגבי שבועת נפרע שלא בפניו דן הרא"ש (סי' כח), דבעצם בשלא בפניו אין ראוי כלל לירד לנכסיו דשמא יש לו שובר או צרי אתפסיה אלא שאמרו חכמים לעשות כן לר' יצחק נפחא (דף פ"ח א') בכתובת אשה משום חינא, ולרב נחמן אף בבע"ח משום נעילת דלת, הילכך ראוי שלא יועיל לה הפטור לענין זה דכיון דשלא בפניו היא מעיזה פניה. אמנם מסיק הרא"ש מסידור לשון המשנה דאף משבועה שלא בפניו היא נפטרת. [ובשו"ע חו"מ סי' עא ס"ב מובאת דעה דאין נפטרת].

קצו) תוד"ה לכרגא. הקשו על רש"י דבערכין מבואר דלצורך יתומים א"צ שומא ואכרזתא. ועי' במג"ש שמתרץ דלצרכי יתומים בעינן אכרזתא וא"צ שומא וממילא א"א להעמיד המשנה בצרכי יתומים דשם מבואר דבעינן גם שומא.

דף פז ע"א

קצד) בדינא דאבא שאול יש שלש דעות בראשונים. [עי' ב"ש סי' צ"ח סק"יב]. א) דעת הרי"ף דכל דברי אבא שאול רק באמר נקי נדר נקי שבועה, אבל אם פטר בפירוש אפי' יורשים הרי הם נפטרים. ב) דעת ר"ח דאם פטר בפירוש משבועת יורשים מהני, אבל באומר נדר ושבועה אין לי ולא ליורשי עליך, מפרשים דכוונתו רק לפטור משבועת פוגמת ושבועת אפוטרופיא, ולא משבועת הנפרע מנכסי יתומים [כיון דיש בזה עקירת תקנת חכמים], וכיון דלא נפטר מזה ממילא מגלגלים עליו להישבע גם על האפוטרופיא. [דברי הרי"ח הובאו ברמב"ן בחידושי ובספר הזכות, וכן בריטב"א בשו"ת, הועתק בבית יוסף סי' צח]. וכתב הב"ש הנ"ל דמוכח מדברי הרי"ח דהפטר משבועה אין כלול בזה פטור מגלגול, ולעיל אות קצ הובאו דעות בזה. ג) דעת הרא"ש ועוד ראשונים דאפי' אם פטר בפירוש לא מהני.

קצה) וביאור שיטת הרי"ף, דהוא נקט דאבא שאול לא פליג אמתניתין ולכן מחלק בין פטר בפירוש להיכא דאמר נקי נדר. ועיין בראשונים שהקשו עליו מהסוגיא דדף פ"ח ב' דמבואר באוקימתא בהו"א דר"ש פליג על משנתו וסבר כאבא שאול, אלמא אף בפטר בפירוש נחלק. ועי' ברמב"ן בספר הזכות שכתב דלמסקנא לא מוקמינן הכי, וס"ל להרי"ף דמדלא אמרו בסוגין מתניתין דלא כאבא שאול מוכח דבאמת הדרין כן מהך סברא. ועי' ברא"ש (סי' כ') שמתרץ באופן אחר, דלהך אוקימתא דדף פח דר"א עדיפא מאבא שאול שאפי' באומר בפירוש לא מהני.

ובעיקר דברי הרי"ף צ"ב דבגמ' משמע דהטעם משום דאיכא תקנ"ח, ואילו לדברי הרי"ף הנידון הוא בלשון. ובחידושי הריטב"א מבאר דכיון שהלשונות סתומים אין עוקרין מפני לשון סתום תקנ"ח שתקנו בבא ליפרע מנכסי יתומים. ומבואר יותר בתשובת הריטב"א (מובא בבית יוסף סי' צח) דכיון שיש כאן עקירת תקנ"ח מסתמא לא היה בדעתו כן. וכן משמע ברמב"ן בחי' ובספר הזכות.

והרא"ש כתב בביאור דברי אב"ש לשיטת הרי"ף: אבל מה אעשה שחכמים הזקיקוה שבועה כשאמר בלשון הזה אע"פ שיש במשמעותו שאף מן הירושין פטרה. ודבריו צ"ב. ויתכן שכוונתו כעין שביאר באבי עזרי (פס"ז מאישות) דיש ב' אופנים לפטור משבועה. א) מדין נאמנות, שמאמינה וכאילו הודה שמה שתאמר אמת. ב) מדין מחילה על השבועה. והשתא י"ל דבתר אב"ש היא שתקנ"ח בנפרע מיורשים היא תקנה בפני"ע ואינה מזכויות האב, וממילא ל"ש שימחול ע"י. אכן אם היתה נאמנות שפיר פטור משבועה כנגד היורשים, שהרי הוי כהודאת בע"ד שחייבים לו. ומעת ה"ל דלשון נקי נדר הוא רק לשון מחילה, וע"ז אמר אב"ש דלא מהני מחילה לשבועת יורשים [אע"פ שכלולה בלשונן] משום דאין לו בעלות ע"ז. אבל במתניתין אם פירש מהני, דהלשון נדר ושבועה אין לי עליך מתפרש שהאמינה והוי כהודאת בע"ד. [ולפ"ז בנקי נדר אפי' אם יאמר ליורשי לא מהני]. ועי' בבית יעקב שמפרש דברי הרי"ף באופן אחר.

קצו) ולדעת הרא"ש דלא מהני כלל פטור מיורשים, כתב הרמב"ן דטעם הך דעה משום דלאו כל כמיניה למעקר תקנה דרבנן. ועיין לשון הריטב"א דתקנה מוחלטת היתה שאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה, דהא בלא נאמנות נמי שורת בדין לגבות מהם בלא שבועה כיון דליכא דטעין בפירעון בברי אלא שחכמים הפריזו על המדה לתקנת היתומים כיון שכן אף תנאו של לוח לא יועיל בכך.

ובתוס' ר"י כתב "דלא מהני תנאי אלא לגבי ידיה, אבל גבי יורשין כיון דנפקי נכסי מרשותיה לא אהני ליה תנאי. ובהמשך דבריו כתב לחלוק מה"ט על מה שכתב ר"ח שקבלה מרבותינו דאם עשה קנין מועיל לפטור משבועה אף מיתומים, וכתב התור"י דלסברא הנ"ל שאינו בעלים על הממון שברשות יורשיו גם קנין לא מהני.

קצז) כתב הרי"ף דלא מהני פטור לגבי לקוחות. והקשה הראב"ד דהרי במשנה מבואר דאף הבאים ברשותו אינם משביעים. ותירץ הרמב"ן בספר הזכות דהרי"ף מפרש "הבאין ברשותו" שמינה אותה אפוטרופיא לזמן מסויים ומכר את נכסיו לאחר, דאז היא אפוטרופיא של לקוחותיו, ובזה מהני הפטור, אבל לגבי לגבות מלקוחות לא מהני הפטור.

עוד מפרש הרמב"ן ד"הבאין ברשותו" הכוונה לב"ד, שאם גובין שלא בפניו חייבת שבועה, דאין אמירתו פוטרת אלא לנפרעת הימנו בפניו שאינה מעיזה פניה, אבל שלא בפניו דאינה מעיזה לא הימנה. [ועי' אות קצב דברא"ש פליג ע"ז]. ועוד סברא כי שמא מפני הנאמנות פרע בעדים או בשובר ואין אנחנו יודעים.

[במש"כ הרמב"ן דיש חילוק בין נפרעת בפניו דמעיזה לנפרעת שלא בפניו. מצינו כע"ז בסמ"ע (ע"א ל"א) דהטעם דאם לא פטר בפירוש משבועה ליורשיו חייבין שבועה, משום דטענינן ליורשין שאביהן פרע ואם היה הלוה חי לא היה המלוה מעיז פניו נגדו לורמ שלא נפרע ולכך האמינו נגדו, אבל נגד יורשיו לא האמינו כי ירא שיעיז לכפור הפקדון. ועיין בהפלאה (צ"ח ח') שהקשה דא"כ אם פטר את יורשי האשה שכלפיהם ל"ש ההעזה, א"כ ליכא להך סברא וממילא יהיו פטורים משבועה אף מיורשיו, ואילו במשנה לעיל מבואר שצריך לפרש הן את יורשיה והן את יורשיו, וע"ש].

קצח) והטעם דאינו נאמן גבי הלקוחות, כתב הרי"ף דזה ע"פ הגמ' בדף יט דלא מהני הודאת בע"ד כשחב לאחרים. והקשה ראב"ד דהרי נתן הנאמנות קודם, ועי' ברמב"ן וברא"ש משכ"ב. ועי' באבי עזרי (פס"ז מאישות משכ"ב).

קצט) הנה דינא דאב"ש נאמר בכתובה. אמנם לגבי נאמנות בבע"ח כתבו הפוסקים (עי' ש"ך סי' ע"א סקל"ח ובגרי"א סקל"ד) דמהני פטור מפורש. והש"ך מבאר החילוק משום דבאשה חיישינן יותר לצררי. והגרי"א הביא מהמרדכי בשם הירושלמי דבכתובה כיון שהיא דרבנן חייבו שבועה, משא"כ בחוב שמעיקר הדין מגיע לו. ועי' בבית יעקב בסוגין שמבאר באופן אחר, דבבע"ח הפטור מדין אל תפרעני אלא בעדים, וזה מהני גם כלפי יורשים. משא"כ בכתובה לא מהני הך טעמא [כמשנ"ת אות קפה] ולכן א"א לפטור, וע"ש שהאריך טובה בזה.

ר) במשנה, מנכסים משועבדים ומנכסי יתומים והנפרעת שלא בפניו. כתב רש"י דטעם השבועה משום דאם היה האב טוען בברי אשתבע לי דלא פרעתיד היה חיוב שבועה כדאמר ר"פ בשבועות מ"א א' [והוא שבועת המשנה כדמוכח מקו' הגמ' שם, וכ"כ הראשונים] וא"כ ללקוחות ויתומים ושלב"פ טענינן שישבע.

ובגמ' שבועות מ"א' הקשו על ר"פ וכי מה בין זה [אשתבע לי דלא פרעתיד] לפוגם שטרו. ותיצרו התם אע"ג דלא טעין איהו טענין ליה אכן, הכא אמרינן ליה זיל שלים ליה ואי טעין ואמר אשתבע לי אמרינן ליה זיל אשתבע ליה. ובתוס' הקשו מאי פריך אר"פ, הרי דינו מוכח מדין שבועות הנפרע מלקוחות ויורשים ושלב"פ דטעם השבועה משום טענין. וכתבו תוס': ומיהו נראה דטעמא לאו משום הכי הוא דאפי' לא מצי טעין טענין ליתמי, דבפרק הכותב אמרינן כתב. לאשתו נקי נדר נקי שבועה לא תפרע מן היתומים אלא בשבועה, אלמא עכוב רבנן תקנתא ליתמי אפי' במקום שאין האב יכול להשביע. [ועי' פנ"י שהקשה כע"ז מהמשנה פ"ו ב' כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך אין יכול להשביעה וכו' אבל יורשיו משביעין אותה, וכתב דכן הקשו תוס', ואמנם התוס' הקשו מדינא דנקי נדר ולא מהמשנה, ותמה ע"ז הרש"ש פ"ו ב', ויבאר להלן].

ומבואר דפליגי רש"י ותוס' אם השבועה משום טענין או דהוי שבועה חדשה. [ועי' ברש"י גיטין נ' א' ד"ה לשבועה, וברשב"ם ב"ב ע' ב' שכתבו כרש"י כאן]. וצ"ע מהא דנקי נדר וכמו שהקשו תוס'. ובפנ"י הביא דבספר נתיבות משפט [אלגזין] תירץ דסוף סוף הוי מצי למיטען אלא שלא מהני מצד הפטור, וא"כ כאן דלא מהני ההוא פטורא גבי יורשין שפיר טענין לירוש. וכתב ע"ז הפנ"י דהדברים ראויין למי שאמרן. [ועי' בבית מאיר ר"ס צו שהוסיף ביאור בזה, דדוקא בטענה דלא מצי אבוהו למטען מפני שמחזיקין אותה בשקר הוא דלא טענין בעד היורשים משא"כ הכא דטענת אשתבע היה ראוי להתקבל לולא שכתב לה].

ובקו"ש ח"ב סי' ג' אות ז' מפרש דיסוד המחלוקת רש"י ותוס' הוא דלדעת תוס' כח היתומים בטענתן הוא בתולדה מכח האב - כעין ירושה - וכיון דמחל זכותו שוב ל"ש שיהיה להם זכות זו. ורש"י סובר דטענין הוי טענה מצד עצמן כמו האב וכיון דאילו לא מחל האב יכול להשביע, ה"ה דהיתומים משביעים.

ויתכן דהתוס' ג"כ מודו דאם הפטור של האב מוגבל לימי חייו אבל לגבי היורשין לא פטר כלל משבועה - דאז טענין. ולכן לא הקשה מהמשנה ששם פטרו רק ממנו ולא מיורשיו, ושפיר שייך טענין שאף זכות האב היא להשביע לגבי יורשין. ורק מדינא דנקי נדר שמשמעות הלשון הוא פטור אף כלפי היורשין ומ"מ משביעים, מזה הוכיחו דא"ז מדין טענין.

ובהפלאה כתב דדברי רש"י רק לת"ק, אבל לאבא שאול שאמר מה אעשה שאמרו חכמים הבא ליפרע וכו', זה גופא מה שאמר אבא שאול שיש חיוב בפנ"ע על היורשים. ובהכי פליגי ת"ק ואבא שאול. [ולפ"ז מוכרחים לומר התירוף הנ"ל במשנה].

ובבית יעקב כתב דכל דברי רש"י רק גבי גביית בעל חוב, אבל בגביית כתובה מודה רש"י לטעם התוס', דשתי תקנות הם, (א) תקנת בע"ח הגובה ממשועבדים ויורשים, ושם הוי חשש פרוע. (ב) תקנת כתובה הנגבית ממשועבדים ויורשים, דשם החשש הוא דאתפסיה צרי סמוך למיתה. והנה התוס' סברי דבכתובה חיישין שפרע גם בתו"ז משום שהוא תנאי ב"ד [עי' תוס' ב"ב ה' ב'] ולפ"ז גם בגרושה יכול להשביע דלא פרעתיד קודם גירושין [וכמש"כ הב"ש צו ח']. וא"כ שייך לומר דהשבועה ביורשים משום דטענין, ושפיר הקשו תוס' דא"כ בבקי נדר לא ישביעו. אבל רש"י י"ל דסובר כהשיטות דכל החשש בכתובה רק משום דאתפסי צרי קודם מיתה כדי שלא תתבזה בב"ד, אבל קודם שעה הסמוכה למיתתו אינו מתפס משום דהוי בתו"ז, [ולפ"ז באמר לגרושה השבע לי שלא פרעתיד קודם גירושין א"צ שבועה].

ומעתה באלמנה ל"ש כלל טענין, שהרי האב לא יכול היה להשביע ובע"כ הוי תקנה חדשה משום צרי ע"ש. [ולעיל אות קפא הובאו עוד ראיות דב' תקנות הם]. אלא דצ"ע לפ"ז מאי דפריך בגיטין ל"ד ב' אהא דתנן אלמנה הנפרעת מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה, ופריך מאי איריא אלמנה אפי' כולי עלמא נמי, ואם ב' תקנות הם מאי פריך. ועי' בבית יעקב שהביא גמ' זו והוכיח משם כדבריו ולכאוף קשיא משם על דבריו.

[ועי' בפנ"י שכתב כעין דברי הבית יעקב ע"פ הרשב"א, ובבית מאיר כתב דאפי' לשיטת הרשב"א שייך טענין דאילו היה האב קיים אחר הזמן היינו טוענים, וה"נ השתא הרי אחר הזמן קיימין [שכבר עברה שעה הסמוכה למיתתו] ושפיר טענין.

(רא) הקשה הפנ"י לשיטת רש"י דאשתבע לי דלא פרעתיד ושבועת יורשים חדא היא, א"כ מ"ש שבועת יורשין שאמרינן בה אין אדם מוריש שבועה לבניו, ואילו אם מת מלוה בחיי לווה מוריש החוב אע"פ שיש בו שבועת אשתבע לי דלא פרעתיד. ולכאוף יש ליישב בפשיטות דכ"ז שלא תבע לא חל חיוב השבועה, ואם תבע ואמר אשתבע לי דלא פרעתיד אה"נ דלא יוריש לבניו וכ"כ בהפלאה. ועי' בשו"ע חו"מ סי' צ"ב ובש"ך שם דדעת רש"י דחשוד אין יכול לגבות מיתומים. ובסי' פ"ג גבי טענת אשתבע לי פוסק השו"ע דחשוד גובה בלא שבועה, ולכאוף לרש"י דדא ודא אחת היא אין מקום לחלק ביניהם. [ולכן כתב דלפי אבא שאול מודה רש"י דשתי שבועות הן וכדלעיל].

ובדעת תוס' צ"ב למה באמת תקנו תקנה חדשה דלא סגי לרבנן בטענין [והגם דיש בזה נ"מ לגבי נקי נדר, מ"מ לא מסתבר שבשביל זה יתקנו תקנה חדשה] ושמעתי מהגר"י אדלשטיין שליט"א סברא בזה, דלמסקנת תוס' ל"ש טענין בזה, דכיון דכאן לא סגי בטענת פטור, אלא בעינן גם תביעת שבועה והתביעה יוצרת את החיוב, א"כ י"ל דלא טענין הכי, דרק טענה שמא המציאות כן טענין, אבל לא טענה שתחדש חיובים.

(רב) ועי' בדו"ח להגרע"א שהסתפק אם בגרושה משביעים שבועת אשתבע לי דלא פרעתיד, די"ל דמשום חנא לא תקנו שבועה זו אלא בשבועה חמורה דפוגמת ונפרעת מנכסי יתומים שא"צ תביעת שבועה, אבל בשבועת אשתבע לי דקילא דבעינן תביעה, דילמא לא חייבו שבועה. וכתב הגרע"א דלשיטת רש"י פשיטא דיש חיוב שבועה דאל"כ אף בגובה מיורשים לא תצטרך להישבע דטענין לה אבל לדעת תוס' יש להסתפק. ועי' מה שפלפל עפ"ז בדבר הקושיא באות קצא. ובאבי עזרי פט"ז מאישות העיר שברמב"ם שם מפורש דיש בזה שבועה.

(ג) בתוד"ה מקשים, מ"מ לא בעיא (גרושה) אך כמו אלמנה. וצ"ב דאדרבה גרושה בעיא חן טפי דהיא בזויה טפי דאלמנה כמש"כ תוס' להלן צ"ז ב' ד"ה אלמנה. וביאר הגרע"א דסברת תוס' דגרושה שיכלה לתבוע תיכף משתגרש והמתינה עד שימות, איהי דאפסדא אנפשה, ומש"ה לא שייך כ"כ חנא.

דף פז ע"ב

(ד) בסברת רמב"ח דהוי שבועה דאורייתא, תמהו הראשונים מה הס"ד וכי לא ידע קרא ומשנה דולקח בעליו ולא ישלם, וכן דאין נשבעין על שעבוד קרקעות. וכתב הר"ן דרמב"ח ס"ל דולקח בעליו ולא ישלם לאו דוקא אלא מי שבא להעמיד הדבר בחזקתו הראשונה הוא נשבע וכאן האשה באה להעמיד חזקתה במה שהבעל חולק עמה ולומר שלא נפרעת אלא מקצת.

וכתב הר"ן דהרשב"א נדחק בזה, והוא בשו"ת הרשב"א (ח"ב סי' רנד) והעתיקו במגיה לריטב"א כאן דשטר מוחזק הוא וחשיב בעל כמוציא במה שמריע את השטר, ואיהי כמודה במקצת ממה שיש בידה, וכאלו טען הוא שטר פרוע של מאתים יש לי בידך ואיהי קא מודה השטר פרוע של מנה, ולכן הטילו שבועה כעין של תורה ולא של תורה ממש, וכ"כ התלמיד הרשב"א בשטמ"ק ובריטב"א וכע"ז בתוס' הרא"ש ע"ש.

והקושיא משעבוד קרקעות תירץ הר"ן דרמב"ח ס"ל דרק על קרקע אין נשבעין אבל על שעבוד קרקעות נשבעין. [ועי' ברע"א בתשובה קנ"ג שמחלק בין היכא דיש זכות גביה רק מקרקע, להיכא דיש זכות גביה גם ממטלטלין. ועי' בחי' הגר"ח ה' שבועות ובחי' הגרש"ש ב"מ סי' ו' באופן שיש גם שעבוד מטלטלין וגם שעבוד קרקע היכי נידייניה]. ואמנם רבא פליג ואמר דאף שעבוד קרקע אין נשבעין עליו, וכן הוא בסוגיא דב"מ דף ה' ב'.

ר"ה למסקנת הגמ' דהוי שבועה דרבנן, משמע דשבועות דרבנן נוהגות אף בקרקע. אכן יעוי' במרדכי אות רכח, וז"ל אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות הקשה הרב ר"י מקורב"ל האידן נשבעין שבועה דאישתבע לי דלא פרעתיך והא שטר שעבוד קרקעות הוא וכו', וי"ל כגון שכתוב בשטר שמחל לו השעבוד. והגרע"א תשובה קנ"ג נשאל דהא בגמ' מסקינן דנשבעין על שבועות דרבנן. והשיב דמבואר במרדכי פ"ו דשבועות לחלק בין פוגמת לשאר שבועות [משום דפוגמת איכא טעמא דפרע דייק ולא בעלמא]. וע"ש עוד משה"ק השואל מהגמ' שהביא רש"י דפריך מאי איכא בין פוגמת לאישתבע לי, והרי נ"מ בקרקע, והשיב הגרע"א דהסוגיא שם סוברת כרמב"ח ששעבוד קרקע אין דינו כקרקע ע"ש.

[וי"ל בדברי המרדכי בסו"ד שהביא מסקנת הגמ' דדרבנן הוא וכתב דמכאן ראייה דנשבעין מדרבנן על כפירת שעבוד קרקעות וכ"פ האלפסי פרק שבועות הדיינים. ואולי זה דברי ראשון אחר. ועי' בהג"א שמחולק המרדכי לשני חלקים, ועי' בתפארת שמואל על הרא"ש בשם מהרש"ל שמבאר היטב דברי המרדכי, ודלא כגרע"א]. עוד הביא הגרע"א דברי ההג"א פ"ק דמציעא, דאין שבועת היסט בקרקעות, וכתב הגרע"א דזה כשיטת המרדכי הנ"ל.

דף פז ע"ב

ובדין ע"א על קרקעות, עי' קצה"ח צ"ב י' דמוכח שאין שבועה דרבנן, וכ"כ בשער משפט צה א' ובהגהות מלואי חושן הוכיח מהגר"א [ע"ה סקע"ז, קמ"ו סק"ז] דנשבעין. וברע"א כתובות כתובות כ"א א' מבואר ג"כ דנשבעין.

רו' מבואר בגמ' דפוגמת וע"א הוי כפירת שעבוד קרקעות. והנה הרמב"ם כתב (פס"ז הכ"ה מאישות) דאם תובעת כתובת בתולה והבעל מודה לה בכתובת אלמנה חייב שבועה דאורייתא מדין מוב"מ.

וביאר המ"מ דאחר שתקנו שתגבה כתובה ממטלטלין אין לזה דין קרקעות. והנה הראב"ד השיג שם על הרמב"ם דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, וכוונתו להוכיח מסוגין ומהסוגיא בב"מ ה' דכפירת שעבוד קרקעות הוי כקרקע. והנה הקושיא מסוגין תלויה במחלוקת הראשונים אם גרושה גובה ממטלטלין [ונתבאר בדף פ"א ב'], וברמב"ם יש שתי גירסאות בזה [עי' פס"ז ה"ה במ"מ], וקשה לפי הגירסא דגובין ממטלטלין מ"ש מודה במקצת שכי המ"מ דאי"ז כפירת שעבוד קרקעות כיון דיש גם זכות במטלטלין. ואילו בגרושה שפוגמת כתובה הוי כשבועה על הקרקע. וביאר הגר"ח בה' אישות שם, דבמוב"מ המחויב שבועה דהיינו הבעל כופר בממון, ואילו הכא המחויב שבועה דהיינו האשה תובעת ממון. ומעתה י"ל דכיון שהחוב מורכב הן מקרקע והן ממטלטלין, לגבי כפירה לא מקרי שעבוד קרקע כיון דאין הכפירה נשלמת אלא בצירוף כפירת המטלטלין. משא"כ לגבי תביעה, כיון שיש גם תביעת קרקע אשר היא קימת בפני"ע, יש לזה דין כפירת קרקע, ע"ש בארוכה, וע"ש שיישב גם הסוגיא דב"מ דף ה' ואכ"מ.

רו' הסמ"ע (סי' נ"ה סק"ו) כתב דשטר אין גובין בו ממשעבדי [אפי' במחצה שטוען שאינו פרוע] גזירה שמא יגבה בכולו. והש"ך (שם) חולק ע"ז.

והנה נחלקו הרא"ש והרמב"ן בשבועות ל"ז, באופן שתובע חוב אלא שהשטר נאבד ובפועל א"א לגבות מקרקע, דדעת הרא"ש דג"ז הוי כפירת שעבוד קרקע כיון דלפי האמת יש זכות קרקע. והרמב"ן כתב דכיון דבפועל א"א לגבות הקרקע גם אם הלה יודה, שוב לא הוי כפירת שעבוד קרקעות. והקשה הקצה"צ (פ"ח כ"ב) דא"כ לדעת הרמב"ן ולפמ"ש"כ הסמ"ע הנ"ל דשטר שנפגם אין גובין בו קרקעות, מאי פריך דהכא הוי כפירת שעבוד קרקעות. ועי' במלואי חושן שמיישב ע"פ סברת הגר"ח הנ"ל, די"ל דכל דברי הרמב"ן בנתבע ולא בתובע.

רח' דפרע דייק דמפרע לא דייק. והנה לגבי שטר שהלוה טוען פרוע הוא והמלוה טוען שמא פרוע הוא, נפסק בשו"ע סי' נט דאינו גובה, וביאר הקצה"ח (סק"א) הטעם משום דהוי ברי ושמא להחזיק, ולגבי להחזיק לכו"ע ברי עדיף. [אכן בשמא ושמא, מבואר בשו"ע (פ"ב ס"ב) דגובה].

והקצה"ח הביא ראייה לדין ברי ושמא, מהא דבסוגיין מבואר דפוגם צריך שבועה משום דלא דייק, ופשוט דהלא דייק לא גרע מספק, וא"כ אם נימא דבטוען ספק גובה, אין הפוגם גרוע מספק ויגבה בלא שבועה, ובע"כ דבספק אינו גובה כלל. והנתיח"מ דחה דשאני הכא דכיון דהמלוה מודה דמקצתו פרוע איתרע שטרא, ובכה"ג אפי' בשמא ושמא נמי אין גובין את השטר.

והנחל יצחק הוכיח כדברי קצה"ח מהא דאמרין הכא "דפרע דייק", משמע דבעינן טענת ברי. ולהנתיח"מ אפי' בטענת שמא אין גובין. [והעירו דכאן אין הפוגם טוען שמא, אלא דאין טענתו טובה כ"כ, וא"כ יתכן דלא חייבוהו שבועה א"כ התובע טוען ברי, וכל מה שדננו לעיל הוא דכאן לא גרע משמא, אבל יתכן דעדיף].

והביא הנחל יצחק דהגר"א סי' פב כתב על הדין הנ"ל [דבשמא ושמא גובין] "דזהו כמש"כ בכתובות דפרע דייק", והיינו דבלא הברי שלא התובע היה הנתבע גובה דהוי כשמא ושמא, ורק מחמת דטענתו יש לה בין כברי אפי' מדרבנן, לכן צריך שבועה.

ולפ"ז מוכח דדין פוגם הוא רק בטוען ברי, וכן מבואר בראב"ד והגרע"א אות קפה. [וע"ע שער משפט סי' עה ואמרי בינה דיני טוען ונטען סי' ה' לגבי פוגם מלוה ע"פ והלוה שמא].

רט' ובדין פוגם יש לעיין אם זה רק באופן שאומר שפרע מקצת השטר דאיתרע השטר, או אפי' באופן שמכחיש הכל [אם יצויר שם דפרע דייק דמפרע לא דייק]. ובתוס' ד"ה דמפרע מבואר דאף בכופר הכל היה מקום לחייב, אלא דאז הוא דייק. וההסבר כנ"ל בקצה"ח ונתיבות דהוי כברי ושמא מדרבנן עד שישבע.

אולם יעוי' ברש"י שבועות מ"א א', מ"ה א', דמשמע שהטעם משום דליכא למיסמך תו אשטרא דאימא נפרעה טפי. ומשמע להדיא דהטעם משום דהשטר איתרע. וכן בסמ"ע סי' נ"ח סק"ג מדמה דין איתרע בסטראי לפוגם ע"ש. ולכאוי זה דלא כתוס'. וכן ברשב"א ושאר ראשונים באות רד מבואר דלרמב"ח השבועה היא כעין של תורה - כעין מודה במקצת.

רל) תוד"ה אמר. הקשו דהכא ליכא טעמא דאשתמוטי. והנה נחלקו רש"י ותוס' ב"מ ג' ב' למה בעינן לטעם אשתמוטי. דעת רש"י דבלי האשתמוטי הוי מיגו דחשיד אממונא. ודעת תוס' דבלי האשתמוטי יש לו ראייה שאומר אמת במיגו דכופר הכל. וכתב מהרש"ל דלפי פ"י תוס' אין כאן קושיא, דכאן לא שייך מיגו [כנראה כוונתו משום סברת תוס' ד"ה דמפרע, דכאן סבור הוא שאומר אמת]. ובמהר"ם כתב דאף לפרש"י ל"ק דע"י הך סברא שסבור שאומר אמת שוב אין הוא חשוד, וא"כ צ"ע מה הקשו התוס'.

וחזינן מדברי התוס' דפשוט להם דרמב"ח חולק על הסברא דמיפרע לא דייק, ולכן ל"ש תירוצים אלו, אלא צ"ב מנין שרמב"ח חולק ע"ז. ועי' בשער משפט (פ"ד ד') משכ"ב. ועי' במרדכי שמבואר דהקושיא לשיטת תוס' בב"מ, ודלא כמהרש"ל. ועיין בפנ"י ובהגהות ברוך טעם.

ריא) תוד"ה אמר. ולעיל אות רט נתבאר דמוכח מתוס' דאף כשאין דריעותא בשטר בעינן שבועה. וע"ע ברע"א במערכה אות טז שהוכיח כן, מהא דפוגמת בעדים בעיא שבועה אף שאין ריעותא בשטרך בידי שהרי יש לו עדים כטענתו, והוי ככתב שובר. [אכן מ"מ נהי דאין ריעותא ב"שטרך בידי", מ"מ יש ריעותא בעצם התביעה, ועדיין אין ראייה להיכא דליכא ריעותא כלל].

והנה בב"ב ה' ב' איתא דבנפרע תו"ז מיתומים א"צ שבועה דחזקה אין אדם פורע בתו"ז. והרמב"ם פ"ד ה"א ממלוה פסק דה"ה בפוגם שטר בתו"ז א"צ שבועה. וכתב המ"מ דיש לפקפק בזה, דכיון דפגם שטרו איתרע חזקת אא"פ בתו"ז, שהרי חזינן דפרע מקצת. והקשה המל"מ דא"כ נימא דבפוגם איתרע ג"כ חזקת שטרך בידי זאי בעי [שהרי חזינן דעל החצי הפרוע מחזיק השטר אע"פ שאין לו חוב].

ותירץ המל"מ בב' אופנים. א) דחזקת שטרך בידי לא איתרע ד"ל דפרע ע"ד לכתוב מיד שובר ונטרפה השעה מאיזה סיבה. ב) דכל דברי המ"מ רק לגבי חיוב שבועת פוגם שטרו. דלזה מהני האיתרע, אבל לגבי חיוב תשלומין [כגון לפוטרו במלוה ע"פ מלשלם השאר] לא מהני האיתרע. וצ"ב מ"ש שבועה מתשלומין. ובשיעורי ר' שמואל ב"ב דף ה' אות קלד, רצה לבאר דהפגימה אינה מבטלת לגמרי את החזקה, אלא רק הוי פגם בחזקה, ולכן לענין פטור שבועה דאישתבע לי לא מהני התו"ז דהחזקה נפגמה. אבל מ"מ אפשר לגבות ע"י התו"ז או השטר, דנהי דהחזקה נפגמה מ"מ עדין היא קיימת אלא שהוקלשה. ושוב דחה הגרש"ר ביאו רזה דמלשון המ"מ משמע דאיבטל החזקה לגמרי. ולכן מבאר הגרש"ר דבאמת החזקה פקעה לגמרי, ואין כאן בירור דחזקה, אך מ"מ כיון דאין השטר עומד להיגבות בתו"ז, וכן אין השטר עומד להשאר ביד המלוה אחר הפירעון, ממילא הטענת פורע היא טענה ריעא ואינו נאמן לטעון כן, ולכן חייב לשלם. אך כדי לפטור משבועה בעינו בירור של "חזקה", וחזקה אין כאן.

עוד דן הגרש"ר לפמשי"כ האחרונים בשטרך בידי מאי בעי אינו חזק של בירור, אלא נאמנות [כמש"כ הגר"ח בסטנסיל, והא"ש פכ"ב מעדות], או דזהו דין בטוניט דמזכותי מחזיק השטר שא"א לטעון טענת פרעון כנגדו, לפ"ז י"ל דעל דין זה ל"ש איתרע, וא"כ מיושבת קושית המל"מ מפוגם שטרו. [ולפ"ז במלוה ע"פ תו"ז שפגמה המלוה אינו גובה דאין כאן שטר, ולביאורים הקודמים גובה].

ועכ"פ לכל הצדדים ודאי דיש איזה ריעותא בשטרך בידי, [ואפי' לתירוץ קמא של המל"מ דאפשר דנטרפה השעה, מ"מ יש כאן איזה ספק שמא יש ריעותא] וזהו מה שדן הגרע"א הנ"ל דדילמא רק במקום הך ריעותא תקנו שבועה. ועע"ש שהאריך בגרעא בזה.

ריב) הקשו תוס' אמאי פוגם אינו נאמן במיגו דיתבע הכל. ועי' בשטמ"ק בשם תלמידי ר' יונה דהו"ל מיגו להוציא, ומיגו להוציא לא אמרינן. והקשה בספר נתיבות משפט [הביאו קצה"ח סי' פ"ב סק"י] דהרי תוס' בב"ב ל"ב ב' כתבו דהיכא דאיכא שטרא אמרינן מיגו להוציא, - ונתבאר באות ק' - וא"כ כאן דאיכא שטרא שפיר מהני המיגו. ותירץ הקצה"ח דרבנו יונה יסבור כרמב"ן בב"ב - מובא באות ק' - דאף במקום שטר הוי מיגו להוציא, ודחה את ראית התוס' בב"ב ע"ש. עוד תירץ הקצה"ח דהא דבשטר אמרינן מיגו להוציא הוא מפני שהשטר כגבוי ומחדש הקצה"ח דכל הדין בשטר כגבוי הוא רק כשיש שעבוד קרקעות, וא"כ לפמשי"כ הסמ"ע - מובא באות רז - דבפוגם אין גובין מן הקרקע א"ש.

