הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

אורח משפט

רבי שמעון דובער אנוליק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אורח משפט

רבי שמעון דובער אנוליק

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אורח-משפט/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

אורח משפט על חו"מ 5
סימן א 5
סימן ב 34
סימן ג 45
סימן ד 54
סימן ה 54
סימן ו 67
סימן ז 70
סימן ח 90
סימן ט 93
סימן י 107
סימן יא 108
סימן יב 108
סימן יג 131
סימן יד 132
סימן טו 133
סימן יז 177
סימן יח 218
סימן יט 227
סימן כא 231
סימן כב 231
סימן כד 233
סימן כה 235
סימן כו 258
סימן כז 271
סימן כח 306
סימן כט 358
סימן ל 364
סימן לא 387
סימן לב 389
סימן לג 396
סימן לד 404
סימן לה 476
סימן לו 509
סימן לז 512
סימן לח 514
סימן לט 557
סימן מ 578
סימן מא 582
סימן מב 583
סימן מג 588
סימן מד 593
סימן מה 593
סימן מו 594
סימן מז 609
סימן מח 613
סימן מט 614
סימן נא 615
סימן נב 616
סימן נג 617
סימן נד 617
סימן נה 619
סימן נו 619
סימן נז 621
סימן נח 629
סימן נט 630
סימן ס 634
סימן סא 638
סימן סב 640
סימן סד 641
סימן סה 642
סימן סו 649

סימן סז 681
סימן סח 689
סימן סט 690
סימן ע 697
סימן עא 699
סימן עב 700
סימן עג 710
סימן עד 715
סימן צז 716
+אורח משפט על תשובה א 718
+אורח משפט על תשובה ב 726
+אורח משפט על תשובה ג 738
+אורח משפט על תשובה ד 743
+אורח משפט על תשובה ה 751
+אורח משפט על תשובה ו 753
+אורח משפט על תשובה ז 755
+אורח משפט על תשובה ח 766

אורח משפט על חו"מ

סימן א

אורח משפט על חו"מ:

לרבי שמעון דובער אנוליק ז"ל:

הרמב"ם ז"ל סידר דיני ממונות כמו שסידר רבי במשנה וכתב תחילה הלכות נזקי ממון והלכות סנהדרין לבסוף והטוש"ע כתבו להיפוך הלכות דיינים בתחילה ונזקי ממון לבסוף ואמרתי כי דורות הראשונים העיקר הלכות ואח"כ היו צריכים לידע גם אינך סדר הדיינים אבל דורות האחרונים טרם ידעו הלכות ויאבו להורות צריכים לידע סדר הדיינים תחילה ואף כי יש כמה הלכות שהרמב"ם ז"ל לא כתבו כסדר הש"ס מ"מ אמרתי זה להורות שלא יקפצו להורות טרם ידעו הלכות דיינים ולא הלכות בלבד ואם ידעו וישמרו הלכות דיינים לא יצא משפט מעוקל ח"ו וסידרו דבר המצוי והכרחי תחילה וכתבו הלכות נזקי ממון לבסוף כי אין לנו שדות וכרמים ובקר וצאן ואינו מצוי ביניינו כל כך משא"כ בדורות הראשונים שהיו להם כל והיו מצוי אצלם כל לכן סידרו תחילה נזקי ממון ואדרבא הלכות דיינים לבסוף כי להגיד להם מעשה הנהוג לדיינים לא היו נדרשים כל כך:

בטור סימן א' כל הדין דין אמת לאמיתו ופירש הב"י תיבת לאמתו מזהיר שלא יצטרף הדיין אהבתו לזכאי ושנאתו לחייב וי"ל בזה פי' הקרא (ביחזקאל י"ח) משפט אמת יעשה בין איש לאיש בחקותי יהלך ומשפטי שמר לעשות אמת כפל הדבר במשפט אמת ועיין מהרש"א סנהדרין (דף פ"א) דאידך קרא קאי אבעד"י שיש לו דו"ד שלא יבוא בתחבולות עיי"ש. ולהנ"ל י"ל דקאי אדיין וכפל הדבר שיהא אמת לאמתו בין לפי' הב"י או פי' התוס' לאפוקי מרומה שלא יפסוק עפ"י עדים ולומר מה בכך אחרי שגזיה"כ הוא עפ"י שנים עדים יקום דבר וזהו שאמר אף שבחקותי יהלך עכ"ז משפטי שמר לעשות אמת:

ולע"ד הי' נראה כפשוטו דהתוס' בשבת (דף י') כתבו דדין עדיף מת"ת והא דמועד קטן (דף ט"ז) למערתא דדיינים ולא קבלוהו התם בדיינין שאינן מומחין שלפעמים נוטין אחר השוחד. וראי' לזה נ"ל מהא דאמרינן בב"ב (דף ח') והמשכילים יזהירו כזהר הרקיע זה דיין שדן דין אמת לאמתו וכו' ורבנן מאי ואוהביו כצאת השמש בגבורתו הרי דדיין גרע מת"ת וע"כ בדיינים שאינם מומחין מיירי וזהו שאמרו דאף דדיין שאינו מומחה לפעמים נוטה אחר השוחד אבל אם הוא לא עשה כן אלא שדן לאמתו שלא הי' נוטל לזכות את הזכאי ולחייב את החייב שאף שהוא אמת מ"מ אינו לאמתו וע"כ אמר ביחזקאל שם מעול ישיב ידו שלא לקח שוחד. וכן פי' המהרש"א בסנהדרין שם עיי"ש:

והקב"ה חפץ בו יותר מכל הקרבנות דכתיב עשה צדקה ומשפט נבחר לד' מזבח מחטאת ועולה לא נאמר אלא מזבח ופירש"י דהיינו שלמים ובמהר"י הלוי כ' וז"ל וי"א דאתי לרבות שהדין שקול אף כנגד קרבנות נדבה כגון שלמי נדבה וכיוצא ע"כ ועיין בסוכה (דף מ"ט) גדולה צדקה מכל הקרבנות שנאמר עשה צדקה ומשפט נבחר לד' מזבח ופרש"י הכל בכלל זבח חטאת ואשם ועולה ושלמים כולם זבח הם ע"כ וא"כ מזה למד הטור גם במשפט כן וכמוש"כ מהרש"א בת"א שם דמדכתיב בקרא נבחר בלשון יחיד ולא כתבו נבחרו בלשון רבים ש"מ דכל אחד מהם צדקה או משפט גדול מכל הקרבנות כולם: שם לפניהם ולא לפני הדיוטות. פרש"י בגיטין לפניהם הם הזקנים שבסוף פרשה ותוס' פירשו דקאי אהא דכתיב אלהים בפרשה ע"ש ולע"ד י"ל עפי"מ דמבואר במדרש רבה שמות (פ' ל') דאיתא ואלה המשפטים לפי ששמע משה מיתרו שאמר ואתה תחזה מכל העם וגו' ד' מידות א"ל ולא מצא אלא אחת שנאמר ויבחר משה אנשי חיל ומינה אותם שופטים על ישראל א"ל הקב"ה נתתי לך את המשפט ולאחרים מנית ואינם יודעין לך אתה ולמדם שנאמר ואלה המשפטים וכו' ובדברים א' מבואר במדרש רבה שם אמר ר' ברכיה בשם ר"ח צריכין הדיינין שיהא בהן שבע מידות וקחשיב ארבע דזקנים לא מצא אלא חכמים וידועים וא"כ למה נקט המדרש דלא מצא אלא אחת וע"כ צ"ל אלא אחת מהא דכתיב ביתרו אבל באמת היו חכמים וידועים ג"כ אבל אחרי שאינם נבונים לכן אמר לך ולמדם. ועיין מהרש"א בברכות (דף נ"ז) שכתב שם אהא דשלשה חכמים הן וכו' שלשה ת"ח הן דלהמוסמכים שייך לשון חכמים ולאינם סמוכין ת"ח ע"כ שפיר קאמר לפניהם דהיינו שאותם שמינה משרבע"ה והם היו סמוכין א"כ שפיר ממעטינן הדיוטות מזה:

הלכות דיינים סימן א' סעיף א:

(בזמן הזה וכו'):

הנה בהא דשליחותייהו דקמאי עבדינן מבואר בטור דאינו אלא מדרבנן ולכן מינוי שופטים בזמה"ז אינו אלא מדרבנן. וכ"כ הרמב"ן בפ' שופטים. ולפי"ז הקשו רשב"א ורמב"ן ביבמות פ"ד דאיך בזמן הזה מקבלים גרים. איך אפשר למישרי עכו"ם בבת ישראל. הא אין ב"ד יכולין לעקור דבר תורה בקום ועשה. ותירץ עפי"מ דאמרינן בכריתות (דף ע') אלא מעתה האידנא דליכא קרבן לא נקבל גרים. אמר רב נחמן בר יעקב וכי יגור אתכם גר אשר בתוככם וגומ' ופרש"י לדורותיכם אע"ג דליכא מקדש. וה"ו מדכתיב לדרותיכם אמרינן דבכל הדורות מקבלין גרים ואפילו בזמן דליכא מומחין: והנה התוס' ביבמות (דף מ"ז) ובקידושין דף ס"ב) כתבו דקבלת גרים הוא משום

דעבדינן שליחיתייהו וה"ר נתנאל אמר דבגר כתיב לדורותיכם דמשמע בכל ענין אע"ג שאינם מומחין דע"כ השתא ליכא מומחין שהרי אין סמוכין ולדורותיכם משמע לדורות עולם עכ"ל. וכיוצא בזה בבכורות (דף י"ב) אר"ח בהמת שביעית פטורה מן הבכורה כו' לאכלה אמר רחמנא ולא לשריפה. מיתיבי האוכל מעיסת שביעית עד שלא הורמה חלתה חייב מיתה. ואמאי כיון דאילו מטמי' בת שריפה היא ולאכלה א"ר ולא לשריפה שאני הכא דכתיב לדורותיכם. ובמנחות (דף פ"ד) פריך היכי מייתי עומר מפירות שביעית לאכלה אמר רחמנא ולא לשריפה ואיכא קימץ שקרב לגבי מזבח ומשני אמר קרא לדורותיכם עיי"ש בזה:

ויש לעיין למה הוצרכו בתי' קמא לומר דקבלת גרים בזמה"ז משום דעבדינן שליחותייהו. הא מבואר להדיא בכריתות (דף ט') דמדכתיב לדורותיכם מקבלין בכל ענין. ונראה דס"ל כשיטת הרמב"ם ז"ל (פ"ד מהל' סנהדרין הלכה י"א) שאם הסכימו כל החכמים שבא"י למנות דיינים ולסמוך אותם הרי אלו סמוכין ויש להן לדון דיני קנסות. ואף שכתב שם שהדבר צריך הכרע. מ"מ בפירוש המשנה פ"א דסנהדרין הכריע הדבר דמהני בכהאי גוונא ולכן אתי שפיר הא דכתיב לדורותיכם ואף דליכא מומחין שהרי אין סמוכין. מ"מ יצוייר בכהאי גוונא שיסכימו כל חכמי ישראל על אחד. אבל הרשב"א לטעמי' בבבא קמא ריש פרק שור שנגח דו"ה [ולא כמו שכתב הב"י סי' רצ"ה דרשב"א ס"ל כהרמב"ם דהמעיין בהרשב"א יראה דלא כתב שם. אלא דלהרמב"ם יצוייר בזמה"ז סמוכין והשיב שם ע"ז עיי"ש] שחולק על הרמב"ם בזה וס"ל דלא מהני בזה הסכם כולם, וע"כ שפיר כתב דמדכתיב לדורותיכם מבואר דהתורה לא הקפידה על מומחין כיון דלדורות לא יצוייר מומחין. וכן ס"ל לרמב"ן וה"ר נתנאל הנ"ל אלא דיש לפקפק ע"ז דהא סוף כל סוף אינו בנמצא עתה שהסכימו עליו להיות לו דין מומחה וסמוך. (ועיין מהרלב"ח בתשובותיו):

ודע דהא שכתב ה"ר נתנאל וראשונים הנ"ל דלדורותיכם משמע לדורות עולם. והוא עפ"י ש"ס דכריתות (דף ע') כמו שפרש"י שם הוא משום דכתיב במדבר (ט"ו) בפסיק שני חוקה אתת לכם ולגר הגר חוקת עולם לדורותיכם וזהו שהאריכו התוס' וכתבו ולדורותיכם משמע דורות עולם. אף דכבר כתבו דבגר כתיב לדורותיכם דמשמע בכל ענין דכוונתם דהאי לדורותיכם משמע לעולם הוא משום דכתיב להדיא חוקת עולם לדורותיכם. וראי' לזה ממה דאיתא במכילתא והביאו רש"י בפרשת בא לדורותיכם חקת עולם תחגוהו. שומע אני מיעוט דורות שנים ת"ל חקת עולם תחגהו. עוד שם ושמרתם אח היום הזה לדורותיכם חקת עילם. לפי שלא נאמר דורות וחקת עולם על המלאכה

אלא על החגיגה לכך חזר ושנאו כאן שלא תאמר אזהרת כל מלאכה לא יעשה לא לדורות נאמרה אלא לאותו הדור. וכן בפ' אמור בעניינא דמועדות כתיב חקת עולם לדורותיכם ובשבת לדורותם ברית עולם ובפ' נח זאת אות הברית וגו' לדורות עולם ובציצית דכתיב על כנפי בגדיהם לדורותם. היינו דלאו לאורויי אתי לדורות עולם דלזה לא איצטריך כיון דכתיב בי' יציאת מצרים ממילא ידעינן דזה נוהג לדורות עילם. אלא דאתא למה שדרשו במדרש לדורותם הובא בתוס' (דף ע"ד) ובראש"ש פ"ג דמו"ק ע"ש. ולכן כתיב במדבר (ל"ה) חקת משפט יהי' לכם לדורותיכם אף דאינו נוהג לדורות עולם. וכבר תמה שם הרמב"ן בזה. ולהנ"ל אתי שפיר. וכן כתב הגור ארי' שם: אמנם ק"ל מהא דאמרינן בפ"ח דבבא בתרא (דף ק"כ) זה הדבר דבר זה לא יהא נוהג אלא בדור זה. א"ל רבה זוטי לרב אשי אלא מעתה זה הדבר דשחוטי חוץ ה"נ לא יהא נוהג אלא בדור זה שאני התם דכתיב לדרתם. זה הדבר דראשי המטות הכי נמי דלא יהא נוהג אלא בדור זה. א"ל ההוא יליף זה זה מהתם כו' מאי גז"ש. דתניא נאמר כאן זה הדבר ונאמר להלן זה הדבר מה להלן אהרן ובניו וכל ישראל אף כאן אהרן ובניו וכל ישראל. למאי הלכתא. אמר רב אחא בר יעקב לומר שהפרת נדרים בשלשה הדיוטות. והשתא קשה אמאי קאמר דמה בשחוטי חוץ אהרן ובניו וכל ישראל אף בהפרת נדרים אהרן ובניו וכל ישראל ולכך לא בעינן מומחין. תיפוק לי' כיון דיליף בגז"ש משחוטי חוץ. דזה הדבר לאו דווקא בדור זה משום דכתיב לדרתם בשחוטי חוץ. א"כ מהאי טעמא תיפוק לי' דלא בעינן מומחין. דהא בשחוטי חוץ כתיב חוקת עולם לדרתם דמשמע דלא בעינן מומחין. וצ"ל דחדא מנייהו נקט. וה"ה דהמו"ל משום חקת עולם לדרתם:

ועוי" ל דהנה מצינו חקת עולם לדרותיכם. דמשמע דווקא בזמן דאיכא מקדש וכמו (שמות ל') והיתה להם חקת עולם לו ולזרעו לדורותם (במדבר י"ח) והם ישאו עונם חקת עולם לדורותיכם. וכן בויקרא בעניינא דקרבנות כמש"כ בעיקרים מ"ג פט"ז ע"ש וצ"ל דהתם אי אפשר אלא בזמן דאיכא מקדש משא"כ קבלת גרים. והוי דומיא דחלב (ויקרא ג') דדריש בת"כ מלדורותיכם אפי' בזמן שאין קרבן. ויותר נראה דכל היכא דכתיב לדרתם מירי על עצם הדבר שמצוה איכא למימר מיעוט דורות שנים. משא"כ הכא דעל עצם הדבר אשר עליו תסובב הציווי כתיב הקהל חקה אחת לכם ולגר הגר חקת עולם לדורותיכם. וליכא בזה מיעוט דורות שנים. וא"כ למאי כתיב אידך קרא וכי יגור אתכם גר או אשר בתוככם לדורותיכם דהאי לדורותיכם מיותר הוא דהא ממילא ידעינן כיון דאגוף הדבר הגר מוזהר כמו ישראל לחקת עולם ממילא נשמע דגם נירות נוהג לחקת עולם. אלא ודאי דהאי לדורותיכם משמע לדרות עולם אף בזמן דליכא מקדש ומומחין

[וכיוצא בזה הא דכתיב (שמות י"ב) שמורים לכל בני ישראל לדרתם והיינו בכל דור ודור כדמוכח בפסחים (דף ק"ט) וכמוש"כ המהרש"א שם. והיינו כיון דקאי על ליל פסח וכיון דליל פסח ידעינן מחקת עולם א"כ גם ליל שמורים בכלל זה וא"ש]: והנה הנתיבות כתב דהא דשליחותייהו קעבדינן הוא מדאורייתא תדע דהא מקבלין גרים בזה"ז מטעם דעבדינן שליחותייהו וקדושיו קדושין ולא תפסו אח"כ קדושי שני. ואין כת ביד חכמים לעקור ד"ת בקום ועשה. ודוחק לומר דאפקעינהו רבנן לקידושין מני' ע"כ. אמנם זה אינו מספיק. אלא לעניין דלא תפסו קדושי שני. אבל אכתי קשה איך אפשרי למישרי עכו"ם בבת ישראל כמו דמבואר בהרמ"א והרמב"ן שם. ועיין בתוס' כתובות (דף י"א) שהקשו אהא דגר קטן דמטבילין אותו על דעת ב"ד דלא הוי אלא גר מדרבנן א"כ היכי שרינן לי' בבת ישראל וקדושיו קדושין. הא מה"ת נכרי הוא. ותי' דסבר כמ"ד דיש כח ביד חכמים לעקור ד"ת בקים ועשה. א"כ פשיטא דגר מדרבנן לא הוי גר וע"כ בתי' הנ"ל וכמו שנתבאר. או כמו שכתבו התוס' בתי' קמא דבגר שליחותייהו קעבדינן. וכמו שחשו לנעילת דלת בפני לווין. הכי נמי חשו לנעילת דלת בפני גרים כמש"כ התוס' ביבמות (דף מ"ז ריש ע"א) ובגיטין (דף כ"ח). וביאור דבריהם נראה דלא קשה מידי מהא דאין כח ביד חכמים לעקור ד"ת בקום ועשה. דהא כתבו תוס' בנזיר (דף מ"ג) דבמקומות דיש פנים וטעם לדבר ודאי לכולי עלמא יש כח לעקור. דהא האשה נאמנת לומר מת בעלי. וכ"כ תוס' בע"ז (דף י"ג) דהיכא דיש קצת טעם יש להם כח לעקור דבר תורה בקום ועשה. וע"כ כתבו התוס' ביבמות (דף כ"ה) דאמאי באומרת טמאה אני לך אמרו חכמים דאינה נאמנת הא שוויא אנפשה חתיכא דאיסורא. ותירצו משום שראו חכמים הקלקול בזה לכך נראה להם להתירן. והר"ן בנדרים (דף צ') הביאם וכתב יש מי שתירץ דאע"ג דמדינא אסירא שרו לה רבנן ומבטלי מלתא דאורייתא בקום ועשה דגדר גדול גדרו בה שלא תתן עיני' באחר להפקיע עצמה מיד בעלה והרשות בידם לעשות כן כדאמרינן במס' יבמות מיגדר מלתא שאני והקשו ע"ז שאין ב"ד מתנין לעקור דבר תורה אלא בשב ואל תעשה עכ"ד. אבל התוס' לטעמייהו דבמקום דיש טעם לדבר יש כת בידם לעקור ד"ת בקום ועשה. לכן שפיר כתבו שם ביבמות דלפי שראו חכמים שנתקלקלו הנשים ליתן עיניהן באחר לכן נראה להם להתירן. והכי נמי משום דחשו לנעילת דלת דגירים יש להם כח לעקור ד"ת בקום ועשה ומותר בבת ישראל וקדושיו קדושין ולא תפסי קדושי שני וזהו דכתב הרא"ש בפ"ה דבבא מציעא סי' נ"ז דאע"ג דאיסורא דאורייתא קעביד יש כת ביד חכמים לעקור דבר מה"ת ואפי' במקום עבירה עכ"ל והיינו דאיכא טעמא רבא שלא יאמרו בשביל מעותיו נתגיירו. ועיין כס"מ פ"ג דנדרים הלכה ט. והנה אף שמינוי

שופטים הוא דרבנן מ"מ החיוב לדון על הדיין הוא מדאורייתא דהוא בכלל ולמדתם דמבואר ביו"ד סי' רמ"ה דלימוד לאחרים הוא דאורייתא. וכן לעניין הוראה. וגם דהוא מצוה להציל עשוק מיד עושקו שהוא מכלל ישוב העולם. וכ"כ הרא"ה בס' החינוך מצוה כ"ח ועוד מקומות עיי"ש בזה. ועיין תוס' פ"ק דשבת (דף י) דדין עדיף מתורה עיי"ש:

והנה לפי התירוץ הראשון שבתוס' קידושין (סב) דהא דמקבלין גרים בזמן הזה הוא משום דשליחותייהו קעבדינן וכמו דחשו לנעילת דלח כן בגרים לכאורה ק"ל אי נימא דשליחותייהו קעבדינן אינו אלא מדרבנן איך הוי גר מדרבנן דהא עיקר הא דמחייבינן לשמוע לדברי חכמים הוא משום דכתיב לא תסור. וכיון דאינו בלא תסור א"כ אינו מחוייב מדרבנן ג"כ וכיוצא בזה הק' הטו"א במגילה (כד) לשיטת התוס' דסומא חייב במצות דרבנן מאחר דפטור בלא תסור איך אפשר לחייבו מדרבנן אמנם הרי התוס' בכתובות (דף יא) כתבו לחד תירוצא דגר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד דהוא גר מדרבנן למ"ד דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה וע"כ דליתא להאי סברא דמאחר דאינו בלא תסור אינו מחוייב לציית לדרבנן. וכמו שכתבתי לקמן (בסי' ק"י) דלא דמי לתינוק דהוא ג"כ מדרבנן דהתם החיוב על האב עיי"ש. והבאתי דעת הר"ן ז"ל במגילה פ"ג דהחינוך הוא על הקטן. ושם הבאתי עוד דעת ראשונים בזה עיי"ש:

גם הקשו הריטב"א והרמב"ן כיון דשליחותייהו דקמאי עבדינן אינו אלא מדרבנן. איך כופין לתת גט באשה שזינתה ולהתיר א"א, ותי' דאפקעינהו רבנן לקידושין. מני' וקשה כיון דאפקעינהו רבנן לקידושין מני' א"כ נמצא בעת שזינתה היתה פנוי' ותהי' מותרת לבעלה כמש"כ כיוצא בזה הר"ן בנדרים (דף צ). ולק"מ דהא דאפקעינהו אינו אלא להוציא ולא להקל וכמש"כ תוס' כיוצא בזה בגיטין (דף לג) בביטל הגט שלא בפני השליח דאפקעינהו רבנן לקידושין מני' דא"כ אתה מטהר ממזרים דאם תזנה ועשה גט וביטל שלא בפני השליח ואפקעינהו רבנן לקידושין מיני' ולא הוי ממזר. והא דאי מתכוון לכך לא מהני דלתקנה עשו ולא לתקלה שלא יהא בנו"י פרוצות בעריות עיי"ש בזה. וה"נ לתקנה עשו הא דאפקעינהו לקידושין. ויכולין לגרש שלא תהא מגונה אבל לא לתקלה שיפקיעו קידושין ותהי' מותרת לבעלה ויהי' פרוצות בעריות. וע"ז האופן הפקיעו שתהא אסורה לבעלה וא"ש. וכתבתי זה לפי"מ שמבואר באחרונים שמקשין העולם על הר"ן דנדרים (דף צ) באומרת טמאה אני לך מותרת דאפקעינהו לקידושין דאכתי תאמר טמאה ונטולה אני מן היהודים דאז אינו יכול להפר דלאו בעלה הוא. ולק"מ דעשו להפקיע הקידושין שלא תהא מפקעת עצמה מבעלה אבל לא לתקלה שתחול נדרה ותפקע עצמה מבעלה וזה פשוט:

ועיין רשב"א כתובות (דף ג) דכל היכא דאפקעינהו רבנן לקידושין מני'. היא מותרת לכהן והקרובים מותרים ואינה אסורה לכהן ובקרובים אלא מדרבנן ע"ש וא"כ בזה"ז כל כהן לא יהא אסור בגרושה אלא מדרבנן. וגם לא יהא אסורים בקרובים אלא מדרבנן והוא תמוה דא"כ בטלו הרבה דינים. וכהן שנשא גרושה לא יהיו בניו אלא חללים דרבנן ובאהע"ז שהביא כמה דינים בחללים גם בזה"ז מיירי. ויהי' נראה דגם הרשב"א שם שכתוב בלשון אפשר לא פסיקא לי' לומר כן. ובגיטין פ' השולח כתב כל מה שביאר שם בכתובות. והא דאינם אסורין אלא מדבריהם השמיט. משמע דדעתו שם דגם בזה"ז אסורה לכהן וגם לקרובין מדאורייתא ולכן נקטינן כן:

והנה יש להקשות איך מהני שליחות לחוב לאחרים. דהא קיי"ל דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אפילו ע"י שליח משום דאי אפשר לעשות שליח לחוב לאחרים. וה"נ איכא חב לאחרים להחייב. וצריך לומר כמוש"כ הרא"ש בפ"ק דבבא מציעא סי' כ"ז דתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים דלא הוי חב ללוי גופא כיון דהלוי מודה שהוא חייב או השטר מקויים ביד המלוה ע"ש וא"כ אם הוא באמת חייב אין שייך חב לאחרים ומהני שליחות בזה:

ובזה יש לפקפק על הא שהובא בכנה"ג דלכך אין מברכין על עשיית דין משום דהוא קלקול אחרים דאין שייך קלקול אחרים מאחר שהוא חייב אדרבה האי מאן דשקיל גלימא מני' ליזמר וליזל (בסנהדרין דף ז ושם דף ו') צדקה שהוציא גזילה מתח"י. מיהו יש לומר דמ"מ אין שייך ברכה על זה: ועוד הי' אפשר לומר דאין זה בגדר שליחות. אלא דהתשב"ץ כתב דאין דין ע"ג מהני דאין שליחות לע"ג והבאתי לקמן ס' ז' עיי"ש בזה. אמנם מצאתי בריב"ש סי' רכ"ח דלאו שליחות גמור הוא. אלא ר"ל דבמילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס. אנחנו נעשה עצמינו כאילו אנן שלוחיהן וכאילו ב"ד הגדול שבא"י הממונים על כל ישראל מימות מרע"ה דבהני מילי יוכלו לדון חכמי חו"ל בלא סמיכה ע"כ ודלא כהתשב"ץ בזה:

ובהא דאמרינן דשליחותייהו דקמאי עבדינן אינו אלא מדרבנן. לכאורה לרב אחא ברי' דר"א דאמר במס' סנהדרין (דף ג) דמדאורייתא חד נמי כשר דכתיב בצדק תשפוט עמיתך. אפילו אינו סמוך. א"כ לדיני ממונות גם בזה"ז דאורייתא. וכשקאמר שם מאי איכא בין רבא לר"א ברי' דר"א הומ"ל נ"מ לזמה"ז דליכא סמוכים אי מינו' מדאורייתא או מדרבנן אלא דעדיפא נקט או כמוש"כ בב"ב (דף ה) דבכמה דוכתא לא אמר אלא נפ"מ חדא אף דאיכא טובא. והנה הרמב"ם בפ"ב מהלכות סנהדרין כתב שם דמדאורייתא חד נמי כשר. ואפי"ה כתב דאינו אלא מדרבנן בזה"ז מבואר מזה ראי' להתומים בסי' ג'

דכתב דהא דכתב הרמב"ם דחד נמי כשר היינו סמוך גם כן וא"כ בזה"ז אינו אלא מדרבנן בד"מ ג"כ:

נסתפקתי אם במינוי שופטים מצווין ע"ז נשים גם כן או לאו. ובמינוי מלך כתב החינוך מצוה תצ"ז וזאת מן המצות המוטלות כולם על הציבור הזכרים כי להם יאות לעשות עניינים אלה. ע"כ. וא"כ י"ל כי גם במינוי שופטים כי. כי לאנשים לבד יאות עניינים אלה, אמנם מצינו שבמינוי שופטים מצוה תנ"א כתב וז"ל וזאת אחת מן המצות המוטלות על הציבור כולם שבכל מקום ומקום ע"כ. ולא כתב על הזכרים משמע דבזה גם נשים מחוייבות. ונראה דלכך חייבין במינוי שופטים שהוא כמו דאמרינן בקידושין (דף לד) ובשאר דוכתא דנשים חייבות במזוזה משום דכתיב אצל מזוזה למען ירבו ימיכם ואטו גברי בעי חיי נשי לא בעי חיי. והכי נמי כתיב במינוי שופטים למען תחי' וירשתם. ואמרינן בספרי כדאי הוא מינוי הדיינים להחיותם ולהושיבם על אדמתם. וא"כ שפיר אמרינן דחייבין משום הך טעמא דלמען תחי' וירשת דומיא דלמען ירבו ימיכם כן נ"ל נכון בזה. ויש לומר דזה תליא בשני תירוצי התוס' בקידושין (דף לד) שכתבו להקשות דמשים האי טעמא דאטו נשי לא בעי חיי. יהי' חייבות בת"ת דכתיב כי הי' חייך. ותירצו דקאי על המצות שהתורה מלמדת לך המצות שהם חייך. ועוד תירצו דשאני תורה דכתיב להדיא את בניכם עיי"ש. וא"כ לתי' הראשון י"ל גם במינוי שופטים דלמען תחי' דהם מלמדים המצות. ובשבילם תחי' וירשת דכדאי מינוי הדיינים להחיותם ולהושיבם על אדמתם שאז יקיימו המצות. משא"כ לתי' השני י"ל דלמען תחי' על מינוי הדיינים לבד ולכך אף נשים מחוייבין בזה:

ולענין אי ב"נ מצווה על מינוי שופטים כתב הרמב"ם בפ"ט מהל' מלכים וז"ל וכיצד מצווין על הדינים חייבין להושיב שופטים בכל פלך ופלך. בשש מצות אלו ולהזהיר את העם ובן נח שעבר על אחת משבע מצות אלו יהרג בסייף ומפני זה נתחייבו כל בעלי שכם הריגה. שהרי שכם גזל והם ראו וידעו ולא דנוהו ע"כ. והרמב"ן פ' וישלח השיג ע"ז דעל הדינים משמע בסוגיא דסנהדרין דהוא דינים כמשמען ולא דיינים. ובאמת שהוא נגד הסוגיא דשם (דף נו) דפריך ודינים בני נח איפקוד והתניא עשר מצות נצטוו במרה וכו' והוסיפו עליהן עליהן דינים. ומשני לא נצרכא אלא לדיני קנסות ופירש"י דמועיש משפט וצדקה לא משמע אלא דינין ולא קנס עיי"ש. א"כ משמע מכ"ז דלא מיירי בדיינים אלא בדינים לבד. ונראה דר' יוחנן יליף שם דינים מויצו וכתיב למען אשר יצוה וכו' והתם משפט כתיב בי' אבל ר' יצחק יליף שם מאלקי' ומייתי מויקרב אל האלקי' וא"כ דינין היינו דיינין:

ובזה ניחא שלא תקשה להרמב"ם מהמדרש תנחומא פ' שופטים. והלא או"ה נצטוו על הדינין שהוא אחת מז' מצות שנצטוו ב"נ ומהו משפטים בל ידעום אלו דקדוקי הדין עיי"ש הרי מבואר דלא כהרמב"ם דנצטוו על הדינין. ולהנ"ל ניחא דהמדרש תנחומא אתיא כר"י דיליף מויצו ומצווין על הדינין ג"כ:

והרמ"א בתשובה יו"ד כתב דקיי"ל כר' יצחק לכך פסק הרמב"ם כן. והש"ס פריך אר' יוחנן. ולכך משני לא נצרכא אלא לד"ק. והוא דיליף מאשר יצוה. והתם משפט כתיב בי'. ויצא לו להרמב"ם כן מהמדרש פ' ואתחנן. וז"ל על כמה דברים נצטוה אדם הראשון כך שנו חכמים על ששה דברים נצטווה אדה"ר כו' ועל הדיינים וכו' אלקי' אלו הדיינים שנאמר ונקרב וכו' ע"כ. הרי להדיא דדינין היינו דיינים ויליף מויקרב. וכן במדרש חזית פ"א וכ"ה במדרש רבה בראשית ט"ז. אלא דשם מייתי מאלקי' לא תקלל ולא מויקרב כדמייתי במדרש הנ"ל בזה. וכן מבואר מהתוספתא דמס' עכו"ם פ"ט וז"ל על שבע מצות נצטוו בני נח על הדיינים ועל העכו"ם על הדיינים כיצד כשם שישראל מצווין להושיב בתי דינין בעיירות שלהן כן בני נח מצווין להושיב בתי דינין בעיר שלהן ע"כ. הרי להדיא מהתוספתא כהרמב"ם דתחת הדינין דנקט הש"ס בסנהדרין נקט דיינים. ואולי גם בתוספתא צ"ל על הדינין ומפרש כשם שישראל מצווין כך ב"נ מצווין להושיב בתי דינין בעיר שלהן וכ"ז אי ילפינן מויקרב. אבל אי ילפינן מויצו והתם להדיא משפט כתיב בי' ליכא למימר כן. ומיושב בזה קושיית הרמ"א בתשובה הנ"ל שהקשה דמאי נפ"מ בין ר' יוחנן לר' יצחק ולהנ"ל הא איכא נפ"מ רבתא דלר' יוחנן מצווין על הדינין דהיינו על כל דיני ממונות כמבואר ברמב"ן שם. משא"כ לר' יצחק דיליף מאלקים אינן מצווין על הדינין אלא על הדיינים וזה ברור:

ובזה יבואר הרמב"ם פ"י מהל' מלכים דכתב דב"נ אינו מצווה לעשות צדקה. וז"ל בן נח שרצה לעשות מצוה משאר מצות התורה כדי לקבל שכר אין מונעין אותו לעשותה כהלכתה ואם הביא עולה מקבלין ממנו. נתן צדקה מקבלין ממנו. יראה לי שנותנין אותה לעניי עכו"ם ע"כ. מבואר מזה דס"ל דב"נ אינו מצווה על מצוה הצדקה. אלא דאם נתן אין מונעין אותו ומקבלין ממנו. אבל הר"ן בחידושיו בסנהדרין כתב דמצווין על הצדקה. וז"ל ויצו אלו הדינין וכן הוא אומר כי ידעתיו וכו' ה"נ ה"ל למיחשב צדקה דהא כתיב לעשות צדקה ומשפט. אלא משום דצדקה לא מחייבה דהא אקשינן לקמן מאשה דלא מיפקדא והא כתיב כי ידעתיו למען אשר יצוה וכו' ואמרינן בניו לדין. ביתו לצדקה. אלמא דבצדקה גם כן מחייבי ואשכחן דמיענשי עלה. דכתיב ויד עני ואביון לא החזיקו ע"כ ותמיהני שלא הביא דהרמב"ם לא ס"ל כן] והמהרש"א (בדף נו) שם כתב כהר"ן ז"ל:

ולחידושי הר"ן הנ"ל דבן נח מצווה על הצדקה והוא מדכתיב כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו ואת ביתו אחריו וכו' צדקה ומשפט גמילות חסדים נמי מצווה דהא ביבמות (דף עט) אמר שלשה סימנין יש באומה זו כו' גומלי חסדים דכתיב למען אשר יצווה את בניו ואת ביתו. וכן בכתובות (דף ח) בני גומלי חסדים המחזיקים בבריתו של אברהם אבינו שנאמר כי ידעתיו למען אשר יצוה ואף דכתיב בקרא צדקה מ"מ יש לומר דממילא ידעינן מצדקה לגמילות חסדים ג"כ. וכמוש"כ התוס' בע"ז (דף יז) בד"ה ובגמ"ח לא עסק תימא מאי פריך מצדקה הלא ב' דברים הם כדאמרינן בסוכה (דף מט) צדקה לעניים גמ"ח בין לעניים בין לעשירים ויש לומר דמ"מ משמע לי' דמי שרגיל בזאת עוסק גם בזאת או דיליף מדכתיב ושמרו את דרך ד' שהוא חסד וכדאמרינן בב"מ (דף ל) והודעת להם אח הדרך זו גמילות חסדים וע"כ דמצווין הרחיקן דוד להגבעונים וגזר עליהן וכן על דבר אשר לא קדמו אתכם בלחם ובמים דהוא ג"כ גמילות חסדים:

ובמדרש בראשית (פ' מט) כי ידעתיו למען אשר יצוה ר"י בשם ר' אלכסנדרי כו' ורבנן אמרו זו ביקור חולים ע"כ והוא בכלל גמילות חסדים. וצ"ל דנפקא לי' מדכתיב דרך שהוא גמילות חסדים אף דלבק"ח מצריך קרא אחרינא בב"מ מ"מ הכא דליכא קרא אחרינא לאסמכתא הכל בכלל כמבואר בשבח (דף קכז) דהכל בכלל גמילות חסדים או י"ל דבסוכה (דף מט) איתא אר"א כל העושה צדקה ומשפט כאילו מילא כל העולם כולו חסד לכן כיון דכתיב צדקה ומשפט הוי ג"כ חסד בכלל. ובטור או"ח (סימן קיד) דהא דבנוסח התפילה אנו אומרים וזוכר חסדי אבות הוא מדכתיב אשר יצוה אלמא דהוא בכלל צדקה:

[וצ"ע מהא דאיתא שם (דף קד) כל עובר דרך אר"ע אמר רב עשאוני כעוברי על דת וכתב המהרש"א וז"ל ר"ל כעוברי על דת נימוסית דבר שהשכל נותן שהי' עוברים בסדום כדלקמן שלא הי' להם משפט וצדקה שהשכל נותן לפי הנהגת המדינה וזה"ש ויגדל עון בת עמי מחטאת סדום וכו' לפי שסדום לא נחשב להם רק כחטאת שלא נצטוו על כך ע"כ. הרי דס"ל דלא נצטוו בצדקה] ולכאורה מבואר כהר"ן בסנהדרין (דף נז ע"ב) אשכח רב אחא בר יעקב דהוי כתוב באגדתא דבי רב. בן נח נהרג בעד אחד. בדיין אחד. שלא בהתראה. מפי איש ולא מפי אשה. כו' מה"מ אר"י דאמ"ק כו' מיד איש ולא מיד אשה כו' מתיב רב המנונא ואפה לא מפקדא והכתיב כי ידעתיו למען אשר יצוה וגומ'. הוא מותיב לה והוא מפרק לה. בניו לדין ביתו לצדקה ע"כ. הרי להדיא דב"נ מצווין על הצדקה. אכן עפימש"ל דתליא בהא דפליגי ר' ור' יצחק שם (דף נו) דלר' יוחנן דיליף דינין מויצו, וכן הוא אומר כי ידעתיו למען אשר יצוה. והתם צדקה כתיב לכן חייבין

משא"כ ר' יצחק דיליף דינין מויקרב ולהרמב"ם הנ"ל היינו דיינים ולא דינים משום דלא יליף מכי ידעתיו. לכן פטורים נמי מן הצדקה:

ועיין ב"ב (דף ד) בבא מן בוטא היכא עביד הכי והאמר ר"י אמר רב מפני מה נענשו כו' מפני שהשיא עצה לנבוכדנצר (שיתן צדקה) וכו' ואי בעית אימא כו' דחייב במצות. ואי בעית אימא שאני ביהמ"ק דאי לא מלכות לא מתבני דתירוץ הא' ס"ל דאין ב"נ מצווין על הצדקה לכן נבוכדנצר שלא הי' מצווה על זה לא הי' לו לדניאל לומר לו לעשות כן. ותירץ הב' ס"ל דגם ב"נ מצווה וא"כ ליכא האי תירוצא דעבד שאני דחייב במצות [וחייב גם בבנין ביהמ"ק דאפילו נשים חייבין כמבואר ברמב"ם] דהא בצדקה ב"נ מחוייב ואפ"ה נענש דניאל לכן משני שאני ביהמ"ק דאי לאו מלכות לא איתבני. וכן משמע במדרש רבה (פ' שמות פ' ל) דאין ב"נ מצווין על הצדקה לכן לא ה' לומר לעשות צדקה דאיתא שם א"ל הקב"ה אני מסרתי את הצדקה לאברהם שנאמר כי ידעתיו למען אשר יצוה וגומר. ואתה אומר לרשע וחטאיך בצדק פרוק:

והנה מהג"ה אשר"י בפ"ק דב"ב סי' ל"ו מוכח דלא כהר"ן הנ"ל. וז"ל שאלת מ"ש דנדרים ונדבות דמקבלין מהן ודרשינן איש איש אדרבא נסמוך אדאורייתא וכמו שמקבלין נדרים ונדבות כך מקבלין צדקה. ופירש לי רבי ומורי הטעם שלפי נדרים ונדבות אין באין לכפר ע"כ ואי מצווין על הצדקה אמאי אין מקבלין מהן אף דהוי כפרה כי היכי דמקבלין נדרים ונדבות משום דכתיב באורייתא. ה"נ בצדקה דכתיב באורייתא נקבל מהם ג"כ:

ומהמדרש חזית משמע כהרמב"ם דלא נצטוו בני נח על הצדקה. דדריש שם וז"ל. יונתי במרה שמשם נצטוו ונצטווינו בכל המצות וצדקות ומע"ט כיונה זו שמצוינת הה"ד שם שם לו חק ומשפט ע"כ. מבואר דבמרה נצטוו וניתן שם מצות צדקה. ולא קודם לכן לבני נח, אמנם בש"ס משמע דלא ס"ל כהמדרש חזית דבסנהדרין (דף נו) קאמר דהוסיפו עליהן דינין ושבת וכיבוד אב ולא קחשיב צדקה. ובמכילתא שם קאמר שבת ופרה אדומה ודינין ולא קחשיב צדקה גם כן. וכן משמע במדרש רבה (פ' בא) הצדקה שלכם שנאמר ולך תהי' צדקה ע"כ והוא דהמדרש לטעמי' דהב"נ לא נצטוו על הצדקה ולכך קאמר דהצדקה שלכם דומיא דמשפטים שלכם שכ' המפורשים שם דהוא דו"ח שאינו נוהג בב"נ:

ויש לבאר מה שדרש המדרש ששם נצטוו על הצדקות מהא דשם שם לו חק ומשפט. והיכן מרומז צדקה. ולזה הי' אפשר לומר דצדקה היינו פשרה. ומבואר בסמ"ע (ס' סח ס"ק יג) דפשרה קרוי' דין. וע"כ שטר פשרות הנעשה בערכאות פסילים דפסולין לדון ואתי' המדרש כר' יצחק בסנהדרין (דף נו) דיליף דינין מויקרב ולא מאשר יצוה דהתם

צדקה נמי כתיב דהיינו פשרה כמוש"כ רש"י בסנהדרין שם וס"ל דאין ב"נ מצווין על הפשרה ואין מצווין על הצדקה ג"כ. ור' יוחנן דיליף מאשר יצוה ס"ל דבאמת מצווין על הפשרה וצדקה:

ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה רמ"א בתשובה (שאלה י) מאי נפ"מ בין ר' יצחק דיליף מונקרב ובין ר' יוחנן דיליף מאשר יצוה. דהנ"מ אי מצווין על הפשרה וצדקה. דלר' יצחק אין, מצווין ולר' יוחנן מצווין. וי"ל דר' יוחנן לשיטתו בזה. דהא באמת פשרה צריכה קנין משום דדמי לאסמכתא. כמוש"כ תוס' בפ"ק דסנהדרין (דף ו) וקנין אינו ניתן אלא לאח"כ. כדכתיב וזאת לפנים בישראל ובפרט להש"ך (בסי' קכג) לא מהני קנין חליפין בעכו"ם כלל. וא"כ ליכא פשרה כלל במציאות. אלא ר' יוחנן לשיטתי' דס"ל אסמכתא קניא בב"ב (דף קמח). משא"כ ר' יצחק ס"ל דאסמכתא לא קניא. ולכן לא שייך בהו פשרה כלל:

ולהראב"ד דס"ל אסמכתא בעכו"ם קניא הובא במ"א או"ח (סי' תמא) אין אנו צריכין לזה דאין צריך:

קנין כלל. אלא דהא דמהני בעכו"ם אסמכתא מבואר במ"א או"ח (סו' תמח) משום דבדיניהם קנה. וא"כ לפי מה שכתב הרמ"א בתשובה שם דמצווין בדינים שלנו אינו מספיק זה. וזה לא מסתבר שיהי' מצווין על הפשרה ואי ציית ציית ואי לא יחזור ויותר מסתבר לומר לפימש"כ הב"ח (בסי' רז) וכ"ה במרדכי פרק שור שנגח דו"ה דמדאורייתא אסמכתא קניא וכבר כתבתי (בסי' לד) שם דעת התוס' בסנהדרין. א"כ אתי שפיר דקודם מתן תורה הי' כדאורייתא דאסמכתא קניא. וא"כ ממ"נ בתר מתן תורה. הרי איכא קנין חליפין כדעת הפוסקים כן והבאתים לקמן (בסי' קכג) וכן עיקר כמש"כ שם. וקודם מתן תורה אסמכתא קניא. ואיך שיהי' אפילו אי נימא כפשוטו דהמדרש מיירי בצדקה אתי' המדרש כמאן דלא יליף מאשר יצוה וס"ל דרק הוא יצוה לבניו ולביתו אחריו אבל לא נצטוו על זה. והרמב"ם נמי פסק כן:. ומבואר בזה היטיב הא דאמרינן בפסחים (דף לא) אבל עכו"ם מישראל ד"ה לא קני משכון. דהא דקני משכון הוא משום דכתיב ולך תהי' צדקה. וכפי מה דמבואר במדרש פ' בא. דהצדקה שלכם מדכתיב ולך תהי' צדקה למעוטי ב"נ לכך לא קני משכון:

יש לעיין אי כופין על מינוי דיינים. ולכאורה לפי מה דקיי"ל דמ"ע שמתן שכרה בצידה אין כופין. ובזה דמינוי דיינים כתיב למען תחי' וירשת. א"כ י"ל דאין כופין זה את זה. אך באמת מבואר מכל הפוסקים דכופין זא"ז והא דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה. נקדים לבאר תחילה הספרי והובא ברש"י פ' שופטים כדאי הוא מינוי הדיינים להושיבם על

אדמתם ולהחיותם. והוא דהרמב"ם פ"ט מהל' מלכים כתב דדינים דהוזהרו הבני נח הוא מינוי הדיינים ואם לא מינו חייבין מיתה. ולכך נענשו בני שכם עיי"ש בזה. ואיתא במכילתא פ' משפטים הובא בכסף משנה פ"ב מהל' רוצח. לאחר שניתנה תורה הוקלו אלא פטור מדיני אדם וחייב בד"ש עיי"ש. הרי דמה דב"נ חייבין מיתה לאחר שניתנה תורה חייב בד"ש ועיין מש"כ לקמן סי' לב. דכן מבואר מהמדרש פ' נח כלל זה. דכל דבני נח חייבין מיתה בני ישראל חייבין בד"ש. וא"כ מינוי הדיינים דבני נח חייבין מיחה אם לא מינו ישראל חייבין מיתה בד"ש. וא"כ שפיר קאמר דלמען חחי' הוא שלא יענשו בד"ש על העדר מינוי הדיינים. וא"כ שפיר כופין על זה מאחר דגם בלא אזהרה מצווין מאז ואף דבצדקה ג"כ מצווין ב"נ ואפ"ה אין כופין אלא משום טעמא אחרינא שכתבו התוס' בפ"ק דב"ב שאני צדקה דאין מחוייבין מיתה ע"ז וכמוש"כ הר"ן בסנהדרין (דף נו) ואם כן יש לומר דפטור לאחר מתן תורה אי לאו דנאמר אחר מ"ת והתם מ"ש בצידו. ואף שכתב הרמב"ם בפ' המשניות בפ"ז דחולין דמה שאין אנו אוכלין גיה"נ אינו משום שנאסר לבני נח אלא משים שנצטוו מסיני. הוא דהציווי דבסיני מקיים האיסור שנאמר לבני נח כדמשמע מלשונו שם. וז"ל שמשה מסר אבמה"ח במה שציווה בסיני שיתקיים איסור אבמה"ח וכמו כן. אין אנו מלין מפני שנימול עצמו אברהם אבינו ע"ה ומל אנשי ביתו אלא מפני שהקב"ה צוה ע"י משה רבינו ע"ה שנימול כמו שמל עצמו אברהם אבינו ע"ה ע"כ. הרי דהציווי שבסיני מחזק את מה שנאמר לבני נח. וא"כ במינוי הדיינין דמחזק את מה שנאמר לבני נח כופין גם כן:

הא דאין מברכין על מ"ע דמשפט צדק. כתב האבודרהם ז"ל טעמים שונים בזה. ולפימש"כ הרוקח בסי' שסו דאין מברכין על מידי דנוהג גם באו"ה דציוונו משמע ולא לאחרים. וכיון דבני נח הוזהרו על הדינין. כמבואר בסנה' (דף נו) ומבואר בתשובת הרמ"א (סי' יו"ד) דהיינו דינין שלנו לכן אין מברכין על זה. ועיין לקמן סי' תכז מש"כ בזה. אמנם י"ל דע"כ לא כתב הרוקח דאין מברכין על מידי דבני נח הוזהרו עליו אלא במצות מעקה. כיון דמצווין על הדינין ואין חילוק בזה בין ישראל לב"נ אבל על ברכת הדינין בכלל כיון דאיכא כמה דינים שיש חילוק בין בני ישראל לבני נח שייך שפיר וצוונו. וראי' לזה מהא דברכת אירוסין דמברכין אשר קדשנו במצותיו וציוונו על העריות (כתובות דף ז) אף דבני נח הוזהרו, על העריות במס' סנהדרין (דף נו) אלא וודאי כיון דאיכא עריות שיש חילוק בין בני ישראל לבני נח כמבואר שם (דף נח) שייך שפיר וציוונו ולא לאחרים ואין לומר דשאני ברכת אירוסין דלא נתקנה ברכה על המצוה כשאר ברכת המצות אלא לשבח והודאה בעלמא כמש"כ הרא"ש שם בפ"ק דכתובות. מ"מ

חזינן דוציוונו שייך שפיר גם במידי דב"נ הוזהרו ע"ז אלא וודאי כיון דאיכא פרטים שאין ב"נ שווין לישראל שייך שפיר וציוונו ולא לאחרים. א"כ גם בברכת הדינין שייך שפיר וציוונו. כיון דאיכא הבדל בהרבה פרטים בין בני ישראל לב"נ לכן צ"ל כהתירוצים המבוארים בהאבודרהם שם עיי"ש בזה שני תירוצים הא' משום שמא לא יצייתו הבעלי דינין. ועוד שמא ימחלו זה לזה ואין כאן דין כלל אמנם הרווחנו בזה ליישב מה שקשה הא דאין מברכין על מינוי שופטים דהיא מ"ע שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך דלזה אינם מספיקין תירוצים הנ"ל וצ"ל תירוץ הג' שמבואר באבודרהם בהג"ה דלכך אין מברכין על עשיית הדין משום שיש בה קלקול לאחרים. וה"נ במינוי שופטים כיון דאיכא קלקול לאחרים אין מברכין על זה. אבל לפימש"כ בשם הרוקח דהיכא דבני נח מוזהרין אין מברכין א"ש בלאו הכי לפי"מ דאמרינן בסנהדרין (דף נו) כשם שישראל נצטוו להושיב בתי דינין בכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר כך נצטוו בני נח כו' עיי"ש. וכ"כ הרמב"ם בפ"ט מהלכות מלכים וכיון דגם ב"נ מוזהרין על מ"ע דמינוי שופטים לכן אין מברכין על זה. ובזה ניחא מה שהקשו הראשונים למה אין מברכין על מצות צדקה דהרי בסנהדרין (דף נז) מבואר דב"נ מצווין על מצות צדקה מדכתיב כי ידעתיו למען אשר יצוה משפט וצדקה וכ"כ בחידושי הר"ן שם (דף נו) וע"כ אין מברכין על זה: עוי"ל דלכך אין מברכין לא על מינוי שופטים ולא על עשיית דין. עפימש"כ הרמב"ם בפי"א מהל' ברכות וכל מ"ע שבין האדם למקום בין מצוה שאינה חובה בין מצוה שהיא חובה מברך עלי' קודם עשייתה. וכ' שם בכסף משנה. לאפוקי צדקה א"כ דס"ל להרמב"ם דכל מ"ע שבין אדם לחבירו אין מברכין עלי' וא"כ זה דמינוי שופטים הוא משום בין אדם לחבירו וכן עשיית דין שבין אדם לחבירו אין מברכין ע"ז ועל הוראות איסור והיתר לא בא אזהרה בתורה ע"ז ואינו אלא משום ולמדתם לאחרים ויוצאין בברכת התורה דלימוד גם להוראה. ועיין א"ז הל' ברכות המוציא (סי' קמ) כלל אחר בזה דעיקר החילוק הוא בין אם המצוה בא לעיתים ויש עת להפטר ממנה לכן משום חיבוב מברכין אבל כשאין המצוה בא לעיתים ואין עת להפטר ממנה לא שייך בזה חיבוב כמו המצוה דפדיון הבן וכדומה. לכן אין מברכין על צדקה והשבת העבוט ע"ש באריכות בזה וא"כ לכך אין מברכין על מינוי שופטים ועשיית דין כיון דאינו לעיתים ואין עת להפטר מזה לכן אין שייך ברכה על זה:

והנה בירושלמי (פ"ו דברכות ה"א) איתא ר' חגי ור' ירמי' סלקון לבי חנוותא קפץ ר' חגי וברך עליהן א"ל ר' ירמי' יאות עבדת שכל המצות טעונות ברכה ומניין שכל המצות טעונות ברכה ר"א בר כהנא בשם ר"א ואתנה לך את לוחות האבן התורה והמצוה הקיש

תורה למצוה מה תורה טעונה ברכה אף מצות טעונות ברכה ופי' מהרא"פ לבי חנוותא למקום שדנין שם בי דינא. ובירך על המצות ש ישבו שם לדון דינא ע"כ. ותמהו דא"כ מבואר מהירושלמי דמברכין על ישיבת ועשיית הדין וא"כ איך כתבו הראשונים דאין מברכין על זה. ולפע"ד ניחא דהפי' לבי חנוותא הוא כמו דאמרינן במו"ק (דף כה) ביום חנינתי אבד חניני אלמא דכיון לברית מילה מלשון יום חנינה. ובזה י"ל הא דמבואר בשבת (דף לב) אבב חנונתא מקום שמחה מי שחננו הבי"ת בשמחת ברית מילה ופדיון הבן אז נפישי אחי ומרחמי אבב בזיוני. כשהוא במעמד שפל לא אחי ולא מרחמי. וזה ביאור הירושלמי ר' חגי ור' ירמי' סלקין לבי חנוותא פי' למקום שמחה כמו לברית מילה למול קפץ ר' חגי ובירך או למקום חופה ובירך ברכת נשואין וא"ל ר' ירמי' יאות עבדת שכל המצות טעונות ברכה וא"ש אבל על עשיית הדין אין לברך מטעמים המבוארים לעיל בזה ומה"ט קורין להמוכר סחורה חנווני הוא על שם איש חן שחננו הבוי"ת בטוב ויש לו קופצים הרבה ליקח סחורה ובסוטה (דף מט) חינונתא פי' תמרה שמינה עיין שם בפירוש רש"י ז"ל ובערוך בזה עיי"ש:

וע"ד השאלה הנ"ל למה אין מברכין על מינוי שופטים. י"ל דמינוי שופטים אינו אלא הכשר מצוה. ועיקר המצוה הוא לשפוט את העם. והרי קיי"ל במס' מנחות דכל שאינו אלא הכשר מצוה ולא עשיית גמר מצוה אין מברכין ע"ז. ובזה ניחא הא דאין מברכין על כתיבת ספר תורה. משום דהמצוה הוא הקריאה בספר ואין הכתיבה גמר מצוה. וכל שאין עשייתה גמר מצוה אין מברכין על זה וזה נכון:

ובזה יתבאר הספרי פ' שופטים למען תחי' וירשת כדאי הוא מינוי שופטים והדיינים הכשירים להחיות את ישראל ולהושיבן על אדמתן. והובא ברש"י שם. והוא דהא דניתן להם הארץ הוא כדי לקיים התורה והמצוה כמה שכתוב ויתן להם ארצות גוים ועמל לאומים ירשו וכו' דהרבה מצות התליות בארץ. וכדאמרינן בפ"ק דסוטה וכי לאכול מפרי' הוא צריך אלא אמר משה מצוה שאוכל לקיים יתקיים על ידי. וא"כ ירושת הארץ אינה אלא הכשר מצוה. וזהו בשביל מינוי הדיינים שהוא ג"כ הכשר מצוה כדאי להושיבן על אדמתם. כי כיבוש המקום שהוא הכשר לקיים המצוה ומינוי דיינים ושוטרים שהוא ג"כ הכשר לקיים המצוה שניהם לתכלית דבר אחר באו:

ובתשובות הרא"ש (כלל כד סי' ב) וששאלת למה אין מברכין על סיפור הגדה. הרבה דברים צווה הקב"ה לעשות זכר ליציאת מצרים. ואין אנו מברכין עליהן כגון הפרשות בכורות וכל המועדים שא"צ להזכיר בהפרשות בכורות שאנו עושין לזכר יציאת מצרים אלא שצווה הקב"ה לעשות המעשה ומתוך כך אנו זוכרין יציא"מ ולאו דווקא הגדה בפה

אלא אם ישאל מפרשין לו [וזהו הגדה לכשאנו זוכרין יצי"מ] עכ"ל. כוונתו דלמען תזכור אינו אלא לעשות המעשה וממילא בא לידי זכירה והא דכתיב והגדת לבנך אינו אלא לכשישאל אז מפרשין לו ולפי כללו של הא"ז נכון מאוד כי אין שייך לברך על זכרון יצי"מ כי אינו בא לעיתים ואין עת להפטר מזה כי תפילין וציצית נוהג גם בלילה לדידן ושבת ויו"ט בעצמן אות והם לזכרון יצי"מ ובמק"א ביארתי כי כל התורה הוא זכר ליצ"מ ע"ש בהוציאך את העם ממצרים תעבדון את אלה' על ההר הזה ולכן אין מברכין ע"ז ודו"ק היטב: ובזה ניחא ג"כ הא דנשאל אבודרהם. למה אין מברכין על כיבוד אב ותי' מאחר דאפשר להתבטל ע"י מחילה לכן אין מברכין. אבל לפי"מ דאמרינן ביבמות (דף י) מה לכיבוד אב שכן הכשר מצוה פי' להביא גוזלות וכדומה שאינו גוף המצוה. ואף דלפעמים הוי גוף המצוה. מ"מ רוב פעמים הוי הכשר. לכן מצות כיבוד או"א אינו אלא הכשר כן מבואר בתוס' וא"כ ניחא מה דאין מברכין על כיבוד אב ואם:

ובזה י"ל ג"כ הא שנשאל שם למה אין מברכין על צדקה. די"ל דצדקה הוי ג"כ רק הכשר מצוה. דבנתינות המעות לעני או בהלוואה שהוא משום וחי אחיך עמך אינו נעשה אלא במחי' עצמו. וע"ד שאמרו מקרבי' הנייתי' ואף דלפעמים כשנותן להעני דבר שמחי' עצמו הוי גוף המצוה. מ"מ רוב פעמים אינו כן ולכן לא הוי זה רק הכשר מצוה ולא תיקנו ברכה בכהאי גוונא וכנ"ל וזה נכון:

וביו"ד (סי' שכא) הקשה בפרישה הובא בט"ז (שם סק"ז) דלמה אין מברכין על נתינת בכור לכהן. כמו בפדיון פטר חמור ופדיון בכור אדם. ותי' הפרישׁ' דאין מברך אלא מזה שהי' קודש ונשאר בידו ונותן מידי אחרינא תחתיו. משא"כ בנתינת בכור לכהן דנותנו כולו לכהן. והט"ז תירץ דאין שייך ברכה אלא במה שעושה האדם משלו. משא"כ בכור דמעולם לא הי' להישראל זכות בו והוי כאילו נולד בבית כהן. ואכתי הניחא דאינו מברך על נתינת הבכור אבל אכתי יברך על הנתינה דפדיון פטר חמור. ופדיון בכור לאדם. דהפדי' והנתינה ב' מצות הן. אבל להנ"ל ניחא דפדיון פטר תמור ופדיון בכור אדם הוי גמר מצוה דבהפדיון קיים המצוה מה שאי"כ בנתינות בכור לכהן ושאר מתנות כהונה. דאין מברכין על הנתינה משום דעיקר המצוה יתקיים בעת שיאכלו כי זה הספקתם חלף עבודתם. וא"כ בהנתינה אין זה אלא הכשר מצוה ולכן אין מברכין. ובאבודרהם כתב דאין מברכין על נתינות כ"ד מתנות כהונה. משום דמשלחן גבוה קזכו. וא"כ גם בנור דהוי בכלל כ"ד מתנות כהונה אין מברכין משום דמשלחן גבוה קזכו. והוא מבואר להדיא בב"ק (דף י"ב) דבכור לכ"ע משלחן גבוה קזכו. ופדיון שאני דהוטל על האיש

לתקן זאת. וניחא שפיר מה שתירץ הפרישה ולדברינו ניחא שפיר דכל כ"ד מתנות כהונה אינם אלא הכשר מצוה ולכן אין מברכין עליהן:

בריטב"א פ"ק דכתובות ובהג"ה אשר"י מבואר דלכך אין מברכין על הקדושין לקדש משום דאין עשייתו גמר מצוה ואין מברכין אמנם התו' מפריש ס"ל דמברכין וכ"כ בהג"ה מיימוני והביאו דכן מבואר בירושלמי ברכות כנ"ל: ונ"ל לתרץ שיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דאין מברכין נוסח לקדש ואין ראי' מהירושלמי משום דהירושלמי לשיטתי' דס"ל דמברכין לעשות סוכה אף שאין עשייתו גמר מצוה והובא בתוס' מנחות (דף מ"ב) לכן ס"ל דמברכין על קדושין ג"כ. אבל אנן דקיי"ל דאין מברכין כל שאין עשייתו גמר מצוה ולכך אין מברכין לעשות סוכה לכך קיי"ל דאין מברכין על קדישין ג"כ וזה נכון:

ומעתה סייעתא למש"כ דכל מידי דהוי הכשר מצוה אף שהוא מצוה בפ"ע כמו כיבוד אב וכדומה כמוש"כ תוס' בשבת (דף קל"א) מ"מ כיון דלא הוי סוף מצוה דומיא דקדושין אין מברכין על זה. והא דאמר בה' חנוכה ברמ"א בשם תה"ד דמדליקין בע"ש בעוד היום גדול משום דזהו הכשר מצוה וא"א בענין אחר ולכך מברכין אלמא דעל הכשר מצוה שפיר מברכין שאני התם דהמצוה ממילא יבוא בלא מעשה ולכך מברכין:

ועוי"ל דלק"מ מהירושלמי דברכות דמבואר דס"ל דמברכין על עשיית דין. דבאבודרהם שם כתב טעם דלכך אין מברכין על עשיית דין משום דהוי קלקול אחרים נגזל ועלוב ולכן אין מברכין על מיתות ב"ד. ובמס' מגילה (דף ל"א) אין מפסיקין בקללות מה"מ אמר רב אסי אמר קרא מוסר ד' בני אל תמאס כו' שאין מברכין על הפורעניות. וא"כ הירושלמי ס"ל כמ"ד שאין מפסיקין בקללות משום אל תמאס אבל משום דאיכא קלקול מברכין. ולכן מברכין גם על עשיית דין. משא"כ לפי"מ דקיי"ל דאין מברכין על קלקול. לכן אין מברכין על עשיית דין ג"כ. ובאבודרהם מביא ראי' על הא דאין מברכין על ד' מיתות ב"ד. משום דאין אנו אומרים הלל בר"ה דאז העולם נידון וספרי חיים וספרי מתים פתוחים וישראל אומרים שירה. ומהא דמגילה (דף ל"א) דאין מברכין על הפרעניות ובת ס' שם הביאו הירושלמי אינו בדין שבני נתונין בצער ואני מתברך. וכן הוא במדרש ראה. ולכן אין מברכין על עשיית דין ג"כ:

ועיין ברכות (דף נ"א) וא"ר אסי אין מברכין על כוס של פורעניות כו' שנאמר הכון לקראת כו' ופירש"י בדבר טוב. ור' אסי דיליף במגילה שם דאין מפסיקין בקללות משום אל תמאס ולא קאמר משום ברכה וכמו דאמר בברכות י"ל דר' אסי לחוד ורב אסי לחוד כמש"כ תוס' בכמה מקומות. כיוצא בזה:

ועוי"ל לפי כללו של הא"ז דאין מברכין על צדקה משום דאין לו זמן קבוע. וה"נ בעשיית דין דכתיב ושפטו את העם בכל עת ומוקמינן בסנהדרין (דף ל"ד) דנוהג גם בלילה. משא"כ אליבא דר"מ מבואר שם דאינו נוהג בלילה באמת יש לברך. וא"כ י"ל דה"נ ס"ל להירושלמי כן. אבל אנן לא קיי"ל הכי. ובמאירי פ"ג דמגילה מבואר טעם אחר דעשיית דין ומעקה וכדומה כל אילו אין הדבר קבועה על האדם אלא כשיזדמן אותו ענין לידו וכל כיוצא בזה אין מברכין:

הטור הביא הא דאיתא בגמ' פ"ק דסנהדרין (ד' ז') א"ר ירמי' אשר תשים לפניהם. אשר תלמדם מיבעי לי' אלא אלו כלי הדיינים וכו'. וכתב רב האי ב"ד צריך שיהי' לו במושב ב"ד מקל לרדות בו ורצועה להלקות בו ושופר לנדות וכו'. ותמה בסמ"ע על השמטת ב"י ומור"ם ז"ל ותי' דאפשר דס"ל דלא הוצרכו לזה אלא לדיינים סמוכין דתשים לפניהם כתיב. וקשה מהא דאיתא שם בגמ' (דף ז') רב הונא כי הוי נפיק לדינא אמר הכי אפיקו לי מזוני חנותאי. ורב הונא לא סמוך הי' כמש"כ הב"י סי' ב' ועיין במסגרת השלחן ובשבות יעקב ח"א סי' קל"ד אי רב הונא סמוך הוי או לא. וכבר מבואר בר"ן בנדרים (דף ח') ד"ה ושמתא ושם (דף ע"ח). דרב הונא לא הוי סמוך. ושכן מבואר בירושלמי עיי"ש. וכן מבואר להדיא בשיטה מקובצת בבבא קמא (דף ל"ז) בעובדא דחנן בישא עיי"ש. וכן כתבו תוס' סנהדרין (דף ג') ד"ה שלא. דעובדא דחנן בישא מיירי בתס. אלמא דס"ל להדיא דרב הונא דדן התם למיהב פלגא דזוזי לא הי' סמוך ולא דן אלא בדתפס עיי"ש:

וי"ל עפימש"כ רש"י במועד קטן (דף כ"ה) בד"ה ספר וז"ל לישנא אחרינא גזע ישישים זה רבה בר רב הונא דהוא בן גדולים בן רב הונא דהוא ראש גולה ועדיף מנשיא בארץ ישראל ע"כ. אלמא דרב הונא הי' ראש גולה וע"כ אמרינן בגיטין (דף נ"ט) שאני רב הונא דאפילו רב אמי ור' אסי כהני חשיבי דא"י מיכף הוי כייפי לי'. ואמרינן בחולין (דף צ"ב) כי שרית עם אלהי' ועם אנשים. א"ר רמז רמז לו שעתידים שני שרים לצאת ממנו ראש גולה שבבבל ונשיא שבא"י. ובסנהדרין (דף ה') לא יסור שבט מיהודה אלו ראש גולה שבבבל שרודה את העם בשבט ופרש"י לשון שררה ומחוקק מבין רגליו אלו בני בניו של הלל שמלמדים תורה ברבים אלמא דריש גלותא לרדות את העם עדיף גם מסמיך כפירש"י שם. ועכ"פ שניהם שרים כמבואר בחולין. וכיון דריש גלותא הוי כסמוך. והכלי דיינים מורים על שררה. לכן אין ראי' מרב הונא דאפיק מזוני חנותאי. דשאני רב הונא דריש גלותא הוי. משא"כ אליבא דידן לכן השמיטו דבר זה:

וי"ל דהא דאמרינן בסנהדרין (דף ז') דרב הונא אמר אפיקו לי מזוני חנותאי רצועה ומקל. ופרש"י שם רצועה למלקות ומקל למכות מרדות עד שיחזור בו. וק' דהא רב הונא לא

סמוך הוי. ואין מלקות אלא בב"ד סמוכין. כמבואר ברמב"ם פט"ז מהלכות סנהדרין וזה לא מסתבר לומר דריש גלותא הי' יכול לענוש מלקות דהא בעי ג' דנהי דדומה למלך כמבואר בחי' הר"ן סנהדרין (דף ה') עכ"ז גם מלך לא מצינו שיהא יכול לענוש מלקות לבדו בלא ב"ד וגם לא מסתבר לומר דב"ד של רב הונא הי' סמוכין: לכן נ"ל דאפשר לומר דהא שכתב רש"י רצועה למלקות. הוא ג"כ מכות מרדות. דכבר ביארנו בסי' כ"ז עיי"ש דבמכות מרדות יש חילוק בין עבר ובין להבא. דעל עבר ארבעים. ולהבא עד שיחזור. וא"כ לעבר דהוא כדאורייתא בארבעים קרי לי' מלקות וע"כ הי' רב הונא מצוה להוציא לו רציעה למלקות דרבנן ג"כ:

ובזה יתבאר הא דאמרינן בקידושין (דף פ"א) אמר רב מלקין על לא טובה השמועה שנאמר אל בני כי לא טובה השמועה. מר זוטרא מותיב אפסרא אכתפי' ומקרי לי' אל בני. וי"ל למאי מייתי הא דמר זוטרא. ומאי קמ"ל בזה ולהנ"ל ניחא דמדקאמר מלקין הוא ארבעים וכדמבואר פ"ג דסנהדרין (דף כ"ה) ארבעים בכתפי וכשר. ובדאורייתא צריך קריי' כמוש"כ רש"י במכות (דף כ"ב) ד"ה והקורא בקורת תהי' בקריי' תהא ואם כן הוי כדאורייתא דצריך קריי' לזה מייתי הא דמר זוטרא דמותיב אפסרא אכתפי' דהוא כרצועה וגם קרי ואמר אל בני וזה נכון:

ובזה יש לבאר הא דאמרינן בגיטין (דף ס"ח) זה חלקי מכל עמלי רב ושמואל חד אמר זה מקלו וחד אמר גונדו. ופירש"י לבוש והוא דידוע דשלמה המלך ע"ה הי' דן את ישראל כמבואר במדרשים. ואמרינן במס' שבת (דף יוד) דהדינין היו יושבין מעוטפין בסדינין וכמבואר בסי' ה'. וזהו שמכל עמלו נשאר לו המקל שהי' לרדות את הבע"ד והבגד שהי' מעוטף בו בעת שהי' דן ויותר לא נשאר לו מאומה וזה נכון:

אמנם יש לפרש בענין אחר דאיתא במדרש רבה (פ' בראשית פ' ל"ט) דוד יצא לו מוניטין מקל ותרמילו מכאן ומגדול מכאן כמה שנאמר כמגדל דוד צווארך. וגונדא מבואר בכ"ד שהוא תיל הנקבץ וכן יש לפרש דגונדא הוא תרמילו ע"ש שנקבץ שם כל דבר הצריכים ולכן נקרא ילקוט הרועים ולכן אמר שלא נשאר לו אלא מקלו ותרמילו אבל אין לו המגדל שלו כנ"ל עיקר בזה:

שם בהמה שחבלה כתב הש"ך וה"ה נזקין דאש ובור מהרש"ל פ"ח סי' ה' ועיין אשר"י פ' הפרה כצ"ל. ובס' קצות החשן הוכיח דדעת התוס' דבבור ואש לא בעינן מומחין. מהא שכתבו בבבא קמא (דף י"ד) בפני ב"ד פרט לב"ד הדיוטות. פ"ה לענין דיני קנסות ואע"ג דמתני' לא איירי בקנסות למ"ד תנא שור לרגלו ומבעה לשינו מ"מ מרמז לנו התנא במתני' אפילו במילי דלא איירי ברישא. והשתא אי בעינן בבור ואש מומחין. הא שפר

מצינן לומר פרט לב"ד הדיוטות אמתניתין משום אש ובור. ואומר אני דלטעמי' דהא שור שהזיק אדם פשיטא דבעי מומחין משום דלא שכיח כדאיתא בפ' החובל וא"כ אכתי תקשה מה זה שכתבו התוס' דלמ"ד שור לרגלו לא אתי שפיר האי פרט לב"ד הדיוטות הא גם לדידי' מצי קאי כיון דתנא ג"כ שור דאזיק אדם כמו דאמרינן שם (דף ד') (ועיין פ"י בד"ה תרי גווני שור) וזה ודאי בעי מומחין משום דלא שכיחא. ובאמת הרא"ש שם כתב ג"כ פרט לב"ד הדיוטות וגם אדם דאזיק שור ממעט בכלל זה ולאו דווקא קנסא. אלא דהרכבת שני עניינים קא חזינא הכא. דאטו אנן מספקינן אי בעי מומחין. דהא גם בשן ורגל בעי מומחין כדאיתא בפרק החובל ולדידן כל דיני ממונות בעי מומחין. אלא דיש חילוק בין אם הוא דבר מצוי ויש בו חסרון כים או לא. משא"כ התוס' בב"ק שם כתבו דלא בעי מומחין. אלא צ"ל דהתוס' כתבו למאן דאמר תנא שור לרגלו וזה שמואל ולשיטתו שפיר כתבו תוס' כן. דהא ס"ל שנים שדנו דיניהם דין בסנהדרין (דף ג') ולית לי' עירוב פרשיות. ולא בעינן מומחין אלא בקנסא דכתיב אשר ירשיעון וגו'. וע"כ שפיר כתב רש"י פרט לב"ד הדיוטות לענין דיני קנסות. לאוקמי מתניתין אליבא דכ"ע גם למאן דלית לי' עירוב פרשיות וע"ז כתבו דלשמואל דתנא שור לרגלו וס"ל דלא בעינן מומחין לא אתי שפיר. משא"כ הרא"ש דקאי אליבא דהלכתא. דבעינן בכל ממון מומחין שפיר כתב למעוטי כל הני דלא שכיחי. משום דלא עבדינן שליחותייהו. וכן יש ראי' דבור דנין מהא דכתב השיטה בב"ק (דף ב') דארבעה אבות נזיקין אף שאינן כסדר הפרשה דבר המצוי נקט שכל אחד מצוי יותר מחבירו ע"ש. והרי בור נשנה קודם מבעה. ומאחר דמבעה בין למ"ד זה אש. ובין למ"ד זה אדם. דנין בזה"ז משום דשכיח. א"כ בור דשכיח יותר בוודאי דדנין בזמה"ז ג"כ: ובזה יש ליישב מה דקשה לר"פ דס"ל פלגא נזקא ממונא. איך יתרץ מתני' דבפני ב"ד דלא מצי לומר פרט לב"ד הדיוטות. דהא ס"ל פ"נ ממונא. ולהנ"ל אתי שפיר דהרי י"ל דר"פ ס"ל דבעינן מומחין, דעירוב פרשיות כתיב כאן וא אתי למעוטי שור דאזיק אדם דלא שכיחא דאין ב"ד הדיוטות יכולין לדון זה. ובהכי ניחא הא דאמרינן בב"ק (דף פ"ד) כי קא עבדינן שליחותייהו במילתא דשכיחא. אדם באדם דלא שכיחא לא עבדינן שליחותייהו. בשת ופגם דשכיח נעביד שליחותייהו. אמרי הכי נמי. דהא ר"פ אגבי ארבע מאה זוזי לבשת וכו' והוא משום דר"פ ס"ל פ"נ ממונא ע"כ ס"ל דבעינן מומחין וא"כ ראי' מזה בבשת מגבין משום דשכיח:

ולענין דינא כתב בס' תקפו כהן. סי' מ'. דס"ל להטור דאין דנין בור בזה"ז. וזה אינו דהא מבואר להדיא בסי' ת"י דס"ל דדנין. ומהרש"ל פ' החובל דכ' דאין דנין מ"מ בפ' הפרה סי' מ' מבואר דס"ל דדנין וכ"כ בביאור הגר"א דדנין. דאף דבהגה' אשר"י פ' החובל כתב

מהרי"ח דמספקא לי'. מ"מ הא בפ' הפרה סי' י"ג כ' בשם מהרי"ח עצמו דדנין וכ"כ במרדכי פרק החובל עיי"ש. ואף שראיתי שדעת ראב"ן בפ' החובל דאין דנין אש ובור מ"מ זה אינו אלא לפי פירושו בגמ' שם. אבל לרש"י ושאר פוסקים. אין זה ראי'. ולכן כמ"ש מתחילה עיקר. וכ"כ בשיטה מקובצת פ' החובל דאש ובור דנין בזה"ז משום דאש דרכו לילך ולהזיק ובור תחילת עשייתו לנזק עיי"ש. וכ"כ בס' המכריע לר"י הזקן בפשיטות בזה:

עיין בס' שער המשפט שנסתפק אי מהני קבלה בדיני קנסות. וכל הני דאין דנין בזמה"ז. כמו דמהני קיבל עליו קרוב או פסיל. ולכאורה יש להביא ראי' דלא מהני מהא דאמרינן בב"ק (דף כ"ו) שלח לי' רב חסדא לרב נחמן כו' לפנדא דמרא ולקופינא דמרא מאי שלח לי' חסדא חסדא קנסא קמגבית בבבל. והשתא אס"ד דמהני קבלה. דילמא שלח לי' כדי לידע היכא שקיבלו עליו. ומאי שלח לי' קנסא קמגבית בבבל. וברשב"א שם הקשה דילמא מיירי בדתפס. וכן הוא בשיטה מקובצת. ותי' דהיינו דשאל לי' אימא לי גופא דעובדא היכי הוי. כלומר אימא לי היכא הוי עובדא אי תפס אי לא תפס. [וכ"כ הנ"י שם בזה] והכי נמי יש לומר דאימא אי קיבלוך או לא. אך ממש"כ הרא"ש בב"ק פ"ב סי' ב' דלכך לא הביא הרי"ף בעיא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק. דאין נפקותא בהך בעיא. דלא מצינו בבבל צרורות. דביעוט דהוי משונה וקנסא הוא. אלא א"כ תפס. וכי תפס גובה חצי נזק כיון דעלתה בתיקו והוא מוחזק עיי"ש. והשתא אס"ד דמהני קבלה בקנס הא שפיר איכא נפ"מ בבעיא זו. היכא דקיבלו עליהם דאין משלם אלא רביע. א"ו דס"ל דלא מהני וכ"ז בקנסא. אבל מידי דלא שכיחי ואין בהן חסרון כיס. כתב בשיטה מקובצת בשם המאירי דמהני קבלה בזה ע"ש. ועיין ריב"ש שאלה שצ"ט דמהני בקנס: סמ"ע ס"ק ד' כגון בהמה שחבלה וכו' דכל שאינו כי אורחי' מקרי תבלה וכאורחי' הוי נזק עיי"ש. וכן מתבאר בסנהדרין (דף ג') דאמר חבלה היינו נזק. ופי' תוס' שם דהוא בלאו אורחי'. ע"ש אלא דמה שדקדק דכאן כתב חבלה ובס"ג בהמה שהזיקה בשן ורגל. י"ל דהא בס"ג אי' בהמה שהזיקה אדם. אף דאינו אורחי'. וכמ"ש התוס' שם עיי"ש בזה: סעיף ב':

ובשת מבואר בהחובל משום דלית בה חסרון כיס. אבל לא משום קנסא. כמש"כ רש"י שם דבשת לאו קנס. שהרי אין קצוב אלא לפי המבייש והמתבייש. והא דבב"ק (דף כ"ז) כתב רש"י דבושת הוי קנס. בהא דשלח לי' חסדא חסדא קנסא קמגבית בבבל. משום דהתם מיירי בדבר קצוב. ואם היינו אומדין הי' שיעור אחר לכן הוי קנס. ואף דלפעמים הקצבה עם האומד הוי שוין. מ"מ כיון דרוב פעמים אין שוין. מקרי קנס. כמו שכתבו

התוס' בב"ק (דף כ"ד) בשלשים של עבד. וכן מבואר להדיא דבשת הוי ממון מהא דתני רב אושעיא בב"ק (דף ד') י"ג אבות נזיקין ובכללם תני בשח. ש"מ דהוי ממונא דהא בקנסא לא קמיירי כמבואר שם בגמ' וכן הוא להדיא בכתובות (דף מ"א) אף על פי שאינו משלם קנס עפ"י עצמו משלם בשת ופגם עפ"י עצמו והיינו היכא דהוי עפ"י אומד לא הוי קנס. וחילוק זה מבואר בהדיא ברש"י שבועות (דף ל"ג) ד"ה משים דהיכא דהיא קצוב כגון ל' של עבד וכדומה הוי קנסא והיכא דהוא לפי האומד המביש והמתבייש הוי ממונא עיי"ש. אך בשיטה מקובצת פ' החובל כתב בשם מהר"י כהן דהא דבשת קנסא היינו במידי דאתא ע"י היזק. אבל בעלמא הוי ממונא. עיי"ש:

ובירושלמי (פ"ה דשבועות ה"ו) ר' יצחק שאל מהו שישלם דמי העבד מפיו ומה צריכא לי'. כל שלשים קנס או יותר בדמיו קנס. אין תימר כל שלשים קנס אין משלם אין תימר יותר בדמיו קנס משלם. וא"כ אם העבד שוה שלשים לא הוי קנס להירושלמי. אבל התוס' בב"ק (דף כ"ד) כ' דגם אם העבד שוה שלשים ג"כ הוי קנס וכמשכ"ל בזה:

כתב בחינוך (סי' תקנ"ה) במאנס ונוהגת מצוה זו. וענין הכרח פרעון הקנס בזכרים בזמן הבית שיש כח בידינו לדון דיני קנסות. ולענין שישאנה האונס אף בזמן הזה מצוה עליו. שהנשואין מצוה היא ולא קנס עכ"ל. וכן מבואר בתוס' יבמות (דף כ"ד) ד"ה משום שכתבו וז"ל אר"י דבנטען על הפנוי' אין להחמיר מלכנוס משום לזות שפתים. דאדרבא מצוה לכונסה דבאנוסה כתיב ולו תהי' לאשה עכ"ל. אלמא דמצוה זו איכא בזה"ז ג"כ. וכ"כ להלכה באהע"ז (סי' קע"ז) דאע"ג דאין דנין קנס בזה"ז מ"מ החיוב לישא אף אף בזה"ז ע"ש ס"ב וס"ג:

כופר זה לשון הרמב"ם ולא כל המשלם עפ"י עצמו גובין ממנו דייני אף שהרי הפגם והבשת והכפר אדם משלם עפ"י עצמו ואין גובין ממנו דייני כו' ע"כ. ואעתיק כאן מש"כ במק"א בזה. בכתובות (דף מ"א) ברש"י בד"ה ומועד משלם עפ"י עצמו דמועד ודאי בדין משלם. שהרי התרו בו והעידו בו לשמור שורו ע"כ. ויש לדקדק מאי בעי רש"י בזה הלא בפשיטות צריך לשלם עפ"י עצמו דכל עיקר טעמא דקנסא משום דבחזקת שימור קיימי משא"כ במועד דלאו בחזקת שימור קיימא. אמנם ס"ל כמוש"כ תוס' בב"ק (דף כ"ז) בד"ה השתא הוא דקמסהדי בי' וז"ל תימא לר"י דמ"מ קנסא לא הוי אפילו למ"ד פלגא נזקא קנסא דמכי נגח שלשה נגיחות יצא מחזקת שימור ונראה לתרץ דאין ח"נ חלוק כיון דהוי קנס בחד דוכתא. הוי קנס בכל דוכתא כדאשכחן גבי שלשים של עבד דאפילו העבד שוה שלשים לא פחות ולא יותר הוי קנס ואי מודה בי' מיפטר ע"כ הרי דעיקר דלא הוי קנס הוא משום העדאה שהעידו בו לשמור שורו:

ועיין ירושלמי כתובות (פ"ג הלכה י') ר' יצחק שאל מהו שישלם דמי העבד מפי עצמו מה צריכה לי' כו' שלשים קנס או יותר מדמיו קנס. אין תימר כל שלשים קנס אינו משלם. אין תימר יותר מדמיו קנס משלם. תמן תנינן המית שורך את עבדי והוא אומר לא המית משביעך אני ואמר אמן פטור אר"ח קומי ר"י תיפתר שהמית עבד מוכה שחין אמר לו אמור דבתרה המית שורך את בני והוא אומר לא המית משביעך אני ואמר אמן חייב ופתרה במוכה שחין ויהא פטור אר"ח קומי ר"י תיפתר כמאן דאמר ונתן פדיון נפשו של מזיק. ואנן כמ"ד ונתן פדיון נפשו של מזיק כולו קנס ע"כ. ופירש הק"ע והפ"מ דמאחר דנתן פדיון נפשו של מזיק הוי כולו קנס. והקשה הפ"מ על הרמב"ם דפסק (בפ"י מנזקי ממון הלכה ד') דכופר משום כפרה (ובפ"ה מהלכות סנהדרין ה"ד) פסק דכופר משלם עפ"י עצמו. דהא משמע דלמ"ד דהוא משום כפרה כקנס הוא ואין משלם עפ"י עצמו. וי"ל משום דבב"ק (דף מ"א) אמרינן ת"ר בעל השור נקי מחצי כופר דברי ר"א א"ל ר"ע הביאהו לב"ד וישלם לך א"ל אין דיני אלא כשהמית עפ"י עד אחד או עפ"י בעלים. עפ"י בעלים מודה בקנס הוא קסבר כופרא כפרה. הרי להדיא דס"ל לש"ס דילן דאי כופרא כפרה לא הוי קנס [ושוב ראיתי שהפ"מ בעצמו כתב כן בפ"ד דבב"ק עיי"ש] וגם ס"ל לר"א דבמזיק שיימינן כמש"כ התוס' בב"ק (דף פ"ד) א"כ אינו משלם כמו שהזיק ואפ"ה לא הוי קנס וגם בחובל דס"ל לר"א בב"ק (דף פ"ד) דשמין במזיק ולא בניזק ואפ"ה במודה בחובל לחבירו חייב א"כ ש"מ דלא איכפת לן אם אינו משלם כמו שהזיק מאחר דעיקרו משום ממון ולא משום קנס ולכן פסק הרמב"ם כש"ס דילן ולא כהירושלמי. דס"ל דאי בדמזיק הוי קנס אלא דממונא הוי:

ומה שתי' הירושלמי תיפתר בעבד מוכה שחין י"ל כמוש"כ התוס' בערכין (דף ב) בד"ה לאתויי מנוול ומוכה שחין וז"ל משמע דקאי נמי אעבדים דמתני' ויש להקשות דהא מיבעיא לן בפרק השולח עבד שמכרו רבו לקנס מהו אלמא אית לי' דמים. וי"ל דהכא בטריפה איירי וא"כ הירושלמי מיירי בטריפה. וא"ש:

ובזה י"ל הא שכתב רש"י במתני' בכתובות (דף מ"א) המית שורי את פלוני ה"ז משלם עפ"י עצמו וקסבר כופרא ממונא. ותמהו המפרשים אפילו אי כופרא כפרה לא היי קנס. ועפ"י הנ"ל יש ליישב דפירש כן לפי הירושלמי דאי כופרא כפרה והוא משום דשיימינן בדמזיק כהאוקימתא קמייתא בב"ק (דף מ) וא"כ הוי קנס לכן כתב דכופרא ממונא וא"כ בניזק שיימינן ולא הוי קנס דמשלם כמו שהזיק לכן חייב. אבל התוס' שם כתבו וז"ל זה הכלל כל המשלם יתר על מה שהזיק אינו משלם עפ"י עצמו ואפילו למ"ד בפרק שיר שנגח (ד' מו) דכופר היינו דמי מזיק לא חשוב יותר ממה שהזיק אעפ"י שפעמים

שוה מזיק יותר מניזק דפדיון נפשו הוא נותן ע"כ. הרי דכתבו דאפילו לאוקימתא שני' בב"ק שם דכו"ע כופרא כפרה ופליגי אי בדמזיק שיימינן אי בניזק שיימינן אפ"ה לא חשוב מודה בקנס משום דאינו משלם כמה שהזיק דפדיון נפשו הוא נותן וזה ג"כ סברת הרמב"ם הנ"ל דחייב במודה מעצמו. ומה שהקשה הפ"מ על הרמב"ם הרי מבואר בתוס' כן: אמנם כל זה כתבתי בביאור הדבר של הירושלמי והש"ס דילן. אבל קושיית הפ"מ על הרמב"ם לק"מ. דהא דמבואר בירושלמי דאי פדיון נפשו של מזיק הוא דהוי קנס אבל אי פדיון של ניזק ממונא הוי. והרי הרמב"ם (בפי"א מה' נזקי ממון הלכה א') כתב דשיימינן בשוויו של נהרג ושפיר כתב דחייב במודה. כנ"ל:

סעיף ג:

אבל אדם שהזיק בהמת חבירו משלם נ"ש, מזה מבואר דמכה בהמה שכיחא. וכתב הט"ז וז"ל במס' בב"ק (דף יוד) אמרינן מכה לא שכיחא. וצ"ל דלא שכיח כולי האי כמו טריפה דעביד שם צריכותא. וכיוצא בזה כתב רש"י בב"ק (דף ו) ד"ה מאי שנא. בור שכן היזקו מצוי ואי קשיא הא מילתא דאמרן לעיל דרגל הזיקה מצוי ולא בור. לאו פירכא הוא. דבור הזיקו מצוי אבל אינו מצוי כל כך כי רגל. שכל שעה היא מהלכת ע"כ. וה"נ כן. ועוי"ל דהשתא דמשלם לא שכיחא דמאחר דצריך לשלם לא שכיחא. אבל אי אינו משלם שכיח. והשתא א"ש דלכך קאמר בב"ק (דף מ"ד) דמכה בהמה ל"ש. השתא דכשמשלם לא שכיח אבל בב"ק (דף פ"ד) דקאמר דלכך משלם משום דשכיחא פי' דאי לא הי' משלם הוי שכיחא וזה נכון:

וכן בהמה שהזיקה. בשן ורגל הואיל והיא מועדת. וכתב הטור אבל בקרן וכו' אין דנין אותו וכו' עד אין מועד בבבל. וכתב הרמב"ם בפ"ה מהל' סנהדרין הלכה י"ב מפני מה אין מועד בחו"ל לפי שצריך להעיד לו בפני ב"ד. ואין שם ב"ד אלא הסמוכין בארץ. ובס' מקומ"ח כתב דמשמע שהתוס' אין סוברין כן. שכתבו בב"ק (דף כד) אהא דאין נעשה מועד עד שיעידו כו' בפני בעלים ובפני ב"ד. דהא דבפני ב"ד. זהו מסברא דמי יקבל עדות אם לא ב"ד ואם כן גם בהדיוטות מאחר דמקרי ב"ד סגי לקבל עדות: אמנם ז"א דבקבלת עדות צריך להיות כגמר דין. ובדבר שצריך מומחין גם בקבלת עדות צריך מומחין. והנה דעת רבינו סעדי' גאון דקבלת עדות בדיני נפשות סגי בשלשה. והרמב"ן בפ' שופטים חולק עלי' וכתב דלא סגי בשלשה אלא בעינן כ"ג עיי"ש. [ובמק"א הארכתי והקשיתי מהא דבב"ק (דף מ"א) ת"ר בעל השור נקי. נקי מחצי כופר דברי ר"א. א"ל ר"ע הביאוהו לב"ד וישלם לך. דילמא אתי קרא לאם קיבלו שלשה דא"א לסוקלו ומ"מ כופר הו"א דחייב ולכן איצטריך קרא לפטור ואכמ"ל בזה] ובסנהדרין (דף י"ז) כל עיר

שאין בה שנים לדבר ואחד לשמוע אין מושיבין בה סנהדרין. וכ' בחידושי הר"ן ז"ל פי' רש"י ז"ל שנים לדבר בשבעים לשון ואחד שאינו יודע לדבר הלשונות אלא שמבין כל מה שהם אומרים. כדי שאלו הג' יוכלו לקבל העדות מהעדים שיעידו באיזה לשון מן הלשונות, ולפי פירושו משמע דב"ד של שלשה יוכלו לקבל עדות של דיני נפשות. ואינו במשמע דודאי כל ב"ד הצריכים בגמר דין צריכים הם בקבלת העדות הלכך משמע דכל הב"ד צריכים שידעו לדבר בשבעים לשון ושכולן יקבלו העדות מדיני נפשות. וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות סנהדרין. לפיכך פירשו שיהי' בעיר חוץ מן הסנהדרין באותן ג' שורות שני חכמים גדולים הראויים ללמוד ולהורות בכה"ת כולה ואחד יודע לשמוע ויודע לשאול ולהשיב ע"כ. אלמא דר"ן ס"ל כסברת רמב"ן דקבלת עדות כמו הגמר דין גופא. ורש"י כרבינו סעדי' גאון ז"ל דגם בדיני נפשות סגי בקבלת עדות בג':

ובתוס' מנחות (דף ס"ה) כתבו וז"ל ויודעים בשבעים לשון בסוף אחד דיני ממונות משמע דסגי בשנים לדבר ואחד לשמוע. ואמר רביעית אין למעלה הימנה. וכולהו סנהדרין לאו כולהו ממש. ואין מושיבין בסנהדרין לאו אכולהו קאי. א"נ התם לדיני ממונות והכא לדיני נפשות ולא סגי בעשרים ושלשה דלכמה דברים צריך סנהדרי גדולה כמו לזקן ממרא, ולדין את השבט ועיר הנדחת. דבעי שבעים ואחד עכ"ל וא"כ לתי' קמא משמע דס"ל דגם ד"נ סגי בשלשה לקבלת עדות. משא"כ לתי' בתרא באמת לדיני נפשות בעינן כ"ג, ובטו"א ר"ה בא"מ. שם כתב בפשיטות דבעינן כ"ג. כמנין הראוי להיות דיינים ע"ש. ומהתוס' הנ"ל מבואר להדיא כן. דהקבלת עדות כהדיינים. עד דמסקי דבדבר דבעי שבעים ואחד. גם קבלת עדות בעי שבעים ואחד. וא"כ מבואר דקבלת עדות כהדין גופא. וגם הסוברים שם דסגי בשלשה משים דהשלשה גופים ידונו את דיני נפשות. משא"כ בקנס דבעינן מומחין והדיוטות אינן ראויין לדון דיני קנסות ודאי דקבלת עדות לא מהני ג"כ: וכדעת הרמב"ן דקבלת עדות בדיני נפשות בעי כ"ג. לפע"ד מבואר להדיא כן מהא שכ' הרמב"ם פ"ד מהלכות עדות (ה"א) עידי נפשות צריכים שיהי' שניהם רואין אח העושה העבירה ביחד וצריכין להעיד כאחד ובב"ד אחד. אבל דיני ממונות א"צ לכך ע"כ. וכ' הכסף משנה אהא שב' הרמב"ם ובב"ד אחד דאתא לאפוקי ממש"כ לקמן וכן אם העידו שני עדים בב"ד זה. וחזרו והעידו בב"ד אחר. יבא אחד מכל ב"ד ויצטרפו. וס"ל לרבינו דהיינו בדיני ממונות. אבל בדיני נפשות לא יבא אחד מכל ב"ד ויצטרפו. אלא צריך שאותם הכ"ג שיהיו ביחד בששמעו דברי שני העדים שידונו אותם לא שיצטרפו קצת מב"ד זה וקצת מב"ד זה וידונו אותם. וסוגיא דשמעתין מוכחא דבד"מ דאמרינן במס' ב"ב (דף קס"ה) אליבא דר' נתן לא תיבעי לך וכו' ות"ק ור"נ איירי בד"מ כמו

שנתבאר ע"כ וא"כ אם העידו בשני בתי דינין של ב"ד כ"ג. לא מהני שיצרפו מקצת ב"ד מזה ומקצת מזה. מכ"ש אם לא העידו אלא בפני שלשה דלא מהני ואפי' אם נימא דרך משל דהצירוף ב"ד בדיני נפשות שהעידו בפני כ"ג בכ"ג מקומות באחד מהן כל אחד אינו מועיל צירוף. דליכא ב"ד שלשה מכל ב"ד. משא"כ דכשקיבלו שלשה דעכ"פ ב"ד איכא. מלבד שהוא רחוק דמיירי כן. גם לפי הטעם דבעינן בב"ד אחד בודאי הרמב"ם מיירי שהעידו בפני שני ב"ד של כ"ג או בשלשה. דאף שיבואו שלשה מכל ב"ד לא מהני משום דהגדת צריך ב"ד אחד. א"כ ה"נ אם קיבלו שלשה לא מהני במכש"כ דמה התם שהי' בעת קבלות עדות כ"ג לא מהני שלשה מהם. משום דבעינן בב"ד אחד. א"כ ה"ה לא מהני קבלות עדות בג' משום דבעינן בב"ד אחד. ומעתה מה שתמה הפ"י בפ"ק דמס' מכות. דמנ"ל להרמב"ן כן. י"ל דלמד מהא (דב"ב קס"ה) דלא מועיל צירוף ב"ד אלא בדיני ממונות. ולא בדיני נפשות. וכמש"כ הכסף משנה דהרמב"ם למד כן מהא דב"ב הנ"ל. א"כ פשיטא דלא מהני קבלות עדות בג' דבעינן שיהא בב"ד אחד. דאפילו כל השני בתי דינין של כ"ג קיבלו עדות אין מצטרפין א"כ ה"ה בלא הי' קבלת עדות כלל אלא בפני ג' דלא מהני גם כן. ומעתה הא שכתב הרמב"ם פי"ג מהלכות סנהדרין ה"ז. מי שנגמר דינו וברח כו'. אבל שאר חייבי מיתות עד שיבואו עדים הראשונים ויעידו שנגמר דינו ויהרגוהו בידם. והוא שיעידו בב"ד של כ"ג. וכתב הכס"מ. פשוט דאין הורגין אלא בב"ד של כ"ג. ולפי"מ שנתבאר דהרמב"ם ס"ל דקבלת עדות בעי ב"ד של כ"ג לזה כתב גם כאן. דקבלת עדות כי האי שנגמר דינו בעי כ"ג גם כן:

ובזה יש להקשות ג"כ הא דבב"ק (דף מ"א) דא"ל ר"ע הביאהו לב"ד וישלם לך דמיירי בשהעידו לפני שני ב"ד של כ"ג ומחו או הלכו למדה"י מקצת מזה ומקצת מזה מצטרפין מקצת שנשארו דלא מהני לסקילה. דהוא דיני נפשות. וכמיתת בעלים כך מיתת השור. ולענין כופר מהני דהוי ממון דמהני צירוף ב"ד. וצ"ל דה"ה דהומ"ל כן. וחדא מני' נקט [וברמב"ם שם העתיק הכס"מ פרשב"ם דב"ב קס"ה ולפנינו לא נמצא כן] וכן צ"ל דהומ"ל בהי' העדים טריפה. דבד"נ פסולים. ואינו נהרג השור כמבואר במס' סנהדרין (דף ע"ח) ובד"מ כשרים כמש"כ הש"ך סי' ל"ג:

מגבין ממנו הקרן בלבד. הרמב"ם פ"ד מהלכות סנהדרין הלכה ח' כתב דיני קנסות. כגון גזילות וחבלות. ותשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה. וכו' אין דנין אותם אלא שלשה מומתין והם הסמוכין בא"י ע"כ. ושם הלכה י"ג כתב. מי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן דייני חו"ל. אבל אין גובין הכפל. הרי דבתחילה כתב דאין דנין גזילות וחבלות. וכאן כתב דדנין. ובכסף משנה שם הלכה י"ג כתב. וקשה דתנן בריש סנהדרין גזילות

וחבלות בשלשה. ופי' בגמרא שהם מומחין. וע"כ גזילות היינו שדנין על הקרן. דהא תני בתר הכי תשלומי כפל. ועוד דבגזילות לא שייך תשלומי כפל. ותי' דהתם מיירי בגזילות שע"י חבלות או שאר גזילות. ואין דנין אלא שולח יד בפקדון וא"כ מיושב הרמב"ם הנ"ל. ומעתה תמוה ממש"כ הש"ך (ס"ק ח') דמגבין ממנו הקרן בלבד. הוא למעוטי קנס גזלן. וז"ל וא"ל דהא כתב כגון גזילות וחבלות. ותשלומי כפל ודו"ה. משמע דגזילות לאו בתשלומי דו"ה איירי. דא"כ ל"ל למימר תו תשלומי דו"ה. י"ל דמתחילה כ' קנס דגזילות כגון שגנב או גזל מבית חבירו בענין דמתחייב כפל דו"ה. ואח"כ סתם תשלומי דו"ה והיינו כגון שטוען טענת גנב בפקדון ע"כ. וכ"כ בסק"ט. והא דאמרינן בגיטין בפ' המגרש (דף פ"א) דגזילות וחבלות אין דנין דלא שכיח. היינו הקנס מגזילות כגון תשלומי כפל דו"ה ע"כ. והוא תמוה דהא בגזילות לא שייך תשלומי כפל. וכמוש"כ הכס"מ בזה. וא"ל דהרמב"ם קרי לגניבה גזילות. משום דבריש מס' סנהדרין (דף ב') קאמר בשלמא גזילות דכתיב ונקרב וכו' והתם כתיב גם קנס דגנב אלמא גם לגניבה קרי גזילות. דז"א דרש"י פי' שם. דלכך קרי' לי' גזילות דזה טוענו ששלח יד בפקדונו ובזה ליכא בפל כמש"כ הרמב"ם בפ"ד מהל' גניבה ה"ב. ואפ"ל דהרמב"ם אינו מפרש כן. ולדידי' הכל גזילה הוי אף בגנב. וזה אין נכון כלל. לכן העיקר כחי' הכס"מ בזה:

רמ"א וי"א דוקא גזילות דשביח. המהרש"א כ' דודאי מתניתין גזילות וחבלות איירי וגזילות לחודי' וחבלות לחודי' ועכשיו דנין גזילות לחודי' ולא גזילות ע"י חבלות ע"ש. וביארו המפרשים שהוא כשיטת הרמב"ן והר"ן. דבזמן המשנה דהי' מומחין א"כ בלא"ה יונעל דלת בפני הגזלנים לא הפקיעו דין מומחין:

ובס' קצות החשן דא"א שיהי' התוס' סוברין שיטה זו דהא ספ"ק דב"ק (דף י"א) ד"ה פרט לב"ד הדיוטות כתבו ז"ל אע"ג דלמ"ד תני שור לרגלו ומבעה לשינו לא איירי בקנס עיי"ש. ומאי קושיא דהא בזמן המשנה. כי היכא דגזילות בעי מומחין, כיון דיונעל דלת ע"י מומחין וכמ"ש א"כ ה"ה אש ובור שן ורגל בעי מומחין. ע"כ צ"ל דתוס' ס"ל דאין חילוק בין זמן המשנה לזמן הזה. וגזילות לחודי' נמי לא בעי מומחין. ודלא כפי' מהרש"א עכ"ד. אמנם דברי מהרש"א נכונים. דהא מאן דתני שור לרגלו שמואל הוא דס"ל כן. ולשמואל לשיטתו שפיר הקשו דהא אית לי' שנים שדנו דיניהם דין. ולא בעי מומחין כלל אלא בקנס. וכמש"כ לעיל כיוצא בזה: סעיף ד':

עדים שהעידו שקר. בנתיבות הקשה הא חייבי מלקיות פטורין מתשלומין. והוא תמוה דהא כתב הש"ך להדיא בסי' של"ח סק"ב דלפי"מ דקיי"ל בסי' ש"נ. דבשוגג או בלא התראה חייב בתשלומין א"כ בזמן הזה הוי כלא התרו בו עיי"ש. ובראש יוסף סוף מגילה

נסתפק אי בזמה"ז דאין לוקין פוטר מתשלומין והוא תמוה דלהדיא מבואר בש"ך דבזה"ז אינו פוטר מתשלומין: סעיף ה':

כך וכך תחזיק. כתב הסמ"ע דלענין תביעת קנס מהני מגו וכמש"כ המרדכי ס"פ המניח (והטור סוס"י שצ"ט) וכ"פ השיך סוס"י שצ"ט וסי' ת'. [ועיין בס' הזכות להרמב"ן סי' כ"ו דהראב"ד מספקא לי' בתפס קידם הודאה בלא עדים דאית לי' מגו דלהד"מ. או החזרתי אי האי מגו הוי כעדים ונמצא שבאו עדים קודם הודאה. או דילמא כיון דאילו הודה פטור לא עדיף האי מגו מהודאה דנפשי' והודאת בע"ד כמאה. וכל היכא דהודאה לא מהני מה לי לשקר לא מהני]. ובקצה"ח הקשה מהא דפ' מרובה במעשה דר"ג וטבי עבדו. דא"ל ר"י אין בדבריך כלום. שכבר אין לך עדים. ואמאי הא אית לי' מגו דאי בעי משתרר לי'. וכמו שאמרו הבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן במגו דאי בעי מגרשה. וכן גבי עבד נאמן לומר מהי"ט עשיתי פלוני עבדי בן חורין ואי משום דהמשחרר עבדו עובר בעשה לא הפסיד המגו ע"ש. והנה אמת נכון הדבר דגם היכא דאיכא איסורא, היכא דבידו מהני המגו וכדפריך בקידושין (דף ס"ד) והרי בידו להשיאה לממזר עיי"ש. וכ"כ התוס' שם (דף ס"ד) ד"ה ר' סבר אלא נראה לפרש מגו דאי בעי יכתוב לה גט בשעת קידושין לגרשה כל זמן שירצה. אע"ג דאסור לגרש בגט ישן מ"מ כיון דבדיעבד מהני חשיב שפיר מגו. וכיוצא בזה כתבו התוס' בסוכה (דף ל"א) דמיקרי בידו אף דאיכא איסורא. עיי"ש והא דלא מהני הודאתו דר"ג במגו דאי בעי הי' משחרר. נראה דלפי"מ דמבואר בירושלמי (פ"ד דגיטין ה"ד) היוצא בשן ועין בניו עבדים דלא זיכתה התורה אלא לו. והיוצא משום יאוש בניו בני חורין ואמר ר' יוסי בר בין היוצא בשן ועין. הואיל ושיחררתו התורה בניו בני חורין והיוצא משום יאוש הואיל ולא שיחררתו התורה בניו עבדים. וא"כ י"ל דלהסוברים דמהני מגו ס"ל כמו שאומר תחילה דהיוצא בשן ועין בניו עבדים והיוצא משום יאוש בניו בני חורין. וא"כ אין זה מגו. דאי הי' משחרר גם בניו הי' משוחררין. ובאמת לא רצה לשחרר אלא טבי עבדו לחוד ולא בניו ע"כ אין זה מגו וא"ש ועיין היטיב: אבל בקנסות שבאים חכמים מעצמם לקנוס על תקנתם גובין בכל מקום. וכמו שיתבאר בסי' ב'. פי' דבעינן בדרך המבואר בסי' ב' דהיינו שיהא גדול הדור או טובי העיר שהמחום ב"ד עליהן. ובזה ניחא הא שתמה הק"נ פ' השולח אהא דמבואר ביו"ד סי' רס"ז דהמוכר עבדו לא"י קונסין אותו עד עשרה בדמיו. דהא מבואר ברא"ש פרק הגוזל סי' ה' דהא דדייני בבל יכולין לגבות קנס שהוא לסייג היינו גדול אדור וכדומה. וא"כ אמאי השמיטו שם הפוסקים דין זה. ולק"מ דסמכו עצמו אמה דמבואר בסי' ב' כאן בכל קנס כן כמו דחזינן דהרמ"א סמך עצמו כאן אמה שיתבאר בסי' ב' וכמש"כ

בזה. בתשובת רדב"ז סי' תקצ"א מבואר בשנים שנתחייבו בשטר ונתנו לשליש באם לא יקיים אחד מהן דברים ידועים נתחייב לחבירו כך וכך. ראם כתוב בתורת קנס אין גובין דאנן בתר בני בבל גרירין זולת בשידוכין דדמי בשתו הוא גובה עיי"ש:

בספר יראים להר"א ממיץ סי' רע"ח כתב דחוב שעבר עלי' שביעית אין הלוה רשאי לעכבו אלא עפ"י המלוה. שכ"ז שלא השמיטו המלוה חייב לפרוע. אלא הלוה יזמין המלוה לדין שישמיט חובו כאשר מצווה. וב"ד יחייבו המלוה לומר משמט אני. כאשר ציוהו חכמים. המחזיר חיב בשביעית צריך לומר משמט אני וכו'. ואם אינו רוצה המלוה לומר יכופו אותו שיאמר. דתניא בכתובות וכו'. אבל במצות עשה שאמר לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו עושה. מכין אותו עד שתצא נפשו. וצ"ל שאין דברים הללו אלא בב"ד של א"י אבל בב"ד שבחו"ל אין רשאי לכופו דאין דנין דיני קנסות בחו"ל. אפי' בממון במידי דלא שכיח ואית בי' חסרון כיס עכ"ל. ועיין מש"כ לקמן (סי' ס"ז) בזה. כופין לצדקה בזמה"ז ג"כ מהא דרבא אכפי' לרב נתן בר אמי ואפיק מני' כו' בכתובות (דף מ"ט) ובב"ב (דף ח') ואף דאיכא לתרוצי דמיירי בקצבה כמש"כ תוספות בכתובות שם. וא"כ הוי חוב והוי ממון ולא קנס. או כמש"כ תוס' שם דאכפי' בדברים. או כמש"כ תוס' בב"ב שם דמיירי שקבלו עליהם. שגבאי העיר יכוף וכבר כתב המאירי בב"ק הבאתיו לעיל דמידי דלית בי' חסרון כיס או דלא שכיחא מהני קבלה בזה"ז. מ"מ הא מבואר שם. דכתבו כן משום קושיא אחריתי. ולא משום זה. וגם לאינך תירוצים שבתוס' שם מבואר דהכפי' הי' משום מ"ע. וכן מצאתי להמרדכי בפרק האיש מקדש בהג"ה שם שכתב בשם האבי אסף דכופין בזמה"ז לזון בניו ובנותיו הקטנים מהא דרבא כפה על צדקה עיי"ש. וב"ה שכוונתי לדעתו:

הרא"ה בס' החינוך מצוה נ"א כתב דבדיני קנסות חייב בדיני שמים בתשלומין. אך התוס' בכתובות (דף ל"ג) כתבו דבקנס אינו חייב לצאת ידי שמים. דאשר ירשיעון כתיב. וכן הרשב"א פ' מרובה. הביא הירושלמי שהוכיח כן מהא עובדא דר"ג ששיחרר עבדו וא"ל ר' יהושע אין בדבריך כלום. שאין לך עדים דגם לצי"ש פטור. דא"כ הי' לו לצי"ש. ומהא דאמרינן בב"ק (דף כ"ח) חסדא חסדא קנסא קמגבית בבבל. ודילמא שלח לי' דרוצה לידע השיעור. כדי לצי"ש. ומשמע דבקנס לא שייך זה. אין ראי' מזה. דאכתי תקשה לפי' התוס' שם דלאו קנסא קאמר אלא כעין קנס ע"ש. א"ו צ"ל כמש"כ הרשב"א והשיטה מקובצת שם שהקשו דילמא מיירי בתפס. ותירצו דזהו גופא דקאמר אימא לי גופא דעובדא היכי הוי. אי תפס או לא תפס והכא נמי י"ל אי רוצה לצאת י"ש או לא. אך יש ראי' מהא שכתב הרא"ש בפ"ב דב"ק דלכך לא הביא הרי"ף בעיא דיש שינוי לצרורות

משום דהוא משונה והוי קנסא. ולא נ"מ אלא לענין תפיסה. ובספיקא דדינא בלאו הכי אי תפס לא מפקינן מני'. והשתא אס"ד דבקנס חייב לצאת יר"ש אכתי נפ"מ לענין לצאת יד"ש דבסד"ד פטור לצאת יד"ש כמש"כ הכנה"ג בסי' כ"ה. א"ו דגם בקנס פטור:

וכן נראה מהא דאמרינן בב"ק (דף מ"א) ת"ר ובעל השור נקי מחצי כופר דברי ר"א א"ל ר"ע הביאהו לב"ד וישלם לך. א"ל אין דיני אלא כשהמית עפ"י בעלים. מודה בקנס הוא. וקשה דילמא נפ"מ לענין לצאת י"ש דמשום מודה בקנס חייב לצאת יד"ש. לכן כתיב ובעל השור נקי דפטור גם לצאת י"ש. וכמו שתירץ הר"א ממיץ קושיית תוס' בב"ק (דף ד') ל"ל קרא דועליו ולא על האדם. ותיפוק לי' דקלב"מ ותי' דנפ"מ לענין לצאת יד"ש. א"ו דבקנס גם לצאת יד"ש פטור. וכ"ה בפסקי ריקנטי סי' תס"א עיי"ש: ולתרץ דעת החינוך דס"ל דבקנס חייב לצאת יד"ש. דלא תקשה עלי' מהירושלמי. נראה כך. דהנה לכאורה משמע לי דפטור לצאת י"ש. מהא דאמרינן בב"ק (דף ק"ג) מכדי כל היכא דמשתבע לא סגי דלא הודה. מאי אריא נשבע אפי' בלא שבועה נמי. וכתבו תוס' דכיון דהודה בלא תבעו מסתמא בא לצאת יד"ש. וכיון דקיי"ל מודה בקנס פטור. מסתמא בא לצאת יד"ש. ואפ"ה אמרו דפטור. וכ"ז בלא תבעו. אבל בתבעו אין ראי' דבא לצאת יד"ש. ולכן ההוא עובדא דר"ג דהי' בלא תבעו לכן שפיר פטור גם לצאת יד"ש משא"כ החינוך מיירי בתבעו. ועיין בב"ק (דף ק"ו) או אינו המושב זה כפל וכתבו תוס' תימא היכא מ"ל זה כפל. הלא אינו מתחייב כאן אלא בהודאה. כדכתיב והתודו. וכפל לא מתחייב בהודאה. ולהחינוך לק"מ דהרי אשם קרי' רחמנא. וכיון דקיי"ל חטאות ואשמות אין ממשכנין א"כ ה"ה בגזל הגר דאשם קרי' רחמנא וא"כ אין החיוב אלא לצאת יד"ש. ולצי"ש מחייב בכפל. א"ו דס"ל כמש"כ בכתובות. דגם לצי"ש פטור]:

סימן ב

אם רואים וכו' הב"י הביא בשם ב"ה מדרש הנעלם ברות והובא בהר"מ מריקנטי ריש פרשה משפטים. יש מי שדן דין אמת לאמתו ומקבל עליו שכר מהקב"ה דן דין אמת לאמתו ונתפס. כגון דיין מדקדק בדקדוקין לזכות לרשע דתנן ב"ד מכין ועונשין שלא מהתורה כדי לעשות סייג לתורה. או מפני שהזמן גורם והדיין מסתלק עצמו מלהענישו ומדקדק בענין הדין למצוא פתח לזכותו מהדין כו' כי הא דאמר עשו סייג לתורה. בדיל דתורכין חיין בהאי עלמא ובעלמא דאתי. ע"כ עיי"ש באריכות. ונראה לי לבאר לפי"ז הפסוק לא תטה משפט אביונך בריבו. דלכאורה האי בריבו מיותר הוא. ובמכילתא מבואר דהאי אביון הוא אביון בתורה ובמצות. דהוא רשע. וזהו שאמר לא תטה משפט אביונך בריבו שיש לו עם זולתו. אבל לפעמים אתה מטה משפט להענישו שלא מן

הדין לעשות סייג לתורה וזה נכון. ובזה יש לבאר הא שאמר בסנהדרין (דף מ"ו) אראב"י שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה לא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. דהא כתיב לא תטה משפט אביונך בריבו אפילו הוא אביון במצות. וזה שלא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. דברים שבינו לזולתו אין להטות משפט. משא"כ באיסורין מותר כדי לעשות סייג וגם יש לומר הא דכתיב אביונך. ולא כתיב לא תטה משפט אביון. וביארנו בסי' ל"ד דמיירי בראה דבר ערוה דמותר לשנאותו כמבואר בפסחים (דף קי"ג) בהא דתראה חמור שונאך שהוא לבדו שונא לו. וה"נ אביונך שאתה לבדך יודע שהוא אביון במצות. ואו לא שייך סייג לתורה. שלא יהיו העם פרוצין מאחר דלאו כו"ע ידעו. וזהו שאומר לא תטה משפט אביונך. שאתה לבדך יודע. אבל אם כו"ע ידעי מותר להטותו. וגם בריבו אין אתה רשאי אלא באיסור לבד. והא דב"ק (דף צ"ו) גזלנא עתיקא ובעי למיקנסא וכן בשאר דוכתא. דקנסינן גם בממון הוא מדרבנן לבד. או דבממון מילתא דפשיטא הוא. דהפקר ב"ד הפקר למיגדר מילתא:

ועיין ברש"י סנהדרין (דף מ"ו) שכתב שב"ד מותרין להיות מכין וכו' משמע דחיובא ליכא. וי"ל מנ"ל לרש"י זה וי"ל כמו דאמרינן בסוטה (דף ג) וקנא את אשתו רשות. דברי ר' ישמעאל וכו' מ"ט דר"י סבר לה כהאי תנא דתניא ראב"י אומר דלפי שאמרה תורה לא תשנא את אחיך בלבבך יכול כגון זו ת"ל ועבר עליו רוח קנאה וקנא את אשתו. ור"ע קינוי אחרינא כתיב אלמא דדבר איסור שמצינו יוצא מכללו אינו אלא רשות. כ"ז דלא מצינו לחיובא. וכן משמע בפסחים (דף קיג) שם מהא דמותר לשנאותו וא"כ הכי נמי מאחר דכתיב לא תטה משפט. ומצינו היתר לעשות סייג לתורה. אין לך בו אלא חידושו. שיצא מכלל איסור ומותר. אבל לא שיהא חיוב בדבר. אבל בהריקנטי הנ"ל מבואר שחוב גם כן:

ובזה אפשר לבאר הא דמבואר בספרי פ' שופטים. לא תטה משפט בממון לא תכיר פנים בדין שאין לו ביאור כלל. ולהנ"ל יש לומר לא תטה משפט בממון לא תכיר פנים בדין להעמיד לרשע עפי"ד במילתא דאיסורא. דאף שבממון לא תטה משפט. אבל באיסורא להכות ולענוש אתה מטה משפט. ולא תכיר פנים כדי לעשות סייג. וזה נכון. וזה אפשר לומר צדק צדק תרדוף. אחר לממון ואחד לאיסור. שזהו הצדק לעשות סייג גם כן. וי"ל דלכך נאמר בפ' יתרו אנשי חיל שהוא כדי לעשות סייג. ולכך כתיב מקודם. וכן כתיב ויבחר אנשי חיל כי הוא העיקר להמחמנים אז:

עוד שם אלא דיינא דלא עביד סייג לתורה אין לו סייג לא בעוה"ז ולא בעוה"ב. סייג שלו נין ונכד עצור ועזוב הוא בעוה"ז ובעוה"ב. מעבירים ממנו אותם מעשים טובים שהם

סייג לעוה"ב לאדם. כי הא דאמר עשו סייג לתורה. בדיל דתורכין חיין בהאי עלמא. ובעלמא דאתי ג"כ. ובזה יתבאר היטב הא דאיתא ביחזקאל (כב ל) ואבקש מהם איש גודר גדר וכו' ותרגם בתרגום שם לאתבע מנהון קדמי גבר דלי' עובדין טבין וכו' הרי דעל גודר גדר מתרגם עובדין טבין והוא תמוה. ולהנ"ל מבואר היטב דגודר גדר שעושה סייג ממילא אית לי' עובדין טבין גם כן. ושם (יג) ולא עליתם בפרצות ותגדרו גדר ותרגם בת"י לא קמתין תרעתא ולא עבדתון לכון עובדין טבין למבעי על בית ישראל וכו' הרי דתרגם על גדר עובדין טבין. ועיין (ב"ב דף ח') רבנן לא צריכא נטירותא. וכו' עיי"ש בזה. וזהו ביאור המדרש (רות ב). וגדרה אלו סנהדרין שהי' גודרין עמו בד"ח (ובב"ב דף צא) וגדרה אלו סנהדרין שגדרו פרצותיהן של ישראל: בטור כתב בשם הרמב"ם ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה. והוא מהש"ס במס' סנהדרין (דף מ"ו) וכתב הט"ז דמזה מבואר דדבר המפורש בתורה אין כח בידי חכמים לאסור ע"ש. וכבר כתבו מפרשים שכן מבואר בתוס' ב"מ (דף ס"ד) ע"ש. וכן משמע מתוס' פסחים (דף ע"ד). ד"ה כבולעו כך פולטו. שכתבו ואע"ג דבעי למישרי הכא בפסח לכתחילה. אע"ג דבני מעיו בתוכו ואיכא נמי כבד. גבי פסח לא רצו להחמיר משום דכתיב ראשו על כרעיו ועל קרבו ע"כ. והיינו כיון דמפורש בתורה לא החמירו. ובזה ניחא הא דאיתא בתוספתא פ"ח דב"ק אעפ"י שאמרו אין מגדלין בהמה דקה בא"י אבל מגדלין בכור בעל מום ל' יום. ואם הי' תם אפילו עשרה שנים. ומה אני מקיים לא תראה את שור אחיך. או את שיו נדחים. במדברות שביהודא. במדברות שבספר גימייאק. והקשה במג"א שם דהא דאין מגדלין בא"י תקנת חכמים הוא. ומאי פריך מקרא. ותי' כיון דקרא לא חייש לפסידא דא"י למה תיקנו חכמים. אבל לפי"מ שנתבאר ניחא. דהכי פריך כיון דמפורש בקרא איך החמירו חכמים. וכ"מ בירושלמי דסוטה (פ"ג ה"ז) דקאמר התם. כהנת מותרת לצאת חו"ל מ"ט אמור אל הכהנים לא אל הכהנות כו' ותהא בכלל גזירה ולא תצא. אם אומר את כן נמצאת מדתה פ' טומאות. (פי' וע"כ לא גזרו עליהן משום דמפורש בתורה) וכן משמע מהרמב"ם פ"ט מהל' יסודי התורה ה"א. וכן הוא להדיא בשיטה כתובות (דף ל"ד) בזה. עיי"ש. וכ"כ המאירי בפ"ק דמגילה דלהכי לא גזרו על מילה בשבת משום שמא יעבירנו משום דמפורש בתורה. וביום השמיני ימול ואפי' בשבת ע"ש בזה. ובזה מיושב מה שהק' הסמ"ג בהל' חמץ בדין מגעילין כלים והלא אין מבטלין איסור לכתחילה. אע"ג דהגעלה מדאורייתא היא ובגזירת הכתוב לא תפול בה שאלה. מ"מ יש לדקדק למה לא אסרוה רבנן כי היכי דאסרי' גבי תרומה. אע"ג דשרי מדאורייתא ע"כ. ולהט"ז מיושב היטיב דהגעלה דמפורש בתורה להיתרא לא החמירו רבנן בזה לומר דאין מבטלין איסור

לכתחילה. ועפ"י דברי הנ"ל יתבאר היטיב הא דמבואר בספרי פ' תבוא ויתן לנו ארץ זבת חלב ודבש. נאמר כאן זבת חלב ודבש ונאמר להלן זבת חלב ודבש. מה להלן חמשה עממין אף כאן ארץ חמשה, עממין. ריה"ג אומר אין מביאין בכורים מעבר הירדן. שנאמר ארץ זבת חלב ודבש ע"כ. וי"ל מאי איכא בין ת"ק לריה"ג. וכתב בתשובה מהרי"ק שאלה קכ"ב דמכאן למד הרמב"ם וסמ"ג דמביאין בכורים מערי סיחון ועוג מדבריהם. וז"ל נלע"ד דאיכא בין ריה"ג לת"ק דלת"ק מביאין מדבריהם. ואע"ג דמדאורייתא פטור כדיליף לה מגז"ש. ואתא ריה"ג לאוסיפו דאפילו מדרבנן אין מביאין. כדמשמע לשון אין מביאין דמשמע דאין מביאין כלל ע"כ. והוא דת"ק דלא משמע לי' מדכתיב זבת חלב ודבש למעוטי ערי סיחון ועוג אלא מגז"ש וא"כ אינו מפורש בתורה לכן החמירו מדבריהם. אבל ריה"ג דדייק מלישנא דזבת חלב ודבש לבד. א"כ הוי מפורש בתורה ולכן לא החמירו מדרבנן בזה: ובזה י"ל מש"כ הרמב"ם בפט"ז מהל' אבות הטומאה. הלכה א'. מפני מה טהרו חכמים ספק טומאה בר"ה. שהרי הצבור עושין פסח בטומאה בזמן שהטמאים מרובין אם טומאה ודאית נדחית מפניהם. ק"ו לספק טומאה. דאיסור כל הספיקות מדבריהן כמו שביארנו. והוא דהרמב"ם נתן טעם מדוע בכל ספק דאורייתא אף דמה"ת מותר כשיטתו בכמה דוכתי מ"מ מדרבנן החמירו. אמאי לא החמירו ג"כ בס"ט בר"ה וזה דכ' דאיכא ק"ו והוי כמו דמפורש בתורה גם כן:

אעפ"י שאין שם עדות ברורה. וכתב הרמב"ן הובא בב"י דאפילו בקרובים ועד מפי עד. ונ"ל דבזה אפילו בהודאת עצמו דומיא הא שכ' הרמב"ם בהל' סנהדרין פי"ח. דדוד דן את גר העמלקי בהודאתו משום דהוראת שעה היתה. אלמא דמהני הודאה במקום דאיכא מיגדר מילתא. וכן מבואר מהא דאר"נ בכתובות (דף י') אסבוהו כופרי דעפ"י הודאתו שטען פ"פ. והא לא מהימן אלא משום דהי' מזנה. אלמא דמלקין עפ"י הודאתו והוא מ"מ. אלמא דלצורך שעה דיינינן עפ"י הודאתו וכ"כ התשב"ץ בח"ב שאלה רע"ד. להשיב להשואלים שתמהו. על שדן לצורך שעה נידוי עפ"י הודאות עצמו ע"ש. [ואין לומר דשאני התם בהא דכתובות. דמאחר דחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה ומהימן. ואי משום דצריך לומר לפי זה דהיה מזנה מכבר נימא מיגו דמהימן לאוסרה נאמן ע"ז להשים עצמו רשע. דהרי הא דאין אדם משים עצמו רשע הוא מטעם קרוב. וכבר כתבו תוס' בב"ק (דף מא) דבמעיד על פלוני שרבע שורו. מגו דמהימן אפלוני מהימן אשורו. אף דאם הי' מעיד על שורו לחוד לא הי' מהימן משום דאדם קרוב אצל ממונו. דזה אינו חדא דהראב"ד מפרש איפכא. דמגו דלא מהימן אשורו לא מהימן אאידך משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ועוד דזה הוא לגבי ממונא. משא"כ אצל עצמו לעולם לא

אמרינן מגו. וכדמוכח בפ"ק דסנהדרין שם. אלא פלגינן דיבורא. ובמקום דלא אפשר למיפלג דיבורי' לא מהימן כלל לשיטת רשב"א]. ומעתה יש ראי'. דגם בקרובים מועיל מאחר דהודאת עצמו מהני והודאת עצמו דלא מהני למשים עצמו רשע. הוא מטעם קרוב. ומאחר דאיכא למיגדר מילתא בהודאת עצמו מהני בקרובין גם כן וזה נכון:

וז"ל הרמב"ם שם פי"ח מהלכות סנהדרין גזירת הכתוב הוא שאין ב"ד ממיתין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו. אלא עפ"י שנים עדים וזה שהרג יהושע לעכן. ודוד לגר עמלקי. הוראת שעה היתה. או דין מלכות היה ע"כ. וזה שכ' הרמב"ם גזירת הכתוב הוא. אינו ידוע מנלי'. ואי משום דכתיב ע"פ שנים עדים הוא אם מכחיש ולא בהודאה. וגם הכס"מ לא הראה מקומו לזה. ונ"ל שהוא מהתוספתא (פי"א דסנהדרין) ר' יוסי אומר הוא שיתודה בעצמו פטור. שנאמר לענות בו סרה. שיחזרו בו אחרים ולא שיתודה בעצמו ע"כ. הרי להדיא דמודה בעצמו פטור. ולכן אסור להרוג או ללקות מאחר דהוא פטור. ובזה אפשר לומר מה שכ' רש"י במסכת מכות (דף ה) ד"ה דאכתי גברא לאו בר חיובא הוא. דאי בעי מודה ומיפטר ותוס' תמהו דהיכן מצינו זה. וכן בזבחים (ע"א). ושאר דוכתי כ' דלא כרש"י ולהנ"ל י"ל דלמד כן התוספתא דסנהדרין הנ"ל דקאמר שמתודה בעצמו פטור אלמא דמודה פטור והרי זה דומה למודה בקנס גם כן:

ובירושלמי פ"ב דחגיגה. מבואר מחלוקת בזה. דאמרינן שם תני אר"א בן יעקב שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה. עד היכן ר' אלעזר בר' יוסי אומר עד כדי זמזום [ופי' הק"ע עד כדי שנוכל לחשוב שעשה עבירה. או שבדעתו לחשוב עבירה. אפ"ה מותר לענשו והפ"מ פי' אפילו רואין הב"ד שיכולין העדים לבוא להיותם עדים זוממין. אם השעה צריכה. לכך אין חוקרין ובודקין אותם הרבה. אלא חותכין הדין על פיהם] ר' יוסי אומר בעדים אבל לא בהתראה ע"כ. והנה הפ"מ והק"ע שגו בזה בפי' זמזום. והאמת דזמזום הוא שמרננים. כמו (בב"ר פ' פ"א) אם זמת יד לפה אם נזדממו דברים אחריך יד לפה. והוא שמדברים סרה. ובילקוט משלי תתקס"ד אם נזממו אחריך דברים יד לפה. חד ידע תרין לא ידעי. [ואולי זהו זמזומי דעירובין] וא"צ עדות ברור. ומכאן כתב הרמב"ם דהא דמלקין על לא טובה השמועה שהעם מרננים. שהוא שייך להא דמכין ועונשין למגדר מילתא. וכלל ביחד עם מה שכתב תחילה דב"ד מכין ועונשין לצורך שעה. ואל בני כי לא טובה השמועה אסמכתא בעלמא כמש"כ הכסף משנה. והעיקר הוא דלמגדר מילתא הוא. וא"כ דלר' אלעזר בר' יוסי אין צריך עדות ברורה אלא בקלא דלא פסיק ג"כ עונשין. ולר"י צריך עדות. והרמב"ם שפסק כהך מ"ד משום מעשה דשמעון בן שטח בסנהדרין (דף מה) דמשמע דלא היה שם עדות ברורה. וכמש"כ

הרמב"ם שם פכ"ד מהלכות סנהדרין ה"ד. וז"ל הרמב"ם פכ"ה מהלכות סנהדרין יש לב"ד להלקות מי שאינו מחוייב מלקות כו' ולא לעבור על דברי תורה. אלא לעשות סייג לתורה. וכיון שרואין ב"ד שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להן הכל הוראת שעה. לא שיקבע הלכה לדורות ע"כ. הא שמסיים הרמב"ם לא שיקבע הלכה לדורות. הוא ביאור על מה שאמר תחילה. ולא לעבור על דברי תורה. דהיינו שיקבע הלכה לדורות. אלא לעשות סייג לתורה, דהיינו הוראת שעה לבד וכדעת השיטה בב"ק (דף צד) עיי"ש בזה. שוב דאיתי להכס"מ פ"ב מהלכות ממרים ה"ד שפירש כן בזה: ויש להם כח להפקיר וכו'. בגיטין (דף לו) מנין שהפקר ב"ד הפקר שנאמר וכל אשר לא יבא לנ' הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו. והוא יבדל מקהל הגולה, וק"ל לפימש"כ הר"ן בנדרים (דף ז') דמנודה נכסיו מותרין והא דיחרם כל רכושו חרם של ב"ד הגדול שאני דאלים טפי. מה שאין כן ב"ד בעלמא לא מתסרי נכסיו. ובירושלמי שם ר"ע היה חוכך בזה להחמיר ליסר כל נכסיו כמה דתימר יחרם כל רכושו והוא יבדל וכו' מה עבדין לי' רבנן חומר הוא בנידוי ב"ד. ופי' המפרשים דב"ד הגדול שאני וא"כ כמו דלא ילפינן למנודה מיחרם כל רכושו דב"ד הגדול שאני כמו כן נימא בהפקר ב"ד דהפקר ב"ד הגדול שאני דע"כ לא, פליגי הפוסקים אלא אם בעי' ב"ד גדול במנודה אבל לכולי עלמא לא בעי' ב"ד הגדול בהפקר. ובפי' הרשב"א כתב שם וז"ל ב"ד וכל ישראל שהעובר על גזירתם וחרמם חייב מיתה כמו עכן. ע"ש והובא בק"ע כן ובהפקר ב"ד לא בעי' כל זה. וע"כ נ"ל דמזה ראי' למש"כ הח"ס חאהע"ז (תשובה ק"ט) וז"ל כי נ"ל אפי' הסוברים הפקר ב"ד הפקר כו' אפילו אינם כרב אמי ורב אסי מ"מ נראה דאין זה מה"ת ומקרא דיחרם כל רכושו דאל"כ מנ"ל הא דילמא סמוכים בעינן כי התם ומגדר מילתא. אע"כ מדרבנן בעלמא הוא. ולא מה"ת ואסמכוה אקרא דעזרא ע"כ. והרי בלא"ה מוכרח כן דאינו אלא מדרבנן. וקרא אסמכתא בעלמא וכמוש"כ בזה:

אמנם לא נ"ל שיהא מדרבנן ותלמוד ערוך בב"ב (דף קט"ז) ויאמרו ירושת פליטה לבנימן ולא ימחה שבט מישראל א"ר יצחק. דבי רב אמי. מלמד שהתנו על שבט בנימן שלא תירש בת הבן עם האחים. ופרשב"ם דהפקר ב"ד הפקר. אלמא דגם מקודם הי' הפקר ב"ד ולא מדרבנן. מיהו י"ל דהתם ג"כ הי' בית דין הגדול ב"ד וכל ישראל, אבל ב"ד בעלמא אינו אלא מדרבנן:

אמנם בסנהדרין (דף ה') דקאמר לא יסור שבט מיהוד' אלו ראשי גליות שבבבל שרודין את העם ופרש"י שבט לשון שררה. דהפקר ב"ד הפקר כדכתיב יתרם וכו' אלמא דשבט דכתיב בתורה הוא משים הפקר ביד. והא דמייתי מעזרא הוא משום דכתיב מפורש.

לכן מודינא דהוי אסמכתא בעלמא. אבל ודאי דהוא דאורייתא גם כן. וכן משמע בתשובת מהריב"ל סי' מ"ג שהביא תשובת הרא"ש שכתב דהמנהג לא יוכל לסתור תקנת הראשונים. שהם דברי תורה מטעם הפקר ב"ד הפקר ע"ש בזה:

אלא דהרשב"א בתשובה (אלף ר"ו) כתב דהפקר ב"ד הפקר מדבר תורה. ומייתי מהא דקאמר מנין שהפקר ב"ד הפקר [ואף די"ל דמצינו מנין שהוא מדרבנן. כמוש"כ תוס' בב"ב (דף קמ"ז) בד"ה מנין] וא"כ לדידי' תמוה שכתב בנדרים דהא דיחרם כל רכושו שאני שהי' כל ישראל. והכי ס"ל דלא הוי אסמכתא בעלמא בזה. וכן מבואר בתשובת מהרי"ק (שרש פ"א) דהפקר ב"ד הפקר בזה"ז דאורייתא עיי"ש בזה. וכ"ה בתשובת המיוחסת להרמב"ן רנ"ו דמבואר נמי כן. מסקנת הדברים בזה נלע"ד דבסמוכין ודאי הפקרן הפקר מדאורייתא. דלכך ניקרי' אלהי' לשון שררה. כמש"כ רש"י בכ"ד. ואחד מהם בסנהדרין (דף נ"ו) מלשין ראה נתתיך אלהים לפרעה. והרי רש"י פי' בסנהדרין (דף ה) אהא דקאמר שם לא יסור שבט מיהודה אלו ראשי גליות שבט מלשון שררה דהפקר ב"ד הפקר. כדכתיב יחרם כו' ע"כ. אלמא דשם שררה מורה על הפקר ב"ד גם כן. ובאינם סמוכין דעת הרשב"א דהוא ג"כ דאורייתא. אלא דהת"ם ס"ל דהוא מדרבנן וכמוש"כ בזה. [ועיין תולין (ד' צ"ב) כי שרית עם אלהי' ועם אנשים אמר רבה רמז רמז לו שעתידים שני שרים לצאת ממנו ראש גולה שבבבל ונשיא שבא"י אלמא דתרווייהו שרים הוי. וא"כ אמאי אין נשיא לבד יכול להפקיר הוא משום דגלי קרא דתלתא בעינן מג' אלהים ולכך אין הפקר ניתן אלא לריש גלותא בלבד כדין מלך. אבל הנשיא אינו כן דגלי קרא בתלתא אבל לא לבדו. וזה נכון:

הטור באהע"ז סי' ק"כ כתב דמפני תקנות עגונות תיקנו חכמים שהאשה תתן שכר הסופר. ותקנהו לבעל. וכתב שם בס' גט פשוט הא דהצריך הטור שהאשה תקנהו לבעל והלא ממילא קני לבעל מטעם הפקר ב"ד. משום דאין כת ביד חכמים רק לאפוקי ממונא מיד האשה בכח הפקר ב"ד. אבל עדיין לא קני הבעל דלא מצינו בשום מקום דיש כח ביד ב"ד לאוקמי ברשות אדם דבר שאינו שלו ולא החזיק עדיין. כי הגם דמצינו בפרק הנזקין אוקמי רבנן ברשותי' כי היני דנחייב עלה שאני התם דכבר החזיק ונכנס לרשותו עיי"ש. והנה רש"י בגיטין (דף כ) כתב וז"ל אקנויי אקני לי' רבנן ההוא זוזי מדידה והוי כמאן דיהיב לי' איהו דהפקר ב"ד הפקר עכ"ל. הרי דס"ל דהפקר ב"ד מהני גם להקנות: והנה בגיטין (דף ל"ו) אמרינן ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית והתקין הלל דלא תשמט אמר אביי בשביעית בזה"ז כו'. ומי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטא ותקנו רבנן דתשמט אמר אביי שב ועל תעשה היא. רבא אמר הפקר ב"ד הפקר.

ופרש"י שם דהאי תירוצא דהפקר ב"ד הפקר, קאי גם אקושיא קמייתא. ומי איכא מידי דמדאורייתא משמט ורבנן תקנו דלא משמט. וכתב הרשב"א וז"ל ומינה שמעינן דכח ב"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפילו קודם שבאו לידו וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות אשר נחלו. דמה אבות מנחילין ואומרין שדה פלוני לפלוני וזכה לו מיד ואף קודם שבא לידו. אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו ואומרין ממון ראובן יהא לשמעון. וזוכה בו מעתה שמעון עכ"ד והביאו הריב"ש סי' שצ"ט. הרי דס"ל לרש"י דגם להקנות אמרינן אלים כח ב"ד לאוקמי דבר שאינו שלו ברשות אדם. ולשיטתי' אזיל דכן מוכח ממה שפי' בגיטין דף כ) וכמו שנתבאר לעיל בזה:

וביש"ש פ"ב דגיטין סי' כ"ב כתב וז"ל דלא שייך לומר אקנוי אקני לי' רבנן הפקר ב"ד הפקר עד דמטא לידו לכך כ"ז שלא הקנה הסופר את הקלף מקודם לבעל וכתב עליו את הגט וכתב הגט על דבר שאינו שלו ע"כ הרי להדיא דס"ל דהפקר ב"ד אינו עושה קנין וכ"כ שם סי' כ"ו. אולם התשב"ץ ח"ב (שאלה ה') אחר שכ' דהפקר ב"ד הפקר כתב וז"ל ואעפ"י שהממון לא יצא מיד הבעלים ועדיין ברשותם יכולין ב"ד להפקירו ולומר שאינו שלו ולזכותו לאתר. והכי מוכת בגמ' בפ' השולח. וכ"כ המפרשים ז"ל ע"כ. הרי להדיא דמסיק דיכולים להקנות ג"כ. וכן מבואר בשיטה לב"מ (דף ט"ז) דתקנו משום כדי תיו דהפקר ב"ד הפקר ואוקמי' ברשותי' שיהא מהני המכירה במה שאירש מאבא היום עיי"ש ובש"מ ב"ב (דף כ"ד) בזה: והנה הרמב"ם מפרש דלא קאי אקושיא קמייתא. אלא אבתרייתא כמש"כ הב"י סי' ס"ז וכסף משנה. ולכאורה משמע מזה דס"ל דאין כת ביד ב"ד להקנות דבר שאינו שלו קודם שבא לידו אכן י"ל דאין ראי' מזה. די"ל דס"ל כמש"כ תוס' בגיטין שם ד"ה מי איכא שכתבו הא דלא משני רבא אקושיא קמייתא. משום הפקר משום דקשה לי' שבכך יבטל מצות שביעית. אבל לעולם יש לומר דגם להקנות קודם שבא לרשות האדם יש כת בידם. ואין כאן מחלוקת בזה:

אכן מה שמבואר ברשב"א דזה תליא דוקא אי ילפינן מקרא דאלה הנתלות אשר נחלו אז מוכח דיש כת בידם להקנות ג"כ א"כ למאן דיליף שם בגיטין (דף ל"ו) מיחרם כל רכושו אין זה ראי' אלא להפקיר ולא להקנות כ"כ גם הישו"ש (ביבמות פ"י סי' י"ט). וניחא לי בזה לפי"מ שפירשו רש"י וסייעתו הא דמשני רבא הפקר ב"ד הפקר דגם אקושיא קמייתא קאי דלמה באמת לא אמר רבא כן אקושיא קמייתא ונטר עד לבסוף אקושיא בתרייתא. אבל לפי מה שנתבאר דאי כח ב"ד אלים להקנות ג"כ אינו אלא אי ילפינן מאלה הנתלות אבל אי ילפינן מיחרם כל רכושו אין יכולין אלא להפקיר אבל לא להקנות אתי שפיר דרבא לשיטתי' במועד קטן (דף ט"ו) דיליף דמפקרינן נכסיו מיחרם כל רכושו דקאי

אהא דקאמר רבא שם בריש הסוגיא מנלן דמזמנינן עיי"ש. וכן בגיטין מסיק דאמרינן מנין דהפקר ב"ד הפקר מיחרם כל רכושו. ולכן לא מהני אלא להפקיר ולא להקנות ולכן לא שייך הפקר ב"ד אקושיא קמייתא דמשמט דליתקני משום הפקר ב"ד דלא לישמט לאוקמי ברשות המלוה דבר שאינו שלו ורש"י דפי' כן דגם אקושיא קמייתא קאי תירוצא דהפקר ב"ד. היינו אליבא דהלכתא דילפינן מאלה הנתלות. וכן בגיטין (דף כ') שפרש"י דהא דמשני רבא אקנוי אקני לי' רבנן דהוא משום הפקר ב"ד הפקר אינו אליבא דרבא בעצמו דלדידי' לא מהני הקנאה אלא אליבא דהלכתא דילפינן מאלה הנחלות. ומעתה ל דלכן הרמב"ם לשיטתי' פי' דלא קאי תירוצא דהפקר ב"ד הפקר אלא אבתרייתא. ולא אקמייתא משום דכתב (בפכ"ד מהלכות סנהדרין ה"ו) דהפקר ב"ד הפקר מיחרם כל רכושו וא"כ אין כח ביד ב"ד אלא להפקיר אבל לא להקנות ואתי שפיר ודו"ק ובשיטה מקובצת (ב"ב מ"ה). ושם (דף ק') מבואר דאין כח ביד ב"ד אלא להפקיר אבל לא להקנות עיי"ש. ומצינו דתקנו רבנן לאוקמי ברשות אדם גם בלא החזיק ובא לרשותו הא דב"ק (דף ס"ט) אמר אביי כו' עבדו להו רבנן תקנתא ע"ש וי"ל דרבא דקאמר שם טעמא אחרינא לטעמי' אזיל דס"ל להקנות לית להו רשותא. ובתוס' ב"ק שם (דף ס"ח) ד"ה הוא וז"ל וי"ל דאפקינהו רבנן מרשות עם הארץ שלא יהא נכשל ואוקמי' ברשות זה שיכול לחלל דהפקר ב"ד הפקר עכ"ל. וזהו שפרש"י שם בגיטין (דף ל"ז) בד"ה דתפסי בי דינא דהפקרן הפקר ולמלוה אין כאן לא יגוש ע"כ. אלמא דס"ל דהפקרן הפקר שלא תשמט ויכולין להקנות גם כן. וכן משמע ממש"כ שם (דף ל"ו) בד"ה מוסרני שכ' וז"ל ולקמן מוקי דיש כח בידם להפקיע ממונו של זה וליתן לזה ע"כ. ולענין דינא נראה דהוי ספיקא דדינא אי הפקר ב"ד מהני גם להקנות וכן עיקר ודו"ק:

יש להסתפק אי הפקר ב"ד מהני להפקיע שעבודא. דבמפקיר מעצמו יבואר לקמן סי' רמ"ה בט"ז שם דבע"ח גובים מהזוכים מהפקר ואין ההפקר מהני להפסיד בע"ח אי גם בהפקר ב"ד כן. או דילמא הפקר ב"ד אלים טפי. והי' אפשר לצדד בזה הרבה. ומצאתי בתשובת גאוני קדמאי שפשיטא לי' דאין יכולין להפקיר דלדידי' יכולין לקנוס ולא לאחרים ע"ש בזה:

ובטעמו של דבר דבמפקיר לא מהני לאפקועי שעבודא דבע"ח ביארתי לקמן סי' רמ"ה עפימש"כ רש"י בפסחים (דף ל') דהא דאקדיש לוה וזבין לוה אתי מלוה ופריק ואתי מלוה וטריף משום דמשועבדין הרי הן כממושכנין למלוה ואינו ברשותו של לוה להקדיש ולמכור וא"כ הכי נמי לא מהני הפקר דאין אדם מפקיר דבר שאינו ברשותו וא"כ הכא נמי בהפקר ב"ד כן אין בידם להפקיר דבר שאינו ברשותו. כמו שהבאתי לקמן

סי' רי"א דאין הקהל מקנים דשלבל"ע אף דכחם יפה וכמש"כ בזה. ולכאורה י"ל אי ילפינן מאבות מה אבות מנחילין כל מה שירצו אף ראשים מנחילין א"כ דבירושה בע"ח גובה מהן ה"נ בהפקר ב"ד בע"ח גובה מהזוכים מההפקר משא"כ אי ילפינן מיחרם כל רכושו. אבל העיקר כמו שנתבאר תחילה בזה. וכן משמע דאין הפקר ב"ד הפקר לחוב לאחרים מהא דמבואר בירושלמי דשקלים פ"א ה"ב דבעי אהא דהפקר ב"ד מנין שפטורין ממעשר ופשיט דפטור והוא כיון דאי הפקר פיטר ממעשר הוי חוב לאחרים ופשיט דפטור ממעשר וכ"ז במעשר דאי חייב במעשר א"כ הי' לו החזקת טובת הנאה, דהא יכול ליתן למי שירצה וחכמים רצו לקונסו שלא יהי' לו אף טוה"נ וגם אין ניכר שהוא הפקר דחדא מילתא הוא משא"כ להפקיע שעבודא דאחרים. וכן מצינו בכמה דוכתי דלדידי' לבד קנסו כמבואר (בב"ק דף ס"ט):

הא דהפקר ב"ד הפקר מבואר בכאן דאין עושין כן אלא במידי דצורך. וכמוש"כ התוס' בכתובות (דף כ"ט) כן עיי"ש דבמידי דאין צורך אין עושין כן. והמ"ל פ"ד מהל' מלוה ולוה דין י"ד כתב כן מסברא דנפשי' עיי"ש והרי מבואר להדיא בתוס' כן וכן משמע ברש"י גיטין (דף ל"ו) ד"ה אמר רבא וז"ל דבדבר שבממון אין עקירת דבר מן התורה. במקום סייג וגדר דהפקר ב"ד בממון הפקר עכ"ל. הרי להדיא דהפקר ב"ד הפקר אינו אלא היכא דהוא למיגדר מילתא. וכן משמע ברש"י שם (דף ל"ו) בד"ה מוסרני. עיי"ש בזה. ובתשו' מיימוני לספר נזיקין סי' ט"ו דהפקר ב"ד הפקר למגדר מילתא:

אבל אינן רשאין לשנות דבר במקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי עיין סמ"ע שכתב צ"ע בדעת הרמ"א אי ס"ל דדעת החולקים אפי' למגדר מילתא לצורך שעה לא מהני. או דס"ל דדוקא שלא לצורך שעה אבל אם הוא צורך שעה מודים דיכולים לשנות ע"ש. וזה מתבאר מתשובת הרמ"א סי' ע"ג שכתב בעצמו להדיא בראי' דבמידי דלצורך שעה לכו"ע יכולין לשנות משום מיגדר מילתא עיי"ש:

הקצה"ח נסתפק אי שייך דינא דגואל הדם בזה"ז. ולא ראה דברי רבינו ירוחם. בסוף ספר משרים נל"ג ח"ב שכתב להדיא דדנין דינא דגואל הדם גם בזה"ז. וז"ל שם וכתב ה"ר אברהם נרו. נראה שדינין אלו צריכין גם בזה"ז ע"כ. ולפי"ז מה שכתב הרא"ש בפ"ג דב"ק סי' י"א וז"ל. ומה שלא הכריע בין תרי קמייתא לפי שאין נפקותא ביניהן אלא לענין גלות עכ"ל. ה"ה דהומ"ל לענין גואל הדם. ע"ש ודו"ק וצ"ע למה לא כתבו הרי"ף והרא"ש דינא דגואל הדם בפ"ב דמס' מכות כיון דנוהג בזה"ז ג"כ. והנימוקי מהר"ם מירזבורג כ' וז"ל דין דגה"ד רדפוהו עד חובה והשיגוהו כדין עשו שנקמו נקמת אביהם דגברא קטלא קטלו משמע דנוהג בזה"ז ג"כ: השיטה בב"מ (דף צ"א) כתב וז"ל אע"ג דבמידי דממונא

כי הכא בית דין מתנין לעקור דבר מה"ת אפי' בקום ועשה כי הכא. חדא עקרי תרתי לא עקרי. עכ"ל מבואר מזה דהפקר ב"ד הפקר אינו אלא במקום דאיכא חדא איסורא אבל לא בתרי איסורי. וסברתו בנידון דשם צ"ע מה שייך בזה תרי איסורי כיון דהאיסור אינו אלא שהפועל אוכל משל בעה"ב שלא כדין. מה בכך דאיכא תרי טעמי משום דמהלך לאו כעושה מעשה דמי ומשום דעושה בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר ויתבאר במ"א בזה:
הרמב"ם פכ"ד מהלכות סנהדרין כן יש לב"ד בכל מקום ובכ"ז להלקות אדם ששמועתו רעה. והעם מרננים עליו שהוא עובר על העריות. והוא שיהי' קול שאינו פוסק כמו שביארנו ע"כ. ועיין בראש פ"ג דסנהדרין סי' י"ג שכתב הא דמלקין על לא טובה השמועה הוא באינו פוסק דוקא וכמוש"כ הרמב"ם כאן בזה:
הב"ש באהע"ז סי' כ"ב סק"ו כתב בשם הב"ח דהא דאין מלקין על לא טובה השמועה הוא דאותה אין מלקין אבל אותו מלקין דלא יבא ללעז דאינו ידוע עם מי נתייחד ועיין בראש פ"ג דסנהדרין סי' י"ג שכתב ונראה לפרש החשוד על עריות שהוא רגיל גם בעריות ומתייחד עמהם וסאני שומעני' וארבעים בכתפי' דמלקין על כל העריות חוץ מא"א ע"כ משמע מזה דבא"א גם אותו אין מלקין לכן נ"ל דגם הב"ח לא קאמר אלא באם ילקו אותו לא יתודע אבל אם ידוע מודה דאין מלקין אותו ג"כ. מה שכתב בתשובת הראנ"ח ח"ב (שאלה מ"ב) דהא דמלקין על לא טובה השמועה הוא מלקות ממש ולא מכת מרדות דלא כהחכם השואל שם עיי"ש. זה אינו דאין לוקין על לאו דדברי קבלה אלא מכת מרדות כמו שהארכתי בזה במקום אתר והבאתי דברי המדרש דפ' חקת. ומן הקבלה את מלקני. ועוד דוכתי טובא דמוכח כן. ומה שהביא ראי' מהא דסנהדרין (דף כ"ו), החשוד על עריות כשר לעדות ופריך ארבעין בכתפי וכו' ואי אינו אלא מכת מרדות הא עד שיאמר חטאתי די. אינו ראי' דאדרבא מזה הבאתי ראי' בסי' כ"ז דגם מ"מ בלעבר יש לו קצבה דארבעים אלא דבלא"ה אין נפ"מ דגם לדידי' הא מודה דלא בעי התראה ושאר דברים כמו במלקות דד"ת. אלא לפי"מ דסובר דמ"מ די עד שיאמר חטאתי לכן הוצרך לומר דהוא מד"ק אבל לפי"מ דקי"ל דגם מ"מ יש לו קצבה אין נפ"מ מזה. וגם מה שהביא כן מהא דמבואר בע"ז (דף ל"ו) הבא על הנכרית בצנעא חייב משום נשג"ז ואי מ"מ עד שיאמר חטאתי די מה נפ"מ בהך ארבעה חיובים ולפי"מ שביארנו אין חילוק בין קבלה לדרבנן א"ו דבלעבר גם למ"מ יש קצבה. או כפי"מ שיראו וכמו שמבואר לקמן סי' כ"ז בזה. וכן מבואר להדיא בריטב"א קידושין (דף פ"א) דהא דמלקין על לא טובה השמועה. היא מכת מרדות ע"ש ורש"י דכתב דמלקין על היחוד מרדות ולא כתב על לא טובה השמועה אין ראי' מזה דה"ה על לא טובה השמועה כן. ובקידושין (דף י"ב) ההוא

חתנא דחליף אבבא דבי חמוה ונגדי' רב ששת ההוא מידם הוי דיימא חמתי' מיני' ופי' הרמב"ם בפ"ב מהלכות איסורי ביאה דהוא מכת מרדות וי"ל דהוא ג"כ משום אל בני כי לא טובה השמועה ועיין באהע"ז סי' קע"ח ס"כ דמשמע כן:

הסמ"ע ס"ק ט"ז כתב בהגה"מ פי"ז דסנהדרין מעשה באחד שישב לארץ להלקותו ולא בא הממונה להלקותו ופטרו והביא ראי' לדבר. עכ"ל וזהו סיום דברי הגה"מ ופטרו רבי' זקני כיון שלא הורגלו בכפיתה א"א ע"כ. נראה דראייתו הוא מהא דאמר שמואל שלהי מכות כפתוהו על העמוד ורץ מב"ד פטור משום דנתבזה בזה. ומעתה לדידן דלא הורגלו בכפיתה בלא הממונה קרינן בי' ונקלה אחיך בזה ולפי"ז צ"ל הציון הגה"מ ברמב"ם שם על הלכה ז' ולא כמו שנרשם שם על הלכה ו' אהא דמבואר שם דאם נפסקה רצועה בשני' פוטרין אותו דאינו ענין לכאן. המהרלב"ח נחלק עם הר"י בי רב באדם שמודה שחייב מלקות ורוצה לעשות תשובה אם לוקין ע"ש ובבדה"ב ביו"ד סי' קנ"ח כ' בשם ר' ירוחם דלוקין ולא שייך אין אדם משום רשע בזה. וכן משמע מהא דמבואר באו"ח סי' תר"ז ס"ו לוקין ארבעים שמתוך כך יתן אל לבו אבל בלא"ה אין לוקין וכמש"כ הא"ז שם כן:

סימן ג

סעיף א':

אין ב"ד פחות משלשה וכו'. הספרא פ' אמור משפט אחד יהי' לכם אחר דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה. שנאמר משפט אחד יהי' לכם. או מה דיני נפשות בכ"ג אף דיני ממונות בכ"ג ת"ל עין תחת עין ריבה. ואין לו ביאור מאין ידעינן זה מעין תחת עין דדיני ממונות בשלשה. ועוד איך יתכן דדיני ממונות בכ"ג הא אדרבא בריש סנהדרין בבבלי וירושלמי שם בעי לימוד לג' ויליף מתלתא אלקי' דכתיב בפ' שומרים וא"כ ממילא ידעינן דלא בעי כ"ג. ונ"ל דבריש סנהדרין (דף ב') אמרינן דעיקר ג' בנזילות וחבלות כתיבי גזילות דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלק'. חבלות מה לי חבל בגופי' מה לי חבל בממוני' וזה מספיק לענין דחבלות בעי ג' מכ"ש דממון. אבל אכתי נימא דחבל בגופי' עדיף ולא סגי בג' אלא בעי כ"ג מהיקישא דמשפט אחד יהי' לכם [ועיי' תוס' בר"ה (דף כ"ו) דחבלות דומה לדיני נפשות עיי"ש בזה]. וגם מכה בהמה דסמיך לחבלות דכי יתן איש בעמיתו בכלל זה כמו דילפינן בר"פ החובל דעין תחת עין ממון מהיקישא דמכה בהמה ישלמנה. משום דמכה בהמה גרע משומרים. דלבד היזק ממון חבירו איכא צב"ח גם כן אבל אין לומר דלא מיירי אלא לחבלות אבל מכה בהמה פשיטא לי' דבג' א"כ נילף חבלות בהיקישא דמכה בהמה כדיליף בב"ק (דף פ"ד) מגז"ש דמכה מכה. או

מסמיכות א"ו דגם במכה בהמה לא ידעינן דסגי בג' גם כן. וזהו דאתר הספרא בפרשה זו דאיירי בחבלות דגופו וסמיך לדיני נפשות מכה אדם. וסמיך לי' משפט אחד יהי' לכם דמה דיני נפשות בכ"נ אף דיני ממונות היינו חבלות כדאמרינן בריש סנהדרין מה הן דיני ממונות גזילות וחבלות וכאן בגזילות לא בעי דבדידהו בהדיא כתיב ג' וקאי אחבלות. ומכה בהמה שיהא בכ"ג ומייתי ראי' חבלות דמי לגזילות וסגי בג' והוא מדכתיב עין תחת עין וילפינן בר"פ החובל מכמה קראי דהוא ממון ולא עין ממש וקשה דלמה באמת נכתב בלשון דאיכא למטעי שהוא עין ממש ולא כתב מכה עין וכדומה ישלם. אלא צריך לומר דלכך נכתב בלשון זה להורות דמה לי חבל בגופי' מה לי חבל בממוני' וממון שמשלם הוי כעין. א"כ ש"מ דלכל מילי דמיא חבלות לגזילות ולא לדיני נפשות וזה נכון שוב מצאתי בתוספתא דשבועות פ"ג דאיתא התם אי מה דיני נפשות בכ"נ יכול אף דיני ממונות כן. ת"ל ונקרב בעל הבית אל האלקי' ריבה לו הכתוב דיין אחד. עד האלקי' יבא דבר שניהם. ריבה לו הכתוב דיין שני. אשר ירשיעון א' ריבה לו הכתוב ג' דיינים מכאן אמרו דיני ממונות בג' ור' יוסי אומר בחמשה כדי שיגמור הדין בנ' יכול אין לי בג' אלא דיני ממונות הקלין מניין לרבות החמורין וחומר בחמורים ח"ל עין וגו' כו' תחת כו' וגו' ע"כ הרי להדיא דהספרא לא קאי לד"מ בג' דזה ידעינן מתלתא אלקי' אלא דמנלן לחבלות ולרבות החמורים מכה בהמה דאיכא צער בע"ח וחומר בחמורים היינו חבלות ומייתי מתחת דמוכח מה לי אבל בגופי' ומה לי חבל בממוני' וכיון דחמור בחמורים די בג' כ"ש מכה בהמה. ובת"ב שם פי' דחומר גזילות. ולדעתי נ"ל כמוש"כ וכל מה דמבואר עוד בתוספתא שם שוגג כמזיד ועדיו הכל בחבלות קאי ושם מרבה מתחת עין וכאן מסיים התוספתא עין תחת עין וכו' תחת וכו' והוא דלמה נכתב כן ולא כתיב תשלומין להורות דמה לי חבל בגופי' ומה לי חבל בממוני'. וכעת ראיתי שהגאון ר' נפתלי כ"ץ ז"ל הגי' בהספרא אף ד"מ בכ"ג ת"ל מכה בהמה ישלמנה. וסמיך לי' ואיש כי יתן מום בעמיתו מה מכה בהמה בג' אף מכה חבירו בג' ע"כ והבוחר יבחר כי מהתוספתא דשבועות משמע כמו שפרשתי בזה. וכעת בא לידי פי' תוס' על ח"כ ופי' מדכתיב עין וסמיך לי' מכה בהמה ישלמנה דמוכת דהקשו לד"מ. והרי בתוספתא מבואר גם מכוי' תחת כוי' והוא בפ' משפטים ושם לא נאמר מכה בהמה ישלמנה. ובאינך דברים בתוספתא מייתי מעין ישלם והוא מסמוכין דכתיב עין וישלם הוא ממכה בהמה ישלמנה אבל בג' מייתי מכוי' תחת כוי' גם כן והוא מבואר כמוש"כ בזה:

בסנהדרין ג' מדאורייתא חד נמי כשר עיין רא"ש דבחד הדיוט סגי. ובתומים פי' לדעת הרמב"ם דהוא חד סמיך וכן צ"ל בדעת תוס' דבסנהדרין (דף ג') ד"ה שלא כתבו

דשליחותייהו דקמאי עבדינן לדידן עיי"ש ושם בד"ה לרבא הביאו דבהאי גונא פוסק כשמואל אם כן ס"ל כן מדלא חלקו עליו. ומאחר דפסקו כשמואל א"כ הוא כרב אחא דחד נמי כשר וא"כ לא בעי מומחין כלל ואמאי צריך לשליחותייהו דקמאי ומוכח מזה דס"ל דהא דחד נמי כשר הוא מומחה ולכך כתבו דשליחותייהו דקמאי עבדינן אלא דזה אינו דהא שמואל דס"ל דאין עירוב פרשיות ודאי לא בעי מומחה כלל. ומשמע דלגמרי פסקו כשמואל בזה:

ואם נתינת הגט בעי ג' עיין רש"י סנהדרין (דף ב') והמיאונין בשלשה שכתב דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון א"כ מבואר דגט בעי ג' וכן כתבו המפרשים מהא דתרגם יונתן וכתב ספר כריתות בתרע בי דינא. אמנם מהא דב"ב (דף קע"ג) אטו כל דמגרש בי דינא ומגרש לא משמע כן. ונראה לי טעמא דבעי בגט ב"ד דלכאורה יש לעיין איך מהני קיום בגט בע"כ. הא שטר בעי דעת המתחייב כמוש"כ התוס' כתובות (דף כ') והכא הוי בלא דעתה דהוא חובת המגורשת. וי"ל עפימש"כ תוס' בב"ב (דף מ') דהא דמהני קיום שטר שלא בפני בע"ד אף שהוא שלא מדעת בעל השטר משום דהוא מעשה ביד וכל מעשה ב"ד נכתב שלא מרצון המתחייב יעויי"ש בזה. ועיין ב"מ (דף י"ת) ההוא גברא כו' וכל מעשה ב"ד הרי זה יחזור אלמא דגט מיקרי מעשה ב"ד ולכן שפיר מהני בלא רצון המתחייב והתינח אם הנתינה בב"ד ולכן שפיר בעי ב"ד וכ"ז אם הגירושין בע"כ אבל אם הגירושין ברצון שניהם לא בעי ב"ד כלל ומעתה בב"ב דחיישינן לקנוניא שפיר י"ל דמגרש בעצמו שלא בב"ד דמשום קנוניא יהי' ברצון שניהם. משא"כ בקרא דמיירי בע"כ וכדכתיב כי מצא בה ערות דבר לכן שפיר תי' בתרע בי דינא וא"ש. וכן מה שהקשה הנוב"י אהא דבעי ב"ד מעוד דוכתי דלא משמע כן. הכל מיירי מרצון שניהם ויותר נראה לאוקמי הכי מהא אוקימתא שהביא שם. דמיירי באירוסין וא"כ בזה"ז דכולם מרצון לא בעי ב"ד. ובמ"א יתבאר. ובח"ס עמד ע"ז למה מהני בגט הא הוי שטר שלא מדעת המתחייב. ועיי"ש מה שתירץ ול"נ כמו שנתבאר. אלא דקשה לי מהא דאמרינן בקידושין (דף ט') כתבו לשמה ושלא מדעתה רבא ורבינא אמרי מקודשת כו' מקשינן הוי' ליציאה מה יציאה לא בעינן מדעתה אף הוי' לא בעינן מדעתה והתם ליכא למימר כמו בגט דע"מ כן. גם שם ליכא ביד א"ו דגזה"כ הוא לכן ליתא למש"כ וצ"ע בכ"ז. ואולי ע"כ לא שייך מפיהם ולא מפי כתבם אלא בכותב שטר ומתחייב על עצמו משא"כ בגירושין וקידושין הבעל כותב שמגרש ומקדש לא שייך כן: ולפימש"כ הריב"ש סי' שפ"ב בשם הרא"ה וז"ל ואם כתבו בלשון עדים וחתמו עדים מהני ואינו מפי כתבם. דכל מילתא דמתעביד

בע"כ של מתחייב כגון זה ומסירת מודעה לא בעינן צוואת מקנה. ואינו מפי כתבם ע"כ. וא"כ בגט דמהני בע"כ אינו מפי כתבם כלל וזה נכון:

מ"מ נ"ל דגר אף דכשר לקיים שטרות כדמשמע מהא דמבואר בשו"ע. מ"מ אינו יכול לקיים שלא בפני בע"ד. דלכאורה קיום דהוי כדין ואין גר יכול לדון כמבואר בסי' ז' ואמאי כשר לקיים. וצ"ל כיון דלא דרך כפי' הוא שפיר יכול לדון. וכ"כ בספר כתובה (דף כ"ב) והרי התוס' במס' ביב (דף מ') דהא דמהני קיום השטר שלא בפני בע"ד הא הוי שלא מדעת בעל השטר משום דהוא מעשה ב"ד וכל מעשה ב"ד נכתב שלא ברצון המתחייב. א"כ כיון דגר אינו יכול לדון אינו יכול לכתוב מעשה ב"ד שלא ברצון המתחייב. א"כ ה"ה דאינו יכול לקיים שטר שלא בפני בע"ד. ובסוגיא דב"מ (דף ט"ז) מתבאר להדיא דקיום שטר הוי מעשה ב"ד עיי"ש בזה:

ונראה לי עוד ראי' דנתינת הגט לא בעי ב"ד מהתוס' גיטין (דף י"ז) ד"ה מפני מה שכ' דאפילו אין בו זמן יכולה האשה לבקש עדי מסירה שיעידו בפני ב"ד או עדים שהיום נתגרשה ויכתוב לה שטר אחר וכ"כ שם בד"ה עד שעת נתינה ואס"ד דגט בעי ב"ד מה האי שכתבו שיעידו בפני ב"ד הא יכולה לבקש מהב"ד עצמם שהי' בעת נתינת הגט ולמה צריך עדותן של עדי מסירה א"ו דמשמע דס"ל דגט לא בעי ב"ד כלל וכבר כתבתי במ"א בזה:

ולאסור אשה על בעלה אם בעי ב"ד של ג' מאחר דאיכא פסידא דכתובה הרי זה כדיני ממונות דבעי ג' או אינו אלא הוראת איסור ככל איסורי תורה וסגי ביחיד לבד. ולהתיר אשה לבעלה דעת הח"מ באהע"ז (סי' י"ז ס"ק ע"ח) דלא בעי ב"ד וכתב בהדיא דלאסור על בעלה ג"כ לא צריך ב"ד. וז"ל דגם חכם אחר יכול להורות בכל דיני איסור והיתר ונדה ע"כ. הרי להדיא דפשיטא לי' דאין צריך ב"ד לאסור על בעלה אבל הרמ"א שם סל"ט והב"ש (ס"ק קכ"ד) ס"ל דלהתיר לבעלה בעי ג' מחמת דאיכא דין או דדמי לד"נ דמתירין א"א לעלמא או כתובה ודמי לדיני ממונות ולא דמי לשאר הוראת איסור והיתר דליכא דין א"כ לדידי' י"ל דגם לאסור על בעלה מאחר דאיכא דיני ממונות גם כן בעי ב"ד ג' גם כן. ומשמע לי דלאסור לבעלה א"צ ב"ד של שלשה מהא דפרש"י בסנהדרין (דף ח') בפלוגתא דר"מ ורבנן במוציא שם רע אי סגי בג' או בעי כ"ג דמיירי באין לו עדים אלא דאומר לא מצאתי בתולים ובא להפסיד כתובתה וכן מפרש בירושלמי ואמאי לא קאמר לאוסרה עליו ובליכא ס"ס באשת כהן או נתקדשה בפחות מג'. א"ו דבזה לא בעיא ב"ד אלא הוא ככל הוראת איסור והיתר. אלא די"ל דרש"י רצה לפרש בכתובה דיהא ניחא אפילו בישראל דליכא אלא חד ספיקא דאפ"ה אינה גובה כתובה מספיקא.

כמבואר בח"מ סי' ס"ח סק"ט. אבל אין זה נכון דעכ"פ הו"ל להזכיר לאסור על בעלה ולהפסיד כחובה א"ו דלאסור לא בעי ב"ד כלל אם לא במקום שצריך כפי' דאז צריך ב"ד ע"ז. ולפימש"כ הב"ש (בסי' י"ז ס"ק ס"ג) דלכך צריך דו"ח לאסור אשה על בעלה דליכא ד"מ דהא אם היא אסורה אין לה כתובה. ואם היא מותרת אינה נוטלת הכתובה וע"כ הוי דיני נפשות וא"כ גם להב"ש אין צריך בלאסור ב"ד. ג' דהא ליכא כאן כתובה. ואף דהוי כמו דיני נפשות מ"מ אינו אלא לדו"ח בקבלת עדים ואז בעי ב"ד ג'. אבל להורות הרי הוא כאיסור לבד:

אם מכת מרדות בעי ב"ד של ג' או לא. האריך בזה בר"ש בן תשב"ץ ומשמע לי מהא דאמרינן במס' סנהדרין (דף י"ח) עבר על עשה ול"ת הרי הוא כהדיוט לכל דבריו פירש"י כהדיוט לידון בשלשה ע"כ והרי במ"ע אין בו אלא מכת מרדות ואפילו הכי בעי שלשה גם כן:

הא דבעינן ב"ד של נ' הוא לברר את הדין ואם נתברר אצלם להיכן הדין נוטה הגדול שבהן אומר הפסיד כמבואר בסנהדרין (דף כ"ט) הגדול שבדיינין אומר איש פלוני אתה זכאי איש פ' אתה חייב. ויש לעיין אי הוא לעיכובא שיהיו כולן בשעת הפס"ד או די באחד מהן מאחר דנתברר הדין ואינו צריך אלא הודעה מי הוא הזכאי מי הוא חייב. [ובמדרש רות למה בשלשה שאין הלכה מתבררת אלא בשלשה משמע דצריך בירור לבד] ואי משום נאמנות די בשנים מהן. או דאפילו אחד מהן נאמן דהיא מילתא דעבידא לגלויי ואפילו לפי דעת הרמ"א בסי' ל' דלא מהני בד"מ מילתא דעבידא לאגלויי בכי הא דבודאי יבורר גם לרמ"א מהני ונראה דאפילו נימא דאינו לעיכובא. ודי בשנים או באחד מהן. הא דנהוג שיהי' כל הג' ביחד הוא כדי לקיים מצות דועמדו שני האנשים לפני ד' ופי' בתוס' ב"ב (דף קי"ד) ועוד דוכתי דלפני ד' אלו הדיינין. וא"כ לפימש"כ (בסי' י"ז) דבדיעבד אינו מעכב הא דועמדו שני האנשים אלו הבעלי דינין שכתב התוס' שם. ה"נ אינו מעכב שיהי' כולם ביחד ובדיעבד מהני ואינו אלא מצוה דלכתחילה. אלא דמטעם אחר יש להחמיר שיהיו כולם גם בשעת הפסק כדאמרינן בשבת (דף י') גמר דין לכחחילה לא דילמא חזו טעמא וסתרי דינא ושוב ראיתי להנתיבות (בסי' י"ח) שפסק להדיא כן. אכן אם הוצרך אחד לסלק מאיזה סיבה והגיד דעתו בבירור שכן יפסקו השנים בלעדו. אז יש לומר דמהני דהא דדילמא חזו טעמא וסתרי דינא דקודם הפסק דייקי טפי וא"כ הכא שהגיד להם שיגידו בלעדו הוי כמו שהגיד הפסק להבע"ד דדייק שפיר וסגי בשנים לבד או באחד גם כן:

ומאד תמהתי על המנהג שנוהגין בהתרת נדרים בשלשה שכולם אומרין מותר לך מותר לך ג"פ דלע"ד סגי באחד שיאמר מותר לך. דהא דהתרת נדרים בשלשה הוא כמו דין דהוי בג' או ביחיד מומחה והם צריכין לברר או להתיר או לא. וכשיוסכם אצלם שמועיל ההתרה צריך הגדול שבהן לומר מותר לך כמו איש פלוני אתה זכאי. איש פ' אתה חייב וה"נ בנדרים כן. ועיין בסדר הגט סי' מ' ואז יאמרו לו מותר לך ג"פ משמע דהב"ד כולם צריכים לומר לו כן. וביו"ד סי' רכ"ח ס"ג כיצד היא התרה שיאמר לו מותר לך. ומשמע דקאי גם אג' שכתב בס"א, ושוב מצאתי הדבר מפורש ברמב"ם (פ"ו מהל' שבועות ה"ה) כיצד מתירין יבא הנשבע לחכם המובהק או לשלשה הדיוטות כו' והחכם או גדול השלשה אומר לו וכבר נחמת והוא אומר לו הן. חוזר ואומר לו שרוי לך או מותר לך. או מחול לך ע"כ. הרי להדיא דא"צ לשאול ולהתיר אלא הגדול שבהן, אך בפי' המשניות לרמב"ם ספ"י דנדרים כ' וז"ל והגדול מן הג' הנמצאים שם אומר שרוי לך ומחול לך. שרוי לך ומחול לך וכו' ואח"כ אומרים שנים הנשארים שרוי לך ומחול לך. שרוי לך ומחול לך ע"כ הרי דס"ל דכולם צריכים לומר כן. אלא שהגדול אומר תחילה. אלא שקיצר ביד החזקה בזה וא"כ שפיר נהגו כן:

המנהג שנוהגין שמקבלין ע"ע שידין יחידי. והוא עפ"י הרדב"ז כמש"כ בסי' ג' אם יכול לכוף ג"כ ובתשובת ב"ח החדשות דיבר מזה ואינו אצלי כעת. אבל נהגו לכוף גם כן. ונראה שהוא כמו דתנן בפ"ה דשקלים מ"ב ואין עושין שררה על הציבור פחות משנים חוץ מבן אחי' שעל חולי' מעיי' ואלעזר שעל הפרוכת שאותן קיבלו רוב הציבור עליהן ע"כ. והא דעושין שררה הוא לכפי' כמבואר בב"ב (דף ח') וא"כ מבואר דמאחר דקיבלו רוב הציבור עליהן מהני לכפי' גם כן מאחר דיודעין דיבא לכפי' גם כן. ובתוס' בב"ב שם כתבו בהא דאכפי' רבא לר"נ בר אמי אחר היה עמו והא דלא חשיב לי' משום כבודו של רבא. משום דאין עושין שררה על הצבור פחות משנים. לפי מש"כ תוס' שם בדיבור השני דאף דאין כופין על הצדקה הכא קיבלו עליהם. וא"כ לא צריכין דאחר הי' עמו. והא דכ' כן הוא רק לאידך תירוצים שם בזה:

אם נאמנות ב"ד אלימא מעדים עיין בתשב"ץ ח"א סי' א' מבואר בב"ד שעשו מעשה עפ"י הודאת בע"ד בפניהם ואח"כ העידו ב' עדים בפני ב"ד אחר ש"א הודה בפני ב"ד ההוא לא הוו תרי ותרי. דאדרבא פוסלים העדים ע"כ א"כ מבואר דנאמנות ב"ד עדיפא מעדים. (ועש"ך סי' כ"ג ס"ק ז') שהביא לשון ראבי"ה שנים ושלשה דיינים נאמנים כעדים דעלמא. מיהו (בסי' ע"ה ס"ק י"ט) כתב דבכל דוכתא חשיב ב"ד טפי מעדים ובכנה"ג סי' מ"ו בהג"ה ב"י א"ו ס"ט בדיינים ועדים שיש ביניהן מחלוקת אם הי' בתנאי או לא

הי' בתנאי הדיינים נאמנים יותר מהעדים מהרש"ח ז"ל ע"כ. ובכנה"ג אהע"ז סי' קמ"ד אי מהני נאמנות נגד ב"ד אף שמהני נגד עדים עיי"ש: אבל אם דיינין קבועין בעיר לא יוכל לומר לא אדון לפניהם אלא בזבל"א אם יש ב"ד שלם רב עם ב' דיינים ונסתלק הרב מהדין מאיזה אמתלא. אז לא שייך בזה כי יש דיינים קבועים. ושפיר יוכל לומר לידון בזבל"א. וכן משמע מתשו' הרמ"א שאלה י"ז והביא שם מש"כ (מהרי"ק שי"א) דבסילוק האב"ד נעשה הפקירא וה"נ בזה:

ונראה דבמקום דבמקום שמינו הקהל דג"כ לא יוכל לומר לא אדון לפניהם אלא בזה בורר וכדמשמע מהא שכ' הרמ"א לקמן סי' כ"ב ס"א רבים שהמחום עליהם דיינים דלא גמירי אין הבע"ד יכולין לעכב וא"כ אם קיבלו מתחילה להיות בג' דאין יכול לומר שירצה בזבל"א ועדיף ממומחה שאינו קבוע דאף דדן בע"כ מ"מ אם הלה ירצה בזבל"א רשאי כמבואר לקמן סי' י"ג בב"ח. ועיי' סמ"ע וש"ך שם דקבוע שאני. וה"נ במקום שקיבלו לאחד להיות קבוע. ועיין תשובת הב"ח שאלה נ"ט שכ' וז"ל אבל אם קבלוהו הקהל לחכם לדיין פשיטא דאין יכול להשמט ממנו אפילו מקטן לגדול ע"כ. ומבואר שם דקאי דל"מ טענת זבל"א ג"כ. ועיין תשובת רע"א מהדו"ת שאלה מ"ט שכ' וז"ל ומש"כ ידידי דבמכתב מינוי הרבנות שלו שידין ד"ת הוי כקיבלו עליהם י"ל בזה דאם הנוסח כפי נוסח מכתב הרבנות שמוטל עליו להורות ולדון. הם עניני התחייבות הרב שלא ישמט עצמו מזה אבל אין זה בכלל שקיבלו עליהם לדונם ביחיד ואף שבעירו אין בה דיינים מ"מ אם הבע"ד אומר ארצה בב"ד של ג' בזבל"א לקרא לכאן ב' דיינים מעיר אחרת הדין עמו. וכבר נתבאר דהרדב"ז ס"ל דכ"מ שאינו אלא אחד הוי כקיבלו עליו בג'. ומבואר בתשובת הב"ח דאי"ל בזבל"א:

סעיף ב:

פחות משלשה אין דיניהם דין וכו' אלא א"כ קיבלו בעלי דינים או שהוא מומחה לרבים. מש"כ בטור ומנסון לי' זמנין סגיאין ולא חזי בי' טעותא. משמע דלא סגי בג' זימני והרמב"ם בהלכות שחיטה כתב בשוחט פעמים רבות ושם סגי בג' פעמים כמבואר בחולין (דף ג'). ועיין תבואת שור בסי' א' דכתב דלג' פעמים לא שייך פעמים רבות וה"נ בזימנין סגיאין ועיי"ש בתוס' בזה וברש"י יומא פ"ז ד"ה חליף ותני הי' עובר ושונה ומשלש פעמים רבות ע"כ והאי פעמים רבות הוא ביאור למשלש גם כן] [ובמדרש רבה פ' נח כ"מ שנאמר איש צדיק ומומחה ולפי"מ שמבואר כאן דמומחה הוא לשון מנוסה בזימנין סגיאין יש לבאר דאיש צדיק ומומחה הוא שעמד בנסיון והוא כמו שמסיים המדרש דהי' בני דורו של נח מקללין אותו על עשייתו התיבה והוא לא שת לבו לכל

הדברים) וראי' ברורה דהרבה שייך גם על שלשה מהא דפסחים (דף ק"ד) הרגיל אומר הרבה. ושאינו רגיל אומר אחת. וכו' דתניא בנן של קדושין אומר אחת ונהגו העם לומר שלש הרי דהרבה שייך לשלשה גם כן. ולהדיא כתב רש"י בכריתות (דף ב') ד"ה נזיר דהרבה אין פחות משלשה. ומבואר דשייך לשלשה ג"כ ובגיטין (דף מ"ו) וכמה רבים שלשה. ולקמן סי' של"א ס"א ברמ"א ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה פעמים הרבה. אבל דבר הנעשה פעם אחת או ב' פעמים אינו קרוי מנהג ע"כ משמע דבשלשה פעמים קרוי מנהג ולכן כתב הרבה. אבל י"ל ועמש"כ שם שוב ראיתי בחכ"צ שאלה ס"א די"ל דגם ריב"ש ס"ל דלא סגי בשלשה ע"ש בזה:

בהא שנחלקו מהרש"ל עם אחרונים אי יחיד מומחה מותר לדון לכתחילה והי' הדבר תמוה לי דכמה עיירות שאין להן אלא רב אחד איך דן אפילו לכתחילה. מאחר דאפילו קבלה לא מהני. עד שמצאתי ברדב"ז ח"ג סי' תק"ז שכ' דבאמת. מהני קבלה בזה. ושע"כ נהגו שפיר במצרים שממנין דיין אחד דהמינוי הוי כקבלה ע"ש בזה:

ודע דהא דמבואר כאן דלהרא"ש מהני יחיד מומחה גם להודאה. ושלא להחליף הטענות וקבלו לכ"ע אינו אלא שאינו יכול לטעון לשנות הטענות לפטור כהא דסי' פ' אבל אם מכחיש הטענה לגמרי אינו נאמן אפילו מומחה. דמה בכך שהוא מומחה הא קי"ל דע"א בהכחשה לאו כלום הוא. יהי' מי שיהי' ובממון אינו מחייב אלא שבועה וכמבואר בהא דנאמן הדיין לומר לזה וכו' דאינו נאמן כשנסתלקו מלפני' וכן מבואר להדיא בט"ז לקמן סי' כ"ג עיי"ש:

סעיף ג:

הרמב"ם כתב דאף דמומחה לרבים דן יחידי מ"מ הודאה שמודים בפניו לא חשיבא הודאה. והרא"ש וטוש"ע ס"ל דהוי הודאה. ועיין סנהדרין (דף כ"ט) אר"א ב"א האי אודיתא זמנין כתבינן וזימנין לא כתבינן כו' מר בר ר"א אמר אפילו אמר הוו עלי דייני לא כתבינן עד דקבעי דוכתא ושלחי ומזמני להו לב"ד וכתב הנ"י שכתבו מן המפרשים דהא היינו במודה מעצמו בלא תביעה בעל דבר הילכך אין שם דיינים עליהם אבל במודה על ידי תביעה בפני ג' ואומר הוו עלי דיינים ה"ז ב"ד גמור ויכולין לחייבו וכל שהם יכולין לחייבו כותבין לו שטר ע"כ. אלמא דס"ל ג"כ כהרא"ש דכל שיכול לחייב כותבין שטר הודאה אלמא דגם אם דן יחידי דמחייב הוי הודאה: סעיף ד:

אעפ"י שב"ד של שלשה ב"ד שלם הוא. כ"ז שהם רבים ה"ז משובח. ומצוה שיחתוך הדין בי"א מבעשרה. וכתבו דהוא מסנהדרין (דף ז') רב הונא כי הוי אתי דינא קמי'. מכניף ומייתי יו"ד רבנן מבי רב אמר כי היכי דנימטי' שיבא מכשורא. והא דעשרה נ"ל

שהוא ממתניתין דאבות פ"ג ר' חלפתא איש כפר חנניא אומר עשרה שיושבין ועוסקין בתורה כו' שנאמר אלקי' נצב בעדת אל ומניין אפילו חמשה כו'. ומניין אפילו שלשה שנאמר בקרב אלקי' ישפוט ומניין אפילו שנים כו' ומניין אפילו אחד כו'. ופי' הר"ב עשרה שיושבין בדין. וכתב התוי"ט דכן מצינו עשרה שדנין בדיני ערכין. כדתנן בריש סנהדרין ושנים ואחד. כשקיבלו עלי' כו' ע"כ. ובאמת מבואר כפשוטו דלאו בדיני ערכין קמיירי. אלא בכל דיני ממונות. אלא כי ידוע כי האבות הוא ממשנת חסידים אף שלא עפ"י ד"ת ולזה אמר. עשרה שיושבין. דעצהיו"ט לדון בעשרה. ומייתי מאלקים נצב בעדת אל. אז הוא עדה. והדר קתני מדריגות מדריגות ואפי' באחד אם הוא מומחה סני ומיירי בכל דיני ממונות וזה נכון. ובסנהדרין (דף ח') אפילו עשרה והן הדיוטות פסולין לדיני קנסות והוא כמה שביארנו דעשרה דיינים הוא המדריגה היותר גדולה ואפילו הכי פסולין לקנסות וזה ביאור הרמב"ם דעכ"ז אם מרבה יותר מעשרה הרי זה משובח גם כן. ובזה יש לפרש מה שכתוב בתהלים כי אקח מועד אני משרים אשפוט ופירשו ע"ד שאמרו הוו מתונים בדין. אז אקח מועד היינו מתינות ועכבה. ולהנ"ל:

יש לפרש אם אקח מועד היינו הכינופיא מלשון ועד:

נטל רשות וכו' הרמב"ם (פ"ד מהלכות סנהדרין הלכה ט"ו) מי שאינו ראוי לדון מפני שאינו יודע או מפני שאינו הגון שעבר ר"ג ונתן לו רשות או שטעו ב"ד ונחנו לו רשות אין הרשות מועלת לו כלום. עד שיהא ראוי שהמקדיש בעלי מומין למזבח אין הקדושה חלה עליו ע"כ וכתב הכסף משנה על מש"כ רבינו שהוא כמקדיש בע"מ למזבח האריך המהרי"ק ואין הספר הזה מצוי אצלי כעת לעיין בו מש"כ בזה. ונראה דבזה מבואר הא דכתיב שופטים ושוטרים תתן לך לא תטע לך וכו' לא תזבח כו' שור או שה אשר היה בו כל דבר רע דסמך אזהרה דהמעמיד דיין שאינו הגון הוי כבע"מ למזבח. ובספרי דרש מאשר יהיה בו מום שהיה בו מום מעיקרא וא"ש הסמיכות אזהרה דזובח מום למינוי שופטים. ובזה יתבאר הא דאיתא במ"ר שם שש מעלות היו לכסא והיה כתוב בהם לא תטה משפט. לא תכיר פנים. לא תקח שוחד. לא תטע לך. לא תזבח ע"ש במדרש. והדבר תמוה מאי שייכות דלא תזבח למשפט ולהנ"ל א"ש להורות דהמעמיד דיין שאינו הגון כאילו מקריב בעלי מומין לגבי מזבח. ומזה כתב הרמב"ם גם למקדיש בעלי מומין בנתנו רשות לשאינו הגון ואתי שפיר. שוב מצאתי במהרי"ק שורש קי"ז שכוונתי לדעתו בזה: ועוד ראי' להרמב"ם מהא דירושלמי בפרק קמא דהוריות הובא בהתוס' שם (דף ד) בממזר כשעברו ומינו אותו ומאחר דאינו ראוי להוראה נעשה כאבן עכ"ל אלמא דלא מהני בדיעבד גם כן:

סימן ד

אבל תפיסה בעלמא שתופס למשכון. מהיש"ש פ"ג דב"ק מבואר דיכול לעכב פקדון אפילו לכתחלה כדי להציל ממון שלו והקצוה"ח כתב עפ"י הזוה"ק פ' במדבר דאיסור יש בזה וכבר קדמו הרדב"ז בתשובה ח"ג (שאלה תפ"ה) דאין ראוי לעכבו ואם עיכב לא נקרא איש אמונים ואינו הולך בדרכיו ית"ש ע"ש בזה:

סימן ה

סעיף א:

אסור לדון בשבת ויו"ט. נראה דאפילו לצורך השבת כגון על מיני מאכלים שהוא צריך לשבת אין דנין וראי' לזה מהא דאמרינן בנדרים (דף ע"ז). אהא דנשאלין לנדרים שהן לצורך שבת סבר ר"י למימר נשאלין לנדרים בשבת ביחיד מומחה אין בשלשה הדיוטות לא. מ"ט דמתחזי כבי דינא. א"ל אביי כיון דסבירא לן אפילו מעומד ואפילו בקרובים ואפילו בלילה לא מתחזי כדינא. אלמא דגם לצורך שבת אי מתחזי כדינא אין דנין. ומכ"ש אי הוי דין ממש דאין דנין אפילו לצורך שבת. ועוד ראיה מהא דאמרינן בביצה (דף כ"ו) בכור שנפל לבור ר"י אומר אם יש בו מום ירד מומחה לבור ויעלה וישחט ואם לאו לא ישחוט רש"א כל שאין מומן ניכר מבעוד יום אין זה מן המוכן. ופירש"י שם משום דהוי כדן דין. והרי החם לצורך יו"ט ואפ"ה אין רואין ביו"ט. משום דהוי כדין וש"מ דאין דנין לצורך יו"ט ג"כ:

ולהזמין בשבת שיבוא לאחר שבת הנה לקמן בע"ש דאין דנין וכן בניסן ותשרי דאין מזמינים לשאינו בן עיר ביאר באי מזמין לאחר מיכן וכאן בשבת לא ביאר משמע דאין מזמינין בשבת לבוא לאחר השבת. משום דאסור לדון אין מזמינין גם כן. אך מרש"י ב"ק (דקי"ג) ד"ה ביומי מבואר דאי לאו דמניעת הדרשה מזמינין בשבת ג"כ וצ"ל כמש"כ לקמן מאחר דבדיעבד דיניהם דין הוי דיינים להזמנה ג"כ והא דלא כתב בשו"ע זה משום דלא כתב אלא מה שנמצא מבואר להדיא בש"ס משא"כ בשבת דאינו מבואר. אבל באמת לדידן דלא שייך שימנעו לבוא לדרשה. מזמינין בשבח ג"כ: וכתב התומים דלפ"מ שכתב הרמ"א באו"ח (סי' של"ט) לענין קידושין דבעת הצורך יש לסמוך ואפילו בכניסה לחופה יש להתיר כשאין לו אשה ובנים דהיא מצות פ"ו וא"כ ה"ה לענין דין בעת הרחק שעדים חולין בשבת ויו"ט ונוטין למות דמותר לקבל עדות אף דהוי כדין. ודוקא ב"ד הגדול שבאותה העיר דליכא דעדיף מינייהו. וכתב דאפילו לדעת המחמיר בקידושין ביו"ט אפילו אין לו בנים היינו משום דהתם יש להחמיר טובא דמלבד חשש שמא יכתוב. יש קונה קנין בשבת משא"כ כאן:

ואגב אורחין ראיתי לעמוד עמש"כ באבן העוזר דהא דאמרינן אין שבות במקדש היינו שבות אחד אבל היכא דאיכא שני שבותין גזרו ג"כ במקדש. וק"ל מהא שכתבו התוס' ביומא (דף י"ג) וכן בביצה דפריך בירושלמי אהא דכ"ג מזמינים לו אשה אחרת והרי קונין לו קנין בשבת. ומשני אין שבות במקדש. והרי הכא איכא שני שבותין שבות דמחזי כקונה קנין ושבות דשמא יכתוב לה כתובה. כמש"כ לעיל ואעפ"כ אמרינן אין שבות במקדש. א"כ מבואר דגם בשני שבותין לא גזרו במקדש וצ"ע:

והנה רש"י ז"ל בפרק משילין שם (דף ל"ז) ד"ה משום מקח וממכר כתב וז"ל דלמקח וממכר דמי שמוציא מרשותו לרשות הקדש. ומקח וממכר אסור מן התורה. דכתיב ממצוא חפצך ודבר דבר. א"נ מקח וממכר אתי לידי כתובת שטרי מכירה. וא"ת הוי לה גזירה לגזירה. כולה חדא גזירה היא ע"כ. מתבאר מזה דללישנא קמא דרש"י ז"ל מקח וממכר איסור דאורייתא הוא משום ממצוא חפצך ודבר דבר. אבל ללשון שני של רש"י ז"ל מקח וממכר אינו אלא איסור דרבנן משום גזירה דשמא יכתוב. ולפי"ז דמקח וממכר אינו אלא משום גזירה שמא יכתוב היה נראה ליישב קו' הנ"ל שהקשיתי מאי משני דלכך קידש הכה"ג ביוה"כ אף דמחזי כקנין משום דאין שבות במקדש. הא איכא עוד שבות דשמא יכתוב. ושני שבותין גזרו ג"כ במקדש. די"ל דעד כאן לא גזרו שני שבותין במקדש אלא היכי דהשני שבותין הם משני שמות אבל הכא דאין מקדשין משום שמא יכתוב וגם הא דמחזי כקנין הוא משום דמקח וממכר אסור משום שמא יכתוב וכפירש"י דכולה חדא גזירה. וכיון דהוי משם אחד שמא יכתוב ע"כ הוי כשבות אחד. וע"כ לא גזרו במקדש. אבל ללישנא קמא דרש"י ז"ל דמקח וממכר איסורא דאורייתא הוא משום ממצוא חפצך ודבר דבר הדרא קושיא לדוכתא כנ"ל ועמש"כ לקמן סי' ע"ג בזה. וגם באמת משמע מן הירושלמי הנ"ל דמקח וממכר אסור מן התורה מדקאמר דמקדש ביוה"כ מחזי כקונה קנין. ולמה הוצרך לומר טעם זה אשר מקח וממכר גופא אינו אסור אלא משום שמא יכתוב. ולא קאמר הטעם דבקידושין גופא אסור משום שמא יכתוב. א"ו דמקח וממכר אסור מה"ת. וא"כ נקט הירושלמי חד מתרי טעמי ועיין בר"ה (דף כ"ט) שכ' רש"י ז"ל אהא דר"ה שחל להיות בשבת. דבמקדש היו תוקעין אבל לא במדינה. וקאמר הש"ס משום שמא יעבירנה ארבע אמות ברה"ר וכתב רש"י ובמקדש לא גזור דאין איסור שבות במקדש. והרי התם איכא ג"כ שני שבותין. חדא הא דשמא יעבירנה ד"א ברה"ר. ועוד דתקיעה בעצמה הוי איסור דרבנן כמ"ש התוס' שם ד"ה רדיית הפת וכ"כ שם (דף ל"ג) ואעפ"כ במקדש היו תוקעין. ואולי רש"י ז"ל ס"ל דבתקיעה עצמה ליכא שום איסור כשיטת ר"ח שם. והתוס' דס"ל דאיכא איסור י"ל הא דלא גזרו במקדש

כמ"ש הטו"א שם יעויי"ש. מיהו הא י"ל כמש"כ האבן העוזר דהיכא דהב' שבותין באים בב"א אז גם ביהש"מ גזרו מה שאין כן אם הב' שבותין בזה אחר זה. אף בשני שבותין לא גזרו וע"כ ניחא דהא שבות דתקיעה בשעת תקיעה ושבות דהוצאה ד"א ברה"ר אינו בשעת תקיעה ולכן לא גזרו בזה:

ובזה יש ליישב קושיית טו"א שהקשה בהא דאמרינן בסוכה (דף מ"ב) דלולב וערבה אינו דוחה שבת בשאר ימים והא ערבה אינו אלא במקדש ואעפ"כ אסור משום גזירה דרבה. ולפי הנ"ל יש לומר דהתם איכא עוד שבות דטילטול כדאיתא התם בסוכה (דף מ"ב) אמאי טלטול בעלמא הוא. ובשני שבותין גם במקדש אסור אלא דלפי"ז קשה דהא גם בשופר איכא איסור טלטול כמבואר בשבת (דף ל"ה) וא"כ איכא שני שבותין וצ"ע:

ואם עבר ודן דינו דין. הרי"ף והרא"ש בפ' משילין הביאו הירושלמי דבין בשוגג ובין במזיד דינו דין. ומקשי כיון דעברו על איסור דרבנן שגזרו שלא לדין בשבת ויו"ט וא"כ נפסלו מדרבנן לדון. וא"כ אמאי דינו דין. ואין לומר דפסולי דרבנן בעי הכרזה. דהא הנ"י פ' ז"ב והובא (בסי' ל"ד) דלאותו עדות שנפסלו בשבילו לא בעי הכרזה. וא"כ הכא נמי אותו הדין יש להבטל כיון שנפסלו בשבילו. ולעד"נ לפי מש"כ תוס' בחולין (דף י"ד) אהא דשוחט בשבת שחיטתו כשירה. דהא הוי מומר לחלל שבת ושחיטתו פסולה. ותי' דפעם אחת לא הוי מומר והר"ן תירץ כיון שאין נעשה מומר אלא עד גמר שחיטה. אין שם מומר עליו אלא מאותה שחיטה ואילך ע"ש. וה"נ כיון דלא נעשו פסולין אלא לאחר שדנו אותו הדין דינו קיים ואף שכ' הסמ"ע דהא דאין דנין הוא משום שמא יכתבו הטענות והפסק דין. א"כ גם לקבל הטענות אסור ונפסלו משעת קבלת הטענות ונמצאו בעת שדנין הם פסולין. אמנם רש"י בביצה (דף ל"ג) כתב שמא יכתבו הפסק דין ולא כתב משום הטענות. משום דבד"מ אין הכרח לכתוב הטענות אלא אם ירצו הבעלי דינין כמבואר (בסי' י"ג) והוא מילתא דלא שכיחא ולא גזרו בזה: (מבן המחבר ולפענ"ד יש לתרץ קושייתם בפשיטות לפי מה שהעלה בספר ישועות ישראל דאם עברו ודנו דיניהם דין דוקא שלא בכפי' אבל בכפי' דינו בטל. א"כ מהשתא לא קשה מידי דיהי' הדין בטל בזה דעברו על איסור דרבנן דאין דנין כיון דהא דדינו דין הוא בבאין מעצמן והוי כקבלו ובקבלו הא אפילו קרוב או פסול מהני והבע"ד הא ידע דעוברים על איסור דרבנן דאין דנין ואפי"ה קבלו עלי' לכך מהני ושפיר דינו דין: ולפי"ז יתיישב שפיר מה שיש להקשות לכאורה אהא דהביא אאומו"ר הגאון הכ"מ דעת התשב"ץ הא דשליחותייהו דקמאי עבדינן הוי שליחות ממש א"כ אמאי אם עברו ודנו בשבת דיניהם דין נימא אין שליח לדבר עבירה. וכבר העלה אאמו"ר הכ"מ (בסימן קפ"ב) דגם באיסור דרבנן

אין שלד"ע. ואף לדעת המל"מ בעשה שליח סתם מהני שליחות גם לד"ע וה"נ הא ב"ד עשו להם שילוחין סתם ומהני שליחותם לכל דבר אפילו לד"ע. אבל מ"מ לד"ע האיך אפשר לומר דב"ד יעשו אותם שלוחים. אבל לפי דברי הישועות ישראל הנ"ל דהדין אם עברו ודנו דיניהם דין הוא בקבלו עליהם דוקא א"כ בקבלו הא יכולים לדון בלאו טעמא דשליחותייהו דקמאי:

ובזה יתיישב שפיר קושיית התומים איך אפשר לקבל טענות בשבת איך יטענו בשבת מילתא דממון הלא הוא בגדר חפצך. וכן קשה נמי לפי"ז קושייתם דלפסלו מטעם ממצוא חפצך ולא שייך בזה תירוץ אאמו"ר הגאון וצ"ל הכ"מ דכיון דהגזירה אינו אלא משום שמא יכתוב הפסק דין ובא בב"א להתוס' דחולין. הא מ"מ איכא בקבלת הטענות משום ממצוא חפצך אבל להנ"ל ניחא כיון דמיירי שבאו מעצמן לטעון בלא כפי' א"כ כיון דהוא אינו כופה להם לטעון ויכול לישב ולשמוע הטענות ואינו עושה שום איסור בשמיעה לחוד דהוי הרהור לחוד דמותר בשבת. ובשער משפט כתב דאינם נפסלין משום דסברי מצוה קעביד כקוברי מת ביו"ט ראשון אבל בנוטל שכר לדון כתב דממנ"פ צריכין לקנסו ואין דינו דין דאם אתה אומר שהוא עבירה הרי עבר על איסור דרבנן משום חימוד ממון ונפסל. ואם אתה אומר שלא נפסל בהכי משום שהי' סבור דמצוה קא עביד א"כ הוי עובר על מה אני בחנם ושפיר יש לקונסו שאותו הדין יהי' בטל:

ולפע"ד יש לפקפק ע"ז דנהי דסבר מצוה קא עביד ולא מיפסל משום איסור דרבנן דאין דנין אבל גם משום מה אני בחנם ג"כ אין לפוסלו דמה בכך שהוא חושב שהוא מצוה ובמחשבתו רצה לעבור על מה אני בחנם. הא מ"מ כיון דבאמת דליכא מצוה לדון בשבת ויו"ט כתב דליכא משום מה אני בחנם א"כ משום מחשבתו לחוד בזה דחשב לעבור אין סברא כלל לקנסו ולבטל אותו הדין:

אמנם אפשר לומר דיש לפסלו מטעם אחר דהא דאמרינן בכמה דוכתי סבר מצוה קעביד הוא משום כיון דיש לנו להחזיקו בכשרות ולא לעשות אותו לרשע לכן אמרינן סבר מצוה קעביד. אבל הכא דממנ"פ איתחזק לפנינו דלא חש לעבור על איסור א"כ איתרע חזקתו. וכיון דאנו רואים דעובר על איסור. מה"ת נאמר שטעה וכוונתו הי' למצוה. דהא אדרבא צריכין אנו לומר דידע משנה מפורשת דאסור לדון בשבת ויו"ט ואיכא איסור ולא מצוה כנ"ל: ומה שמקשים על שיטת הרי"ף והרא"ש דאמאי אם עבר ודן דינו דין נימא אי עביד לא מהני. ומתרצים דאיסור שבת שזמנו גרים קול ומהני בעבר. ולפענ"ד יש לתרץ זה עפ"י כללו של המהרי"ט דבמקום שלא יתוקן האיסור לכו"ע לא מהני וה"נ בדן דין בשבת דמאיזה טעם שנאסר לדון בשבת לא יתוקן האיסור דבין לטעם גזירה

שמא יכתוב הפסק. מה לי דלא מהני ויהי' דינו בטל מ"מ הא בעת הגדת הפסק הי' הגזירה שמא ישכח ויכתוב. ובין כך וכך כבר עבר. ואפילו לטעם משום ממצוא חפצך ודבר דבר דאף אם נאמר דאם יבטל הדין נמצא שלא הועילו כלום בטענותיהם ויהי' חשוב כדברים של מה בכך. ושפיר יתוקן האיסור. הא מ"מ בעת טענתם סברי שיהי' טענותיהם לתועלת וא"כ אין סברא כלל למחשב אח"כ זאת לדברים של מה בכך ויש לעיין בזה):

סעיף ב':

אין דנין בע"ש ובעיו"ט. עיין סמ"ע והוא מהר"ן דדוקא לדון אסור אבל לקבל טענות שרי ועיין תוס' כתובות (דף ג') מה שנהגו האידנא לכנוס ביום הששי משום דאין לנו בית דין קבועין. ומי שיש לו עסק מקבץ שלשה ומסדר טענותיו לפניהם. זה יכול לעשות אפי' בשבת. והש"ג בפ' ז"ב תמה על דין זה. חדא דהא ע"כ צריך שיהיה גם צד שכנגדו לפני ב"ד דאיך ישמעו טענת אחד בלתי חבירו. הא שמוע בין אחיכם כתיב. וא"כ הא יש חששא שמא יכתבו הטענות ועוד איך אפשר לקבל טענות בשבת. איך יטענו בשבת מילתא דממון. הלא הוא בגדר חפצך. וע"כ כתב בתומים דוודאי אם היה המשפט כבר למתמול שלשום. פשיטא דאסור אבל אם נתחדש עכשיו בשבת והוא צורך שעה היום דאפשר דלמחר ילמוד טענת שקרים וכדומה מותר בשבת. דכמה דברים כה"ג התירו בשבת. ולכן מיתר לטעון טענת בתולים בשבת. דבשבת בעל וא"כ לא היה אפשר למיטעון מקודם. וגם אם יתמהמה יתקרר דעתו. והיא תלמדה לשקר לומר מוכת עץ אני וכדומה ולכך מותר לסדר טענותיהם בשבת אלו דבריו ונכונים הם. ונ"ל שכן משמע מהא דאמרינן במועד קטן (דף י"ד) מנודה מהו שינהוג נידויו ברגל אמר רב יוסף ת"ש דנין דיני נפשות ודיני מכות ודיני ממונות ואי לא ציית דינא משמתינן לי' [ופרש"י דנין ד"נ במועד אבל לא ביו"ט שאסור משום שבות ודייקינן מינה מכלל דאי לא ציית נמי משמתינן לי' במועד ע"כ] ואי ס"ד אינו נוהג נידוי ברגל משומת ואתי מעיקרא אתי רגל ודחי לי' השתא משמתינן לג' אנן א"ל אביי דילמא לעיוני בדינא ע"כ. ופרש"י דלמא לעיוני הא דתני דדנין לא אמרינן דלימא איש פלוני חייב איש פלוני זכאי. ואיכא למידק מינה דאי לא ציית דינא משמתינן לי' אלא מעיינין בדין ולא אמר לי' כלום עכ"ל והשתא קשה לשיטת התוס' דדוקא לדון אבל לקבל טענות שרי. דעיקר איסורא דאסור לדון הוא משום פסק דין ושמא יכתבו משא"כ לקבל טענות דליכא פסק דין. ובממונות אין צריכין לכתוב הטענות כדמשמע מרש"י בביצה (דף ל"ז) לכן מותר לקבל הטענות. וא"כ מאי פריך דילמא לעיוני דליכא פסק דין הא באופן זה גם ביום טוב מותר. וא"כ מאי אריא

דקתני דנין דיני ממונות במועד דהא במועד איירי כדפי' רש"י ותוס' ד"ה ממנעי שכן משמע מהתוספתא אבל ביו"ט אסור משום שבות הא בכה"ג אפי' ביו"ט מותר א"ו גם בד"מ שהיה יכול לפני ב"ד גם מתמול שלשום אין דנין ביו"ט ולכך פריך ודילמא לעיוני ומיירי בכה"ג:

ואגב נבאר הא שפרש"י דנין דיני נפשות במועד אבל לא ביו"ט משום שבות דזה לא קאי אדיני נפשות דבדיני נפשות בלאו הכי אסור דאסור להרוג ביו"ט דומיא דשבת דאין רציחה דותה. וע"כ לא כ' תוס' שם להתיר אלא במועד אבל ביו"ט פשיטא דאסור ואין לפרש דמיירי בדין לחוד ולא בהריגה. דא"כ אתה מענה את דינו. וכדקאמר הגמ' בסנהדרין (דף ל"ה) לענין שבת. אלא דקאי אדיני ממונות. ואדלקמי' קאי דביו"ט אסור משבות. ובזה יש לתרץ קושיית תוס' (במועד קטן שם ודף י"ד) מנלן דבחוה"מ מותר להרוג מחוייב מיתה. די"ל מהא דמבואר בסנהדרין (דף פ"ט) דממיתין אותו ברגל משום דוכל ישראל ישמעו ויראו וביו"ט הא אסיר וע"כ במועד. ומבואר דרציחה מותר במועד: השבו"י כתב דאין נותנין לחתן ז' ימי המשתה. ובאורים השיגו מהא דאם כל ז' ימי המשתה אין רואין הנגעים. ואיך ס"ד להזמינו לדין. וכן נ"ל מהא שכ' הרמב"ם (פי"א מהל' אבל ה"ז) שבעת ימי חתנות הרי הן כרגל ומי שמת לו מת בתוך ימי המשתה אפילו אביו ואמו משלים ז' ימי השמחה ואח"כ נוהג ז' ימי אבילות עכ"ל [ובפני יהושע בקונטרס אחרון פ"ק דכתובות תמה למה לא הזכירו הפוסקים זה במת לו מת בתוך ז' ימי המשתה. והרי הוא מבואר ברמב"ם כן. ובכסף משנה שם כתב דזה נלמד מהא דבסמוך וכוונתו מהא דמכניסין את המת לחדר ונוהג ז' ימי המשתה ואח"כ ז' ימי אבילות וזה כתבו הטוש"ע ביו"ד סי' שמ"ב א"כ לא הוצרכו שוב לכתוב במת תוך ז' ימי המשתה וא"ש] וכיון דהוא כרגל פשיטא דאין להזמינו אז וכן עיקר:

אין דנין לכתחילה בלילה הרמב"ם בפ"ד דהל' דסנהדרין ה"ג כתב. וז"ל אין מתחילין את הדינין בלילה. מפי השמועה למדו שהדינין כנגעים. שנאמר כל ריב וכל נגע מה. ראיית נגעים ביום בלבד אף הדינים ביום ע"כ. ותמהו עליו דהא בסנהדרין (דף ל"ד) אמתניתין דדיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה אמרינן שם מה"מ אר"ח בר פפא דא"ק ושפטו את העם בכל עת וכו' דרבא רמי כתיב ושפטו את העם בכל עת. וכתיב והי' ביום הנחילו הא כיצד יום לתחילת הדין לילה לגמר דין. מתניתין דלא כר"מ דתניא הי' ר"מ אומר מה ת"ל על פיהם יהי' כל ריב וכל נגע וכו' מקיש ריבים לנגעים מה נגעים ביום אף ריבים ביום. וא"כ הרמב"ם דס"ל הקישא לתחילת דין. דאין דנין בלילה וגמר דין דכשר צ"ל מדכתיב

ושפטו את העם בכל עח. וא"כ אמאי קאמר מתני' דלא כר"מ הא י"ל דגם ר"מ ס"ל כן. דהקישא לא אתי אלא לתחילת דין, אבל מדכתיב ושפטו ס"ל דגומרין בלילה ג"כ:

ונראה לתרץ על נכון דלכאורה ק"ל טובא דאמאי אצטריך ר"מ בסנהדרין שם (דף ל"ד) מה בנגעים שלא בסומין דכתיב לכל מלאה עיני הכהן אף ריבים שלא בסומין דהרי ביבמות (דף ק"ב) אמרינן דבסנהדרין סומא פסול. דכשם שב"ד מנוקין בצדק כך מנוקין מכל מום. שנאמר כלך יפה רעיתי ומום אין בך. ומהי"ט מדייק שם דלא בעינן סנהדרין בחליצה. מדאצטריך לעיני למעוטי סומין ש"מ דסגי בהדיוטות דאי לא תיפוק לי' דבעינן שהי' מנוקין מכל מום עיי"ש בזה. והרי הרמב"ם בפ"ד מהלכות סנהדרין הלכה יו"ד כתב. דסומא בעינו אחת אעפ"י שהוא ראוי לדיני ממונות אין סומכין אותו לדיני ממונות. מפני שאינו ראוי לכל הדברים. וכן כל שכיוצא בזה. וכיון שכבר ידעינן מכלך יפה רעיתי. דסומא פסול לדיני נפשות. א"כ אינו ראוי לדון ד"מ ג"כ. למאן דאית לי' דבעינן בד"מ שלשה. אלא מתקנתא דרבנן. והרי ר"מ ס"ל בסנהדרין (דף ו') דדיני ממונות בשלשה וכן מבואר מדקאמר שם בסנהדרין (דף ל"ד) אי מה ריבים שלשה וכו' וא"כ למה אצטריך היקישא דריבים לנגעים תיפוק לי' כיון דא"א לסמכו בלא"ה א"י לדון ד"מ. וצ"ל דאתי קרא באם בתחילת דין הי' פתח ואח"כ בגמר נסתמא דכבר הי' נסמך בתחלה. דס"ד כיון דהתחיל בהיתר יכול לגמור קמ"ל קרא דאפ"ה פסול. ומעתה ממילא מבואר דמה שמקיש ריבים לנגעים לענין לילה גם לענין גמר דין מקיש. דהא לענין זה סומא ולילה שוים. כמוש"כ הסמ"ע בסי' ז' ועיין מנחות (דף מ"ג) וראיתם אותו דחד מוקי למעט כסות לילה. וחד מוקי לכסות סומא ע"ש בזה. וכיון דסומא גם בגמר דין פסול לכן גם בלילה אין גומרין וכ"ז לר"מ דס"ל דד"מ בשלשה ובעינן סמוכין. ולכן כיון ראינו ראוי לדיני נפשות ואין סומכין לדיני ממונות ולא אצטריך קרא אלא לגמר דין וא"כ שפיר קאמר מתני' דלא כר"מ דהא לדידי' מוכח דהקישא לגמר דין הוא דאתא וא"ש:

נסתפקתי בהא דקי"ל אין דנין בלילה ואין מקבלין עדות בלילה אם בדבר שאם לא ידונו בלילה יהי' פסידא. וכן אם לא יקבלו עדות ילכו למדה"י אם יעשו זה בלילה. ובהא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד מבואר לקמן סי' כ"ח דאם ילכו העדים למדה"י מקבלין שלא בפני בע"ד א"כ י"ל דה"ה הכא. וי"ל דלשיטת הסוברים דאם דנוהו בלילה כשר בדיעבד. וא"כ לפי"מ שמבואר בתוס' פסחים (דף כ"ו) דבאיכא פסידא הוי כדיעבד. ה"נ כן. אבל להסוברים דבדיעבד לא מהני ה"ה בזה. ולהרד"ך דכתב בהא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד אינו אלא מדרבנן. הבאתי ראי' מהא דאמרינן בפסחים (דף מ"ו) ומשום הפסד ממוני' שרינן איסורא דאורייתא. וא"כ קשה אמאי מבואר בב"ק (דף

קי"ב) דמקבלין עדים שלא בפני בע"ד משום הפסד ממון וכי משום הפסד ממון יבטלו הדאורייתא והועד בבעליו א"ו דוהועד בבעליו אינו אלא אסמכתא ואין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד אינו אלא מדרבנן. וכ"כ הרשב"א בב"ק שם מזה. וא"כ הא דאין דנין בלילה דהוי דאורייתא לא מקילינן בי' בהפס"מ:

ומש"כ דאי בדיעבד כשר מקילינן בי' בהפס"מ נראה מזה דהא דאין מקבלין שלא בפני בע"ד כסברת הסוברים בסי' כ"ח דבדיעבד שפיר דמי אם כבר דנוהו על פי עדות זה דבשלא דנוהו לא הוי כדיעבד:

נסתפקתי אי מותר להזמין בלילה שיבוא הבע"ד למחר. וברדב"ז סי' תק"ז מבואר שלא הי' מזמין בלילה. וזה לדונו בלילה. [מהרדב"ז הנ"ל מבואר דלא כסמ"ע דס"ל דכששלחו אחריו ובא ממילא הוי כק"ב ע"ש] אבל שידונו ביום דמי להזמינו בניסן ותשרי לבוא אח"כ ואם לא בא אח"כ קונסין אותו. או דילמא שאני התם דב"ד הם ביום וכופין לבני עירם שפיר הוי הזמנה גם לשאינו בעיר משא"כ בלילה דאין ב"ד וכמבואר בהא דשלשה בב"ב (דף קמ"ד) וצ"ע ומהא דב"ק (דף קי"ג) דאזמנה לפניא ולצפרא כתב פתיחה. משמע דמועיל הזמנה בלילה גם כן. ולהסוברים דבדיעבד הוי דין. י"ל מאחר דבדיעבד הוי דין הרי דהוי דיינים לכן הוי הזמנה ג"כ. וראי' מהא דמבואר בב"ק (דף קי"ג) ברש"י ד"ה ביומי שלא הי מזמינין בשביל שלא, ימנעו לבוא לדרשה אף דאסור לדון בשבת. א"ו מאחר דאם דנו דיניהם דין כמבואר בס"א ויכולין להזמין ג"כ:

ובבאין הבע"ד מאיליהן כתב הב"ח דהוי כקבלו עליהן מעצמן. וא"צ קבלה בפירוש אך השער משפט כתב דצריך קבלה בפירוש דלא כולי עלמא דינא גמירי והם סברי דיכולין לדון בלילה והוי קבלה בטעות עיי"ש. ואינו מובן דהרי לעיל בסי' ג' מבואר דמהני לדון ביחיד בבאין מעצמן. דהוי כקבלה והוא מהירושלמי. והרי התם ג"כ לאו כ"ע דינא גמירי ואיכא דסברי דמותר לדון ביחיד והוי קבלה בטעות והי' נראה לחלק עפימש"כ הט"ז ביו"ד סי' ש"ה בהא דכתב לכהן שאני חייב לך חמש סלעים. דחייב ליתן ובנו אינו פדוי. דאמאי חייב ליתן. נימא דהוי נתינה בטעות. כיון דאין בנו פדוי. ותירץ כיון דמדאורייתא בנו פדוי. וחיוב מעליא הוא אלא דחז"ל גזרו דבנו אין פדוי לא מיחשב נתינה בטעות. ע"ש וא"כ הכי נמי מאחר דמדאורייתא מותר לדון ביחיד אלא מדברי סופרים הוא דבעינן שלשה. ויחיד מומחה אינו אלא מדת חסידות. לא הוי קבלה בטעות. אך אפשר לדחות דאין דומה כ"כ לדהתם. ונזדמן לי ספר הרדב"ז ח"ג שאלה תק"ט שכתב דהוי קבלה בבאין מאליהן ומסיים וז"ל. וכ"ת דלאו כ"ע דינא גמירי כו' דהא דר' אבוהו נמי לאו כ"ע גמירי. שאסור לדון ביחיד. ואפי"ה הוי כקבלוהו עליהם ה"נ לא שנא. עכ"ד. הרי

להדיא דלא כשער משפט בזה. וכתב עוד הרדב"ז שם ואפילו כשבאין שני הבע"ד יחד. אני רגיל לומר להם אתם מקבלין עליכם דין לילה. וכן אם צריך לעדות אני אומר להם אתם מקבלין עליכם עדות לילה. והן אומרין הן. ואני דן להם ע"כ וכן נכון לעשות כן:

רמ"א וי"א שאם עברו ודנו בלילה דיניהם דין. והש"ך פסק דאין דיניהם דין. והעיקר כהפוסקים כן. וכן מוכח מסנהדרין (דף י"א) אין מעברין את החודש בלילה. ואם עברוה אינה מעוברת ואין מקדשין אח השנה בלילה. ואם קידשו אינו מקודש. ויליף ממשפט מה משפט ביום אף קידוש החודש ביום וש"מ דגם במשפט לא מהני בדיעבד. ושוב מצאתי שכיוונתי בזה ב"ה להרמב"ן ז"ל. וכן נ"ל דעת רש"י במס' סוטה (דף י"ז) אהא דאמר רבא מגילת סוטה שכתבה בלילה פסולה. דיליף תורה תורה כתיב הכא ועשה לה וגו' את כל התורה. וכתיב התם עפ"י התורה אשר יורוך ועל המשפט. מה משפט ביום אף מגילת סוטה ביום. ופרש"י בסנהדרין נפקא לן מוהי' ביום הנחילו היינו ד"מ מבואר דבדיני ממינות לא מהני בדיעבד. ולכך מגילח סוטה שכתבה בלילה פסולה דאי בד"מ מהני בדיעבד מגילת סוטה מ"ט לא מהני בדיעבד נימא דיו לבא מה"ד להיות כנדון א"ו דס"ל דגם בד"מ לא מהני בדיעבד. וגם התוס' שם שכתבו דיליף מדיני נפשות הוא מטעם אחר ולא מטעם דבדיעבד מהני בד"מ ע"ש. וכן מבואר בתוס' יבמות (דף מ"ה) וכן הרא"ש שם ובנ"י שם (דף מ"ז) דבגר דכתיב בי' משפט לא מהני בדיעבד וכן בתוס' יבמות (דף ק"ד) וכן רמב"ן וריטב"א שם:

והרמב"ם פ"ד מהל' סוטה ה"ז. כתב דמגילת סוטה שכתבה בלילה פסולה. מדכתיב וכתב וכו' והקריב מה קרבן פסול בלילה. אף כתיבה פסול בלילה. והמפרשים לא ביארו מנ"ל דרשא דנא ומדוע לא הביא הך דרשה. ולדעתי הדבר ברור דלהרמב"ם הי' לו גירסא אחרת בש"ס. ושוב פתחתי ספר המאירי במס' סוטה. וראיתי שכתב וז"ל מגילת סוטה שכתבה בלילה פסולה. שנאמר וכ' וכו' והשקה וכו' כשם שקרבנה ביום כך כתיבת המגילה ביום. וכן שכתוב כאן את כל דברי התורה וכתיב עפ"י התורה. אשר יורוך ועל פי המשפט מה משפט ביום אף מגילת סוטה ביום ע"כ. הרי להדיא דהי' לו הגירסא מקרבן כמש"כ הרמב"ם ז"ל בזה. והא דלא הביא הלימוד שני מתורה תורה. י"ל דפסק כהירושלמי שהביא הרא"ש בפי"נ סי' ג' דס"ל דבדיעבד כשר ודלא כש"ס דילן. דס"ל דבדיעבד פסול והרמב"ם לשיטתי' דס"ל כן מדכתב (בפי"ג מהלכות א"ב) דטבילת גר בלילה. מהני בדיעבד. כמוש"כ הרמב"ן ביבמות (דף מ"ו). מיהו לריטב"א אין ראי' מזה ע"ש בזה. ובנ"ב סי' נ"ח באהע"ז כתב לדחות דקידוש החודש לא חשיב דיעבד כל כך. מאחר דאפשר לחזור ולקדש ביום. ע"ש. באמת כיוצא בזה מבואר בתוס' קידושין (דף

נ"ה) דמה דאפשר לחזור ולעשות חשיב כלכתחילה. ועמש"כ בסי' י"ז וא"כ ה"נ בסוטה י"ל כן. דלכך בדיעבד פסול משום דאפשר לעשות ביום וחשיב כלכתחילה בזה. ויש לומר דלכך לא מייתי הרמב"ם מגז"ש דתורה תורה. דס"ל דבד"מ בדיעבד כשר והא דיליף בש"ס דבדיעבד פסול הוא כמש"כ היש"ש ביבמות סי' כ"א דאין ראי' מקידוש החודש. דכתיב כי חוק לישראל וכל היכא דכתיב חוקה עיכובא. וכיון דיליף מד"מ דבעינן ביום. והכא כתיב חוקה הוי לעיכובא. והכי נמי כתיב תורה. ומבואר בירושלמי פ"ק דסוטה וכן בפ"ב ה"ג שהוי עיכובא משא"כ הרמב"ם פסק דחוקה אינו עיכובא כמוש"כ הפ"מ שם דחוקה בעי וכדמסיק הש"ס במנחות (דף י"ט) לכן לא הביא הך ראי' שני' אלא הראי' קמייתא. אח"ז ראיתי בטו"א במגילה כתב. דא"א לומר תורה מעכב. דא"כ טפל חמור מן העיקר כמו בזבחים (דף מ"ח). וי"ל דלא דמי דשאני התם דבעיכוב בחטאת כתיב במקום אשר ישחט העולה שם ישחט החטאת וא"כ גם עולה לעיכובא כמו (בדף מ"ט) משא"כ הכא. אלא דצ"ע לכאורה להיש"ש דכל דכתיב חוקה הוי עיכובא. הא גם בד"מ כתיב חיקה. דמהיכא דנפקא לן דאין דנין ד"מ בלילה. מביום הנחילו כתיב לחוקת משפט וצ"ל דהתם קאי אשאר דיני נחלות. מאחר דכתיב בתרי ספרים דחוקת משפט בפ' פנחס. וביום הנחילו בדברים. משא"כ הכא בקידוש החודש דכתיב גבי הדדי לכן הוי לעיכובא. גם כן:

ובר"י כתב דהא דגמר דין אפילו בלילה. הוא דוקא בדיעבד כשלא הי' אפשר ביום. מהרש"ל פמ"ח סי' כ'. ועיין רא"ש פרק החולץ סי' ל"א שכ' דהא דאין מטבילין, גר בלילה. מהני בדיעבד. משום דהוי גמר דין ומדרבנן אסור לכתחילה ע"ש וא"כ גם גמר דין אינו אלא בדיעבד ולא לכתחילה. ובא"א כדיעבד דמי כמבואר בכמה דוכתי בזה. אלא דק"ל מהתוס' בקידושין (דף נ"ח) שהבאתי לעיל דהיכא דיש תקנה לחזור לא הוי כדיעבד. ועמש"כ בסי' י"ז וא"כ אמאי בדיעבד דיניהם דין. הא אפשר למיהדר ולדון. וצ"ל דמיירי בגוונא דא"א למיהדר כגון שהלכו למדה"י אח"ז דאיתי בנ"ב אהע"ז שאלה נ"ח שכתב מסברא דנפשי'. בדאפשר למיהדר לא הוי כדיעבד. והכא מיירי בקיבלו עדים. ואם אין דיניהם דין יכולים לחזור מהגדתם. ולכן א"א למיהדר עיי"ש בזה:

היש"ש ביבמות פרק מצות חליצה כתב שכן עיקר ומשום הכי לא הביא הטור דעת אביו דלא מהני. והוא תמוה דלקמן סי' רמ"ג כתב הטור להדיא דאפילו בדיעבד אין דיניהם דין. וגם מה שדחה ראיית הסוברים דלא מהני יש לפקפק ע"ז לכן כיון דרבו המחמירין והטור סתם כן וכמש"כ הב"י. העיקר דאין דיניהם דין. וכמש"כ המפרשים כאן. ומש"כ

הש"ך וסמ"ע בקנין סודר בלילה. הנה כן מבואר בישו"ש שם דגם לכתחילה מקבלין בלילה קנין סודר, ע"ש:

סעיף ג:

זמן ישיבת הדיינין מבוקר עד סוף שעה חמישית והטור כתב עד חצי היום. וברמב"ם פרק ג' מסנהדרין עד סוף שעה ששית וב"י כתב דאינו נכון דכיון דשעה ששית הוא זמן סעודת ת"ח. ומשם ואילך הוי כזורק אבן לחמת. ועסמ"ע שכתב ליישב דמה שכ' הטור עד חצי היום. וכן ברמב"ם עד סוף שעה ששית היינו עד ולא עד בכלל. עכ"ל דעד שש שעות ולא עד בכלל אז יש לומר לפי מש"כ רש"י ז"ל בקידושין (דף ל') ד"ה לא טעים אומצא שהי' רגילין לטעום בשר גחלים מעט בבוקר ואי טעים מידי לית לן בה. וא"כ י"ל דעד בכלל דאז זמן סעודה היא. אי טעים מידי בבוקר. וכן משמע בברכות (דף מיד) דת"ח היו אוכלין בארבע שעות קודם שעה ששית וצ"ל דהיינו טעימה שהי' רגילין לטעום מידי בבוקר [ובמס' ב"מ (דף ק"ז) ת"ר ג' דברים נאמרו בפת שחרית, כו' זוכה לדין וללמוד וללמד ודבריו נשמעין א"כ צריכין למיטעם מטעם זה כנ"ל בזה] ובדרישה רצה לפרש כן דמה שכתבו הטור והרמב"ם עד חצות היינו משום דדרך לטעום בבוקר אלא שדחה דהש"ס קאמר עד זמן סעודה ולק"מ דעד בכלל וכמש"כ וכ"כ הכסף משנה להדיא פ"ג שם דעד זמן סעודה היינו סוף זמן סעודה ואי דאיך יאכלו אח"כ שהוא כזורק אבן לחמת. הא אי טעים מידי בצפרא לית לן בה. ע"ש וראי' לזה מהא דאמרינן בשבת (דף י') אהא דאמר עד מתי יושבין בדין עד זמן סעודה אר"ח מאי קרא. אי לך ארץ שמלכך נער ושריך בבוקר יאכלו. והרי בברכות (דף כ"ז) מבואר דלרבנן דזמן תפילת השחר עד חצות. הוא משום דהוא נגד תמיד של שחר דכתיב בי' בוקר וכ"מ שנאמר בוקר הוי עד חצות. וא"כ מדגילה הכתוב שאכלו בבוקר ובוקר מיקרי עד חצות ש"מ דעד בכלל ומדרבנן דברכות נשמע כן גם לר"י שם דקי"ל כוותי' וע"כ דיוצאין בטעימה בבקר ובזה יתבאר הא דאמרינן שם בפ"ק דשבת (דף יו"ד) רב חסדא ורבה בר רב הונא הוי יתבי בדינא. כולי יומא כו' תני להו חייא בר רב מדיפתי ויעמוד העם על משה מן הבוקר עד הערב וכי תעלה על דעתך כו' אלא לומר לך כל דיין שדן ד"א לאמיתו אפילו שעה אחת מעלה עלי' הכתוב כאילו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית כתיב הכא ויעמוד העם על משה מן הבקר עד הערב. וכתיב התם ויהי ערב ויהי בקר יום אחד. ופרש"י תנא להו חייא בר רב שאין צריכין לישב ולידון כל היום אלא מקצת היום. ומה שאמר מן הבקר עד הערב מדרש הוא שחשוב הדבר כמעשה בראשית שנאמר בו ערב ובקר. ועדיין קשה דאיך מבואר אפילו שעה אחת גם כן. ולהנ"ל ניחא דבקר משמע עד

חצות. וערב משמע מכי ינטלו צללי ערב כמבואר ריש פרק תמיד נשחט וזהו מן הבקר עד הערב. דאפילו שעה אחת במשמע ומבואר דאפי' בשעה אחת נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית וגם לר"י דס"ל בברכות שם דבקר הוי ד' שעות ביום וא"כ מבוקר עד בין הערבים הוי יותר מב' שעות מ"מ עכ"פ לאו כל היום הוא. וא"כ ממילא סגי בשעה אחת ג"כ. ובזה י"ל הא דאיתא בסנהדרין (דף פ"ח) שסנהדרי גדולה הי' יושבין מתמיד של שחר עד תמיד של בין הערבים. וכ"ה ברמב"ם (פ"ג מהל' סנהדרין הלכה א') הוא משום ויעמוד העם על משה מן הבקר עד הערב שהוא מתמיד של שחר עד תמיד של בין הערבים גם כן:

ואגב אביא מה שנ"ל ראי' להכסף משנה (פ"א מהל' ק"ש) דמה"ת זמן ק"ש כל היום. ורבנן הוא דתיקנו עד ג' שעות. לפי האי כללא הנ"ל דבקר הוי עד חצות או ד' שעות. דהנה בברכות (דף י"א) אמרינן א"כ נימא קרא בבקר ובערב. וקשה הא אי הוי כתיב בקר הוי אמינא עד חצות לרבנן. ועד ד' שעות לר' יהודה. כדאמרינן שם (דף כ"ז) ובאמת זמן ק"ש עד ג' שעות ביום כמבואר שם (דף ט') ולכך כתיב בשכבך ובקומך. שכן דרך בני מלכים לעמוד בג' שעות. ואחרי מופלג ראיתי שכן הקשה בצל"ח. ואין לומר דכיון דבתרי פרשיות כתיב בשכבך ובקומך. ואי הוי כתיב בתרווייהו בערב ובבוקר הוי כמאן דכתיב בבקר בבקר. דמבואר בברכות שם (דף כ"ז) גבי מן דכתיב בבקר בבקר הוי עד ג' שעות דזה אינו. דהא גבי תמיד דכתיב נמי זימני טובא בבקר. ואפי"ה לא חשיב לי' כמאן דכתיב בבקר בבקר וע"כ צ"ל משום דלא כתיבי בהדדי. וכמש"כ התוס' להדיא ביומא (דף ל"ג) ד"ה הכא תלתא דהוי כמו פרשה שנאמרה ונישנית וכ"כ תוס' בפסחים (דף ה') בד"ה כדתנא דבר"י אע"ג דכתיבי טובא בהנך ג' מצוה כתיבי וכל הכתוב במצוה אחד חשיבי חדא. וא"כ גבי ק"ש נמי כיון דלא בהדדי כתיבי. לא חשבינן כמאן דכתיב בבוקר בבקר והדרא קושיא לדוכתא. ונראה לתרץ עפ"י מש"כ הרשב"א בחידושיו שם וז"ל א"כ לימא בבקר ובערב. נ"ל דלאו דוקא בבקר ובערב דבערב משמע אפילו מבעוד יום מן המנחה ולמעלה כדכתיב תזבח את הפסח בערב. אלא כו' ביום ובלילה. עכ"ל והרי אכתי קשה דאי הוי כתיב ביום הוי משמע כל היום ואנן קיי"ל דזמנה אינה אלא עד ג' שעות אלא וודאי כהכ"מ דמדאורייתא באמת זמנה כל היום. ובחולין (דף ק"ה) דאילו אבא כי הוי אכיל בישרא האידנא לא הוי אכיל גבינה עד למחר ואילו אנא בהא סעודתא הוא דלא אכילנא לסעודתא אחריתא אכילנא. וכתב הרמב"ם בהל' מאכלות אסורות (פ"ט הלכה כ"ח) שהוא ששה שעות וכתב הלח"מ דטעמו הוא שכן סעודת ת"ח בשעה ששית ומר עוקבא ת"ח הוה. וא"כ משש עד שש שעות הוי סעודה אחרת ונ"ל

שזה מבואר מהא דכתיב במדבר בערב תאכלו בשר ובבקר תשבעו לחם. והרי ביארנו שכ"מ דכתיב בבקר הוא עד חצות. וא"כ סעודה ראשונה הוא עד חצות ומחצות עד ערב דהיינו סעודה שני' של בשר ששה שעות. אם הימים והלילות שוין ומיני לשאינם שווין גם כן: ובשבת (דף יו"ד) עד מתי יושבין בדין עד זמן סעודה ושם מייתי הא דרב חסדא ורבה בר רב הונא. הוי יתבי בדינא כולי יומא הוי קא חליש לבייהו חנא להו כו' ופרש"י חליש לבי' לשון תענית הוא שלא סעדו כל היום. ולכאורה נ"ל הא דיושבין בדין עד זמן סעודה וכן הא דרב חסדא ורב בר רב הונא דהוי יתבי בדינא כולי יומא ולא אכלי דמבואר דהי' דנין קודם שאכלו ולא אכלו קודם שדנו הוא עפי"מ דמבואר בזהר פ' משפטים תאנא כתיב דינו לבקר משפט. וכי לבקר ולא בכל יומא. אמר ר' אבא לא אלא לבקר עד לא ייכלון דיינין ולא ישתון דכל מאן דדאין דינא בתר דאכיל ושתה. לאו דיינא דקשוט הוא. דכתיב לא תאכלו על הדם מאי על הדם אזהרה לדיינא דלא ייכלון עד דדייני דינא. דכל מאן דדאין דינא בתר דאכיל ושתי כאילו חייב דמא דחברי' לאחרא דהא דמי ממש יהיב לאחרא האי בממונא כ"ש בדיני נפשות דבעי דיינא לאסתמרא דלא למידן דינא אלא קדים דאכלי ושתי. ועל דא כתיב דינו לבקר משפט ע"כ. הרי דגם דיני ממונות מאן דדאין בתר דאכיל ושתי לאו דיינא דקשוט הוא. וא"כ דנין קודם זמן סעודה:

ובהיות כן תמהתי על בתי דינין של ישראל מאין יצא להם המנהג שנוהגין שדנין לאחר אכילה ושתי'. ונראה דע"כ הש"ס דילן לא ס"ל כדעת הזהר מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ז') דרש ר' יאשי' ואיתימא רב נחמן בר יצחק מאי דכתיב בית דוד כה אמר ד' דינו לבקר משפט והצילו גזול מיד עושקו וכו' וכי בבקר דנין וכל היום אין דנין אלא אם ברור לך הדבר כבקר אמרהו ואם לאו על תאמרהו. ר' חייא בר איקא אמר ר' יונתן מהכא אמור לחכמה אחותי את. אם ברור לך הדבר כאחותך שהיא אסורה לך אמרהו ואם לאו אל תאמרהו. הרי דמתמה וכי בבקר דנין וכל היום אין דנין. ולא משני דדוקא בבוקר שהוא עד חצות. דמקרי בוקר כמבואר בברכות (דף כ"ז) שהוא זמן סעודה משא"כ כל היום באמת אין דנין. א"ו דגם לאחר סעודה דנין. ולא תאכלו על הדם מבואר בסנהדרין (דף ס"ג) לסנהדרין שהרגו את הנפש שאין טועמין כל היום ועוד לכמה דרשות ע"ש ומעתה י"ל דר' חייא ב"א אר"י דיליף מאמור לחכמה אחותי את. ולא יליף מדינו לבקר משפט ס"ל כדעת ר' אבא בזהר דאין דנין אלא עד בוקר משום דאין דנין אלא קודם זמן סעודה. לכן יליף מאמור לחכמה אחותי את. וכן רב חסדא ורבה בר"ה דלא אכלי כל יומא ס"ל כן. אבל קיי"ל כהך דרשא דדינו לבקר משפט אתא לאם ברור לך הדבר כבקר ולכן דנין

גם לאחר זמן סעודה. וכן משמע מהא דסנהדרין (דף פ"ז) דהי' יושבין בלישכת הגזית מתמיד של שחר עד תמיד של בין הערבים. לפמש"כ במ"א מזה:

ועוי"ל דהזהר דוקא אכילה ושתי' קאמר והיינו משום דשתה רביעית גם בד"מ לא ידין וכדעת הב"ר בפ' נשא. אבל לדעת התוס' בסנהדרין דשתויי יין מותר לדון בדיני ממונות לא יתיישב זה וכן קיי"ל בסי' ז'. לכן מתיישב לי יותר כמש"כ בראשון וזה עיקר. [ובשבת קל"ט מבואר דר' יוחנן יליף ג"כ מאמור לחכמה ולא קאמר מלבקר הוא משום דס"ל ג"כ דאתא להא שיהא קודם סעודה דוקא. וא"ש] וכ"מ דלפעמים ב"ד יושבין גם לאחר כן מהא דלקמן ס' י"א מנדין לערב וכן בסי' צ"ז עיי"ש בזה:

סימן ו

סעיף א':

אין הדיינים יושבין לדון בדין פחות משוה פרוטה. איתא בשבועות (דף ל"ח) אמתני' דתן לי פקדון ותשומת יד. וגזל ואבידה שיש לי בירך שבועה שאין לך בידי אינו חייב אלא אחת אמר. ר' יוחנן פרוטה מכולם מצטרפת ופסק כן הרמב"ם בפ"ג מהלכות שבועות. והקשו כיון דפחות משוה פרוטה הוי מחילה ולכך לא ניתן להישבון א"כ כיון דמחל איך מצטרף אח"כ. וי"ל דמיירי שנשאר לו מגזילה ואבידה וכדומה פחות משוה פרוטה לכל אחד. דאז שפיר מצטרף כיון דבין כולם איכא שוה פרוטה. דבעת שמחזיר לו הגזילה פתות שוה פרוטה וכן מחזיר לו האבידה פחות שוה פרוטה. אז בהדדי אחי צירוף הפרוטה. כיון דיש לו מכל אחד עדיין חצי פרוטה ובין שניהם נעשה פרוטה לא מחיל. ועוד יש לומר לפי מש"כ הע"ש וכיון לזה המחנה אפרים הל' גזילה סימן א' דגם היכא דלא מחל אינו חייב להשיב דלא מקרי ממון. א"כ מיירי בכהאי גוונא. דלא מחל דאינו חייב להשיב ואעפ"כ מצטרפין. גם נ"ל דבלא"ה לק"מ לפי"מ דאיתא בשבועות (דף ל"ד) דשבועת הפקדון ילפינן מגז"ש דמעילה. והרי במעילה אמרינן בב"מ (דף נ"ה) ואת אשר חטא מן הקודש ישלם לרבות פחות משוה פרוטה להישבון והא דדריש בתורת כהנים לאשמה בה פרט לפחות מש"פ. כתב הזית רענן דהיינו קרבן דאינו פתות משוה פרוטה אבל ב"ד נזקקין לחייב בתשלומין וא"כ שפיר מצטרף בשבועת הפקדון לחייב קרבן ג"כ. אלא דתירוץ זה לא יתיישב אלא לר"ש דס"ל שבועת הפקדון לא ניתן זדונה לכפרה דיליף ממעילה. אבל לפי"מ דקי"ל דניתן זדונה לכפרה. א"כ לא ילפינן ממעילה. וא"כ לרמב"ם דפסק דניתן זדונה לכפרה. ופסק דפרוטה מכולם מצטרפת. צריך לומר תירוצים הראשונים המבוארים למעלה בזה. או לפי"מ דמבואר לקמן סימן ש"ס מהרא"ש פרק הגוזל קמא. דגזל שתי אגודות שו"פ והחזיר אחת דחייב להחזיר השני. אבל אין

ב"ד נזקקין וקרבן אינו אלא במידי דנזקקין. לכן צריך צירוף ומצטרפין דבכה"ג לא הוי מחילה. ולפ"ז קשה הא שכ' הרמב"ם (פ"ז מהל' גזילה ואבידה הלכה י"א) נתן לו את הקרן ולא נתן לו את החומש או שמחל לו את הקרן ולא מחל לו על החומש או שמחל לו על זה ועל זה חוץ מפחות שוה פרוטה בקרן. אינו צריך להוליך אחריו אלא יבוא הנגזל ויטול את השאר עכ"ל. ומשמע מזה שמחוייב לחת לו כשיבוא הנגזל וטעמא כתב התוי"ט פ"ט דבב"ק דמ"מ גזל הוא בידו וז"ל הרמב"ם ריש הלכות גזילה ואסור לגזול כל שהוא דין תורה עכ"ל התוי"ט. וקשה נהי דאסור לגזול כל שהוא. מ"מ אינו מחוייב להשיב כשבא הנגזל ליטול כמו שכ' הרמב"ם פ"א מהלכות גזילה הגוזל פחות מש"פ אע"פ שעבר אינו בתורת השבה. והוא מהגמ' סנהדרין (דף נ"ז) ואם כן ה"נ כיון דלא נשאר אצלו אלא פחות משוה פרוטה אמאי חייב להשיב. משמע מזה לכאורה דלא כהע"ש דס"ל דהיכא דלא מחל פחות משו"פ ג"כ אינו חייב להשיב. אלא היכא דלא מחל חייב להשיב. אף פחות משוה פרוטה. לכן נראה דשאני התם כיון דתחילת הגזילה הי' שוה הרבה. אף דמחל לו אח"כ חוץ מפחות משוה פרוטה. נהי דאין צריך לילך אחריו מ"מ כשיבא הנגזל חייב בהשבה. ומדמה לה הרמב"ם להא דאמרינן בב"ק (דף ק"ה) גזל שלשה אגודות בשלש פרוטות והוזלו ועמדו על שתים. אם החזיר לו שתים חייב להחזיר לו אחרת והוא דאף דעכשיו אינו שוה פרוטה. כיון דמעיקרא היה שוה פרוטה חייב להחזיר הג' אף דמחל לו על הכל חוץ מפחות משוה פרוטה ה"ז כמו ששילם לו הכל חוץ מפחות משוה פרוטה. דהמחילה במקום תשלומין דחייב להשיב לו. ולפי"ז יצא לנו כלל גדול בדעת הרמב"ם ז"ל, דהיכא דגזל ושילם לו הגזלן חוץ מפחות מש"פ או מחל לו הנגזל חוץ מפחות משו"פ. צריך להשיב הפחות משו"פ. וה"ז דומה להא דבב"ק שם (דף ק"ה) גזל שתי אגודות בפרוטה והחזיר לו אחת מהן דמסיק הגמ' אעפ"י שגזילה אין כאן מצות השבה אין כאן. לפי' הה"מ בשם המפרשים ז"ל (בפ"א מהל' גזילה ה"ו) דצריך להשיב הכל כיון שבתחילת הגזילה היתה שוה פרוטה. א"כ ה"ה בהיה הרבה פרוטות מתחילה. ושילם חוץ מפחות משוה פרוטה. חייב להשיב. אלא דלהרא"ש שפי' שם השבה אין כאן בשם הרמ"ה ז"ל דאין ב"ד כופין בכה"ג או שאין נזקקין בתורת ממון אלא משום מצות השבה. ע"ש ולקמן סימן ש"פ ה"ה כאן ונראה דהרמב"ם והרא"ש לטעמי' אולי דהנה בב"ק (דף ק"ג) תנן הגוזל את חבירו ש"פ ונשבע לו יוליכנו אחריו כו' מחל לו על זה ועל זה. חוץ מפחות מש"פ בקרן. אין צריך לילך אחריו. והקשו תוס' ל"ל למיתני מחל לו חוץ מפחות משוה פרוטה. הא מרישא ידעינן דקתני שוה פרוטה דוקא. ומזה למד הרמב"ם דקמ"ל דאין צריך לילך אחריו אבל חייב בהשבה. וכ"ז לשיטתו דסבירא

ליה בהא דגזל שתי אגודות בפרוטה דחייב בהשבה ככל ממון. וא"כ איך קתני א"צ לילך אחריו. דמשמע אבל חייב בהשבה. וזה תי' הרא"ש ז"ל הובא בש"מ דקמ"ל הא גופא דא"צ לילך אחריו. דס"ד כיון דמתחילה היה שוה פרוטה. צריך לילך אחריו קמ"ל אבל אין הרבותא על הדיוק דחייב בהשבה וא"ש ודו"ק:

אם תבעו כלי פחות משוה פרוטה. כתב הש"ך דזה תליא במחלוקת דלקמן (בסימן פ"ח) דלר"ה והרמב"ם הוי ממון אף פחות משו"פ אבל להתוס' והרא"ש והטור והרמב"ן אף בכלי לא הוי ממון אלא בפרוטה. ועיין מעילה (דף כ"ב) כיצד יעשה נוטל פרוטה או כלי ויאמר פרוטה של הקדש בכ"מ שהיא מחוללת ע"ז שהקדש נפדה בכסף ובשו"פ. וכתב הרמב"ם (בפ"ז מהלכות מעילה ה"ו) בכלי כל שהוא והוא דלשיטתי' אזיל דבכלי לא בעינן שיהיה שו"פ וא"כ ה"נ כן:

כתב השיטה מקובצת בב"מ. וז"ל וכת' רז"ל דהא דאין נזקקין לפחות משו"פ ה"מ כשתובעו דבר של תשלומין אבל כשתובעו דבר שהוא בעין אפילו על פחות משו"פ נזקקין ע"כ. ועיין ירושלמי (פ"ק דקדושין הלכה א') כתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור. אם ללמד שאין ב"ד נזקקין לפחות משו"פ כבר כתיב לאשמה בה פרט לפחות משו"פ וכ"ה בת"ה והרי התם בעין הוי כדכתיב והשיב וכו' או את הפקדון. ועיין ב"מ (דף מ"ח) דגם בהלואת כלי מיירי ע"ש וצ"ע בזה:

(מבן המחבר ראיתי להגאון ר' לייב מפלאצק זצ"ל שהקשה בספרו גט מקושר דאיך יכולים שני עדים לחייב אפילו פרוטה הא הוי לה עדות שאי אתה ילה"ז דמשלשין בממון וא"כ אין על אחד שוה פרוטה ואינו יוצא בדיינים בפרט בעדים זוממין דקנסא הוא. ע"ש שהניח זאת בצ"ע:

והנה ש"ב הגאב"ד ר' יוסף ראפ מנאווידוואהר רצה לחדש מזה דכיון דלהתובע הוי פרוטה ב"ד מזדקקין לזה וכן הדין בשנים שהזיקו פרוטה ג"כ ב"ד מזדקקין וסברתו הוא משום דכיון דלהתובע הוי פרוטה לא מחיל לכך שפיר ב"ד מזדקקין. אבל לא נראה לי לומר כן דלכך אין ב"ד מזדקקין על פרוטה משום דמחיל אלא עיקר הטעם משמע בב"מ (דף נ"ה) משום דלא הוי ממון הניחן לגבות בב"ד. ונראה לי להביא ראי' לדברי דלאו במחילתו תליא מהא שהקשה הע"ש (בסימן זה) אהאי דינא דאם הוזקקו לב"ד לפרוטה גומרים דינם אפילו לפחות מפרוטה. והקשה הע"ש הא כבר מחיל ותירץ דמיירי שאומר דלא מח"ל ואפ"ה זהו דוקא בשכבר הוזקקו ב"ד לפרוטה אבל להזדקק לכתחילה לפחות משו"פ אפילו באומר שלא מחיל ג"כ ב"ד אין מזדקקין הרי מוכח להדיא מהכא דלא במחילתו תליא ואף בלא מחיל בפירוש ג"כ אין ב"ד מזדקקין:

עוד נ"ל להביא ראי' דלאו מטעם מחילה אין ב"ד מזדקקין לפחות משו"פ מהא דמותיב רבא בב"מ שם לרב קטינא דב"ד נזקקין אפילו לפחות משו"פ מואת אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות משו"פ להישבון להקדש אין ולהדיוט לא ואי הא):

סימן ז

סעיף א':

ב"ד של ג' שהיה אחד מהם גר הרי זה פסול לדון ישראל בנדה (דף מ"ט) כל הראוי לדון דיני נפשות. ראוי לדון דיני ממונות. ויש שראוי לדון דיני ממונות ואין ראוי לדון דיני נפשות. ומפרש בש"ס דהיינו גר וממזר וכן בסנהדרין (דף ל"ו) דאין מושיבין בסנהדרין זקן וסריס ומי שאין לו בנים. יש להק' דלהרמב"ן דס"ל אם קבלו ג' עדות דיני נפשות דלא מהני. ובעינן דוקא כ"ג. א"כ ס"ל דקבלת עדות כדין. וא"כ ממזר וגר וחלל וכדומה שאינן כשרין לדון אלא דיני ממונות אם קיבלו עדות דיני נפשות לא מהני דקבלת עדות כדין דמי. ומאחר דפסולין לדיני נפשית לא מהני קבלת עדות שלהם. א"כ הא דפריך בב"ק (דף מ"א) בעל השור נקי מחצי כופר. וא"ל ר"ע הביאהו לב"ד וישלם לך. משכחת בקבלו ממזר או גר וכדומה. והלכו העדים או מתו דלממון מהני. ולסקילה לא מהני וא"כ צריך קרא דחצי כופר פטור צ"ל דה"ה דהו"מ לשנויי כן:

בכנה"ג (סימן ז') פסק בנולד מהכותית אעפ"י שאביו מישראל פסול להיות דיין ומסיק דלפ"ז הא דרחבעם בן שלמה מנעמה דגיורת היתה. וכתב עוד ראיה לזה מן התוספתא דסנהדרין (פרק ד') אין מעמידין מלך אלא מן המשיאין לכהונה ואם נימא דרחבעם הי' מגיותה הרי רחבעם פסול למלכות דאם היתה בת פסולה לכהונה ע"כ. ועיין ריטב"א בקדושין (ס"ו) שכתב רב לך מלכות איכא דק"ל כהן שפסול לכהונה איך יוצלח למלכות דהא תניא בתוספתא שאין מעמידין מלך אלא מן המשיאין לכהונה ול"ק לי דהא איסורא דרבנן הוא ולא הי' מקפידין ע"ז בדיעבד והיינו לישנא דאמרי כלומר מסתיי' שאין אנו מקפידין ע"ז בדיעבד להעמיד דברינו בך לערער על כתר מלכות אבל הנח כתר כהונה דבדאורייתא קפדינן ע"כ. וא"כ כיון דס"ל דהא דאין מעמידין אלא מן המשיאין לכהונה אינו אלא מדרבנן אין ראיה דבימי רחבעם לא גזרו עדיין בזה אלא בחידושי הר"ן בסנהדרין (דף ל"ו) משמע שהוא דאורייתא:

שם בנדה כל הכשר לדון כשר להעיד. ויש לדקדק אמאי לא נקט ראוי כמו דנקט לעיל כל הראוי לדון דיני נפשות ראוי לדון דיני ממונות. וי"ל דהרמב"ם (בפ"ב מהלכות סנהדרין הלכה ה) כתב. מלכי בית דוד. אע"פ שאין מושיבין אותם בסנהדרין יושבים הם ודנין את העם ע"כ. והוא דבסנהדרין (דף י"ט) אמרינן דמלכי בית דוד דן ודנין אותם והקשו

תוס' הא אמרינן. שם (דף י"ח) דאין מושיבין מלך בסנהדרין וחילקו דבדיני נפשית הוא דאין דנין. משום לא תענה על רב. אבל בדיני ממונות דנין. והרמב"ם חילק בין אם הוא לבדו בין אם הוא עם סנהדרין. דבסנהדרין אין מושיבין אבל לבדו דנין וכל זה ודאי בדיני ממונות. דמומחה לרבים דן יחידי. כמוש"כ הרמב"ם שם הלכה י"א. אבל בדיני נפשות ודאי אינו דן. וא"כ א"ש האי כללא דכל הראוי לדון דיני נפשות ראוי לדון דיני ממונות. ויש שראוי לדון דיני ממונות ואינו ראוי לדון דיני נפשות. דמלכי בית דוד ג"כ אינן דנין דיני נפשות אבל דנין דיני ממונות. ואיתא בשבועות (דף ל"א) שבועת העדות כו' בכשרים ולא בפסולים. ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד. למעוטי מאי. ר"פ אמר למעוטי מלך. ופרש"י דלא חזי לעדות דצריך עמידה. וזה אי אפשר משום שום תשים עי"ש. וא"כ הרי מלכות בי"ד דנין ואין מעידין. וא"כ קשה דאיך קתני כל הכשר לדון כשר להעיד הא איכא מלכי בי"ד. דדנין ואין מעידין. לכך נראה דמדקתני כל הכשר לדין ולא קתני כל הראוי לדון. דכשר היינו בעצם האיש. דכשר להעיד ואינו כשר לדון. מבואר דהוא כסומא דכשר להעיד ואינו כשר לדון. דפסיל הוא משום דדבר אחר גרם לו. וא"כ מלך דאינו מעיד הוא משום (דאין נזקקין לפחות משוה פרוטה הוי מטעם מחילה. א"כ למה צריך קרא לרבות הקדש להישבון דב"ד נזקקין אפילו לפחות מפרוטה כיון דהטעם הוי משום מחילה והקדש לאו בר מחילה הוא. אלא ודאי דלאו מטעם דפחות משו"פ מחיל לכך אין ב"ד מזדקקין ואפילו בלא מחיל נמי אין ב"ד מזדקקין משום דפחות משו"פ לא הוי ממון שניתן לגבות בב"ד וכמוש"כ:

ולפע"ד נראה ליישב קושיית הגט מקושר הנ"ל. דהנה הא דאמרינן דמשלשין בממון נראה לי דהביאור כן הוא דמן הדין כל אחד מחוייב לשלם כאשר זמם להפסידו בעדותו רק דב"ד משלשין הוא משום כיון דקיבל מה שרצו להפסידו אין לחייבם שיתנו בין שניהם כפל כאשר זמם כל אחד להפסידו וכן פרש"י במכות (דף ה' ע"א) אהא דקאמר שם דמשלשין בממון ואין משלשין במכות משום דממון מצטרף ופרש"י לזה הטעם והרי קיבל מה שרצו להפסידו בין כולם וזה פשוט לדעתי. א"כ מעתה לק"מ ושפיר יכולים ב"ד להזדקק אף בלא העידו אלא אפרוטה כיון דהחיוב לשלם פרוטה שרצו להפסידו בעדותן הוא על כל עד כאשר זמם אלא כיון דבאו לב"ד ושלשו בין שניהם וקיבל מה שרצו להפסידו. מצטרפין ופטרינן אותם בזה. אבל כל זמן שלא קיבל מה שרצו להפסידו החיוב הוא על כל עד לשלם הפרוטה כאשר זמם, ושפיר יכולים ב"ד להזדקק אף בלא העידו אלא אפרוטה והשילוש אינו אלא קולא להעדים וזה נכון:

ואין להקשות מהא דמבואר במכות (דף ג' ע"א) דעד זומם משלם לפי חלקו אע"ג דעד השני אינו משלם כלום. א"כ אמאי אינו משלם אלא לפי חלקו כיון שלא קיבל מה שרצו להפסידו א"כ יהי' נשאר כחיובו כאשר זמם בכולו. דזה אינו כיון דהחיוב לשלם הוא עפ"י עצמו באמרו שכבר עמדו בדין ונתחייב כל אחד לשלם חלקו כמבואר במכות דמיירי שהודה שכבר עמדו בב"ד ונתחייב לשלם כל אחד לפי חלקו חציו א"כ אין לו השתא לפי הודאתו של העד אלא חיוב ממון דחציו שכבר נתחייב ופסקו לו ב"ד וחצי השני דלפי הודאתו דזה העד שאנו באים לחייבו הוא אומר שחצי השני נתחייב ליתן לו העד השני בב"ד. אך העד השני כופר לו מה שנתחייב לשלם לו מכבר א"כ איך יוכל לחייב להעד השני שהודה בשביל שהעד השני שנתחייב כבר בב"ד וכופר לו והוי כאילו כופר לו חוב ממון בעלמא וז"ב: עוד נ"ל לתרץ לכאורה עפ"י שיטת התוס' רי"ד בפ"ג דסוכה דאף דפחות משו"פ מחיל אינש מ"מ מחוייב בד"ש שכתב שם אהא דערבה גזולה פסולה אף דהוי פחות משו"פ ומחיל אינש מ"מ מחוייב בדיש ולא הוי לכם עיי"ש. והא במחוייב לצאת ידי שמים מהני תפיסה א"כ מהשתא שפיר י"ל דלכך יכולים שני עדים לחייב אפילו שו"פ דהא אף דב"ד גופא אין יכולים לעשות בהם כאשר זמם להוציא מכל אחד חצי פרוטה. מ"מ ג"כ יתקיים בהם כאשר זמם בזה דיכול לתפוס הנדון בעצמו מהעדים כאשר זממו לו והוי שפיר כאשר זמם אפי' בפרוטה. ושוב ראיתי בשער משפט שכתב כן (בחו"מ סימן א' ס"ד) דהיכא דמהני תפיסה מהעדים הוי שפיר עדות שאתה יכול להזימה וא"ש: ובזה יתורץ שפיר קושיית הראשונים בריש מכות עיי"ש ברמב"ן ובריטב"א שהקשו אהא דאיתא במכות (דף ד') מעידין אנו באשת פלוני שזינתה והוזמו דנהרגין ואין משלמין כתובתה שהי' מפסיד לה ואיך מקיימין בהם כאשר זמם מקצת ע"ש. אבל לפי הנ"ל ניחא כיון דמה דפטרינן להעדים מלשלם כתובתה שרצו להפסידה הוא משום דקלב"מ והא קיי"ל דקלב"מ מחוייב לצאת יד"ש ומהני תפיסה כמבואר ברש"י ב"מ (דף צ"א) א"כ ה"נ כיון דמהני תפיסה לתפוס מהעדים יתקיים שפיר כאשר זמם בזה דיכול לתפוס מהעדים כאשר זממו להפסיד כתובתה. אבל זה אינו לפי שיטת המהרש"ל (ביש"ש פרק הכונס ס"ו) דהיכא דעבדינן החומרא ליכא משום לצאת יד"ש רק אם לא עבדינן החומרא אז איכא משום לצאת יד"ש וגם היכא דהוי גרמא בנזקין שאין בו חיוב מן הדין אלא לצאת יד"ש אי תפס מפקינן מיני' והובא בש"ך (סימן כ"ח) ליתא להאי תירוצא הנ"ל) דאינו יכול לעמוד א"כ דבר אחר גרם לו אינו בכלל אינו כשר להעיד. דכשר הוא. אלא דאינו ראוי. וא"כ ניחא הא דלא קתני כל הראוי לדון. ראוי להעיד. משום דא"כ הוי ק"ל אהאי כללא דהא איכא מלכי בית דוד. דראוין לדון

ואין ראוין להעיד כמו בשבועות שם דקרי לי' אינו ראוי להעיד לכך קתני כל הכשר להורות. דמיירי בכשרי הגוף ולא בדבר אחר גרם לו וא"כ מיירי האי כללים בכשרים ולא בראוים וא"ש:

וממתני' הנ"ל יש להביא ראי'. דאף דעדים בעי עמידה. מ"מ איני מעכב. והפוסקים הביאו ראי' מהירושלמי, דמבואר בחולה שאינו יכול לעמוד מעיד דאס"ד דמעכב באינו יכול לעמוד. א"כ ק"ל אהאי כללא דכל הכשר לדון כשר להעיד. דהא איכא חולה שכשר לדון ואינו כשר להעיד משום דבעי עמידה. א"ו דאינו מעכב. אך לפימש"כ י"ל דמתני' לא מיירי במידי דראוי ואיני ראוי אלא בכשר ואינו כשר. וא"כ באינו יכול לעמוד דהמניעה מצד אחר לא מיירי מתני' דהא כשר הוא. אלא דאינו ראוי. ושם בתוס' בד"ה לאתויי ממזר אמאי לא קאמר בעל מום דפסול לדיני נפשות וכשר לד"מ. ע"ש. לפימש"כ הו"מ להק' ממלכי בית דוד. אלא דעדיפא נקטי. גם הו"מ להק' מהא דאין מושיבין זקן בסנהדרין. וסריס ומי שאין לו בנים. כמבואר בסנהדרין. אלא דחדא נקטי. ועוד. דאפ"ל דהא דאין מושיבין זקן. הוא מדרבנן וא"כ עדיפא להו מבע"מ. דמדאורייתא פסול לד"נ ולד"מ כשר: אמנם מש"כ תחילה. אינו אלא לפלפולא. י"ל דלכך ל"ק דהאיכא מלכי בי"ד דכשרין לדון ואינן כשרין להעיד מאחר דאין כשרין לדון בדיני נפשות. אין סתירה להכלל. דהכלל כל הכשר לדון אינו אלא אם כשר גם לד"נ. ומאי דתני תחילה ראוי וכאן כשר דלעיל בדיינים שייך לשון ראוי דאף אם הוא כשר שהוא בחזקת כשרות מ"מ בעינן שיהי' ראוי מצד יחוסו. דביוחסין מיירי כמוש"כ תוס' אבל בעדות שייך כשר:

סעיף ב':

הסומא בשתי עיניו פסול עיין סמ"ע דהטעם משום דהוי כמו לילה. דלזה ביממא לילה. ודלא כע"ש דנתן הטעם משום דמקשינן ריבים לנגעים דלית הלכתא כוותי' דר"מ. ועיין בתוס' נדה (דף נ') ד"ה ור"מ שכתבו דלרבנן דר' מאיר דלא מקשינן ריבים לנגעים סומא בשתי עיניו כשר. דכיון דליכא היקישא מהיכי תיתי נימא לפסול ולזה הוצרך הסמ"ע ליתן טעם משום דהוי כמו לילה:

ולענ"ד נראה לומר טעם אחר לפסול סומא, אפי' אי לא מקשינן ריבים לנגעים. עפ"י מה דאמרינן בב"ק (דף פ"ז) תניא אידך. כי' וכן הי' רבי יהודא פוטרו. מכל מצוות האמורות בתורה. אמר רב שישא ברי' דרב אידי מאי טעמא דר' יהודא. אמר קרא ואלה המצות החוקים והמשפטים. כל שישנו במשפטים ישנו במצוות וחוקים וכל שאינו במשפטים אינו במצוות וחוקים ע"כ. הרי דס"ל לר' יהודה. דסומא אינו במשפטים ואמרינן בפ"ב דסנהדרין (דף י"ח) גבי כהן גדול אי לא דיינינן לי' איהו היכי דאין הכתיב התקוששו

וקושו ואמר ר"ל קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים וא"כ לר' יהודה קשה ל"ל קרא דהקישא ריבים לנגעים. דמה נגעים שלא בסומין אף ריבים כן. תיפוק לי' דבלא"ה פסול לדון כיון דאינו במשפטים. וא"כ אי לא דיינינן לי' איהו היכי דאין. אך אין זה התחלת קושיא. דהא ר"מ הוא דאית לי' האי היקישא דריבים לנגעים. ור"מ לשיטתי'. פליג שם על ר"י וס"ל דסומא חייב בכל מצוות האמורות בתורה. כמבואר בב"ק שם (דף פ"ו) וא"כ ישנו במשפטים וכיון דדיינינן לי' הו"א דדן ג"כ. לכן יליף מהיקישא דריבים לנגעים. דפסול לדון. אמנם לר' יהוד' דסומא אינו במשפטים. בלא היקישא דריבים לנגעים פסול לדין משום התקוששו וקושו. ורבנן דר' מאיר לאו היינו ר' יהודה. ומזה ראי' למ"ש הרא"ש פרק החובל סי' ז'. והאריך הש"ש שם להוכיח דאין הלכה כר' יהוד'. דסומא פטור מכל מצוות האמורות בתורה. לכן שפיר כתבו התוס' דלדידן כשר. והסמ"ע הוצרך להטעם דהוי כמו לילה:

והנה הנמוקי יוסף פרק אחד ד"מ כתב וז"ל אבל סומא בשתי עיניו פסול לדון. כו' והכי משמע נמי בפרק מצות חליצה (דף ק"א) גבי פלוגתא דר' יהודא ורבנן. דמ"ס חליצה בג' ומ"ס בחמשה. ור"י הדיוטות מנ"ל נפקא לי' מלעיני. מדאיצטריך למעוטי מלעיני סומין ש"מ דאפילו הדיוטות כשירים דאי ס"ד סנהדרין בעי ל"ל לעיני מדר' יוסף נפקא סנהדרין מכל מום כדכתיב כלך יפה ומום אין בך. והשתא אס"ד סומין כשירים לדיני ממונות א"כ היכי מוכח מדאיצטריך לעיני למיפסל סומין ע"כ הדיוטות כשירין. דלמא סמוכין לא בעי אבל מומחין בעי. אבל אי בד"מ סומין פסולים לא איצטריך לעיני אלא למיכשר הדיוטות. עכ"ל והשתא קשה מאי ראי' היא זו. דאליבא דר"י וודאי פסול משום התקוששו וקושו. כנ"ל אבל אליבא דידן דלא קי"ל כוותי' בהא דפוטר סומא מדינים נוכל לומר דכשר. ובשלמא בהא דאצטריך לפסול סומא משום כלך יפה רעיתי אליבא דר' יהודה ולא סגי בהתקוששו וקושו. דאיצטריך לעגלה ערופה דמבואר בסנהדרין (דף י"ד) דס"ל לר' יהודא דבעינן סנהדרי גדולה. ולא שייך בזה התקוששו וקושו. דאינו דין אלא מצוה. אבל קמייתא קשה. ונראה דחדא בחבירתה מתורץ דזה דוחק לומר דאיצטריך לעגלה ערופה גרידא. וא"כ ל"ל כלך יפה רעיתי. וע"כ דמיירי דאיכא עוד אחרים דלא שייך בזה התקוששו וקושו כמוש"כ התוס' בסנהדרין (דף י"ח) ד"ה והא כיון דאין הדין נגמר על פיו לבד. וא"כ שפיר מבואר דגם לדידן פסול:

ונראה דלא שייך לומר קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים אלא במלך וכהן גדול דבני חיובא נינהו ופשיטא דדנין אותם. דאי לא דדנין אותם היכי לידיינו. דהנידון יאמר להם הרי אתם בני חיוב כמוני. ואפ"ה אין דנין אתכם. וכן מורה הלשון קשוט עצמך. שהוא

בר חיוב וצריך לקשט את עצמו. משא"כ בסומא דאינו במשפטים אין מחוייב בדבר מה שייך בו קשוט כיון דאין מצווה. ולכן גם לר' יהודה ליכא ילפותא לפסול אם לא משום דהוי כמו לילה ולכן שפיר הביא הנ"י ראי' מדר"י וממילא נשמע גם לדידן: סעיף ג':

וי"א דמבן י"ג ומעלה אפילו לא הביא שתי שערות כשר. והקשה בתומים כיון דקטן א"א לדונו כמבואר לקמן (סי' צ"ו) א"כ נימא התקוששו וקושו ולפי"מ שנתבאר לעיל בס"ב דבמי שאינו מחוייב לקשט את עצמו לא שייך התקוששו וקושו א"ש. אכן בש"מ ב"ק (דף מ"ד) לא משמע כן:

ויש להקשות לדידן אמאי כשר הא עיקר מה שדנים כעת הוא משום דשליחותייהו דקמאי עבדינן כמבואר בגיטין (דף פ"ח) והלא קטן אף אם הוא י"ג שנה כל שלא הביא שתי שערות. אינו בר שליח. ואמאי כשר לדון עתה. ולהדיא מבואר בתשב"ץ ח"ג שאלה ו'. דהא דעכו"ם אין רשאין לדון הוא משום דלאו בני שליחות. אפילו במידי דשייך שליחות ג"כ. ויש לומר לפי"מ שכ' השיטה מקובצת בכתובות (דף י"א) אהא דגר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד. דזכין לאדם שלא בפניו. והקשו התוס'. הא זכי' מטעם שליחות ואין שליחות לקטן. ותי' דב"ד שאני עיי"ש בזה. וא"כ י"ל דבית דין יכולין לעשות שליחות לקטן גם כן. אמנם בקידושין (דף מ"ב) דפריך והא קטנים לאו בני שליחות נינהו. מבואר דאפילו לב"ד אין יכולין לעשות שליח א"כ ה"ה דאין יכולין לעשות שליח לקטן גם כן. ולדעת אחרונים בשליחות דמגו דחל על בר שליח חל אף על אינו בר שליח כשעושה אותם ביחד ה"נ י"ל דמאחר דדנין בשלשה. דמגו דמהני שליחותם על שאר הדיינים חל אף בקטן. אלא שזה אינו מוסכם. ואפשר לומר מאחר דשליחוחייהו דקמאי אינו אלא מדרבנן כמו שביארנו (בסימן א') והוא הפקר ב"ד. מהני בקטן גם כן:

סעיף ד':

אשה פסולה לדון. עיין בתוס' נדה (דף נ') שפלפלו אי אשה פסולה לדין ונראה ראי' מהא דאמרינן בגיטין (דף ה') איתמר בפני כמה נותנו לה כו' דמר סבר כיון דאשה כשרה להביא את הגט. זימנין דמייתא לי' איתתא וסמכי עלה ואידך אשה מידע ידעי ולא סמכי עלה. הרי להדיא דפסולה להצטרף לתלתא ומשום דפסולה לדון. וכן נראה מהא דמבואר בסנהדרין (דף נ"ז) בן נח נהרג בדיין אחד מפי איש ולא מפי אשה. ופרש"י ע"י דיין איש וכ"ה ברמב"ם (הל' מלכים פ"ט) וא"כ כ"ש בישראל דפסול דיין אחד וקרוב מכ"ש דאשה פסולה לדון. ודו"ק היטב בזה. וברמב"ם ה' מלכים (פ"א ה"ה) אין מעמידין אשה במלכות שנאמ' עליך מלך ולא מלכה. וכן כל משימות שבישראל אין ממנין בהם אלא איש עכ"ל והא דמלך ולא מלכה כתב הכס"מ שכן הוא בספרי עיי"ש וכ"ה בברכות (דף

מ"ט) תורה ומלכות לפי שאינו לא בנשים ולא בעבדים. ובמדרש נשא פ"י נשים אין בנות הוראה. משמע דאף באו"ה כן. וילה"ק דבדרש קהלת פ"ב עשיתי לי כו' שדה ושדות דייני זכרים ודייני נקיבות הרי דמשמע דכשירים לדון. וי"ל דעפ"י קבלה היתה שהתרצו לזה. ומבואר הא דכתיב (שופטים ד') ודבורה אשה נביאה אשת לפידות היא שפטה את ישראל בעת ההיא. דהכוונה דאיכא לכאורה בזה ב' ריעותות דאשה פסולה לדון וגם כל משימות שאתה משים לא יהא אלא איש והנה על הריעותא דפסולה לדין כתבו התוס' בב"ק (דף ט"ו) דעפ"י הדיבור עשתה כן ולכן כתיב היא שפטה דלה הותרה לדון. ועל הריעותא דכל משימות שאתה משים ניחא משום דלא היתה בקביעות. רק בעת ההיא ולא שמו אותה לשופט קבוע וא"כ לא שייך בזה משום שום תשים כל משימות שאתה משים לא יהא אלא איש וא"ש. שוב ראיתי להחינוך (סי' ע"ז) שכ' וז"ל שלא הי' הדין נחתך על פי' אבל היתה אשה חכמה ונביאה והיו נושאין ונותנין עמה כו' ולכן כתוב עלי' והיא שופטת וכו' עכ"ל הרי שפירש לפי דרכו הכוונה והיא שופטת דרק היא לבדה היתה שופטת אבל שאר נשים פסולין. ומשמע מזה דגם נשים פסולין להדדי. אף דגר דן את חבירו. ובדברים (א') הבו לכם אנשים ופרש"י וכי תעלה על דעתך נשים אלא מה ת"ל אנשים צדיקים ע"כ. הרי להדיא דנשים פסולין לדון בני ישראל:

עיין תומים שפי' הירושלמי שהובא בתוס' נדה (דף נ') דנשים פסולין לדון מגז"ש דשני אנשים משני דוישארו שני אנשים במחנה. והתם ודאי בסנהדרין פסולין לדון עיי"ש וי"ל לפ"ז למה איצטריך קרא בב"ק (דף ט"ו) דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה. תיפוק לי' מדאיצטרך קרא למעט דנשים פסולין לדון מוכח דחייבין במשפטים גם כן. דאל"כ היכי מצי דייני אי פטורין משום קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים. כמו דאיתא בסנהדרין (דף י"ח) דלכך מלך לא דן ולא דנין אותו וי"ל דנ"מ ביש אחרים עמהן דלא שייך התקוששו בזה כמוש"כ תוס' בסנהדרין שם. או יש לומר דהא הש"ס דילן לא ס"ל הא דירושלמי או כמש"כ לעיל דאי פטור מעונשין לא שייך בזה התקוששו וקושו אלא דמהשיטה בב"ק (דף מ"ד) לא משמע כן. או י"ל דנ"מ בבשת דנשים חייבין בלא האי קרא דהשוה הכתוב. דכתיב וקצותה את כפה דפסולין לדון את זה גם כן:

סעיף ה':

י"א דשתויי יין מותרין לדון דיני ממונות בכנה"ג הקשה ממ"ר פ' נשא דמבואר שם דאפי' בדיני ממונות אסור וכתב דס"ל לתוס' מדנקט הגמ' לשון אל יורה דאין דיני ממונות בלשון זה. וכיון דבגמ' דילן פליג על המדרש הכי נקטינן ואין זה כדאי לדחות המדרש דהרי בזקן ממרא כתיב עפ"י התורה אשר יורוך ומבואר בפ"י דסנהדרין דגם דיני ממונות

בכלל ומש"כ תוס' במגילה (דף י"ח) דעפ"י התורה מיירי בדיני נפשות כבר תמה עליהם הטורי אבן בזה ובב"ב (דף ק"ל ע"ב) הורה איתמר. ובכתובות (דף ק"ט) מורה הוראה אני הרי דלשון זה מצינו גם בדיני ממונות:

ויש לבאר אי בדיעבד דינו דין או לא. ובעבודה מצינו דשתויי יין מחללי עבודה ופסול בדיעבד. ובשתה שאר משקים פסק הרמב"ם בפ"א מהל' ביאת מקדש דאינו מחלל עבודה ה"ה גם כאן. ולשון המדרש פ' נשא פ"י לכך אמרו כהן ששתה רביעית יין פסול לעבודה. וישראל ששתה רביעית יין פסול מלדון. משמע דדין דמי לעבודה. וגם לשון פסול משמע דאפי' בדיעבד לא מהני:

אין עד נעשה דיין הרבה טעמים נאמרו בזה. ועיין תוס' פרק החובל (דף צ'). די"מ משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה וכיון שעדים בעצמם דנין לא ירצו לקבל הזמה על עדותן. ועוד פירשו בשם רשב"ם דה"ט משום דכתיב ועמדו ב' האנשים אלו העדים. לפני ד' אלו הדיינים. בעינן שיעמדו העדים לפני הדיינים. ולא שיהי' העדים בעצמם יושבים ודנים ועוד פי' דנפקא לן מביום הנחילו. ע"ש ובר"ן פ"ד דסנהדרין (דף ל"ד) פי' בשם הרמב"ן דנפקא לן מדכתיב ועד לא יענה בנפש למות ודרשו רבנן התם דעד אינו עונה בין לזכות בין לחובה והאי למות דקרא מוקי לי' באחד מן התלמידים. אבל עד המעיד אפילו לזכות אינו עונה כ"ש שאין נעשה דיין:

ועפ"י דברי הרמב"ן הנ"ל יתבאר כמין חומר הא דאמרינן בגיטין (דף ה') איתמר בפני כמה נותנו לה. ר' יוחנן ור' חנינא תד אמר בפני שנים וחד אמר בפני שלשה כו' אלא דכ"ע עדים מצויין לקיימו והכא בשליח נעשה עד ועד נעשה דיין קא מיפלגי. מ"ד בפני שנים קסבר שליח נעשה עד ועד נעשה דיין. ומ"ד בפני ג' קסבר שליח נעשה עד ואין עד נעשה דיין, ולכאורה תמוה אחרי שלא פליגי אלא בעד נעשה דיין או לא. מה לנו להקדים דשייך אי שליח נעשה עד אי לא. ולפי הנ"ל א"ש. דמאן דס"ל דעד נעשה דיין ס"ל כי היכי דשליח נעשה עד ולא אמרינן דמעיד כדי להחזיק דבריו שעשה שליחותו ה"נ עד נעשה דיין ולא אמרינן אדם קרוב אצל עצמו בזה להחזיק דבריו הראשונים וכמוש"כ בכיוצא בזה התוס' בב"ב (דף נ"ו) דאותו העד שהעיד שאכל שנה הראשונה מעיד שאכל בשני ולא אמרינן אדם קרוב אצל עצמו להחזיק דבריו הראשונים, ואידך ס"ל דאף דשליח נעשה עד ולא אמרינן אדם קרוב אצל עצמו ומחזי כנוגע להחזיק דבריו הראשונים אבל אין עד נעשה דיין ומשום דגזיה"כ הוא מולא יענה עד אחד בנפש וזה נכון:

וכל:

זה בדאורייתא אבל בדרבנן עד נעשה דיין. מסתימת לשון זה משמע דבכל מילי דרבנן עד נעשה דיין הק' לדעת הרמב"ם בפ"ב מהל' סנהדרין דמן התורה בחד סגי ומדרבנן הוא דבעינן שלשה. א"כ אמאי לא מצטרף עד אחד לג' דהא בדרבנן עד נעשה דיין ע"ש. אך הריטב"א בגיטין שם אהא דאמרינן שם והאמרת בדרבנן עד נעשה דיין. וז"ל לא בכל מילי דרבנן קאמר אלא בקיום שטר לבד וכדאיתא בכתובות ע"כ. הרי להדיא דלאו בכל מילי דרבנן עד נעשה דיין. ומה שכ' סתמא בדרבנן עד נעשה דיין. לישנא דסוגיא דגיטין נקטי. ואפ"ה מפרש הריטב"א דבקיום שטרות איירי וה"נ בלישנא דפוסקים כן. ומעתה מה שכ' הב"ח דאם ראו בשבת ויו"ט כיון דאין ראויין לדון אז מדרבנן אין נעשה דיין ותמה הט"ז מ"ש מקיום שטרות ולהריטב"א לק"מ. ונ"ל עוד דקיום שטרות שאני דהעדות והדיינות תרווייהו מדרבנן דמדאורייתא א"צ כלל משא"כ בהא דהעדות מדאורייתא:

סעיף ו':

מי שתובעין אותו לפני דיין שקטן ממנו אין הדיין יכול לכופו לילך לפניו. אלא מכנפי מאן דאיכא התם מחכימי ומעיינין ביניהו. ונראה בפי' הב"ח דמעיינין אם מן הראוי הוא שילך או לא דהרי ידעינן זה מהא דקידושין (דף ע') דאזמני' ר"נ לר"י וא"ל מיזל לא איבעי לך למיזל משום דגברא רבא את אלא משום יקרא דבי נשיאה קום זיל הרי דזולתו יגיד אם ראוי או לא. ותמוה מש"כ הח"ס (תשו' קס"ג) וז"ל ואפי' אי הי' בי דינא דזוטר מני' דלא בעי למיזל להו לאסהודי כמבואר ר"פ שבועות העדות. אבל לדון אותו את עצמו פשיטא שצריך לילך לפני כל מי שיזמין אותו לדין לקבל עדות מכל רוע מעלליו והרי כ"ג ונשיא לוקין בב"ד של שלשה כדפסק הרמב"ם פי"ז מסנהדרין והוא מירושלמי פ"ב דסנהדרין ודהוריות ופשוט דב"ד של ג' זוטר מנשיא ואפ"ה מקבלין עליו עדות וגומרין דינו ומלקין אותו עכ"ד. והרי מבואר להדיא דאינו צריך לילך לקטן ממנו. ואם באמת אינו ראוי לילך שולחין לו שני סופרי הדיינים וכותבין הטענות שלו כמבואר בסי' קכ"ד. וכ"ג שאני דא"א בענין אחר. דלדידי' גם בשני סופרי הדיינים איכא זילותא. כמש"כ הרא"ש בר"פ שבועות העדות בזה:

ובמק"א ביארתי דהא דקאמר בשבועות (דף ל"א) ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד למעוטי מאי. דאמאי לא קאמר למעוטי צורבא מרבנן דאינו מחויב להעיד. אלא ודאי מאחר דאיכא תקנתא שישלחו ב"ד לביתו ויקבלו העדות. כמבואר בסי' כ"ח. ראוי להעיד קרוי. לכן קאמר מלך. דלדידי' גם בכה"ג איכא זילותא. וכ"ג שכתב הריטב"א שם נמי כן:

סעיף ז':

אסור לאדם לדון למי, שהוא אוהבו וכו' ולא למי ששונאו. בתומים הקשה דהרי בפסחים (דף קי"ג) אמרינן אהא דכי תראה חמור שונאך מאי שונא. אילימא שונא ע"ג והא שונא שאמרו ישראל ולא ע"ג אלא בשונא ישראל ומי שרי לסנוי' והא כתיב לא תשנא את אחיך בלבבך אלא כגון שראה בו דבר ערוה דמצוה לשנאותו וא"כ קרא דהוא לא אויב לו ולא מבקש רעתו דמוקמינן בשונא שפסול לדון. קשה ג"כ ומי שרי לסנוי' והא כתיב לא תשנא את אחיך בלבבך ואטו ברשיעי עסקינן אלא לאו דראה בו דבר ערוה. וא"כ ל"ל קרא דסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש שפסולין לדון משום דאין עד נעשה דיין תיפוק לי' דראו בו דבר ערוה דאין לך דבר ערוה גדולה מזה שראו בו שהרג את הנפש וא"כ מותר לשנאותו וא"כ בלאו הכי פסול לדון:

ונראה לתרץ דיש חילוק בין שנאה הבאה מפאת הטבע ובין שנאה הבאה מפאת המצוה דכשם דמצות תפילין וכדומה נותן שלימות בנפש האדם כן השנאה הבאה מצד המצוה נותן שלימות בנפש אדם. וכבר ביארנו כי כל מה שב"ד דנים עפ"י ד' מיתות שנמסר להם וכן מלקות. לא לבד שאינם מרגילים לטבע דע אבל מרגילים לקנין טוב כי כן סגולת המצוה. ובזה מבואר הא דכתיב (דברים י"ג) אחר דיני עיר הנדחת ונתן לך רחמים ורחמך והרבך כאשר נשבע לאבותיך. והוא דבא לומר דלא נימא אחר שבא אזהרה להכות את העיר ואת כל הנמצא בעיר לפי חרב שהוא עפ"י מדה אכזריות וא"כ מהראוי שלא לעשות כן. שלא יקנו בזה קנין רע בנפשותיהם. וישרישו בזה מדת אכזריות בלבם. לכן אמר כי נהפוך הוא כי אדרבא בזה יתן לך רחמים. וכל המרחם על הבריות מרחמין עליו מן השמים "ורחמך" כי תשמע בקול ד' אלקיך לשמור את כל מצותיו כו' לעשות הישר בעיני ד' אלקיך דוקא. ולא לפי ראות עיני האדם. ואדרבא כל מה שעושה עפ"י התורה יקנה קנין טוב בנפש. אף שלפי הנראה הוא אכזריות כי כן יסד המלך:

ובזה יתבאר ג"כ הא דכתיב (דברים י"ט) אחר דיני רוצח בשוגג ומזיד ושלחו זקני עירו ולקחו אותו משם ונתנו אותו ביד גואל הדם ומת. לא תחוס עינך עליו ובערת דם הנקי מישראל וטוב לך. דהאי וטוב לך לכאורה הוא מיותר ולפי הנ"ל א"ש. דלכאורה הוא נראה כאכזריות להוציא את ההורג במזיד מעיר מקלט. ולהמית אותו ודי במה שהוא גולה. לכן אמר אדרבא לא תחוס עינך עליו ובערת דם הנקי מישראל ואז טוב לך בי תקנה קנין טוב ושלימות הנפש. והנה הרא"ש ז"ל בפ' זה בורר סימן כ"ג כתב וז"ל אהא דלא לידון אינש לא למאן דרחים לי' ולא למאן דסני' לי'. דרחים לי' לא חזי לי' חובתא. ודסני לי' לא חזי לי' זכותא. כי ענין הזכות והחובה מבצבצא באדם בלא כוון רשע לפיכך באהבה מועטת לבו נוטה לזכות ובשנאה מועטת לבו נוטה לחובה עכ"ל וכ"ז בשנאה

מפאת הטבע אבל אם השנאה מפאת המצוה שביארנו כי לא לבד שאינה מקלקלת את הטוב שבאדם אלא אדרבא מוסיף טוב באדם לא שייך כל שיבצבץ השנאה ויטה לחוב. וא"כ אם ראו דבר ערוה דמצוה לשנאותו אין שייך כלל שיהא פסול לדון משום שונא וא"ש:

ושוב ראיתי בשו"ת חות יאיר שעמד בכיוצא בזה בסוף ספרו עמש"כ לקמן סי' י"ז דמי שהוא רשע אין להטות דינו וע"ז נאמר לא תטה משפט אביונך בריבו מי שהוא אביון במצות דאין לחוש בזה משום שנאה אלא כיון שאין השנאה טבעיית אלא עפ"י דבר ד' אין לחוש דדעתי' יטעהו ולא חזי לי' זכותא כמו בשאר שונא עיין שם בזה. והוא כדברינו וכנ"ל בזה: אמנם לכאורה מבואר בתוס' פסחים (דף קי"ז) ד"ה שראה דבר ערוה וז"ל וא"ת דבאלו מציאות (דף ל"ב) אמרינן אוהב ושונא לטעון מצוה בשונא כדי לכוף את יצרו והשתא מה כפיית יצר שייך כיון דמצוה לשנאותו וי"ל כיון שהוא שונאו גם חבירו שונאו דכתיב כמים הפנים לפנים כן לב האדם לאדם. ובאין מתוך כך לידי שנאה גמורה. ושייך כפיית יצר עכ"ל. א"כ מבואר דגם השונא עפ"י דרכי ד' אפשר לבוא לידי שנאה גמורה. וא"כ איך יכול לדונו מיהו בתוס' ב"מ (דף ל"ב) תי' דהא דמצוה לטעון כדי לכוף את יצרו לא מיירי בשונא דוקא. וכ"כ הנ"י שם וכ"ה ברמ"א לקמן סי' ער"ב ס"י וכן הוא במ"א או"ח סי' קנ"ח סל"ב דבשונא דוקא משום דבר ערוה לא שייך כפיית יצר. דהוא יפה עושה ששונאו וא"כ לא ס"ל הך סברא דכיון שהוא שונאו חבירו שונאו גם כן ובאין לידי שנאה גמורה. והוא עפ"י מש"כ דמצוה אינה משחתת אלא אדרבא נותנת שלימות בנפש האדם. וא"ש. ולשיטת התוס' דפסחים י"ל קושיא הנ"ל במש"כ לקמן בזה:

עוד נראה לפי עניית דעתי לתרץ מהא דפריך בפסחים (דף קי"ג) ומי שרי לסנויי והא כתיב לא תשנא את אחיך בלבבך. ופרשב"ם דאטו ברשיעי עסקינן והדבר תמוה. וכי לא הזהיר על שנאה משום לא תשנא את אחיך. הכא נמי מזהיר שבשביל השנאה לא יחדול מלעזוב לו ומאי פריך לכן נראה לי דהכי פריך. והכתיב לא תשנא את אחיך דאם נפרש כפשוטו שנאך מה שאתה לבד שונא לו משום איזה סיבה שפרצה שנאה ביניהם ובא האזהרה על זה. פן תאמר מלחדול לעזוב לו בשביל זה אל תאמר כן. אלא עזב תעזוב עמו אי אפשר לפרש כן. דהא בלאו הכא כתיב לא תשנא את אחיך ואם כן כבר הוזהר על זה. ואם לא יועיל לו האזהרה הנ"ל מה יושיעו אזהרה שני'. ועוד דמשמע דאף על פי שאתה שונאו מכל מקום עזב תעזוב עמו דמשמע דאין תל עליו אלא חיובא דעזיבה אבל מותר להשאר עמו בשנאה. ומי יכול לעשות כן. והא כתוב לא תשנא את אחיך. לכן הוצרך לאוקמי בראה בו דבר ערוה. דמשום לא תשנא ליכא. ומשום עזב תעזוב איכא. אבל קרא

דלא אויב לו דמוקי בדיין שונא דפסול לדון. הוא אזהרה אחרת שמלבד שהוזהר על לא תשנא משום זה לא נפסל לדון דלאו שאין בו מעשה הוא ועדות שונא כשר. אלא דפסול לדון משום דלא חוי לי' זכותא דהו"א דמה בכך דהוא שונא לו מ"מ יהא כשר לו לדון קמ"ל דלא. ול"ק כלל אטו ברשיעי עסקינן. וגם הלא בחוש ראינו כי פרצה איזה שנאה בין גדולים מאיזה סיבה [ועיין תשו' מהר"ם מלובלין בשם בעל הלבוש דלפעמים בא שנאה שלא עפ"י טעם כמו אהבה לדעת המחקרים ע"ש] ולא שייך בזה אטו ברשיעי עסקינן ומיושב גם קושיא שני' שהק' אח"כ מהא דשני ת"ח השונאים זא"ז דפסולין לדון דאטו ברשיעי עסקינן וא"ש. אבל בראה בו דבר ערוה לא הוי שונא בזה וכמו שהארכתי לעיל בזה:

ובקידושין (דף ל"ג) יכול יעצים עיניו אטו ברשיעי עסקינן אלא יעצים עיניו מקמי דלימטיה זמן חיובא ת"ל ויראת והכוונה ג"כ כמו שביארנו אטו ברשיעי עסקינן כיון דלא איכפת לי' בוהדרת מאי מהני ע"ז אזהרה דויראת ולכן משני דקאי על הא דרוצה לפטור א"ע מזה. ובקידושין (דף כ"ח) הקורא לחבירו רשע יורד עמו לחייו פרש"י דמותר לשנאותו וק"ל דא"כ אמאי מוקי בפסחים (קי"ג) בכה"ג שראה בו דבר ערוה הא איכא לאוקמי בכה"ג שקרא לו רשע ובזה לא שייך דכ"ע מסנא סני לי' דהא אין מותר לשנאותו אלא למי שקראו ושפיר שייך שינא. וצ"ל דהא דיורד עמו עד לחייו אינו אלא מדרבנן דומיא דהקורא ממזר סופג את הארבעים משא"כ מדאורייתא כן י"ל בזה:

החינוך (מצוה רל"ח) כתב וז"ל אבל בשנאת הרשעים אין בו איסור אלא מצוה לשנאותם אחרי שנוכיח אותם על חטאתם כמה פעמים ולא רצו לחזור בהם שנאמר הלא משנאיך ד' אשנא ע"כ. ובפסחים, (דף קי"ג) אמרינן מצוה לשנאותו שנאמר יראת ד' שנאת רע וע"כ הא דלא מייתי הש"ס מהלא משנאיך הוא משום דבשבת (דף קט"ז) קאמר ועליהם אמר דוד הלא משנאיך פירוש על הצדוקים משא"כ בפסחים דקאי בראה דבר ערוה בחברו מייתי מהא דמשלי (ח) דשנאת רע הוא ברואה דבר ערוה בחברו וא"כ החינוך לא מיירי בהא דפסחים אלא ברשעים דומיא דשבת. ועיין פי' המשניות להרמב"ם פ"י מסנהדרין בזה. אלא די"ל אמאי לא כתב גם הא דפסחים כאן ואכמ"ק. ובמס' שמחות מייתי האי קרא דהלא משנאיך על הפורש מדרכי הציבור עיי"ש:

עוד נראה לתרץ לפמש"כ הנוב"י חא"ח סי' ל"ה. דאין ספק בזמן שסנהדרין הי' נוהג אם עבר על חייבי מיתות ב"ד אחר התראה אף אם שהו ולא באו לב"ד שנים רבות ובין כך עשה זה תשובה ושוב באו עדים לב"ד והעידו הא וודאי שאין הב"ד משגיחין על תשובתו ובהדיא אמרו בריש אלו הן הלוקין חייבי מיתות עשו תשובה אין ב"ד מוחלין

לו ע"כ. ויש להביא ראי' לזה מהא דמבואר בסנהדרין (דף פ"ה) כשעשה תשובה. וכן הא דאמרינן שם לכל אין הבן נעשה שליח גם כן מיירי כשעשה תשובה. כמוש"כ התוס' ביבמות (דף כ"ב) עיי"ש. ומבואר דגם לחייבי מלקיות לא מהני תשובה ועיין לקמן (סי' כ"ו) אהא דמבואר שם ואפי' מחל המתחרף ואף דיש לדחות ראיות האלו ולומר דמיירי שעשו תשובה לאחר שהעידו ונגמר דינן אבל אם עשו תשובה קודם שבאו לב"ד מהני. מ"מ מלבד דזה לא מסתבר כלל לומר כן. נראה לי ראי' דגם בכה"ג לא מהני. מהא שכ' הרמב"ם (בפ"ד מהל' עכו"ם) ואיך דנין דין עיר הנדחת כו' אח"כ שולחין להם ב' ת"ת להזהירם ולהחזירם. אם חזרו ועשו תשובה מוטב כו' וע"ז כתב הראב"ד טוב הדבר שמועיל להם התשובה. אבל לא מצאתי תשובה מועלת שתועיל אחר ההתראה ומעשה ע"כ. הרי להדיא דגם קודם שהועד בב"ד לא מהני תשובה אחר ההתראה. וגם הרמב"ם מודה לזה. אלא דמיירי שהי' ההתראה לאחר מיכן. כמ"ש הלח"מ שם. ומה שהקשה המגדל עוז דאמאי אינו מועיל תשובה הא כתיב שובו בנים לא קשיא מידי וכ"כ תוס' בסנהדרין (ד' ע"א) בהא דבן נח שנתגייר בישראל חי"ב. אף דכקטן שנולד דמי דעונש שמים קיל מעונש אדם. וכמש"כ מהרש"א שם הרי אף דנתגייר ואין לך בעל תשובה גדול מזה. מ"מ חייב בידי אדם. וא"כ שפיר אצטריך קרא דאין עד נעשה דיין להיכא דעשה תשובה דאז בודאי אסור לשנאותו ומ"מ לגבי ב"ד לא מהני תשובתו וא"ש:

אבל אין לתרץ באם הי' שונא במה דראה דבר ערוה א"כ המעשה אמת וממ"נ עביד כדין. זה אינו דהא בפלוני רבעני לרצוני ס"ל לר' יוסף בפ"ק דסנהדרין דאינו נאמן דרשע הוא ואל תשת רשע עד. ולא אמרינן א"כ המעשה אמת. אלא כיון דלדבריו רשע הוא לא הוי עד. ה"נ בדיין כן. וכמוש"כ התוס' כיו"ב בגיטין (דף ד') ד"ה מודה דאע"פ דהדבר אמת אין לעשות אלא בעדים כשירים. ולקמן (סי' ל"ד ס"א) דעד שיודע בחבירו שהוא רשע לא יעיד אע"פ שהעדות אמת. והוא משום דאע"פ שהדבר אמת אין לעשות אלא בעדים כשרים וכמו שהביאו תוס' בגיטין שם. מהא דפ' ד' אחין נינחי' גבי עדים זמנין דחזו בכתבא ומסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם: (מבן המחבר וכן ראיתי להדיא בחידושי יד רמה בסנהדרין אדר' יוסף שם וז"ל. וכי תימא מה נפשך אי מהימנת ליה לשווי' נפשי' רשע הימניה נמי למקטלי להאיך. לאו קושיא היא דכיון דרשע הוא ע"כ התורה פסלתו לעדות עכ"ד. וכן מבואר להדיא בתוס' כתובות (דף כ"ה ע"ב) בד"ה הרי דאינו נאמן לומר בני וכהן הוא במיגו דאינו בנו דלדבריו קרוב הוא ולא מהימן והוכיחו כן מש"ס דיבמות (דף מ"ז) ע"ש. אבל לפענ"ד אפשר לחלק בין פסול דשנאה לפסול דקורבה ורשע כמו שכ' התוס' בשבועות (דף ל"ג) בד"ה קרובים לענין עדות דאין

לדמות פסול דמחמת שנוגעים בעדות לפסול דקורבה או לשאר פסולים א"כ ה"נ שפיר יש לחלק לענין דיינים בין פסול דשנאה לפסול דרשע דפסול דרשע דרב יוסף דהוי פסול הגוף וגזה"כ הוא דלא מהימן אף דהמעשה אמת אבל פסול דשנאה אף דהתורה פסלי' מקרא דלא אויב הוא לו אבל מ"מ פסולו הוא מחמת נגיעה דשנאה ולכך בנסתלק הנגיעה דישקר בהדין משום שנאה כגון הכא דממנ"פ אם ישקר משום שנאה דעבירה א"כ המעשה אמת שפיר יכולים לדון ולא מיפסלא משום שנאה זה ולהחילוק הנ"ל יתיישב שפיר מאי דהי' קשה לי על עדים וכקושיית התומים על דיינים לר' יהודה דסבר שונא פסול להעיד א"כ האיך הורגים עפ"י העדים דלהש"ס דפסחים (דף קי"ג) הנ"ל דהרואה דבר ערוה בחבירו מצוה לשנאתו א"כ הא נעשו לו העדים שונאים ופסולים לו מלהעיד אבל להנ"ל ניחא כיון דהפסול דשנאה הוא משום נגיעה דשנאה ולא הוי פסול הגוף וחיישינן משום ארחוקי דעתא ישקר בעדותו אבל הכא דלא שייך זה דהא אם הוא שונא לו משים העבירה א"כ המעשה אמת כנ"ל. אבל קשה לי לר"י דשונא פסול להעיד הא הוי לי' עדות שאי אתה יכול להזימה דקיי"ל דלא הוי עדות דאם יוזמו אח"כ ונמצא ששקר העידו ורצו להורגו בחנם משום שנאה א"כ נמצא דפסולים היו מעיקרא בזה שרצו להורגו בחנם בעדותן ובאמת לפי שיטת המהרש"ל דבשונא גמור אפי' לרבנן פסול א"כ כיון דרצו להורגו אין לך שונא גדול מזה וביותר יש להקשות דליפסלו בזה דעברו על לאו דלא תשנא אחיך ואי דהוי לאו שאין בו מעשה אבל מ"מ מדרבנן יהי' נפסלים וגם הכרזה לא צריך דלאותו דבר כתב הסמ"ע (בסי' קל"ד) א"צ הכרזה ואפשר לומר כיון דאין עדים על העבירה דשנאה ואין ידוע לנו אלא מכח דהזמה לכן אין לפוסלם בשביל זה. וביותר אפשר לומר דהא דהמני' התורה להעדים המזימין יותר מהניזמין לאו משום דבתראי המזימין נאמנים יותר מקמאי הניזמין דמאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני אלא דכך חידש לן התורה להאמין להמזימין כמבואר בב"ק (ד' ע"ב) (עיי' מש"כ ביותר ביאור לקמן בהג"ה בסי' ל"ח) ואין לך בו אלא חידושו ובמה שחידש לן התורה דנאמנים המזימין אבל להאמין להם להחזיקם בעדותם לשונאים אינם נאמנים בעדותן):
רמ"א וי"א דבשונאו ממש וכו' או אוהבו ממש וכו' באלו אין דיניהם דין. בתשו' מהר"מ מלובלין (שאלה ס"ג) תמה על סברת הב"י שכתב אוהבו ושונאו בדיעבד דיניהם דין דאיך יעלה על הדעת דלהרמב"ם אפי' באוהב ושונא גמור לא יפסל כ"א לכתחילה לרבנן דהא מקרא קא ילפי' לי' דאיתא התם בסנהדרין (דף כ"ח) ת"ר והוא לא אויב לו יעידנו ולא מבקש רעתו ידיננו כו' ופריך ורבנן האי לא אויב לו ולא מבקש רעתו מאי דרשי בי' חד לדיין אידך לכדתניא וכו' וכיון דמוקמי רבנן האי קרא לדיין מסתמא פסלי רבנן אוהב

ושונא לדיין. כמו שפסולין להעיד לר"י דאין משמע כלל בגמ' שיהא אסמכתא בעלמא עכ"ד. ואני אומר מבלעדי זה דא"א לומר שיהא אסמכתא בעלמא דא"כ הדרא קושיא לדוכתא ורבנן האי לא אויב לו ולא מבקש רעתו מאי דרשי בי' וכמוש"כ תוס' כיוצא בזה במו"ק (דף ח') וז"ל בחגך ולא באשתך עיקר דרשא הוא ולא אסמכתא כדאמרינן בפ"ק דחגיגה (דף ח') ורב אשי האי בחגך מאי דריש בי' עכ"ד. וזהו כוונת תוס' ג"כ בכתובות (דף מ"ז) ד"ה מסר עיי"ש. וכ"כ המ"א באו"ח סי' תק"ע סק"ט להשיג על הב"י שכ' שם דעיוה"כ מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא דא"כ איך אמר בגמ' ותנא דעצם האי ועניתם מאי עביד בי' ומשני דאתא לאכילת עיוה"כ ואי אינו אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הדרא קושיא לדוכתא האי ועניתם מאי עבוד בי' ולכן נראה דהב"י לטעמי' דס"ל שם דאכילת עיוה"כ מדרבנן אף דמשני דקרא אתא לאכילת עיוה"כ אסמכתא בעלמא הוא ה"נ ס"ל כאן אף דמשני דקרא אתא לדיין אסמכתא בעלמא הוא. אבל לפי האמת דקיי"ל שם דהוא דאורייתא ולא אסמכתא בעלמא. דאל"כ הדרא קושיא לדוכתא האי ועניתם מאי עביד בי'. ה"נ באוהב ושונא גמור לאו אסמכתא בעלמא הוא. ולכן אין דינו דין בדיעבד ג"כ. וכ"כ בתשב"ץ ח"א סי' ק"ס דהוא דאורייתא עיי"ש בזה. ואבי חתן ואבי כלה פסולין לדון אחד לחבירו כ"כ גם כן בתשו' מהר"ם מלובלין שם בזה עיי"ש:

סעיף י"א:

ב"ד של ג' צריך שיהי' בכל אחד מהם ז' דברים חכמה ענוה כו' בספרי (במדבר י"א) שבעים איש שיהיו בעלי חכמה בעלי גבורה וותיקים ופסיפים. וצ"ל ושפוים. והוא עפ"מ דמבואר בירושלמי ספ"ק דסנהדרין שיהי' שפוי דהיינו שייף ועייל שייף ונפיק דבסנהדרין (דף פ"ח) וכ"ה ברמב"ם פ"ב מסנהדרין הלכה ח'. אמרו חכמים שמב"ד הגדול היו שולחין בכל ארץ ישראל ובודקין כל מי שימצאוהו חכם כו' ועניו ושפוי וכו' עושין אותו דיין בעירו וכו' ע"כ וזה וותיקין דהיינו ענוים כדפירש"י בברכות (דף ט') וותיקים אנשים ענוים שמחבבין מצוה ע"כ ושפויים שהם ענוים ביותר אלא שראיתי שהגר"א ז"ל הגי' ובעלי כשפים והוא דבילקוט הגירסא בעלי גבורה בעלי כשפים וותיקים לא נזכר שם כלל. ובדברים (א') פירש"י אהא דהבו לכם אנשים חכמים וכמים כסופים פי' כי החכמים נחמדים ונכספים וא"כ אפשר שצ"ל וכסופים שאהובים לבריות אף דכאן כבר נאמר בעלי חכמה מ"מ חזר ושנה ע"ד שאמר שם ברמב"ם פ"ב מה' סנהדרין וידועים לשבטיכם אלו שרוח הבריות נוחה מהם. וביארו אפשר לומר שהוא כמו דמבואר בספרי (במדבר י"א) אהא דאספה לי שבעים איש מזקני ישראל אשר ידעת כי הם זקני העם מלמד שאין יושב בישיבה וכו' עד שהבריות מרננים עליו ואומרים איש

פלוני כשר וחסיד וחכם ונאה להיות יושב בישיבה. (כהגהות הגר"א ז"ל) והוא כי הם זקני העם שמוסכמים אצל העם כי הם ראוין לזה. וזהו ג"כ וידועים לשבטיכם. כי הם ראוים לאותו איצטלא וכן מצאתי בספרי שם. (וזה אפשר ג"כ שופטים ושוטרים תתן לך זכו לשבטיך דהיינו שהבריות מסכים עליו ג"כ). וכן הוא להדיא בספרי דברים שם אנשים וכי תעלה על דעתך נשים אלא אנשים וותיקים וכסופים ע"כ הרי להדיא דנסמך כסופים לוותיקין בדברים. ולע"ד דט"ס הוא ברש"י דברים שכתב כסופים על חכמים אלא דצ"ל אחר שסיים רש"י אנשים צדיקים וכסופים כמו בספרי שם והוא ברור. וכן מצאתי בפרישה סי' ז':

וי"ל שהספרי הנ"ל הוא עפ"מ דאמר (דברים א') הבו לכם אנשים חכמים ונבונים וידועים ופרש"י אנשים צדיקים וידועים כפי' הרמב"ם בפ"ב מהל' סנהדרין אלו שרוח הבריות נוחה מהם וותיקים פי' הר"י בפ"ק דברכות דהיינו מפולפל ומחודד. מפרק הרים מתרגמינן מותק טוריא. וזהו שאמר בעלי חכמה נגד חכמים בעלי גבורה נגד צדיקים. כמבואר במדרש תנחומא פ' שופטים שיהיו בעלי זרוע במעשים טובים וותיקין נגד ונבונים וכסופים (לפי הגהתי הנ"ל) כנגד וידועים וזה נכון. ואף דרש"י בברכות (דף ט') פי' וותיקין אנשים שמחבבין המצוה מ"מ י"ל דלא פליג ע"ז ותרווייהו איתניהו. דומיא דאמרינן שם דאדם גדול הוא ושמח במצות ע"ש ועמש"כ לקמן עוד בזה:

דברים ואקח מכם ראשי שבטיכם אנשים חכמים וידועים ובפ' יתרו אמר ויבחר אנשי חיל י"ל דבאנשים נכלל אנשי חיל כמוש"כ הספורנו פ' שלח לך אנשים אנשי חיל בעינן הלא איש אתה וחזקת והיית לאיש וא"כ שפיר קאמר ואקח. אבל מה שהזכיר שם אנשי חול לבד להורות שאם לא מצא מג' די באחד וכמו שמבואר במדרש שם בזה:

בספרי הנ"ל אנשים וכי תעלה על דעתך נשים אלא אנשים וותיקים וכסופים ורש"י פירש אנשים צדיקים. והוא דלשיטתי' אזיל שכתב בברכות (דף ט') וותיקין אנשים ענוים שהם מחבבין מצוה אבל להרבינו יונה שפי' וותיקין מפולפלין ומחודדין מלשון מפרק הרים דמתרג' מותק טוריא א"כ ליכא לפרש כן בכלל אנשים דזה מבואר אח"כ במקרא חכמים ונבונים ואפשר לומר ולפרש אליבי' דרבינו יונה הקרא הכי דהא קאמר אנשים חכמים ונבונים וידועים ולא קאמר גם על חכמים בוי"ו העיטוף "וחכמים" אלא משמע דאנשים הוא כלל והדר מפרש הפרטים שבכלל ואיזה הן האנשים. הן החכמים ונבונים וידועים והרי ידועים הוא אלו שרוח הבריות נוחה מהן. וזהו שאמר אנשים וכי תעלה ע"ד נשים אלא אנשים וותיקים וכסופים שיהיו אנשים חשובים ומה הן וותיקין מחודדים ומפולפלים דהיינו חכמים ונבונים וכסופים דהיינו וידועים כנ"ל נכון בזה. ובילקוט

(שמואל א') אנשים חכמים כד"א אנשים חכמים ונבונים וכו' למה את שואלת אנשים חכמים ונבונים הרי להדיא כן. אמנם רש"י לשיטתי' שם (בשמואל א') שהי' לו הנוסחא אנשים צדיקי' לכן פירש גם כאן כן:

ובזה יש ליישב לשון רש"י בחומש שם שכתב אנשים צדיקים. חכמים כסופים. והוא תמוה כמוש"כ לעיל. דהא בספרי קאמר כסופים על אנשים ולא על חכמים וכתבתי דט"ס הוא ברש"י אבל להנ"ל י"ל דרש"י ג"כ מפרש דמה שאמר הספרי כסופים כולל לכל מה שאמר אח"כ. חכמים שנכספים וידועים ג"כ בכלל זה:

ושוב ראיתי ברש"י קידושין (דף ל"ב) אהא דאיתא אין זקן אלא שקנה חכמה. שנאמר אספה לי שבעים איש מזקני ישראל. ופרש"י בד"ה ת"ק סבר יניק וחכים לא והכי קאמר ת"ק אין זקן אלא שהוא חכם. שנאמר אספה לי שבעים מזקני ישראל וגו' והתם זקנים וחכמים היו כדכתיב אשר ידעת כי הם זקני העם וגו' אלמא זקנים וידועים הוו ע"כ. הרי להדיא דמוידעת מבואר שהם חכמים וידועים כולל חכמים ג"כ והוא כמש"כ]. ואפשר דגם כסופים בכלל זקני העם גם כן. ובביאור הספרי אנשים וותיקין וכסופין נ"ל עפ"י מ"ש רש"י (בשמואל א' א'). דאנשים יש לו הוראות צדיקים וחשובים. וזהו וותיקים צדיקים וכסופים וחשובים וזה נכון:

כתב רש"י בפ' דברים וז"ל אנשים חכמים וידועים זו אחת מז' מדות שאמר יתרו למשה ולא מצא אלא ג' אנשים צדיקים חכמים וידועים ע"כ. והקשה המל"מ בפ"ב מהלכות סנהדרין דהא בפ' יתרו כתיב ויבחר משה אנשי חיל והוא אחת מהד' השנויות שם וא"כ הול"ל שמצא ד' מידות וצ"ע עכ"ל: ולבאר כל זה נקדים המדרש רבה שם אמר ר' ברכי' בשם ר' חנינא צריכים הדיינים שיהא בהן שבע מדות ואלו הן. חכמים ונבונים וידועים וארבע כמש"כ להלן (שמות יח). ואתה תחזה מכל העם וגו'. הרי שבע ולמה לא נכתב הוא שבע כאחת שאם לא נמצא משבע מביא מארבע ואם לא נמצא מארבע מביא מג'. ואם לא נמצאו מג' מביא מאחד. שכך כתיב אשת חיל מי ימצא ע"כ. ותמוה הא דמסיים שכך כתיב אשת חיל מי ימצא. שאין לו ביאור. והנה הרא"מ כתב והג' האמורין כאן חכמים ונבונים וידועים. וכתב המל"מ שם בפ"ב מהלכות עדות משמע דס"ל דידועים הוי תואר ולפי דבריו צריכין לומר דאנשים לא קחשיב ולא ידעתי למה דהא פרש"י דאנשים הוי צדיקים ויותר יוצדק לומר דידועים לא עייל בחשבון משנאמר דאנשים לא עייל אחר דפי' אנשים הוי צדיקים ע"כ. והרי מבואר להדיא במדרש כהרא"מ ז"ל דחכמים ונבונים וידועים הם השלשה. ומה שהק' דא"כ אנשים אמאי לא עייל בחשבון ויהיה שמונה. הנה דהא יש לדקדק טובא דכללא הוא בכל המקראי קודש לכתוב וי"ו

העיטוף בסוף כל, הדברים שמונה תחילה או לכל דבר ודבר בפני עצמו. וכאן שאומר אנשים אומר חכמים בלא וי"ו העיטוף ואח"כ אומר ונבונים בוי"ו העיטוף אלא וודאי דהמנין של מדות הוא מחכמים ונבונים ואין אנשים בכלל המדות האלה. ולכך נקוד פשטא על אנשים דהוא מפסיק כידוע. ושפיר קאמר המדרש דחכמים ונבונים וידועים הם השלשה מדות ולא אנשים וזה נכון. והא דבאמת אינו ממנין המדות מבואר עפי"מ דאיתא בספרי (במדבר י"א) הנ"ל אספה לי שבעים איש שיהי' כו' וותיקין וכו' וא"כ איש שהוא לשון חשיבות כולל כל המעלות הנדרשים לזקני ישראל וא"כ כאן אנשים צדיקים ומבאר מה הם דהיינו חכמים ונבונים וידועים:

או י"ל דצדיקים הוא יר"א בפ' יתרו ולכך אינו מן המנין וזהו שכתב רש"י ונבונים לא מצאתי זו אחת משבע מדות שאמר יתרו למשה ולא מצא אלא ג'. וכאן קחשיב אנשים במנין השלשה ולכך נקוד מהפך שהוא נסמך לומר שהוא נסמך למנין וזהו שאמר המדרש דק"ל הרי איכא עוד הא דכתיב בפ' יתרו ויבחר אנשי חיל א"כ מצא ד' מדות וכקושיית המל"מ שם ע"ז אומר המדרש דהא דלא נכתבו כאחת כל השבע מדות שאמר יתרו הוא להורות נותן שאם לא מצא משבע מביא מארבע ואם לא נמצאו מארבע מביא מג' ואם לא נמצאו מג' מביא מאחד דלכך לא כתיב כאן דויבחר אנשי חיל ולא קחשיב אלא ג' שאם לא מצא מג' מביא מאחד ומרמז לזה הא דויבחר אנשי חיל. שכך כתיב אשת חיל מי ימצא. וא"כ הכל נכון:

וברש"י פ' מטות (פל"א) ג' אנשים צדיקים וכן בחר לנו אנשים וכן אנשים חכמים וידועים ע"כ הרי דמפרש להאי אנשים צדיקים והוא מהמדרש שם אלא דבמדרש לא מייתי מהא דאנשים חכמים וידועים אבל בודאי לרש"י הי' הנוסח גם במדרש כן. (ובשמואל א') ונתת לאמתך זרע אנשים ופירש"י אנשים צדיקים כד"א בשני אנשים צדיקים מלכים ל"ו כ' אנשים חשובים כד"א אנשים חכמים וידועים וכו' אלמא דמפרש אנשים חשובים מדנסמך אצל חכמים וידועים. ובילקוט שם ד"א אנשים חכמים כד"א אנשים חכמים ונבונים אנשים נביאים וישארו שני אנשים במחנה וכו'. למה את שואלת אנשים חכמים ונבונים וצדיקים וכו' ובאמת צדיקים לא נזכרו תחילה ואולי בכלל נביאים ויותר נראה תתת נבונים צ"ל נביאים כדמייתי תחילה או דבאנשים פשיטא דצדיקים בכלל ואולי הי' לרש"י ז"ל נוסחא אחרת בזה: ולפי"מ דמבואר במדרש תנחומא פ' שופטים דאנשי חיל בתורה ובמעשים טובים ובגבורה. וא"כ במה שאמר ויבחר משה אנשי חיל בולל כל הג' שמצא צדיקים חכמים וידועים והך אנשי חיל אינו כהאי אנשי חיל שאמר יתרו שהם עשירים לדעת רש"י והוא דעת ר' יהושע במכילתא אבל דעת ר"א המודעי שם אלו בעלי

הבטחה אבל הך דויבחר כולל הך שלשה דברים שמצא. וא"כ מתורץ קושיית מל"מ בפשיטות. וזהו כוונת המדרש ג"כ שאם לא מצא מג' מביא מאחד וקשה דזה מניין לו דהא בתורה לא מצינו אלא דדי בשלשה. ואי משום דכתיב ויבחר אנשי חיל הא באנשי חיל נכלל כל השלשה דברים. וע"ז קאמר דלכך מביא מאחד שכך כתיב אשת חיל מי ימצא וא"כ א"א להשיג ב"ד שיכלל בו כל הג' דברים ביחד ולכך אף באחד די וזה נכון: ועוד י"ל דהא דאמר יתרו אנשי חיל כולל ג"כ כל השלשה מדות שמבואר במשנה תורה. חכמים ונבונים וידועים לבד עשירים [וברות ב' גבור חיל ופי' בתרגום תקיף באורייתא ואף דבמדרש שם קאמר על דוד גבור חיל במשנה לבד. משום דהכתוב מבאר תלמוד ג"כ. אבל סתם חיל כולל הכל ג"כ] אלא דהכתוב לא חלקן. ורק נכתב בדרך כלל ובמשנה תורה הוא דפירש וע"ז אומר המדרש דלמה לא נכתבו כאחת ובפ' יתרו רק ארבע ואנשי חיל עשירים כפשוטו ובכאן הוא דביאר השלשה שנכלל באנשי חיל להורות שאם לא מצא משבע מביא מארבע. אבל ודאי כוונת יתרו הי' באנשי חיל לכלול הג' ג"כ אלא דהכתוב מורה שהוא בפ' יתרו בדרך ארבע. ובמשנה תורה עוד שלשה להורות שאם לא מצא. וע"כ במשה דכתיב ויבחר אנשי חיל כל השלשה ביחד צדיקים חכמים וידועים דצדיקים נכלל באנשי חיל ג"כ. כמו שמפרש הרמב"ם בפ"ב מהלכות סנהדרין ע"ש בזה: ונ"ל דהא דפרש"י בפ' יתרו אנשי חיל עשירים הוא לפי המכילתא אבל לפי המדרש תנחומא הוא צדיקים וכמש"כ הרמב"ם בפ"ב מהל' סנהדרין שהן גבורים במצות ומדקדקין על עצמן וכובשין את יצרן עד שלא יהא להן שום גנאי ולא שם רע ויהא פרקן נאה ע"כ. והוא מהמדרש תנחומא הנ"ל וברות ג' כי יודע כל שער עמי כי אשת חיל את. ופי' בתרגום ארום אתתא צדיקא אנת. ואית בך חילא לסובראַ ניר פקודיא דד' ע"כ. הרי להדיא כהרמב"ם ז"ל בזה. ואף כי בכלל אנשי חיל עשירים אבל אינו נכנס למנין בפני עצמו כמו להרמב"ם שכולל שני דברים ואינו אלא אחד. וא"כ קאמר הבו לכם אנשים צדיקים וזהו שאמר יתרו ג"כ אנשי חיל וא"כ מתורץ קושיית המל"מ בפשיטות דמדוע לא חשוב ד' דבאנשי חיל היינו אנשים צדיקים ואינו אלא שלשה. וא"כ בתחילה אמר הבו לכם אנשים דהיינו מה שאמר יתרו אנשי חיל ומבאר ואומר דבזה נכלל ג"כ חכמים ונבונים וידועים וא"כ שפיר אין צדיקים מן המנין. דהא כאן חזר ושנה מה שאמר יתרו ואינו אלא מוסיף לבאר חכמים ונבונים וידועים. וע"ז קאמר דלא מצא אלא ג' דהיינו אנשים חכמים וידועים דהיינו ויבחר אנשי חיל הנאמר בפ' יתרו. דהיינו צדיקים ועוד חכמים וידועים הנאמר כאן דהוא בסך הכל שלשה וזה נכון. והוא מבואר כמוש"כ לעיל דאנשים קמא נקוד פשטא. שהוא מפסיק ואינו מן המנין שמונה להלן חכמים ונבונים

משים דהאי אנשים אינו אלא שונה מה שאמר יתרו משא"כ אנשים בתרא דקחשיב מה שמצא נקוד במהפך. שפיר נמנה במנין השלשה והוא ברור:

ובמדרש תנחומא פ' שופטים צריך שיהיו השופטים בעלי זרוע במעשים טובים וכן עשה משה. שאמר ויבחר משה אנשי חיל בתורה. [ובמדרש תנחומא פ' יתרו אנשי חיל גבורים בתורה] ובמעשים טובים ובגבורה וצריך שיהי' נקיים מכל המשפטים שלא יהי' לאדם פתחון פה עליהם וא"כ מזה המדרש למד הרמב"ם דהפי' אנשי חיל גבורים במצות שהן בעלי זרוע במעשים טובים, וגם לא שם רע ויהא פרקן נאה. והוא שלא יהא לאדם פתחון פה עליהם ובכלל אנשי חיל כתב הרמב"ם שם שיהא להן לב אמיץ להציל עשוק מיד עושקו. כענין שנאמר ויקם משה ויושיען ע"כ והוא, ממה שאמר במדרש הנ"ל ובגבורה. ולרש"י ידועים הוא שלא יהא לאדם פתחון פה עליהם והן ניכרין להשבטים:

ובספרי בהעלותך אספה לי שבעים איש למה לא אמר אנשים כו' שיהא דומין לי שנאמר ד' איש מלחמה ולך שנאמר והאיש משה עניו מאוד. והוא שיהי' להן לב אמיץ להציל עשוק מיד עושקו. דהיינו בעל מלחמות ושיהי' עניו. והרמב"ם מונה חכמים ונבונים לאחד והשלים לשבע מדות ענוה. ועיין במפרשים שם, ולהנ"ל י"ל דלמד מהספרי הנ"ל כן. ובאו"ח (סי' נ"ג) מבואר דבש"ץ צריך להיות עניו ופרקו נאה עיי"ש בזה. ובמ"א ביארתי דלכן כתיב איש ולא אנשים להורות דאימתי יכולין לעשות להציל העשוק אם הם כאיש אחר כל הסנהדרין. ואין אחד מהם כיבש פנים בקרקע. כי האחדות הוא קשת הגבורים לעמוד בפרץ. ולעשות שלום בעולם:

ובאמת רש"י שפירש אנשי חיל אלו עשירים (והוא כמו ועשה לי את החיל הזה. דתרגומו נכסין וכהנה רבים בתנ"ך ואכמ"ל) והוא דעת ר' יהושע במכילתא הוא כמש"כ הרמב"ם בפ"ז משמונה פרקים אהא דאין הנבואה שורה אלא על חכם גבור ועשיר דחכם כולל כל מעלת השכליות בלי ספק. ועשיר הוא ממעלת המדות ר"ל ההסתפקות שהם קוראים המסתפק עשיר וכו' וכן גבור הוא ממעלת המדות ר"ל שינהוג כחותיו כפי הדעת והעצה כמו שביארנו בפרק ה'. והוא אמרו איזהו גבור הכובש את יצרו. וכו' ע"כ. וזהו אנשי חיל אלו עשירים שהם מסתפקים והוא שייך שפיר לכל המדות שמנו גם כן. וי"ל שלכך בעינן אנשי חיל מלבד דבעינן שיהא להם לב אמיץ להציל העשוק מיד עושקו דזה תועלת גם כן שלא יהא מרחם על עני כי אין מרחמים בדין ויוכל לסבול. ע"ד שאמרו ויצוו על בני ישראל. בני טרחנים הם סרבנים הם כמבואר במדרש פ' בא ולזה טוב ענוה ג"כ:

שנאת ממון ברמב"ם ובטור מבואר שאפילו ממון שלהם אינם נבהלין עליו ולא רודפין לקבץ ממון עיי"ש. ועיין חולין (דף מ"ד) אמר רב חסדא איזהו ת"ח זה הרואה טריפה

לעצמו ואמר רב חסדא איזהו שונא מתנות יחי' זה הרואה טריפה לעצמו. הרואה טריפה לעצמו ודאי שונא מתנות אחרים הוא שאף על שלו אינו חומד להכריע להיתר ע"כ וזהו בכלל שנאת ממון גם כן: סעיף י"ב אין דנין בדייני אותה העיר בב"ק (דף צ"ג) בההוא ארנקי דאפקיד ר"י וחייבי' להההוא גברא לשלומי והק' בש"מ שם הא אין דנין בדייני אותה העיר ותירץ דחייבי' היינו הודעה בעלמא ולפימ"ש האורים דמהני קבלה י"ל דמיירי דקבלו לדיין. וע"כ חייבין לשלומי. וכזה י"ל בהאי דבב"ק (דף קט"ו) אבימי בר נאוי חמוה דרבינא אתא לקמי' דרבינא וכו' דמיירי שקבלו לדיין או ששאלו בלא בע"ד והודיעו מה שמבואר שם בזה:

סימן ח

א כל המעמיד דיין שאינו הגון כו' הרי זה שהעמידו עובר בל"ת והרמב"ם כתב לא תקים לך מצבה. והקשו למה לא כתב מלא תטע לך אשרה כמבואר בסנהדרין. ותי' התומים דאמרינן בגמ' דע"ז (דף נ"ב) דר"ע ס"ל דע"ז של ישראל אינה אסורה עד שתעבד שנא' ושם בסתר עד שיעשה לה דברים שבסתר. ור' ישמעאל דס"ל אסורה מיד מוקי לי' דטעון גניזה ור"ע גניזה מנ"ל דכתיב לא תטע לך אשרה אצל מזבח וכו' מה מזבח טעון גניזה אף ע"ז טעון גניזה. ואידך ההוא איצטריך למעמיד דיין שאינו הגון כו' ע"ש. והרמב"ם פסק בה' ע"ז כר"ע דע"ז של ישראל אינה אסורה עד שתעבד וא"כ איצטריך ושם בסתר לכך והך קרא דלא תטע אשרה אתא דטעין גניזה ואין כאן לימוד על מעמיד דיין בלתי הגון כי בהך נחלקו ר"ע ור"י כמבואר בגמ' ולכך הוצרך הרמב"ם להעתיק דרש הספרי דיליף מלא תקים מצבה וזה פשוט עכ"ד. והוא תמוה דהא אדרבא הרמב"ם בפ"ג מה' סנהדרין כ' הך דרשא וז"ל ובמקום תלמודי חכמים כאלו נטע אשרה שנאמ' לא תטע לך אשרה כל עץ אצל מזבח ע"כ אלא דהקו' הי' אמה דכתב במקום שאינו ת"ח מלא תקים לך מצבה וא"כ אינו מיושב כלום ואדרבא ק' ארמב"ם מאחר דפסק כר"ע בה' ע"ז ה"ז איך כתב בסנהדרין פ"ג הך דלא תטע במקום ח"ח וכבר הק' כן הלח"מ בפ"ז מה' ע"ז שם ותי' דתרתי ש"מ פשטי' דקרא אתא לטעון גניזה ומדסמיך לשופטים ש"מ דכאלו נטעו אצל מזבח ועי' במהרי"ק שרש י"ז בזה: המורה ח"ג כתב דהמקדיש בעלי מומין לוקה משום בזיון קדשים (פי' דמשוה בעלי מומין לתמימין בהקדש) ונראה דיצא לו כן מהא דבפ' שופטים כתיב לא תזבח כו' אשר יהי' בו מום וכבר ביארנו שייכות דבר זה למינוי שופטים משום דבנסמך אינו הגון אין הסמיכה מועלת דהוי כמקדיש בעלי מומין למזבח דאינו כלום ושייך ג"כ להא דמעמיד שאינו הגון ובמקום שיש ת"ח כאלו נטעו

אצל מזבח כמבואר (בסנהדרין ז') והוא דמבזה בזה הת"ח לכן במקדיש בעלי מומין ג"כ הוי משום דמבזה קדשים בזה:

ומש"כ הב"ח אבל אם נתן ממון כדי שיתמנה אפילו הוא גדול טפי משאר גדולים בחכמה ובממון אסור לעמוד לפניו כו' עכ"ל. והוא תמוה דהא התוס' בב"ב (דף כ"א) ד"ה זכור אותו האיש לטובה ויהושע בן גמלא שמו וז"ל הוא האיש דאר"י ביבמות (דף ס"א) תרקבא דדינרי עיילא לי' מרתא בת בייתוס לינאי המלך עד דאוקים ליהושע ב"ג בכהני רברבי וצדיק גמור הי' כדאשכחן הכא והא דקאמר התם קטיר קחזינא הכא לפי שהיו אחרים שם חשובים ממנו עכ"ל אלמא דוקא ביש גדולים ממנו ובח"ס השיג על הב"ח מתוס' דיומא:

ב צריכין הדיינים לישב באימה ביראה בעטיפה כו' ופי' הסמ"ע מפני כבוד השכינה ששרוי' ביניהם כמ"ש אלקי' נצב בעדת אל ע"כ. ובאמת בהא דסנהדרין (דף ז') לעולם יראה עצמו כאלו גיהנם פתוחה מתחתיו וחרב מונחת לו משמע דמפני הדין בעצם ולא מטעם כבוד השכינה משום דהא דאלקים נצב בעדת אל בקרב אלקים ישפוט משמע דהיינו סמוכים וכ"כ ביערת דבש ח"ב (דף ה') בפירוש לענינו שם ע"ש בזה. אך באמת מבואר להדיא כהסמ"ע בטור שכתב וז"ל וכל ב"ד מישראל שהוא הגון שכינה עמהם לפיכך צריכים הדיינים לישב כו' ע"כ הרי להדיא דבכל ב"ד חשוב כן ולא בסמוכים לבד וכ"מ ברש"י שבת (דף י') ותימא גדולה על היע"ד בזה ואולי לדרשא בעלמא קאמר כן:

ולא יפסיע על ראשי עם קדש. ותמהני על דבר השמיטה הא דמבואר במס' יבמות (דף ק"ה) מי שצריך לו עם קדש יפסע על ראשו עם קרש וכמו שמבואר בתוס' שם דאם כשצריך לצאת לצורך העם מותר עיי"ש בזה:

רמב"ם ה' סנהדרין (פכ"ה ה"ב) וכן אסור לו לנהוג בהן קלות ראש אעפ"י שהן עמי הארץ. ולא לפסוע על ראשי עם קדש אעפ"י שהן הדיוטות ושפלים בני אברהם יצחק ויעקב הם וצבאות השם שהוציא מארץ מצרים בכח גדול וביד חזקה וכו' והרי הוא אומר ואצוה את שופטיכם זו אזהרה לדיין שיסבול הציבור וכו' צא ולמד ממשה רבן של כל הנביאים כיון ששלחו הקב"ה במצרים נאמר ויצום אל בני ישראל אמרו מפי הקבלה שאמר להם למשה ולאהרן ע"מ שיהיו מקללין אתכם וסוקלין אתכם באבנים ע"כ. והנה הא דמייתי מואצוה את שופטיכם הוא בפ"ק דסנהדרין (דף ח') וכן הא דמייתי מויצום אל ב"י הוא במדרש פ' וארא ע"ש אבל הא דכתב שהם בני אברהם יצחק ויעקב ושהם צבאות השם שהוציאם ממצרים לא כתבו המפרשים מאין הוציא זה. והנה בזה"ק פ' וארא מבואר ר' יוסי אמר לדברא לון בנחת כדקא חזי וכו' אמר ר' ייסא אמאי סמך הכא אלה ראשי בית

אבותם. אלא אמר לי' קב"ה דברי לון לבני ישראל בנחת דאע"ג דאינון יתבי בפולחנא קשי' מלכין בני מלכין אינון ובגין כך כתיב אלה ראשי בית אבותם אינון דאת חמי רישי בית אבהן אינון ע"כ. הרי מבואר כהרמב"ם דויצום אל בני ישראל הוא משום דמיוחסים הם. אלא דאכתי אינו מבואר שהם בני אברהם ויצחק ויעקב ושהם צבאות השם שהוציא ממצרים בכח גדול וביד חזקה. וע"כ נראה לי שהרמב"ם למד כן מהסמיכות הא דויצום אל בני ישראל למה שמבואר קודם וארא אל אברהם אל יצחק ואל יעקב ושם והבאתי אתכם אל הארץ אשר נשאתי את ידי לתת אותה לאברהם ליצחק וליעקב ונתתי אתה לכם מורשה ואח"כ בפ' שני' מזה כתיב ונתתי את ידי במצרים והוצאתי את צבאתי את עמי בני ישראל מארץ מצרים בשפטים גדולים וא"כ למד הרמב"ם מהמוקדם ומהמאוחר דע"כ צוה לנהוג בהם כבוד משום שהם מיוחסים ושהם צבאות השם שהוציאם ממצרים וזה נכון. ויבואר בזה הא דבדברים א' כתיב ואצוה את שפטיכם בעת ההוא לאמר דהאי לאמר מיותר ובאזהרה לציבור על הדיין ודרשו בסנהדרין מואצוה אתכם לא כתוב לאמר דאמירה הוא לשון רכה וא"כ האי לאמר דציוה להשופטים לאמר שידברו בנחת ואומר שמוע בין אחיכם וכו' כקטן כגדול כי כלם שוין בזה. ובילקוט (משלי כ"ה) גם אלה שהיו מתונים בדין ומישבין הדין שכל מי שמקפיד סופו לשכות את דבריו לכן אמר לאמר כנ"ל בזה:

שאסור לו לאכול ולשתות ולהשתכר בפני רבים. המפרשים הראו דין זה מברייתא בפסחים (דף מ"ט) ת"ר ת"ח המרבה סעודתו בכל מקום סוף מחריב את ביתו כו' ובאמת מברייתא זו אינו מבואר אלא שאין לת"ח להרגיל סעודתו בכל מקום אם לא שהוא סעודת מצוה אבל אינו מבואר שיהא אסור לו לאכול ולשתות ולהשתכר בפני רבים משלו. וצריך לומר דמפרשי המרבה סעודתו בכל מקום היינו סעודתו שאוכל משלו ואוכל בכל מקום היינו אפילו בפני רבים. אך אין זה ראי' כל כך. והנה הא דאסור להשתכר בפני רבים יש ללמוד מהא דאמרינן בנדה (דף ט"ז) דכתיב בספר בן סירא שלשה שנאתי וארבעה לא אהבתי שר הנרגל בבית המשתאות ופרש"י "שר" תלמיד חכם "הנרגל" רגיל בבית המשתאות וא"כ ה"ה בביתו אם הוא בפני רבים. אך דאסור לאכול ולשתות אין לו ראי' מכאן דיש לומר דלילך לבית המשתאות בין להשתכר או שלא להשתכר הוא דבר מגונה אבל בביתו לאכול ולשתות עדיין יש לומר דמותר:

ע"כ נ"ל דדין זה הוא מהא דאמרינן בבכורות (דף מ"ד) אמר רבי אבא ברי' דר' חייא בר אבא משתינין מים בפני רבים ואין שותין מים בפני רבים וכתב רש"י בד"ה ואין שותין וז"ל דדרך ת"ת להיות צנוע באכילה ובשתי' כו' עכ"ל הרי להדיא דאין לאכול ולשתות

בפני רבים. ובתוס' שם כתבו וז"ל והא דאמר בסוף כיצד צולין (דף פיו) דרב הונא ברי' דר' נתן אשתי' כסא בתרי זימני ולא מהדר אפי' וקאמר התם כלה תנן משמע התם שדרך לשתות בפני רבים בלא חזרת פניו היינו בשעת סעודה דומיא דכלה. ובהלכות דרך ארץ אמרינן דברבים הופך פניו לצד א' וישתה מים נראה דנקט מים לפי שאין רגילין לשתות כולו מים אלא הצמא בלבד אבל שאר דברים רגילין לשתות יחד. ור"ת אומר דה"ק דאפילו לאותן הצנועין שלא לשתות מים בפני רבים לא להוי צנוע להטיל מים שמא ימתין ויסתכן עכ"ל נמצא למדין מדבריהם אלה דת"ח דדרך להיות צנוע באכילה ובשתי' מ"מ אם הוא יושב בחבורה כמו בסעודת מצוה וכדומה מותר לשתות בפני רבים חוץ ממים שאין דרך לשתות אלא הצמא צריך להפוך פניו. ולפיר"ת משמע דאין דרך ת"ח להיות צנוע באכילה ושתי' אלא דיש רגילין להיות צנועין באכילה ושתי' מ"מ בממונה על הציבור יש לומר דמודה דצריך להיות צנוע. ואף דמשמע דלדעתו אין חילוק בזה מדלא פירש הא דאין שותין מים בפני רבים בממונה על הציבור. מ"מ הרמב"ם וטור ושו"ע שכתבו איסורא מפרשי כפרש"י הא דאין שותין מים בפני רבים וכמו כן אסור לאכול בפני רבים. ועיין ברמב"ם (פ"ד מה' ת"ת) וביו"ד סי' רמ"ב סי"א כיוצא בזה לענין הרב עם התלמידים עיין שם:

והנה ברמב"ם ובטור מסיים ובכניסת ע"ה ובסעודת מריעים וע' סמ"ע דאפילו בסעודת מצוה כן. ועיין סנהדרין (דף פ"ג) נקיי הדעת שבירושלים לא היו אוכלין בסעודה עד שיודעין מי מיסב עמהם ופירש"י משום דגנאי הוא לת"ח לישב אצל עם הארץ וכ"ה בשו"ע או"ת סימן ק"ע ס"כ וכ"ה במדרש איכה בני ציון היקרים מה היתה יקרותן של בני ציון שלא היה אחד מהן הולך לסעודה עד שהיה יודע עם מי סועד והאחרונים באו"ח סי' ק"ע כתבו דאפילו בסעודת מצוה כן. ואמת שכן מבואר בתוס' פסחים (דף קי"ד) ד"ה ואין מיסב בסעודת מצוה וז"ל היינו סעודה מילה דאמר במדרש דניצל מדינה של גיהנם וסעודת נשואין בת"ח ובת כהן לכהן ודוקא שיש שם בני אדם מהוגנין כו' עכ"ל וכ"כ בתשב"ץ ח"א סימן קמ"ד דגם בסעודת מצוה אין לישב עם בני אדם שאינם מהוגנים וכ"ה ביו"ד סי' רס"ה סי"ב. עוד כתב שם דאם רצה החכם למנוע עצמו מכל סעודה שבעולם ואפילו של מצוה אינו שבח לו כל כך:

סימן ט

סעיף א':

מאד מאד צריך הדיין ליזהר שלא ליקח שחד וטעם שוחד דרשו חז"ל שהוא חד. וצריך ביאור למאי ל"מ דרשו שהוא חד. ונראה עפי"מ דמבואר ביבמות (דף כ"ה) מיאנה

או שחלצה בפניו ישאנה מפני שהוא ב"ד והוא דכיון דהוי ב"ד ליכא חשד. דהשנים הנשארים אינן מניחין. וכן בבכורות (דף ל"א) מוקי סיפא דמתני' כל הבכורות אדם רואה חוץ משל עצמו דמיירי ביחיד מומחה דבתלתא ליכא חשד. ובנגעים (פ"ב) תנן כל הנדרים אדם מתיר חוץ מנדרי עצמו רבי יהודה אומר אף לא נדרי אשתו שבינה לבין אחרים כתב הר"ש דוקא בפני עצמו אין יכול להתיר אע"פ שהוא מומחה אבל להצטרף עם שנים להתיר כדין שלשה הדיוטות יכול להתיר דטעמא דחשדינן לי' דילמא מיקל גבי נדרי אשתו שלא לבקר נדרה. וכיון דהוי בי תלתא לא חשידי וכו' ע"כ. ובהג"ה שם כתב דבר זה לא כן קבלנוהו אלא לדעת ר"י דתלתא כוותי' כי היכי דאינו מתיר נדרי עצמו הכי נמי אינו מצטרף להתיר נדרי אשתו דאשתו כגופו ואין הנדון דבכורות דומה לראיה דהתם משום חשדא גרידא הוא דאתינן עלה כדאיתא ביבמות פ' תניין ומ"ה כל כמה דאסתלק חשדא מצי מתיר ברם הכא גזירת הכתוב הוא שאין חכם מתיר נדרי עצמו וכו' ע"כ. וא"כ לכאורה אם, אחד מהשלשה יקבל שחד ליכא חשדא מאחר דהוו בי תלתא לא חשידי דהשנים אחרים אין מניחין אותו אבל באמת זה אינו כי היכי דאין הבע"ד עצמו מצטרף לשנים כי לא יתאחדו הדיעות כן המקבל שחד. וזהו שדרשו מאי שחד שהוא חד וא"כ הוא הבע"ד עצמו ולא מהני מה דהוו בי תלתא [ואפשר דזהו שמפרש כי השחד יעור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים דהם החכמים והצדיקים השנים האחרונים] דאינו משום חשד אלא דאין הלכה מתברר אלא בשלשה כדאיתא במדרש רות וא"כ במו דאין מתברר בבע"ד עצמו כן אינו מתברר במקבל שחד ג"כ:

מאד מאד. כתב הסמ"ע ובפירושי כתבתי דמשום דחמדת ומשיכת האדם אחר הממון הזהיר באזהרה כפולה. ובזה פירש מה שאמרו מאד מאד הוי שפל רות ע"ש. ולי נראה ע"פ מש"כ העקידה (שער פ"ט) וז"ל וכן הלוקח שחד הוא מעור עיני שכלו ומראה פני יושר לעוותו ויאמר שאי אפשר לדבר שעשה ברשע ולכך קל הוא בעיני אדם חטא זה מצד שחשב שלא יודע הדבר ולא יורגש שעשה רשע ולכך צריך אזהרה כפולה. וגם יש להוסיף תבלין דכיון דנעשה חד עם בעל דינו אין רואה חוב לבעל דינו והשקר נדמה לו לאמת ולכן צריך אזהרה כפולה. ועל דרך זה יש לבאר המשנה דאבות כן. ועיין רמב"ם הלכות חשובה שכתב דשחד הוא מהדברים שמעכבין את התשובה. ועיין שם הטעם שכתב וז"ל והמקבל שחד להטות דין אינו יודע עד היכן הגיע הטיי' זו ובמה היא כחה כדי שיחזיר שהדבר יש לו רגלים. ופי' הכסף משנה שלא ישוב אל לבו לאמר שלא כדין דנתי שהדין תלוי בשיקול הדעת ויש לו רגלים לאמר יפה דנתי וכיון שקיבל השחד לעולם לבו ודעתו נוטים לצד זכותו ולא לצד חובתו עכ"ל וע"כ כתב אזהרה כפולה בזה:

ואם לקחו צריך להחזירו כשיתבענו הנותן. כתב הסמ"ע אבל בלא תביעה א"צ להחזירו כיון דלא קיבל אלא מרצין הנותן וכדי לזכות את הזכאי ולא דמי לרבית דכתיב בי' וחי אחיך עמך עליך להחזיר כדי לחיות בו עכ"ל. והט"ז חולק עליו ודעתו דגם ברבית צריך שיתבענו הנותן. ומה"ט דן דאין ברבית דינא שעבודא דר' נתן ועוד משום כיון דהשבה דרבית הוא משום וחי אחיך ובמה שמשיב לבעל חובו אין לו להחיות את עצמו. ועיין רמב"ן פ' תצא שכתב דמצוה דרבית הוא כמו צדקה ולכן כתיב בי' ברכה. ובצדקה קי"ל בסימן פ"ו דאין בזה משום שעבודא דר' נתן ולכן מסתבר דגם ברבית כן. הב"ח כתב דטעמו של רמב"ם דצריך להחזיר משום דאי עביד לא מהני והוי גזל ע"כ. וקשה לפי"ז דא"כ הא דקאמר בתמורה (דף י') מאי איכא בין אביי לרבא לימא דאיכא בינייהו שחד דלאביי דאי עביד מהני א"צ להחזיר ולרבא דאי עביד לא מהני צריך להחזיר. ונראה כיון דהוזהר מלא תקח שחד הוי גזל אע"ג דיהיב מדעתי' הוי כמו רבית דאיכא בלא תגזול כמבואר ר"פ איזהו נשך אלא דגלי קרא ברבית דבנו אין מוזהר וליכא שעבוד נכסי משום וחי אחיך אבל בשחד הוי גזל ובגזל הא כתיב והשיב וגם אביי מודה בזה דצריך להשיב ולכך לא קאמר הנ"מ בשוחד וראיה לזה מהא דלא קאמר שם נ"מ באונאה דלאביי דאי עביד מהני אינו מחזיר אונאה ולרבא דא"ע ל"מ מחזיר אונאה א"ו דאונאה הוי בכלל גזל וכמש"כ הטור בסימן רכ"ז דהא דמחזיר אונאה הוא משום גזל ובגזל גם אביי מודה דבעי השבה דגלי קרא והשיב ולכך קאמר דפליגי בשינוי קונה וא"ש. ושוב ראיתי מה שפקפק השע"מ על הב"ח ולפמש"כ אתי שפיר ונכון:

וכתב הסמ"ע דבלא תביעה אינו צריך להחזיר משא"כ בריבית. והשיב הט"ז מהא שכתב רש"י בב"מ (דף ס"א) אהא דרבית קציצה יוצאה בדיינין אם תבעו בחיים. ולע"ד י"ל דהתם דבדיינין מיירי שפיר פי' כשתבעו דאל"ה מאין יודעים ואורחא דמילתא הוא כשתבעו משא"כ כאן דכ' דצריך להחזיר למאי כתב כשיתבענו משמע דבלא תביעה א"צ להחזיר כלל. והא דלא כתב באמת גם כאן יוצא בדיינין משום דהכא הא הדיין גופא הוא שנטל ולכן כתב החיוב על הדיין שלקח:

בט"ז מעשה בא' שאין לו ממון רק מה שלקחו ממנו בריבית קציצה ועדיין לא החזירוהו ובא המלוה לקחת אותו רבית מיד אותו האיש. ונ"ל דא"צ ליתן כיון שאין כאן תביעה מן הלוה שיחזירם אין כאן ממון כלל דהרי בעינן תביעה ע"כ. ועיין ריב"ש (סימן תפ"ז) שפסק בשמעון שחייב לראובן ולוי חייב לשמעון בשטר ונכתב בשטר שהוא מחוייב לפרוע לשמעון כשיתבענו ושמעון אינו רוצה לתבעו ללוי דאפי"ה מוציא ממנו מדר"נ עיי"ש. משמע דמאחר דאם יתבענו איכא ממון אף שאינו תובעו איכא דר"נ וה"נ כאן

וי"ל בזה דלקמן (סימן פ"ו ס"ט) מבואר בשם שו"ת הרא"ש דאם הי' מפורש בשטר שלא יתבענו אלא כשירצה אין כאן שיעבודא דר נתן ע"ש וא"כ י"ל דהוי פס"ד בזה:

שם הנותנו עובר בלפני עור. בחות יאיר ס' קל"ו חקר אם בנותן שוחד לשופט בן נח שייך לפני עור היותו מצווה על הדינין. והנה לפמש"כ רמ"א בתשובה (סי' י') דהא דב"נ מצווה על הדינין היינו דינים שלנו ולא חוקיהם ונימוסיהם א"כ לא שייך בזה לפני עור מה שנותן שוחד לזכות את הזכאי ולחייב את החייב אם דנו עפ"י חק שלהם. ומש"כ רמב"ן בפ' וישלח בשם הירושלמי דב"נ מוזהר בלא תקח שוחד היינו בדין שהוא כדיננו. או דמרא דירושלמי הוא ר' יוחנן ולדידיה מבואר ברמ"א שם דב"נ מחוייב בדינים שחקקו להם כרצונם. אבל לדידן דקי"ל דמצווים על הדינים היינו דינים שלנו שפיר פשט ההיתר מטעם זה:

והנה עיקר יסודו של רמ"א הוא מהא דבסנהדרין (דף נ"ו) קאמר הגמ' מנא הני מילי שבע מצוות בן נח ויליף ר' יוחנן מקרא דויצו ד' אלקים וכו' ר' יצחק תני איפכא אלקים זו דינין ולא מויצו ולא קאמר הש"ס מאי בינייהו כדקאמר שם אהא דויצו זו עכו"ם משום דלר' יוחנן דיליף דינים מויצו אין מחויבין בדיני התורה אלא במה שחקקו להם. אבל לר' יצחק דיליף מאלקים דכתיב ונקרב בעל הבית וגו' מצווין בדיני התורה וקי"ל הכי ע"ש. והנה לכאורה יש לדחות ראי' זו דאיכא למימר נפקותא אחריתא לפי"מ דאמרינן שם דינין בני נח איפקיד והתניא עשר מצוות נצטוו ישראל במרה שבע שקיבלו עליהן בני נח והוסיפו עליהן דינין כו' אלא אמר רבא לא נצרכא אלא לדיני קנסות ופרש"י דיני קנסות הוסיפו במרה דבני נח לא הוזהרו עליהן דכתיב ויצו וגמרי לה מאשר יצוה דהתם צדקה ומשפט כתיב דהיינו דין ופשרה אבל קנסות לאו משפט נינהו דקנסינן לי' טפי מדינא. ולפי"ז ר' יצחק דיליף מאלקים דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלקים גם דיני קנסות בכלל וא"כ שפיר איכא נפקותא דלר' יוחנן אין מצווין על קנסות ולר' יצחק מצווין. (אלא דצ"ע על הרמ"א דהביא ראי' דהלכה כרבי יצחק מדסתמא דש"ס דקאי אליבי' בהא דקאמר שם איכא בינייהו וכן מדקאמר שם לא נצרכא אלא לדיני קנסות ופריך והוסיפו בדינין מבעי' לי' דהא אדרבה מצינן סתמא דש"ס איפכא לקמן שם (דף נ"ז) דפריך ואשה לא מפקדא והכתיב אשר יצוה את בניו ואת ביתו אחריו ומשני לצדקה אלמא דקאי כר"י דיליף מאשר יצוה וכ"מ מחי' הר"ן דפסק דב"נ מחויב בצדקה גם כן) וראיתי שהרמ"א עצמו רצה לומר נפקותא זו ודחה משום דונקרב נאמר בשומרין ולא בדיני קנסות ולא הבנתי דהא מיירי גם בקנס כדכתיב אשר ירשיעון אלקים ישלם שנים לרעהו ואף דלמ"ד עירוב פרשיות כתיב. אלקים קאי אמלוה ולא אפקדון וכפל דכתיב

בפרשה. מ"מ יש לומר דס"ל לר' יצחק דלית כאן עירוב פרשיות וגם קנס בכלל. ובזה מיושב קושיית תוס' על רש"י בב"ק לדף ק"ז) שהקשו לפי שטתו דס"ל דלמאן דאית לי' עירוב פרשיות כופר הכל בפקדון חייב. מהא דבגיטין (דף נ"א) אית לי' לר' יצחק במצא כיסין קשורין ומודה במקצת חייב שבועה אבל להנ"ל ניחא דר' יצחק לטעמי' דלית לי' עירוב פרשיות ולכן בעי הודאה במקצת ומשיטת רש"י הנ"ל גופא מבואר דס"ל לר' יצחק דאין כאן עירוב פרשיות לכן גם קנס בכלל לדידי' ור' יוחנן לשיטתי' בב"ק (דף ק"ו) דלית לי' עירוב פרשיות לכן לא יליף מונקרב דאז היו מצווין גם על קנס ויליף מצדקה ומשפט דאין מצווין בקנס וא"ש ונכון היטב. ועמש"כ לקמן סי' ק"י דהעיקר כהרמ"א בזה. ולהרמ"א דס"ל לר' יוחנן דמצווין בדינים שלהם יש לבאר הא דמבואר בירושלמי פ"ד דבב"ק הלכה ג' ושור של עכו"ם שנגח שור של עכו"ם אחר חברו אע"פ שקבל עליו לדון בדיני ישראל בין תם בין מועד משלם נ"ש על הדא אית אמרת ר"א בשם ר"י בדיניהם משום דלשטתי' דמצווין על דינים שלהם ודו"ק:

והאו"ת כתב היתר כיון דטעמא דשוחד משום דמקרבא דעתי' גבי' וכיון דבבן נח גם קרובים מותרים לדון גם שוחד להצדיק את הדין מותר. ואמת כי לא מצינו בגמ' דקרוב מותר לדון רק להעיד ויש לחלק כו' ע"ש. ועיין רמב"ם (פ"ט מה' מלכים) שכתב וז"ל בן נח נהרג בעד אחד ובדיין אחד ועפ"י קרובים הרי להדיא דגם קרוב מותר לדון בב"נ. ונהי דבגמ' הגירסא בדיין אחד ובעד אחד ואפי' קרוב שפיר יש לומר דהאי קרוב קאי אעד אחד ולא אדיין משא"כ ברמב"ם דנקט דיין אח"כ וע"ז כתב ע"פ קרובים בוודאי דגם אדיין קאי. ומבואר כהרמב"ם דב"נ קרוב ג"כ מותר לדון מהא דאתי יוסף שדנו אותו ומבואר דקודם מ"ת קרוב כשר לדון גם כן:

ולפי"ז בקיבלו בע"ד עליהם קרוב לדון מותר ליתן לו שוחד וזה לא שמענו לכן מש"כ הוא עיקר וא"כ בעכו"ם שבא לפני ב"ד ישראל אסור לקבל ממנו שוחד עוד כתב עפימש"כ הב"ח (שאלה קי"א) והחכ"צ (שאלה פ"ד) דבן נח עד נעשה דיין ודן על ממון עצמו דאין לך קרוב גדול מזה לכן פשט ההיתר ע"ש. ומצאתי שכן מבואר ברש"י יבמות (דף מ"ז ד"ה ומודיעין אותו עון לקט כו' שלא יאמרו עניים הללו הלוקטין פאת שדה גזלנים הם ועומד עליהם והורגם בדיניהם שבני נח נזהרו על הגזל עכ"ל. הרי להדיא דלא אמרינן בבן נח אדם קרוב אצל עצמו ויכול להיות עד ודיין בדבר. ובב"ר (פל"ד) בע"א ודיין אחד פי' הי"מ שם שהעד עצמו נעשה דיין ע"ש בזה. ונ"ל ראי' לזה מהא דאמרינן בסנהדרין (דף נ"ח) וא"ר חנינא עכו"ם שהרג את ישראל חייב מיתה שנאמר ויפן כה וכה וירא כי אין איש ויך את המצרי הרי דמשה שראה את המעשה והי' עד בדבר נעשה דיין בזה

וע"כ אמרו אח"כ מי שמך לאיש שר ושופט ומבואר דבב"נ עד נעשה דיין גם כן. ואף דמבואר במדרש דנמלך במלאכים אם חייב מיתה ואמרו הן א"כ לא הי' דן יחידי אבל עכ"פ נעשה דיין אלא שנמלך עמהם גם כן ולכן שפיר כתב ההיתר בשוחד מטעם זה. וכ"ז אינו אלא בנותן סתמא לזכות את הזכאי ולחייב את החייב ולא חיישינן לאיקרובי דעתא להטות הדין אבל מה שנותנים לזכות את החייב פשיטא דאין על זה שום קולא דלא תעשו עול גם ב"נ מצווה על זה דהוא בכלל דינים ומצד מ"ש דהם מצווים על דינים שלהם הוא בדינים שלנו וזה אינו ג"כ אלא דלא חיישינן להטות משפט בזה אבל אי נותן ע"מ להטות משפט פשיטא דאין לעשות כן דמ"מ מצווים על לא תטה משפט ואפי' אם נאמר דלא תטה לא נאמר אלא על דינים שלנו ולא שלהם מ"מ לאו כ"ע מודים בזה דהם מצווים על דינים שלנו ורבים סוברים דכפי הנימוס שלהם הם מצווים ופשיטא דאיכא בזה משום לא תטה משפט לכן אין לחת אלא באופן שלא ירע לו אם הוא דן עם א"י וישראל עם ישראל לא שייך זה ואין היתר אלא אם בדיננו הוא זוכה גם כן:

ספרי פ' דברים לא אוכל לבדי שאת אתכם והובא ברש"י וכן אמר שלמה וכי מי יוכל לשפוט את עמך הכבד הזה אפשר אותו שכתוב בו ויחכם מכל אדם אומר מי יוכל לשפוט אלא כך אמר שלמה אין דיני אומה זו כדיני שאר אומות שאם דן והורג ומכה ומטה את דינו וגוזל אין בכך כלום וכו' וק"ל מהא דאמרינן בסנהדרין (דף נ"ו) וי"א אף על הדיינים ופרש"י מאלקי' נמי נפקא והא אלקותו עלך להיות מוראו עליך ולא מורא בשר ודם להטות משפט כי המשפט לאלקים הוא ע"כ כמאן אזלא הא דאר"י א"ר כו' אלקי' אני יהא מוראי עליכם כמאן כי"א הרי להדיא דב"נ נצטוו על הטיית משפט וא"כ איך קאמר דמטה דינו וגוזל ואין בכך כלום מאחר דהוזהרו על זה א"כ איך שייך לומר דאינו נענש כלל:

וכל דיין ששאל שאילה פסול לדון לזה שהשאילו. כתב הרמב"ם (פכ"ג מהל' סנהדרין הלכה ד') כל דיין ששאל שאילה פסול לדון לזה שהשאילו בד"א בשלא הי' לו לדיין להשאיל אבל הי' לו להשאיל כשר שהרי גם שואל ממנו ע"כ. ובכתובות (דף ק"ה.) אמר רבה בר שילא האי דיינא דשאיל שאילתא פסול למידן דינא ולא אמרן אלא דלית לי' לאושלי אבל אית לי' לאושלי לית לן בה. ופריך איני והא רבא שאיל שאילתא מדבי בר מריון אע"ג דלא שיילי מיני' התם לאחשובינהו הוא דבעי. וצריך ישוב מדוע השמיט הרמב"ם דאם שואל כדי לאחשובינהו אע"ג דאין לו לאושלי כשר לדון. וכבר עמר בזה הלח"מ ובטור בסימן זה הובא בפשיטות וז"ל דרבה דשאיל מדבי בר מריון ולא הוי

משאיל להו והוי מכוין לאחשבינהו אפילו מדת חסידות ליכא ע"כ וא"כ למה השמיט הרמב"ם זה:

ונ"ל דהרמב"ם לשיטתי' שפיר השמיט דאמרינן בב"ב (דף י"ג) טול אתה שיעור ואני פחות שומעין לו רשב"ג אומר אין שומעין לו ומסיק מ"ט דרשב"ג משום דא"ל אי בדמי לית לי דמי למיתן לך במתנה לא ניחא לי דכתיב ושונא מתנות יחי'. והובא (בסימן קע"א) דהרמב"ם פסק כר' שב"ג דאפילו א"ל טול אתה הגדול במתנה יכול הלה לומר לו אין רצוני לקבל מתנה. וי"ח בזה והוא הרא"ש. וכתב הסמ"ע טעם הי"ח דס"ל דבהא דחברו נותן לו לטובת עצמו על זה לא קאי הקרא וא"כ סברת רבא בכתובות הוא כהת"ק שהוא הי"א דאם הלה נהנה במתנה לא הוי מתנה וכדאמרינן בחולין (דף מ"ה) ר' זירא כי הוי מזמני' לי' אזיל אמר אתייקורי היא דמתייקרי בי ולא הוי שונא מתנות יחי' דזה לא הוי מתנה כיון דבמה שהלה לוקח ממנו מתנה הנותן נהנה ממנו לא הוי מתנה וע"כ כיון דעביד לאחשובינהו ונהנין ממנו הוי כמו שמשאיל גם להם, משא"כ הרמב"ם לשיטתי' דפסק כרשב"ג דגם אם הנותן נהנה ממנו הוי מתנה לכן אע"ג דלאחשובינהו עבד הוי מתנה ואין כשר לדון לכן השמיט זה. משא"כ הטור לשיטתי' דקאי בשיטת הרא"ש אביו דפסק כת"ק דלא הוי מתנה במה שהנותן נהנה ממנו. לכן כיון דלאחשובינהו עבד לא הוי שיחד וכשר לדון להם ושפיר הביא זה וא"ש. ונ"ל שהגירסא רבה שם בכתובות וכמו דמצינו בב"ב (דף ח') רבה רמי צדקה אנכסי דבי בר מריון. א"ל אבייי והתני רב שמואל ב"י אין פוסקין על היתומים ואפילו לפדיון שבויים א"ל אנא לאחשובינהו קעבידנא והתם רבה מדא"ל אבייי בתר הכי:

סעיף מ"ב:

אם קדם ושלח מנחה לדיין וכו' אא"כ הדיין רוצה לחשוך עצמו מאותו דין. בשטה מקובצת ב"ק (דף פ"ח) על הא דבירא דשתית מיני' מיא לא תשדי בי' קלא מביא שם עובדא על הרי"ף שנהנה ממרחץ ונזדמן אח"כ שבא לדין לפניו בעל המרחץ על אותו המרחץ ואמר שלא אדין בדבר לפי שנהנה מהמרחץ ופי' בזה לא לדון איניש למאן דרחים לי' שהוא סבת מניעתו לשתי סבות הא' שלא יטה לזכותו והשנית שאם אפשר שיציל את נפשו וידין בזה כפי שורת הדין הי' בזה משלם רעה תחת טובה ע"ש דברים נכונים. וכיוצא בזה מצינו במדרש שמות (פ' יו"ד) המים ששמרוך בשעה שהושלכת ליאור לא ילקו על ידך. עפר שהגין עליך כשהרגת את המצרי אינו דין שילקה על ידך. ושם (פרשה כ') יש אדם שותה מן הבאר ומשליך אבן לתוכה כו' ובפרשה מטות אינו בדין שאני מצר למי שעשה בי טובה כו' עיי"ש:

נסתפקתי בשנים שבאו לדין וקודם שהתחילו לטעון הביא אחד חפץ של הדיין שנאבד ממנו ומקיים השבת אבידה אי כשר לדונו. אמנם פשוט דמותר לפי"מ דמבואר בתומים (סל"ד) דמה דמותר במודר הנאה דחמור כ"ש דמותר בשוחד דקילא ע"ש והרי מבואר בנדרים (דף ל"ג) המודר הנאה מחבירו מחזיר לו אבידתו דמדעם דנפשי' קא מהדר לי' וא"כ ליכא בזה שוחד דמדעם דנפשי' קא מהדר לי' וא"כ כשר בזה:

נסתפקתי בלוקח שוחד אי מיפסל לעדות מדאורייתא או לא דמלקות ליכא מאחר דאפשר בחזרה לפימש"כ האחרונים (בסי' ט') דצריך להחזיר משום אעל"מ ומשום רשע דחמס לא שייך כיון דמדעתו נתן לו כמש"כ תוס' בכיוצא בזה במלוה דרבית ר"ה (דף כ"ב) ובמדרש תנחומא פ' שופטים א"ר אבהו כל הנוטל שוחד שו"פ נקרא רשע שנאמר ושחד מחיק רשע יקח הא כתב מהרי"ט דרשע דד"ק לא הוי רשע כן י"ל כזה ובזה ניחא הא דאיצטריך ר' אבהו לאשמועינן דנקרא רשע מד"ק משום דמדאורייתא לא הוי רשע דאינו בר מלקות אלא מדכתובים נקרא רשע. ובפחות משוה פרוטה כתבנו במ"א דלא גרע מרבית דברים ולכן אמר ר"א שו"פ דאז הוי רשע ולא בפחות משו"פ: סעיף ה:

הנוטל שכר לדון דיניו שדן בטלים. נסתפקתי בהא דנטל שכר לדון דדיניו בטלים אי דוקא כשאומר לא אדון לכם אם לא תתנו לי כך וכך דאז שייך למקנסי' אבל אם אינו מבקש אלא דנתנו לו אף דאסור לקבל שכר גם בכה"ג כמשו"כ הסמ"ע לקמן (סימן ער"ב) וכן משמע בהרא"ש (פ"ג דסנהדרין סי' ט"ו) עכ"ז דיניו קיימין דלא שייך למקנסי' בכה"ג או דילמא ל"ש. ובמע"מ בבכורות כתב במאוחר לא שייך למקנסי' אבל בנותן מקודם מרצונו משמע דפשיטא לי' דקנסו בכה"ג וכ"נ עיקר. נ"ל דאם דן במידי דרבנן כגון שבא לפניו שטר שאינו מקויים והורה שצריך קיום דאינו אלא מדרבנן או שנמצא עדים פסילי דרבנן והורה שהשטר בטל דפסולין מדרבנן וכהנה רבות בזה יוכל ליטול שכר לפי"מ דאמרינן בנדרים (דף ל"ח) דשכר פיסוק טעמים נוטלין משום דאינו אלא מדרבנן. וכ"ה ביו"ד (סי' רמ"ו) דכל חידוש שנתקן מסופרים מותר ליטול שכר על זה וא"כ כיון דהא דנוטל שכר לדון דיניו בטלים היא משום ראה למדתי אתכם וכיון דלימוד בדרבנן מותר ליטול שכר על זה א"כ בדין נמי כן ואף דדין עדיף מלימוד כמוש"כ תוס' בשבת (דף יו"ד) מ"מ כיון דתרווי' מחד קרא נפקא דמיין להדדי. ויש לעיין בדרבנן גופא אם יש חילוק בזה בין עיקרו דאורייתא או עיקרו דרבנן די"ל דאינו מותר אלא בעיקרו דרבנן כמו שכר פיסוק טעמים דעיקרו מדרבנן או דאין נ"מ בזה:

ולפי"ז הי' נראה להרמב"ם דפסק כר' אחא דבדבר תורה חד נמי כשר ומדרבנן הוא דבעי ג' דשנים הנוספים יוכלו לקבל שכר דהא אינם מחוייבים משום מה אני בחנם כיון דיש

לו חד שידונו וא"כ מדאורייתא אין מחוייבים אלא מדרבנן ובדרבנן הא לית בי' משום מה אני בחנם כו'. והא דפריך בכתובות (דף ק"ה) וקרנא היכי שקל אגרא דילמא מיירי בדרבנן או בעדיף מיני עדיפא מיני משני ולק"מ. ועי' בתשו' רשב"א הובא בב"י סי' כ"ח וז"ל הא דאמרו נוטל שכר עדותן בטלה לא אמרו אלא בעדים שכבר נעשו עדים ומצווים על זה דאם לא יגידו וכו' דומה דניטל שכר לדון דמצוה על ב"ד לדון בין איש לרעהו אבל מי שאינו מחויב להעיד ונוטל שכר אינו בדין הנוטל שכר וכו' ע"כ. מבואר מזה דנוטל שכר לדון אינו אלא במצוה לדון ומעתה נ"ל בדאיכא דעדיף מיני' יכול ליטול שכר על זה עפי"מ דאמרינן בביצה (דף ל"ז) ואלו הן משום רשות לא דנין כו' ופריך והא מצוה קעביד לא צריכא בדאיכא דעדיף מיני' הרי בדאיכא דעדיף מיני' לא עלי' רמי ואין מצוה לדון וא"כ ליכא הזה משום מה אני בחנם וז"ב. מ"מ י"ל דמאחר דקצת מצוה יש אפי' בדאיכא דעדיף מיני' כמוש"כ רש"י שם במתני' דכל דקחשיב רשות קצת מצוה יש וכ"ה להדיא בתשב"ץ ח"א (סי' קס"א) מיהו גם בעדים מצוה קעביד ומאחר דאינו מצווה מותר ה"נ בדיין אף דקעביד מצוה קצת אבל אינו מצווה על זה:

ובשער משפט כתב לדון בסמך על קרוב שיהי' מותר ליטול שכר משום דאינו מחויב לדון אלא שהקשה על זה מהא דפריך בכתובות (דף ק"ה) הנוטל שכר לדון אלא שמכוער הדיין דלוקמי בכהאי גוונא ולא שייך זה אלא בשכר בטלה דלא מוכח ובודאי דבקרוב לא שייך זה. אמנם בקרוב נראה דאף דאין מחויב כיון דהכשירו מצוה קעביד ואיכא מה אני בחנם. וכ"כ המחנה אפרים ה' שכירות פועלים (סי' ח') דבלימוד והוראה אפי' אין מחויב מ"מ איכא מה אני בחנם ע"ש בזה:

ולפמש"כ הי' נ"ל ללמד על הא שנוטלין פרס קצוב לשבוע כיון דאליבא דידן מורין הרבה בדרבנן א"כ אין עבור דאורייתא אלא עבור דרבנן. ושוב ראיתי שזה אינו דהא קי"ל דאין נוטלין אלא על המקרא אבל לא על התלמוד ואין לך מס' שאין בו הרבה דרבנן ונימא שהוא עבור הדרבנן ולא עבור הדאורייתא וע"כ צ"ל דל"ד לפיסוק טעמים שאין לך מקרא שלא יהא בו פיסוק טעמים וא"כ באותו שעה שלומד הדאורייתא לומד הדרבנן וכן אי משום שכר שימור אין לך שעה שא"צ שימור משא"כ תלמוד מה בכך שיש בו גם דרבנן כיון דמשום זמן זה שלומד הדרבנן לבד לא היו נותנין לו עבור זמן זה לבד אלא בצירוף הדאורייתא אין מספיק וא"כ גם לענין הוראה כן: אמנם אכתי יש לחלק בין לימוד להוראה ושפיר יש ללמד זכות על מנהגנו ומה"ט מבואר דש"צ יכול ליטול שכר וכן תוקע עי' סי' תקפ"ה אלא דאינו רואה סימן ברכה דמחזי כשכר שבת ולא דאסור ליטול על המצוה אלא דתפלה הוא דרבנן וכן בתקיעות שתים מד"ס ובפסחים (דף נ'.)