ובאבן האזל פ"ב משכירות ה"ב כתב בזה דברים נפלאים, ותוכן דבריו, דל"פ קושית התוס' בתרי אנפי, ד"ל שקושיתם דכיוש יש מיגו אין סברא שיתקנו שבועה שברי מבורר לנו שתביעתו במחצה היא אמת, ואם הקושיא היא כך אין לדון כאן משום מיגו להוציא [דהרי מחמת המיגו לא תקנו שעבועה וגובה ע"י השטר], וגם לפ"ז פשוט כתיירוצם של התוס' שכאן בעינן שבועה כדי שתדייק. אמנם י"ל דתלמידי ר' יונה כוונתם בקושיא דגדר תקנ"ח לא היתה "חיובה שבועה", אלא תקנו שהשטר גרוע וא"א לגבות בו אא"כ תשבע, ונמצא דיסוד התקנה היתה "בשטר" שא"א לגבות בו, אבל אם תגבה ע"י טענה אחרת בלא להשתמש בכח השטר. ע"ז ליכא אתקנה. וזו קושית תלמידי הר"י דתהא נאמנות במיגו ותגבה בלי השטר. ולפ"ז א"ש תירוצם דבלי השטר הרי הוי מיגו להוציא, וא"א לאוקמי שטרא ע"י המיגו שהרי פסלו חז"ל את השטר עד שתשבע עכ"ד.

[אולם צע"ג על ביאורו, שהרי תלמידי רבנו יונה בתירוצם השני כתבו דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, ולהנ"ל אין המיגו בא לפטור משבועה, דהרי אין כאן כלל חיוב שבועה וכל התקנה רק שהשטר איתרע עד שישבעו, וא"כ למה לא יועיל המיגו וצ"ע].

ובריטב"א תירץ קושית תוס' דלכפור הכל הוי מיגו דהעזה.

ריג) והתוס' תירצו דהיכא דהחשש שהאשה טועה ל"ש מיגו והקשו ע"ז מהסוגיא בשבועות. ועי' בתוס' בשבועות מ"ה ב' שתירצו דבבעה"ב הטוען ברי ששילם לפועלים אין לנו להחזיקו כמשקר כיון דאית ליה מיגו אבל כשאין לו מיגו אינו נאמן דשמא שכח מחמת שהוא טרוד בפועליו ומחמת שסבור שפרע טוען ברי אע"פ שמסופק. עכ"ד. וכע"ז בתוס' הרא"ש כאן. ועיין בתומים סי' פט סק"ז שכתב דתירוצם דחוק למאד כנודע כי רחוק להבין ממש. וע"ש במהרש"א ודבריו צ"ב. ובמהר"ם שיף בתוס' דידן מבאר הדברים, דהחשש בבעה"ב אינו שסבור בודאי שפרע אלא שמחמת שהוא מסופק יטעון בברי. ולכן מהני מיגו לומר באמת הוא ברי וע"ז נאמן. אבל כאן חיישינן שתטעה ותסבור בברי שפע רק מקצת, וע"ז לא מהני המיגו דהיא סבורה שהאמת כדבריה שברור לה שפרע רק מקצת.

ובתומים שם תירץ ע"פ הר"י מיגש דבעה"ב פטור מעיקר הדין, והא דאמרינן בעה"ב טרוד בפועליו הוא רק עילה שמצאו כדי לחייבו שחסו על חיי הפועל. ומעתה כאשר יש לבעה"ב מיגו א"כ הפועל עצמו לא חס על חיי שהרי בעה"ב יכל לומר שלא שכרו לפועל כלל. ושם לא תקנו התקנה.

ובאבה"ז שכירות פ"ב הי"ב תירץ כעין הסברא דלעיל - אות - דכל התקנה היא רק שלא יפטר ע"י טענת פרעתי, אבל אם נפטר ע"י מיגו אין כאן כלל תקנה ודו"ק.

ריד) לעיל נ"ד ב' אמרינן תנאי כתובה ככתובה נ"מ לפוגמת. וע"ש בתוס' דמירי שהכתובה בשטר אחד והתוספת בשטר אחר, ובכה"ג בשאר חובות אין חיוב שבועה דהוה שני נדונים. ובתוספת כתובה דדינה ככתובה חייבת ע"י פגימת הכתובה להישבע אף על התוספת. והקשה השער משפט (סי' פד סק"א) דתיפולל שישבע ע"י גלגול מהכתובה על התוספת [וה"ה בשאר חובות]. ותירץ דהרי התוס' כתבו דהיה שייך להאמין במיגו דכופר הכל, והא דאינה נאמנת הוא משום דלא דייקא, וא"כ על חוב אחר דדייקא שפיר נאמנת במיגו. [ולפ"ז ע"י דין תנאי כתובה לא דייקא גם ביחס לתוספת, וסברא מחודשת היא].

רטו) אבעיא להו פוגמת בעדים וכו'. ומבואר דבלא סברת אתרמויי אתרמי ליה אין כלל ריעותא ביתר ממה שהעידו, דאם באמת היה פורע היו גובים. וע"י בשו"ע סי' פ"ד ס"ג דאם כתוב הפרעון בין שיטי השטר אי"ז פוגם, ומקורו משו"ת הרא"ש שכתב דבכה"ג ודאי ל"ש סברת אתרמויי אתרמי ליה, דלעולם יש אפשרות לכתוב בין שיטי השטר ומדלא כתב אין ריעותא בשאר. אמנם בעה"ת חולק ע"ז - והובא במל"מ פ"ד הי"ב ממלוה.

רטז) בדין פוחתת. הצד שלא להשביע, כתבו תוס' דל"ש בזה דפרע לא דייק וא"כ ליכא לסיבת התקנה. וברשב"א בשו"ת ח"ג סי' לט משמע דהטעם משום דבכה"ג לא הוי מודה במקצת, ותקנת שבועת פוגמת עשאוה כמודה במקצת [ומה"ט כתב שם דנאמנות פוטרת מלהישבע ליורשים שבועות שחיובן חל בחיי האב, מלבד שבועת פוגמת שהיא כמודה במקצת, והביא דברי הגמ' דידן].

וע"ע בראב"ד פ"ד הי"ב בהשגות שמשמע שהחלוק דפירעון מקצת שכיח ופחיתת לא שכיח, ודבריו תמוהין מאד כאשר תמה בלח"מ ע"ש.

ריז) באומרת אמנה היתה לי ביני לבינו. והנה בשטר שכתוב בו שמקנה שדה שלימה ורצה לקנות בו חצי שדה כתב הרמ"א (סי' קצ סט"ז) בשם הר"ן דל"ק כלום, דשטר שבטל מקצתו בטל כולו. והקשה הקצה"ח (שם סק"ז) דא"כ כאן דהוי שטר אמנה אין זה שטר כלל, ואיך מוציאה ממון ע"פ הך שטרא, ומ"ש מאומרת מזויף הוא דאמרינן דחספא בעלמא הוא. ותירץ הקצה"ח דבאמת השטר כשר כאן רק לראיה, ועל ראיה לא שייכת סברת הר"ן.

והנתיבות שם כתב דיסוד הקצה"ח לחקל בין שטר ראיה לשטר קנין [דבראיה מועיל אף מקצת שטר] נכון מאד, אלא שכאן מועיל השטר אף להתחייבות, וסברתו עפ"מ ש"כ תוס' להלן ק"ב א' דהטעם שמועיל שטר להתחייבות הוא מדין דברים הנקנים באמירה וא"כ ליכא בזה לדיני שטר, אלא השטר היכי תמצוי שיהיה גמר ומשעבד נפשיה. [וע"ש במלואי חושן משנה"ק על הנתיבות].

ובעיקר קושית קצה"ח, יש לעורר מלשון הריטב"א כאן וז"ל, כי בפני העדים נתייבה כראוי ככל הכתוב בשטר, אלא שהיתה הסכמה בינו לבינה שלא תגבה אלא כך וכך ושטר כזה אפי' לנכסים משועבדים לגמרי שהרי נשתעבד כראוי ככל הכתוב בו עכ"ל. משמע דמעיקר הדין חל שעבוד על כל הכתוב, ורק שסיכמו ביניהם שבפועל לא תגבה.

ריח) ע"א מעידה שהוא פרוע. סבר רמב"ח וכו'. עיין ריטב"א בסוגיא דפוגמת דלא טעה רמב"ח ב' פעמים, אלא בפעם אחת אמר על פוגמת וע"א דהוי שבועה דאורייתא, אלא דרב אשי קבע דבריו בשני המקומות בנפרד. ובשיעורי הגר"ח שמואלביץ עמ"ס ב"מ סי' ג' כתב דיש לחלק בין שבועת מוכ"מ דיסודה שבועה על הממון, ולכן שייך בזה טפי הטעם שכל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים. משא"כ בע"א יסוד השבועה להכחיש את העד ולכן סבר דשייכא שבועה זו אפי' בנזילים.

ריט) אלא אמר רבא מדרבנן כדי להפיס דעתו וכו'. כתב הרמב"ם (פ"ד הי"א) דבתו"ז אין שבועת ע"א מעידה שהוא פרוע. והקשה הקצה"ח (סק"ד) דהרי ע"א נאמן כשנים ובי' עדים נאמנים אף נגד חזקה דתו"ז, וא"כ למה לא יתחייב שבועה. ותירץ דכיון דהשבועה רק מדרבנן וכדי להפיס דעתו, לכן הקילו בתו"ז. והביא הקצה"ח שבהגה"מ פ"א משבועות איתא דמה"ט בשבועה דע"א לא בעינן נקיטת חפץ כיון דכל השבועה רק כדי להפיס דעתו של בעה"ב.

וביאר בשיעורי ר' שמאל ב"ב אות קלג דגדר שבועת ע"א דרבנן דהכא אי"ז מגדר שבועת ע"א דעלמא, דלא עשאוהו כעין של תורה להיות נאמן מתורת עדות לענין שבועה, אלא דע"י העד הוי דררא ורגלים וכעין דין פוגם, וממילא ל"ש בזה הדין דע"א לשבועה בשנים לממון. [וע"ש שכתב בדעת הדרישה דרב האי גאון סובר דבתו"ז נשבע משום דלדעתו התקנה היא כעין הדין דאורייתא של ע"א והרי הוא כתרין].

רכ) ועיין בכ"מ (פכ"ד מאישות הי"ז) שדעתו דבשבועת ע"א מעידה שהוא פרוע לכו"ע בעינן טענת ברי [אף להסוברים שבע"א המחייב שבועה מדאורייתא א"צ טענת ברי] והש"ך סי' פ"ד סק"ז חלק עליו והביא מהרשב"א שגם דין ע"א מעידה שהוא פרוע תלוי בפלוגת הראשונים בע"א דאורייתא, ולמאן דלא מצריך שם ברי גם כאן א"צ ברי. - וע"י אות קב משכ"ב - . והגרש"ר נקט דהנידון דתלוי בהנ"ל אם הגדר הוא דהוי כשבועה דאורייתא, או דהוי רק דררא - דלצד זה מסתבר כהכס"מ.

דף פח ע"א

רכא) תוד"ה (בעמוד הקודם) ועוד. "דאי אמרת בעינן מ"מ טענת שתי כסף א"כ כל שתי כסף אתה צריך שיכפור כדי שלא יתחייב מטעם מוב"מ. וכו' מיהו קשה לי וכו'. עיין ברע"א (ח"ד ס"י) שהקשה מה שייך השתי כסף שתבע למה שהעד משביע, דבשלמא כמוב"מ דחיוב השבועה ע"י התביעה והדררא, א"כ שפיר דיינינן על כל התביעה. אבל כאן שכל החיוב הוא רק על מה שהעיד העד מה מוסיף שהלה תובעו עוד.

ובעיקר מה שכתבו תוס' דבאופן שתהיה תביעה בשתי כסף והלה מודה במקצת חייב שבועה משום מוב"מ, דן הגרע"א דהרי מתוס' ב"מ ג' א' משמע דבע"א חייב שבועה אף בלי טענת ברי של הבעלים, וא"כ בכה"ג משכ"ל שהעד טוען שתי כסף והבעלים ג"כ תובעו שתי כסף ע"פ העד, והלה מודה במקצת, ומ"מ אין כאן שבועת מוב"מ כיון דאין תביעת ברי. [וכמדומה שהבית הלוי דחה ההוכחה מתוס' בב"מ].

רכב) אי פיקח הוא מיייתי לה לידי שבועה דאורייתא. וכתב רש"י דנ"מ ששבועה דאורייתא היא בשם ובנקיטת חפץ. והנה לעיל פ"ז ב' פירש רש"י דנ"מ לענין מיפך, ותמהו האחרונים למה כאן כתב נ"מ שונה, וכבר עמדו בזה תוס' שבועות מ"א א'. ועיין במהרש"א שכתב דל"ש לומר פיקח הוא לענין שלא יוכל להפוך, דאיכא דניחא ליה בהיפוך שבועה. ועיין ברע"א כאן שהאריך לפלפל בזה.

והגרע"א כתב ליישב דברי רש"י, דהנה צ"ע במש"כ לעיל דנ"מ להיפוך שבועה, ומדסתם רש"י גבי מימרא דרמב"ח בע"א, משמע דגם בע"א מעידה שהוא פרוע איכא נ"מ זו, וצ"ע דאם יש ע"א שהוא פרוע אפי' אם השבועה דרבנן איך תוכל האשה להפוך השבועה על הבעל, הרי עד המסייע פוטר משבועה, וצ"ל כמש"כ הש"ך (סי' צ"ב סק"ח) גבי ע"א מעיד על החשוד, דכשנגדו נשבע ונוטל, ולא אמרינן דהעד יפטרנו דכיון שכל חיוב השבועה נוצר ע"י העד, א"א לומר שאותו עד גם יפטר מאותה שבועה עכ"ד הש"ך. ועפ"י ה"ה כאן בהיפוך השבועה של ע"א מעידה שהוא פרוע, א"א שהעד יפטר מן השבועה כיון שהוא המחייב את השבועה. וכן מפורש בש"ך (פ"י לה).

אמנם כ"ז לעיל, אבל כאן שמחפשים עצות לפיקח, א"כ יש לו אופן פשוט שלא תוכל האשה להפוך השבועה עליו, והיינו שיאמר לאשה אשתבע לי דלא פרעתיד, ואז תהא האשה חייבת שבועה מחמת תביעת השבועה [כמו שאמר ר"פ בשבועות מ"א דבאומר אשתבע לי דלא פרעתיד חייב שבועה אף בלי עד, והובא ברש"י פ"ז ב'], וא"כ אם תהפוך את השבועה יהיה לו עד המסייע [דבכה"ג ל"ד סברת הש"ך שהרי החיו בחל שלא מחמת העד, וא"כ העד יכול לפטור].

ובדעת תוס' שכתבו כאן דנ"מ לענין היפוך כתב הגרע"א (נדפס ברע"א החדש) דצ"ל דמירי בתוך זמנו, ואז אינו יכול לטעון אשתבע לי וגם ע"א אינו מחייב שבועה, אא"כ הצטרפו שניהם דהיה ע"א וגם טען אשתבע לי, [וכדאיתא ברמב"ם פ"ד ממלוה] ומשו"ה יכולה להפוך דבלי העד אין כאן דין אשתבע לי. [ואם הוי שבועה דאורייתא העד נאמן בפני"ע כמשנ"ת באות ריט].

רכג) ובעיקר מש"כ רש"י לעיל ותוס' כאן דאם מפכין בדרבנן גם כאן יכול להפוך, ע"י ברמב"ן שחלק ע"ז, דכל מה שמבואר בגמ' שאפשר להפוך הוא רק בשבועת הנפטרים [כמו היסת] אבל בשבועת הנוטלין כמו הכתב אין האשה יכולה להפוך, שהרי אפי' אם השבועה מוטלת מעיקרא על הבעל כמו שבועת היסת יכול להפוך השבועה על האשה, כ"ש כאן שיש עליו רק שבועת היפוך.

והרא"ש והרי"ף כאן הקשו דאם יהפוך על הנתבע יאמר הנתבע אי בעית לשקול אשתבע ודאי לא תשבע לא תשקול ואנא נמי לא אשבע דלית לך גבאי ולא מידי. וע"ז תירץ הש"ך (סי' פ"ז סק"ל) דהרי גם בשבועת היסת יכול לומר לא אשבע, אלא דהדין הוא דאם לא רצה לישבע משמתין ליה, וה"ז כאן אם לא ישבע משמתין ליה. והקצה"ח (סק"ד) כתב דהכא נחתין לנכסיה נמי, דכיון דמעיקר הדין חייב לשלם אלא דהטילו עליו חיוב שבועה, והפך את השבועה על הלוח, א"כ אין הלוח זוכה בחוב אלא בשבועה, והוי כמו נגזל ונחבל דכיון דמעיקר הדין א"צ לשלם אלא רק ע"י שבועה, ממילא אם תפס הנגזל ולא נשבע מוציאין ממנו, וה"נ כאן הוי כאילו תפס הלוח בלי שבועה ומוציאין ממנו.

אמנם כ"ז יישוב על קושית הרי"ף והרא"ש, אבל קושית הרמב"ן דיהפוך השבועה בחזרה אל האשה במקומה עומדת, ואולי דהנה עיקר הסברה שהמתחייב יכול להפוך ולא הנפטר [לשיטת הרמב"ן] הוא משום דדוקא לאוקמי ממנוא יכול לומר שאם לא רצה לישבע לא יטול. אבל לאפוקי לא מצי למימר השבע או תן לי. ועפ"ז י"ל דכאן שמעיקר הדין האשה יכולה להוציא. נחשב הבעל שאינו רוצה לשלם כאילו בא להוציא מעיקר הדין, ולכן אפשר להפוך. משא"כ בהיסת שמעיקר הדין הנתבע פטור מלשלם. [אמנם בש"ך שם נקט דלדעת רש"י ותוס' ה"ה שבנגזל יכול להפוך, ושם תקשה קושית הרמב"ן].

רכד) והנה הרי"ף כתב דנ"מ בין דאורייתא לדרבנן אם נחתין לנכסיה [כשתפסה בלא שבועה], דבדאורייתא נחתין לנכסיה ובדרבנן לא נחתין. [והרמב"ן כתב דדברי הרי"ף הם חידוש, דנהי דמבואר בשבועות מ"א א' דבדרבנן לא נחתין, הני"מ בשבועת הנפטרים דאם לא ישבע לא נחתין לנכסיה. אבל בשבועת הנוטלין אם תפס בלי שבועה י"ל דדיינינן ליה כגזלן וחייב להחזיר. ושוב ביאר הרמב"ן ע"פ המבואר בשבועות שם שהטעם דלא נחתין לנכסיה משום דבגזל דרבנן לא נחתין, וא"כ כאן שמעיקר הדין יכול לגבות אם תפס אי"ז אלא גזל דרבנן, שתפס בלי שבועה, ולכן לא נחתין לנכסיה].

והקשו האחרונים על הרי"ף (ע"י פנ"י ורע"א) דהרי בע"כ חשש התפיסה הוא באופן שיהיו עדים, דאם אין עדים נאמנות במיגו. וא"כ למה לו להאי פיקח לפורעה עתה בעדים ולחייבה שבועה דאורייתא, מה לו ולצרה זו, ממ"נ אם לא תתפוס הרי אינו צריך לשבועה דאורייתא. ואם תתפוס בעדים הרי יוכל אז להשביעה כמו כמו כעת כשפורעה בעדים, ודיה לצרה בשעתה. [וע"י מש"כ בזה התומים סי' פ"ז סק"א].

ובבי"מ תירץ דהנה צ"ע מ"צ לכל הפיקחות, הרי כאשר יחייבוהו ב"ד לשלם והוא חייב להתפס הכסף בב"ד קודם שהוא נשבעת, מיד יתבע אותה על הפירעון הראשון אלא ודאי כל עסק פקחות זה חייב להיעשות קודם שיבוא עם טענותיו לב"ד. דאילו אחר שבי"ד פסקו הדין ע"פ השטר דעדיף מהעד, שוב בטל הע"א וא"א להשביע עמו אלא שבועה דרבנן. ומעתה אי"ש הנ"מ של הרי"ף דאם אחר שיבוא לב"ד תתפוס בעדים לא יהיה שבועה דאורייתא, והוא חייב לעשות הכל קודם שיבוא לב"ד.

והחזו"א (סי' קלה) תירץ דעד המחייב שבועה דרבנן, ואח"ז נעשית לשבועה דאורייתא, צריך להעיד שוב, דאין שם עדות על דבר שאין בו נ"מ, וכיון דקודם מדאורייתא לא היה נ"מ אין ע"ז שם עדות, ולכן בעינן לעסק זה שירא שתתפוס אחר שימות העד. [עיקר יסודו של החזו"א דע"א בפני"ע לא כלום הוא, כן משמע קצת ברשב"א ב"ב ל"ב א'].

רכה) והקצה"ח (פ"ז יג) תירץ דכיון שאינה תופסת את המטלטלין אלא למשכון עדיין אין הכתובה פרועה ונמצא דטענותיהם בתביעת הכתובה דהויא לה שעבוד קרקעות ואין בזה שבועה דאורייתא. והגם דעיקר תביעת הבעל היא על המטלטלין שתפסה, מ"מ כיון שתפסתה לצורך הכתובה והדו"ד על הכתובה מקרי כפירת שעבוד קרקעות. [והסברה צ"ע וע"י במלואי חושן שם].

והנה הרמב"ן כאן כתב בדאף לדעת הרי"ף לא מהני תפיסה אלא בכסף ולא במטלטלין, דבכסף כיון שתפסה כבר חלה הגוביינא, אבל במטלטלין דהוה רק משכון לא מהניא תפיסתה, והב"ד לא יגבו אלא יוציאו ממנה והדר לא גביא אלא בשבועה. וכתב הקצה"ח דלפ"ז א"א לתרץ כתירוצו, שהרי בגבתה כסף שוב אין דו"ד על הכתובה שהיא ודאי כבר נפרעה, אלא רק על הכסף.

אכן כתב הקצה"ח דדברי הרמב"ן אינם מובנים, שהרי גם מעות א"א לתפוס, שהרי מטלטלי לא משתעבדי, וכל התפיסה מועילה רק למשכון, וא"כ גם כשתפסה כסף לא מהני תפיסתה אלא למשכון, ומאי שנא מעות ממטלטלין. [משא"כ בבע"ח דדינו בזוזי ועביד דינא לנפשיה אז חלה הגוביינא]. וכן הקשה הגרע"א תשובה קלא. ובאבנ"מ סי' צו סק"ו כתב דע"י תפיסה חל שעבוד, וכל שנשתעבד רשאי לגבות - אלא דבמטלטלין בעינן שומת ב"ד, אבל במעות שפיר חלה הגוביינא וע"ע בחזו"א סי' קלה.

רכו) והנה נחלקו הסמ"ע (פ"ז כ"ב) והש"ך (סקכ"ד) אם לדעת הר"י משמתינן ליה כאשר תפס. והגרע"א סי' קלא הביא ראה לדעת הסמ"ע דלא משמתינן. דהנ הלעיל אבעיא לן בפוגמת כתובתה פחות משו"פ ועלתה בתיקו. וכתב הר"ן דהא דהשמיט הר"י בעיא זו, היינו דהדין הוא דמספק א"א לגבות בלי שבועה, ולכן סתם הר"י דין פוגמת ולא חיל בין פחות משו"פ ליותר. וקשה דאכתי נ"מ לגבי תפיסה, וצ"ל דהר"י לשטתו דמהני תפיסה. אמנם אם נימא דכשתפס משמתינן ליה, א"כ אכתי היה הר"י צריך לכתוב דהא הרי רק ספק ואין משמתינן אותו. ובע"כ כהסמ"ע. והקשה החזו"א (סי' קלה) דלהדיא מבואר בר"ן כאן כדעת הש"ך דמשמתינן ליה, ועוד קשה משה"ק הגרע"א דהרי במטלטלין לא מהני תפיסה וא"כ יש נ"מ במטלטלין.

ולכן מבאר החזו"א דכיון דמספק הדין הוא שמשביע, א"כ ב"ד פותחין לו ואומרים לו שישביע, וא"כ שב הדין להיות כודאי מדין אשתבע לי דלא פרעתין, [וע"ש שמבאר דזה מהני אף בתפסה קודם שבא לב"ד, ע"ש. וע"ש עוד תירוץ]. רכז) התוס' כתבו דנ"מ גבי אם האשה חשודה. וחזינן מתוס' דבשבועות ע"א מעידה שהוא פרוע אם היא חשודה נוטלת בלא שבועה. אכן דעת הר"י דבכה"ג הלה נשבע ונפטר ולכן לא תירץ כך. כ"כ הרמב"ן. וע"י בשו"ע (סי' צ"ב ס"ט) שתי הדעות, וע"ש בשך שהאריך.

רכח) ומוקים לה להנך קמאי במלוה. צ"ב למה נקט קמאי, הרי יכול להעמיד בתראי במלוה. וע"י בזה בקצה"ח סי' פ"ד סק"ד. ובסי' צ"ה סק"ז מיישב באופן אחר.

רכט) היכי סמך סהדא קמא אסהדא בתרא. פירש"י דממילא יצטרך לפרוע הכתובה פעם שלישית. וע"י בתוד"ה היכי, שהקשו דהרי קימ"ל עדות מיוחדת מצטרפת. ומהרש"א ובגר"א (חו"מ סי' ל ס"ק) הבין שקושייתם על הגמ', וע"ז תירץ כדלקמן. אמנם הריטב"א הביא את הקושיא בתורת קושיא על רש"י, וא"כ שפיר קשיא להו.

והריטב"א פירש בשם תוס' [וכ"כ המהרש"א והגר"א הנ"ל] דקושיית הגמ' דכיון דנצטרפו שניהם למנה אליבא דריב"ק, כבר עשה כל אחד עדותו במה שראה ונתקבלה עדותו, וא"א להשביע עוד פעם על פיו.

ועיין חו"מ סי' ל', במי שהביא עדות מיוחדת, ע"א על חיוב מאה, ועוד ע"א על מאתים, ועוד ע"א על ג' מאות, וע"א על ד' מאות וע"א על ה' מאות. דהדין הוא שנשבע על חמש מאות ע"י דין עדות מיוחדת. ונשאר עוד מאה של הק' שלא שילם ומתחייב שבועת ע"א ע"ז, וע"ז מגלגלין עליו שבועה על כל האלף חמש מאות שתבעו. ומבואר בטור שם שאם נדון את הצירוף שהעד של הק' מצטרף לשאר העדים, וישאר ק' משל עד השי' שלגביו לא נצרף, א"א לחייב ע"ז שבועה. והש"ך סק"י, חולק ע"ז דהגם דהשתמשנו במאתים מתוך השלש מאות לחייב ממון, מ"מ על השאר אפשר לחייבו שבועה. וכתב הש"ך דנ"מ בינו לבין הטור, באופן שהיו ב' עדים אחד על מאתים ואחד על שלש מאות, דלדעת הש"ך ישלם מאה וישבע על מאה ולדעת הטור משלם מאה ותו לא. [וע"ש בהגהות אמרי ברוך שחולק על הנ"מ של הש"ך ומבאר דברי הטור באופן אחר, והחזו"א סי' קלה חולק על ביאורו ע"ש].

והסבר שיטת הטור כתב הב"ח סי' ל', שאם ישבע על חלק מעדות העד, ממילא יתבטל כל העד, דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, וא"כ א"א להשתמש עם חלק מהעד לשבועה ועם חלק לתשלומין. [ויסוד זה דשייך עדות שבטלה ע"י שמכחיש מקצת מן העד, מבואר גם בנתיבות סי' רכ"ב סק"ג, ובקצה"ח שם נראה שחולק ע"ז].

ועפ"ז כתב הב"ח דאפשר ליישב שיטת רש"י רש"י, דכוונתו כעין התירוץ דלעיל של הריטב"א, אלא דהוסיף רש"י שיש מ"מ, שאם יחייבו שבועה שוב בטל העד וא"א להוציא על פיו ממון, ואם יוציא ממון שוב אין כאן שבועה דאורייתא.

ועכ"פ מתבאר כאן שאם שני העדים מעידים על סכום שוה לכוי"ע א"א לתבוע גם שבועה וגם תשלומין, ועפ"ז מתרץ החזו"א תירוץ נוסף על קושיית הפנ"י והגרע"א - אות רכד - דאם לא יפרע לאשה בפני עדים, יש חשש שתתפוס בפני ע"א, ואז לא יוכל להשביעה שבועה דאורייתא, ולכן אי פיקח הוא יפרענה בפני שני עדים.

רל) בגמ' אכתי יכולה למימר ב' כתובות הוא. והנה בעלמא לא חיישינן לזה, אלא רק כאן שעד ראשון מסייעה כמשי"כ רש"י. ולפ"ז ביאור תירוץ הגמ' דא"צ שיאמר בפניה שפורע את אותה כתובה, אלא סגי שיאמר זאת לעדים, כמשי"כ רש"י, כ"ז מבואר בדברי הריטב"א.

אולם בתלמידי הרשב"א שבשטמ"ק משמע שצריך לומר כן בפניה והיא תשתוק ותודה, וצ"ב איך היא נאמנת, ומה צריך להודאתה.

רלא) יתומים מן היתומים. מבואר בגמ' דהיתומים ישבעו אף שלא אמר אשתבע לי דלא פרעתין. מיהו כתב הריטב"א בשם בעל העיטור דבעינן שיטענו היתומים של מלוה שאביהם טען פרעתין. [דרכ א"צ לומר אשתבע לי, אבל טענת פירעון בעינן]. אבל בלא"ה אין טוענין ליתמי לחובתן של יתמי אחרים. ובטור (סי' ק"ח) הביא דהרמ"ה פליג ע"ז. וביאר הבית יוסף דהא דטענינן להנך יתמי דלוה, משום דאחזוקי ממונא הכא דקאי עדיף. [וע"י בחת"ס אבהע"ז ח"ג סי' קס"ד שהאריך בזה].

רלב) עוד כתב הריטב"א דאם באו יורשי מלוה לגבות מן הלוה ואמר להו אשתבע דלא פרעתין, בדעת הר"ש קיירא דהם אינם יכולים להישבע בברי, וממילא נשבע הלה ונפטר, [ומשמע דראיתו ממה שלא העמידה הגמ' הדין דיורשים בכה"ג]. אבל רבינו האי סובר שהם נשבעים שבועתה יורשים ונוטלים.

רלג) נפרעת שלא בפניו. אמר רב אחא שר הברירה וכו'. משמע בגמ' דמעיקר הדין אין גובין שלא בפניו וצ"ע מאי טעמא. ועיין לשון הרא"ש (סי' כח) לפי שראוי היה שלא לירד לנכסי אדם שלא בפניו דחיישינן לשוב או לצררי אלא שאמרו חכמים וכו'.

ועיין בקצה"ח סי' יג שהביא פלוגתת הב"ח וסמ"ע האם לענין גמר דין צריך שיהיה בפני הבע"ד [כמו עדות], והביא הקצה"ח ראה מהכא דגובין שלא בפניו ש"מ שא"צ שהגמ"ד יהיה בפניו. [ועוד ראה מהא דנזקקין לנכסי קטנים אי לאו מטעמי דאמרין בערכין כ"ב].

ובחזו"א (חו"מ י"ג א') כתב דאדרבה מסוגייתנו משמע דמעיקר הדין אין גובין ובעינן תקנה כדי שיגבו, ובע"כ הטעם משום דאין דנין שלא בפניו [וכתב בטעמא דמילתא דלא יתכן לדון בלא שמיעת טענות הנתבע ואין בזה כח הדין, והיינו דיסוד הדין הוא לברר ולשמוע טענות הצדדים ולפ"ז להוציא האמת לאור, וא"א לדון בלי לשמוע טענות והוכחות הצדדים, ונראה דזו היא סברת הרא"ש הנ"ל]. והא דהיו גובין מקטנים היינו ע"י אפוסטרופוס ותקנת היתומים היא שלא יאכלו גזל ואפוסטרופוס חשיב כפניו ע"ש.

ועיין בתוס' בשם ר"ח שלהלכה אין גובין מבע"ח שלב"פ, ושאר פוסקים חולקים ע"ז, ופסקו כרב נחמן, וע"י ברי"ף ובריטב"א פרטי דינים בזה.



רלד) אלא אמר ר"פ לאפוקי מדר"א ומחלוקתו. עיי' ברש"י דמייירי בין שפטור משבועה, ובין שלא פטרה. וקאמר ת"ק שאם לא פטרה נשבעת אף קודם תביעת כתובה. ואם פטרה אינה נשבעת אף בתביעת הכתובה. ור"ד שובר דלעולם אין נשבעת בחי' אפי' לא פטרה, וכשגובה כתובתה נשבעת אפי' אם פטרה.

והראב"ד בהשגות על הרי"ף מפרש דר"ש פליג רק על דין פילכה ועיסתה, והיינו "ר"א ומחלוקתו" כלומר דהם נחלקו בדין סילכה ועיסתה אם משביעין עיי' גלגול או לא, ואתא ר"ש למימר דאף עיי' גלגול אין משביעין אותה, והיינו דקאמר "ומחלוקתו" היינו בדבר שנחלקו בו, דאילו לגבי אפוטרופא הרי שניהם מודים דחייבת שבועה. ועיי' ברמב"ן בספר הזכות שהקשה עיי' עשה"ט.

רלה) ובהא דבשעת גביית כתובה משביעה על האפוטרופא, נתבאר לעיל אות קעח כמה שיטות. א) דהוי שבועת אפוטרופא. ולפי"ז דברי ר"ש דומים לדברי חנן בריש עמוד. ב) מדין שבועת כתובה. ג) מדין גלגול. [ועיי' מה שדייקנו מדברי הרמב"ן].

והנה התוס' כתבו דהא דתנן ברישא דירושין משביעין, היינו דוקא יורשין, ולא הוא. [אבל בסיפא אף הוא אינו משביעה ולא דוקא נקט יורשים]. וצ"ב למה ברישא לא משכח"ל שהוא ישביענה אם יגרשנה ותגבה את כתובתה. ובחלקת מחוקק וב"ח סי' צ"ז הוכיחו מזה דהשבועה של האפוטרופא היא מדין גלגול, ולכן בגרושה שא"צ לישבע על גבית כתובתה דאין חשש צרי א"א לגלגל עליה. [אבל אם הוי מדין שבועת כתובה, אף גרושה צריכה להישבע שלא תפסה כמשנ"ת אות קפ.] והב"ש שם כתב דלא דקו בדברי התוס', וכוונת תוס' פשוטה, דברי מוקמינן המשנה כאבא שאול ובאופן שפטר המשבועה, וא"כ הוא עצמו ודאי דאין יכול להשביעה מחמת שפטרה משבועה. והיורשים דמשביעין אותה הוא מדינא דאבא שאול דמה אעשה. ולכן רק יורשים משביעין אותה. ואין שום ראייה מתוס' איך הדין באופן שלא פטרה משבועה.

## פרק מי שהיה נשוי

דף צ ע"א

א) בדין בע"ח מאוחר שקדם וגבה. ע"י בגמ' ב' לישנות אם מה שגבה גבוי, ולקמן דף צ"ד פ"י שמואל דת"ק וכן ננס נחלקו בזה וצ"ב מהי פלוגתתם.

והנה התוס' הקשומה סברא היא דמה שגבה גבוי. והרי לא עדיף בע"ח מאוחר מלוקח. ותירצו דהטעם משום נעילת דלת, ובכתובה משום חינא. ולפ"י י"ל דבהא גופא נחלקו אם להעדיף בע"ח על לוקח או לא.

וכן משמע מדברי הרמב"ן שכתב דטעמא דמ"ד מה שגבו גבו משום דשעבודא לאו דאורייתא, והא דגובין מלקוחות הוא משום נעילת דלת הלכך האי טעמא ליתא אלא גבי לקוחות אבל גבי בע"ח מאוחר דתרווייהו בע"ח נינהו אם אתה נועל דלת בפני אחד אתה פותח בפני אחד, ועוד שאין אדם עשוי להלוות ע"מ שאם קדם ותפס יש לו ואם לא לב"ד יפסיד, ומ"ד מה שגבה אינו גבוי סבר דלא פלוג רבנן במשועבדין.

א) במשנה נשא את הראשונה ומתה נשא שניה ומתה הוא שניה ויורשיה קודמין ליורשי הראשונה. ובשבועות מ"ח א' פריך מינה למ"ד מת לוה בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו, דא"כ כאן למה שניה גובה, הרי כבר התחייבה השניה לבני בעלה שבועה, וכשמתה לא תוריש הכתובה שיש בה חיוב שבועה לבניה. ומשני שנשבעה ומתה. ודבר פריך ממתני' דדף פ"ו ב' אבל משיבועין אותה ואת יורשיה, ומשני דמירי בגרושה. וכתבו הראשונים דגם משנתנו אפשר להעמידה בשנתגרשה השניה ואח"כ מתה בחיי הבעל דאז הוי כמת מלוה בחיי לוה.

ובעיקר הדין דאין אדם מוריש שבועה לבניו, נחלקו הראשונים בטעמא דמילתא. יש שפירשו שכיון שחל חיוב שבועה גמור על אביהם, שוב אין הם יכולים לצאת ידי חובתם בשבועת היורשים שאינם מבררים בירור גמור אלא רק שלא פקדנו אבא. ויש שפירשו דחוב שיש עליו שבועה אינו זכות ממון גמורה ולא נתפס בה דין ירושה. [ע"י ס' קח סי' ובסמ"ע והגר"א שם בשם בעל התרומות]. ונ"מ במת מלוה בחיי לוה, ואח"כ מת לוה, ושוב מתו בני לוה, האם מורשים שבועה לבניהם, לדע הראשונה יורשו דגם שבועה הראשונה שבועת יורשים היא. ולדעה שניה לא יורשו.

ב) בע"ח מאוחר שקדם וגבה, מבואר בגמ' תרי לשיני אם מה שגבה גבוי. ובדף צ"ד דעת שמואל דפליגי בדין זה בין ננס וחכמים. והנה בביאור המחלוקת מצינו בראשונים כמה מהלכים. ע"י ברמב"ן שכתב דמאן דס"ל מה שגבה גבה, סובר דשעבודא לאו דאורייתא והא דגובין מלקוחות הוא משום נעילת דלת, הלכך האי טעמא ליתא אלא גבי לקוחות, אבל גבי בע"ח מאוחר דתרווייהו בע"ח נינהו אם אתה נועל דלת בפני אחד אתה פותח בפני אחר.

ועוד שאין אדם עשוי להלוות ע"מ שאם קדם ותפס יש לו ואם לא לב"ד יפסיד. [וסברא זו נזכרה בתוס' לענין החילוק בין לקוחות לבע"ח]. ומבואר דהך מ"ד דמה שגבה גבה בע"כ ס"ל שעבודא לאו דאורייתא. וכ"כ הריטב"א כאן והר"ן [נ"ד א' בדפי הרי"ף]. אכן יעוי' בתלמידי הרשב"א בשטמ"ק דיתכן דס"ל שעבודא דאורייתא, ומ"מ משום נעילת דלת בפני לוין תקנו שאם קדם וגבה מהני. [והוכחתו של הרשב"א מהא דמדייק דשמואל פוסק מה שגבה לא גבה אע"ג דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, צ"ב. דנהי דהוכיח מזה דמאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא יכול לסבור מה שגבה לא גבה, מ"מ אין ראיה להיפך, דאף אם שעבודא דאורייתא מה שגבה גבה].

ובדעת מ"ד מה שגבה לא גבה ביארו הרמב"ן והרא"ה בשני אופנים, אופן אחד, דהוא סובר שעבודא דאורייתא, וכן נקטו הריטב"א והר"ן (שם), ומש"ה פסקו דכיון דק"ל שעבודא דאורייתא, א"כ מה שגבה לא גבה.

ואופן שני ביארו הרמב"ן והרא"ה, דלעולם ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ואפ"ה לא פלוג רבנן בתקנתם ותקנו דלעולם גובה המוקדם ממשועבדין. ובתלמידי הרשב"א [שמבאר דא"י תלוי בדין שעבודא דאורייתא, וסברת מ"ד מה שגבה גבה הוא מפני נעילת דלת] מפרש דהך מ"ד ס"ל דליש נעילת אם נאמר שלא גבה, דניחא ליה למלוה בהא. [כנראה כוונתו משום שאז הקודם קודם מובטח בגובינא].

ועוד שאם את הנועל בפני אחר אתה פותח בפני אחר. [הרמב"ן כתב סברא זו לאידך מ"ד דגבה, ותלמיד הרשב"א ביאר בזה סברת מ"ד דלא גבה - דאין כאן תקנת נע"ד וממילא דינו כלוקח].

ג) והנה לדעת מ"ד מה שגבה לא גבה, בפשטות הכוונה שבאמת חלה גבייתו, אלא דמ"מ הבע"ח הראשון חוזר וטורף הימנו מכאן ולהבא, וכמו בלקוחות. וכן מפורש בהפלאה להלן בע"ב, וכן משמע מלשונות הראשונים שדנו אם יש בזה כע"ד, ומשמע דבעינן לגובינא מן הבע"ח הראשון. [וצ"ל דהלשון "לא גבה" הכוונה שלא מהני להיות גביה חלוטה, אלא כאשר יבוא הבע"ח המוקדם יוציא ממנו].

אולם בקוב"ש אות שכו כתב דבע"ח מאוחר שגבה אינו זוכה כלל בגבייתו ואינו דומה ללוקח. וראיה לזה ממש"כ תוס' להלן צ"ד א' ד"ה שנמצאת, דאף דלוקח מצי לסלק לבע"ח בזוי, מ"מ בע"ח מאוחר אינו יכול לסלק בזוי דאין לו בשדה אלא כנכרי בעלמא. [ע"ש במהרש"ל, ובשטמ"ק הגהי בתוס' ומבואר כנ"ל]. [וע"ש בקו"ש עוד הוכחה מסוגית הגמ' בדף צ"ד ב', ויבואר בע"ז במקומו].

והנה מלשון תוס' דהרי הוא כנכרי משמע כדברי הקו"ש דלא חלה הגביה כלל [ולהלן יתבאר בע"ז למה גרע בע"ח מאוחר מלקוחות]. אולם מעצם דינם של התוס' [דבע"ח לא מצי לסלוקי בזוי משא"כ לוקח] אין ראיה כלל. דהנה הקצה"ח (סי' ק"י סק"ה) הסתפק בדין זה אם בע"ח מאוחר מצי מסלק בזוי, והטעם דלא מצי מסלק כתב דהוא משום דכל דין סילוק בזוי הוא מדין שומא הדרא, [כמבואר בב"מ ל"ה דמשום ועשית הישר והטוב מחויב המלוה שטרף קרקע להחזירה לבעלים לכשישלם לו דמים]. ואילו בבע"ח ליכא לדון שומא הדרא דשניהם בע"ח ואין עדיפות לזה מזה. וע"ש בנתיבות (סק"י) שכתב ג"כ לדינא דא"א לסלק בזוי, ולא פירש טעמו. אולם בספר הזכרון עולת שלמה נדפסו הגהות הנתיב"מ שכתב הוא עצמו [בעמ' שעו] ושם מחלק דבזמן ההכרזה שעושים בשביל הבע"ח המוקדם, יכול הלוה לומר שהוא מעריך את הקרקע ביותר משוויה ולסלקו בזוי באומרו לדידי שוה דמי חובות שנינו. אבל לאחר החלטה דהוא מדין שומא הדרא לא מצי מסלק ע"ש. ומבואר מדברי שניהם דהיתה כאן גובינא והיה שייך בזה דין שומא הדרא [אי לא דבע"ח לא הדרא] הדין הוא דלא מצי מסלק בזוי. וא"כ אין ראיה מעצם דין התוס'. [וע"י בגרע"א ובחתי"ס בהגהותיהם על השו"ע סי' קד שהביאו ראיה מדברי התוס' הנ"ל לפשוט ספיקו של הקצה"ח דלא מהני סילוק בזוי].

ובאמת מדברי התוס' אין ראיה מוכחת לדינו של הקצה"ח, דיעוי' בהפלאה דף צ"ד שפי' דברי התוס' בענין אחר, באופן שאין לזה שום שייכות לנידון הקצה"ח, ע"ש.

ד) ובקוב"ש הביא עוד מדברי קצה"ח (סי' קד סק"א) שדן אם במטלטלין איכא דין קדימה, והביא ראיה מדברי התוס' דידן, דהנה התוס' הביאו הסוגיא דערכין ז' ב', היו בידו ה' סלעים ואמר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי ונתן ד' לשניה

ואחת לראשונה יצא ידי שתיים, דמה שגבה גבוי. והתוס' העמידו דין זה במטלטלין. והקשה הקצה"ח דהרי בגמ' שם מבואר שאם נתן ד' לראשונה ואחת שלניה ידי שניה יצא ידי ראשון הלא יצא דכולהו משעבדי לראשונה. והשתא אי נימא דאין במטלטלין דין קדימה מ"ט לא יצא ידי ראשונה. ובע"כ דיש דין קדימה [ומשו"ה הוי בעל רכוש של ה' סלעים לגבי הערך הראשון], ומ"מ בדיעבד אם גבה א"א לגבות הימנו כמו בלקוחות. עכ"ד הקצה"ח. וכדבריו מבואר בקצרה בביאור הגר"א שם סק"ב.

והנה מבואר מזה דאף דאיכא דין קדימה מ"מ אם גבה הרי זה גבוי, דאל"כ למה לא יוציא מהחוב המאוחר הרי לא חלה הגוביינא כלל, ובע"כ כנ"ל דחלה הגוביינא [ואזיל הקצה"ח לשיטתו בסי' קי"ז הני"ל].

אמנם הקשה הקוב"ש דבתוס' הני"ל מבואר דלא כן [ולא ציין כלל לקצה"ח בסי' קז שלפי דבריו אין כ"כ הכרח מתוס'], ולהלן יתבאר יישובים לסוגית הגמ' בערכין.

(ה) ובאמת כדברי הקו"ש וכן מוכח מדברי הר"ן, דהר"ן סובר שבמלוה ע"פ אין קדימה אפי' לכתחילה, וביאר הגר"א (במערכה דב' שטרות אות יב) וז"ל, היינו דהר"ן כתב דהיכא דיש דין קדימה לא מהני קדם המאוחר וגבה, כמש"כ הר"ן להדיא ברש פרקין דבמלוה ע"פ כיון שאין בו קדימה משו"ה קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה. וכדדייק נמי לשון הר"ף בסוגיא ומטלטלין כיון דאין בו דין קדימה בע"ח מאוחר שגבה מה שגבה גבה, משעמ דכל היכא דיש לו דין קדימה מה שגבה לא גבה ולא הוי ע"י שגבה כמו לוקח עכ"ל. וזה כדברי הקוב"ש דהגוביינא לא חלה ואין לו אפי' תורת לוקח.

וביאר הדברים [מספר שערי אור] דבעצם ל"ש לשעבד אחר ששיעבד לראשון, שזכות גוביינא אחת יש בקרקע, וא"א לשעבד מה ששיעבד לראשון, וכל מה שחל שעבודו של השני הוא על דרך שיוך, דכיון דלא ברור שיגבה הראשון ושמא יסלקוהו בזוזי או ימחלו וכיו"ב, לכן חל השעבוד על מה שלא קנוי לראשון. אבל אם בא הראשון לגבות נמצא שאין לשני כלום. [ומ"מ עד שעת הגוביינא הוי גביה, אבל משעה שהשני גובה ה"ז כאילו לא גבה מעולם ואין זה טירפא ממנו].

משא"כ כלוקח שצמצם הבעלות על הקרקע אינה סתירה לזכות גביה, ושפיר קנה הלוקח והבע"ח הוא טורף ממנו.

(ו) וכ"ז בשיטת הר"ן אבל לעיל הובא לדיוק מכמה ראשונים דס"ל דהוי טירפא [וכדעת הגר"א וקצה"ח ונתי"מ], ובספר הני"ל כתב דאף לשיטות אלו י"ל דנהי דבעינן טירפא, היינו דכיון דבנתיים זכה המאוחר בעינן טירפא. אבל מ"מ ע"י הגוביינא אין זה כדן טירפא דעלמא אלא שע"י הטיירפא מבטל את גביית המאוחר, ולפי"ז י"ל דמש"כ דף צ"ד דהלה נחשב כנכרי, אי"ז ראייה לקוב"ש, אלא דכיון שאחר הטיירפא מבטל את הגוביינא, שוב אין לו זכות לסלק בזוזי. [ויל"ע בזה דמ"מ יסלקו וע"ז לא תתחיל הטיירפא].

(ז) לעיל הובא דברי הקצה"ח שמוכח מהגמ' דערכין דף ז' [לפי מה שהעמידו תוס' דמייירי במטלטלין] דיש קדימה במטלטלין. והנה הקצה"ח עצמו הקשה לדברי הר"ן הסובר דאין קדימה במטלטלין ובמלוה ע"פ איך יפרש את הגמ' שם. ובאמרי בינה סי' ח' הוסיף להקשות דהר"א בסוגיתו כתב כתיורף התוס' דמייירי במטלטלין או במלוה ע"פ "דאין בה קדימה כלל", וכן משמעות הריטב"א, ולדברי הקצה"ח הרי א"א לפרש כלל כך. [וע"ע בבית מאיר (סי' צו ס"ט) שכתב דהרמב"ם (פ"ג מערכין) מעמיד הסוגיא דערכין בקרקע (אף שלשון הגמ' "סלעים" דחוק קצת) משום דדעת הרמב"ם שאין שעבוד על מטלטלין וא"כ אין בהם קדימה ולכן מעמיד בקרקע. אולם כ"ז אך אם נימא דבמלוה ע"פ יש קדימה, אבל לדעת הר"ן צ"ע].

ובקו"ש כתב ליישב, דנהי דאין קדימה לבע"ח מצד זכויותיהם, מ"מ למלוה יש דין לפרוע לראשון ראשון, דכל מצוה שנתחייב בה ראשונה, חייב לקיימה לפני המצוה השניה, ומשו"ה בנתן סלע לראשונה תחילה לא יצא דהיה חייב לתת לראשונה כל החמשה שהיה לו.

ובאמרי בינה (גב"ח סי' ח') מתרץ הסוגיא דערכין, דחלוק דין הישג יד מבע"ח. דבע"ח החוב קיים אף אם אין לו מה לפרוע, אבל בערכין כאשר נידון בהישג יד כל חיובו הוא רק כפי השעור ממון שיש לו. ומעתה כאשר עשה את הערך הראשון שעור חיובו הוא כל הה' סלעים שיש לו, ונמצא שכאשר עשה את הערך השני אין לו כלל ממון לצורך הערך והוי כאילו לא נתחייב, ומשו"ה יש קדימה לחוב הראשון וע"ש.

(ח) והנה לדעת הקצה"ח והגר"א הא דהוכיח הגמ' בערכין דבע"ח מאוחר שקדם וגבה גבוי, משום דאם אינו גבוי נהי דחלה כבר הגוביינא של הערך השני, מ"מ זכות הערך הראשון מוציא מיד הערך השני.

והקשה הקוב"ש (אות שכג), דבתוס' זבחים י"ב כתבו דמטמא מקדש עשיר [דדינו בקרבן עולה ויורד דעשירות] שהפריש קן לכבשתו [היינו קרבן עני] והעני, כשר, דבידו לסלק הדיחוי ע"י שיפקיר נכסיו. ולכאז"ל צ"ע דהרי מבואר בקידושין י"ג דאשה שנתחייבה בעולה חל שעבוד נכסים ע"ז ואפילו אם מתה יביאו יורשים את העולה. וא"כ מה יועיל שיפקיר נכסיו, הא מ"מ נשאר השעבוד על הנכסים המופקרים ויביא מהם קרבן עשיר. וחיידש הקוב"ש, דהא דגובין ממשעבדי הוא דוקא בשאר חובות שאפילו אם אין להלוה נכסים כלל, מ"מ לא פקע חיובו ממנו ומשו"ה גובין מנכסיו מטעם ערבות. אבל בקרבן עולה ויורד דכשאין לו נכסים אין לו חיוב כלל להביא קרבן עשיר, אין לחייב גם את הנכסים דכי ליכא ליה ליכא ערב. והביא הקוב"ש דהקשה לו חמיו הג"ר מאיר אטלס ז"ל דמצינו שעבוד על יורשים גם בערכין הגם דמי שאין לו פטור. ותירץ דבערכין כשאין לו אפילו סלע אין מעריכין בפחות מסלע, [כדאיתא בערכין ז'] ונמצא דכשמות ואין לו כלום חייב הכל, ולכן יש שעבוד נכסים.

ועפ"ז הקשה הקוב"ש, דלמה אם מה שגבה אינו גבוי יוצאו לפירעון הערך הראשון ממה שכבר פרע לערך השני, והרי מה שכבר פרע הוא כמו שהפקיר נכסיו, והשתא דינו רק בסלע שנתר לו ואין כלל חיוב יותר מזה ואם ליכא ליה ליכא ערב. ומזה הוכיח הקוב"ש בדעתו דאם מה שגבה לא גבה לא חלה כלל הגוביינא ומשו"ה ישלם כל ה"ה להקדש שהרי הוי כאילו לא גבו כלל.

וליישב שיטת שאר האחרונים הני"ל נראה [וכמדומה ששמעתי זאת] דלעולם ע"י השעבוד דנים אותו כיש לו והוי בכלל הישג יד ע"י גבית השעבוד. והא דבעשיר שהפקיר נכסיו אין מחשבין את השעבוד, י"ל דיסוד השעבוד לקרבנות אינו להביא "קרבן עשיר", אלא להביא "קרבן". וכמו שלמשל אם יהיה באותו קרבן אפשרות לקרבן יקר וקרבן זול ודאי דאין השעבוד ליקר, ויכול לתת הזול. אבל אם אין להשיג זול אז יביא יקר דהשעבוד להביא קרבן מ"מ. ה"נ לגבי קרבן עשיר ועני, אין השעבוד להביא דוקא קרבן עשיר, אלא השעבוד להביא את הקרבן הזול ביותר שכשר לאותו אדם. ונמצא דאם עתה הוא עני, אין כלל שעבוד לקרבן עשירות, שהרי להקדש סגי גם בקרבן עניות.

ט) דין בע"ח מאוחר שקדם וגבה, כתב הרא"ש בתשובה ונפסק בשו"ע סי' קד ס"ד, דדוקא אם שמו ב"ד ונתנו בידו הוי גביה. וכתב הבי"ח דכן הדין אף במטלטלין דבעינן שומא ונתניה, ובלא זה לא הוי גוביינא. והא דדף פ"ד א' דמהני תפיסה בפירות תלושין צ"ל דשומתן של פירות ידועה ולכן א"צ שומא.

והקצה"ח (סק"ח) חלק על הבי"ח, וסובר דבמטלטלין א"צ שומא, דשם מהני תפיסתו מדין "משכון" אע"פ שאין כאן גוביינא. אבל בקרקע אין בע"ח קונה משכון. והביא דברי הרא"ש (פרק הכותב סי' י"א) שלדעת ר' יונה מהני תפיסה דוקא כשהגבוהו ב"ד, והרא"ש כתב לחלק בזה בין קרקע למטלטלין, וביאר הקצה"ח דהסברא כנ"ל, דבקרקע שלא מהני לתפיסה למשכון בעינן דוקא ב"ד שיעשו גוביינא, אבל במטלטלין מהני תפיסתו מדין משכון. [ועיי' בקצה"ח שהסתפק באופן ששעבד מטלטלין אג"ק וזמן שניהם שוה, האם יכול לתפוס מטלטלין, או דנימא דכיון דלשני יש שעבוד א"כ תפיסתו אינה עושתו לזוכה במטלטלין יותר מחבירו, דמאי נ"מ אם הוי שעבוד או משכון. ורק באופן שאין שעבוד על המטלטלין אז מהני מאי דהוי משכון כיון דלשני אין כלל שעבוד, אולם כתב הקצה"ח דיתכן לומר דמ"מ משכון עדיף משעבוד דשעבודו אלים וכדחזינן ששביעית אינה משמטת חוב שיש עליו משכון, וא"כ יקנה לגמרי נגד השני].

י) בגמ' מייירי בבע"ח מאוחר שקדם וגבה, אמנם אם זמן שניהם שוה, דאם יבואו שניהם בפנינו יחלוקו, יל"ע מה הדין אם קדם אחד ותפס הכל. ועיין ברי"ף וברא"ש (פרק הכותב סי' יא) שמבואר דמהני התפיסה והרמב"ן והרא"ה שם חולקים ע"ז. ולכאוי מסתבר כהרמב"ן.

ועיין משכ"ב בפרק הכותב אות קנז. ועיין לשון המ"מ פ"כ ממלוה ה"א: שלא אמרו אלא בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה, אבל בשו"ע כיון ששעבוד שניהם שוה דברי הכל מה שגבה גבה. ועיי' בקצה"ח (קד י).

יא) באות ד' הובא הנידון אם יש קדימה במטלטלין. ועיי' בסמ"ע (ק"ד סק"א) דהביא תשובת הרשב"א (במיוחסות סי' ס"א) דיש דין קדימה. ומבואר בדבריו דהטעם משום דשעבודא דאורית אחל גם על המטלטלין וכ"ז שהם ברשות המקבל לא הפקיעו את השעבוד, והסמ"ע פסק דאין קדימה עיי'. ועיי' בב"ח שהוכיח דאין קדימה, ממשי"כ הרא"ש (פרק הכותב סי' י"א) דבבע"ח וכתובת אשה יש חילוק בין קרקע למטלטלין, דבקרקע יהיבין למוקדם, ובמטלטלין יהיבין לבע"ח. ועיין בקצה"ח (סק"א) דז"ל דאף לדעת הסמ"ע מעיקר הדין יש שעבוד על מטלטלין אלא דהפקיעוהו לאלתר, וא"כ י"ל דבהקדש לא הפקיעו וא"ש הסוגיא בערכין ז' דמשמע דיש קדימה במטלטלין.

ועיין בשו"ע סי"ג שכתב דאע"ג דקיי"ל בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה אינו גבוי, מ"מ במטלטלין מה שגבה גבוי, ולא עוד אלא שאם עמד הראשון ותפס מן המאוחר, יכול הבע"ח המאוחר להוציאם בב"ד מידו. וכתב הגר"א (סק"יט): כתובות פ"ד ינתנו ליורשים כ"ו רש"י שם ד"ה שכולן כ"ו זכו בהן היורשין כ"ו ושם בגמ' מאי אריא מותר כולו כ"ו אלמא כיון דזכו כבר היורשין לא מהני תפיסתן, עכ"ל. וחזינן שהביא ראייה מהא דלא גובין מטלטלין מיורשים אף ע"י תפיסה, דה"ה בבע"ח. ועיין היטב בזה.

יב) תוד"ה שמע מינה. בתירוץ ר"ח דאין לחוש הואיל והכל הקדש. ביאור דבריו דכיון שהכל זכות השייכת לאותה רשות, א"א שזכות אחת תעכב על חבירתה הואיל והכל של אותה בעלות. ועיי' בקצה"ח (פ"ג א') שדן עפ"ז במי שיש לו שני חובות, ועל החוב המאוחר ישלו ערב ועל המוקדם אין לו ערב, והלוה רוצה לפרעו את החוב המאוחר בקרקע, דלכאוי היה נראה דיכול הוא לטרף מעצמו את הקרקע עבור החוב המוקדם כדין בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה. אמנם עיי' התוס' הנ"ל כיון דשני החובות שייכים לאדם אחר אין לומר כן. ועיי' עוד שהאריך בדברי הגמ' בערכין.

ובתירוץ השני כתב דהתם במטלטלין, עיי' משנ"ת בארוכה מאות ד' ולהלן.

יג) ובתירוץ ר"ת דכל הסוגיא מייירי במטלטלין, אבל בקרקע פשיטא דמה שגבה לא גבה. הקשה הגרע"א דא"כ מאי קאמר בב"ק ש"מ בע"ח מאוחר מה שגבה לא גבה, והרי שם דמי לקרקע הואיל ויש קול לנגיחה (וכמשי"כ תוס' לעיל) וא"כ פשיטא דכן הדין ואין בזה שום נידון ומאי קאמר ש"מ וכו', ומה חידוש יש בזה. ועיי' במהרש"ל בב"ק שם שיישב ואה"נ כוונת הגמ' לומר דתפשוט דדין זה יהיה מוסכם לכולם דבקרקע שגבה לא גבה.

יד) עוד כתבו תוס' דהא דערכין הוי מלוה עיי' ומש"ה מה שגבה גבה. ובקצה"ח (ק"ד ג') כתב דמדברי הר"ח והרמב"ם והרי"ף שכתבו דהטעם משום דהקדש שאני, אע"פ שפסק הרמב"ם פ"א מבכורים דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי, ומוכח דאף במלוה עיי' מה שגבה אינו גבוי. ואע"ג דלדעת התשובות המיוחסות - אות יא - יש קדימה במטלטלין ואפ"ה אם קדם וגבה מה שגם גבה, מ"מ קרקע גרועה ולא מהני בה תפיסה. [נראה דכוונתו דהם מפרשים הגמ' שם בקרקעות. והטעם לחלק נראה דבמטלטלין מהני תפיסה למשכון דזה אינו סתירה לשעבוד של הראשון שהוא שעבוד לגוביינא, וממילא הוי כלוקח ופקע זכותו של ראשון. אבל בקרקע לא מהני הואיל וליכא קנין משכון כמשנ"ת באות ט', א"כ יכול להועיל רק מדין גוביינא, וכאן א"א להגבות הואיל ושייך לראשון. ברם צ"ע דהקצה"ח הרי סובר דאף במלוה בשטר מהני הגוביינא ורק דהבע"ח הראשון מוציא ממנו כמו שמוציא מלקוחות וכמו שהארכנו באות ג', וצ"ע].

טו) כתב הר"ן בשם הרשב"א בהניזקין דבע"ח מאוחר שקדם וגבה והניח זבורית לבע"ח ראשון, מה שגבה גבה. והיינו מדין אין נפרעין מנכסין משועבדים במקום שיש בנ"ח ואפי' הן זבורית.

#### דף צ ע"ב

טז) ש"מ אחת בחיי ו אחת במותו יש להן כתובת ב"ד ולא חיישינן לאנצויי. כתבו הרא"ש והר"ן ורמב"ן בשם הר"ח וגאונים דכ"ז רק כשמתה כבר זאת שנשארה אחריו, אבל אם בא לחלו בחייה אין בזה דין כתובת בנין דכרין, דבכה"ג אתו לאנצויי כיון בני הנשארת נוטלים כלל כתובה [דאפי' כתובת אמם היא לאימם ולא להם]. והרא"ש והר"ן והרמב"ן חולקים ע"ז, וכתבו דדיוק הגמ' קאי גם על "היא", דאם איכא מותר יטלו בני השניה. והביאו שכן כתבו מקצת הגאונים. עוד ראייה הביאו, דאם נימא דבחייה אין להם כתובת בנין דכרין א"כ גם לאחר מותו לא יקבלו, דהרי זה כנכסים מועטים ונתרבו דמסקינן להלן צ' ב' דכבר זכו יורשים המועטין ואין בזה כתובת בנין דכרין. ובשוב דעת הר"ח, כתב האבנ"מ (ק"י"א ז') עיי' שיטת תוס' צ' ב' שמפרשים במסקנת הגמ' דלא כרוב הראשונים, אלא דאף במועטין ונתרבו אין להם כב"ד, יש לחלק דהתם בשעת מיתה מעיקרא נחלה דאורייתא, ועמקי הדין אין כב"ד דלא תקנו בכה"ג וכיון דפקע פקע. אבל הכא מעיקרא בדין היה שיטלו כב"ד, אלא משום אנצויי לא עבדינן הכי והשתא דליכא טעמא דאנצויי שוב יש כב"ד.

יז) וש"מ כתובה נעשית מותר לחברתה. יש כאן שלשה אופנים. א) שהירושה כשיעור ב' הכתובות או מעט יותר בלי מותר דינר. ב) שהירושה יותר דינר מכתובה הראשונה, אבל אין בה כדי ב' כתובות. ג) שהעושה פחות מכתובה הראשונה, ויותר

מכתובת שניה. והנה בדין הראשון ודאי דאמרין כתובה נעשית מותר לחברתה [למאי דדייקין כן בגמ', אבל באופן ב' כתב הרא"ש בשם יש מן הגדולים דאין בכה"ג דין כב"ד, דכיון שאחר שתגבה השניה את כתובתה שוב אין לכב"ד את מלא סכום הכתובה, לא תקנו בכה"ג דין כב"ד. והרא"ש חולק ע"ז וס"ל דמ"מ ירוש בתורת כב"ד את מה שישאר אחר גביית השניה.

ובאופן השלישי [שאם יגבו כב"ד אין מותר דינר, אלא דכיון שיש כתובת אלמנה בעינן להחשיב מה שיפרעו לכתובת אלמנה כירושא] כתב הרא"ש דא"י נחשב כמותר דינר, דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה, ונמצא דבשעת מיתה עיקר הדין היה שכל הנכסים יהיו לכב"ד ואין מותר דינר, וממילא פקע דין כב"ד. והגמ' דאח"כ בא בע"ח וגבה ויצר כאן ירושה [דגביה הוי כאילו ירשו והשתמשו בזה לפירעון כמבואר בסוגיא] מ"מ הוי כנכסים מועטים ונתרבו דמבואר להלן צ' ב' דאין בב"ד. [ובאות ט"ז הובא דשיטת תוס' שם דבמועטים ונתרבו יש כב"ד, אך הפוסקים לא נקטו כן.]

יח) והנה לפי הסבר הרא"ש לכאן שוב א"צ לטעם דפריעת בע"ח הוי כירושא, אלא י"ל דפריעת בע"ח אינה כירושא, ומ"מ יש כב"ד, דכשם שכתב הרא"ש דפריעת בע"ח לא יוצרת דין ירושה משום דמכאן ולהבא הוא גובה והוי כמועטין ונתרבו, כמו"כ להיפך אם יש מותר דינר א"כ אפי' אם גבית הבע"ח לא תיחשב כירושא מ"מ הוי כמרובין ונתמעטו. אלא שצ"ע דלשון הגמ' משמע להדיא דבע"ח וכתובת אשה "נעשו מותר", משמע דבעינן לטעמא דהגובינא עצמה נחשבת כמותר, וכמוש פירש רש"י שיש בפירעון קיום ירושה, וקשה דלדברי הרא"ש לכאן א"צ לזה. וגם ברא"ש מפורש דהטעם משום דבפירעון מקיימא נחלה דאורייתא. וכבר עמדו בזה האחרונים [ע"י בב"מ סי' קי"א סי' שהקשה מלשון הגמ', והגרע"א מהדו"ק סי' קפ"ה הקשה מלשון הרא"ש, ועי' באבנ"מ שם סק"ג].

ונאמרו בזה כמה תירוצים. הגרע"א תירץ דבע"ח אה"נ שא"צ לטעמא דהוי כפריעה. אבל בכתובת אשה בעינן להך טעמא. דהנה הא דאחת בחייו ואחת במותו לא חיישינן לאנצוי, נראה דא"י מחמת דלא איכפת לן מחשש אנצוי, אלא היינו משום דכיון שגם יורשי השניה נוטלים כתובתה לכן ליכא בזה אנצוי. [ואפי' בחייה שהיא הנוטלת, מ"מ ליכא אנצוי שמ"מ הצד של השניה קיבל כתובה, אף שלא זכו בו היתומים. כן צ"ל לשיטת הרא"ש - אות טז - . והא דמבואר בשו"ע סי' קיא סי' דאם השניה קודם שנשבעה והפסידו בניה כתובתה משום דאין אדם מוריש שבועה לבניו, מ"מ לבני הראשונה יש כב"ד, ולכאן צ"ע דהרי יש בזה חשש אנצוי - ולכאן מוכח מזה דהש"מ של הגמ' הוא "דלא חיישינן" לאנצוי, ולא דליכא בכה"ג חשש אנצוי מהטעם הנ"ל. - כבר דחה הגרע"א שם דהראשונים טוענים שמא קבל האומרם כתובתה מאבינו] שהרי זהו הטעם שלא פורעים בלי שבועה, ונמצא דאין כאן אנצוי.]

ועפ"ז נמצא דכל מה שיש לבני ראשונה כב"ד הוא רק משום דלאלתר דנים שגם בני השניה יקבלו כתובת אימם, [דב"ז הרי איכא חשש אנצוי] וכיון שזה כל הטעם שיש כב"ד, א"א לדון זאת כדבר שנתחדש אח"כ וכמרובין ונתמעטו, דהרי מעיקרא כל הכב"ד מיוסד על מה שיגבו אח"כ, ומשו"ה בעינן לטעמא דמתקיים בזה מצות פריעת בע"ח.

יט) עוד תירץ הגרע"א - ומבואר יותר באבנ"מ הנ"ל - , דהנה התוס' ב"ב ק"מ כתבו סברא דהא דבמרובין ונתמעטו יש כב"ד, היינו משום דלא מעיקרא תקנת חכמים כולי האי שהרי מתקיימת הירושא עכ"פ במקצת במה שנוטלים עכ"פ כנגד כתובת אימן. אבל אם לא יקבלו כלל בתורת ירושה אין להם. ולפ"ז באחת בחייו ואחת במותו לא שייך הך טעמא, דהרי מה שנוטלין בני השניה אינו בתורת ירושה אלא בתורת גבית חוב אימן, וליכא בזה לדינא דמרובין ונתמעטו כיון דמעיקרא נחלה דאורייתא. ולכן הוצרך הרא"ש לטעמא דפירעון חשיב כירושא וא"כ הו"ל מרובין מתחילה ועד סוף.

עוד תירץ הגרע"א עפ"ש"כ תוס' להלן צ"ו ב' דאלמנה נקראת מוחזקת בנכסים, ומיד כשמת הוי בחזקתה ולא הוי כנתחדש אח"כ המיעוט אלא לאלתר מתמעטים הנכסים.

כ) ובאבנ"מ תירץ עוד, דהגם דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה, מ"מ הנכסים לא נחשבים כשאר עד שיגבה, דהרי קימ"ל להלן דמשועבדים לא חשיבי שויר, וא"כ א"א לדון את הנכסים כשויר שהרי הם משועבדים. ורק מחמת שהפירעון נחשב כירושא לכן הוי מותר, ורק באופן שכתב הרא"ש דבעינן שהפירעון לבע"ח יהיה כמותר, ע"ז כתב הרא"ש דהפירעון עצמו הוא מכאן ולהבא, ומה שיש כעת אינו מותר שהרי הוא כב"ד, משא"כ כשיש מותר דינר על הכב"ד אז דיינינן למה שהשתא כמותר, כיון דאע"פ שהוא משועבד מ"מ הגובינא עצמה היא השתמשות של מצוה.

כא) ע"ש באבנ"מ שדן דדינו דהרא"ש אמת ולא מטעמיה, אלא דכל מה שחוב מקרי שהתקיים דין ירושה, הוא רק מחמת שביחס לפירעון החוב ירשו בשוה, וא"כ אם יש מותר דינר ביחס לפירעון הרי חצי חצי. אבל אם יבואו לגבות באופן שאין מותר, וכגון שכתובת אחד אלף וכתובת השני אלף מאתיים, ובע"ח תובע מאתיים ועשרים, הרי הגובינא תהיה מבעל האלף - מאה, ומבעל האלף מאתיים - מאה ועשרים, לפי חשבון. ונמצא שגם בפירעון לבע"ח אין כאן ירושה שוה, ולא נתקיים דין ירושה דאורייתא.

והנה הערת האבנ"מ תקשי ביותר על האופן שאיירי הרא"ש, שאחת בחייו ואחת לאח"מ והירושא כנגד כתובה הראשונה בצמצום, ובאין לדון דפירעון הכתובה הוי כירושא, ושם הרי אין לבני שניה כלום, ולמה מקרי שהם ירשו ופרעו. [והרי מוכח ברש"י ד"ה כי פליגי שירושא של חלק מהבנים מקרי עקירת ירושה].

[ועיין לשון הרמב"ם פ"ט ה"ו: היה שם יתר על כל הכתובות דינר או יתר אע"פ שיש עליו שט"ח כנגד היתר אינו ממעט אלא כל אחד ואחד מהן יורש כתובת אמו. ומשמע קצת דאינם משלמים לפי חשבון אלא הבע"ח נוטל מן היתר בלבד, ומפסידים שוה בשוה וכ"א נוטל כתובת אמו בשלימות, ודלא כאבנ"מ. והסברא י"ל דלא תקנו כתובת ב"ד במקום בע"ח וכנגד מה שנוטל הוי כנוטל מן השותפין. אך צ"ע דבסוגיא משמע דהנידון רק אם כתובת ב"ד גובה ממשעבדי, אבל אין צד שלא הוי ירושה כלל כנגד המשעבדי וצ"ב].

כב) ולהלן אמרין דיש סברא לחלק בין בע"ח לכתובה, דבע"ח נעשה מותר וכתובה לא. ופרש"י דהכתובה הוא פירעון ליורשים עצמם ולא נחשב כאילו הם ירשו. והקשה הגרע"א דהא בשעת מיתת האב עדין אימם חיה, וא"כ הוי כבע"ח, וכשאח"כ מתה הוי כנכסים מרובים ונתמעטו. [והביא שכן הקשה המגניי שלמה]. ותירץ ע"פ המבואר - אות יט - דבמתה אחת בחייו ואחת במותו לא מהני מרובין ונתמעטו כיון דאין קיום ירושה כלל. וכ"כ האבנ"מ (קיא ג').

והגרע"א כתב דיש לפרש הגמ' באופן שונה מפרש"י, דהחילוק בין בע"ח לכתובה דבע"ח הוי כמרובין ונתמעטו וכמשנ"ל לעיל, משא"כ בכתובה הוי כמועטין מעיקרא, מהטעמים דלעיל [או מטעם שנתבאר אות יח דצריך לדון מעיקרא על הכתובה כדי שלא יהיה את לאנצוי. או מטעם דלעיל דמעיקרא נחלה דאורייתא, או מטעם דאלמנה כמוחזקת - ע"י אות יט - .

[והנה הטור כתב דבאופן שאחת מתה בחייו ואחת נגרשה בחייו ומתה גם היא, ואח"כ מת הוא, נוטלין כב"ד אפי' אם אין מותר דינר. וה"י כת דדין זה הוא פשוט, דמ"ש כתובת גרושה מכתובת אלמנה, ותרוייהו נעשין מותר. אמנם הגרע"א

כתב דיש לדון בזה, דבשלמא באלמנה כיון שבתחילה היא חיתה והוי מחוסר גוביינא, משו"ה מקרי מרובים ונתמעטו. אבל בגרושה שמיד כשמת הבעל זכו הירושים בנכסים והם מוחזקים י"ל דהוי כגבוי לאלתר והוי כנסיס מועטים, והטעם של פריעת בע"ח מצוה ל"ש כאן כיון שהם פורעים לעצמם וכמש"כ רש"י].

ויעוי' בריטב"א שפירש החלוק בין בע"ח לכתובה באופן שלישי, דפריעת בע"ח הוי מצוה ופריעת כתובה לא הוי מצוה [וצ"ב מ"ט בירש"י יש חלוק בין בע"ח לכתובה, דלכא"י מצות כבוד אב שייכא כבתרוייהו. וביותר דאם אין מצוה א"כ אין גובין מירששים גדולים, לר"פ בערכין כ"ב דכל מה שגובים הוא משום המצוה וצ"ע].

כג) ושי"מ כתובת בנין דכרין לא טרפה ממשעבדי. הנה נחלקו הראשונים במלוה בשטר מאוחרת ומלוה ע"פ מוקדמת מי גובה. ע"י ברמב"ן ובר"ן שהביאו תשובת רב האי גאון דמלוה ע"פ קודמת דקיי"ל שעבודא דאורייתא. [והתשובה הובאה בבעל התרומות שער ס"א ח"ב]. וכן דעת הרשב"א (סי' תתקיד) והוסיף ביאור וז"ל, ונראין דבריו דהא למאן דאמר שעבודא דאורייתא מדינא מלוה ע"פ טורפת מן המשועבדין, אלא חששו חכמים לתקנת הלכות משום דל"ל קלא, הא לגבי מלוה שבכתב אדינא מוקמינן לה עכ"ל. ומשעמ שטעמו משום דבמלוה בשטר לא שייך תקנת לקוחות, ולכן לא הפקיעו חז"ל את השעבוד של המלוה ע"פ.

והר"ף בתשובה נחלק ע"ז וז"ל הר"ף [כפי שהביאו בעל התרומות] שאע"פ ששעבודא דאורייתא לא אוקמוה רבנן אדאורייתא משום פסידא דלקוחות, משום דל"ל קלא, וה"ה למלוין שאין קודמין זל"ז משום דל"ל קלא ואיכא לעוני עליהו פסידא, והלכך אין להם דין קדימה לא על מלוה בשטר ולא על מלוה בעדים בין במקרקעי בין במטלטלי וכן המטלטלין כיון שאין להם דין קדימה אין בהם הפרש בין לזה בשטר למלוה בעדים עכ"ל.

והנה הרמב"ן והר"ן כאן וכן הבעה"ת נקטו דלדעת הר"ף המלוה בשטר קודמת למלוה ע"פ. אולם יעוי' בש"ך (סי' ק"ד סק"כ) שמדייק מלשון הר"ף דהדין הוא דחלוקו ואין עדיפות לאחד מהם. ויבאר להלן.

עוד מצינו נידון בזה לדעת הר"ף, דהטור סי' ק"ד כתב דלדעת הר"ף מלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה ע"פ מאוחרת, והיינו דהר"ף נחלק על רה"ג רק במלוה ע"פ נגד מלוה בשטר, ולא בששניהם מלוה ע"פ. וכתב הב"י שזה פשוט שהרי נשתעבדו נכסיו למלוה ראשונה ושוב אין מע"פ מפקעת שעבודא. אבל הביא שבר"ן מפורש שאף ב"י מלוה ע"פ הדין הוא דחלוקו ונשאר בצ"ע. ועיין בגדולי תרומה שתמה הן על הטור והן על הב"י שהרי בדברי הר"ף [שווהענקו לעיל] מבואר להדיא כדברי הר"ן. וצ"ב בכ"ז.

כד) והנה הש"ך (ק"ד כ') כתב דכל דברי כה"ג רק באופן שלא כתב בפירוש בשטר שמשעבד את נכסיו, אבל אם שעבד בפירוש מודה רה"ג. והביא ראיה שהרי אמרו דמלוה ע"פ אין גובה מנכסים "משועבדים", ומשמע דאף משעבד א"א לגבות. [אולם יעוי' ברשב"ם ב"ב קע"ה שפירש משועבדים - מכורין].

וכן כתב הפנ"י (לעיל ס"ט א') וביאר דבאופן שלא שיעבד בפירוש לא נחשב השיעבוד כמכירה, ורק כשיעבד בפירוש נחשב כמכירה. [והיינו דיש סברא שלא יוכלו לגבות מנכסים משועבדים דאין למלוה ע"פ זכות להוציא משעבדו של שני כשם שאין לו זכות להוציא מלוקח, אלא דכל זמן שלא שיעבד בפירוש אין להלה תורת לוקח, והטעם כמו שפירש הב"ח בשו"ת סי' סג שהרי עדין מחוסר גוביינא וצריך אדרכתא וטירפא, אבל בשיעבד בפירוש ורצה לקנות שעבד יש לזה תורת מכירה. ועי' בתומים סק"א שהקשה על הש"ך דאחריות ט"ס ומאי נ"מ אם שיעבד] בפירוש. ולמש"כ מיושב.

אולם כתב הש"ך שמדברי שו"ת הרשב"א המבואר לעיל משמע דאף בשעבדו בפירוש לא מהני, והיינו דהטעם של הרשב"א הוא משום דלא שייך תקנת לקוחות בנכסים משועבדים, [ולא משום שאין לו תורת לוקח] וא"כ לא מהני אף בכה"ג.

כו) והשתא יל"ע בדעת הר"ף דסובר דאין גובין ממשועבדים. האם הטעם משום דנחשב השעבוד כמכר, וכאילו מכר לבעל השטר, או מטעם אחר. ועי' בבעה"ת שהקשה על רה"ג "דמה לי מכר מה לי שעבד נכסיו, ומשמע דשעבד בשטר הוא כמכירה. וכן משמע בלשונות הראשונים, עי' ברמב"ן כאן "דכל שאינו מצטרף הלקוחות אינו טורף מן הנכסים המשועבדים למלוה בשטר". וכן משמע בריטב"א קידושין יג ע"ש. והנה מהלשונות הללו משמע דרק מלוה בשטר נחשבת למשועבדים, אבל מלוה ע"פ לא, וא"כ מסתבר כדברי הטור דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה ע"פ מאוחרת.

אולם הרמב"ן עצמו הביא לשון תשובת הר"ף דאף מלוה ע"פ מוקדמת אינה קודמת למלוה ע"פ מאוחרת, וצ"ל דנקט דאף מלוה ע"פ חשיבא כמשועבדים. [אולם פשיטא דחלוק מלוה ע"פ ממלוה בשטר, שמלוה שבשטר מאוחרת קודמת למלוה ע"פ כמש"כ הרמב"ן כאן - דלא כש"ך אות כג - אבל במלוה ע"פ מוקדמת ומלוה ע"פ מאוחרת יחלוקו, דאין שום סברא להעדיף את השניה על פני הראשונה, דגם לשניה אין כל לטורף מהשעבוד של הראשונה].

וברע"א [במערכה דב' שטרות אות ב'] ביאר בדעת הר"ן דהא דמלוה ע"פ מוקדמת אינה קודמת למלוה ע"פ מאוחרת הוא מטעם דאין כלל שעבוד במלוה ע"פ, וממילא כל הגביה רק מדין מיניה ידידה ומשו"ה ליכא קדימה, וזהו הטעם בין כלפי מלוה בשטר ובין כלפי מלוה ע"פ מאוחרת.

כז) ובמש"כ הש"ך דלדעת הר"ף יחלוקו המלוה בשטר והמלוה ע"פ, מוכח דיש שעבוד למלוה ע"פ ולא הוי כמינה, דאם הוי כמינה א"כ ודאי שיש קדימה למלוה בשטר. אלא דמ"מ כיון שהוא משועבד גם לשני אין זכות הקדימה שלו נותנת לו לגבות את של השני, וממילא זכויותיהם שוות ויחלוקו. [ועי' בשערי אור ש"ז פ"ג].

כח) לדעת הר"ף אם קדם מלוה ע"פ וגבה, לכא"י לדעת הש"ך תלוי במחלוקת באות י' בשטרות שוין אם מה שגבה גבוי. אבל לדעת הרמב"ן דמלו הבשטר קודמת, מוציאין מידו, וכן מפורש ברא"ה כאן, וכ"כ הגר"א (ק"ד ל"ג).

ולדעת רב האי גאון אם קדם המלוה בשטר וגבה, יש להוכיח מדברי הרמ"א דמהני תפיסה. דעי' בשו"ע סי' ק"ד סי"ג דפסק כרה"ג, ומאיידך מבואר ברמ"א בס"א דבמלוה ע"פ אם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה. ועי' בסמ"ע סק"ג דהרמ"א מחלק בין לכתחילה ודיעבד. אולם יעוי' בקצה"ח (סק"ג) שהעיר על הרמ"א דמקורו מדברי הר"ן, והר"ן הרי סובר דליכא כלל קדימה במלוה ע"פ. אבל למאי דקיי"ל דיש קדימה דילמא מה שגבה לא גבה. [ועי' אות ה' שכן משמע בר"ן, וכמש"כ הגרע"א דכל שיש קדימה לא מהני התפיסה ע"ש]. והגם דבמטלטלין לדעת בשו"ת הרשב"א יש קדימה ואפ"ה מהני תפיסה, כתב הקצה"ח דשאני מטלטלין מקרקע. [ועי' באות יד משכ"ב].

כט) הרמב"ן הוכיח מסוגין כשיטת הר"ף, מדאמרינן ש"מ כתובת בנין דכרין לא טרפה ממשעבדי. משמע דכל שאינו טורף מלקוחות אינו טורף מן המשועבדים בשטר. אולם הר"ן דחה הראיה, דההוכחה מכח ק"ו, דאם אין טורף ממשעבדי כ"ט שאין טורף מלקוחות, אבל להיפך אין ראיה, דיתכן שהגם שאין טורף מלקוחות מ"מ יכול לטורף ממשעבדי, והכא היינו טעמא דלא גובה משום דיש לזה דין ירושה ולכן אין לו כח לגבות לא ממשעבדי ולא מלקוחות. [ועיין בר"ן דחיות על שאר ראיות הרמב"ן].

ל) בגמ' ושי"מ כב"ד לא טרפא ממשעבדי. כתב הגרע"א דקאי בין למ"ד כתובה נעשית מותר ובין למ"ד אין כתובה נעשית מותר. דהנה למ"ד אין כתובה נעשית מותר, צ"ע היכי משכח"ל הנידון אם גובים ממשועבדים, והרי בעינן מותר דינר שיהיה בו ירושה, ואם יש דינר בני"ח הרי יאמרו הלקוחות הנחתין לן מקום לגבות הימנו. [היינו למ"ד דבעינן מותר קרקע] ותיירא הגרע"א דף נב דמשכח"ל בתרי גווי: א) אם אין כלל נכסים בני"ח, דאז בין כך לא מתקיימת ירושה דאורייתא ובכה"ג א"צ מותר דינר. ב) ואופן שני משכח"ל כשיש בע"ח מוקדם שגובה מקצת הנכסים למ"ד חוב נעשה מותר. והשתא למ"ד כתובה נעשית מותר, קושית הגמ' דליתי בני ראשונה ויגבו מבני שניה עכ"פ באופן שיש מותר מכדי כתובה הראשונה, והמותר שישאר לבני שניה בו יתקיים דין מותר דינר. [אבל בליכא מותר דינר מהכתובה הראשונה אין יכולים לגבות כתובתם דא"כ מבטלים את הירושה, ולא דמי לנידון הכללי בכתובה גובה ממשעבדי, דשם בין כך אין ירושה כמשנ"ת לעיל באופן א'].

ולמ"ד אין כתובה נעשית מותר, הקושיא להיפך, דרק כשאין מותר על הכתובה [נראה כוונתו על הכתובה השניה ודו"ק], אז יטרפוהו ראשונים, דהרי בין כך לא מתקיים בזה דין ירושה - דאם לא יטרפוהו ראשונים יטרפוהו בני שניה ולא יתקיים בזה נחלה דאורייתא [להך צד דכתובה אין נעשית מותר] אבל כשיש מותר ויתקיים בו ירושה אין יכולים לגבות דעיי' גבייתם מבטלים ירושה דאורייתא.

לא) ובעיקר קושית הגרע"א (דף נב) היכי משכח"ל גביה ממשעבדי, עיי' בהפלאה דף צ"א שעמד ג"כ בזה, ומצדד דכיון שא"א לגבות עד שיהיה דינר בני"ח ממילא כשהניח דינר בני"ח לא מקרי הנחתו, שהרי אם יגבה את הכב"ד תתבטל הכב"ד רשות לא יהיה מותר דינר, וממילא לא מקרי שהניח מקום לגבות.

עוד כתב ההפלאה דאין לתרץ הקושיא, דהנידון הוא שיגבו מהלקוחות את הכב"ד חוץ משווי הבני"ח שהניחו, דזה אינו, דאם יש עצה לא לגבות הכל א"כ לעולם בליכא מותר דינר יאמרו שאינם גובים את הכל, ובע"כ דרק אם אחר גבית הכל יהיה מותר רק אז תקנו כב"ד.

[נראה דאיי"ד שייך לפלוגתא של יש מן הגדולים והרא"ש - אות יז - , גבי כתובה נעשית מותר באופן שאין כדי ב' הכתובות, דהתם החסרון הוא שאין מקום לגבות, אבל מותר דינר איכא ואין כח ביד הכתובת בנין דכרין לבטל את המותר. משא"כ כאן עיי' הגוביינא יתבטל המותר דינר ובכח הכב"ד לבטל את הירושה, ובכה"ג לא תקנו כב"ד].

לב) מתריף לה רב אשי וכו' ומאי קודמין קודמין לנחלה. ולפ"ז אין ראייה דכתובת בנין דכרין לא טרפא ממשעבדי, דכאן ליכא כלל כב"ד. ועיי' בתוס' לעיל נ"ה א' שכן יתרץ מ"ד יסבון תנן - דלדידה גובין ממשעבדי.

לג) ריע' אומר כבר קפצה וכו'. עיי' ברע"א ובהפלאה שביארו הלשון "קפצה", ע"ש.

בגמ' בבע"ח כו"ע לא פליגי. נתבאר באות כב.

דף צא ע"א

לד) בדינר משעבדי. עיי' ברש"י דפליגי אם חוב הוי מותר, וכמו הנידון לעיל אם כתובה וחוב נעשין מותר. ובתלמיד הרשב"א בשטמ"ק מפרש דיש להם נכסים משועבדים בחובת אביהם כגון משכנתא דסורא [- ב"מ ס"ז ב']. ועיי' דאין להם בגוף הקרקע כלום כיון שגוף הקרקע לפירותיו משעבוד לפירותיו ה"ז כאילו הקרקע שלהם. ועיי' בהפלאה עוד פי' בזה.

לה) בגמ' אלא לשמעין כתובה נעשית מותר לחברתה ואנא ידענא משום דאחת בחיי וואחת במותו יש להם כב"ד. הקשה הגרע"א לפמ"ש"כ הרא"ש - אות טז - דלדעת ר"ח אם האם חיה אין כב"ד דאתו לאנצוי, והרא"ש הקשה דא"כ גם כשתמות הוי כנכסים מועטין ונתרבו. א"כ מאי פריך הכא, הרי י"ל דאם היה משמיע רק כתובה נעשית מותר לחברתה דהו"א דאין כב"ד בהיתה חיה במותו מכח קושית הרא"ש הנ"ל. והא דכתובה נעשית מותר משכח"ל בשנתגרשה ומתה בחיי דאז מעולם לא היה חשש אנצוי. [ועיי' שרצה להוכיח מזה דבגרשה באמת אין כתובה נעשית מותר וכמשנ"ת באות כב].

לו) הו"א כגון שנשא שלש נשים וכו'. הקשה המהרש"א דא"כ למה נקט זאת באופן של שלש נשים, הרי משכח"ל באופן שהיה בע"ח, ובשלמא לעיל איכא רבותא דכתובה נעשית מותר וכסברת רש"י לעיל דלא תימא דכיון דנוטלים לעצמם לא מקרי ירושה, אבל כאן שמשלמים לנקיבה ודאי מקרי ירושה ואין חילוק בינה לבין בע"ח. ועיי' בהפלאה. [ולפי שיטת הריטב"א אות כב מיושב. וכן לדברי הגרע"א שם דאלמנה כמחזקת].

לז) הלכתא אחת בחיי וואחת במותו יש לה כב"ד. ואם מתה השניה קודם שנשבעה כתב הטור דאין לבניה כתובה, אבל לבני הראשונה יש כב"ד. [ונתבאר באות יח]. והטור הביא בשם בעל העיטור דבני השניה נוטלין בכה"ג כתובת בנין דכרין, והדברים צ"ב, ועיי' בב"ח, ועיי' בהפלאה.

לח) במשנה ואם אין שם אלא שתי כתובות חולקין בשוה. ואין בני כתובה הגדולה יכולין לטעון שהם יגבו רק חלק מן הכתובה ויותירו דינר לחלוקה, דכיון שבכח הכב"ד להפקיע את היושה לא תקנו בכה"ג כב"ד. ונתבאר באות לא. לט) היו שם נכסים בראוי. כתב רש"י דהכוונה על ירושה. וכתב הרא"ש (ס"ב ב) אע"פ שמת אבי אביהם קודם חלוקה הואיל ולא הוו בשעת מיתה כב רזכו בני הקטנה לחלוק בשוה. ולא דמי למועטין ונתרבו דמיבעי ליה [עיי' קרבן נתנאל שהקושיא להסוברים דלמסקנא נוטלים כב"ד, דאילו להסוברים דאין גובין יתכן דפסק הרא"ש למסקנא, ואילו בהו"א באמת נעמיד המשנה בשירשו אחר חלוקה - כן נראה כוונתה ק"נ]. דשאני התם שהשבח בגוף הנכסים כגון דיקלא ואלים ארעא ואסקא שרטון או נתקיירו הנכסים. אבל הכא הני נכסים מעלמא קאתו. [ולולי דברי הק"נ היה נראה דבע"כ המשנה מדברת שירשו את הראוי קודם חלוקה, דאל"כ פשיטא שלא מחשיבים בשעת חלוקה מה שעתידים לרשת כיון שהיום אין כלל זכות לזה ובע"כ מיירי בשירשו].

אמנם הרמב"ם בפיה"מ והרע"ב פירשו. דראוי היינו הניח חובות וסחורות [ולשון הרע"ב עיסקא, עיי' בדו"ח שהקשה דהא הוי פלגא פקדון וכמונח בעין וגם הפלגא מלוה פסקין בב"מ ק"ד ב' דאסור לו להשתמש בזה אלא חייב שיהיה תמיד בפיקסא ולכן מפרש דמיירי בחוב רגיל. אמנם יעוי' ברש"י ובר"ף ב"מ שם שנחלקו בגדרי הפלגא מלוה, אם הוי כהלואה עם שיוך זכות לבעלים, או דשייך ממש לבעלים, ומצנו כמה מחלוקות ראשונים בדין הפלגא מלוה, עיי' תשובות מיימוניות לספר משפטים סי' יב דשביעית משמטתו. ומהר"ח או"ז סי' לט חולק.

עוד מצינו נידון כעין סוגיתנו, עיי' שער משפט סי' רע"ח סק"ב שהביא רדב"ז ח"ג סי' תתקצ"ד דפלגא מלוה הוי ראוי לענין ירושת הבעל והבכור וכ"כ בשו"ת פנ"י ח"ב סי' קב. ויש עוד כמה מחלוקות בדין פלגא מלוה ואכ"מ, עכ"ד דעת הרע"ב א"ש לפי שיטות אלו].

וכתב הגרע"א דלפ"ז י"ל דמייירי שלא גבו החובות עד אחר החלוקה וקמ"ל דחוב אינו מותר דינר, אבל אם גבו קודם וכן ואם ירשו מאבי אביהם קודם חלוקה י"ל דזה עושה מותר דינר.

עוד דן הגרע"א דלשיטת רש"י י"ל דחוב לא הוי ראוי ועדיף מירושה כיון דעומד בבירור להיגבות.

(מ) ר"ש אומר וכו'. הנה גם לת"ק אין בב"ד אלא ממקרקעי ככל תנאי כתובה, שאין מטלטלין משתעבדין לכתובה, והפלוגתא במשנה היא לגבי המותר דינר שהוא מדין ירושה.

(מא) פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין. וכתב החלקת מחוקק (ק"י"א ה') דדנים את המיעוט לפי חשבון, וההפסד לשניהם. ובכה"ג הדין פשוט. אמנם ע"י בבית יעקב שאפי' אם היו נכסים מרובין ונתמעטו מקצתן, לא אמרינן דכ"א יקח הכתובה ואח"כ יחלוקו בשאר, אלא גם בכה"ג הפחת לפי חשבון. וע"ע באות מג.

ועיין בראשונים שאם נמצאת שדה שאינה שלו לא מקרי מרובים ונתמעטו, דהרי אגלאי מילתא שמעולם לא היו מרובין, אלא מייירי בהזול או באשתדוף. [ועי' ברע"א למה לא פירש רש"י דמייירי באשתדוף].

(מב) מועטין ונתרבו מאי. הקשה הריטב"א כיון דפשיטא לגמ' דמרובין ונתמעטו אזלינן בתר שעת מיתה, לטובת הכב"ד, אמאי מבעי ליה טפי במועטין ונתרבו. ותיירץ דמשמע ליה דמרובין ונתמעטו כיון דכירושא שוויה רבנן וירתון תנן, דינא הוא דניזול בתר מעיקרא לתקנת הכתובה כדי שיקפץ אדם ויתן לבתו כבנו אבל במועטין ונתרבו מבעי אליה אם העמידו תקנתם אפי' בהא, או דלעולם בתר מעיקרא אזלינן.

והגרע"א הביא דברי הריטב"א וכתב דקושיתו היתה דלעולם ניזיל בתר מעיקרא [צ"ע דבריטב"א משמע להיפך דקושיתו דתמיד יהיה כב"ד], ובביאור תירוצו כתב הגרע"א דודאי אזלינן בתר שעת מיתה, אלא דמבעי ליה אם דיקלא ואליס נחשב כשעת מיתה. והקשה הגרע"א דכיון דאזלינן בתר שעת מיתה, א"כ למה באלימות הדקל יחלוקו בשדה, הרי יורשי גדולה יטלו יותר לפי חשבון כפי זכותם בנכסים. ותיירץ הגרע"א דבע"כ צ"ל דמייירי שהיה מותר חצי דינר, [ובו היה דין יחלוקו מעיקרא] והוא שוה עתה דינר.

ועפ"ז מיישב הגרע"א קושית רי"ז על הרא"ש, [אות לט] דלמה לא פשטה הגמ' את הספק ממה שנקטה המשנה דין ראוי רק בנפלה לו ירושה ולא בדיקלא ואליס, ומזה יש לפשוט דיש בכה"ג כב"ד. ותיירץ הגרע"א דבמשנה מייירי שלא היה כלל מותר, וא"כ לאמהני כלל מה שהדיקלא אליס, דגם באלימות יש לכ"א כח מדין הכב"ד ואין בזה קיום ירושה וכנ"ל. ורק בירושא הו"א דהוי מותר דזהו ממון חדש. אמנם ספק הגמ' קאי על הברייטא דמשמע שהיה מותר פחות מדינר וע"ז יש מקום להסתפק וכנ"ל.

ועי' בתלמיד הרשב"א שמתרץ קו' הריטב"א באופן אחר.

דף צא ע"ב

(מג) כך מועטין ונתרבו זכו בהן יורשין, התוס' הקשו מפרק מי שמת, ותיירצו דבכל דוכתא אזלינן טפי בתר ירושה דאורייתא. והקשה מהרש"א דא"כ למה במרובין ונתמעטו איכא כב"ד. ועי' בהפלאה שמתרץ דלענין נתמעטו עדיף ליורשים שניזיל בתר שעת מיתה, שהרי אם יהיו נכסים מרובים יהיה ההפסד על חשבון הכב"ד לפי חשבון [במשנ"ת באות מא] ואילו ניזיל בתר השתא יהיה ההפסד שוה בשוה. משא"כ בנתרבו הנידון אם אזלינן ג"כ בתר השתא כמו בהזול ע"ש. [ולפ"ד מיושבת גם קושית הראשונים מ"ש פחות מהותירין].

(מד) סבר רמב"ח למימר היינו מתניתין. והקשה ההפלאה דלכא"ל לפ"מ דמסיק דבמועטין ונתרבו אין כב"ד, [לחד שיטה בתוס'] א"כ דילמא היינו טעמא דמתניתין דלא מהני העילוי של היתומים משום דבשעת מיתה עדיין לא העלו והוי כנתרבו אח"כ. ותיירץ דצ"ל דמשמע ליה אמרו כן מיד בשעת מיתה. ובהגהות חכמת שלמה באבהע"ז סי' קיא מיישב דבר דעביד דאתא קיינינן ליה כאילו היה מרובה בשעת מיתה ע"ש.

(מה) שקל אלפא זוזא ואתי לגביה וכו'. הנה בבע"ח שרוצה לסלק בזוזי יש לדון שיש לו כח ליה מכמה טעמים. א) מדין פירעון בעל כרחו דשמיה פירעון [גיין עב]. ב) מדין סילוק, וכלשון הגמ' בכמה דוכתי מצי מסלק ליה בזוזי או לא מצי מסלק ליה בזוזי. [וגדר דין זה דהוי הגבלה בזכות המלוה, דכל השעבוד הוא עד כמה שאין פירעון, אבל אם מעמיד לו פירעון אין לו כח גביה, עי' חזו"א חו"מ י"ד ו', וכתב עוד דאין הגדר בזה דהוא פורע חובו של חבירו אל אהפירעון הוא כעין גביה של המלוה שמגבהו הלוקח כסף וזוכה בשעבודו]. ג) מדין עלוי, פירוש שאומר שלדידיה שוה יותר וממילא ואין הבע"ח יכול לגבות הקרקע, וכמו שבאכזרתא לעולם נותנים ליה ששילם הסכום הגדול ביותר, כך לעולם יאמר הלוקח שהו אמענין הקרקע בשווי גדול ולא יוכל הלוח לקחת בפחות מזה, וממילא ישלם לו הלוקח את חובו והוי כאחר שקנה את הקרקע. ד) מדין שומא הדרא [ב"מ לה].

(מו) והנה רמב"ח סובר דלא מהני אף טעם מהאמוראים לעיל. והנה הא דלא מהני מדין פירעון בע"כ מצינו כע"ז באפותיקי מפורש דלכו"ע לא מצי סלוקי בזוזי. והטעם דלא מהני, יעוי' בחי' הגרש"ש [ב"מ סי' טז] דדין פורע חובו של חבירו לא מהני מעיקר דין פירעון, אלא מועיל רק משום מחילת המלוה, וא"כ א"א לעשות זאת בע"כ אמנם בחזו"א (נשים סי' קלו ר"פ אין בין המודר) נקט דאפשר לפרוע לחבירו בע"כ של המלוה, ומבאר דזה מהני מדין עבד כנעני שחבירו משלם עבורו. ולפ"ז צ"ע כנ"ל למה לא מצי לסלוקי בזוזי. ועי' בשיעורי הגרש"ר ב"מ דף טו בשם הגר"י, דכשרוצה לגבות זכותו א"א לפרעו בע"כ, ורק כשאינו רוצה להיפרע כלל אז מהני פירעון בע"כ. ולפי המבואר גם רבא מודה בזה [וכדחזינן באפותיקי מפורש]. ול"ש לדון כאן כלל משום פירעון בע"כ.

(מז) ובדין סילוק, סברת רמב"ח דללוה יש שעבוד בקרקע וזכותו קודמת ללוקח, וממילא אין ללוקח זכות לסלקו. וכן בדין עלוי, סובר רמב"ח דמוכח מהשמנה שאין הלוקח יכול להעלות הדמים, כיון שמפסיד את זכותו של המלוה ואין זה השווי האמיתי. [ודין אכזרתא לא שייך כאן כמש"כ הרא"ש דבעלמא מרוי הלוח מזה, אבל כאן אם ישלם אלפא זוזי יחזור ויפרע מן הלוח, עי' ברא"ש ובריטב"א ובנתייה"מ (קיד ב')].

(מח) ובדין שומא הדרא, הנה נחלקו הראשונים אם שומא הדרא אל הלוקח. דעת הרמ"ה (מובא ברא"ש) וברמב"ם והר"ן דשומא הדרא ללוקח, והוכיחו כן מסוגין לדעת רבא. אכן הרא"ש נחלק ע"ז וס"ל דשומא לא הדרא ללוקח והכא מייירי קודם שהורידוהו ב"ד לקרקע. והוכיח הרא"ש כשיטתו מדברי רמב"ח, דאם יש שומא הדרא כ"ש שלא יגבו בתחילה ולמה לא יכול לסלקו באלפא זוזי. ובדעת הרמב"ם והרמ"ה, תירץ החזו"א (חו"מ יד ז') דדין זה תלוי באמת בפלוגתת רמב"ח ורבא. דרמב"ח ס"ל דלא מצי לסלוקי בזוזי, ומבאר החזו"א דטעמו משום דהשעבוד אליס מהקנין של הלוקח [עי' אות מז], א"כ אין כאן טוב וישר להחזיר. משא"כ לרבא דמצי לסלוקי אלא מפני שלא היה מעות ללוקח בתחילה, יש בזה טוב וישר להחזיר.



מט) וכ"ז נתבאר בדעת רמב"ח. ובדעת רבא צריך לברר מאיזה טעם פליג על רמב"ח. והנה ע"י היטב בתוס' ד"ה מאי, וי"ל דמ"מ כל שעה יסלקנו שיטתו לו הקרקע כפלים על שווייו. ובפשטות משמע מתוס' דכל סלקו של הלוקח מהני מדין עילוי, וכן נקט הקצה"ח (קט א'). ואולם הנתיחה"מ (קיד ו') הביא דהקדישה נוקט בדעת התוס' דא"י מטעם עילוי. וז"ל הדרישה: ונראה דרצונו לזרם כיון שיכול לסלק כשבא להעלות ה"ה דיכול לסלק אפי' בלא עילוי. וע"ש בהמשך דבריו וז"ל שכיון וז"ל שיכול להעלות א"כ בשווייו יכול לסלקו בין במקצתו בין בכולו כיון שכל שעה יכול לבוא בטענת עילוי. וצ"ב בסברתו. וע"י במשובב ס"י קיד שהביא דברי התומים שכתב ע"ד הדרישה דהדוחק מבואר מעצמו ואין זה סובל לשון התוס' וכתב המשובב דאתמשיט להו לשון הר"ן דסברת מ"ד מצי לסלקי הוא דוקא בבא בטענת עילוי. וע"י בחזו"א (שם סק"ו) שתמה מה מועיל העילוי של הלוקח, והרי הוא יודע שיתבע את העילוי מהלוה וא"י עילוי כמשי"כ הרא"ש (סי' ד') ע"ש.

והביא החזו"א דבשטמ"ק משמע דבאמת רבא לא פליג מחמת העילוי אלא שסובר שמצי לסלקי בזווי (וזה כדינו של הפרישה ולא מטעמו. דאילו להפרישה דין זה הוא תולדה עמה שיכול לעשות עילוי, וע"ז קשה כנ"ל ואילו למשי"כ החזו"א ע"פ השי"מ רבא נחלק וסובר דלעולם מצי לסלקי בזווי וכמשנ"ת אות מ"ה אופן ב'.

ו) והקצה"ח (קט א') כתב כשיטתו דסברת רבא רק מדין עלוי, אמנם להשיטות דיש דין שומא הדרא בלוקח, וכן ביורש שלכו"ע יש לו דין שומא הדרא, כתב הקצה"ח דמהני סילוק אף בשווייו מדין שומא הדרא ע"ש. [ובדין זה דשומא הדרא ע"י ברא"ש ס"י ג' שנחלקו בזה ר' יונה והרמ"ה, ולעיל אות מה הובא שגם דעת הרמב"ם כהרמ"ה, וע"י בר"ן שמסקנתו כרמב"ם].

נא) כתב הרא"ש ס"י ד' וז"ל כתב הר"ם וז"ל שאם יבא שום אדם בתוך ימי ההכרזה ויעלה הקרקע יותר ממה ששמו ב"ד אם רוצה המלוה להחזיק בקרקע צריך לקבלו באותה עילוי, שהשומא וההכרזה לתועלת הלוה וכו', אבל אם הלוקח יעלה לא נחוש לדבריו כי ודאי לתועלתו הוא מכין ואמר בלבו כו' ואח"כ אחזור ואגבה הכל מן המוכר. ולכא"י משמע דאין הלוקח יכול להחזיק בקרקע אלא זכותו של הלוה קודמת. והקשה החזו"א (סק"ב) דהרא"ש בהמשך כתב דאם המלוה רוצה ליטול כל הקרקע בחובו והלוה רוצה שיטומו ויתן שומתן לא שומעים לו מפני שיש הפסד ללוה. ומשמע דכשנתיים נותנים אותה שומא משאירים ביד הלוקח כיון שאין הפסד ללוה. וצ"ע ממשי"כ הרא"ש בתחילת דבריו. ולכן מבאר החזו"א דמשי"כ הרא"ש בתחילת דבריו מייירי שהמלוה מוסיף קצת על השומת ב"ד, והלוקח מוסיף יותר ממנו, וע"ז כתב הרא"ש דתוספת הלוקח אינה כלום שהרי חוזר וגובה מהלוה ונמצא שהמלוה שהוסיף מעט על השומת ב"ד הרי הוא כשם הקרקע במחיר יקר יותר מהלוקח. [ואמנם אם הלוקח ישלם ע"מ לא להיפרע בהיותה משומת ב"ד מן הלוה, ודאי שהוא קודם ולא גרע מלוקח אחר].

נב) ובדברי החזו"א כן מבואר מדברי השי"ך (קיד, א'). אמנם שיטת הסמ"ע (סק"ד) ומבואר באריכות בדרישה, (וכ"כ הקרן נתנאל) דיש שלש דינים. דקודם שומא יכול לסלק בשווייו ואחר שומא והכרזה אין יכול לסלק אא"כ פורע כל חובו, ואחר שהורידוהו ב"ד שוב אין יכול לסלקו [להסוברים דשומא לא הדרא ללוקח]. ולפ"ז אין כל סתירה בדברי הרא"ש, דמשי"כ בסוף דבריו דהלוקח יכול לסלק אם אין הפסד ללוה הוא קודם שומא, ומשי"כ בתחילת דבריו דהמלוה קודם ללוקח הוא אחר שומא והכרזה [וכמבואר כן להדיא ברא"ש דבהכי קמיייר].

אמנם השי"ך הנ"ל הקשה על הסמ"ע מ"ש קודם שומא מאחר שומא, גם החזו"א (ח"מ יד ח') תמה על הסמ"ע כנ"ל. ובדעת הסמ"ע צ"ל דשומא אינה רק הערכת שווי בעלמא, אלא דע"י השומא חלה זכות למלוה לגבות הקרקע בשומא זו, [אלא דאם בהכרזה ישלמו יותר זכות הלוה שיתנוה לזה שמשלם יותר] ומשי"ה לא מצי לסלקו מן הקרקע. [אא"כ משלם כל חובו, והטעם דמהני במשלם כל חובו יבואר להלן בעז"ה].

[ועיין בשי"ך שם בסוף הס"ק שנראה שמחלק ג"כ בין קודם שומא לאחר שומא לענין אחר ע"ש היטב, וע"י בנתיחה"מ סק"א וצ"ע].

נג) והנה הדרישה הביא ראייה לדבריו דקודם שומא יכול לסלק בשווייו, מה אדאיתא בב"מ ט"ו וק"י, דיכול לסלק גם מחלק מן הקרקע בזווי, ש"מ שא"צ לפרוע הכל. והגר"א סק"כ דחה הראיה דשאני התם שבסך הכל פרע הכל דחלק פרע בקרקע ולק סילק בזווי, אבל באופן הקרקע שוה רק כמקצת מנה חוב אין יכול לסלק אא"כ שם בשווייו. [ולכא"י לדברי החזו"א י"ל דהתם מייירי שהמלוה לא העלה בדמים ומשי"ה מצי לסלקי וצ"ת].

נד) כתב הרא"ש דאע"ג דאין העלאות הלוקח מועלת, אם מסלק את כל החוב מהני. וצ"ב מ"ש מסלק כל החוב ממסלק מקצת. ובחזו"א (סק"ב) ביאר בזה דכל זמן שאין פורע כל החוב יש למלוה עדין שעבוד לגבות שאר החוב, ונמצא שיש לו עדיין זכות בקרקע. וכל שיש לו זכות יכול להעלות דמיה וזהו שעבודו. אלב כשפרע כל החוב פקע זכות המלוה מן הקרקע. אמנם להלן סק"ה הקשה החזו"א על ביאורו, דהרא"ש כתב דביושרים לא מצי הבע"ח לומר שהשדה שוה לו ככל חובו הואיל ואין הפסד ללוה [שהוא כבר מת ולא הניח אלא נכסים המשועבדים האלו]. ואם נימא דמזכותי המלוה לומר לדידי שוה לי למה לא יוכל להוציא מן היושרים כשווי שהוא מעריך. ובע"כ דהשעבוד רק כפי השווי האמיתי, וא"כ צ"ע למה לא מצי הלוקח לסלק בשווייו, וצ"ל דבמקום פסידא של לוח אין יכול לסלק. אמנם צ"ע דא"כ גם במסלק בכל החוב איכא פסידא ללוה, כגון אם החוב אלף והקרקע שוה חמש מאות והמלוה אומר שנטלה בשמונה מאות, אם יטול בקרקע בחובו, חייב הלוה שבע מאות - מאתים הנותרים למלוה מן ההלוואה, ועוד חמש מאות ללוקח [כדפסקין בגמ' והלכתא בחמש מאה]. ואם יפרע הלוקח אלף חייב לשלם אלף [כמבואר ברא"ש דכשמשלם הלוקח כסף משלם לו הלוה כל מה ששילם ויתבאר הטעם להלן אות נט]. והניח החזו"א בצ"ע. וע"ע בנתיחה"מ סק"א שמבאר בדעת הרא"ש דהשעבוד רק על השווי, ולא כנגד כל החו [ולכן כל היכא דליכא פסידא מסלק בשווייו], וא"כ קשה כנ"ל, דממ"נ, אם פסידא דלוה הוא סיבה שלא יסלק, א"כ גם בכל החוב לא יסלק, ואם א"י סיבה למנוע את הלוקח מזכותו למה לא יסלק בשווייו.

והנראה בביאור דברי הרא"ש דהא דחיישינן לפסידא דלוה, א"י מדין השבת אבידה וכיו"ב, אלא דהוא מזכותי הלוה שהגביה שתהיה בקרקע ששיעבד תפרע ככל מה שיותר, [ויש להוסיף בזה דברי רש"י בפסחים ל"א שכל גוביינא הוא מהמוכר ולא מהלוקח, דלגבי גוביינא נשאר הלוה כבעלים, ועיין בביאור ברי רש"י בנחל יצחק סי' לט]. אמנם כ"ז אם באה הקרקע לידי גוביינא, אבל כשמסלקו בשעור כל החוב פקע זכות הגוביינא, ושוב אין עושים כאן כלל גוביינא, וא"כ לא איכפת לן בפסידא דלוה, דבאופן זה שאין גוביינא אין לו כלל זכות, ולא איכפת לן במה שמפסיד ממילא. ודו"ק.

נה) ובמש"כ הרא"ש בסוף דבריו לחלק בין יורש ללוקח, דבדוקא אם אמר המלוה שלא לשום והוא יטלם בכל חובר שומעין לו, ואילו ביורש אין שומעין לו, אלא ב"ד יושמו. ביאר הסמ"ע (קט ה') דכיון שכבר מת הלוה ואין לו בזה שום טובה ממילא לא יכול המלוה לומר לדידי שוה לי טפי אחר דאין רוח ללוה.

אמנם הקצה"ח (קט א') והגר"א (ק"י כא) ביארו דהחילוק הוא דבירוש איכא לדון שומא הדרא, ומדין זה מצי לסלוקי בשווי. משא"כ בלוקח דהוא רק מדין עליו, בזה אין יכול לסלק עד שישלם כל חובו. [ועיין אות נ'].

אמנם דבריהם צ"ב, דאם יאמר המלוה לדידי שוה לי, למה יוכל לעשות שומא הדרא בשווי, הרי כיון דהעלה בדמים גם החזרת השומא תהיה לפי אותם דמים. ועיין בקצה"ח שלשון "דבע"ח לא מצי למימר לדידי שוה לי כל חובי", וצ"ב למה ולכאוי צ"ל דהטעם משום שמפסיד ללוקח את הקרקע ואין רוח ללוה. [ויל"ע א"כ היינו ממש בדברי הסמ"ע, אמנם הביאור פשוט, דלדעת הסמ"ע מעיקר הדין יכול לסלק ורק משום טובת הלוה אין יכול לסלק. ונמצא דבדוקא הא דאין מסלק הוא משום טובת הלוה. ולקצה"ח מעיקר בדיון א"א לסלק, אלא רק מדין עליו, ונמצא דבדוקא מעיקר הדין א"א לסלק, ומה שבירש מסלק הוא מדין שומא הדרא].

ועיקר דברי הקצה"ח בדיון עליו בעינן דוקא יותר מהחוב צ"ב, דממ"נ אם יכול לומר לדידי שוה, והוי איום על המלוה שיפסיד אם לא יטול הכסף, א"כ גם אם יאמר לדידי שוה טפי פורתא ג"כ הוי איום, ולמה צריך לשום ביותר מכדי חובו. ואם א"א לומר לדידי שוה א"כ גם ביותר משווי לא מהני. ואם הוא מדין סילוק ההלואה מ"צ בכלל לדיון עליו.

וצ"ל בכוונת הקצה"ח דלדידי שוה הוא רק במה שנוגע לזכויות עצמו, אבל אי"ז הופך למחיר האמיתי של החפץ וכלפי אחרים הוי כשווי האמיתי. ונמצא דכל דלא הוי יותר מדמי ההלואה, כיון דלא מצי מסלק בזווי נמצא שעדין זכותו של המלוה שלימה בשעבוד, וא"כ לא איכפת לן במה שללוקח שוה טפי, דמ"מ הגובינא של המלוה עדין בתוקפה גם לשיטתו של הלוקח, וא"כ השווי נקבע רק לפי המלוה. משא"כ אם אומר הלוקח לדידי שוה טפי מן ההלואה, א"כ לפי שומתו פקע זכות המלוה מן השעבוד, ונמצא דיש לו עצמו זכות לסלק במקצת הקרקע, וכיון דהדבר נוגע לזכותו אזלינן בתר שומתו. (נו) והנה כבר נתבאר דדעת הרא"ש דבאופן שהמלוה אומר תנו לי הקרקע בכל חובי ואל תשמו, ובעל הקרקע דורש שומא חלק בזה דין יורש מדין לוקח, וכמשנ"ת.

אמנם מצינו ראשונים שחולקים בזה. עי' בגר"א (ק"י כא) בשם בעל התרומות שבין ביורשים ובין בלקוחות יכול הלוקח לסלק בשווי. [ולפי' כל דין אכרזתא הוא כשאין הלוקח רוצה לשלם מכיסו, אבל אם משלם דינו בשומא ולא עבדין אכרזתא. כ"כ החזו"א שם סק"ג].

(נו) ודעת הרמב"ן והראב"ד, מובאים בשה"ת ובגר"א שם, היפך דבין ביורשים ובין בלקוחות יכול המלוה לורמ לדידי שוה לי ולהוציא מיד הלוקח. א"כ פרע לו כל חובו.

ובביאור דעת הרמב"ן והראב"ד מצינו ב' דרכים, דהנה פשטות לשונם דדוקא אם אורמ המלוה לדידי שוה לי אז הוא מצי לגבות את הקרקע, ולפי' הטעם הוא מפני שמכלל זכויות המלוה לבחור בקרקע עבור החוב, דכל שעדין לא נפרע החוב משועבד לו זכות בחירת הקרקע וחשיב זכות זו לממון וזה נפרע חובו. [כ"כ החזו"א סק"ה. ואולי יל"פ באופן פשוט יותר, דכיון שהקרקע משועבדת לו, והוא אומר לדידי שוה לי, באמת נחשבת כלפיו הקרקע כאילו שוה טפי, וא"א לסלקו כמעט מעות. וכסברא זו משמע בחזו"א סוף סק"ב].

אמנם יעוי' בנתי"מ (ק"י א') שמוכיח מדברי הש"ך בכמה דוכתי דסברת הרמב"ן והראב"ד היא אף באופן שאינו אומר לדידי שוה לי טפי משוה. ויסוד הדברים דלדעת הרמב"ן יש למלוה זכות בקרקע על כל חובו, וא"א לסלק שעבודו ע"י פירעון מקצת, דיכול לורמ כיון שעדין לא נפרעתי חובי הרי הקרקע עדין משועבדת לי ואטרפנה שוב. ודעת הרא"ש דהזכות בקרקע היא רק כפי שווי הקרקע, וכל שסילקו כשווי הקרקע פקע זכותו כאילו גבה ומכר. [ומש"כ הרמב"ן דאומר לדידי שוה כל חובי היינו שהשדה □ נשתעבד □ עבור כל החוב, ואין הכוונה שמעריך את □ שווי □ הקרקע ביותר האמיתי].

והנ"ב (חו"מ סי' ט) מפרש דיסוד המחלוקת ביניהם היא דלהדידי שוה לי נחשב כשבחא דממילא ואזלי בזה לשיטתם, דדעת הרמב"ן והראב"ד דבחא דממילא גובין מלוקח, ודעת הרא"ש דאין גובין, [עיין בשו"ע סי' קטו ס"ג ד-]. ובזה תלוי המחלוקת כאן.

(נח) כתב הר"ן דהאי עובדא בע"כ מיירי דתרי האפדני נמכרו לאדם אחד. והביא שתי ראיות לזה. א) אם נמכר לשנים איך יאמר הלוקח לשקול ארעא באלפא זוזי, והרי אין לו שום שייכות בה. ב) למה יכתוב טרפא באלף זוזי, הרי הלוקח לא שמאה אלא בחמש מאות. והנה בדברי הר"ן י"ל דמיירי אחר שהורידעא ב"ד לקרקע [כמו שמסיק הר"ן בהמשך דבריו כשיטת הרמב"ם, עי' אות מח]. אבל הרמ"א כתב דגם קודם שהורידעא א"א הוי ב' קרקעות אין הלוקח השני יכול לורמ שיקבל שדה האחר ביותר משווי. והקשה התומים דהוי בזמן האכרזתא יכול כל אדם לורמ מחיר גבוה יותר ואז המלוה מוכרח ליטול כפי אותו שווי, ותמוהין דברי הרמ"א. ותירץ הנתי"מ, דכוונת הרמ"א לגבי דין טירפא, דנהי דפסקינן בגמ' דהטירפא חמש מאות, כ"ז אם גבו את הקרקע, אבל אם שילם מעות חייב לו באחריות אלף כמש"כ הרא"ש (ויתבאר להלן אות נט טעם הדבר) ולגבי זה כתב הרמ"א דכ"ז אם הוא הלוקח דע"ז יש לו אחריות. אבל לגבי קרקע של אחר אינו יכול לתבוע מהמוכר אחריות.

(נט) וטירפא בכמה כתבינן. עי' בריטב"א שתי שיטות, האם הנידון כשגבה הלוה בפועל את הקרקע, ובזה פסקינן בחמש מאה כיון דלא הפסיד יותר מזה. ולשיטה זו אם לבסוף שילם הלוה אלפא זוזי הטירפא היא אלף זוזי. ושיטה נוספת דהגמ' מיירי בששילם אלפא זוזי, אבל אם גבה את הקרקע לכו"ע אין לו אלא חמש מאה. ועי' בגר"א (קיד כ') ובנתי"מ סק"ג שהביאו שגם ברא"ש מפורש כשיטה הראשונה שבריטב"א.

ולכאוי צ"ע דבפשטות דין אחריות ל"ש בזה, דמה לו ללוה לשלם על שהוציא הלה מכיסו אלף, הרי זה כאילו נה לעצמו קרקע ביוקר ולמה אחראי הוא על זה. ואין לומר דחייב משום שפרע לו את חובו, שהרי פורע חובו של חברו פטור.

ובנתי"מ מבאר הדברים וז"ל, דכיון שלקח השדה והיא חביבה בעיניו הרבה עד שהוצרך ליתן כל ממון הרי הוא כמוכר לפרוע חובו. והמוכר כתב לו אנא איקום ואשרי מהמערערין והוי כנותן לו רשות לשפות המערערין כשלא יהיה לו היזק ללוה בכך עכ"ל. וביאר במלואי משפט שיש כאן ב' תירוצים תירוץ ראשון דהוי כפורע בע"כ [דפורע חובו של חברו בע"כ חייב לשלם לו כמש"כ תוס' ב"ק נ"ח]. ותירוץ שני שיש ע"ז אחריות. וצ"ע שבנתיבות סק"ה איתא דאם לא כתב לו המוכר אחריות אין צריך לשלם לו, ולכאוי לטעם ראשון עדיין צריך לשלם. [ועיין חזו"א חו"מ יד ד ובשעה"מ סי' קיד ובאבי עזרי פ"ח ממלוה].

ס) שבק קטינא דארעא וכו'. מבואר בסוגיא דיש מצוה על הירושם לפרוע חובת אביהם, ולכן בסתמא אמרינן שפרעו בשביל המצוה. ולכאוי הטעם משום דכך הוא הסתמא ואפי' אם אומרים שכוונתם בדמי הארעא אינם נאמנים. [וכן משמע בקצה"ח ע"ה ד ע"ש] אולם יעוי' בבעה"ת (שער כ' ח"א) שמוכיח מהסוגיא שכשיש ב' חובות ופרעו בסתמא יד המלוה על העליונה, לקבוע איזה חובו נפרע. [וע"ש שסיים ועוד דעבד לזה לאיש מלוה, וילייע אם כוונתו דגם בעובדא דידן שייך טעם זה, ויש בזה חידוש דהרי כאן אם פירשו אין בו כח לתפוס, או דסברא זו שייכא רק בשתי הלוואות גמורות]. וצ"ב בטעמא דמילתא למה לא נימא בזה הממעי"ה. ועי' בקו"ש אות שז שעמד בזה.

[עוד כתב שם הבעה"ת דכשיש ב' חובות אפי' אם פירש הלוח שנותן לשם חוב אחד לא מהני ויכול המלוה לתפוס לשם החוב השני. [ועי' בפרק הכותב אות צח שיש חולקים ע"ז]. והקשה ע"ז דא"כ למה בסוגין אם אמרו בדמי קרקע סלוקי סלקוהו. ותיירץ דהכא א"א לכופו לפרוע מהמטלטלין מן הדין, דהוי רק מצוה דרבנן [כמש"כ רש"י והר"ן כאן, ועיין בתוס' פ"ו א' שכתבו הטעם משום שאין כופין על כבוד אב ואם שמתן שכרה בצדה]. וכן הוכיחו תוס' לעיל פ"ו והר"ן כאן מסוגין ואין כפיה על מצוה זו].

סא) והנה כתב הר"ן בשם הראשונים דרק אם הרוש להם אביהם מטלטלין יש מצוה, ואם לא הוריש אפי' מצוה ליכא, [והטעם משום דכבוד אב משל אב ולא משל בן - כ"כ בהג"א פרק הכותב ובבעה"ת שער סא, והקשה הקוב"ש (אות שיד) דאפי' בהוריש להם אביהם הרי היום הם של הירושם והוי כבוד משל בן. ותיירץ עפ"ד הרשב"א ב"ב ח' דעד כמה שיש צורך למת בנכסיו הוי שלו ע"ש. והגרע"א ח"א סי' ס"ח מבאר באופן אחר ע"ש.

ודעת הר"ח והרשב"א [מובא בר"ן כאן] דאם הניח להם אביהם נכסים כופים אותם לפרוע, וביאר דבירו בגידולי תרומה (שעד סי' ח"א אות ט') דכיון שהוריש להם אביהם נכסים יש להם מצות פריעת בע"ח כמו לאביהם, דהם נכנסים תחת אביהם - ולכן כייפינן להו כמו בשאר מצוות. אבל אם לא הוריש כל חיובם משום כבוד אב ואין כופין ע"ז. ועי' בשו"ת הרשב"א (ח"ד ס"ס קנב) דמשמע מלשונו כהגידו"ת.

ולפ"ז קשה מסוגין, וכתב הר"ן בשם הרשב"א דכאן מייירי בשלא הניח להם אביהם מטלטלין [נסובר הרשב"א דמ"מ יש בזה מצות כבוד ודלא כשאר הראשונים סוברים דאם לא הוריש ליכא אפי' מצוה]. עוד תירץ המרדכי דמייירי כאן בירושם קטנים ומש"ה אין כפיה. [ומ"מ אם פרעו תלינן דכוונתם לקיים המצוה]. ועי' ברשב"א בשו"ת הנ"ל שתירץ שני התיורוצים.

סב) בגמ' אבל אמרו ליה וכו' סלוקי סלקוהו. הנה לעיל אות נז הובאו דברי הראב"ד והרמב"ן דבירושם אם הבע"ח אומר לדידי שוה לי א"א לסלקו במקצת הדמים. והובאו שם שני ביאורים, ביאור החזו"א דדוקא אם באמת אומר לדידי שוה לי, וביאור הנתיה"מ דאף כשאנו אומר א"א לסלקו מהשעבוד עד שפורעים כל החוב. ולפ"ז קשה למה כאן יכולים לסלקו בדמי הקרקע. ובשלמא לביאור החזו"א א"ש, דכאן אין המלוה רוצה לומר לדידי שוה לי טפי, משום שרוצה שתישאר המצוה, אבל לדברי הנתיה"מ קשה. [ועי' בתשב"ץ ח"א סי' י' שעמד בקושיא זו, ודעתו דבלי לומר לדידי שוה לי א"א לסלקו. ולומר לדידי שוה לי א"א דהוי פסידא דיתמי ע"ש. ועי' בריב"ש (סי' תפג) שחולק דא"א נקרא פסידא, כיון דכל הנ"מ רק אם תשאר הקרקע בידם או שישלמו דמיה וזה לא נקרא הפסד דאין כאן הפסד בשווי אלא רק בחפץ ע"ש. עוד כתב התשב"ץ דאפשר להעמיד הסוגיא בנתרצה המלוה לכך בתחילה].

סג) כתבו הראשונים דאם אמרו שהתשלום בדמי ארעא, אפי' בע"ח מאוחר כבר לא יכול לגבות מזה דהוי כאילו הגבוהו הקרקע וחזרו וקנו ממנו ובאים מכח שעבוד הראשון. ועי' בקצה"ח (סי' קז סק"ח) דלפ"ז כ"ז לא שייך אלא בקרקע שיש בה קדימה אבל במטלטלין שאין בהם דין קדימה - אפי' אחר תקנת הגאונים שגובין ממטלטלין - ממילא לא מהני שיקנה זכותו ויכול הבע"ח המאוחר לטרוף ממנו.

סד) כתב הבדק הבית (סי' קז) דאחר תקנת הגאונים שגובין ממטלטלין שוב אין נ"מ מדין הגמ', דאם לא הניח מטלטלין הרי אין מצוה ותלינן שפרעו עבור הקרקע, ואם הניח הרי כייפינן להו שיגבו הכל. ועיין בפ"ת סק"ד בשם הדגמ"ר, דמ"מ אם פרעו ואמרו בפירוש שפורעם עבור הקרקע הוי כמכרו המטלטלין וקנו קרקע דאין גובין ממנה. [ולפ"ז צ"ע מה הוכיחו הראשונים מסוגין דאין כפיה על הך מצוה, הרי חזינן דאף אחר תקנה"ג דכייפינן מ"מ אם כבר פרע שוב פקע החוב. וצ"ל דשם מייירי מדעת המלוה, וכאן משמע דעושים כן בע"כ, וזה שייך רק אם אין כפיה דאם יש כפיה א"א להם לפרוע בע"כ דמי הקרקע].

סה) הנה בסוגין מוכח דלא מהני תפיסה מהירושם אף דאיכא עליהו מצוה [דאלי"כ איך יאמרו שמגבים עבור הקרקע. הרי הוא יתפוס וכמש"כ הבעה"ת]. ועי' בריב"ש סי' שצב שכתב דלא מהני תפיסה בלצא"ש [והובא בקצה"ח ע"ה ד']. והריב"ש הוכיח כן מריבית דרבנן שיש חיוב לצא"ש להחזירה ומ"מ לא מהני תפיסה אכן דעת הראב"ד דברביית מהני תפיסה, והקשה המל"מ (פ"א ה"ז ממלוה) דא"כ גם במצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם תהני תפיסה, ויקשה מהמשנה בדף פ"ד דאפי' קדמו ותפסו סובר ר"ע שמוציאין מידם. [ולפמ"ש"כ הרשב"א בתשובה ח"ד ס"ס קנס דשם מייירי בקטנים לכאוי לק']. והגרע"א (דו"ח ב"מ דף ע"ב) תירץ דבאבק ריבית הלצא"ש הוא זכות ממון, משא"כ כאן דהוא רק מצות כבוד אב ואין בזה משום לתא דממון לא מהני תפיסה.

סו) בדין זבנה לכתובתה דאימיה. עי' רש"י בפירוש ראשון שבאמת לא חלה המכירה משום דהוי דשלב"ל. ומ"מ אם אח"ז אינו מקיים את המכר יש לו אחריות לשלם. ועי' ברא"ש שהקשה דאם לא חל המכר ודאי שהיה חייב להחזיר הדמים וא"ז שייך לדין אחריות. ובדעת רש"י צ"ל דאף ע"ז מחל כשויתר על האחריות. [ומצינו דאף בשדה גזולה שלא באחריות א"צ להחזיר המעות עי' ב"ב מ"ד ב'], ויותר מזה כתב הגרע"א, דהא כשאמר מערערת עדין לא בא לעולם, וא"כ יכול לחזור בו אפי' למ"ד אדם מקנה דלשב"ל [כדאיתא ב"מ ס"ו ב'] וא"כ יתבע המעות מדין חזרה. ובע"כ דגם ע"ז התנה דלא יהיה אחריות והמעות יהיו מתנה.

סז) ובמש"כ רש"י שהיתה אשת אחר [ולא אשת אביו], עי' מהרש"א והפלאה משכ"ב, והרא"ש כתב דהיתה אשת אביו. ולשיטת רש"י צ"ב מה שייך ערעור של האדם, הרי המכירה חלה רק אחר מותה, ועיין פנ"י שהוא רצה למכור גם ע"ד שתתגרעה האם להקנות וע"ז לא קיבל ע"ע אחריות ועי' בתורי"ד.

סח) ור"ת הוכיח מפירוש ראשון דבאומר שדה זו שאירש מאבא מכור לך קנה, ועיין בנתיבות (רי"א ב') שמדמה זאת לדין כידו [דמבואר

ועי' בנתיח"מ שכתב דאם הקנה השדה שירש מעכשיו, אין יכול לחזור בו, לא מבעיא להסוברים דבדשלב"ל לר"מ כשאמר מעכשיו אין יכול לחזור בו אלא אפי' להסוברים דיכול לחזור בו [עיין רמב"ן רשב"א תוס' קידושין סג] הכא עדיף טפי. [והרע"א מכת"י על סי' ריא כתב דזה כן תלוי במחלוקת הנ"ל].

עוד הוכיח בשעה"מ פכ"ב ממכירה ה"י דהקנאה זו דר"ת מהניא אפי' אם מתהקודם חלות הקנין, מראית ר"ת מהגמ' בב"ב דמייירי שמת קודם. וכן הוכיח הנתיח"מ שם [ומזה מוכיח דאין יכול לחזור בו] אולם יעוי' בדברי משפט סי' רי"א שדחה ההוכחה.

סט) אמר ליה רבא נהי דאחריות דעלמא וכו'. עי' בריטב"א דדוקא כאן שקיבל שאר אחריות חוץ מאמו אז הוא דקיבל אחריות דנפשיה גם כאן שזכות הערעור התחדשה אח"כ. אבל בעלמא דלא קיבל שום אחריות אלא רק אחריות דנפשיה אם ירש זכות ממק"א אינו חייב באחריות דאיהו במקום אותו מוריש קאי. ועי' שיש חולקים.

דף צב ע"א

ע) אמר רמב"ח ראובן שמכר שדה לשמעון וכו' א"ל רבא נהי דאחריות דעלמא קביל עליה אחריות דנפשיה מי קביל עליה. כך היא גירסת רש"י, ופירושו דשמעון לא קיבל עי"ע אחריות דמחמת ראובן.

אמנם הר"ף גרס נהי דאחריות דעלמא לא קביל עליה אחריות דנפשיה קביל עליה, ועי' ברא"ש מה שפירש בשם הרמ"ה ולפי"ד המשמעות היא כרש"י ע"ש. אולם הרמב"ם והרמב"ן מפרשים דהכוונה דראובן שמכר שלא באחריות, מ"מ אחריות דנפשיה קיבל עליה. ונמצא דבאמת יש כאן סיבה לחייב את שמעון, אלא דכיון שראובן קיבל עי"ע אחריות דנפשיה.

ובעה"מ הקשה לגי' הר"ף דהא המוכר שלא באחריות פטור אף בטרף הבע"ח ידיה מן הלוקח, וא"כ א"א לומר דקיבל ראובן עי"ע אחריות ידיה, ותיירץ הרמב"ן (במלחמות ובחדושים) דאדרבה כל הסוגיא מיוסדת על דין זה שבעודה ברשות הלוקח אם גבה הבע"ח אין לראובן חיוב אחריות. וכל הנדון בחזר ומכרה לראובן, דרמב"ח סבר דכשם שאם היה גובה משמעון היה ההפסד על שמעון, ה"נ השתא נידון הגביה כבאה מכח שמעון [וכמו בעובדא דלעיל בההוא דזבן לכתובתה דאימיה דסבר רמב"ח דאיהו במקום אימיה]. ורבא אזיל לטעמיה דסובר דאם הביטול מכחו הוי כאחריות דנפשיה, וא"כ גם כאן איהו חייב לפרוע אפי' אם קנה מדנפשיה דמיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה ואחריות דנפשיה קיבל עליה.

ובדעת רש"י פי' הריטב"א דסברת רמב"ח דשמעון קיבל עי"ע אחריות דאיתי מחמתיה, וכאן נקרא שהאחריות מחמתו שהרי לא היו לראובן עוד נכסים והשעבוד קיים רק על הקרקע ונמצא שהוא נכנס תחת ראובן, וכשמכר לראובן באחריות הוי הבע"ח דראובן בכלל אחריות דנפשיה - דשמעון. ורבא אמר דכיון דמ"מ החוב מוטל על ראובן אם יהיו לו נכסים אחרים מקרי אחריות דנפשיה.

עא) והנה יעוי' בקוב"ש שהקשה מה שייד כאן אחריות, והרי אחריות היא רק כשיש הפסד, אבל כאן לא הפסיד אלא פרע את חובו. [ולכא"ו צ"ל דזה לא מקרי שמוש גמור דהרי פורע חובו של חבירו פטור]. ובחזו"א (או"ח סי' קכד לדף לא) הקשה דהא אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח, וא"כ כאן יש לנכסים גם דין משועבדים וגם דין בנ"ח, [דהרי הם מכורים וא"כ הם משועבדים, אבל מ"מ הוי גם מיניה ידיה של ראובן מצד הקניה השניה]. ונמצא שא"א לגבותם מכח השעבוד אלא רק מכח המיניה ידיה, ולמה יש עי"ז אחריות. והוכיח החזו"א דכאן שבין כך גובים ואין הפסד ללקוחות, שוב אפשר לגבות גם מצד המשועבדים.

והגרי"ז בהלכות שכנים הקשה דמ"מ כיון שגובה גם מדין מיניה ידיה מה שייד עי"ז אחריות. וכתב דלגירסת רש"י יל"פ דזה גופא טעמא דרבא. [אך בריטב"א לא פירש כך]. אמנם לגירסת הר"ף והרמב"ם מבואר דהיה שייד חיוב אחריות גם לדעת רבא [ורק דראובן קיבל עי"ע אחריות דנפשיה] וצ"ע כנ"ל. וביאר הגרי"ז דכל בע"ח הטורף קרקע יש בגביתו ביטול המכירה. [וכמש"כ רש"י פסחים ל' ב', דכשמוכר הלוח לא חלה המכירה, והיינו דאם גובים הוי הגובינא מהמכור דכלפי זה לא חלה המכירה ועיין בגר"ח ה' מלוה ובנחל יצחק סי' לט]. ולפי"ז י"ל דבכל טירפא התביעה אינה משום חיוב אחריות מחדש, אלא דכיווד המקח בטל ממילא חייב להחזיר את דמי המכירה. וא"כ גם הכא נהי דיש כאן גם גביית מיניה ידיה, מ"מ יש כאן גם גביית השעבוד [וכמו שפשוט שלאבי דלמפרע הוא גובה ג"כ כאן הגביה תחול למפרע]. ופקע הקנין של ראובן משמעון ולכן חייב להחזיר לו את הדמים, וזו סברת רמב"ח. ורבא דפוסר סבר דכיון שנוטל גם משום גבי האף בלא דין טירפא ושעבוד, דמיניה ידיה יכול לגבות אפי' מגלימא דעל כתפיה, ממילא אין על שמעון חיוב ממון לראובן, שכבר קיבל ראובן חיוב אחריותו בזה ששילם בה חובו. [עכ"ד הגרי"ז]. ומש"כ הגרי"ז בסברת רבא, לכא"ו ברמב"ן דלעיל מבואר טעם אחר - דאזיל רבא לשיטתו בההוא דזבין כתובה דאימיה.

עב) עי' בשו"ת הגרע"א סי' קמח שמסתפק אם נמצאת הקרקע גזולה האם מקרי אחריות דנפשיה, או דשאני בע"ח שטורף מכחו ולכן מקרי אחריות דנפשיה, או דשאני בע"ח שטורף מכחו ולכן מקרי אחריות דנפשיה, אבל בגזילה אין הנגזל טורף מכחו דהגזלן אלא בכל מקום שמוצא את שלו נוטל, ועי' שפלה בזה.

עג) ומודה רבא בראובן שירש שדה מיעקב ומכרה לשמעון. עי' ברש"י שהחדוש הוא דלא נימא דהיורש כרעיה דאביו. [והרמב"ם (פי"ט ה"י ממכירה) הביא הדין באופן שראובן ושמעון אחים בני יעקב, וכתב האו"ש דלפי"ז ליכא לסברת כרעיה דאביו דשניהם יורשים, ולפי"ז בגוונא דרש"י באמת י"ל דהוי אחריות דנפשיה].

והנה דעת התומים סי' ס"ו דהיורש שיש לו מנכסי אביו יש לו שעבוד הגוף, וא"כ צ"ע דכאן הוי כחוב ידיה אחר שהקרקע אצלו, ועי' בנחל יצחק סי' לט דמיישב דכיון שמכר את הקרקע ועתה הוא בידו רק מכח הקנין השני אין לו שעבוד הגוף, ועי' ש.

עד) אמר רמב"ח ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה. הא דנקיט דזקפן במלוה, עיין בשטמ"ק דלאו דוקא אלא הכוונה שעדיין לא שילם דמי המקח אבל א"צ לעשות "זקיפה". ויש מהראשונים שכתבו דצריך דוקא זקיפה, עיין בתוס' בפי' קמא דבלי זקיפה הוי המעות כמשכון עבור האחריות [ומשכון אינו נעשה מטלטלין אצל היתומים כמבואר בב"מ קט"ו]. עוד כתבו דבעינן זקיפה כדי שיתקיים המקח דבלי"ז כיון דעיל ונפיק אזוזי לא נגמר המקח [כדאיתא ב"מ ע"ז ב']. וברא"ה ור"ן כתבו דאין שדה נקנית בשטר עד שיתן דמים [כדאיתא קדושין כ"ו א'] ורק עי"י הזקיפה חל המקח. ובריטב"א כתב דמייירי בקונה הקרקע בקנין כסף, ועי' הזקיפה כלורמ ההתחייבות לשלם נוצר בזה התחייבות ממון והוי ככסף וקונה עי"ז. [במגיה לריטב"א השהו דברי הריטב"א לרא"ה, ולכא"ו אין הדברים מכוונים].

עה) וענין זקיפה במלוה כתב רש"י שכתב לו שט"ח על המעות. ועיין גם ברש"י ב"מ ע"ב א' דזקיפה הוא עי"י שכותב שט"ח. ובכנה"ג חו"מ סי' ס"ז בהגבי אות ל"ח הוציא מזה דזקיפה במלוה הוא רק עי"י כתיבה בשטר. [ועי' בשו"ת

הרשב"א ח"א סי' תתקפ"ט וח"ב סי' ב' דמשמע ג"כ הכי. ועיין בחזון יחזקאל ב"ק בחידושים שנדפסו בסוף על פ"ט. ועיין אבי עזרי חמישאה ה' גזילה. ובשו"ת משנת ר"א סי' סה ועי' לשונות הראשונים גיטין י"ח א'.

ולכא' לפירוש הריטב"א דמחיל התחייבות ע"י השטר ודאי דבעינן שטר דבע"פ א"א להתחייב [מלבד שיטת הרמב"ם לפמשי"כ בקצה"ח סי' מ'].

עו' ופייסיה בזוזי. הנה הלוקח יכול לפרוע זוזי מכמה טעמים. (א) מדין לוקח מצי לסלוקי בזוזי. (ב) שפורע החוב שחייב ליתומים עבור החוב של היתומים [וא"כ הוי החוב כבני"ח, שהרי הוא של היתומים, ודינו קודם לקרקע שהיא משעבד].

(ג) מדין פורע חובו של חברו.

והנה לשון רש"י פייס את הנושה בשביל ראובן שבאחריות מכרה לו". והקשה מהרש"א מה צריך רש"י להא דמכרה לו באחריות. וביאר מהרש"א דכאן אתא עלה מדין "סילוק בזוזי". ומחדש המהרש"א דכל דין זה דמצי לסלוקי בזוזי הוא דוקא אם מכר באחריות שאז נכנס תחת המוכר ויכול לסלק בזוזי כמה הלוח עצמו, אבל במכירה בלי אחריות לא מצי לסלק בזוזי. ומש"ה הוצרך רש"י לומר דמכר באחריות. ודברי מהרש"א חידוש גדול לדינא. [ועיין קרני ראם ופנ"י].

ועיין במהר"ם שיף ופנ"י שהקשו על תרוץ מהרש"א דהא הכא מהא דשמעתתא הוא רמב"ח, ואיהו אית ליה לעיל דלא מצי לסלק בזוזי אפי' באחריות [ועיין היטב לעיל צ"א ב' ובתוד"ה מאי, ושם מיירי באחריות כדאמרינן וטירפא בכמה כתבין].

ובפנ"י מבאר כוונת רש"י דהוא הגבה את החוב של דמי המכר לבע"ח [וכדמשמע מתחילת לשון רש"י, ולא מדין סלוק בזוזי]. ומש"כ רש"י דמיירי באחריות, הוא כעין מש"כ תוס' דכאן החידוש שלא נאמר שדמי המקח הם תפוסים בידו עבור האחריות ואין בהם דין מטלטלי דיתמי ודו"ק.

ועלה בידנו שני ביאורים אם הפיסיה הוא מדין סלוק בזוזי או מדין פריעת חוב דמי המקח. ובתוס' ד"ה פייסיה כתבו דהיה הו"א דפרע זוזי יתחייב משום שפרע את חוב היתומים ומדין פורע חובו של חברו וקמ"ל דאפי"ה אמרי ליה יתומים מטלטלי שכך אדון גבך [והיינו דממילא אינם חייבים לפרוע החוב ואי"ז פורע חובו של חברו] ומבואר בתוס' דחידוש זה קיים רק בפרע זוזי, אבל בפרע הקרקע כיון שיש למלוה זכות בה אי"ז כפורע חובו.

עו' תוד"ה ראובן. הקשו אמאי נקט באחריות, הא כל מידי דאתא לאשמועינן השתא יכול להשמענו גם בלי אחריות. ומשמע מתוס' דרק הא דאתא לאשמועינן "השתא" איכא למשמע, וכתב מהרש"א דזה אתא לאפוקי דדברי רבא דאי פיקח הוא משכח"ל רק באחריות, דבלי אחריות לא יהיה לו עבור מה לגבות בחזרה מן היורשים.

ובתוס' הרשב"א פסחים ל"א כתב דגם בלי אחריות יש לו עצה להגבות מלכתחילה את הקרקע ליורשים בדמי המקח [ולא לפיס הבע"ח בזוזי] ואז יגבה הבע"ח מהם. [ומתוס' כאן אין הכרח דפליגי ע"ז, אלא כוונתם דבאופן שכבר פייסיה בזוזי ליתא לדינא דרבא אפי"כ יש אחריות. אך מתוד"ה ופייסיה מבואר דפליגי ויבואר להלן].

עו' עוד כתבו תוס' דנקט באחריות לומר שאין הלוקח יכול לתפוס הדמים עבור האחריות. דסד"א דכיון שהוא מוחזק בהם גובה כה"ג ממטלטלי דיתמי, קמ"ל דגם בזה אין המטלטלין משתעבדים. לר"ע. ובשם רבי כתבו הביאו התוס' דבאמת אם לא זקפן במלוה יגבה אף לר"ע כיון דאין צריך כאן שבועה וכל טעמו של ר"ע דאין החוב נגבה מהיתומים הוא משום דצריך שבועה. ועיין בריטב"א שהביא דברי הירושלמי [בפרק הכותב, והובא שם בראשונים] דלאו דוקא במקום שבועה אל לעולם כיון דמחוסר גוביינא היורשים כבר זכו. והגרע"א הקשה דכאן שלא חל חיוב האחריות עד שעת גוביינא, נמצא דבשעת מיתה ודאי שהחוב ברשות יורשים, ורק אח"כ כשהבע"ח גבה התחדשה זכותו של הלוקח ונמצא שגובה ממטלטלי שזכו בהם יורשים ועוד הקשה הגרע"א דנהי דאין הלוקח צריך שבועה, מ"מ הבע"ח שגובה מן הלוקח צריך שבועה, וכ"ז שלא נשבע אין גובה, וממילא גם ללוקח אין תביעה על היורשים, נמצא דתביעתו של הלוקח מחוסרת שבועה. [לכא' י"ל דמ"מ זכותו של הלוקח אינה טעונה שבועה, ושבועת הבע"ח היא רק היכי תמצי שיצטרך לשלם את האחריות].

ועיין בריטב"א שמנח קושיא זו מפרש כביאור הקודם של התוס', שכיון שהממון תפוס בידו אפי"כ גביה ממטלטלי דיתמי, דהו"ל תפיסה מחיים, דאנן סהדי שתפסן ע"ד תפיסה מחיים. ורק בזקפן במלוה לא תלינן שהחזיק בהן בתורת תפיסה כיון דאין שייכות בין החובות. וכן פירשו בתוס' פסחים ל"א. אמנם בתוס' דידן דלפי הקודם ההו"א לא היתה משום דהוי "תפיסה מחיים", אלא דכיון שעתה תפוס הממון בידו יעכבם תחת האחריות. [ועיין מהרש"א שכיון מדעת עצמו לתרוץ כתוס' בפסחים]. ובסוד פלוגתתם, עי' פנ"י שכתב דתוס' דידן סברי דא"א לתפוס מחיים כיון דאז עדין לא חל חיוב האחריות, דרק כאשר טרפו ממנו אז חל חיוב האחריות, וא"כ דמי לחו בכתובה שאינה נגבית מחיים דלא מהניא תפיסה לדעת תוס' לעיל פ"ד ב'. [ובמהר"ם שיף משמע דתפיסה מועילה רק על חפץ בעין ולא על חוב].

עו' בסוף הדיבור. הקשו מערכין דמשכח"ל בנמצאת קרקע שאינה שלו. ועיין מהר"ם שיף שהקשה למה לא נקט ובא בע"ח וטרף. ותיירץ דכיון דכאן מיירי שחוזר הלוקח על היורשים, א"כ בעי"כ שיש להם קרקע שירשו מאביהם, וא"כ אין בע"ח יכול לגבות מהלוקח, שהלוקח ידחה אותו לבני"ח שברשות היורשים, והנה בשו"ע חו"מ סי' קי"א סי"ג הובאו שתי דעות בזה, דלדעה אחת יכול לגבות מן הלוקח הואיל והיורשים קטנים ואין נזקקין לנכסיהם, והויכ אילו אין בני"ח. [ואידך שיטה ס"ל דכיון דכשיגדילו יכול לגבות מקרי בני"ח]. ולדברי מהר"ם שיף מוכח מתוס' כדעה דא"א לגבות. ועיין בגרע"א בגליון השו"ע שם שדחה דשאני הכא שאם יגבו מהלוקח יחזור הלוקח אצל הקטנים, וא"כ הוי כגביה מקטנים, ולכן א"א לגבות אף מהלוקח. אבל בעלמא שהלוקח לא יכול לחזור אצל היורשים [דהוי באופן ששישלם כבר יש חשש צררי] יתכן דגובים מן הלוקח.

(פ) ופייסיה בזוזי. כתבו תוס' דסד"א דהוי כפורע חובו של חברו. ותוס' בפסחים ל"א כתבו דסד"א דהוי כנותן דמי המקח שחייב להם עבור החוב. ועכ"פ מבואר מדברי תוס' דגם אם הגבה קרקע חוזרים עליו היורשים.

אמנם עי' בר"ן שחולק ע"ז, ודתעו דכיון דאם היה מגבה ליורשים קרקע היה הבע"ח חוזר וגובה מהם משעבודא דר"ן, ממילא יכול הוא מתחילה לפרוע לבע"ח גבקרקע ולורמ שפורע את חובם. [ורק אם פרע זוזי אז הוי כפורע החוב, ולא כקונה הקרקע וכמי בסוגיא דלעיל ביורשים שפרעו זוזי ולא פירשו דאמרינן ששילמו משום המצוה, וגם כאן אמרינן ששלם ורצה לפרוע את החוב דר"ן. שיש ליתומים תביעה עליו, ולא לפדות את הקרקע].

ובדעת תוס' שלא סוברים כן, עי' בחזו"א (או"ח סי' קכד לדף לא) שכתב, דאפשר דמיירי שלא כתב לבע"ח שעבוד דאיכני, וממילא לא מקרי כה"ג שהגבה קרקע דיתמי כיון שאין לבע"ח זכות על קרקע זו, דנהי דאיכא שעבודא דר"ן גם כה"ג, מ"מ דמי למטלטלי דלא מהני בהו שעבודא דר"ן [והטעם נתבאר בתוס' פסחים שם ובקצה"ח סי' פה סק"ה].

עוד תירץ החזו"א דאפי' אם כתב דאיכא ובה"ע גובה מן היתומים, צריך הלוקח לשלם שוב ליורשים את דמי המקח, דכיון ששילם להם בקרקע שתילקח מהם ע"י הבע"ח אי"ז פירעון, דכל הפורע חוב בקרקע אחריותה עליו. ע"ש היטב. [ולא הבנתי אי"כ גם בהא דאם פיקח הוא וכ"ש נימא דיצטרך לפרוע שוב].

פא) ועיין ברע"א שהקשה לשיטת הר"ן דכאשר יש שעבודא דר"נ אי"ז שישלם בפועל ליורשים, אלא יכול לשלם לכתחילה לבע"ח, אי"כ למה אמר רבא אי פיקח הוא מגבי להו ארעא, הרי כיון שיוכל לגבות הקרקע משעבודא דר"נ שוב אי"ז להגבות בפועל אלא ישאיר הקרקע אצלו. [הנה הגרע"א הקשה כן בתחילה מסברא, ושוב הקשה כן על דברי הר"ן. ולכאוף י"ל דעל הקושיא מסברא י"ל דכיון שאם מגבה ממטלטלין אין שעבודא דר"נ, אי"כ כ"ז שלא הגבה ולא עשה שולם מעשה אי"א לדון כאילו גובה הקרקע ואפוכי מטואתא למה לי - כיון דלא ברור במה יפרע לכשיפרע, ואם יפרע במטלטלים הוי לא יגבה בחזרה, ואין שום סיבה להחליט כיאלו היתה גביה בקרקע וכאילו קנאה. וא"כ אולי י"ל דלא דמי הא דאם פיקח הוא לדברי הר"ן, דהר"ן מייירי כשמשלם לבע"ח ועשה מעשה פירעון, משא"כ כאן שאם לא יפרע אינו עושה כלל מעשה גביה, וא"א לדון כאילו מהפירעון היה בקרקע].

ועי' בריטב"א שדעתו דבאמת גם בההיא דאם פיקח אי"ז להגבות בפועל.

פב) אמר רבא אי פיקח הוא וכו'. עי' בתוס' והרא"ש דאע"ג דבע"ח לא מצי לפרוע בקרקע מ"מ כאן שיש לו הפסד יכול לפרוע בקרקע. ועיין קצה"ח (קא ה') שכתב דהא דפורע דוקא בזו"ז אין זה דאורייתא אלא תקנ"ח, ולכן במקום פסידא לא תקנו. והנתיבות סי' קז סק"ד חול ע"ז וסובר דמן התורה צריך לתת זוזי כמו שלוח. [ועי' בקצה"ח שם סק"ג]. ועי' בקצה"ח שם שמחלק בין מסלק באותה שדה שקנה למסלק בשדה אחרת ע"ש. ודבריו צ"ב עיין בטבעת החושן שם.

ובריטב"א כתב תירוצ' על קושית תוס', דמפייס את היורשים שישכמו לקבל קרקע. ובשם רבינו שמשון תירץ, דבאמת אי"ז להגבות הקרקע בפועל, אלא יאמר אפוכי מטרתא ל"ל וישאיר בידו הקרקע, וכיון שכן לא איכפת לן ברצון היורשים שיגבה להם מטלטלין. [נראה הביאור דזכותם לקבל דוקא בתורת מטלטלין ולא בתורת קרקע, הוא רק כאשר ישאר בידם, אבל אם בין כך יגבו מהם אין להם זכות, ואע"פ שאם יפרע מטלטלין אין שעבודא דר"נ, מ"מ מכח סיבה זו בלבד אין להם כח לתבוע מטלטלין, ונמצא שכל תביעתם רק מצד שרוצים שיתקיים בידם הפירעון ע"י זוזי, וכיון שיש לו אופן לפרוע באופן שלא תשאר הקרקע ביום שבו אין להם זכות זו].

ועי' ברש"י פסחים ל"א שכתב דיפרעם בקרקע ע"י שיאמר אין לי זוזי.

פג) יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה אותה מהם. עי' בפסחים ל"א דבתחילה פירשה הגמ' דהטעם משום בע"ח למפרע הוא גובה. ובסוף מפרשת דהוא מדין שעבודא דר"נ. ועי' בתוס' שהקשו למה במטלטלין ליכא שעבודא דר"נ, ועיין בזה בקצה"ח סי' פ"ה סק"ה, ובחזו"א ב"ק סי' טו סק"ס, ובקה"י פסחים סי' כד, ובחידושי ר' שמואל ב"ב סי' כז.

#### דף צג ע"א

פד) במשנה, מי שהיה נשוי שלש נשים וכו' ולהלן בגמ' זו משנת ר' נתן, רבי אומר אין אני רואה דבריו של רבי נתן כאלו אלא חולקות בשוה, ונקדים לבאר שיטת ר' נתן. והנה יעוי' בפירוש הר"י"ף על הסוגיא [נדפס תחת הר"י"ף] שהביא דרב האי גאון פירש דהסברא ענין דין שנים או חזין. והיינו דכשם שבזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי נותנים החצי שאין דנים עליו לאומר כולה שלי, ובחצי שדנים עליו עבדין חלוקה. כמו"כ כאן בעלת המנה תובעת רק מנה ומודה שאין לה יותר, וא"כ ביותר מתביעתה אין לה זכות, ורק במה שתובעת עבדין יחלוקו.

והר"י"ף דחה שדאנן התם שכי"א מוחזק במה שבידו וכ"א רוצה להוציא ממנה שהשני מוחזק בו, ולכן ראוי שכי"א יזכה במה שהוא מוחזק ויחלוקו בשאר. אבל כאן כולם מודים שיש לכ"א זכות כפי שתובעת ואין אחת מהם טוענת בחבתה שהי אתובעת ממון שאינו שלה, וא"כ ראוי ביה שיחלוקו בשוה.

ולכן מפרש הר"י"ף דכאן הוי סברא בדין שעבוד. דהנה הכא שזמן כולן שוה צריך השעבוד לחול לכולן כאחד, וכל אחת מהן זכות שעבודה הוא כפי שווי הכתובה, ונמצא דלבעלת כתובת המנה יש זכות של מנה בנכסים. והשניה יש לה זכות ב' מנים ולשלישית שלש. ונמצא שעל סכום של מנה חל שעבוד כולן כאחד ולכ"א יש שליש שעבוד בזה, ובמנה השני יש לכ"א מהאחרונים חצי, והשלישית יש זכות רק לשלישית ולכן מחלקים כמו שאמר ר' נתן. ואילו לגבי הקרקע היתירה משעור החוב הוי כמלוה ע"פ, עכ"ד הר"י"ף.

פה) ובאופן שהיו שם ארבע מאות, כתב הר"י"ף דבלשש מאות חולקים כמו שכתוב במשנה, ובמנה הרביעי חוזר הדין כבתחילה. והיינו דאחר שפרעו את השלש מאות, נשאר לשניה ולשלישית חוב של קט"ז וב' שליש לכ"א, ולבעלת מנה יש חוב של ס"ו ושליש, וא"כ בשעור של ס"ו ושליש יחלוקו שלשתם בשוה, ובשאר הל"ג ושליש יחלוקו רק השניה והשלישית. [וכן משמע מלשון הרשב"א גיטין נ' ב' ב"א מכת"י: "וחוזרין וחולקין כן מארבע מאות ולמעלה", ע"ש היטב. וכן איתא בראב"ד בהשגות על הר"י"ף].

אמנם הריטב"א כתב דבמנה הרביעי חולקות רק בעלת המאיתם ובעלת השלש מאות, וטעמו דכיון שנותר חוב גדול יותר לשתייהן, יש להן זכות לגבות ראשונות עד שישוה סכום החוב של שלשתן ומסכום זה והלאה חולקות בשוה. ולכן בגוונא דידן יטלו השניה והשלישית המנה הרביעית, ונמצא שלכ"א נפרע כבר החוב מלבד שעור ס"ו ושליש, והשתא תביעת כולן שוות, ואם יש שם מנה חמישי יחלוקו בשוה.

וחזינן מדברי הר"י"ף והריטב"א, דגם ביתר מהמנה אי"ז כמלוה ע"פ ממש, דא"כ הוי צריכין לחלוק ביניהם בשוה ממש ולא להתחשב בשיעור התביעה, וכן מוכח דבר זה מהא דרבינא דבשתי תפיסות יש לבעלת המנה יותר, אלא הביאור ברי"ף הוא דגדר השעבוד הוא שיש לה קנין מנה בקרקע, וכן לשניה יש קנין ב' מנים בקרקע ולשלישית שלש, אמנם אין הזכות מסוימת בקרקע פלונית, אל איש לה זכות בכל הקרקעות כשעור זה, וא"כ אם באו לחלוק כאחד יקבל כ"א חלק כפי זכותו בקרקע.

ועיין באבי עזרי פ"ט ממלוה שמוכח מהסוגיא דדין שעבוד אינו ערבות על החוב, דא"כ הוי ערבות שוה על כל החוב והיה דינם לחלוק, אלא דהוי קנין בקרקע לפי גובה החוב.

ונראה דיש במחלוקת הריטב"א עם שאר הראשונים קולא וחורמא לכל שיטה. דבאופן שיש רק ד' מאות, להר"י"ף מקבלת גם בעלת המנה שליש מס"ו ושליש, ולריטב"א אינה מקבלת כלום. ובאופן שיש חמש מאות לדעת הר"י"ף אין בעלת המנה מקבלת אלא שליש מס"ו ושליש [דהיינו עשרים וב' ותשיעית - מלבד מה שמקבלת את המבואר במשנה] ואילו להריטב"א במנה החמישי כולן שוות וא"כ תקבל ממנו שליש ושליש.

פו) ובדעת רבי נחלקו הראשונים בביאור שיטתו ויש בזה ג' שיטות. דעת הר"ח דחולקים לפי מעות, וכגון באופן של המשנה מחלקים הנכנסים לשש, ונוטלת בעלת מנה חלק אחד, ושל מאתים שני חלקים ושל שלש מאות ג' חלקים. וזה בין ביש שם מנה בלבד, ובה בשיש שם שלש מאות.

ושיטת הר"ף והרא"ש והתוס', דהחייב הוא בשוה, ועיין באו"ש (פי"ז מאישות ה"י), ובקו"ש (אות שלה) שמבארים דיסוד המחלוקת בין הר"ף והר"ח תלוי בנידון אם בשתי שט"ח היוצאים ביום אחד, דיש לכ"א זכות שעבוד שוה, האם קדם וגבה מה שגבה גבוי. דאם נימא דמה שגבה גבוי, והיינו משום שלר"א יש שעבוד על הכל, נמצא שזכותם שוה בהכל, והכל משעבוד לבעלת המנה כמו לבעלת השלש מאות ויחלוקו. אבל להסוברים דאם קדם וגבה מוציאין מידו, והיינו דהשעבוד לכ"א חל לחצאין, ואין לכ"א שעבוד על הכל, א"כ ה"ה כאן למי שיש זכות גדולה יותר גם זכות השעבוד גדולה יותר.

ובקו"ש הוסיף לבאר עפ"ז, דלכאוי' ילה"ק על שיטת הר"ף, מ"ש אם היו ו' נשים שלכ"א מנה - שהיו חולקים בשוה - מהכא שלאחת זכות שלש מנים - והרי היא שקולה בג' נשים של מנה - שאינה נוטלת אלא חלק שוה. ולהנ"ל מבואר, דאם היו ו' נשים לכ"א יש שעבוד נפרד על הכל אבל כאן שי שנים יש לכ"א שעבוד על הכל, נמצא שיש כאן רק ג' שעבודים ולכן יחלוקו לג'.

פו) ובאופן שיש לאחד שני שטרות, יל"ע אם לשיטת הר"ף היו כשני בע"ח ויקבל עוד חלק כנגד השטר השני, או דאזלין לפי הבע"ח ויקבל רק חלק אחד. ובשו"ת הב"ח סי' לה נקט דגובים רק חלק אחד. אמנם הש"ך (סי' נג סק"ב) נקט בפשיטות דנוטל ג' חלקים, והביאור בזה דבאופן שעשה לו שתי שטרות יש לו ב' שעבודים על הקרקעות כמו השני בנ"א. [כן מבואר בשו"ת נאות דשא המובא בפ"ת סי' נג].

ועיין התומים (ק"ד י') שהקשה לפי המבואר בש"ך שהכל תלוי בשעבוד. א"כ למה במטלטלין ג"כ חולקים בשוה, והרי אין המטלטלין משתעבדים (לרוב הראשונים) וא"כ מצד המצוה של פריעת בע"ח היה לו לחלק לפי חשבון כמו לדעת ר"ח. ותיקן דבשעבוד הגוף הוא משועבד בכל נכסיו לכ"א.

ועי' בנתיב"מ (סק"ח) שלפ"ז בשני שטרות מה שכתב הש"ך שגובה פעמיים הוא רק לענין הקרקעות, אבל המטלטלין שלא חל שעבודא ע"י השטר אלא ע"י המלוה ע"פ כיון דהוי הלואה אחת אין כאן ב' שעבודים ויגבו לפי חשבון.

פח) ולראב"ד שיטה שלישית, דרבי מודה לר"ן, וחולק עליו רק בסברות הגמ' של דו"ד אין עמך, או מסברת ב' גוביינות, דעל סברא הראשונה דעתו דתאמר מדו"ד סליקות נפשי אף כלפי הראשונה. ולגבי סברת שתי תפיסות סובר דכיון שהקרקע היתה קיימת קודם ורק שעדיין לא מצאוה, הוי כאילו הכל היה מצוי מעיקרא.

פט) בגמ' משום דאמר לי מדין ודברים הוא דסליק. וכתבו תוס' דלא נתבאר טעמא דהא מילתא. עי' פנ"י שמבאר כוונתם איך בכחה להפסיד מכחה של השלישית ע"ש. ועיין בריטב"א שכתב דאה"נ בעינן שתעשה זאת בפני השלישית ושתיקתה כאילו הסכימה לזה, ועיין בפנ"י שמישב באופן אחר, דאפי' בע"כ של שלישית מהני, ע"ש.

צ) רב יעקב מנהו פקוד משמיה דרבינא אמר רישא בשתי תפיסות וכו'. וצ"ב מ"ש תפיסה דעות משתי תפיסות, והרי זכותה של הראשונה היא רק במנה וכשגבתה מהע"ה הראשונים השתמשה בזכות של ע"ה, ושוב בתפיסה שניה לכאוי' תקבל רק שליש מהכ"ה ולא שליש מע"ה נוספים. וביאר האו"ש (פי"ז מאישות ה"י) ע"פ שיטת הרמב"ם דבזמנם שוה אם תפסה מהני אפי' בתפסה הכל, וא"כ אחר שהגבוה את הכ"ה יכולה להחזיקם בידה מדין תפיסה, ושוב אין היא משתמשת בכח של הע"ה, ויכולה לתבוע עוד ע"ה ודו"ק. אך לשיטות דלא מהני קדמה וגבתה עדיין צ"ב וי"ל.

צא) ובעיקר התפיסה כאן נחלקו הראשונים. דעת רש"י דמירי בתפסה מטלטלין לכתובתה, ופירש הריטב"א שתפסה את המטלטלין מחיים, דאל"כ מטלטלי דיתמי לא משתעבדי. והר"ן ר"פ אלמנה נזונת הקשה ע"ז דכשמת והגיע זמן הפירעון כבר היו שתי התפיסות קיימות, וא"כ הוי כתפיסה אחת. והריטב"א פי' דמירי בשתי גוביינות של קרקע. [ועי' אות פ"ז שגם הראב"ד מפרש כך ודעתו דרבי פליג על הך סברא וסובר דכיון שהקרקעות קיימות אין נ"מ שגבה בב' פעמים, דכל היה קיים מראש]. והר"ן מפרש שתפסה מעות אח"מ, וס"ל דמהני תפיסות מעות אע"פ שאין מטלטלין דבע"ח משתעבדי, משום דמיד כשתפסה נגמר הפירעון.

צב) בגיטין ה' ב' איתא שכ"מ שאמר תנו מאתים וזו לפלוני וג' מאות לפלוני וד' מאות לפלוני אין אומרים כל הקודם בשטר זכה לפיכך יצא עליו שט"ח גובה מכולן. ובתוס' שם: נראה דכל אחד יתן לפי חלקו כדאשכחן גבי הבכור דנותן פי שנים. ורבנו חננאל דימה למתניתין ד"פ מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ג) ונראה שיש לחלק. וברשב"א שם כתב דיש לדחות הראיה מבכור דדילמא שאני ירושה שאין להם בנכסים כלום אלא מה ששייר בע"ח.

ולדעת הר"ח דדמי למשנתנו, לכאוי' הר"ח מירי ג"כ לגבי גביית בע"ח ולא לגבי אם לא הספיקו הנכסים מלכתחילה לכולם, [ובמהר"ם שיף שם לא משמע כן]. וא"כ לר"ן יגבה עד סכום מאתים מכולם, והיתר מזה מבעל ג' מאות והיותר מג' מאות מבעל ארבע מאות. ולדעת רבי יטול לפי חשבון [לפי שיטת הר"ח כאן דכ"ה דעת רבי. ועי' בהגהות פור"י שהקשה דא"כ היינו כשיטת התוס'], והחילוק שכי' תוס' יל"פ בפשיטות דהכא החשבון לפי זכויות בעל החובות, אבל אין סברא לדון כן לפי הלכות בעל הקרקע. ועי' בתפארת יעקב.

ועי' ברשב"א שהביא מכמה ראשונים שאם אין במה שהותר אחרי מותו כדי חלוקה לכל המתנות שכ"מ, דחולקים לפי חשבון [היינו שמחלקים לט' חלקים, ובעל המאיתים מקבל ב' ובעל שלש מאות ג' ובעל ד' מאות ד']. והקשה הרשב"א מ"ש ממשנתנו. [ויש שם שתי גירסאות, אם הקשה מר' נתן או מרבי ע"ש]. ושוב הביא שהר"ף סוף יש נוכלין מחלק שבכש"מ אמרינן דעתו שרצה שתהא כך החלוקה ע"ש. [ובמהר"ם שי"ף כתב דזו כוונת התוס' וצ"ע דל"מ כן וכמש"כ לעיל].

צג) אמר רבה מסתברא מילתא דשמואל בשור לחרישה ועומד לחרישה וכו'. עי' ברש"י שמפרש דעומד לטביחה הכוונה שטבחוהו בפועל. וכתב הר"ן דלפ"ז אם לבסוף מכרוהו לכו"ע השבח לאמצע, והמחלוקת היא באופן שבסוף שחטוהו. ועי' בפרישה (סי' קעו) שמבאר דבשור לטביחה ועומד לטביחה לכו"ע חולקין לפי מעות, ורק כאן שמתחילה לקחו לחרישה ונקבעה השותפות לחלוקת שוה בשוה, בזה סובר רב המנונא דגם כשטבחו הדין כך. ורבה ס"ל דאזלין בתר בסוף וכיון שטבחוהו מתחלק לפי דמים, [ולכאוי' אין לזה הכרח ברש"י ואפ"ל דאף בשור לטביחה פליגי, ולהלן יובא דנחלקו בזה הראשונים].

וסברת הגמ' לחלק בין חרישה לטביחה, פירש"י דא"א לחרוש בלי חלקו של השני ולכן חולקין, אבל בטביחה כתב רש"י: שהרי מחלק לאבריו. ומשמע הטעם משום דהוי בר חלוקה ויש לכל חתיכה רווח בפני"ע. אמנם צ"ע דרש"י כתב דהבשר השבית, ושבח הבשר הרי נוצר רק ממה שיש שור שלחם חי, ונמצא שגם חלקו של השני הועיל בזה. וצ"ב. [ועי' בנתיבות קעו יא.] ואולי אין סברת רש"י סברא בעצם, אלא רק דע"ז יש אומדנא דעל דעת כן נשתעבד, וא"כ י"ל דבחרשה שאין אפשרות לחלק אותה חרישה לשנים, דעתם לחלוק בשוה, אבל בשבח בשר שאפשר לחלק בשעת חלוקה את גוף השבח דעתם לחלקו לפי מעות.

צד) ושיטת הרי"ף כפי שהביאו הרא"ש, דבקוהו לחרישה וטבחיהו לכו"ע השבח לפי חשבון, והמחלוקת היא באופן שבסוף מכרוהו חי. וכתב הבי"י (סי' קעו) דיסוד החילוק בין מכרוהו חי לבין שחטו, דבמכרוהו חי הוי כסחורה שא"א לחלקה ולכן השבח לאמצע, דהרווח מתייחס לכ"א בשוה הואיל ובלעדיו לא היתה נעשית העיסקה. ובשחטוהו שאפשר למכור כל אבר בפני"ע הרווח לפי חשבון.

ומבואר בסמ"ע (סקט"ו) דסברת הרי"ף דכל שא"א לחלק חלק המועט נתרב במרובה ושוה לו, והוסיף דלפ"ז א"צ לסברת הרא"ש דאדעתא דהכי נשתתפו, אלא הוא סברא בעצם דכיון שהמקח מכח שניהם ממילא יחלקו ברווחים. [והא דכשטבחיהו חולקים אף בשבח שהשבח הבשר הוא משום שאפשר לחלק את הבשר, וצ"ע דמ"מ השבח א"א היה להשבח להיווצר אלא בצירוף החלקים וצ"ע].

וכתב הבי"י דיש לדון לדעת הרי"ף בשור לטביחה ובסוף מכרוהו, האם השכם לפי מעות או דחולקין. והביא דדעת הבה"מ דהשבח לפי מעות הואיל ותחילת השותפות לטביחה וכן מדייק הכנה"ג מדברי הרי"ף (בתמים דעים). אמנם הרי"ף כתב בדעת הרי"ף דאף בכה"ג השבח לאמצע הואיל ולבסוף מכרוהו. [ועיין בנתיב"מ (קעו יא)], דכל מה שיחלקו הוא רק ברווח שמחמת המכירה, אבל מה ששבח הבשר קודם טביחה פשיטא דלפי חשבון, שהרי השותפות אז היתה ע"מ לחלק לפי חשבון].

צה) והרי"ף כתב בדעת הרי"ף דאף סחורות שאפשר לחלקן השבח לאמצע, (עי' בכנה"ג שעמד בזה) ולפ"ז צ"ע למה בשור שטבחיהו השבח לאמצע, ובמחנ"א הלכות שותפות (סי' א') מבאר דבטביחה מיירי שרוצים לחלקו לאבריו, משא"כ אם רוצה למכור את הבשר השבח לאמצע. והסברא לחלק, משום דאם מחלקים האיברים הוי כחלוקת השותפות, ובחלוקה נוטל כ"א לפי חלקו [וע"ש דמיירי שהשבח נוצר אחר שהחליטו לטבח ולכן הוי כשבח דאחר חלוקה]. ועי' בפרישה.

צו) ודעת הרא"ש ותוס' המובא בטור [ודלא כתוס' שלפנינו] דרב המנונא מיירי אף בשור לטביחה ועומד לטביחה, וכן בכל דבר מסחר יחלקו, והטעם משום שלא התנה, וע"ש ברא"ש שהביא מהירושלמי דלעולם יכול הנותן מנה לומר שבלעידו לא היה רווח ע"ש כמה אופנים.

וע"ע בב"י בשם שערי הרי"ף שיסוד המחלוקת כאן הוא באופן ששינה האם הוי כשינוי ובטלה שותפות הראשונה, או דלא בטלה עד שעת הטביחה.

צז) והנה מבואר בסמ"ע - אות צד - דברווח חרישה לכו"ע השבח לאמצע מעיקר הדין. ולפ"ז הקשה הנתיב"מ (סק"י) למה בבכור ופשוט אין השבח לאמצע.

והנה התוס' תירצו דלא אדעתא דהכי נשתתפו, וזה מהני רק אם הוי סברא בהשתעבדות השותפין, אבל לסברת הסמ"ע צ"ע כנ"ל. וע"ש בנתיבות שכתב תירוצ' אחר על קושית תוס'. ועיין במחנ"א (שותפות א) שבאמת מבאר דאין הטעם מעיקר הדין, אלא רק סברא בשותפות [והא דבקנו לטביחה ומכרוהו השבח לאמצע כמש"כ הרי"ף בדעת הרי"ף, היינו טעמא משום שאם היה טובחו לא היה זה הרווח שהרי זכותו לשחוט, משא"כ בעבד].

ולדעת הסמ"ע צ"ל כמש"כ הגרש"ש בב"ב (סי' ה) בביאור דברי התוס' דע"י שחולקים לזה יום אחד ולזה יומים הוי חלוקת השותפות, [ולא שנשארים שותפים וחולקים בשבח] ולכן כל השבח בימים שלו הם לעצמו. ומש"כ התוס' סברות דכאן נשתתפו אדעתא והכי ובבכור ופשוט לא, הוא סברא שלא נשתתפו כאן ע"ג לחלוק בזמנים, ולכן השבח לאמצע משא"כ בבכור ופשוט שנפל מאליו עושים חלוקה לזמנים. [אולם יעוי' בשיעורי ר' שמואל ב"ב אות רלה שהקשה ע"ז מהתוס' ב"ב קנג שהקשו דהשבח של כל יום הוי ראוי, ואם נימא דהוי כחלוקה א"כ לא מקשו תוס' מיד].

צח) רש"י ד"ה זה נוטל, עי' במהר"ם שיף שהקשה דכיון דהיו כמה שוורים והם בני חלוקה א"כ אפי' בשותפות ג"כ השבח לפי חשבון, ועי' בנתיב"מ (קעו ט') משכ"ב. ועי' בראב"ד (בהשגות על הרי"ף) שהוכיח מסוגיא זו דבדבר שאין אחד צריך לחבירו אין חולקין בשוה.

צט) הותרו זוזי חדתי, רש"י פירש שנשאר כמות המעות הראשונה אע"פ שבידו מעות אחרים. ובטור סי' קעו בשם הרמ"ה פירש דדוקא אם אותם מעות נותרו בידו לעלה ערכם.

ק) במשנה, וראשונה נשבעת לשניה. ופירש"י אם שניה טוענת השביעי לי. וכ"כ הרי"ף. ובתו"ט הקשה דהא הכא הוי נפרע מנכסים משועבדים, וא"כ צריך שבועה אף בלא טענה. והפנ"י השיב ע"ז בתרתי. א) דנכסים שיש עליהם שעבוד לבע"ח אחר אינם נקראים "נכסים משועבדים", ורק נכסים מכורים קוראים "משועבדים", וראיה לזה דהא מלוה ע"פ הקודם למלוה בשטר גובה לפני המלוה בשטר לדעת רה"ג (אות כג) אע"פ דמלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים. [אולם יעוי' באות כד שהובא שם דברי הש"ך והרשב"ם. ודו"ק. ועי' בב"מ סי' צו סט"ז שג"כ חולק על תליית הפנ"י דלינא דרה"ג בדינא דידן, והוכיח כן דבשו"ע פסק דמלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר (סי' חו"מ ק"ד סי"ג) ומאידך פסק דבשני בע"ח אין נפרע הראשון אלא בשבועה לשני (סי' פ"ה ס"ב). ב) עוד תירץ הפנ"י דהדין חלוק בין היכא דהנטרף מפסיד בודאי להיכא דהוי רק חשש, וכאן הוי חשש בעלמא שמא תפסיד ומש"ה משביעין רק בטוענת אשתע לי. [ושבועה זו היא שבועה מחודשת, ואינה מדין אשתבע לי דלא פרעתיך, דשם בעינן טענת ברי, וכאן כיון דהנכסים משועבדים מהני תביעת שבועה אפי' בטענת שמא].

קא) ובב"ש (צו כ"ד, וע"ע סקל"ג) כתב דמהרמב"ם והשו"ע משמע דפליגי וס"ל דאף בלא טענה צריך שבועה, עי' בלשון הרמב"ם רפ"ז מאישות: ואין אחת מהם נוטלת אלא בשבועה ואין לאחרונה אלא מה ששיירה לפניו וגם היא נשבעת ונוטלת השטר.

ועי' בב"מ (צ"ו סט"ז) שדן בזה, דדילמא הרמב"ם לא פליג על רש"י, אלא דמיירי מדין שבועת היורשים, ולא מדין שבועת ראשונה לשניה, [ובשועת יורשים פשוט שא"צ תביעה כדתנן לעיל פ"ז א', וע"ש ברש"י בע"ב מה שהביא מסוגית הגמ' שבועות מ"א]. ואילו רש"י מיירי הכא באופן שאין שבועת יורשים [וכמש"כ רש"י דמיירי בגדולים וס"ל דביתומים גדולים אין שבועה, או כמש"כ תוס' צ"ד א' דכתב נאמנות ע"ש]. ובזה בעינן טענה.



קב) ובמש"כ הפנ"י דבעינן טענה משום דאין ההפסד ברור, העיר הפנ"י דהתינח לאוקימתא דר"נ אמר רבה בר אבוח, דהחשש הוא שמא תכסיף, וזהו ספק. אבל לשמואל דנמצאת שדה שאינו שלו, ולפי פירוש רש"י שם דהוי ודאי גזולה, אי"כ למה לא הוי זה ודאי הפסד, ויצטרכו שבועה אף בלא טענה כדין גובה מנכסים משועבדים. ותירץ הפנ"י דגם לרש"י הוא משום חשש שמא תימצא שדה גזולה ולא כפשוטו, וראיה לזה דאלי"כ למה נשבעת לשניה, והרי שלניה יש די כדי לגבות, ובע"כ דאפי' מספק משביעין וצ"ב. [ועי' ברש"י שכתב כדברי הפנ"י].

ובספר קובץ כתב בדעת רש"י שהאשה טוענת בודאי שהשדה גזולה, אבל לב"ד אי"נ מבורר, ולכן כפי ידיעת הב"ד אין כאן ודאי הפסד, דאינן משביעים אפי"כ טוענת אשתבע לי.

ק) כתב המ"מ דאם שתיהן גרושות כולן נשבעות. וכתב הבית יוסף והב"ש (סי' צו סקכ"ד) דהשניה פטורה משבועה דהא הוי גזיה מיניה ידידה ורק הראשונה נשבעת. אמנם מלשון המ"מ משמע דשתיהן נשבעות. וביאר בזה הבי"מ דהשבועה לראשונות משום שמא תכסיף וכבר ננס לדעת ר"י B אמר רבה בר ר"ח. ועיין בפי"מ שכתב דבתפסה מטלטלין לכו"ע אחרונה צריכה שבועה הואיל ובמטלטלין לכו"ע מה שגבה גבה, אמנם א"א לפרש דהרמב"ם מיירי במטלטלין דא"כ אין דין קדימה כמש"כ הרמב"ם בפי"מ.

קד) תוד"ה מי. עי' בפנ"י שלולא דברי התוס' י"ל דמה שהראשונה נשבעת לשניה הוא רק כשאין לשניה ממה לגבות אחר טירפת הראשונה, אבל אם יש לה אין לה זכות להשביע, שהרי לא מפסידה כלום. אכן מדברי התוס' מוכח דאף בכה"ג צריכה שבועה, שהרי מבואר בתוס' שאף כשהשלישית נשבעת צריכה הראשונה להשבע לשניה אפי"כ שאם השלישית נשבעת ש"מ שגבתה לכה"פ חלק, ואם גבתה חלק א"כ השניה הקודמת לה גבתה הכל. ועי' ברע"א.

והקשה הפנ"י דמלשון השו"ע (חוי"מ סי' קיא ס"ז) משמע דאם יש קרקע המספקת לשני הבע"ח לא ישבע הראשון, והכא מבואר שתשבע. ותירץ דהיכא דיש כדי שניהם שהשבועה רק מחמת ספק שמא תימצא קרקע שאינו שלו, בעינן טענת השבע לי. והשו"ע מיירי בלא טענת השבע לי, ומשי"ה מחייב שבועה רק כשיש הפסד ודאי - דשם חייב מדין הנפרע מנכסים משועבדים.

דף צד ע"א

קה) כגון שנמצאת אחת מהן שדה שאינו שלו. עי' בתוס' שהקשו על רש"י. ועי' אות קב בשם הפנ"י וספר קובץ. ועיין ברמב"ן שהקשה על פרש"י דמשעבדין מחשש שמא תכסיף כדי שתסבור שלא יגבו ממנה, דאטו משבעין כדי להטעותה. ועי' מהרש"א ופנ"י.

ובדברי התוס' ד"ה שנמצאת, עי' מש"כ הרע"א והפנ"י בארוכה בביאור כל דברי התוס' ואכמ"ל. ומש"כ תוס' שיכולים לסלקו בזווי וכו' אבל אחרונה אין יכולה לסלק בזווי, עי' מה שנתבאר בזה באות ג', ה'. ועי' בהפלאה שמבאר באופן אחר, דודאי אפשר לסלק בזווי אלא החלוק בין יורשים לבע"ח, באופן שהקרקע שוה פחות מהחוב של השלישית, ואז אם תרצה לסלק בזווי תצטרך לשלם מחיר כל החוב [וכדעת הקצח"ח - אות נה]. ואילו יורשים יכולים לסלק בשוויו. ועי"ש עוד.

קו) דאביי קשישא איכא בינייהו. הנה נחלקו רש"י ותוס' אם שבועת יורשים מדין טענינן או דין חדש. [עי' רש"י פ"ז א', ותוס' שבועות מ"א א', ובמש"כ פ' הכותב אות ר.]. וצ"ב דאם הוא מדין טענינן למה לגדולים לא טענינן וכן לשיטת תוס', תיפ"ל מצד טענינן. [ועי' מש"כ אות ר"א סברא דל"ש טענינן בשבועה זו ולפ"ז א"ש]. ועיין באותיות דרע"א שהרגיש בזה ולא ביאר הטעם ע"ש. ועי' ברע"א מכת"י תלמיד משכ"ב.

קז) לא מצי אידך למימר ליה לאו בעל דברים דידך וכו'. ולהלן אמרינן דאם ליתיה מתא מצי למימר. ועיין רמב"ם (פ"ג משותפין ה"ג) דבאופן כזה איך הבע"ד מחויב לדון עמו אלא על המחצה שלו, ולא על המחצה של חברו. [ונ"מ שלא ירדו לנכסי השותף השני עד שיעמוד עמו ג"כ בדין], ועי' ברא"ש סי' יב שחולק ע"ז מתרי טעמי, חדא דמה איכפת לו לדון על הכל. ועוד דהשותף מפסיד, שאם יזכה בדין על חצי נתבע השותף חצי ממה שזכה בדין שהרי כל פרוטה שמוציא היא פרוטה של שותפות. ועי' ברע"א ב"מ ל"ד ב' שהקשה ממה דאיתא שם שאל מן השותפין ושילם לאחד מהם מהו, ואיך שייך לשלם לאחד הרי הוי תשלום של השותפות וחילוקו, ועי"ש שמחלק בתרי אנפי.

ועיין בטור סי' קכב שהקשה על הרא"ש למה יספיד הנתבע שידונו על הכל, נהי דיש לתובע הפסד שמה שיוציא יחלוקו, מ"מ הא אין זה סיבה להפסיד לנתבע. ובשו"ת ושוב הכהן סי' נט מיישב דכיון שחסר לו במה שהוציא פלגא ממילא יש לו דין בע"ד גם על החצי השני, וא"צ בזה לדין שליחות. ומה שדנו בגמ' דין שליחות הוא לענין אם □ השותף □ יכול לתבוע שוב. וכ"כ רש"י. [אבל הנתבע פשוט שאין יכול לומר שלא ידון על הכל]. והרמב"ם פירש דהנידון בסוגיא האם יכול לתבוע הכל. [ועי' ריטב"א. שלשון הגמ' דחוק קצת לפרש"י].

קח) מאי לאו משום דשליחותיה קעביד, שאני התם דשבועה לאחר שבועה למאה. ויל"ע אם הטעם דשבועה לאחד שבועה למאה הוא טעם בפנ"ע, או דרך במקום דעביד שליחותיה מהני הטעם דשבועה לאחד שבועה למאה. ובפ"ת (קעו כח) הביא משו"ת ושב הכהן דדין זה הוא מחלוקת ראשונים. דהנה הרמב"ם פ"ה ממלוה ה"ב הביא דהגאונים תקנו שלוח שאין לו לשלם נשבע שאין לו כלום יתר על מה שמסדרין לו, וכולל בזה שבועה שמה שיבוא לידו יפרע ממנו החוב. ובהלכה ג' כתב דאם נשבע שבועה זו לבע"חא חד א"צ להשבע כן לשאר בעלי החובות, שתקנת אחרונים הוא ואין מדקדקין בה להחמיר אלא להקל. והקשה המל"מ דתיפ"ל דשבועה לאחר שבועה למאה, ע"ש מה שתיירץ. ובשו"ת ושב הכהן סי' נח מבאר דהרמב"ם דרך בצירוף השליחותיה אמרינן שבועה לאחד שבועה למאה [ומדויק לשון הגמ' "מי דמי", דהיינו שזה רק חילוק דסברת שליחותיה מהניא רק לגבי שבועה שאין לו טענות אחרות, ולא לגבי עצם הדו"ד]. אולם מדברי שו"ת הרשב"א הוכיח דזו סברא בפנ"ע, דכל שנשבע שוב א"צ לשיבע שוב, וע"ש. ונ"מ בזה באופן שמחה בו ואמר שאינו שולחו ונשבע הנתבע, האם יכול להשביעו שוב.

קט) והנה ברמב"ם משמע דרך אם טוען השותף טענות אחרות אז הוא דיכול לדון שוב [בלא איתיה במתא], אבל אותם טענות אין יכול לדון עליהם שוב. אכן ברא"ש מבואר דאפי' אותם טענות יכול לטעון עליהם. והנה הרמב"ם א"ש היטב לשטתו, דהא דבשבועה מהני הוא מטעם שליחות, והחילוק בין שבועה לטענות הוא משום דלגבי טענת יכול לטעון דעל העדר הטענות לא עשאו שליח, וא"כ נמצא דלגבי אותם טענות עצמם דינו כשבועה ואיכא שליחות.

אמנם הרא"ש כתב דיכול לטעון אפי' אותם טענות, ולכא"ו מוכח מזה דאין כלל שליחות, ובע"כ דמה מדהני בשבועה הוא משום דשבועה לאחד שבעה למאה הוא אף בלא דין שליחות. אכן בשו"ת ושם הכהן דחה ראיה זו, די"ל דאף באותה

טענה עצמה יש לו פתחון פה לומר שהיה מטעים את הטענה בפני ב"ד באופן טוב יותר, משא"כ בשבועה שאין נ"מ למי נשבע, ע"ז שפיר מהני השליחות.

[ועיין בגר"א פ"ז ע"ה דמוכח מהסוגיא דבטענת גמרו משביעין לכתחילה שלא בפני הבע"ד, דאל"כ היה צריך להשביע גם בפני שאר בעלות הכתובה].

קי) איתמר ב' שטרות היוצאים ביום אחד. מבואר בגמ' דלר"מ דע"ח כרתי לכו"ע חולקים. ונאמרו כמה הסברים בראשונים מדוע לר"מ פשוט שחולקים. שיטת תוס' ד"ה לימא, דלר"מ כיון דע"ח כרתי בעינן שיהא השטר מוכח מתוכו. וכל אותו היום אין הזמן שבשטר מוכיח מאימתי קנאו, הילכך לא מהני עד סוף היום ואפי' אם כתב ומסר לאחד, ואחר המסירה לראשון כתב ומסר לאחר, כח שנהם שוב בקרקע ויחלוקו.

וקשה טובא על תוס', דלשיטתם דיש דין מוכח מתוכו, ובלי זמן הוא כאין מוכח מתוכו, א"כ אמאי גט בלא זמן כשר [כדאיתא גיטין ג' ב', פ"ו א', ועוד מקומות]. ועוד אטו נימא דאפשר לחזור בו כל היום.

וביאור בזה החזו"א (אבהע"ז צ"ח א') והאמר"מ (ס"ס ט"ז) דהדין מוכח מתוכו מתחלק. דכלפי המוכר [או המגרש] הוא מוכח מתוכו אף בלי זמן, דעצם החזקת השטר [או הגט] מוכיחה שיהיה מעשה גירושין והוא מוכח מתוכו. אבל כלפי לוקח אחר שאין הזמן מוכיח לא והי מוכח מתוכו, ומשו"ה לא חלה זכירתו כנגד שטר אחד [והוא כשיור לגבי שאר שטרות - דלגבי זה אין כח בשטר] אבל כנגד הנותן חלה זכירתו לאלתר.

עוד מצדד שם החזו"א, דכיון דלענין הוכחה נגד הבעלים הוא שטרא מעליא, ורק לענין הוכחה נגד אחרים לא הוא שטר, א"כ השטר מטלי תלי וקאי, דאם עד הלילה לא יהיה שטר אחר הוא שטרא למפרע משעת המסירה, ואם ימסור שטר אחר נמצא דלא והי שטר עד הלילה. ולפ"ז כתב החזו"א דאם כתב שטר אחר, ונאבד אחד מן השטרות קודם הלילה - בטל המקח דכלתה קנינו כיון דאגלאי מילתא [ע"י השטר השני] דלא הוא שטר עד הלילה.

[ולפ"ז לכאוי' אם כתב שטר אחר שוב יכול לחזור בו מהמקח הראשון. אבל לפי קמא לגבי המוכר חל לאלתר. ובגט דלעולם לא משכח"ל שיכתוב שטר אחר שיסתור את הגט הוא שטרא מעליא לאלתר].

קיא) ושיטת רש"י ור"ת, דהנידון כאן באומדנות, דאם ע"ח כרתי והזמן שוה, מסתמא דעתו להקנות לשניהם בשוה, ולפ"ז פשוט דאם כתב וחזר וכתב דמסר הראשון קונה, דהא בשעת המסירה לראשון לא גילה דעתו כלל, והוא מכירה גמורה לראשון.

והא דלרש"י לא איכפת ליה במה שאין מוכח מתוכו, ע"י בפנ"י שכתב דרש"י סובר דאין דין מוכח מתוכו אף לר"מ, וכ"ה דעת הרמב"ן בגיטין פ"ד ב' דאין דין מוכח מתוכו, [וע"י באמר"מ הנ"ל], והחזו"א (שם סק"ד כתב ד"ל דבעינן מוכח מתוכו בעיקר הגט, כגון בשם האשה דאם שמונתיהן שוות אין הוכחה על עיקר מעשה השטר, דדילמא הגיע הגט לידה מחברתה ולא מבעלה. אבל כשאין זמן שידוע שהיה קנין וכל הנידון מתי היה הקנין, ע"ז א"צ מוכח מתוכו.

קיב) והרמב"ן (בחיידושו כאן ובספר הזכות שלהי גיטין) כתב לבאר הסוגיא, דהא דאמרין דלר"מ עבידנן יחלוקו, כ"ז דוקא למ"ד עדיו בחתומיו זכו לו, דאז החתימות בשתי השטרות שזמנם שוה, קונים כאחת. אבל למאן דלית ליה עבחז"ל, אף לר"מ עבידנן שודא, משום דגם אם ע"ח כרתי מ"מ קונה ע"י המסירה, ולמי שמסר ראשון הוא הקונה. [והוכיח כן דאי לא תימא הכי אטו כשמסר לאחד יכול לחזור בו עד סוף היום, ובע"כ דקונה לאלתר משעת מסירה].

ויל"ע לפירוש הרמב"ן מ"ט אליבא דר"א עבידנן שודא, והנה הרא"ה פ"י ג"כ כרמב"ן הנ"ל, וכתב דלר"א דס"ל ע"מ כרתי לית ליה לדינא דעבחש"ל. ולפ"ז מובן מאד טעמו דאין כאן חלוקה ודאית.

אמנם הרמב"ן כתב דלכ"א "כיון דע"ח אין כורתינן ביניהן לשעות הוי"ל כשטר שאין עליו עדים דעדי מסירה כורתינן בו ומי שנמסר לו תחילה בו ביום קנה ומסתמא ביומן נמסרו שניהם". [לשונו בספר הזכות]. ומבואר דאם מוסרין למחר באמת קנו שניהם כאחד ע"י העבחז"ל, ורק באותו יום דליכא מוכח מתוכו ע"י שטר לא קנה. ואז מועלת המסירה לקנות. אלא דצעיג [וכמו שהקשה האמר"מ ס"י טז] דהא כתב הרמב"ן דאם כתב ומסר ואח"כ כתב לשני, אז קונה ראשון. ונמצא דע"י מסירה יכול לקנות אף באותו היום, וא"כ גם לר"מ יקנה. וע"י בתורת גיטין (סוף גיטין) שמבאר דברי הרמב"ן דבאותו יום לא קונה אפי' במסירה, והקשה ע"ז האמר"מ דהרי הרמב"ן הוכיח דבריו מהא דאם מסר השטר שוב אין יכול לחזור בו אפי' בו ביום, ומבואר דע"י המסירה קונה, והדק"ל.

קיג) וביאר האמר"מ בב' אופנים. א) דכל מה שקונה ע"י המסירה [למ"ד ע"ח כרתי] בו ביום, הוא רק אם עדיין לא כתב שטר נוסף. אבל אם כתב שטר נוסף שוב בטל השטר השני, דהרי אין מוכח מתוכו כלפי השטר השני מי הוא הזוכה. [משא"כ כשלא כתב שטר נוסף והשטר בא רק כנגד הבעלים, ברי עצם החזקתו בשטר הוכחה שהוא קנה]. אולם כ"ז למ"ד עבחז"ל, דיש משמעות גם לשטר שביד המוכר שעדיין לא נמסר, אבל למ"ד דבעינן מטא לידה דמקבל, א"כ אין השטר השני מבטל את השטר הראשון דעדיין אין בו כח עד יימסר, ולכן מהני המסירה ומקרי מוכח מתוכו. וכ"ז לר"מ, אבל לר"א אפי' אם עבחש"ל, מ"מ אם נמסר בו ביום לאחד מהם הוא קונה ראשון ע"י העדי מסירה.

ב) עוד ביאר האמר"מ, דאם כתב שטר נוסף ה"ז כביטול על השטר הראשון, ולכן למ"ד עבחז"ל שכבר קנה השטר הראשון [ואע"ג דיש תנאי שיבוא לידו (כמבואר בב"מ י"ג א')] מ"מ הוא תנאי בעלמא ולא איכפת לן דביטול השטר בינתים כדמוכח לשיטת הרא"ש בב"מ דאף אם מכר לאחר וחזר ומסר השטר הראשון זוכה למפרע ע"י עבחז"ל, ודלא כתוס' ב"מ כ' א' ד"ה שובר] נהי דלא קנה ע"י המסירה [משום דמכאן ולהא ביטל את השטר] מ"מ קונה ע"י העבחז"ל, ולכן כח שניהם שוה, דבחתימות מצד עצמם זמן שניהם שוה. אבל לר"א קונה ע"י המסירה דנהי דביטל את הע"ח, מ"מ העידי מסירה משו להאי שטרא לשטר. ומשו"ה לר"מ יחלוקו ולר"א שודא. [ובאמת כן משמע מדברי התורת גיטין הנ"ל בתחילת דבריו, אלא דבהמשך הדברים לא משמע כן וצ"ע]. אלא דהקשה ע"ז דעדין לר"מ אם מסר את השטר שנכתב שני [ולא היה עליו ביטול] בתחילה, הרי קנה ע"י המסירה [דשטר זה הרי לא התבטל] וא"כ עדיין נימא שודא. ולכאוי' עוד ילה"ק על ביאור זה דא"כ למאן דלית ליה עבחז"ל, א"כ לר"מ יזכה זה ששטרו נכתב באחרונה [דזה שנכתב בראשונה התבטל], ואילו הרמב"ן כתב דזה שנמסר לו השטר תחילה הוא הזוכה. ובע"כ צ"ל כביאור הראשון. וע"ע בחזו"א (אבהע"ז צ"ח ד') משי"כ בדברי הרמב"ן ודבריו צ"ב.

קיד) והר"ן בגיטין (מ"ז א' בדפי הרי"ף) דחה דברי הרמב"ן דשמואל לא סבר דעבחז"ל, ומה שהקשה הרמב"ן דא"כ יקנה ע"י המסיר הדאטו אם מסר השטר רק לאחד האם יכול לחזור בו, תירץ הר"ן דחזרה ודאי לא מהני, ואעפ"כ אם הקנה

לאחר באותו יום אע"פ שכבר מסר לראשון יד שניהם שוה דכיון שאין כותבין שעות וע"ח כרתי, הרי הוא כמשייר בקניינו שלא יקנה אלא בקנין ברי. ומי שאינו יכול לברר אם קנה מתחילת היום או מסוף היום שדין אותו לסוף היום ונמצא זכות חבירו שוה לו, עכ"ל הר"ן. ונמצא דנחלקו הר"ן והרמב"ן לר"מ למאן דלא ס"ל עבחי"ל, בכתב ומסר וחזר וכתב ומסר, לדעת הרמב"ן זה שנמסר לו ראשון קנה ולדעת הר"ן יחלוקו. ובביאור דברי הר"ן, עי' בתורת גיטין (סוף גיטין) שמבאר דהוי שיוך בקנין שלא יקנה אלא כפי מה שיוכל לברר הקנין, ולכן כנגד הבעלים שמברר ע"י עצם החזקת השטר הוי כבירור גמור ולא שייך הבעלים לעצמו, משא"כ נגד אחר שא"א לברר ע"י השטר, הוי שיוך בקנין. ולפי"ז שיטת הר"ן מסכמת לדינא לתוס' דידן (אות ), אבל לא מאותו טעם. דאילן לשיטת תוס' הטעם דל"ק עד סוף היום נגד חבירו הוא משום דחסר במוכח מתוכו, ואילו לר"ן הא דלא קנה הוא משום שיוך בקנינו. ויש שפירשו בדעת הר"ן כמו בדעת תוס'. [עיי' בחזו"א סי' צח ובאמר"מ הני"ל].

קטו) כתב הר"ף סוף גיטין דאף לר"א דע"מ מסירה כרתי, מ"מ מהני השט ראף בע"ח לחודייהו, ומה שאמר ר"א ע"מ כרתי, כוונתו דאף ע"מ כרתי, אבל ה"ה ע"ח.

והקשה בעה"מ מובא בר"ן (גיטין מ"ז ב' בדפי הר"ף) דא"כ למה לר"א אמרינן שודא, הרי גם לדידיה ע"ח כרתי והול"ל יחלוקו כמו לר"מ. ותיירץ הרמב"ן דלר"מ שקונה רק ע"י הע"א אינו קונה אלא בסוף היום וקנו כאחד. אבל לר"א איכא למימר דמסר בפני ע"מ ואז זה שנמסר לו ראשון קנה ומשי"ה עבדינן שודא. אלא דלכא"ו קשה דמהיכי תיתי נימא דמסר באפי סהדי, והרי כיון דסגי בע"ח דילמא מסר ע"פ ע"ח לחודייהו ואז כח שניהם שוה. ותיירץ שני תירוצים :

א) דלדינא ממונות סגי במסירה בלא עדים דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ונמצא דאם מסר אף בלי עדים קונה לאלתר ע"י המסירה. [למ"ד ע"מ כרתי].

ב) דאמרינן שודא שרצה להקנות רק לאחד מהם ולכן מסר בכוונה בפני עדים. [ועיי' משה"ק עליו הר"ן שם, וביאור הדברים באמר"מ הני"ל]. והר"ן תירץ גם לר"א דמהני ע"ח לחודייהו אי"ז מדין ע"ח כרתי, אלא מדין ע"מ, דע"י הע"ח ידעינן שמסר וממילא יש לזה תורת ע"מ, ומשוי"ה קונה לאלתר בשעת מסירה אפי' אם יש רק ע"ח, דזה נחשב כע"מ.

קטז) תוד"ה שני, הקשו דהא במשנה צ"ג ב' מבואר דאם היו השטרות יוצאים ביום אחד חולקים בשוה, ואיך אמר שמואל דעבדינן שודא. וחילקו בין שטרי מקח לשטרי שעבוד שאין השעבוד חל אלא בשעה שמוכח מתוכו. וביאור הדברים, כתב מהרש"א דכוונתם כסברת הר"ן [והריטב"א] דעיקר שעבוד השטר ע"י דמפיק קלא, והקול יוצא רק בזמן שמוכח מתוך השטר. ועי' בפנ"י שהקשה דהא בכתובה גובה מנכסים משועבדים אף בלא שטר [כדתנן לעיל נ"א א'] וא"כ היה לנו לעשות שודא שהרי מי שנישאת ראשונה לה משתעבדת הקרקע ראשונה אף בלא שטר ע"ש משכ"ב. אולם לפי פירש"י דמדלא כתב גלי אדעתיה דאינו מפקיד בקדימה ומוחלים השעבוד עד סוף היום לק', ועוד דלרש"י שודא הוא ע"פ אומדנת ב"ד, ובזמן הנישואין ל"ש לומר שיאמדו שנשא את זאת קודם זאת, דדילמא היא נזדמנה לו קודם לאחרת.

ק"ז) ובתוד"ה לימא כתבו בשם ר"ת תירוץ אחר על הקושיא משטר כתובה. [ע"י בתוס' שם שקושייתם מהמשנה דף צ"ג א', ולא כמו שהקשו תוד"ה שני, מהמשנה בע"ב, עי' במהרש"א משכ"ב. ועי' ברע"א במערכה אות ח' משכ"ב]. דבשטרי חוב שהשעבוד אמת חיישינן לפסידא משום נעילת דלת, משא"כ במקח שלאחד מהם לא הוי מקח כלל. ועי' בש"ך (סי' ק"ד סק"י) שהקשה על מה שפסק השו"ע דב' שט"ח היוצאים ביום אחד דיחלוקו, דהניחא להסוברים דאין קדימה למלוה על פה, [וכמו שכתב הר"ן בסוגיא] אבל השו"ע הרי פוסק (שם ס"י) דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר מאוחר וא"כ נימא שודא. ותיירץ הגרע"א (במערכה אות ו') והקצה"ח (ק"ד יג) דלטעם ר"ת אע"פ שיתכן שיש קדימה גמורה לאחד מהם מ"מ עבדינן חלוקה מהטעם שכתב ר"ת.

ק"ח) ובר"ף (עי' בסוגיא בקיצור, ובפרק הכותב דף פ"ו באריכות) הביא דעת ר"ח דבשטרי הלואה ג"כ אמרינן שודא עדיף, והקשה הר"ף ג' קושיות א) ממתניתין צ"ג ע"ב דהיו כולן יוצאות ביום אחד חולקות בשוה. ואי אתי כר"מ הו"ל לדקדק כמו שמקשה הגמ' מהברייתא (ועי' בר"ן שתירץ דסתם מתניתין ר"מ, ומשי"ה לא פריך כלל ממתני' דפשיטא ליה שנתרץ כר"מ, והגרע"א תירץ דעיקר הקושיא מהברייתא רק משום הסיפא, אבל מהרישא לא פריך דפשיטא ליה דאפשר לאוקמה כר"מ. ועי' ברע"א במערכה אות י"א מה שתירץ עוד בזה).

ב) למה לא משני בב"ב דף ל"ה על הא דהכא עבדינן שודא ולא כל דאלים, דיש דררא דממונא, וכדמשני שם על דינא דהמחליף פרה בחמור. [והרמב"ן והר"ן מתרצים דגם לר"ח מיירי בין בשטרי מקח בין בשטרי הלואה והתם פריך משטרי מקח. עוד יש לדון אם מקרי כאן דררא דממונא, עי' בקרבן נתנאל בפרקין אות מ' שזה תלוי בפלוגתא רש"י ותוס' אם דררא דממונא הוא שבלא טענותיהם ידוע הספק לב"ד, דלפי"ז אין חילוק בין מקח להלואה, או דהטעם משום דאיכא הפסד ממון כמש"כ רש"י ע"ש].

ג) עוד הקשה הר"ף דהא בכתב דאיכא ולוה ולוה וקנה יחלוקו [כדאיתא בב"ב קנ"ז] ומוכח כשחלים שניהם יחד עבדינן יחלוקו. ועי' ברמב"ן ור"ן שדחו הראיה, דהתם פשיטא דיחלוקו דהא חלות השעבוד חל בב"א בשעת הקניה, משא"כ כאן שיש קדימה לחוב המוקדם. והנה סברת הר"ף דפליג וס"ל דיחלוקו הוא כמש"כ הר"ן דהשעבוד חל בשעת הקול והקול יוצא רק בסוף היום כשמוכח מתוך השטר, ולפי"ז שפיר דימה הר"ף דינא דשני שט"ח ללוה ולוה וקנה. אכן הקשה הגרע"א (במערכה אות ג') דהרי בסברא זו לא נחלק אדם מעולם, וכל סברת הר"ח היא משום שיש קדימה לשט"ח המוקדם אע"פ שזמנו שוה לשט"ח השני, וא"כ על פרט זה אין כל ראי המלוה ולוה וקנה. וע"ש שתירץ (באות טז) דהר"ף סבר דאף לר"ח השעבוד חל רק בסוף היום, אלא דמ"מ ס"ל דע"י שמסר השטר בתחילת היום שוב אין יכול לחזור בו וממילא בסוף היום יחול שעבודו של הראשון, דכשם שא"א לחזור בו כך א"א לשעבד לאחר, וע"ז הוכיח הר"ף מלוה ולוה וקנה דאע"פ שאין יכול לחזור בו, מ"מ אם משעבד לאחר זכה הלה בחצי, ע"ש טעמא דמילתא.

ק"ט) והנה הר"ף הביא שבירושלמי הקשו על שמואל ממתני' דשט"ח, ונקט הר"ף שבאמת הירושלמי סובר כר"ח, אלא דמ"מ נקטינן כהבבלי [וכראיות דלעיל דמוכח מהם דלא כר"ח]. ועי' ברמב"ן שדחה דאדרבה הירושלמי מתרץ "ולאו שודא דדייני איתאמרת", ומפרש הרמב"ן כלומר מתניתין במקום שלא הכריעו בד' ליפות כחם אלא העמידו אותם על דינם שיהו חולקות ביניהן וקמ"ל דין חלוקתן. [פי' דמיירי כגון שידוע לנו שהיה הכל בב"א וכיו"ב].

וע"ש עוד ברמב"ן שהביא המשך הירושלמי. תני יורשין שירשו שט"ח הבכור נוטל פי שנים, יצא עליהם שט"ח הבכור נותן פי שנים. פירוש וקשיא לשמואל דשט"ח היוצא על שדות לשמואל איזה שירצו להחליט מחליטים דהכי איתא התם. ומפרקין עוד היא שוחדא דדיני [ע"ש במפרשי הירושלמי והדברים סתומים].

והנה הקצה"ח (סי' ק"ז סק"ט) מוציא מדברי הירושלמי וס"ל דאף במקום דלא שייך הי מינייהו קדים נמי אמרינן שוחדא. ובהגהות מלואי חושן תמה ע"ז מה סברא היא, הרי פשוט שכיון שחל בכ"א כ"א זוכה בחצי. אמנם נראה דדעת הקצה"ח בביאור דברי הירושלמי דאם צריכים לחול שניהם כאחת לא חל לכ"א חצי, אלא חל לאחד ואין יודעים איה [וכמו מקדש אחת מב' אחיות] ומש"ה עבדינן שוחדא ודו"ק.

ואם כנים הדברים יל"פ בזה דברי הרי"ף שהקשה מלוה ולוה וקנה [ולעיל הובאה תמיהת הרע"א על ראיתו]. ולהנ"ל הדברים מבוארים, דהרי"ף הוכיח משום שאם עשה שני חלות מכירה לבי' בני"א בב"א, חלה בעלות משותפת ולא עבדינן שוחדא. ועי' לשון רש"י בסוף העמוד "הלכך מאי שוחדא דדיני איכא למימר אין אדם יכול ליפות כחו של זה משל זה", וצ"ב דאם מעיקר הדין חל דין שותפות הול"ל בפשיטות, דכאן שייך לשניהם, ואילו מאריכות רש"י משמע דיש כאן ספק אלא דלא עבדינן שוחדא. ולהנ"ל מבואר דעצם הדבר שחלו שני החלויות בב"א עביד ספק מי הבעלים, ורש"י לשטתו דשוחדא הוא הכרעה ס"פ אומדנא, ולכן כתב דכאן ל"ש אומדנא, אבל מ"מ ספיקא איכא. ועיין עוד ברשב"ם ב"ב ל"ה דכתב דלרי"מ חולקים משום דהוי ממון המוטל בספק, והקשה הפני שלמה הרי אי"ז ספק אלא ודאי של שניהם, וע"ש משכ"ב, וע"ע בחי' ר' נחום שם, ולהנ"ל מיושב.

קכ) עיין בר"ן שכי' דהא דלדעת הרי"ף חולקים בשטרות משום דהשעבוד שבשטר חל רק בסוף היום [וכדלעיל דהקול יוצא רק בסוף היום]. והא דליכא קדימה משום ההלואה עצמה, כתב הר"ן דבמלוה ע"פ ליכא קדימה, ועיין ברע"א (במערכה אות ב') שהקשה מ"צ לזה, דהא שיטת הרי"ף דמלו הבשטר מאוחרת קודמת למלוה ע"פ, וא"כ בסוף היום יש לכ"א מלוה בשטר וזה יקדום לזכות שהיתה ע"י המלוה ע"פ, ותיירץ דהא תליא בהא ע"ש. [ונתבאר בריש פרקין]. ועיין ברמב"ן כאן שבאמת כתב כנוסח הגרע"א דמשום מלוה בשטר קודם למלוה ע"פ קאתינן עלה. עוד צידד הרמב"ן ד"ל דכאן מייירי רק בגביה ממשעבדי ולא בגביה מבני"ח. דאילו מבני"ח הראשון קודם. עוד הביא הרמב"ן שיטת הבה"ג דפוסק כר"ח דבשטרות עבדינן שוחדא, אכן כ"ז לגבי משעבדי, אבל בטורף מבני"ח עבדינן חלוקה דקי"ל ממון המוטל בספק חולקין. וכתב הרמב"ן שאין חלוקה זה שחלק מחוור. קכא) תוד"ה לימא, עי' ברע"א בביאור ד' ר"ת.

דף צד ע"ב

קכב) תוד"ה כתב. מבואר בתוס' דלמ"ד עבחו"ל, מהני אף באופן שמכר לאחר בנתיים, דמ"מ אחר שימסור את השטר לזה שכתב לו ראשון יזכה למפרע. אמנם דעת הרא"ש בב"מ בדעת הרי"ף דלא קנה בכה"ג, דכיון דבעינן מטא לידיה [כמבואר ב"מ יג א'] אם הגיע לידו אחרי שמסר לאחר - דאין עתה כח בשטר לקנות מצד המסירה - לא מקרי אתא לידיה ולא זוכה גם ע"י העדיו בחתומיו.

והתוס' לשיטתם הקשו למה לא יזכה כאן הראשון עי' העבחו"ל, ותיירצו דבשתי שטרות היוצאין ביום אחד שאין מוכח מי זוכה ראשון לא קנה. ולכא"ז זה דלא כר"ת דלעיל דס"ל דבאמת גם באין מוכח מתוכו קונה משעת המסירה [ומפרש הא דחלוקה משום דגלי דעתיה ע"י הכתיבה שאין מקפיד במסירה]. אכן יעוי' ברע"א שהוכיח דאף ר"ח מודה לזה, ומחלק בין דין עבחו"ל, דזה מהני רק מזמן שמוכח בשטר, לבין היכא דמסר השטר בפועל דאז גם לר"מ דע"ח כרתי זוכה מיד בשעת מסירה, וכן דעת הרבה ראשונים.

קכג) עובדא דאימיה דרמב"ח. עי' ברש"י ד"ה אטו, "וכיון דלא הקפידו בני מקום לכתבו שעות גלו מנהגם שאין חולכים אחר הקודם לבו ביום ושניהם שוים.

והנה בביאור הסוגיא יש שני מהלכים, א) דמה שזיכה רב ששת את רמב"ח הוא מדין עבחו"ל. ב) דתלינן שהיתה גם מסירה לזה שנכתב לו ראשון בתחילה. וברש"י מוכח כפי' קמא, דאם נימא כפי' בתרא א"כ מאי דחי - דגלו דעתייהו דלא קפדי - כדפריש רש"י - הרי אם נמסר השטר בתחילה לפני שכתב לשני לא היה בשעת המסירה גלוי דעת. ובע"כ דלרש"י הוא מדין עבחו"ל. ומעתה קשה למה צריך רש"י לסברת גלוי דעת, תיפוז"ל דעל דין עבחו"ל בעינן מוכח מתוכו וכמשנ"ת באות קכב. והוכיח הגרע"א דרש"י פליג ע"ז וס"ל דאפי' לדין עבחו"ל א"צ מוכח מתוכו ומיד כשכתבו זוכה.

קכד) אכן התוס' שסוברים (בד"ה כתב) דבאותו היום אין בין עבחו"ל כיון דאין מוכח מתוכו, פירשו [בב"מ כ' א' תוד"ה שובר] דמייירי שלא היה ידוע למי "נמסר" השטר תחילה ורב ששת סבר כמו שנכתב תחילה לרמי מסתמא גם לו כמסר קודם. ורב נחמן סבר כיון שאינו מוכיח מכח השטר אין לומר שנמסר לו תחילה. וכפירוש זה מבואר בראשונים כאן. [עי' ברי"ף בתרגום מלשון ערבי דף נד ב' בדפי הרי"ף, ור"ן וריטב"א ורא"ה]. ואגב יש להעיר שבר"ף הנ"ל מבור דאם כתב וחתם שטר לאחד ואח"כ כתב ומסר שטר לאחר וחזר ומסר לראשון, השני קנה ולא אמרינן עבחו"ל. ובדברי הרא"ש אות קכב. דלג' כהרמב"ן במלחמות בב"מ.

קכה) ובמה שנקט הגרע"א דרש"י חולק ע"ז [וכמשנ"ת באות קכג] יש להעיר דמדברי הר"ן מוכח שאין הדיוק של הגרע"א מרש"י מוכרח. דהר"ן מפרש להדיא דהנידון למי מסר תחילה, ואעפ"כ כתב כלשון רש"י "גילו מנהגם שאין חולקין אחר הקודם לבו ביום", ובע"כ הכוונה דהוי גלוי דעת שלא מסרו קודם, וא"כ גם בדעת רש"י אפשר לפרש כך. ועי' בגרע"א שלפי פירושו בדעת רש"י כתב דמוכח שלדעת ר"א לא אמרינן עבחו"ל, [וכדעת הרא"ה - אות קיב] ולכן עבד ר"נ שוחדא. אכן לפמש"כ דאין ראיה מרש"י דהגמ' סוברת כאן עבחו"ל, א"כ אין ראיה אם לר"א אמרינן עבחו"ל. קכו) ובדחיית הגמ' "לאו בתורת הכי אתית לה" עי' רש"י שפי' שהטעות הוא משום דלאו בירושלים קיימינן, והקשה הגרע"א דנהי דלאו בירושלים הוא מ"מ הול"ל יחלוקו דגלי דעתיה שרוצה להקנות כאחד לשניהם, ובעכצ"ל דר"נ פסק כר"א, וא"כ היה לרש"י לפרש דהטעות היא משום דהלכה כר"א ולדידה לא אמרינן עבחו"ל וממילא הנידון על המסירה. ולמה פרש"י דהטעות משום דלאו בירושלים קיימינן. [וזהו קשה גם לפמש"כ בדעת רש"י דסובר כשאר הראשונים ודו"ק].

קכז) הנהו תרי שטרי וכו'. יש בראשונים שלש פירושים בסוגיא. א) שיטת רש"י ועוד ראשונים דמייירי בשתי שטרות מתנה. ב) הרמב"ם (פ"כ מהלואה) מפרש בשני שטרי הלואה. ג) הרא"ה הביא שני פירושים אלו, וכתב דיש לפרש עוד דהשטר ד"ה בניסן היה שטר הלואה וההוא דכתיב ביה ניסן סתמא היה שטר מכר, ולהלן יבואר.

והנה לפירוש רש"י צ"ב למה זכה בר חמשה בניסן והרי הוא ספק מי קדם למי. וביארו תלמידי רבנו יונה דכיון שהזכרות של ה' בניסן מפורשת בשטר וזכות של הניסן סתמא אינה מפורשת [אלא הוא בא לחדש ספיקות] ידו על התחתונה. א"כ כיון שלא נכתב הזמן זו הוכחה שהיה בסוף החודש ולכן ביקש שלא יכתבו את היום. קכח) והרמב"ם מפרש דמיירי בשתי שטרי הלואה, ועי' בר"ן שמהגירסא בגמ' להלן "הנחתי לך מקום לגבות" משמע כהרמב"ם.

והנה בגמ' להלן מבואר דאין הלוח שכתוב בשטר ניסן סתמא יכול לגבות מהלקוחות, משום דאמרי ליה דילמא את בר חד בניסן. וצ"ע דהרי שטר שזמנו סתום, אין השעבוד חל עד הזמן שמוכח מתוכו, וכמשי"כ אות קטז בשם הראשונים. [ואמנם הראשונים המובאים ברי"ף - אות קיח - יתכן דחולקים ע"ז, ותלוי בדברי הגרע"א המובא שם].

ובאמת הרא"ה כשהביא פירוש זה כתב דמיירי בשטר אקנייתא, שאז זוכה בשעבוד לאלתר אף קודם הזמן של השטר. אמנם הרמב"ם כתב הדין בסתמא, וקשה כנ"ל. [וכן הקשה הגרע"א במערכה אות ז' על השו"ע] וביותר קשה שהר"ן מוכיח מסוגיין דהשעבוד חל רק בזמן הכתוב בשטר, ותמוה דאדרבה מוכח להיפך, דרק מספק לא גובים, אבל הלקוחות יכולים לטעון שזמן קודם דיש לך לגבות, ומוכח שאם יביא ראיה יגבה מזמן הכתיבה. [וכן הקשה קצה"ח מ"ג ה']. ועי' ברע"א במערכה שם שהוכיח מהשו"ע דבאמת הוא פוסק דלא כהר"ן אלא דהשעבוד חל לאלתר. אמנם בדעת הרמב"ם כתב הגרע"א (בדו"ח מכת"י) דא"א לפרש כן, דמלשון ה"ג מאישות) דבשטרות שזמנם שוה "חולקים

כאחד שאין שם קודם", משמע כהר"ן שהשעבוד חל ברגע אחד שהוא זמן השטר וכדברי הר"ן.

ולכן מפרש הגרע"א דהרמב"ם סובר דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר, ולכן מי שלוח קודם הוא זוכה, ולכן יכולים הלקוחות לומר הנחתי לך מקום, דכלפי המלוה בשטר יש לו קדימה מדין מלוה ע"פ (משא"כ בפ"ז י"ז מאישות הנ"ל, היינו מטעם גלי אדעתיה, ומוחל גם על דין קדימה דמלוה ע"פ, אבל כאן שאין זה דרכם של אנשי אותו מקום לכתוב חודש סתמא, אלא דאירע כן במקרה, ובזה לא הוה גלי דעתיה).

קכט) והנה הגרע"א במערכה אות ז' דחה תירוץ זה דהא הרמ"א כתב דאף דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת, מ"מ אם קדם המלוה בשטר וגבה, מה שגבה גבה, וא"כ כאן שכבר גבה השטר של ה' בניסן, שוב א"א לומר לבעל השטר שכתוב בו ניסן סתם הנחתי לך מקום לגבות משום דשמא המלוה ע"פ שלך קדם, דהא השתא אין לו זכות להוציא מהמלוה בשטר כיון שקדם וגבה, ע"ש. אך כנראה שכל דחיה זו היא רק בדברי השו"ע, אבל בדעת הרמב"ם באמת י"ל שאף אם קדם וגבה לא חלה גבייתו, וכמו שנתבאר מילתא בטעמא בריש פרקין (אות ג' ה'). ועיין בקוב"ש אות שכו, שהוכיח בדעת הרמב"ם שגביית המאוחר לא חלה כלל מטעם אחר. דאם נאמר שחלה הגבייה א"כ כאן שמספק אין הניסן סתם יכול להוציא הקרקע מתח"י ה' ניסן נמצא שנפרע החוב של ה' ניסן, ואיך מבואר בגמ' שיכול לעשות הרשאה על החוב שלו, הרי הוא כבר גבוי ובע"כ דלא חלה כלל גבייתו של הראשון ולכן יכול לכתוב הרשאה. [וצ"ע לפי הטעם שנתבאר באות ה' דרק ע"י הגבייה של המוקדם פוקע למפרע הזכות של המאוחר, א"כ כאן שלא יגבה לעולם למה יש לו זכות לכתוב הרשאה ועיין] וע"ע בנתיבות סי' מג סק"ז ובתומים שם].

קל) ודעת הרא"ה דאפשר לפרש הסוגיא אף באופן שהשטר של ה' ניסן הוא שטר חוב, והשטר של ניסן סתמא הוא שטר מכר. והקשה הגרע"א (בגליון שו"ע סי' מג סכ"ג) דלכאוי הסברא שזמנו של שטר מבורר שייך רק כשאין מוחזק, כגון בבי שטרי מכר או בי שטרי מתנה. אבל באופן שכתב הרא"ה שהלוקח הוא המוחזק ויש ספק בעיקר השעבוד של הבע"ח י"ל דאין מוציאין. ובאמרי בינה (גב"ח סי' יד) וכן באבי עזרי מיישבים, דהרא"ה עצמו כתב טעמא דמילתא וז"ל: שהקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראיה", והיינו דכלפי הנידון של הבע"ח אין דנים את תביעת הבע"ח עם הלוקח, אלא דנים כאילו יש דו"ד בין המוכר - המלוה, לבין הלוקח מאיזה זמן קנה חלה את הקרקע, והבעלים זוכה בזה מדין מר"ק, וממילא הלוקח גובה. אבל כשבא הלוקח לגבות מהלקוחות דאז אין הנידון על גוף הקרקע אלא הנידון על החיוב אחריות, שפיר יכולים לומר ללוקח שמא לא היתה לו זכות לגבות ממך ואין לך אחריות.

ולענ"ד י"ל עוד ע"פ סברת רבנו יונה - אות קכו, - דמה שלא כתוב בשטר הוי הוכחה שקנה השטר בסוף, ומשי"ה אפשר להוציא ממנו. אמנם לכאוי זה אינו, דא"כ למה יכולים הלקוחות לדחותו ולומר שמא בר חד בניסן את, ובע"כ דא"ז אן סהדי. אכן נראה דהוי בגדר ריעותא, וא"כ המוחזקות של הלוקח כלפי הזמן של תחילת החודש היא חלשה ומשי"ה אפשר להוציא ממנו, אבל מ"מ הוא לא יכול להוציא האחריות מן הלקוחות דמכלל ספק לא נפקא.

קלא) כתב הר"ן בשם הרשב"א, במי שמכר בי קרקעות לבי' בני"א, ולאחד פירש הזמן ה' בניסן, ולשני כתב ניסן סתמא, ובא בע"ח לגבות, דלכאוי כ"א יכול לדחותו אצל חבירו ולומר לו הנחתי לך מקום לגבות. אכן זה אינו דא"כ כ"א יעשה כן ויפסיד לבע"ח. אלא מהאי דכתב ניסן סתמא גבי, וטעמא דמילתא לפי שמעיקר הדין השדות משועבדים, אלא דיש תקנה שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני"ח, וא"כ הראיה ע"ז מוטלת על הלקוחות. [והוא כעין דין אין ספק מוציא מידי ודאי, - עי' בקוב"ש ב"ב אות תקנח כמה דוגמאות בזה]. אכן הביא הר"ן שברמב"ן כתב גבי שמכר ג' קרקעות לג' בני"א ולא פירש זמן ובא בע"ח לגבות דהם דוחים אותו ועל הלוח להביא ראיה.

וביאור דעת הרמב"ן עי' בחי' רא"ל סי' נח, דהרמב"ן סובר דדין הנחתי לך מקום הוא הפקעת השעבוד ונמצא דהוי ספק בעיקר זכותו של המלוה, ולכן עליו הראיה. [וכן מוכח בצד אחד בגמ' (דף צ"ה) דבאשתדוף לא חוזר השעבוד ואפי' למאי דמסקינן דחוזר השעבוד י"ל דהוי הפקעה לגבי קדימה בשעבוד, דאין לו זכות כ"ז שהקרקע שהניח קיימת. וע"ש שהאריך ביסוד זה.

והגרע"א הקשה על הרשב"א דהתינח אם שייר זבורית אז הוא דבעינן לתקנה דרבנן. אבל אם שייר בינונית דכוותה מעיקר הדין מצי לסלוקי משום מה מכר ראושן לשני כמבואר בב"ק דף ח', וא"כ יטעון הלוקח אני קדמתי ולקחתי זכותו של מוכר שלא לגבות מבינונית שלי. ותירץ האמרי בינה (גב"ח יד) והאבי עזרי דכל הזכות של המוכר היא כאשר הוא מסלקו בפועל בבינונית השניה, ובכה"ג יש מה מכר, אבל כאן שכ"א מהלקוחות יכול לדחותו דשמא הוא הלוקח הראשון, ל"ש כאן להשתמש בכח של המה מכר, דגם המוכר בעצמו לא יכול לסלק אם אינו נותן בפועל את הקרקע השניה. ולכן כל הנידון של הרשב"א היה רק מצד דין הנחתי לך מקום.

והנה המ"מ העתיק דינו של הרשב"א (פ"כ ה"ה ממלוה) והקשה הלח"מ דלכאוי ברמב"ם מוכח שחולק ע"ז, שהרי הו אפירש סוגין בשטרי חוב, וא"כ מבואר בגמ' שבעל השטר של ניסן סתמא אינו יכול לגבות מהלקוחות משום דשמא הנחתי לך מקום, ואילו להרשב"א ההוכחה מוטלת על הלוקח ולא על הבע"ח. ותירץ דהרשב"א איירי כשיש ספק בזמנו של הלוקח - מתי קנה. אבל כאן בסוגיין זמנו של הלוקח ברור, והספק הו אעל זמנו של המלוה - מתי הלוח, ובזה כיון

שאינן ספק בטענת הלוקח על המלוה להביא ראיה. והדברים טעונים ביאור. (ועי' באבי עזרי שכתב דאינו מבין חילוק כזה).

קלב) והר"ן הקשה על הרשב"א והרמב"ן דהא מסקינן לקמן דכל היכא דאשתדוף בנ"ח טריף ממשעבדי, וא"כ כאן שבפועל א"א לגבות מבני"ח למה לא יגבה ממשעבדי.

ותירצו האחרונים [עי' ח"י ראי"ל הנ"ל ובאבי עזרי] דהדין דאשתדוף גובים הוא רק כשאין מהיכן לגבו, אבל כאן כלפי שמיא גליא שיש מהיכן לגבות ורק הוא לא יודע, ובכה"ג אינו גובה. וטעם החילוק, דדין הנחתי הוא הפקעת השעבוד וכמשנ"ל לעיל, וכל מה שהשעבוד חוזר הוא רק באשתדוף, אבל כאן שכלפי שמיא גליא שיש לו מקום לא בטלה הפקעת השעבוד ואין יכול לטרוף. והר"ן י"ל דסובר דהוי רק קדימה בגובינא, [וכמו דין עידית] אבל אין הפקעה "בשעבוד" של הקרקע שקנה, ולכן כל שאינו יכול לגבות בפועל מהבני"ח שוב הוי כשאתדוף ויכול לטרוף מהמשעבדי.

קלג) והנה בסוגין מבואר דהלוקח יכול לומר הנחתי. וקשה דבשלמא לרש"י שמפרש דמיירי בשטרי מקח, א"כ אין טענת הלוקח מדין "הנחתי", אלא דטוען שכלל לא בטלה המכירה ומה שנטל הלוקח הראשון היה בטעות וא"צ לשלם. [ובאמת הלשון הנחתי לך מקום לאו דוקא כמש"כ הר"ן]. אבל לשיטת הרמב"ם דמיירי בשט"ח, א"כ איך יכול הלוקח לומר הנחתי לך מקום, והרי הוי כשאתדוף. ובאבי עזרי מישב ע"פ שיטת הרשב"א והרמב"ן הנ"ל דסוברים דזה לא דמי לאשתדוף וכמשנ"ל. אכן דבריו צ"ע, דהרי משמע בר"ן עצמו שהסכים לפירוש הרמב"ם בסוגין דמיירי בשטרי חוב, וא"כ על הר"ן יקשה כנ"ל.

ותירץ הגרע"א (בגליון שו"ע סי' מג) בשם התפארת שמואל, וכ"כ הקוב"ש אות שכת, ע"פמהבואר להלן צ"ה דהיכא דהמלוה אפסיד אנפשיה אינו גובה אף באשתדוף הנכסים. וא"כ י"ל דגם כאן מקרי דאיהו אפסיד אנפשיה שלא כתב זמן בשטרו. [משא"כ הרשב"א והרמב"ן מיירי שלא היה זמן בשטר המכר, אבל בשטר החוב היה זמן וא"כ במלוה לא פשע כלום].

דף צה ע"א

קלד) במשנה, השניה מוציאה מהלוקח והראשונה מהשניה. והקשה הראב"ד תפשוט מהכא דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה, דאם חלה גבייתה איך תוציא הראשונה ממנה. ותירץ דמיירי באפותיקי מפורש ובוה מה שגבה לא גבה. והרמב"ן נחלק עליו בדין אפותיקי, ומתיר קושיית הראב"ד דכאן שתיהן באות בב"א לב"ד וכשהשניה מוציאה יד הראשונה עמה בשדה. [ועיין בריטב"א בשם הר"ש דבאמת כאן לא מוציאים כלל דאפוכי מטרתא ל"ל, אלא כיון שיש לכ"א כח לכן עבדינן כשרה ולפי"ז תירוץ הרמב"ן פשוט יותר].

קלה) תוד"ה וכו'. נתבאר בפרק הכותב אות כב.

תוד"ה הא. עיין ברע"א משכ"ב.

קלו) אבעיא להו אשתדוף נכסיה וכו'. ומסקינן דגובה מהמשועבדים. אמנם לגבי אפותיקי מפורש דא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזו אפי' אם השתדפה אינו גובה משאר נכסים, ואפי' בלא הטעם של הנחתי, אלא דאומר לו נסתחפה שדרך. [עי' בשו"ע סי' קיז].

והנה הגמ' מייית ראיה מהא דחתמה לשני הפסידה כתובתה, ולמה לא תגבה מהראשון כדין אתשדוף. והקשה הגרע"א (באותיות דרע"א) למה לא מוקמינן לה שהיתה השדה השניה אפותיקי מפורש. ובהכרח צ"ל דאם היתה אפותיקי פטור שלא היה כלל נ"מ מחתימתה לראשון דבלא"ה א"א לגבות ממנו, וממה דאמרו בברייתא דלראשון לא חתמה [ובגמ' לעיל מבואר דבדוקא הוא דע"ז יש הוכחה מדלא חתמה לראשון] ש"מ שאין מדבור באפותיקי מפורש. אמנם כ"ז א"ש להסוברים דבאפותיקי מפורש אפי' אם נמצאת האפותיקי שאינו שלו אינו גובה מנכסים אחרים.

אבל להסוברים דאם נמצאת שאינו שלו גובה מנכסים אחרים א"כ דילמא משו"ה כתבה לראשון לענין שאם תמצא שדה שניה שאינו של הבעל לא תגבה מן הראשון.

קלז) ביסוד הספק אם אשתדוף. עי' בחי' רא"ל סי' נח דהצד שלא גובה אף אחר שאשתדוף הוא משום שהפקיעו לגמרי את השעבוד מהקרקע, ומש"ה אף באשתדוף לא יחזור השעבוד.

דף צה ע"א

ולמסקנת הגמ' דבאשתדוף גובה ממשעבדי, יש לדון אם הדרא בה הגמ' וס"ל דאין כאן הפקעת השעבוד כלל, אלא רק תקנה בעלמא שב"ד לא יגבו אלא מהנכסים ששייר כ"ז שאפשר לגבות מהם, או דהוי הפקעת השעבוד, אלא דהוי הפקעה כ"ז שהנכסים קיימים, והיינו דזכות הגביה מופקע ככל עוד שקיימים הנכסים שהניח לגבות מהם. ועי' בחי' רא"ל שם. שמצד דזו מחלוקת הר"ן והרמב"ן המובאים לעיל (אות), דלדעת הרמב"ן הוא הפקעת השעבוד, ולכן גם במקום שמספק א"א לגבות, מ"מ כיון שהשעבוד קיים על אותה הקרקע לא חוזר השעבוד על מה שקנה. והר"ן סובר דהוי רק סילוק זכות גובינא, [ולהר"ן בהא גופא הסתפקה הגמ' אם הוי הפקעת שעבוד או רק סילוק זכות גובינא ומסקינן דהוי סילוק זכות גובינא] ולכן אין הדבר תלויב מה שבמציאות יש קרקע אחרת, אלא באפשרות הגביה. [ועי"ש עוד מה שצידד בזה].

קלח) והנה בגמ' פריך מהא דכתב לראשון ולא חתמה לו לשני וחתמה, ומבואר מזה דגסמה שסילה זכותה מנה שני נחשב כאשתדוף. וכתב הריטב"א דמהא שמעינן דאשתדוף לאו דוקא אלא ה"ה כל שיש עיכוב שאין יכול לגבות כגון אם נטלוה מסיקין וכ"ש אם התפיסם מלוה ביד גוי. עוד כתב דדוקא כשהנכסים שהניח הם כאן, אבל אם הם במק"א לא מקרי שהניח נכסים לגבות ואין צ"ל שאם יש חירום בין המדינות דהוי כאשתדוף, עכ"ד.

ולכא"ו הדין תלוי בפלוגתת הר"ן עם הרמב"ן והרשב"א - אות - במקום שא"א לגבות מספק, אם הוי כאשתדוף, דלדעת הר"ן מסתבר כפסק הריטב"א, אך לדעת הרשב"א והרמב"ן לא גרעי מסיקין וחירום מהיכא דא"א לגבות מספק. ובאמת יעוי' במ"מ (פ"יט ממלוה ה"ב) שכתב בשם שו"ת הרשב"א (מיוחסות סי' עט) דבאנסו את הקרקע שהניח אין גובה ממשועבדים. אלא שהרשב"א כתב הטעם מפני שמצויין בלעי זרוע ליפול וסוף שיגבה חובו. ועי' בשו"ע סי' קי"א סי"ג ורמ"א ונו"כ שם. שאם ברור שלא יפול כגון שבדיניהם א"א להוציא מידו הו"ל כאשתדוף. והרמ"א הביא שם דברי רבינו ירוחם שנחלקו אם מת הלוח והניח יורשים קטנים [דא"א לגבות ממה שהניחו עד שיגדלו הקטנים, דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים] אם יכול לגבות מהמשעבדי דהוי כאשתדוף או לא. ולכא"ו שם השעבוד קיים ורק שבפועל א"א לגבות ואפי"ה דיינינן לה כאשתדוף, וצ"ע בכ"ז.

קלט) התם איהו דאפסיד נפשיה בידים. עיי' ברש"י ותוס'. ונ"מ לדינא ממחלוקתם באשה שהפסידה בידים בחיי הבעל, אם הוי כשאתדוף [עיי' ברשב"א במיוחדות ס"י עט, ובגר"א ס"י קיח אות ג].

דף צה ע"ב

קלט) התם אית ליה פסידא לכולהו, הכא לוקח הוא דאית ליה פסידא. עיי' בתוד"ה ומוקמינן, ומשמע מדבריהם דהוי תקני"ח שיזכה הלוקח הואיל ואית ליה פסידא. אמנם בתוס' ב"ב קל"ט ב' ד"ה התם מפרשים הטעם משום דבמקום פסידא לא תקנו לבעל דין לוקח אלא יש לו דין יורש ואינו יכול להוציא מן הלוקח. ועיי' ברע"א (מהדו"ת ס"י סב) שנחלקון עם ההפלאה (ריש פרקין) בדין חוזרין חלילה, ביורשין ושני בע"ח, שהמוקדם מהם היה מת לוה בחיי מלוה, שאז אין הבע"ח הראשון יכול לגבות מהיורשים משום שאין אדם מוריש שבועה לבניו, וא"כ יגבה הבע"ח השני, ואז הבע"ח הראשון תובע לגבות ממנו דלגבי בע"ח אין דין אין אדם מוריש שבועה לבניו ע"ש. וכתב ההפלאה דכיון שלשני הבע"ח יש פסידא עבדינן יחלוקו. והגרע"א נחלק ע"ז, דלא מבעיא לדעת תוס' בב"ב דכל סברת פסידא הוא משום דאז הבעל יורש, א"כ בגוונא דההפלאה ל"ש טעם זה. אלא אפי' אם נפרש כפשוטו דיש תקני"ח במקום פסידא, יש לחלק דכשיש פסידא לשנים חוזר הדין חלילה. ועוד י"ל דסברת הגמ' רק באופן שאין מוציאין כלל מן הראשון, אבל בגוונא דההפלאה שמוציאין מן היורשים לא תקנו חז"ל להפסיק החיזור באמצע. ועיי' בארוכה.

קמ) תנא וכן בע"ח ושני לקוחות. רש"י פירש דהוי חייבים לבע"ח אלף, והמלוה מכר ב' קרקעות שכ"א שוה חמש מאות לשני לקוחות, וללוקח ראשון יש אחריות, וסילק הבע"ח זכותו מלוקח מלוקח שני, דאז גובה מראשון [דל"ש כאן טענת הנחת, דיש לו חוב כשיעור ב' הקרקעות] והראשון חוזר על הקרקע של השני משום האחריות, ואז טורף הבע"ח את קרקעו של השני מן הראשון [דלכפי הראשון לא סילק נפשיה. וחוזר הלוקח השני ומוציא מהבע"ח וחוזר חלילה. [וקצ"ע איך מוציא הלוקח שני מן הבע"ח, והרי בעלותו בקרקע כבר פקעה עיי' טריפת הראשון], ואיזה זכות יש לו, וצ"ב].

קמא) אכן הרמב"ם מפרש הסוגיא באופן אחר, שמכר הלוקח קרקע אחת ללוקח ראשון, והלוקח חזר ומכר אותה קרקע ללוקח שני, ובע"ח סילק נפשיה מלוקח ראשון. ואז בא הבע"ח וטורף מלוקח שני, ולוקח ראשון מוציא מיד בע"ח, ולוקח שני מוציא מידי לוקח ראשון. והראב"ד הקשה ע"ז ד' קושיות: א) דא"כ מיירי דוקא בשמכר ראשון לשני באחריות ומשנתנו אין בה הפלגה. [והנה דברי הראב"ד צ"ע דגם לפירשו הראב"ד שהוא כפרש"י צ"ל דמיירי באחריות דאל"כ למה חוזר הראשון על השני, ויבאר להלן]. ב) שבמשנתנו הפשרה בין שלשתם, אבל כאן אין הפשרה אלא לבע"ח דאחד מן הלקוחות, דאילו אחד הלקוחות קיבל מעותיו. [היינו או הראשון קיבל דמי המקח, ואם שילם לשני את האחריות קיבל השני את הדמים]. ג) דאחרי שהדין הוא פשרה נמצא הראשון מחויב באחריות לשני, והשני מקבל דמי האחריות ומסתלק, ושוב יגבה הלוקח הראשון מהבע"ח והלוקח השני אינו יכול לסלקו שכבר קיבל מעותיו ונמצא דאין כאן כלל פשרה אלא ודאי דינתן ללוקח ראשון. ד) למה לא ידחה הלוקח שני את הבע"ח מדין אי שתקת. ובהלכות ערכין (פ"ד ה"ט) הוסיף הראב"ד להקשות שיאמר הלוקח שני שא"א לגבות ממנו דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

קמב) ובחידושי רבנו חיים הלוי כתב ליישב, דהנה צ"ע בעיקר הדין שהלוקח ראשון חוזר וגובה מבע"ח, באיזה זכות הוא בא, והרי הוא כבר מכר את השדה ואינה שלו, ומש"כ דו"ד אין לי זה רק סילו שלא יגבה ממנו, אבל מגוף השדה לא נסתלק שעבודו, וא"כ איך יגבה הלה ממנו. ומחדש הגר"ח דבכל מכירה האחריות מתנאי האחריות שהטירפא תהיה מהמוכר [עיי' בגליונות חזו"א שתמה איך שייך שיוך לגובינא, והרי אם השדה של הקונה ממילא הגובינא ממנו. אכן דעת הגר"ח דהגובינא הוא סוג שמוש בקרקע, ו"הקרקע לגובינא" נשארת של המוכר, ועיין בנחל יצחק ס"י לט שמבאר כן]. ומעתה א"ש הא דהלוקח ראשון דוחה לבע"ח, דכיון שהגובינא ממנו ממילא יכול הוא לדחותו שהרי כתב לו דו"ד אין לי. ומעתה כיון דבטלה הגובינא שוב השדה היא של שני והדר דינא וחוזרין חלילה.

ועפ"ז מיושבת קושית הראב"ד השלישית, שהקשה למה הלוקח השני זוכה בשדה והרי קיבל את האחריות, אכן להנ"ל כיון דנתבטלה גביתו למפרע נמצא דעדין השני בעלים גמור, ומאי איכפת לן שקיבל את דמי האחריות. והקושיא ד' ג"כ מיושבת, ד"ל דכל מש"כ לו דו"ד אין לי היינו רק אם אתי מכח אותה בעלות שהיתה לו קודם, אבל אם יאמר אי שתקת, הרי עיי' החזרת השטר נמצא שהלוקח ראשון יש לו בעלות חדשה בקרקע, ועל בעלות זו לא אמר דו"ד אין לי. [ובאבי עזרי הקשה דמה השעבוד הוא אותו שעבוד והרי סילק עצמו מגבית השעבוד. אכן כוונת הגר"ח פשוטה, דכל הסילו היה רק לענין של יגבה השעבוד מ"בעלות פלונית", ואם עתה הוי בעלות חדשה שוב יש לו זכות לגבות כמו שיכול לגבות מן הלוקח השני. ולהלן יובא לחקור אם הסילוק הוא מהגברא - שמוחל על הזכות תביעה ממנו, או דהוי הפקעה בשעבוד כ"ז שהוא ברשות זו, ולשני הצדדים מובנים דברי הגר"ח].

קמג) ובמה שהקשה הראב"ד בקושיא ב', ביאר הגר"ח, דהנה עיקר קושיתו צ"ב, דנהי דיש חיוב אחריות מ"מ מאחר וגביתו של הבע"ח חוזרת חלילה הרי יש צד שבטלה גבייתו וא"כ תחזור הקרקע לשני מדין בעלים, ומאי איכפת לן בהא דמשלם אחריות. וביאר הגר"ח דעומק קושית הראב"ד, דס"ל דעל דין חוזרין חלילה יש חיוב אחריות ודאי, דעצם המצב של החוזרין יש עליו חיוב אחריות. וכיון דמתנאי האחריות שהגובינא משל הראשון, נמצא דעיי' החיוב אחריות הודאי, הוי ודאי של הראשון וחלה הגובינא ממנו וממילא מוציא מן הבע"ח משום הדו"ד, ואין כאן חוזרין חלילה. זו קושית הראב"ד. והרמב"ם י"ל דסובר דעל חוזרין חלילה אין חיוב אחריות ודאי, ונמצא דאין ברור אם הקרקע של הראשון או של השני ומש"ה חוזרין חלילה.

קמד) ובאבי עזרי כתב ליישב קושית הראב"ד הראשונה, דהנה לעיל הובאה קושית הגר"ח למה חוזר הראשון ומוציא מן הבע"ח הרי אין לו שום זכות בקרקע. ופי' האבי עזרי דהראשון קנה ג"כ הקרקע באחריות, ומש"ה יש לו זכות טירפא בקרקע זו עצמה מדין "אחריות", דהקרקע עצמה שקנה יש בה ג"כ שעבוד לאחריותו. ואע"ג דהבע"ח קדם ללוקח ראשון, מ"מ יכול הלוקח ראשון להוציא ממנו את הקרקע לאחריות, שגם זכות השעבוד לאחריות נכללת במה שכתב לו דו"ד אין לי בשדה זו, ומיושבת קו' הגר"ח.

ועפ"ז י"ל ביישוב קושית הראב"ד, דהנה לעיל אות קמא הובא להעיר על הראב"ד דגם לשיטתו בע"כ מיירי שיש חיוב אחריות ומה הקשה על הרמב"ם. וביאר האבי עזרי דהראב"ד ס"ל דהקונה שדה באחריות ומכרה בלא אחריות ובא בע"ח וטרף מן השני אין הראשון גובה האחריות כיון שלא הפסיד כלום. ולפ"ז בע"כ צ"ל דמה שכאן יש לראשון אחריות [וכמשנ"ת כדי ליישב קו' הגר"ח הנ"ל] היינו משום שגם הראשון מכר לשני באחריות. ונמצא דיש כאן פעמים אחריות, הן מצד הלוקח ראשון, והן מצד לוקח ראשון ללוקח שני, ועיי' הקשה הראב"ד דלא נזכר שהיה כאן פעמים חיוב אחריות. [אבל לפירש"י והראב"ד יש רק חיוב אחריות אחד]. ובדעת הרמב"ם י"ל דסובר שבאמת מהראשון לשני לא היה

אחריות, ואפי"ה סובר הרמב"ם שיש לראשון זכות לתבוע האחריות מהלוה כיון דמ"מ הקרקע שהוא קנה נטרפה, [וכן מפורש ברשב"א קידושין כ"ז א'].<sup>1</sup>

קמה) ומשה"ק הראב"ד מדין מה מכר, עי' באבי עזרי שמיישב דהנה יש לחקור בעיקר הדין סילוק, אם הוי סילוק מהזכות התביעה של הגברא, או דהוי סילוק מהשעבוד בנכסים. ואם נימא כצד הראשון י"ל דע"ז ל"ש דין מה מכר, דדין מה מכר הוא רק כלפי הזכויות בקרקע, אבל מה שמחל שלא לתבוע את הראשון, זה לא נכלל במכירה. ושוב חזר בו דמלשון הרמב"ם (פ"ז מאישות הי"ב) "וקנו מיד הראשונה שאין לה שעבוד על שדה זו ואינה טורפת אותו" משמע דהוי סילוק מהשעבוד. ועי' לשון הגר"ח "וגם זה שכתב לו דו"ד אין לי עמך. הלא בזה לא נכלל רק שלא יגבה ממנו, אבל מגוף השדה לא פקע שעבודו", משמע קצת כצד הראשון. וע"ע באבי עזרי מש"כ ליישב אף להצד השני.