שכר מתורגמנין הוא משום דרוב הוא מדרבנן אם הוא בדכלה ובקריאות התורה אין חיוב כלל להיות מתורגמן שם בזה:

ועוי"ל דהשתא דאין לנו סמוכים ורק דשליחותייהו דקמאי עבדינן והרי מבואר ברשב"א ורמב"ן הבאתים לעיל (סימן א') דהא דשליחותייהו דקמאי עבדינן אינו אלא מדרבנן וא"כ כל הדיינים בדיני ממונות כעת אינו אלא מדרבנן ולכן כתבו הפוסקים דגם מינוי שופטים בזמה"ז אינו אלא מדרבנן וא"כ שפיר יש ללמד זכות על מנהג של ישראל דהא בדרבנן ליכא משום מה אני בחנם. כן יש ללמד טוב על מנהג ישראל. אמנם הש"ע קאי בזמה"ז ואפי"ה כתב דאין ליטול שכר על כן נראה דהא דאמרינן דאנן שליחותייהו דקמאי עבדינן הפי' שעשו אותנו שלוחים כמו שהם היו דנים ומה הם בחנם אף אנו בחנם וא"כ ליתא לזה:

ואם אינו נוטל אלא שכר בטלתו מותר. בצאן קדשים בכורות (דף כ"ט) יצא לדון בדבר החדש דבכהן שכר הזאה וקידוש אסור ליקח אפילו אגר בטילה דמוכח. ולא דמי לדיין כי אתי דינא לקמי' לאו עלי' רמי' רחמנא דוקא לידון. ואם הבעלי דינים רוצים שיהא הוא דן מחוייבים לו שכר בטלה דמוכח אבל הזאה וקידוש רמי' רחמנא על האי כהן דשייך לעבודה מש"ה אסור ליקח אפילו אגר בטלה דמוכח עכ"ד. והוא תמוה דהא להדיא תנן בבכורות (דף כ"ט) הנוטל שכרו לדון דיניו בטלין להעיד עדותיו בטלים להזות ולקדש כו' ואם היה זקן מרכבו על החמור ונותן לו שכרו כפועל בטל וכ"ה להדיא ברמב"ם (פ"ז מהל' פרה אדומה ה"ב) ומסיים שכל הדברים אינן שכר שנשתכר בקידוש או בהזאה שהרי לא הרויח כלום ולא נטל אלא כנגד מה שהפסיד ע"כ. הרי דגם בהזאה וקידוש נוטל כפועל בטל ומבואר דאגר בטלה דמוכח שרי. ובשעה"מ ה' אישות השיג על הצ"ק מעדות שנוטל שכר בטלה דמוכח אף דעליו רמי להעיד ואין אחר זולתו והוא תמוה דלא השיג מהזאה וקידוש גופא גם כן:

לכאורה באיכא דיינים טובא אם בא לדון לפני אחד כיון דלא עליה רמיא דוקא וכמו שכתב הצ"ק היה מותר להתנות שיטול שכרו דומיא דרופא בטי"ד (סי' של"ו) דאסור ליקח שכר משום השבת גופו ואפ"ה אם התנה אין מפקיעין חיובו דכל מ"ע דרמיא אכולי עלמא אין מפקיעין חיוב שלהן. ובאמת סתמו הפוסקים ולא חלקו בכך לזה ראי' למש"כ הט"ז ביו"ד (סי' של"ו) דרמיא אכולי עלמא דהא כל אדם יוכל להתחכם ללמוד רפואות וגם לא היה חיוב עליו תחלה ללמוד. וא"כ ל"ד לדיין כלל וזה ברור:

הסמ"ע כתב משום דאפס כי לא יהיה בך אביון שלך קודם לשל אדם. והוא משום דק"ל מה בכך דמבטל הא מ"מ איך רשאין ליקח שכר וע"ז תירץ משום דאפס כי לא יהיה

בך אביון. וכ"כ הריטב"א בב"מ פ"ב אמאי מותר ליקח שכר פועל בטל והוא שניחי' לי' בקלה ואותו שכר נוטל הא מ"מ אסור ליטול שכר על זה ותי' משום דאפס כי לא יהיה בך אביון שלך קודם ע"ש [אלא דצ"ע על הסמ"ע מהא דמבואר ביו"ד (סי' רמ"ו ס"ה) במלמדים דאם הוא שנר בטלה דמוכח שרי והתם הא לא שייך זו דאפס כי לא בך אביון שלך קודם. וכן בקידוש והזאה מבואר בבכורות (דף כ"ט) דנוטל כפועל בטל אף דלא שייך בזה שלך קודם. לכן נ"ל דהעיקר הוא מאחר דיש לו מלאכה ובטל מזה אינו כנוטל שכר דהא לא הרויח מאומה אלא נוטל מה שהפסיד וכן מבואר להדיא ברמב"ם (פ"ז מפרה אדומה) ע"ש בזה]:

אבל אם איני ניכר כגון שאומר שמא יזדמן לי קניית סחורה וסרסרות ובשביל זה מבקש שכר אסור. יש מפרשים דאסור אפילו אם אינו נוטל אלא שכר בטלה מאחר דאינו מוכח אסור אע"פ שדיניו קיימין והוא מאחר דאמרינן בכתובות (דף ק"ו) מכוער הדיין שנוטל שכר אלא שדינו דין איסור ג"כ איכא אבל להסמ"ע אינו אלא באומר שמא יזדמן לי דאז דינו בטל ולכך אסור אבל ביש לו מלאכה אלא שאינו עוסק כעת דאינו ניכר הבטלה דדינו דין יש לומר דליכא איסורא אלא דמכוער הדבר. אבל יש לומר דמאחר דאמרו חז"ל דמכוער הדבר שייך לשון איסור ג"כ דאמרינן בב"ב (דף נ"ח) ועוצם עיניו מראות ברע א"ר חייא בר אבא זה שאינו מסתכל בנשים בשעה שעומדות על הכביסה היכי דמי אי דאיכא דרכא אחריתא רשע הוא וכו' ופרשב"ם בד"ה רשע הוא ואע"פ שעוצם עיניו לא היה לו ליקרב אלא להרחק מן העבירה דקי"ל חולין (דף מ"ד) הרחק מן הכיעור ומן הדומה לו ע"כ. אלמא דאיסורא איכא במה שאינו מרחיק עצמו מן הכיעור. ובסנהדרין (דף כ"ו) בההוא עובדא דרבי חייא בר זרנוקי ור' שמעון בן יהוצדק דלמדו זכות על ההוא גברא דכריב בשביעית ואההוא דכסח כרמו בשביעית וקרי להו ר"ל רשעים על שנעשו סניגורים לרשעים. ולכאורה תמוה מה בכך דדנו אותם לכף זכות א"ו מאחר דהם עשו בשביעית ואיכא חשדא וצריך להרחיק מן הכיעור ולכך הוי רשע כמו דמבואר בב"ב הנ"ל ולכך לא שייך לדון לכ"ז בזה ודו"ק. ואין לתמוה דאם רשע הוא וא"כ אמאי דינו דין דכיון דהא דדינו בטל בנוטל שכר אינו אלא מטעם קנסא ובכה"ג לא קנסו אף השתא שאחז"ל כן. ובפסחים (דף כ"ו) בפרש"י בד"ה והצנועים פרושים שמתרחקים מן הכיעור ומן הדומה לו אבל כל אדם מוכרין כדרכן וליכא איסורא וע"כ דאין כל הענינים שוים והכל לפי"מ שהוא אדם ולפי הענין כנלע"ד בזה:

וכן כתב הריטב"א יבמות (דף כ"ה) אהא דשני עדים החתומים על השדה דלא חשו חכמים לדבר זה אע"ג דאמרו הרחק מן הכיעור ומן הדומה לו אינו אלא דרך עצה ומדת

חסידות ע"ש הרי להדיא דליכא איסורא בזה. וע"כ דאין כל הענינים שוין. ובדיין דינו דין אף שמכוער הדבר דומיא דגט שהביא שליח וחכם שאסר את האשה בנדר דאמרו שם ואם כנס לא יוציא דברננה לא מפקיעין ובנטען כתב רש"י שם (דף כ"ו) דמפקינן משום דמכוער הדבר הרי דג' בחינות בזה הא' מדת חסידות הב' איסור גם כן ויש חילוק בין לכתחלה בין דיעבד. הג' דגם בדיעבד ל"מ גם כן:

בהיתר שנוטלין שכר בדיני תורות. נ"ל עפימש"כ המהר"ם פדואה (שאלה מ) וז"ל אכן מצאתי הג"ה במרדכי הארוך שיש לי ואינו בדפוס ויש בו חידושים הרבה וז"ל והתירו ליטול שכר שימור רגל קטנים וה"ה לכל אדם שיש טורח כדאיתא בהאי פרקין מלמדי הלכות קמיצה לכהנים נוטלין שכרן מתרומת הלשכה אבל לא למבינים באמירה אחת וכן הוא בסמ"ק (סי' ק"מ) זה הלשון ממש ומסיים בה עוד ז"ל ואעפ"כ מצוה לומר כמה פעמים וכו' ע"כ מעתה מעלתך יוכל ליישב כוונת הרב בדוחק שלא הבינו התלמידים ההלכה באמירה אתת ובזה יוכל לתלות שירצה שכר מהן וכו' ע"כ ועיין ב"מ (דף ל"ג) פריקה בחנם טעינה בשכר והוא דבטעינה יש טורח יותר מבפריקה. וא"כ בזמנינו שצריך לדבר על לב בעלי דינין כמה פעמים כידוע ואלו היו באים וטוענים בקצרה והדיין אמר להם הפסק בפשיטות אז שייך מה אני בחנם ולא כן אם הוא בדרך אחר שפיר מותר בשכר דהוא על המותרות וא"כ שפיר מצינו היתר בכמה ענינים דשכיחי כן:

ובתשובה שם כתב דעל איסור והיתר וגטין וקדושין ליכא היתר ולהנ"ל גם באיסור והיתר צריך לשנות כי השואל אינו מבין בפעם אחת וכן בסידור הגט ועכ"פ מהציבור שפיר יש היתר דנוטל עבור מה שיזדמן לשנות הדברים. ועיין קדושין (דף ח') כאן בשכר הבאה ומילוי כאן בשכר הזאה וקידוש פרש"י בשכר הבאה וכו' דמילתא דטריחא הוא ורחמנא לא רמי' עלי' ושרי למשקל אגרא וכו' בשכר הזאה וקידוש דליכא טרחא ושכר מצוה הוא נוטל ע"כ ובתוס' ר"י הזקן פי' דשכר הבאה ומילוי המים אין זה עיקר המצוה משא"כ הזאה וקידוש הוא עיקר המצוה ומסיים מיהו שמעינן מהא שאין לאדם ליקח שכר ממצוה ואם יש לו טורח בה מותר כפירש"י ע"כ הרי להדיא לפרש"י אם יש לו טורח במצוה שלא הוזהר על זה מותר ליקח שכר על זה ומזה יצא לנכון הג"ה מרדכי הנ"ל גם כן. ועי' מחנה אפרים מה שהאריך בה' שכירות (סי' י"ז) במקום שמחויב להעיד אי שכר הליכה יכול ליטול ע"ש בזה. ובט"ז (סי' ל"ד) פשיטא לי' דמותר בזה:

ולענין שכר בעד פשרה כתב הב"ח דשרי ליטול דדוקא אגר דינא הוא דאסור מדכתיב ראה למדתי אתכם וכו' לא ידעתי אחרי שכ' במק"א דלע"ד י"ל אף דנשים פסולין לדין מ"מ מצווין על הפשרה וכן כל הפסולין לדון. ואם נעשה דיין בזה שוב אין יכול לסלק

עצמו ומחויב לעשות שלום והוא מבואר בסנהדרין (דף נ"ז) אשכח רב אחא בר יעקב דהוה כתיב בספר אגדתא דבי רב בן נח נהרג בדיין אחד ובעד אחד שלא בהתראה מפי איש ולא מפי אשה וכו' ופריך ואשה לא מפקדא והכתיב כי ידעתיו למען אשר יצוה וגו' הוא מותיב לה והוא מפרק לה בניו לדין ביתו לצדקה ע"כ מתבאר מזה דאף דאינה מצווה לדון וע"כ אינה יכולה לדון מ"מ בצדקה מחויבת והרי רש"י שם סנהדרין דף נ"ו) בד"ה דיני קנסות דצדקה היינו פשרה וא"כ מצווה על הפשרה ופשיטא דאשר יצוה מהני לאחר מ"ת גם כן וה"ה לכל הפסולין לדון שמצווין לפשר והוא בכלל צדקה וכשם שמצווין על הצדקה כך מצווין על זה גם כן:

ואף דמהר"י ברונא (שאלה ר"י) כתב דהא דאיתא בסנהדרי (דף ז) לא תגורו כשיודע להיכן הדין נוטה אינו רשאי לסלק עצמו אינו אלא בדין ולא בפשרה מ"מ בליכא דיין אחר אינו רשאי וכן הא שכ' שם דגם אם א"י להיכן הדין דיכול לסלק עצמו דלאו דוקא בהי' אחד חזק אפי' בשניהם אינם חזקים דיכול לומר דלא ניחא לי דלהוי תרעומות עלי הוא ג"כ כשיש אחר ולא כשאין לו אחר ואדרבא מצוה קעביד כדאיתא בביצה (דף ל"ו) אין דנין לא בשבת ולא ביו"ט ופריך והא מצוה קעביד ל"ל דאיכא דעדיף מיניה הא לא"ה מצוה קעביד. וכן בפשרה גם כן אם יש לו יכול לסלק עצמו ולא באין לו כמש"כ לעיל סעיף ז':

תלמיד היושב לפני רבו ורואה זכות לעני והרב רוצה לחייבו חייב ללמד עליו זכות ואם שותק עובר משום מדבר שקר תרחק. לע"ד מלבד דמבואר בסנהדרין (דף ז') דאיכא משום לא תגורו וכן פ' הרמב"ם (בפ' כב) דאיכא גם משום לא תעמוד על דם רעך לפי"מ דמבואר בספרא מניין שאם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשתוק עליו ת"ל לא תעמוד על דם רעך וא"כ ה"ה כאן שיודע לו זכות וגם איכא משום השבת אבידה כמ"ש הטור (בסי' קנ"ד) תשובת הרא"ש על הדיינים שטעו דמצוה לומר לבע"ד משום השבת אבידה ע"ש וה"נ כן. ומצאתי בתשב"ץ (ח"א שאלה קמ"ה) שכ' אהאי עובדא דרב פפא בסנהדרין (דף כ"ז) שלימד זכות על בר חמי דקביל עליו כרגא דכולהו שני אע"פ שהיה מצוה ללמד עליו זכות אי משום לא תעמוד על דם רעך כדאי' בספרא אי משום לא תגורו מפני איש כדאיתא בפ"ק דסנהד' ואי משום מדבר שקר תרחק כדאיתא בפ' שבועות העדות ע"כ. הרי להדיא במי שיודע בזכותו של חבירו איכא משום לא תעמוד על דם רעך: ומעתה מש"כ האחרונים לקמן (סי' כ"ח) דבעדות איכא הך ל"ת אף כשלא תבעו וצידדו דהברייי' אינו אלא אסמכתא ולכך השמיטו דהתשב"ץ ס"ל להדיא להלכה כן:

ולפי"ז נמצא דגם בדיין איכא ל"ח דלא תעמוד על דם רעך הן בדי"נ ללמד זכות והן בד"מ פתח פיך לאלם ורישא דקרא מיירי נמי בדיין כדאמרינן בכתובות (דף מ"ו) לא תלך רכיל שלא יהיה רך לזה וקשה לזה וא"כ סיפא דקרא אתא לדיין גם כן:

גם איכא בדיין ועדות משום ואהבת לרעך כמוך וכיוצא בזה כ' הרמב"ם בפ"ח מהל' מתנות עניים בפדיון שבוים דאיכא משום ל"ת ע"ד רעך ואהבת לרעך כמוך ועמש"כ (בסי' שנ"ט) בזה ובמ"א כ' די"ל על הרמב"ם שם (בפ"ח ממתנות עניים) פדיון שבוים גם הא דוהשבתו לו לרבות אבדת גופו דמאחר דאיכא תרי קראי ל"ת ע"ד רעך והשבתו לו דמחויב להוציא ממון על זה כמבואר בסנהדרין (דף ע"ג) ובחי' הר"ן שם ואולי זה הוא בכלל מש"כ שם והרבה דברים כאלו. אמנם בפ"א מה' רוצח לא כ' הא דוהשבתו לו כלל וכ"ה בטוש"ע (סי' תכ"ו) גם לא חשיב שם הא דחשיב בפ"ח ממתנות עניים ואולי סמך שם אמש"כ כאן ובהא דלא קחשיב והשבתו לו יתבאר במ"א בזה: אלא די"ל בהא דאיתא בירושלמי (פ"ד דנדרים ה"ה) ע"ד דר"מ אסור ללמד עליו זכות (פי' לר"מ אסור למדיר הנאה ללמד על מודר זכות בדין) ואמאי הא מבואר בנדרים (דף ל"ד) דמחזיר לו אבידתו משום דמצוה קעביד וה"נ כן:

הנה מה דאמר ר' חנין בסנהדרין שם דהאי לא תגורו וכו' הוא לא תכניס דבריך מפני איש הי' נראה לכאורה שהוקשה לו כי איך שייך אזהרה על תכונה וכח נפשיי כי מה יעשה הדיין אם לבו יהגה אימה מבע"ד קשה וכזה הקשה הראב"ע במאמר לא תחמוד ע"ש ולכן דרשו שזה אינו לשון מגור אלא לשון אסיפה ובאלשיך סדר שלח כתב משום האי טעמא דואתם אל תיראו אינו אזהרה דבזה לא שייך אזהרה כנ"ל רק הודעת דברים ע"ש אך זה אינו דהא שם בסנהדרין איכא דדריש לא תגורו כפשוטו מלשון אימה והובא להלכה לקמן ריש סי' י"ב ועוד דהא מצינו (דברים כ') אל תיראו ואל תערצו מפניהם וכל מקום שנאמר אל אינו אלא ל"ת ולכן ברמב"ם ה' מלכים (פ"ז ה' ט"ו) כתב שהוא עובר בל"ת ע"ש וב"ה בספר המצוות. ובשערי תשובה לרבינו יונה (סי' ל"ב) מבואר דגם לא תירא מהם (דברים ז' ושם כ') הוא בגדר הזהרה וכ"ה בספר זהר רקיע ע"ש ואיך שייך אזהרה על זה צ"ל תירוצו של הראב"ע במאמר לא תחמד ע"ש. אלא דמה שדרשו לא תגורו מלשון אסיפה הוא דרך דרש ומה דמבואר האי דינא בשבועות משום מדבר שקר תרחק סמכו ענין זה על לא תגורו גם כן:

סעיף ח':

תלמיד היושב לפני רבו וכו' אלא יאמר לו בדרך כבוד רבי כך וכך למדתני. וראי' לזה מהא דברכות (פ"ב דף ט"ז) לא למדתנו רבינו ע"ש בזה. ואם הי' אביו ורבו מובהק צריך

לומר גם כן למדתני רבינו וכמו שמבואר ביו"ד (סי' רמ"ב ס"א) דאביו ורבו מובהק קורא אותו בדברו רבי והביאו ראי' לזה מהא דב"מ (דף מ"ד) מתני לי' רבי לריש ברי' הזהב קונה את הכסף א"ל רבי שנית לנו בילדותך וכו' ועוד נ"ל ראי' מהא דאמרינן במס' מכות (דף ה') חייא ברבי אומר הרגו אין נהרגים לא הרגו נהרגים א"ל אביו בני ולאו ק"ו הוא א"ל למדתני רבינו שאין עונשין מן הדין כו' הרי מבואר להדיא דצריך לקרות רבי וכך צריך לומר דרך כבוד ומיני' לכל אדם גם כן. ומעתה מ"ש הש"ך שם ביו"ד לדחות מהא דפ"ד דב"מ אינו מספיק למה שכ' בזה. וב"מ (דף ס"ד) א"ל רבא ברי' מ"ט עביד מר הכי. וכן יש להביא ראי' מהא דמו"ק (דף ט"ז) א"ל ר"ש לב"ק דבר זה צריך ר' א"ל ומה כו' הרי להדיא כמו בב"מ בזה. ועיין ר"ה (דף כ"ה) א"ל (פי' ר"ע לר"א) רבי תרשני לומר לפניך דבר אחת שלמדתני וא"כ צריך כל אדם לומר כן. ובביאור הגר"א מייתי מחגיגה (דף י"ד) בזה וביו"ד (סי' (רמ"ב) מייתי ממו"ק. ובתוס' סנהדרין (דף ל"ו) בד"ה דיני נפשות מבואר דאיכא איסור לא תענה בקטן לגבי גדול ואינו רשאי אלא דרך שאלה. ופי' הסמ"ע לקמן (סי' י"ח סק"ב) דהוא כשאומר כך וכך למדתני והוא כמבואר כאן כך בזה:

כך וכך למדתנו והוא משום לא תענה ולהסוברים דלא תענה אינו אלא בדיני נפשות ולא בד"מ ואו"ה צ"ל דזהו מכבוד הרב. כמבואר ביו"ד (סימן רמ"ב סט"ז) דלא יסתור דבריו ע"ש. ובש"ך יו"ד (סי' ר"מ ס"ב) כתב אהא דמבואר שה בכיבוד אב ולא סותר דבריו ונראה דסותר את דבריו אסור אפילו שלא בפניו ע"כ. ונ"ל ראי' שגם שלא בפניו אסור מהא דמבואר בב"ב (דף ק"ל) אחר מיתה לא מיקרע תקרעיני' כתב הנ"י וז"ל ולאו מדינא הי' אומר להם כן אלא משום כבודו שזהו כבודו שהתלמיד חייב לרב שלא יסתור דבריו ע"כ. הרי להדיא דברב אסור לסתור אפילו שלא בפניו וכיון דזה נלמד מכיבוד אב כמוש"כ בבאה"ג. א"כ ה"ה באב אסור לסתור שלא בפניו ג"כ. איך שיהי' ברב אסור לסתור שלא בפניו ג"כ. לכן צ"ל בפניו לכבוד הרב למדתני כך וכך. ועיין רדב"ז החדשות (שאלה תצ"ה) דגם לאחר מיתה כן ומדברי הנ"י הנ"ל מבואר להדיא כן וכמוש"כ:

סימן י

סעיף א:

צריך הדיין להיות מתון בדין וכו' יש לרמז זה במקרא דכתיב ואת משפטי תשמרו והוא מלשין ואביו שמר את הדבר שפירושו המתנה והכא נמי כן: הנה לברר הדין על בוריו צריך עיון ובפסחים (דף נ"ד) אמרינן שבעה דברים מכוסים מבני אדם כו' ועומק הדין ופרש"י שהרוב טועין בו. ועוד פי' שם פי' אחר ובמדרש קהלת משמע קצת כפי' הראשון דמייתי מהא דכתיב כי המשפט לאלקים הוא אלמא דבין הדין שבדיינים מיירי

וכ"ה במדרש בראשית (פרשה ס"ה) ועיין בסוטה (דף מ"ז) משרבו בעלי הנאות נתעוותו הדינין ופרש"י שמתעצלין לעיין הדין. ובשבת (דף ל"ב) חרב כו' קלקול הדין פרש"י שמאליו נתקלקל כשאינו מעיין. ועיוות הדין פרש"י שם כשמתכוון לעוות. וזהו שאמר משרבו בעלי הנאות נתעוותו הדינין דהכוונה שהוא כמו שמעוותין בידים ועל דרך זה פרשתי הא דאמרינן בסוטה (דף מ"א) משרבו החנופה נתעוותו הדינין וע"כ העיון הוא העיקר. ואם גם אז אינו אליבא דאמת כבר אמרו אין לו לדיין אלא לפי מה שעיניו רואות וכפי מה שמכריע שכל האנושי כן הוא האמת כמו שכתב הר"ן ז"ל בדרשותיו על הא דב"מ (דף פ"ד) מאן נוכח רבה בר נחמני ע"ש. וגזה"כ הוא אל השופט אשר יהי' בימים ההם כמש"כ רש"י בחולין (דף נ"ב) ע"ש וכיוצא בזה בתוס' קדושין (דף ס"ב) דלדורותא משמע איזה שהם. הובא אצלינו לעיל (סי' א') והר"ן בנדרים (דף ע"ח) ראשי המטות לפום דרי סגי ע"ש:

סימן יא

סעיף א:

כיצד מזמינים בעל דין לדין וכו' במי שהי' בכפרים כתב הסמ"ע דאיכא למימר אף שיוצא ונכנס שמא הי' לו איזה אונס שלא הי' יכול לבוא על שני הזמנות הראשונות. מבואר מזה דהא דמזמנים ג' פעמים למי שיוצא בכפרים היינו דוקא בשותק מתחלה על ההזמנה או הבטיח לבא ואתרמי שלא בא משא"כ אם מתחלה אמר שלא יבא תיכף מנדין אותו. הב"ח וביש"ש פ"י דב"ק (סי' ט"ו) נראה דמפרשו דשלחו ולא חזר לב"ד ואמרינן שמא לא מצאו עד פעם ג' אבל חזר לב"ד ואמר אינו רוצה כותבין עליו הפתיחה מיד ע"ש. ולשיטתו נסתפק שם בהבטיח לבא ולא בא והעלה גם כן דאמרינן אונס הוא דאיחרמי לידי' ע"ש:

סעיף ג:

מי שהוא במדינה עסמ"ע שאמר דעיר הוא מדינה ופעמים גם בל' המשנה כן. ועי' מס' מכות דף י"ב) ובן לוי גולה מעיר לעיר ובגמ' מכאן אמרו בן לוי שהרג גולה מפלך לפלך ופירש"י פלך מדינה אלמא דעיר מדינה גם כן. ועי' לקמן (סי' כ') בסמ"ע דעיר הוא מדינה:

סימן יב

סעיף א:

שנים שבאו לפניך לדין וכו' אי אתה רשאי לומר איני נזקק לכם. מבואר בגמ' מדכתיב לא תגורו מפני איש וביאור הכתוב לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלקים הוא האי כי

מתפרש בלשון אלא כמוש"כ רשב"ם בפרשה וירא רוב כי שאחר לא מתפרשים בלשון אלא ופי' כי אין לדיין לגור מפני בעל דין קשה רק מפני המשפט אשר לאלקים הוא ובדברים (ז' כ"א) לא תערץ מפניהם כי ד' אלקיך בקרבך אל גדול ונורא ופי' אבן עזרא לא תערץ מפניהם רק תערץ מהשם שהוא גדול ונורא ע"כ. ונראה שזה גם כן כוונת הכתוב (שם כ א גד) לא תירא מהם כי ה' אלקיך עמך המעלך וגו', אל תיראו ואל תחפזו ואל תערצו כי ד' אלקיכם ההולך עמכם וגו' דהכוונה כולם בלשון אלא כי אין לירא מפני אדם זולתי הש"י. ובשמואל (א' ט"ו) ויאמר שאול אל שמואל חטאתי כי עברתי את פי ד' ואת דבריך כי יראתי את העם ואשמע בקולם כי התודה לבד אשר לא שמר ציווי השי"ת על עמלק אלא שלא שמע צווי השי"ת לא תגורו מפני א"ש וזהו שאמר כי יראתי את העם ואשמע בקולם:

ויש מי שכתב דמ"מ נוהגין עכשיו שלא למחות בעוברי עבירה משום שיש סכנה בדבר שלא ימסרנו למלכות ולא ימלט על הרוב מהוצאות ממון או סכנה. והוא מתשובת מהרי"ו (סי' קנ"ז) והובא ביו"ד (סי' של"ד) וז"ל מ"מ אין מחויב להוציא ממונו ע"ז והנה זה לשון מהרי"ו ומ"ש אם חייב אדם להוציא ממונו ע"ז נראה דאינו חייב וראי' מדאמרינן בפ' בן סורר ומורה דילפינן מלא תעמוד על דם רעך דחייב להציל חבירו ומקשא תלמודא מהכא נפקא מהתם נפקא והשבותו לו אבידת גופו מניין ת"ל והשבותו לו ומשני אי מהתם ה"א ה"מ בנפשי' אבל למטרח ואגורי לא קמ"ל אלמא אי ליכא קרא יתירא לא הוה אמרינן שמחויב להוציא ממון אפילו להציל נפש חבירו וכ"ש הכא גבי עשה דתוכיח דאין חייב להוציא ממון ועוד מדאיצטריך קרא לכתוב בכל מאדך שחייב אדם למסור ממונו בשביל קידוש השם. ואם הי' חייב להוציא ממון להציל חבירו מן העבירה א"כ כ"ש עצמו וא"כ מאי איצטריך בכל מאדך ודוחק לומר דהתם איירי דחייב למסור כל ממונו. אבל הכא גבי עשה דתוכיח דאינו חייב למסור כל ממונו רק מקצת דא"כ מה שיעור יש בדבר דבשלמא גבי הכאה עד שיכנו כל דהו א"צ להוכיחו יותר עכ"ל. והנה ראי' ראשונה יש לומר דשאני באבדת גופו דאיתרבי מהשבת ממונו א"כ הוי אמינא דדיו כממונו דכתיב בי' אפס כי לא יהי' בך אביון וע"כ אמרינן בב"מ (דף ל"ב) ששלך קודם לשל כל אדם וע"כ אינו חייב לאגורי לכך איצטריך לא תעמוד על דם רעך:

ובזה יבואר הא דאמרינן ב"ק (דף פ"א) דפריך אהא דקחשיב שם בתקנת שתיקן יהושע התועה בין הכרמים מפסג ועולה מפסג ויורד דאורייתא הוא והשבתו לרבות השבת גופו ומשני דאורייתא דקאי אבי מצרי ויהושע תיקן מפסג ועולה מפסג ויורד והוא משום דהשבתו דמרבינן השבת גופו ידעינן מהשבת אבידה וכמו שבהשבת אבידה אין לו

להפסיד משום השבת אבידת חבירו כן הכא אינו מפסיד משלו בשביל חבירו ויהושע תיקן שיהא משלו ג"כ להשבת גופו בזה. ועל הראי' השני' שכ' מה שיעור יש בדבר הרי באו"ח (סי' תרנ"ו) מבואר דבעשה מחויב להוציא חומש א"כ בעשה דתוכיח נמי נימא כן, גם יש לומר דאיצטריך בכל מאדך בכהאי גוונא היכי דאם יתן ממונו לא יוכל לחיות כגון במדבר וכדומה דזה מקרי פקוח נפש כמוש"כ המג"א באו"ח (סי' רמ"ת סקט"ז) וכן כתבו תוס' בב"מ, (דף נ"ח) דהא דגוזל פרוטה כאלו נוטל נפשו היינו פרוטה אחרונה שיש לו וקמשמע לן קרא דאפילו בכה"ג חייב ליתן ממונו וה"ז דומה לבכל נפשך משא"כ בתוכחה אינו חייב בכה"ג וצל"ע. מיהו לענין דינא הנכון אתו דמה לי סכנת נפשות או סכנת ממון וכ"ה במג"א או"ח (סי' תר"ת סק"ג ובס"ח סי' תי"ג) כתב דוקא איש את אחיו שלבו גם בו אבל אם הי' איש אחר שאם יוכיחנו ישנאנו וינקום ממנו אין להוכיחו ע"כ: עוד מבואר ממהרי"ו דדעתו בהא דאמרינן בערכין (דף ט"ז) עד היכן תוכחה רב אמר עד הכאה ושמואל אמר עד קללה ור"י אמר עד נזיפה ופסק הרמב"ם (פ"ו מה' דיעות) כרב עד הכאה. ובסמ"ג חמה על זה ופסק עד נזיפה הביאו המג"א שם וממהרי"ו הנ"ל מבואר דס"ל כהרמב"ם דהחויב עד הכאה והא דמבואר במדרש (איכה ב) איזה מהן נהרג על שמך איזה מהן נפצע מוחו על שמך ע"ש היינו דמאין ידעו שיש סכנה בדבר כי מי מהן נהרג וכמו דאיתא בשבת (דף נ"ה) אם לפניך גלוי לפניהם מי גלוי ע"ש:

וכן אם היו שניהם חזקים. עיין במפרשים מה שחכמי הדור מעלימים עין אף כששניהם אלמים ובזה"ז נ"ל דאין בידינו לכוף להן. וגם דיין קבוע אם יודע שהבע"ד לא יצייתו לו אינו מחויב להזדקק להם והוא מהא דאמרינן בסנהדרין (דף כ"ז) בני חמוה דמר עוקבא קרובים ונתרחקו הוו אתו לקמי' לדינא א"ל פסילנא לכו לדינא כו' א"ל אטו בקבא דקירא אידבקנא בכו דלא קאמינא פסילנא לכו לדינא אלא משום דלא צייתיתו דינא ואע"ג דמר עוקבא הי' אב"ד כמבואר בשבת (ד' נ"ה) ולקמן (ל"א) שלחו לי' כו' וי"ל שזהו כוונתו אטו בקבא דקירא אידבקנא בכו פי' אע"פ שאני קבוע איני זקוק לכם: הרמב"ן בפ' וישלח כתב בשם הירושלמי דבן נח אינו מצווה להזדקק לדון דלא תגורו לא נאמר אלא על ישראל ולא לבן נח עי"ש ועיין סנהדרין (דף נ"ו) אלקי' (נאמר לאדם הראשון) יהא מוראי עליכם ופרש"י לא תגורו מפני איש כו' דהיינו דינין ע"כ. הרי להדיא דגם בן נח מצווין על לא תגורו ובכלל דינין הוא ואולי שלא יסתרו הירושלמי לש"ס דילן והא מוכח מזה כפי' רש"י שפי' שם יהיה מוראי שיהיה ממנים דיינין להזהיר על המצוות ע"ש:

[בהא דיליף ר"י בסנהדרין (דף נ"ו) שם דויצו אלו הדינין וכן הוא אומר כי ידעתיו אשר יצוה ור"י יליף מונקרב בעל הבית ע"ש ובתשובת רמ"א (סימן י') ביאר הנפ"מ בזה לפי מה שכתב הרמב"ן דאין נענשין אם לא דנו י"ל דהנפ"מ לפי"מ שביארתי במ"א דאי ילפינן מאשר יצוה והתם כתיב ואברהם הי' יהי' לגוי עצום ונברכו בו כל גויי הארץ. והוא ברכה כמבואר ביומא (דף ל"ח) הוי כמ"ע שמתן שכרה בצידה דאין ב"ד של מטה מוזהרין משא"כ אי ילפינן מונקרב מוזהרין ע"ז ג"כ.]:

סעיף ב:

מצוה לומר לבע"ד הדין אתם רוצים או בפשרה. כתב הטור ומצוה לדיין להתחיל להם בפשרה שיאמר במה אתם רוצים בפשרה או בדין. וכתב הב"י דבש"ס איתא מצוה למימר להו אי דינא בעיתו או פשרה בעיתו. ופרש"י מצוה למימר להו ברישא אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו דפתחינן להו בפשרה ומשמע דאעפ"י שמזכיר בדינא תחלה מ"מ כיון שתכף אומר אי פשרה בעיתו מתחיל בפשרה הוי. והטור שכתב פשרה תחלה הוא לאו דוקא ועי' בפרישה שכתב דבדוקא נקט הטור הפשרה תחלה משום דפשרה עדיפא ע"ש ועיין יבמות (דף ל"ט) תנן התם מצות ייבום קודמת למצות חליצה כו' עכשיו כו' מצות חליצה קודמת למצות ייבום אמר רב אין כופין כי אתו לקמי' דרב אמר להו אי בעית חלוץ אי בעית ייבם ופרש"י דקאי אזמן הזה דמצות חליצה קודמת אבל ר"ת פי' דקאי אבראשונה דמצות יבום קודמת למצות חליצה ולכאורה משמע כפרש"י מדרב אקדים אי בעית חלוץ אי בעית ייבם ואי קאי אזמן הזה שפיר מקדים חליצה לייבום אבל לפי' ר"ת דקאי אבראשונה הו"ל להקדים מצות ייבום תחלה ומוכח מזה דלאו דוקא דגם במקום שאחד עדיף משני מקדים לשני וצריך לומר כהפרישה שכתב דהא דאיתא בש"ס אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו דסתמא שניהם באו לד"ת ואמר להם אי דוקא דינא בעיתו או פשרה ויסביר להם דנוח להם יותר בפשרה ה"נ כיון שבאים לב"ד מסתמא באים לחלוץ ואמר להם אי בעית חלוץ דוקא אי בעית ייבם ויסביר להם דמצות ייבום קודמת ומהא דמבואר שם דאתקין רבי יהודה אי צבית לייבם ייבם ואי לא איטלע רגלים וכו' אינו ענין לכאן: סתם פשרה הוא למחצה. ועיין מדרש (ויקרא פ"ו) כך ויקח משה חצי הדם וכו' מהו בצע אמרתו פשרה פשר והוא חצי דין וחצי בחמים כמוש"כ המ"כ שם, וכ"כ השבו"י (ח"ב סי' קמ"ה) וז"ל סתם פשרה וכו' סתם פשר הוא מלשון פושרין לא קר ולא חם וכדאמרינן בב"ב (דף קל"ג) דייני חצצתא ופרש"י דייני פשרה שחולקין הדבר והוא מלשון מחצה כן הוא עפ"י הרוב אלא דמ"מ יש רשות ביד הפשרן לעשות לפי מהות הדבר כפי ראיית עיניו לעשות שלום בין הצדדים ע"ש (ובמשלי ג א) לקחת וגו' ומשרים

פרש"י הוא הוא הפשרה דרך חלק ומישור שוה לזה ושוה לזה עכ"ל ובזה יש לפרש הא שאמר (מלאכי ו א) תורת אמת היתה בפיהו וגו' בשלום ובמישור הלך אתי וגו' כי תורת אמת היתה בפיהו שהורה כפי הדין בשלום. היינו כפי הענין לעשות שלום בין הצדדים. ובמישור. דרך חלוקה כלשון הפשרה חלק לזה ולזה והנה מה שכתב השבו"י דפשרה הוא מלשון פושרין הנה כן כתב הרמב"ם בפי' המשנה (פ' י') דכתובות ופי' פשרה על אמתת הלשון ביצוע הענין ר"ל תיקון וכן קורין למים שאינן קרים ולא חמים פושרין עכ"ל. וכן משמע באדר"נ דסתם פשרה הוא מחצה כיון שאחד מתחייב לחבירו מנה אמר לזה שבידו המנה תן המנה לחברך ואם לאו אמר להם חילקו מה שעליכם והפטרו לשלום. ולפע"ד נראה דכל דבר הנשתנה משלמותו הראשון נקרא פשר כמו וחם השמש ונמס (שמות ט"ז) ומתרגם אונקלוס פשר. ובב"ק (דף כ"ח) מכלל דמחייב ר"מ אפילו נפשרה ופרש"י נימוחה הכד ע"ש ולכן מים פושרין שנשתנו מאיכותם הראשונה נקרא פושרין וכן הפשרה שבין בעלי הדינין נשתנה תביעתם לכן נקרא פשר ובלשון חז"ל הפשרת שלגים ועוד כאלה:

משתשמע דבריהם ואתה יודע להיכן הדין נוטה אי אתה רשאי לומר איני נזקק לכם. נ"ל דה"ה בבע"ד שקבלו בק"ס שיפשרו ביניהם ג' אנשים שאינם דיינים קבועים ורוצה אח"כ לסלק א"ע אינו רשאי דכיון שנכנס לדין לפשר גם עליו נאמר לא תגורו מפני איש דמ"ש דין ומ"ש פשר. ובמהר"י ברונא (סי' ר"י) מצאתי להיפוך שכתב דזה לא שייך אלא גבי דיין שדן בע"כ של בעלי דינים אבל בפשרה שאינה אלא ברצון בעלי דינים אם לא ישמעו מצי לומר טורח זה ל"ל לטרוח ביניהם ועובדא דא הואיל והם, עצמם בחרו הן לדין והן לפשרה מצי לומר לפשרה נכנסתי ולא לדין ויכול לסלק עצמו מפשרה אלמא דס"ל דכיון דהא שהי' ק"ס לפשר הי' ברצון בע"ד אם לא ישמעו לו יכול לומר מה לי לפשר להם אפי' אם יש בידי לכופם איני רוצה דטורח זה ל"ל. מיהו אף דבפשרה ליכא משום לא תגורו אם מסלק עצמו אפי' אם יודע היכן נוטה הדבר לפשר אבל מ"מ כשקיבל עליו הוי כנדר לעשות מצוה דצריך לקיים מטעם נדר בדליכא דעדיף מיני' ומ"ש זה ממצוה דעלמא וכן בפשרה דהוי מצוה לא יהא יכול לסלק עצמו מטעם זה והניחא אי נולד אח"כ דבר שלא הי' יודע מתחילה י"ל אדעתא דהכי לא נדרתי משא"כ הא דלא ניחא לי' דלהוי תרעומות גם מתחילה ידע זה ואולי י"ל כמוש"כ מהרי"ק הובא בש"ך לקמן (סי' רמ"ג) עיי"ש:

הרי זה משובח. נ"ל דגם בנכרי שבא לפני ב"ד ישראל מצוה לפתוח לו בפשרה לא מבעיא למאן דיליף בסנהדרין (דף נ"ו) דב"נ מצווה על הדינין מויצו וגמר מאשר יצוה

וגו' דכתיב משפט וצדקה דגם פשרה בכלל וכמש"כ רש"י שם ד"ה בדיני קנסות וא"כ כיון דמצווים על הפשרה בוודאי מצוה לפתוח לו בפשרה אלא גם למאן דיליף התם מונקרב וא"כ לדידיה אפשר דאין מצווין על הפשרה מ"מ נ"ל דמצות פשרה עיקרה על הדיינים וא"כ גם בנכרי מצוה לפתוח לו בפשרה:

הכנה"ג הביא בשם רשב"א כת"י בדיני הכותים פשרה אינה צריכה קנין ע"ש ולפי"מ שכתב הרשב"א בתשובה (סי' אלף ושלשים) דהא דפשרה בעי קנין הוא משום אסמכתא וא"כ לדעת הראב"ד באו"ח (סי' תמ"א) דבעכו"ם ליכא אסמכתא א"כ בלא"ה לא בעי קנין. וכן משמע מהא דיליה בסנהדרין (דף נ"ו) דב"נ מצווין על הדינין מהא דושמרו לעשות וכו' צדקה ומשפט ומבואר בפרש"י שם בד"ה דיני דצדקה הוא פשרה אלמא דצדקה כתיב ברישא דקרא אלא מהא דמייתי בסנהדרין אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם דאמת משמע די"ת ומשפט שלום פשרה וכן מהא דאמר יתרו ושפטתי זה הדין ובין רעהו זה הפשרה לא משמע כן:

אבל אחר שנגמר הדין כו' אין רשאי לעשות פשרה ביניהם. ונ"ל ראי' לזה מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ז') וכן בדוד הוא אומר ויהי דוד עושה משפט וצדקה והלא כ"מ שיש משפט אין צדקה. וצדקה אין משפט אלא איזהו משפט שיש בו צדקה הוי אומר זה ביצוע ולכאורה יש לומר אמאי צריך לומר איזהו משפט שיש בו צדקה ולא קאמר בפשיטות דהי' עושה משפט שהגיד הפסק ואח"כ הי' עושה צדקה שהי' מפשר אח"כ א"ו דאחר הפסק אין לפשר אז. וי"ל על מה שנוהגין לפשר אחר הפסק גם כן:

אבל אחר שאינו דיין רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט. וכתב הסמ"ע כי מה שנעשה לפני הדיין הוה כאלו עשאו מדעת ודיין ובהסכמתו עכ"ל. והנה עיקר דין זה מבואר בתשובת רשב"א בשם ר"ה והביאו הב"י וז"ל שאם אחר שפסקו הדין הלך החייב ונתלה בשולטון כדי שלא לפרע עומדים אחרים ופושרים ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט עכ"ל. ולפי טעמו של סמ"ע אינו אלא משום דהוא כאלו הדיין מפשר והדיין א נו רשאי לפשר אחר גמר דין. ולי נראה טעם אחר משום דזהו גנאי להדיינים כשעומדים אחרים ופושרים ביניהם וה"ז דומה להא דמבואר באו"ח (סי' ס"ט) ברמ"א בשם מהר"י מינץ וז"ל מ"מ איש אחר יוכל לפרוס על שמע או להתפלל ביו"ד כל התפלה אפילו באותו ביהכ"נ שכבר התפללו להוציא אחרים י"ח רק שלא יעמוד החזן השני במקום שעמד הראשון דזהו נראה גנאי לראשונים דהוי כאלו לא יצאו י"ח בראשונים עכ"ל. וה"נ גנאי לדיינים שטיפלו בזה העסק לעשות שלום ולהשקיט ממריבה בין ב' הבע"ד ולא נגמר על ידם אלא ע"י אחרים:

ולפי"ז אינו אלא ג"כ כשפושרים לפני הדיינים וכמו שמסיים הרמ"א שם דזהו דוקא כשהראשונים בבהכ"נ. אבל אם יצאו מבהכ"נ יוכל החזן השני לעמוד במקום הראשון וה"נ כשפושרים שלא בפני הדיינים אפילו במקום הקבוע לדיינים שפיר דמי. וכן לטעמו של הסמ"ע דהוא משום דמה שנעשה לפני הדיין הוא כאלו הדיין עושה אם פושרים שלא בפני הדיין אף במקום הקבוע לדיינים שפיר דמי. אך מלשון שלא במושב הקבוע למשפט משמע דגם שלא בפני הדיינים אין לפשר שם:

ונראה דהוא עפי"מ דאמרינן בסנהדרין (דף ח') רבה אמר דכ"ע לא חיישינן ללעז והכא בחוששין לכבודן של ראשונים קמיפלגי והב"ע כגון דאיכנף בי עשרין ותלתא למידן דיני נפשות ואיבדור וא"ל דיינו לי מיהו דיני ממונות. והלכה כחכמים שם דחוששין לכבודן של ראשונים. אלמא דבמידי שהתחילו ב"ד לדון אם אחרים גומרים אפי' שלא בפניהם נראה גנאי לראשונים אפילו האחרים הם מאותם הראשונים ג"כ מכ"ש שגנאי לראשונים אם אחרים גומרים אם הם מאותם שלא היו עם הראשונים כלל וא"כ גנאי הוא אפילו שלא בפני הדיינים כיון שהוא במקום מושב הדיינים. אבל במקום אחר ליכא גנאי ושפיר דנוי. ולא דמי לתפלה בבהכ"נ דאם יצאו הראשונים ליכא גנאי משום דהתם הנהוג כן ואין גנאי בזה ואדרבא משם סייעתא מדהוצרך לבאר אפי' באותו בהכ"נ והיינו דוקא התם דאין גנאי בזה אבל בעלמא דאיכא גנאי אין לגמור באותו מקום שהיו הראשונים אלא במקום אחר וא"ש כן נ"ל עיקר בזה:

ואין ב"ד יכולין לכוף לכנוס לפנים משורת הדין ואעפ"י שנראה להם שהוא מן הראוי. נ"ל לע"ד דבקטן נמי כופין על לפנים משורת הדין. דהנה הא דמצוה לעשות לפנים משורת הדין כ' הרמב"ן דברים (ו' י"ח) ועשית הישר והטוב בעיני ד' למען ייטב לך ובאת וירשת וגו' ולרבותינו בזה מדרש יפה אמרו זו פשרה ולפנים משורת הדין והכוונה בזה כי מתחלה אמר שתשמור חקותיו ועדותיו אשר ציוך ועתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך ועשית הטוב והישר בעיניו כי הוא אוהב הטוב וישר. וכגון מה שאמרו בדינא דבר מצרא ע"כ והרי לקמן (סי' קע"ה סמ"ז) מבואר דמוכר ליתום קטן לית בי' משום דדב"מ והוא מב"מ (דף ק"ח) ליתמי לית בי' משים דדב"מ ופירש"י וכל הפוסקים שם הטעם משום דליתא דטרחא לי' ולא קא מפרשי משום דלאו בני ועשית הישר והטוב נינהו כדקאמר שם בב"מ (דף ק"ח) זבן לע"ג לית בי' משום דדב"מ ע"ג ודאי לאו בר ועשית הישר והטוב הוא ש"מ דבני ועשית הישר והטוב נינהו ולכן מבואר בריב"ש (סי' תק"א) דאי אית להון אם גם בקטנים איכא דינא דבר מצרא וכן הוא בהג"ה הרמ"א לקמן (סי' קע"ה סמ"ז) ועמש"כ שם בזה ואם כן כיון דאית ביה משום דדב"מ משום דשייך

ועשית הישר והטוב שייך בו ג"כ פשרה ולפנים משורת הדין כיון דתרווייהו מחד קרא נפקי. ומזה היה נלע"ד במה דמבואר לעיל דמצוה לפתוח בפשרה דבקטנים נמי שייך זה כיון דפשרה הוא מטעם ועשית הישר והטוב וקטנים בכלל זה. ומהרי"ט בפ"ח פ"ב דב"מ משמע דיש חילוק בין ת"ח לשאר אינשי בלפנים משורת הדין שכתב המעשה זה דין שהוא שוה לכל באי עולם אשר יעשון זו לפנים משורת הדין דיעשון משמע ישראל המיוחדין במעשיהם ע"כ. ובזה י"ל הא דאיתא בגיטין (דף מ"ח) מעשה בריב"ח כו' מי נתן למשסה יעקב וישראל לבזזים הלא ד' זו חטאנו לו ולא אבו בדרכיו הלוך והוא עפי"מ דאמרינן בב"מ (דף ל) לא חרבה ירושלים אלא על שלא עשו לפנים משורת הדין ועיין לקמן (סי' ער"ב) דכן מתבאר מהא דכתיב דברים (ו יח) ועשית הישר והטוב שזה קאי על עשיית פשרה וע"ז אומר ועשית ומכלל הן אתה שומע לאו ואף דהי' ג"כ שאר. עבירות מ"מ כ' תוס' דהא והא גרמא וזהו שא"ל התינוק הלא ד' זו חטאנו לו ולא אבו בדרכיו הלוך וזה שאמר ולא אבו בדרכיו הלוך שלא עשו לפנים משורת הדין כי זהו דרכי ד' שהוא אוהב הטוב והישר. והי' החשובה על השאלה ששאל מי נתן למשסה יעקב מדרגה הקטנה וישראל לבזזים מדרגה הגדולה והשיב על הקטנים זו חטאנו לו והכניס עצמו בכלל ועל הגדולים שלא אבו בדרכיו הלוך וזה נכון:

ועוד ראיה דבקטנים שייך בהו הטוב והישר מהא שכתבו הפוסקים לקמן (סימן ק"ג) והובא בש"ך שם דבקטן ששמו לי' קרקע דהדרא. ולא נסתפקו אלא אי צריכין להמתין לכשיגדיל או לא והא דשומא הדרא הוא מטעם ועשית הישר והטוב אלמא דגם קטנים בכלל זה. וקטן שעשה פשרה לא מהני אלא בהגיע לעונת הפעוטות דהיינו בר שש כמו מחילה דעלמא שכ' תוס' בכתובות (דק"ז) וב"ב (דקמ"ז) דמהני בהגיע לעונת הפעוטות. ונכרי ודאי דאין מצווה על הפשרה לפימש"כ הרמב"ן דפשרה נכלל בועשית הישר והטוב והרי בב"מ (ד' ק"ח) אמרינן נכרי ודאי לאו בר ועשית הישר והטוב הוא ובסנהדרין (דף נ"ז) מבואר, ברש"י דלמאן דיליף דינין לב"נ מויצו מצווין בפשרה אבל לר"י דיליף מונקרב אין מצווין בפשרה ע"ש. וקי"ל כמ"ד זה כמבואר ברמ"א בתשובה (שאלה י') ועמש"ל בזה:

בתוס' כתובות (דף מ"ט) מבואר דכופין על לפנים משורת הדין בדברים. ונ"ל דגם דס"ל דאין כופין על לפנים משוה"ד מ"מ כופין בדברים לפי מ"ש השיטה בב"ק (ד' קט"ו) דהא דאין כופין על לפנים משורת הדין הוא משום דהוי כמו מ"ע שמתן שכרה בצדה דאין ב"ד מוזהרין ואין כופין והרי התוס' בב"ב (דף ח') כתב דהא דמ"ע שמש"ב אין ב"ד כופין

בכפי' דב"ד אבל בדברים כופין ועמש"כ לקמן (סי' כ"ז) בזה וה"נ כן ועמש"כ לקמן (סימן שמ"ט) (ולקמן (סימן ער"ב) בביאור הדבר בזה:

סעיף ז:

פשרה צריכה קנין. נלע"ד דאם עשו שבועה או תק"כ לפשרה לא בעי קנין הגם דשבועה אינה קנין לפי מש"כ תוס' בב"מ (דף קי"ב) וראשונים דהא דפשרה צריכה קנין ולא סגי במחילה משום דהוי כמו מחילה בטעות דיכול לומר אולי ידעתי שיאמרו כך לא הייתי מתרצה וכיון דנשבע גמר בדעתו ומהני מחילה. וכיוצא בזה כתב המ"א הלכות אונאה (סימן י"ד) דאפילו להרמב"ם דס"ל דע"מ שאין לו אונאה לא מהני אא"כ יפרש שיעור האונאה דבאין מפרש שיעור אונאה לא היה בדעתו למחול מ"מ בשבועה שפיר מחל אפילו באין מפרש שיעור אונאה. שוב ראיתי בכנה"ג בהג"ה איתא שכ' וז"ל אפילו לא קני מידו אם יש כאן תק"כ י"א דמהני לאפוקי ממונא ואפי' אם יטעון הטוען דלא, מפקינן ממונא מתורת שבועה כייפינן לי' תומת ישרים (סימן קכ"ח) עכ"ל ולפי מש"כ (בסי' רנ"ב) דאין על היורשים לקיים משום שבועת אביהם אינו מוציא מהם אבל לפי מש"כ דבשבועה גמר בדעתו למחול והוי מחילה לגבי היורשים גם כן. ובאורים כ' להדיא דבתק"כ כופין לקיים והיורשים יכולים לבטל ולפע"ד י"ל כמש"כ בזה:

כתב הש"ך בשם מהר"ם לובלין דפשרה שעשו הבע"ד עצמן א"צ קנין. ולכאורה הא ניחא למש"כ תוס' בפ"ק דסנהדרין (דף ו') דהא דפשרה צריכה קנין משום דבלא קנין יכול לומר הדיינים השיאו אותי וזה לא שייך בפשרה שעושין הבע"ד בעצמן אבל לפמש"כ תוס' בב"מ (דף קי"ב) דבלא קנין הוי מחילה בטעות דיכול לומר אילו הייתי יודע שהדין עמי לא הייתי מוחל וא"כ בפשרה שעושין הבע"ד בעצמן נמי שייך זה. וא"כ לא מהני בלא קנין וי"ל דעביד איניש דזבין דיני' כמבואר בפ"ק דב"ב דאינו רוצה לעמוד בב"ד ואדעתא דהכי נתפשר אפילו אם הדין עמו ולא שייך בזה מחילה בטעות משא"כ בב"ד וכיוצא בזה מצינו בפ"ג דב"מ (דף ל"ה) ההוא גברא דאפקיד כיפי גבי חבריה א"ל הב לי כיפי לא ידענא היכי אותבינהו כו' זיל שלים לא שילם אזל רב נחמן אגבי' לאפדני' מיני' לסוף אישתכח כיפי ואייקור אר"נ הדרי כיפי למרי' והדרא אפדנא למרה א"ר הוה יתיבנא קמי' דר' נחמן ופרקין המפקיד הוה ואמרי לי' שילם ולא רצה לישבע ולא אהדר לי ושפיר עביד דלא אהדר לי מ"ט התם לא אטרחי' לבי דינא הכא אטרחי' לבי דינא למימרא דסבר רב נחמן דשומא הדר שאני התם דשומא בטעות הוה דקא הוי כיפי מעיקרא משמע דאי לא אטרחי' לבי דינא אע"ג דבטעות הוה שבח יוקרא דנפקד הוה. ועש"ך (סי' רצ"ה סק"ו) אלמא דבלא ב"ד אינו יכול לטעון בטעות הי' מה שאין כן בב"ד

והוא מטעם הנ"ל וה"נ בפשרה כן. אמנם מתוס' ב"מ (דף ס"ז וב"ב מ"א) מבואר דלא פי' כן:
ובתשובת הרי"ף (סימן קכ"ד) היה חייב לו שבועה ונתפשר ואח"כ מצא ראי' שאינו חייב לו דבטל הפשרה ומסיים וז"ל אבל אולי עשו ביניהם כתקנה ולא הזכירו השבועה הפשרה קיימ' דאמרינן עביד איניש דזבין ומזבין דינא הרי להדיא כן:
הביאו המפרשים מש"כ מהר"ם לובלין מי שהיה אנוס להתפשר עם בע"ח ונתפשר עמו בסך קטן ונתן לו תק"כ שלא יתבענו עוד ומסר מודעה ופסק דבטל דהוי אונס בשבועה עיי"ש. ועיין תשובת עה"ג (שאלה ל"א) דלא נראה לו דעת מהר"ם בזה ולפחות גם בספק יש להחמיר בזה:
מבואר בב"י סי' זה בשם הרשב"א והובא בקצרה ברמ"א לקמן (סי' כ"ג) דבפשרה דדמי לשודא דדייני אין הדיין נאמן לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי כשנסתלקו מלפניו ואינו אלא כעד אחד דלפי"ז יש לפשרן כשהוא יחיד לכתוב הפס"ד כ"ז ששניהם לפניו לפי מש"כ הש"ך שם דאם כתב לאחר שנסתלקו לא מהני הפס"ד משא"כ בדין יכול לדון מחדש עפ"י הטענות אם אינם סותרים הטענות הראשונות. ובסותרים לא הוי ג"כ אלא עד אחר וא"כ אין נ"מ בזה משא"כ בפשרה נכון לעשות כן כמוש"כ בזה:
רמ"א שלא יהיה קנין דברים. אם קנו שלא יהי' יכולים לחזור לפי' רש"י ונ"י הביאם הש"ך לקמן (סימן כ"ב סק"ד) לא הוי קנין דברים משא"כ להראב"ן כמבואר שם. ולכן טוב שיאמר למקבל הק"ס שיעשה כפי שיאמר לו הדיין כמבואר שם וה"נ כן:
סעיף ח:
מחילה אינה צריכה קנין. בתוס' ב"מ (דף קי"ב) ד"ה חוזר הוכיחו כן מהא דבפ' הנושא (דף ק"ד) אמרינן דלאחר כ"ה שנים איבדה כתובתה משום דמסתמא מחלה ואף ע"ג דלא עשתה שום קנין דבקנין לאלתר נמי אבדה כתובתה עכ"ל. ולע"ד נראה לי ראי' דמחילה א"צ קנין מהא דאמרינן בפ' אלמנה ניזונת (דף צ"ו) אמר רבי יוחנן משמיה דר' יוסי בן זימרא אלמנה ששהתה שתים ושלש שנים ולא תבעה איבדה מזונות. והיינו מדלא תבעה מחלתן וכפירש"י שם ד"ה עשירה וע"כ בלא קנין איירי דבקנין לאלתר מחלה ועוד דאמר רבא שם לא אמרן אלא למפרע אבל להבא יש לה ואי מחלה בקנין להבא פשיטא דלית לה גם להבא א"ו דבלא קנין מיירי. אך בסנהדרין (דף ו') כתבו וז"ל עוד ראיה מהא דתנן בסוף הנושא שאם שהתה כ"ה שנים ולא תבעה מחלה כתובתה ובלא קנין איירי כדמוכח מעובדא דחמתי' דר' חייא עכ"ל. מבואר דס"ל דזה אינו מספיק להוכיח דבלא קנין איירי דאי בקנין לאלתר נמי עד שהוצרכו להביא מעובדא מחמתי' דר' חייא וא"כ אזדא גם

הראי' שלי מהא דמזונות. אלא דדבריהם בסנהדרין צריך ביאור למה הוצרכו לזה וכבר עמד ע"ז מהרש"א שם. ובמ"א ישבתי זה ע"ד הפלפול ואין מקומו כאן. והנה בתוס' ב"מ שם כתב עוד ראיה דמחילה לא בעי קנין מהא דפריך בפ"ק דקידושין (דף ט"ז) ולימא לי' באפי חרי זיל ומשני דע"ע גופו קנוי הא לא"ה מהני וליכא למימר דאיירי בקנין דא"כ גם עבד כנעני יוצא בחליפין ע"ש. והנה זה הוא כדעת מהרי"ט בספ"ק דקידושין דע"ע נקנה גם בחליפין א"כ ה"ה דיוצא. ועמש"כ לקמן (קצ"ה) בזה. אבל הם בעצמם כתבו בקידושין (דף ח') דאינו נקנה ואינו יוצא ומשמע דלהלכה כתבו כן כמ"ש המ"ל בפ"ב מהל' עבדים א"כ סתרי אהדדי וצ"ע בזה:

עוד כתבו התוס' בב"מ (דף קי"ב) ומדאמר לעיל באיזהו נשך (דף ע"א) תן ע"ג קרקע והפטר ובגיטין (דף ע"ח) זרוק לי והפטר אין ראיה דאיכא למימר דאיירי בקנין. וברא"ש כתב ולא משמע דאיירי בקנין אלא בדיבור בעלמא. ונ"ל ראיה לזה דלא משמע דאיירי בקנין מהא דאמרינן שם בגיטין הב"ע דא"ל זרוק לי חובי ותפטר אי הכי מאי למימרא לא צריכא דאמר ליה זרוק לי חובי בתורת גיטין ואכתי מאי למימרא מהו דתימא מצי א"ל משטה אני בך קמ"ל. והרי מבואר (בסימן פ"א סי"ז) דבקנין לא שייך משטה וכמאן דא"ל אתם עדי דמי וכן פרש"י בב"מ (דף ק"ח) באמר המצרן זיל זבין צריך למקני מיני' דאי לא מצי אמר משטה אני בך משא"כ בקנין והשתא אי ס"ד דמיירי בקנין אכתי קשה קושיית הגמרא מאי למימרא ולא שייך תירוץ הגמ' מהו דתימא מצי א"ל משטה אני בך דהא בקנין לא שייך השטאה דמ"ש מכל קנין דעלמא דלא מצי למטען טענת השטאה א"ו דמיירי בלא קנין ומבואר דמחילה א"צ קנין ולתוס' צ"ל בין האי דהכא לשאר דוכתי אבל לקושטא לא משמע כן:

ולכאורה קשה למה לא הביאו התוס' והרא"ש ראי' דמחילה א"צ קנין מהא דבב"מ (דף ס"ז) משכנתא באתרא דלא מסלקי ואמר מסתלקנא ר"פ אמר לא צריך למקני רב שישא ברדר"א אמר צריך למקני מיניה והילכתא צריך למקני מני' ופירשו התוס' והרא"ש שם דמיירי לאחר ההלואה וע"כ לא ס"ל לרב שישא ברי' דר"א דצריך למקני מני' אלא משום דאינו אלא מחילת זכות שיש לו בקרקע ולא מחילת חוב אבל רב פפא ס"ל דמחילת סילוק הוי כמו מחילת חוב וא"צ קנין כמוש"כ בשיטה אלמא דמחילה א"צ קנין. וי"ל דס"ד דלפי"מ דקי"ל דבמשכנתא דלא מסלקי צריך למקני מני' הו"א דה"ה מחילה ג"כ צריך קנין וכן צ"ל דלכן לא הביאו מהא דב"מ (דף ק"ח) אי אמר המצרן זיל זבין דרבינא ס"ל דא"צ למיקני מיני' ונהרדעי ס"ל דצריך למקני מני' והלכתא צריך למקני מיניה ומבואר ברא"ש משום דאינו מחילת חוב אלא מחילת זכות שיש לו בקרקע או משום דלא

לימא משטה אני בך וכמו שפרש"י (וכ"ה בטוש"ע סימן קע"ה ע"ש) וא"כ רבינא דס"ל דצריך מקני מניה ס"ל דזה דמי למחילת חוב אלמא דמחילה א"צ קנין דהו"א דלפי"מ דקי"ל כנהרדעי דצריך למקני מיני הו"א דגם מחילה דחוב צריך קנין לכן הוצרכו להביא ראיה ממקו"א דמחילה א"צ קנין. אמנם יש ראיה מהא דב"מ (דף ס"ז) ומודינא דאי שמט ואכל לא מפקינן מיניה והוא משום דמחל אלמא דמחילה א"צ קנין וכ"ה בהגה' מרדכי שם. ע"ש:

ויש להקשות למה לא הביאו התוס' ראיה דאין צריך קנין מהא דבבא קמא (דף צ"ב ושם דף צ"ג) קרע את כסותי שבר את כדי ע"מ לפטור פטור. והוא מטעם מחילה כמבואר בתוס' כתובות (דף נ"ו) וגיטין (דף פ"ד) והתם ליכא למימר בקנין דאי בקנין איך מוקי שם ברייתא דהכני ופצעני ע"מ לפטור ביש הן שהוא כלאו ולאו כהן. וכפי' התוס' שם (דף צ"ג) דהא בקבלת קנין ודאי ע"מ לפטור קאמר ואפילו בחבלה ע"מ לפטור קאמר א"ו בלא קנין מיירי ואפשר לומר דיש ב' מיני מחילות מחילה דלאחר כן ומחילה דמעיקר' ומחילה דמעיקרא מאחר דלא בא לעולם לכלל חיוב ודאי לא בעי קנין משא"כ מחילה דלאחר כן דחל מעיקרא חיוב אלא דאחר כך מחל בזה יש לומר דבעי קנין וא"כ בקרע את כסותי ושבר את כדי דהוא מחילה דמעיקרא ומעולם לא בא לכלל חיוב שפיר לא בעי קנין ואכתי לא ידעינן במחילה דאח"כ ולזה חתרו להביא ראי' דגם במחילה דלאח"כ לא בעי קנין:

הא דמחילה א"צ קנין היינו דוקא בלי תנאי אבל כשמוחל על תנאי אז צריך קנין. וכ"כ הט"ז לקמן (סי' ר"ז) אהא דמבואר שם ס"ט כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין ואחר שחייב עצמו קונין מבע"ח שכ"ז שיהי' כך או שיעשה כך הרי חוב זה מחול לו מעכשיו. והקשה הט"ז אהא דקונין מבעל חוב אע"ג דמחילה א"צ קנין היינו מחילה ברורה משא"כ בזה שהוא תלויה ודומה למוחל ע"י פשרנים כמש"כ (בסי' י"ב) עכ"ל:

ועיין ב"ש באהע"ז (סימן קל"ד סק"ז) שכתב וז"ל לפי"ז אין חל הקנין שעושים על החליצה ולא מהני הק"ס שמקנים האחים תחת החופה וא"ל דקנין שנוהגים תחת החופה קאי על הממון דאין רוצה בממון אחיהם דא"כ ל"ל קנין דהא מחילה א"צ קנין ע"כ. ולהנ"ל י"ל דקאי, על הממון וכאן דהמחילה הוא בספק אם יחי' אחיהם אם לא לכך שפיר צריך קנין: ויש להביא ראי' לזה מהא שכ' בתי' הר"ן פ"ד דגיטין אבל משכנתא אפילו באתרא דלא מסלקי מחילה מהניא עכ"ד. וקשה דהא בב"מ (דף ס"ז) מבואר להדיא משכנתא באתרא דלא מסלקי ואמר מסתלקנא צריך למיקני מיני' א"ו

דהא דמחילה א"צ קנין היינו אם הוא מחילה ברורה משא"כ אם אינה ברורה. ולכן הא שכתב הר"ן דמשכנתא באתרא דלא מסלקי א"צ קנין והיינו משום דהוי ככל מחילה דא"צ קנין אבל מיירי שמוחל לו בבירור בלי שום תנאי. משא"כ הא דפ' איזהו נשך דמיירי שמוחל לו דרך תנאי שכשיסלק לו הדמים יסתלק עצמו מהשעבוד לכן צריך קנין. וכדמות חילוק זה ראיתי להמחנה אפרים ה' שכירות (סי' ט') שכתב כן אמנם יש לחלק בדרך אחר והוא זה. דאם מוחל לו החוב אף שיש לו משכנתא דקרקע כיון דבע"ח אינו קונה משכון דקרקע לא גרע משאר חוב דעלמא וא"צ קנין משא"כ כשאמר מסתלקנא מזכות שיש לו בגוף הקרקע אז שפיר צריך קנין כנ"ל נכון בזה: וכ"כ (בסי' ר"א) דאפילו להסוברים דמחילה לית בי' אסמכתא ולא בעי ב"ד חשוב מ"מ קנין בעי. והא שכ' הסמ"ע (בסי' ש"א) דשומר שמתנה לפטור עצמו משבועה הוא משום דמחילה א"צ קנין לע"ד י"ל בזה דאם המפקיד אומר אם יוגנב יהי' פטור לא סגי במחילה לבד דהא באם מתנה שומר חנם להיות כשואל לא סגי בשטר בלא קנין דדמי לאסמכתא אם יהי' כך כמוש"כ הש"ך שם (סי' ש"א) כן במחילה דאינו ברור ודמי לאסמכתא שפיר צריך קנין אלא טעמא אחרינא התם דהמפקיד מתנה ומעיקרא לא התחייב עצמו כדקאמר להדיא בב"מ (דף צ"ד) ועיין בתוס' כתובות (דף נ"ו) בזה. עמש"כ לקמן (סי' כ"ו) בזה. אכן הלח"מ (פי"א) ממכירה כתב דהקנין הי' רק לאלומי מילתא א"כ דעתו דגם היכא דמחילה אינו ברור א"צ קנין וכנ"ל עיקר. וכן משמע מהא שכ' (בסי' קע"ו) בשיתוף ששינה והשני הסכים למעשיו דא"צ קנין דמחילה א"צ קנין וכ' הפרישה דס"ד דלא נתרצה אלא אם יהי' ריוח ולא הפסד ודומה לפשרנים:

ובזה נ"ל ג"כ הא שכתב הרמב"ם (פ"ב מה' אישות ובשו"ע אהע"ז סי' צ' ס"ה) נכסי צאן ברזל שאבדו או שנגנבו ומחלה אותם לבעלה וקנו בעדים אינה יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי. והקשו הח"מ והב"ש הא מחילה א"צ קנין. ובאמת קשה עוד ל"ל עדים הא הרמב"ם ס"ל דקנין א"צ עדים כמבואר לקמן (סי' קצ"ה). לכן נראה דכ"ז הוא כדי לאלומי מילתא שלא תוכל לטעון טענת השטאה בזה. אכן בתשובת מהר"ם מרוטנבערג (סימן תשי"ח) כתב להדיא כהט"ז דכל שהוא על תנאי צריך קנין:

ואם מהני מחילה בלב. כתב המסגרת בשם רש"ל דמהני והמפרשים השיגו על זה והעלו דלא מהני מחילה בלב דדברים שבלב אינם דברים אם לא היכא דמוכח כמו בשהתה כ"ה שנים ולא תבעה כתובתה או טענו חיטים והודה לו בשעורים דפטור ע"ש ואנכי מצאתי לרש"ל בישש"ש בבא קמא פר"ג (סי' ל"ד) שכתב וז"ל ועוד תימא דאפילו תאמר שהוי מחילה ומחילה א"צ קנין מ"מ מחילה בלב לכ"ע לא הוי מחילה ואפילו לא הי'

בדעתו למתבעי' לעולם מ"מ לא גמר ומקני מאחר שלא הוציא מפיו עכ"ל הרי להדיא דמהרש"ל עצמו ס"ל דמחילה בלב לא מהני. והגם דקושייתו לא קשיא דהתם אומדנא דמוכח מ"מ נקטינן מיהא דס"ל דמחילה בלב לא מהני וכן עיקר. וחרש ששומע ואינו מדבר דאינו יכול למחול בפה ובלב לא מהני אינו יכול למחול וא"ל כיון דאנוס הוא שא"י לדבר לדידי' גם דברים שבלב הוי דברים דכבר כתבו תוס' בגיטין (דף ל"ב) ד"ה מהו דגם היכא דאנוס מלפרש אינן דברים ע"ש בזה:

ובמהרי"ט ח"ב (שאלה מ"ה) כתב ונ"ל דמחילה בלב לאו כלום הוא דהא קי"ל דדברים שבלב לא הוו דברים כדאמרינן בפ' האיש מקדש ובכלן שאמרה בלבי הי' להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת כו' אלא נראה דעיקרא דמילתא בהכי תלי' דודאי כל היכא דליכא הוכחה למה שבלבו דברים שבלבו לאו מידי הוין אבל היכא דאיכא הוכחה הוי דגרים כו' עכ"ל. והוא מפורש להדיא כן בתוס' גיטין (דף ל"ב) ד"ה מהו דתימא וז"ל ולא מהני דברים שבלב להיות דברים אלא היכא שבלא גילוי דעתו יש לנו לדעת דעתו מעצמנו עכ"ל. הרי היכא דאיכא אומדנא ואנו יודעין דעתו מעצמנו דברים שבלב הוו דברים ואין אנו צריכים לאמירתו. וכיוצא בזה כ' תוס' בחולין (דף מ') ד"ה לפני א"נ כיון דלפני עבודת כוכבים הוא מסתמא לעבודת כוכבים נתכוין אעפ"י שלא פירש עכ"ל. וא"כ כיון דאומדנא דמוכח הוא דמחל לא בעינן אמירתו לזה:

ובריטב"א פ"ג דבב"מ כתב להקשות על הנך רבוותא דס"ל דאם שילם שוב אינו צריך שבועה שאינו ברשותו דאיך אפשר לומר כן דבשביל דקבל תשלומין מחל הא הוי דברים שבלב ואיך יוצא מספק גזל באומדנא כזה ע"ש. הרי להדיא דמחילה בלב לא הוי מחילה אם לא היכא דאיכא אומדנא טובה אז הוי מחילה [ודמיא להא דאמרינן פ"ק דחולין (דף י"ב) מחשבתו הנכרת מתוך מעשיו דאפילו לא אמר מהני וה"נ באיכא אומדנא אפילו לא אמר הוי מחילה]:

כתב הנתיבות דכ"ז במחילה לחוב שעבר אבל במחילה דלהבא כמו בא ואכול עמי דמבואר (לקמן סי' רמ"ו דבסתמא חייב לשלם) אם הי' בלבו למחול אינו יכול לחזור. ועיין בב"מ (דף ל') רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא פגע בי' ההוא גברא הוי דרי פתכא דאופי אותבינהו וקא מיתפח א"ל דלי לי כו' יהיב לי' פלגא דזוזי ואפקרה הדר זכה בהו כו' לכ"ע אפקרינהו ולך לא אפקרינהו כו' אלא ר"י לכ"ע אפקרינהו ובמלתא דעלמא הוא דאוקמי' וכתבו תוס' דאפקרה שלא יכשלו בני אדם בלא תגזול. והקשה הפני יהושע למה הוצרך ר"י להפקירם בפרהסיא עד שהוצרך לומר לדידך לא אפקרינהו הי' לו למחול בלב בענין שלא ירגיש הלה לחזור ולזכות וע"ש שכתב דמהני כמו בכל

מחילה דעלמא דמהני אפילו מחילה בלב וזהו דלא כהאחרונים הנ"ל) וא"כ יהי' ראי' מזה דמחילה בלב לא מהני אפילו אם אינו רוצה לחזור דדברים שבלב אינן דברים ואפילו להבא ולכך הוצרך להפקיר. ועמש"כ (בסי' רע"ג) דההוא עובדא לא הוי אומדנא דמוכח ע"ש בזה. ומשמע מזה דלא כהנתיבות:

אלא דבלאו הכי קשה טובא דלמה הוצרך להפקיר ואינו הפקר עד שיפקיר לכו"ע ובמילתא דעלמא הוא דאוקמי' להההוא גברא הי' לו לומר דמוחל לכל מי שיטול ההוא פתכא דאופי ולאדם זה אינו מוחל דזהו באמת ולא הי' לאוקמי' במילתא דעלמא ואף דמבואר (בסי' רמ"ו) דקודם שיטול יכול לחזור אבל הא ר"י לא רצה לחזור וא"כ במחילה בדיבור הי' יכול לעשות כן. ועיין שער משפט לקמן (סי' צ"ח) דמוכח שם דס"ל דמחילה בלב לא מהני אפילו בלהבא גם כן. ובהא דב"מ כבר כתבתי במ"א הא דלא אמר כל מי שיגיע לידו הרי הוא שלו כמו בלולב בסוכה (דף מ"א) ומצאתי אח"כ בא"מ (סי' כ"ח) וע"ש מה שתירץ בזה. ועיין בדרישה (סי' רע"ג) שכתב ליישב שיטת הרא"ש דבינו לבין עצמו מהני הפקר הא דלא הפקירו פעם שנית משום דההוא גברא שראה דמתחילה הפקיר מסתמא גם בפעם שני עשה כן וא"כ מיושב קושיית הפ"י הנ"ל בזה:

והנה אי מחילה מתורת סילוק או מתורת קנין כבר חקר בזה המחנה אפרים מה' זכי' מנכסי הפקר וכתב דלהתוס' הוי משום סילוק וא"י לחזור תוכ"ד כיון דסילק עצמו ומהני גם בעל כרחו של לוה ולהרא"ש הוי משום הקנאה ע"ש. ועיין לקמן (סי' ר"ג) בהגהת רמ"א ס"א דהביא שם תשובת רשב"א דמשמע דהוא אינו אלא סילוק בעלמא ובזה נראה לי הא דאיתא ברמב"ם (פ"ד מה' מלוה ולוה) הורו מקצת הגאונים שהלוה שמחל למלוה ברבית שלקח ממנו כו' אעפ"י שקנו מידו שמחל או נתן מתנה אינו מועיל כלום כו' יראה לי שאין הוראה זו נכונה אלא מאחר שאומרים לו למלוה להחזיר כו' אם רצה למחול מוחל כדרך שמוחל הגזל כו' ע"כ וכתב המ"ל ויש לדקדק לפי דבריהם אפילו גבי גזילה נמי לא תועיל המחילה שהרי סתם גזילה הוי מחילה מדלא נפיק מאונאה כו' אבל גבי רבית דהוי מדעתו ואפ"ה אסרה תורה מחילה זו לא מהני מחילה אפי' לאחר שלקח הרבית דלא עדיפא מחילה זו ממחילה שאסרה תורה ע"כ. אבל לרמב"ם החולק עליהם וס"ל דמהני מחילה ועדיפא ממחילה שאסרה תורה. משום דמחילה שאסרה תורה הוא משום דנתינת הרבית בא מיד לוה למלוה אבל המחילה שלאחר הנתינה דאז הוא מטעם סילוק א"כ הוי כמו הפקר וא"כ לא בא מיד לוה למלוה אלא דהמלוה ממילא זוכה במה שתחת ידו:

ובהגה' מרדכי דשבועות בנשבע שלא למכור או למחול אי עביד לא מהני. וברמ"א יו"ד (סי' ר"ל) השמיט למחול ונראה דהגה' מרדכי ס"ל דמחילה הוי קנין ושייך לומר אי עביד לא מהני דהוי מקח שנעשה באיסור אבל הרמ"א לטעמי' דמבואר לקמן (סי' ר"ג) דמחילה אינה אלא סילוק ולא שייך בזה אעל"מ ומקח שנעשה באיסור לכן לא כתב מחילה. ומצאתי בשו"ת בר"א (שאלה קכ"א) שכתב דבמחילה ל"א אעל"מ ובהגה"מ מיירי בהי' בידו שטר דל"מ לדעת הר"י ואינו מספיק לפ"מ שנבאר דזה אינו אלא הוכחה דלא מחל אבל המחילה מצד עצמה הוי מחילה וכמוש"כ המ"ל (פ' ט"ז מטוען) דכ"ז שאינו חוזר הוי מחילה לכן העיקר כמוש"כ בזה:

ולמחול בשבת ויו"ט תלי' אי מחילה מטעם הקנאה או מטעם סילוק דאם הוא מתורת קנין פשיטא דאסור ואם הוא מתורת סילוק תליא בחקירה אי מותר להפקיר בשבת ויו"ט. ובתשובת מהר"ם מלובלין (שאלה ע"ב) כתב במחילה בת"ק ביו"ט דהוי כמקח שנעשה באיסור ע"ש. ומבואר דס"ל דמחילה מטעם קנין:

הנה אי מהני מחילה בעל כרחו ואי מהני מחילה בקטן תליא במה שחקר המ"א הנ"ל אי מחילה מתורת סילוק או מתורת הקנאה אי מתורת סילוק מהני בקטן אבל אם הוא מתורת הקנאה אין יד לקטן לקנות. ועיין ריטב"א פ"ק דקדושין (דף ט"ז) שכתב וז"ל מיהו התם בעבד כנעני הפקר הוא דמהני לי' להוציאו לחירות מיהת משום דכיון דאפקרי' סילק ידו ורשותו ממנו ויש לו יד לזכות בעצמו במעשה ידיו אבל מחילה לא מהניא לי' אפילו להוציאו לחירות דמחילה כמתנה הוא וכשם שאין לו יד לזכות במתנה מיד רבו כך אין לו יד לזכות במחילה במעשי ידיו ע"כ. ואם כן גם קטן לא מהני לי' מחילה. אלא דצ"ע דהריטב"א לקמן (דף י"ט) כתב בהיפוך מזה. שכ' וז"ל ואפילו אי יש לה יד היאך יש לה זכי' בממון דהתם בדר' יוסי בר' יהודא אין שם זכיית ממון אלא מחילה שמחל לה שעבוד שעלי' ואע"ג דאין מזכין לקטן ע"י הא ודאי מוחלין לו דלא יהבינן לי' מידי דבעינן דלהוי לי' יד לזכות ע"כ. הרי להדיא דס"ל דמחילה לאו מטעם הקנאה ולא בעינן כלל שיהי' לו יד לזכות ולפי"ז גם בעבד כנעני מהני מחילה. וי"ל דשאני בעבד כנעני שהמחילה הוא מעשה ידיו והאיסור אכתי לא נפקי והוי כמתנה משא"כ באמה העברי' דאין גופה קנוי וליכא גבה איסור כלל והמחילה הוא השעבוד לכן אינו אלא סילוק בעלמא וא"כ נתבאר דגם לריטב"א במחילת חוב אינו אלא סילוק ומהני בע"כ גם כן. ובקטן לפי"מ דקי"ל דקונה בדע"א מקנה בלא"ה מהני לכ"ע דלא כהמ"א שכתב דלריטב"א באונאה הוא לא מהני בע"כ אלא גם לדידי' הוא סילוק בעלמא. מיהו בקטן קודם שהגיע לצרור וזרקו דמבואר (בסי' רמ"ג) דגם ד"א מקנה לא מהני לא הי' מהני

מחילה להמ"א אלא דכבר כתבו דלכ"ע מחילה מהני בקטן גם כן. ובב"ב (דף מ"ג) בני העיר שנגנב ס"ת שלהן דאין דנין בדייני אותה העיר דליסלקו בי חרי מינייהו ולידיינו כ' בקצה"ח (סי' ל"ז) דלא מצי קאי אגנב דלא ירצה הגנב לקנות כי היכי דלא להוי סהדי ע"ש. וברשב"א פי' דהוא מטעם מחילה ומחילה בע"כ מהני ושפיר קאמר דליסלקו ומצי קאי אגנב עצמו גם כן: אלא דצ"ע הא דאמרינן בב"מ (דף ו') אבייי אמר חיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו. וכתב הנימוקי יוסף והר"ן והריטב"א דלפי זה אם מחל כל התביעות אין יכול לשבע משום מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דקשה א"כ מה הועילו חכמים בתקנתן שתקנו לשבע וליטול נימא דחשוד אממונא חשוד אשבועתא. ואם משום דשמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו ימחול כל התביעות ומעתה אין לו שבועה כלל אלא ודאי דבע"כ של לוה לא מהני מחילה וכשיראה שרוצה למחול ימאן בזה. ולכאורה יש להביא ראי' דמחילה בע"כ לא מהני דא"כ ל"ל לתקנת פרוזביל הא יכול למחול לו זמן הפרעון ולהרויח לו זמן עד אחר השביעית דאינו משמט דלא קרינן בי' לא יגוש א"ו דמחילה בע"כ לא מהני. אמנם ז"א דהא בלא"ה הק' הא יכול להתנות ועיין בב"י (סי' ס"ז) מה שהביא תרוצים ע"ז וממילא יתורץ הא דמחילה גם כן. ומחילה בקטן לא מהני אלא אם הגיע לעונת הפעוטות אז מהני מדרבנן אבל מדאורייתא לא מהני, וי"ל הא שכ' בשבועות (דף ל"ז) דלמ"ד שעבודא דאורייתא לא משכחת שבועה אלא במחל השעבוד משא"כ בלא מחל ליכא שבועה דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות וא"כ אמאי איצטריך בשבועות (דף מ"ב) איש כי יתן למעט שאין נשבעין על טענת קטן הא בלא"ה ליכא שבועה דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות וליכא למימר במחל הא בקטן לא מהני מחילה. וי"ל כמוש"כ תוס' בב"מ (דף ד') דמיירי בדלית לי' קרקע ובזה סרה כמה קו' שהק' במחנה וי שם:

ובמחילה בלא קנין במקום שטר דעת ה"ר ישעי' דלא מהני. וכתב הב"ח משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי. ובש"ך תמה ע"ז דהא קי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי. ובכנה"ג כתב דבחוב ברור לכ"ע כגבוי דמי וכמוש"כ תוס' בסוטה (דף כ"ה) ע"ש:

ותמיהני על הש"ך דהא הש"ך עצמו (בספ' ת"כ סי' ק"ל) כ' דזה דוקא היכא דהטענה על גוף השטר משא"כ היכא דהשטר ברור רק דהטענה בא ממקו"א לכ"ע כגבוי דמי כהכנה"ג הנ"ל עיי"ש וא"כ סותר משנתו ממש"כ בס' ת"כ בזה: ונ"ל ראי' ראי' לזה מהא דאמרינן בב"מ (דף ע"ב) ת"ר ישראל שלוה מעות מעכו"ם ברבית וזקפן עליו במלוה ונתגייר אם קודם שנתגייר זקפן עליו במלוה גובה את הקרן וגובה את הרבית. ופרש"י

וגובה את הרבית דהוי כגבוי ע"כ. ולכאורה תמוה דנהי דזקף עליו במלוה בכתב לו שטר מיירי כמו שפרש"י שם שכתב שטר עליהם כך וכך אני חייב מ"מ הא קי"ל דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי א"ו דבחוב ברור לכ"ע כגבוי דמי ולכך אם כתב שטר קודם שנתגייר דהוי כגבוי גובה ממנו. ובזה יתיישב לי מה שתמה הכנה"ג (בסי' ס"ז) אמש"כ הב"י שם דזקיפה הוי משעה שקבע זמן לפרעם מהא שפרש"י בכתובות (דף צ"ב) שזקף במלוה שכתב שט"ח וממש"כ רש"י בב"מ (ע"ב הנ"ל) והנה הא שפרש"י בכתובות כ' שט"ח כבר כתבנו בזה (בסי' ל"ט ובסי' קט"ז) והא דב"מ לפימש"כ א"ש בפשיטות דבאמת משקבע זמן לפרעון הוי זקיפה ובב"ק (דף ק"ט ובגיטין דף י"ח) לא פרש"י מידי מה זקף במלוה אכן בכאן פרש"י משום דאי לא כתב לא הוי כגבוי ולכך פי' בכתב הוי כגבוי דבחוב ברור לכ"ע כגבוי דמי וזה נכון:

ולפי זה ניחא תמיהת הת"ת על התוס' בשבועות (דף ל"ז) דכיון דהא דהכופר בממון שיש עליו עדים דנקט ר' יוחנן מיירי כשמחל השעבוד אמאי בשטר פטור הא מהני מחילה במקום שטר ולהנ"ל י"ל דר"י לשיטתו אזיל דכיון דטעמא של ה"ר ישעי' הוא משום דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי כהכנה"ג הנ"ל והרי רבי יוחנן ס"ל בגיטין (דף ל"ז) דשט"ח שיש בו אחריות נכסים אינו משמט והוא משום דכגבוי ואעפ"י שלא הורה למעשה בפרוזבול וכדקאמר שם וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה הא דתניא כוותי' אתיא כב"ש הוא דלענין שמטה לא רצה לעשות כן אבל לעלמא ס"ל כגבוי ומבואר היטב וכי מפני שאנו מדמין אף דלכמה דברים בחוב ברור הוי כגבוי אבל בשמיטה לא נוכל לדמות לכל הדברים רק לב"ש דס"ל דאף בחוב שאינו ברור הוי כגבוי וא"כ גם בשמיטה הוי כגבוי. וע"כ לשיטתו שפיר קאמר בשטר פטור דל"מ מחילה:

ונ"ל דהא דכתב הב"ח דכגבוי דמי אינו אלא דוקא אם יש לו קרקע ואז ס"ל דמחילה במקום שטר לא מהני אבל אם אין לו קרקע בשעה שמחל לאו כגבוי דמי ומהני מחילה במקום שטר. שוב מצאתי בנ"ב (סי' ל"ב) שכ"כ. ונ"ל ראי' לזה מהא שכתב הריטב"א (בגיטין ל"ז) דהטעם דשטר שאין בו אחריות נכסים משמט משום דיכול למכור קרקעותיו ולא ימצא ממה לגבות א"כ לאו כגבוי דמי א"כ ה"נ באחריות ואין לו קרקע. אמנם עיקר הטעם דמחילה במקום שטר לא מהני ודאי משים דהי' לו להחזיר השטר ומדלא החזיר מחל וא"כ אין חילוק בין יש לו קרקע או אין לו קרקע:

והנה בהרחבת זמן הלואה אי מהני בלא קנין. הסמ"ע לקמן (סי' ע"ג) נסתפק בזה ודעת הש"ך שם דאפילו הרחיב לו זמן הפרעון לאחר הלואה א"צ קנין. ובאורים נסתפק שם אי מהני הרחבת זמן גם במקום שטר די"ל דבזה כ"ע מודים דמהני גם במקום שטר דבזה

ליכא ראי' דמחל בלב שלם מדלא החזיר לו השטר דהא אינו יכול להחזיר לו השטר כיון דעדיין גבי' בעי ע"ש. והמפרשים דעתם דמהני גם בזה במקום שטר ונסתפקתי במוחל מקצת חוב בשטר דיש לומר דבזה כ"ע מודים דמהני דליכא ראי' דלא מחל לו בלב שלם מדלא החזיר לו השטר דהא מחזיק השטר בשביל המותר והא דלא כתב שובר דניחא לי' כי היכי דליכוף ללוה כמבואר בב"ב (דף קע"ב) ע"ש בזה. ובמוחל והשטרות אינן בידו אף דאין לומר דאין זה ראי' דלא מחל לו בלב שלם מדלא החזיר לו השטר דהא השטר אינו בידו מ"מ י"ל דהי' לו לכתוב שובר על שטרו. ובאם הי' בידו פס"ד דאמרינן בשביעית כל מעשי ב"ד אין משמטין וכ"ה בטוש"ע (סי' ס"ז) פס"ד אינו משמט וכתבו הפוסקים דהוי כגבוי בזה י"ל דלא מהני מחילה להר"י והוי ספיקא דדינא בזה: ולהלכה העיקר כהט"ז והש"ך דקי"ל כמו שכ' רמ"א לקמן (סימן רמ"א) דמחילה בלא קנין מהני בשטרא. וכמו דמשמע לקמן (סי' צ"ח ס"א) וכן משמעות לקמן (סימן פ"ב סי"א) אם טען הלוה מחלת לי חוב שבשטר זה וכן מבואר בכמה דוכתי בפוסקים דין מחילה בשטר ולא הזכירו בקנין. ולהדיא מבואר בסידור הגט דמהרי"ל שציוה למחול הכתובה בלא קנין והובא באהע"ז (סי' קנ"ד ספ"א) או תקרע הכתובה או תמחול וגם אנו נוהגין כן: ויש להביא ראיה לזה מהא דאמרינן בקידושין (דף ט"ז) תנא וקונה אח עצמה בכסף ובשוה כסף ובשטר האי שטר ה"ד אי דכתב לי' שטרא אדמי' היינו כסף אלא שחרור שטר למה לי ולימא לי' באפי בי תרי זיל א"נ באפי ב"ד זיל אמר רבא זאת אומרת ע"ע גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחיל והרי ע"ע איכא דקני לי' בשטר גם כן ולס"ד דאין גופו קנוי הוי כהלואה ומוכח דמהני אף בלא נתן השטר מדלא קאמר ולימא לי' באפי בי תרי זיל ויחזיר לו השטר וש"מ דמחילה מהני במקום שטר בלי קנין. וכעת נדפס תוס' ר"י הזקן ומצאתי שכתב שם וז"ל ומסתברא דמלוה בשטר אם מחל המלוה אעפ"י שלא החזיר לו את השטר הוי מחילה דשטר ראיה בעלמא הוא וגבי ע"ע דנקנה בשטר כדקס"ד ובמלוה הא אמרינן לימא לי' באפי בי תרי זיל ע"כ. הרי להדיא כמש"כ. וקנין שטר בע"ע הוי שטר כשט"ח דקונה בשט"ח השעבוד ה"נ בע"ע כן:

ולכאורה ראיה דמהני מחילה במקום שטר מהא שמבואר לקמן (סי' נ"ז) דאסור לשהות שטר מחול משום אל תשכן באהליך עולה והשתא אי ס"ד דלא מהני מחילה במקום שטר מאי עולה איכא אי הדר גבי' כיון דלא הוי מחילה כלל. א"ו דמחילה במקום שטר מהני אף שהשטר תחת יד המלוה מיהו י"ל לפימש"כ המל"מ (פט"ז מה' מלוה ולוה) דאפילו לדעת הר"י דלא מהני מחילה במקום שטר כל זמן שלא חזר בו הוי מחילה אלא דכשהשטר בידו מצי לחזור בו וא"כ י"ל דלכך לא ישהא שטר מחול משים דכיון דבאמת

אינו רוצה לחזור אתי לידי עולה שמא ימצאו יורשיו ולא ידעו שהוא מחול ויוגבו שלא כדין וכמו דאמרינן כיוצא בזה בב"מ (דף ס"ז) זמנין דנפיל קמי יתמי עיי"ש וה"נ כן. מיהו זה דוחק ולא מסתבר כלל לומר כן. ודעת הסמ"ע בסימן זה דמחילה במקום שטר לא מהני (ובסוף סימן מ') מבואר להדיא דס"ל דמהני, מחילה בשטר. ולפי"ד המל"מ מיושב שפיר דהתם מיירי דאינו חוזר וע"כ הא דכאן לענין אי יכול לחזור מיירי בזה:

ולכאורה היה אפשר לומר דבמקום דכגבוי דמי לא מהני מחילה לכ"ע. ולפי"ז בשטר העשוי בעש"ג שכ' התשב"ץ דאינו משמט משום דכגבוי דמי והובא לקמן (סימן ס"ז) א"כ ה"ה דלא מהני מחילה ביש לו שטר כזה העשוי בעש"ג. אך הרשב"א בח"ג (שאלה שנ"ד) כתב להדיא דגם לב"ש דס"ל דכגבוי דמי מהני מחילה ולא דמי לשביעית משום דלא יגוש משא"כ במוחזק אבל ל"ש זה במחילה. וא"כ ה"ה בשטר העשוי בעש"ג אף דהוי כגבוי לענין שביעית מהני מחילה ומבואר להדיא דעת הרשב"א דמהני מחילה במקום שטר גם כן: ואם מהני מחילה במקום משכון. כתב המרדכי בפרק קמא דקידושין אעפ"י שבעל חוב קונה משכון מ"מ מהני מחילת החוב אע"פ שלא החזיר המשכון והוכיח כן בשם מהר"ם מהא דאמרינן בפ"ק דקידושין גבי ע"ע קונה א"ע בשטר ולימא לי' באפי תרי זיל ש"מ ע"ע גופו קנוי. ומשמע דאי לאו דגופו קנוי אע"ג דהוי ליה משכון מהני מחילה. ובחי' הר"ן לגיטין כתב דלא מהני מחילה אם המשכון בידו כיון דמשכון גופו קנוי ולא מהני מחילה לדבר שגופו קנוי. כדאמרינן בקידושין בעבד עברי משום דגופו קנוי. וכ"כ הריטב"א בגיטין ובקדושין וברשב"א שם. וכ"כ תוס' הר"י הזקן בקדושין שם דשלא בשעת הלואתו לא מהני מחילה דגופו קנוי. ושורש מחלוקתן הוא דהמרדכי ס"ל דמשכון אין לו להמלוה אלא שעבוד בעלמא לכן מהני מחילה כמו בכל שעבוד בלא משכון. אבל הראשונים הנ"ל ס"ל דמשכון נקנה למלוה קנין הגוף ואין אדם יכול לסלק אח עצמו בדברים בעלמא מחפץ שלו אלא בקנין. והנה התוס' בקידושין (דף י"ט) כתבו דהא דהמקדש במלוה שיש עלי' משכון מקודשת דאפילו אין מחזיר לה המשכון מקודשת במחילה שמוחל לה המלוה וכ"כ הרא"ש שם. והשתא אס"ד דמוחל במלוה שיש עלי' משכון יכול לחזור ממחילתו א"כ לא סמכה דעתה ואנן קי"ל דהיכא דלא סמכה דעתה אינה מקודשת כמבואר שם (דף מ"ח) א"ו דס"ל דמהני מחילה גם כשהמשכון ביד המלוה וכן ראיתי להב"ש (בסימן כ"ח סק"ל) שכתב כן והיינו דס"ל לתוס' דמשכון אינו אלא שעבוד בעלמא ולטעמייהו אזלי שכן משמע מהא שכתבו בב"ק (דף מ"ט) אהא דאמר רבה משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו מוציאין אותו מידו מ"ט כיון דמית לי' גר פקע לי' שעבודו. וז"ל

ואפילו משכנו שלא בשעת הלואתו ואפילו למ"ד בע"ח קונה משכון דע"כ אין לו אלא שעבוד עליו כיון שהי' יכול לפדותו הישראל ולסלקו בדמים עכ"ל. הרי דס"ל דמשכון אינו קנוי קנין הגוף אלא שעבודא בעלמא. ולהסוברים דקנוי קנין הגוף יש ליישב מהא דגר בפשיטות וכמו שמצאתי בשיטה שם וז"ל כיון דעיקרו דבעלים דהא מצי לסלוקי בזוזי ועומד לכך לכך ודאי הפקעת הזכות והשעבוד מוקדמת לזכות אחרים. ומיהו ודאי בעלמא כיון דבע"ח קונה משכון לא סגי במחילה עכ"ל. ולכן שפיר כתבו בקדושין דגם בשלא החזיר המשכון מהני מחילתו אכן הרשב"א ור"ן לטעמייהו שפירשו הא דמקדש במלוה שיש עלי' משכון שהחזיר לה המשכון וא"כ אין כאן ראי' לדידהו דמהני מחילה במקום משכון [אף שפירשו שם מטעם אחר לק"מ] ולכן ס"ל דלא מהני מחילה. מיהו בתשובת הרשב"א ח"ג (שאלה שנ"ד) כתב ותדע שהרי המלוה על המשכון מטלטלין אין שביעית משמטתו כדאיתא בגיטין ותאמר שאין יכול למחול. והנה הרמ"א לקמן (ס' רמ"א) פסק כהמרדכי דמחילה מהני כמשכון:

ועיין (סי' ס"ו ס"ל) במוכר חוב שיש עליו משכון אי מהני מחילה וע"כ לא פליגי אלא במשכון קרקע אבל במטלטלין לכו"ע לא מהני מחילה משמע דאי הי' בידו הי' מהני מחילה הרי דס"ל להפוסקים והטוש"ע שם דמהני במשכון מחילה דאל"ה לא הוצרכו לומר במשכון מטלטלין דלא מהני מחילה דאפילו הוא אצלו לא מהני מחילה ומש"כ הב"י בשם הרשב"א בתשובה אם מכר או נתן המשכונה לאחר אפשר שאינו יכול לחזור ולמחול כדרך שאינו יכול למחול כשמכר משכון שיש עליו מטלטלין ע"כ. והרי הרשב"א גופי' ס"ל דקני קנין הגוף במשכון ולא מהני מחילה אפילו כשהוא אצלו י"ל דזהו גופא דמספקא לי' וכ' בל' אפשר די"ל דשאני מטלטלין דקנה מדר' יצחק והוא ס"ל דאפילו בשעת הלואה קנה מדר"י הביאו הש"ך (סימן ע"ב סק"ט) וקנה קנין הגוף משא"כ בקרקע דלא שייך הא דר"י כמוש"כ תוס' בב"מ (דף ס"ז) ולכך מהני בי' מחילה או י"ל דמ"מ הרי זה דומה למטלטלין שמכר דלא מהני מחילה וה"ה לקרקע דמ"מ מוחזק הוא ויותר נכון כמו שכ' הש"ך (ס' ע"ב סק"ט) דבחד תשובה ס"ל דהוי מוחזק וחזר בו מהתשובה דלא הוי מוחזק:

ולע"ד נראה דהמלוה המוחזק יכול לומר קים לי כהנך רבוותא דלא מהני. והא דבירושלמי איכא פלוגתא הביאו הר"ן פ' אלמנה ניזונת אם תפסה משכון אי מהני מחילה היינו משום דמחילתה אינו אלא בתורת אומדנא וכמו שמבואר לעיל כיוצא בזה בשטר:

ובחידושי הר"ן (פ' השולח) כתב דמשכנתא אפילו באתרא דלא מסלקי מהני מחילה. והמ"א הלכות שכירות (סי' ט') כתב אינו נראה כן וכמו שהוכחתי במ"א דכל שיש לו קנין פירות לא מהני מחילה ע"כ. ובשו"ת הרשב"א ח"ג (סי' שנ"ד) מבואר להדיא דמהני מחילה במשכנתא אפילו באתרא דלא מסלקי וז"ל ואפילו באתרא דלא יוסלקי דעיקר ממונא הוא דאית לי' עלי' דלגוביינא קיימא וחוב הוא שיש לו עליו ומחילתו על המעות שיש אצלו ואפשר דמשכנתא דסורא דלאו לגוביינא קיימא אינו יכול למחול כע"ע ע"כ. וא"כ מאחר דהראשונים אלו ס"ל דמהני מחילה קי"ל כן. ועיין לקמן (סי' שט"ו) בזה. וכ"כ הריטב"א בגיטין שם בזה. ומהרשב"א הנ"ל ראי' למש"כ הב"ח לקמן (סי' ע"ב דמשכונו של ישראל אצל הגר ומת הגר ובא אחר והחזיק דמוציאין אותו ממנו דמיד שמת פקע שעבודו דאפילו במשכנתא באתרא דלא מסלקי כן והש"ג ס"ל דמאחר דאינו יכול לסלקו עד הזמן הוי כמכירה. וכ' הש"ך שם דדעת הב"ח נראה יותר דהרשב"א הא להדיא ס"ל דאינו אלא שעבודא ואי הוי כמכר לא הי' מהני מחילה. ועי' בקונטרס אחרון להרשב"א כתובות (דף נ"ט) שכתב דמשכנא באתרא דלא מסלקי יש לו למלוה קנין הגוף בזה. וא"כ לא מהני מחילה וא"כ סותר למש"כ בתשובה בזה. וכ"כ בח"ג (סי' ר"ט) כ' דבלא מסלקי הוי כמכר:

ובתשב"ץ ח"ב שיטה ב' כתב וז"ל ובספר עיטור סופרים באות בירורין נראה דבמחילת זכות בעי קנין כיון דבשטרא איכא קנין ובודאי קשי' עלי' מהא דאמרינן בפ' הפרה משכונו של ישראל ביד הגר שאם מת הגר פקע שעבודא ואע"פ שקנה משכון נמחל בלא קנין כ"ש שאם מחל בפי' שאין צריך קנין ע"כ. ולפי הש"מ הנ"ל ניחא. ובבעה"ע אות בירורין כתב וז"ל מיהו אי אמר מעכשיו מחליח לך האי תביעותא או האי שבועתא וקנו מיני' בב"ד חשוב נתקיימו התנאים ע"כ. והוא חמוה הא מחילה לא בעי קנין. והמפרש כתב דהוא אסמכתא וזה אינו דמאי אסמכתא שייך הכא ואינו ענין להא דמבואר שם קודם לזה במקבל לדון לפני פסולים ע"ש. אבל הדבר מבואר בתשב"ץ שמפרש דמיירי בשטר וכדעת הר"י דבשטר לא מהני מחילה. אמנם הבעה"ע בעצמו באות מחילה כתב להדיא במוחל שט"ח מהני לקולא והובא בש"ך לקמן סי' רמ"א) גם י"ל מה שכ' התשב"ץ דבשטרא איכא קנין וזהו דלא כמוש"כ בבעה"ע שם דמזכר שט"ח מחול אע"ג דהוי שטר דליתא לשטרא דליהדר לי' ואי משום דגופו קנוי בשטר מה בכך דליתא לשטרא. ולשבש התשב"ץ ולומר דבמקום בירורין צ"ל מחילה והוא שכ' בעה"ע דבמשכון לא מהני מחילה וע"ז השיב מב"ק לשבש כולי האי אינו נכון ועוד דלא מיירי התשב"ץ שם במשכון אלא בשטר ע"ש בזה:

סעיף י"ח:

אם רבים הם הפשרנים יש אומרים שאין הולכין אחר הרוב אלא צריך שיסכימו כולם. הא דפשרה צריך שיסכימו כולם אם ביררו שנים לפשר ואמרו אם לא תבואו לעמק השוה תקחו שליש אם השליש מהני אפילו לא יסכימו כולם אח"כ או ל"מ אלא אם יסכימו אח"כ דהכוונה שבשליש כשיגיד דעתו כאחד מהם יסכים גם השני אבל אם אינו מסכים ל"מ או מאחר שאמר אם לא יבואו לעמק השוה יקחו שליש שהשליש יכריע כאחד מהם אפילו אם לא יכריע השני. ולכאורה יש לומר דאם אמר בפירוש כאשר לא ישתוו בדעתם יקחו שלישי שהשליש יכריע אפילו אם לא יסכים אחד מהם אבל אם אמר סתם שיקחו שליש דעתו הי' שיסכימו כולם. וכעת ראיתי בס' נתלי מים שכ' בשטר בירורין שיקחו שליש דאם מנהג המקום שהשליש יכריע אפילו אם לא יסכים אחר מהם מהני הרי דתליא במנהג המקום בזה:

הנה לפי מה דאמרינן דבפשרה צריך שיסכימו הפשרנים כולם לד"א ולא אזלינן בתר רובא וגם קי"ל דאין הנבררים יכולים להוסיף בלי רצון הבע"ד כמבואר בב"ח (סי' י"ג) ולפי"ז באומר א"י אין מוסיפין. אמנם נ"ל בהתנו עם הפשרנים בין לדין בין לפשר הוי כמו דיינין ויוכלו ליקח מכריע בלי רצון הבע"ד ובא"י מוסיפין ואזלינן בתר רובא גם כן. ומעתה אין אנו צריכין למש"כ הסמ"ע (בסי' י"ג ס"ז) בהא דמבואר שם אם ביררו להם עשרה אנשים שידונו להם בין בדין בין בפשרה ושאם לא יסכימו לדעה אחת ילכו אחר הרוב דדוקא כשכתבו כן מתחלה הולכין אחר הרוב הא מסתמא אין הולכין אחר הרוב בפשרה דז"א דמאחר דאמרו בין בדין בין בפשרה דומיא דדין חייב עצמן ואפילו לא התנו בפירוש אזלינן בתר רובא ושוב מצאתי שכ"כ הריב"ש שם בזה. וא"כ ה"ה דצריכין הפשרנים לברר בלי רצון הבע"ד דומיא דדין דזה בורר לו כו'. ושוב מצאתי שכ"כ בתשובת מהר"א ששון (שאלה ל"א) ע"ש בזה:

אמנם מה דמשמע במהר"א ששון שם דבנבחרו לדיינים ושוב נעשו פשרנים דג"כ יש לו דין הנ"ל דיכולים ליקח ולהוסיף שלא ברצון הבע"ד לא קי"ל כן דהא עיקר ראייתו מהא שכ' המרדכי בשם ראב"ן דאם הי' מתחלה דיינים שוב אין פשרה צריך קנין אלמא דיש להם דין דיינים ואנן הא לא קי"ל כראב"ן בזה. ופשרה צריך קנין אפילו אם היו דיינים תחלה וא"כ גם להוסיף אינם יכולים שלא ברצין הבע"ד ומהר"א ששון לא כתב מהמרדכי אלא לראי' בהובחרו בין לדין בין לפשרה אבל לא בפשרה לחוד בהובחרו מתחלה לדיינים גם כן וי"ל בזה:

סימן יג

בזבל"א אם עשה שטר בירורין או קנין ומסר אחד מודעה מקודם ודאי מהני אלא דמספקא לי מילתא אי בעינן שיהי' אונס גם כן או סגי בגילוי דעתא לבד כמו במתנה לקמן (סי' ר"ה) ומהתשב"ץ ח"ב (שאלה ריי"ג) שמעשה הי' בעשו שטר בירורין ושוב הי' אחד מאנס ועשו שטר בירורין אחר והי' מסירת מודעה ופסק דהברירה השני' בטל דיפה חתמו עדים מאחר שהי' אונס. ע"ש ומשמע דבגילוי דעתא לבד לא סגי וע"כ דהוי כמכר: אמנם מהא דמבואר ביו"ד (סי' רל"ב ס"ח) שותפים שבררו דיינים בכח חרם לקיים מה שגזרו עליהם ואחד מהם מסר מודעה שלא קבל עליו הנבררים אלא כדי שיתאמת מה שהוא חייב לו שהוא ירא שמא יכחיש שהתחיל לומר שאין בידו כלום ואחר שגזרו הנבררים הראה מודעה ואמר שאינו רוצה לקבל אלא מה שידין דיין הקהל בד"ח כיון שקיבל עליו בחרם אסור לו לסתור דינם ע"כ. וכתב הש"ך אפילו נדר ואמר בלבו היום אינו מועיל כיון דאין אנו רואים שום אונס הרי דבלא ח' הי' מהני המודעה אעפ"י שאין כאן אונס. וא"כ הא דשאלה (ריי"ג) לרווחא דמלתא כ' כן. ולפי"ז יש לכתוב בשטרי בירורין בביטול כל המודעות גם כן. אמנם בהא דיו"ד י"ל דהאונס הוא שמא יכחיש אלא דלענין שבועה לא הוי אונס כיון שלא אנסו על זה כן נ"ל בזה ועיין בד"מ ובסמ"ע (סי' י"ב) בזה:

סעיף ו:

אם הוצרכו הדיינים לשאול וכו' וב"ד הגדול מודיעין להם דעתם והם דנין אותם דליכא למימר שיפסקו ב"ד הגדול עליהם את הדין דהא בעינן שיהיו בעלי הדין עומדים לפני הדיינים. והא דלקמן (ס"ס י"ח) איתא פוסקין דיני ממונות שלא בפני בע"ד. כ' הסמ"ע שם דמיירי שכבר טענו לפניהם וא"כ כבר עמדו לפני הדיינים ע"ש. ואינו מובן לי מה בכך דעמדו בתחלת הדין דהא עיקר המצוה בשעת גמ"ד שיהיו הדיינים יושבים ובע"ד עומדים והגדול שבהן אומר איש פלוני זכאי או חייב וכדאמרינן בשבועות (דף ל') מחלוקת בשעת משא ומתן אבל בשעת גמ"ד דברי הכל דיינים בישיבה ובע"ד בעמידה דכתיב וישב משה לשפוט את העם ויעמוד העם. ומבואר להדיא בתשובת מהר"ם כן (שאלה תקכ"ו) וז"ל וששאלתם על שנים שבררו להן אחד ואמרו לו דיינת לן דינא וטענו טענותיהם והלך הדיין לעירו וכתב להן פס"ד ושלח להן ע"י אדם אחד והשליח קראו באזניהם אי מהני האי פס"ד לפי שנראה לך שאין זה ד"ת שהדיין יש לו לישב ובע"ד עומדין לפניו ולומר להם איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב. כבר הוכחתי דישיבת הדיינין אינה מעכבת כדמשמע בירושלמי פ"ד מיתות וממנו הוכיח רשב"א

דה"ה עדים שהעידו מיושב עדותן עדות בדיעבד דמחד קרא נפקא עדים בעמידה ודיינים בישיבה הרי עמידת הבע"ד אינה מעכבת דכ"ז אינו כ"א למצוה בעלמא ע"כ הרי דהכא כבר טענו לפני הדיין ואפ"ה לא הכשיר אלא בדיעבד אבל לכתחלה העיקר שיהא הבע"ד עומדים בשעת גמ"ד לפני הדיינים: לכן נראה דב' טעמים יש מה שבע"ד צריכים להיות לפני הדיינים בשעת גמ"ד. הא' משום דאין גומרין שלא בפני בע"ד שמא יוסיף טענות או ראי' וכמבואר בב"ק (דף מ"ה). והב' לקיים מצוה דועמדו בשעת גמ"ד שאז עיקר המצוה ולא נפטרו ממה שעמדו בתחלת הדין. ובפרט לפי"מ דקי"ל דאין מצוה אלא בשעת גמ"ד. ובשעת משא ומתן אם רצו להושיב שניהם מושיבים כמבואר (בסי' י"ז). ובמ"א בארתי בעושה מצוה שלא בעת חיובו אינו נפטר בזה מחיובו. וה"נ אף דעמדו בתחלת הדין לא נפטרו בזה מחיובן שבשעת גמ"ד. והנה על טעם הא' דאין גומרין שלא בפני בע"ד שמא יוסיף טענות או יביאו ראי' לזה כתב הרשב"א דבד"מ פוסקין שלא בפני בעל דין משום דבד"מ כ"ז שמביא ראי' סותר את דינו ולא יצא קלקול מזה מה שפסקו שלא בפניו, ומבחינה הב' לא מיירי דהרשב"א מיירי בא"א בענין אחר וכהא דבבא קמא דמייתי ולכך כדיעבד דמי אבל אם אפשר שיהיו הבע"ד בשעת גמ"ד בודאי אין פוסקין שלא בפניהם לכתחלה כדי שיקיימו הבע"ד מצוה דועמדו. ומעתה מה שכ' הב"ח דלכתחלה אין להגיד הפסק דין אלא בפני בע"ד ברור ונכון ומעתה הא (דסי' י"ח) דפוסקין שלא בפני בע"ד מיירי באינם לפנינו שהלכו להם למדה"י וכדומה. אז פוסקין שלא בפני בע"ד ועמדו אינו מעכב. משא"כ כאן בישנם לפנינו ואפשר לקיים ועמדו שפיר מודיעין להם:

סימן יד

סעיף א:

וכן אם טען זה שהזיקו או גזלו. והוא ברמב"ם פ"ג מה' סנהדרין. וכתב הכסף משנה דכיון שהתובע מתרעם מחבירו שהזיקו הוי הנתבע עבד לו עד שיסלק הזיקו וכיוצא בזה כ' תוס' כתובות (דף ט"ז) ורא"ש ספ"ג דסנהדרין (סימן מ"א) עבד לוה לאיש מלוה ל"ד לוה ומלוה אלא אפי' גזילות ומקח וממכר ומתנות וירושות. ועי' רשב"ם ב"ב (דף נ"א) שכתב דעדיין לא טרפו מיני' דלוקח דלהוי עבד לוה ללוקח הרי להדיא בתביעת מקח וממכר שייך עבד לוה וכן שומרין וכל מי שמתחייב עצמו באיזה דבר מקרי עבד לוה לאיש מלוה וכמו דאמרינן בגיטין (דף י"ד) שפיר עבדית דלא שוית נפשך עבד לוה לאיש מלוה:

סעיף ד:

יש אומרים שאם רואה הדיין שבע"ד חושדו שנוטה הדין כנגדו צריך להודיעו הא לאו הכי אין מחויב. מיהו בשל"ה פ' משפטים כתב קבלה מאביו להודיעו בכל ענין להפיס דעתו ובזה מבואר הגמרא דליזמר וליזל ע"ש בסנהדרין (דף ז') יליף מדכתיב וכל העם הזה על מקומו יבוא בשלום ופרש"י מדכתיב יבא ולא יבאו משמע גם המתחייב יבא בשלום (יעי' ברכות דף ס"ב) הנפטר מחבירו אל יאמר לו לך בשלום אלא לך לשלום שהרי יתרו שאמר למשה לך לשלום הלך והצליח. וכיוצא בזה בכתובות (דף נ"ד) אמר למזונות ריבה לה מזונות אמר במזונות קיצץ לה מזונות וא"כ אמאי לא אמר יתרו גם כאן יבוא לשלום אלא דקאי על משפט שלהם שכל אחד יהא בשלום וקאי אלשעבר ולא אלעתיד ולכן מבואר דליזמיר וליזיל ולכן צריך להודיעו הטעם בזה:

סעיף ה:

חייב לפרוע לו כל הוצאותיו שהוציא כ' הש"ך בשם הישו"ש דהיינו הוצאות סרבנות. אבל שאר הוצאות כגון ששלח שליח אחר המעות או ששלח אחריו למקום פלוני א"צ לשלם. וכ"כ לקמן (סי' ק"ו) דפטור משכר הזמנה. ומה שהביאו היכא דהגיע הזמן ושלח שליח לטובתו דהלוה משלם כ"ה לקמן (סי' ק"ו ס"א) עי' נה"מ לקמן (סי' רל"ב) ותמצא כמה פרטים בזה:

ויש מי שאומר שאם תבעו בערכאות כו' אינו חייב לשלם לו הוצאותיו. כ' בל' יש מי שאומר דבב"י כתב דהרא"ש לא ס"ל כן (והוא הי"ח שהביא הרמ"א) ומסיק דהכי מסתבר א"כ ס"ל לעיקר דחייב והרמ"א כתב דכן עיקר ובפרט שעשאו ברשות ב"ד. ובתשובת הרמ"א (שאלה ק"ח) ביאר יותר דבעשאו ברשות ב"ד גם הריב"ש מודה דחייב מטעם הפקר ב"ד דיש כח ביד ב"ד להפקיר ממונו ושיתחייב לו הוצאות והזיקות. ועוד כתב דאנו אין לנו אלא דעת הרא"ש וכאן כ' לעיכובא בלבד שעשאו ברשות ב"ד וא"כ משמע דחולק על הב"י בזה. ומהא שכתב הרמ"א בתשובה דחייב לשלם הוצאות מטעם הפקר ב"ד משמע שצריכין להודיעו שאם לא ילך לב"ד יתירו לו בעש"ג על הוצאות שלו. וכן נהגנו כמה פעמים להודיע להמסרב שיהיו על הוצאות שלו. ואולי אינו לעיכובא אלא לרווחא דמילתא יש לעשות כן:

סימן טו

סעיף א:

צריך הדיין שיקדים לדון הדין שבא לפניו תחלה. אבל צריך להקדים דין של ת"ח אפילו בא לבסוף. והוא מבואר בכתובות (דף ק"ו) דעשה דכבוד תורה עדיף והק' בהפלאה אמאי דוחה עשה דכבוד תורה לעשה דכקטן כגדול תשמעון הא מבואר בכתובות (דף מ')

דהיכא דאי אמר לא בעינא ליתא לעשה אינו דוחה ל"ת א"כ הכא נמי כיון דבידו למחול דהרב שמחל על כבודו כבידו מחול וא"כ ליתא לעשה דכבוד תורה כלל וא"כ לא ידחה עשה דכקטן כגדול תשמעון. ואף דעשה דכבוד תורה היא, חמורה מ"מ מטעם דמצי מחיל לא דחי עשה וראי' לזה מהא שהק' התוס' ישנים בכתובות שם דאמאי איצטריך קרא דאת שבתותי תשמרו דאין עשה דכיבוד אב דוחה לל"ת תיפוק לי' דאי בעי אמר לא בעינא וע"ש מה שתירץ. ומאי הק' הא בלא"ה פריך בב"מ (דף ל"ב) ל"ל קרא תיפוק לי' דהוי עול"ת ואין עשה דוחה לל"ת ועשה ומשני שאני כיבוד הואיל והוקש כבודו לכבוד המקו' ידחה אפילו לל"ת ועשה לכך איצטריך קרא דלא דחי וא"כ ה"נ מאחר דהוא עשה דחמור לא איכפת לן במה דיכול למחול א"ו דלא מהני בזה שהוא חמור מאחר דיכול למחול וא"כ ה"נ בעשה דכבוד תורה ל"מ הא דעדיף מאחר דאיתא במחילה. [ובקצה"ח (סי' צ"ז.) הק' קו' תוס' ישנים ותי' דחמור דוחה אפילו ביכול לומר לא בעינא. אמנם לא ראה התו"י הנ"ל ומוכח בהיפך מזה] ונראה דהנה הריב"ש (בסי' ר"כ) כתב דאף דקי"ל דהרב שמחל על כבודו כבודו מחול מ"מ אינו אלא במידי דלית לי' בזיון אלא באותן דברים שחייב לנהוג כבוד לרבו כגון לעמוד מפניו וכיוצא בזה יכול למחול אבל על בזיונו אינו יכול למחול אדרבה אסור למחול דהתורה מתבזה בכך ודמי למאי דאמר התם האב שמחל על כבודו כבודו מחול דליכא למימר שהאב יכול למחול לבן לומר לו דברי חרופין וגדופין. והיינו דאמר בפ"ג דיומא הת"ח צריך שיהא נוקם כו' ע"ש בזה:

ונ"ל להביא ראי' לזה מהא דאמרינן בפ"ק דקידושין (דף ל"ב) א"ר יצחק בר שילא א"ר מתני אמר רב חסדא האב שמחל על כבודו כבודו מחול הרב שמחל על כבודו אין כבודו מחול ורב יוסף אמר אפילו הרב שמחל על כבודו כבודו מחול כו' איני והא רבא משקי בי' הילולא דברי' ודל לי' כסא לר"פ ולר"ה ברי' דר"י וקמו מקמי' לרב מרי ולרב פנחס ברי' דרב חסדא ולא קמו מקמי' איקפיד ואמר הני רבנן רבנן והני רבנן לאו רבנן. ותו רב פפא הזה משקי' בי' הילולא דאבא מר ברי' ודלי לי' כסא לר' יצחק ברי' דר' יהודא ולא קם מקמי' ואיקפד אפ"ה הידור בעי למעבר לי' וכ"ה ביו"ד (סי' רמ"ד סי"ד) וכולם שמחלו על כבודם כבודם מחול ואעפי"כ מצוה לכבדם ולקום מפניהם קצת. והרי רבא דמחל על כבודו ותי' עומד ודלי להו כסא ואפ"ה איקפד על דלא קמו מקמי'. וכן ר"פ איקפד על דלא קם מקמי' ר' יצחק ברי' דרב יהודה והיינו הידור לנוע מעט כאלו רוצה לעמוד מפניו והוא משום דאי לא עבדי הידור כלל הוי בזיון בזה. ובבזיון לא מהני מחילה וא"ש. ובזה נכון מאד הא שכ' ביו"ד (סי' רמ"ב סל"ב) ואע"פ שמחל מצוה על התלמיד

להדרו ואסור לבזותו והוא דמאחר דהא דבעי הידור קצת הוא ג"כ שלא יהי' בזיון דבזה לא מהני מחילה שפיר הוסיף רמ"א כאן ואסיר לבזותו גם כן:

והט"א במגילה פ"ד מהא דשבועות (דף מ') בעובדא דאמימר דאותבינהו לכולהו משום דהאי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף. והשתא הא יכול למחול על כבודו וליכא עשה וכיון דבידו למחול לא ידחה לעשה דועמדו ומזה הביא ראי' להריב"ש דבמקום דאיכא בזיון אינו יכול למחול על כבודו והא בזיון הוא לעמוד לפני ב"ד. ומעתה אתי שפיר הא דעשה דכבוד תורה דוחה לעשה דכקטן כגדול תשמעון דהא ביבמות (דף ק') אמרינן אמר רבא מרישא כו' כיון דשמענא להו שרינא תגרא דאתתא ברישא מ"ט משום זילותא אלמא דמי שאין דרכו לעמוד בב"ד איכא זילותא ובב"ד אמרינן זילותא דבי דינא וה"נ לת"ח דמקדמינן לי' משום כבוד התורה דאיכא זילותא למיקם בב"ד אין בידו למחול ולכן שפיר דוחה עשה דכבוד תורה לעשה דכקטן כגדול תשמעון וא"ש:

וכ"ז בת"ח עצמו שבא לדין אבל בשלוחו של ת"ח דלא שייך בזיון א"כ ליכא אלא כבוד תורה לכן שפיר כתב הרמ"א בשם ריטב"א אם פתחו בדין אחר אין צריכין לפסוק ואם לאו צריכין אותו לדון תחלה משום כבוד החכם והוא כיון דאז ליכא בזיון אינו אלא כבוד התורה לכן אינו דוחה עשה דכקטן כגדול תשמעון כיון דבידו למחול אלא אם לא פתחו בדין אחר דליכא עשה כקטן כגדול תשמעון ובידו להקדים לאיזה מהן שירצה אז מקדימין לו משום כבוד החכם וא"ש:

ונראה:

לי להביא עוד ראי' דאף הרב שמחל על כבודו כבודו מחול מ"מ באיכא בזיון לא מהני מחילתו מהא דתנן בסנהדרין דמלך לא חולץ ולא מייבם ר' יהודא אומר אם רצה לחלוץ או לייבם זכור לטוב אמרו לו אין שומעין לו. ופריך שם (דף י"ט) אר"י דס"ל אם רצה לחלוץ או לייבם זכור לטוב והאמר מר אפילו למ"ד הרב שמחל על כבודו כבודו מחול מלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול שנאמר שום תשים עליך מלך וכו' מצוה שאני מכלל דחכמים דס"ל אין שומעין לו אפילו במצוה אין כבודו מחול וקשה מהא דתנן בסוטה (דף מ"א) והמלך עומד ומקבל וקורא יושב אגריפס המלך קבל ועמד וקרא ושבחוהו חכמים ופריך ושבחוהו חכמים מכלל דשפיר עבד והאר"א אפילו למ"ד נשיא שמחל על כבודו כבודו מחול מלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול שנאמר שום חשים וכו' מצוה שאני א"כ קי"ל דבמקום מצוה יכול המלך למחול מדשבחוהו חכמים ואמאי קי"ל דמלך אפילו אם רצה לחלוץ אין שומעין לו. וצ"ל דהא דאינו חולץ כ' רש"י משום בזיון דרקיקה בפניו וכן ליבם גנאי לו להקים ע"ש אחיו וכ"כ הרמב"ם בחליצה וכל

שאינו עולה לחליצה אינו עולה ליבום ולכך לא מהני מחילתו הרי דאף מלך במקום שיכול למחול ל"מ מחילתו משום בזיון ה"ה לת"ח דאף שכבודו מחול ל"מ בבזיון וכ"ש הוא לפי מש"כ תו' בשבועות (דף ל') דבמקום שאינו מוחל עדיף כבודו ממלך גם כן:

ובזה ניחא לי הא דאמרינן בשבועות (דף ל"א) דמלך אינו ראוי להעיד ופרש"י משום דצריך לעמוד ואינו יכול משים שום תשים ודרך בזיון הוא לו ע"ש. וקשה הא באיכא מצוה יכול למחול וא"כ אמאי אינו ראוי להעיד הא אי בעי מחיל א"ו מאחר דבזיון הוא אינו יכול למחול [ומרש"י הנ"ל ראי' למש"כ המפרשים והבאתים שם דעמידת ת"ח הוא בזיון דמדלמלך הוא בזיון ה"ה לת"ח גם כן וע"כ לא מהני מחילה):

ובזה נ"ל לתרץ הא דאמרינן בסנהדרין (דף י"ט) באותה שעה אמרו לא דן ולא דנין אותו. לא מעיד ולא מעידין אותו וי"ל הא דלא מעיד הוא מדאורייתא כפרש"י בשבועות (דף ל"א) דכתיב שים תשים וא"כ מאי ארי' דלא מעיד מהאי עובדא דוקא בלא"ה אינו מעיד מדאורייתא. ולהנ"ל ניחא דהא כבר ביארנו דהא דאינו מעיד אף דיכול למחול הוא משום בזיון דלא מהני מחילה והרי לר"י בסנהדרין שם דס"ל אם רצה לחלוץ זל"ט דס"ל דגם בבזיון מהני מחילה וא"כ יכול להעיר וע"כ דלדידי' אינו אלא מהאי עובדא דינאי ולכך נקט גם אינו מעיד גם אליבא דר"י ועיין תוס' שבועות (דף ל"ו) שכ' דבהא דאמרו לו לינאי עמוד על רגליך אתי דלא כר"י מ"מ בהא דאין מעידין אתי לר"י גם כן:

ומזה נ"ל ראי' למש"כ תוס' בשבועות (דף ל') דכבוד ת"ח עדיף מכבוד מלך דהרי בשבועות (דף הנ"ל) אמרינן רב יימר ידע לי' סהדותא למר זוטרא אתו לקמי' דאמימר אותבינהו לכולהו א"ל רב אשי לאמימר והאמר עולא מחלוקת בבעלי דינין אבל בעדים דברי הכל בעמידה א"ל האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף וביאר הטורי אבן הא דלא מחל על כבודו ועמד משום דהוא בזיון ולא מהני מחילה ק"ל דהרי מדקאמר אבל בעדים ד"ה בעמידה שיהא ניחא לר"י גם כן דאף דס"ל לר' יהודא אם רצו להושיב מושיבין מודה בעדים שהוא בעמידה ולר"י הא מצו מלך למחול על בזיונו וה"ה לת"ח ואפילו אם נימא דבתחלה פריך דלא כמאן דאפי' כר"י לא עביד והדר מתרץ דאתיא כרבנן מ"מ הא ודאי דס"ל לר"י דת"ת לא מצי למחול על בזיונו ואפי"ה במלך מהני א"ו דכבוד ת"ח עדיף מכבוד המלך גם כן:

אמנם עדיין ק"ל הא דתנן בהורי' (דף ח') דנשיא פטור משבועות העדות שהמלך לא דן ולא דנין אותו לא מעיד ולא מעידין אותו ונשיא הוי כמו מלך דאין מעיד ואמאי הא אי בעי מחיל דהא נשיא שמחל על כבודו כבודו מחול כמבואר בקידושין (דף ל"ב) וי"ל מאחר דאינו מחיוב להעיד אין בזה משום לא יגיד כמוש"כ תוס' בב"ק (דף נ"ו) דכל

היכא דאינו מחיוב אין בזה משום לא יגיד וא"כ איכא לכל מש"כ במלך דמאחר דאינו מחיוב אף דיכול למחול אין משום לא יגיד בזה:

ולפימש"כ הריב"ש דת"ח אסור לו למחול על בזיונו מהא דיומא (דף כ"ג) כל ת"ח כו' כן יש ראי' דמלך אינו יכול למחול מהא דאמרינן שם ביומא (דף כ"ב) מפני מה נענש שאול מפני שמחל על כבודו שנאמר ובני בליעל אמרו מה יושיענו זה וישזוהו ולא הביאו לו מנחה ויהי כמחריש וא"כ לבד שאין כבודו מחול אלא שאסור לו למחול גם כן. ולכן אמרו חכמים לר"י בסנהדרין שם (דף י"ח) דאם רצה לחלוץ אין שומעין לו. ומבואר בירושלמי כרמב"ם ורש"י משום דאתה פוגם בכבוד המלך שהוא בזיון וא"כ מאחר דבבזיון איכא איסורא לכן אין שומעין לו וזה נכון:

ובכתובות (דף ס') איתא אמר אביי האי מילתא דאמור רבנן אפילו ביעתא בכותחא לא לישרי אינש במקום רבי' לא משום דמיחזי כאפקירותא אלא משום דלא מסתייעא מילתא וכ' תוס' בד"ה כאפקירותא ונ"מ שהיכא שהרב מוחל על כבודו דשרי ואפי"ה אל יורה דלא מסתייעא מילתא הואיל ורבו אצלו ע"כ. משמע מזה דהא דלא יורה במקום רבו הוא משום אפקירותא ואפי"ה מהני מחילה ומזה ראי' למש"כ לקמן (סי' כ"ו דמי שנתחייב מפני שהפקיר בב"ד ורצו למחול על כבודם הרשות בידם. ופ' הנס"מ (בפ' כ"ו) מהלכות סנהדרין דנשיא שמחל על כבודו כבודו מחול דהרי מכאן מבואר דאי לא מוחלין הי' אפקירותא וכשמוחלין שרי אפי' לכתחלה וכ"ש דיעבד וע"כ צ"ל כשמוחל לא הוי אפקירותא וא"כ בכל מקום שמוחל אין שייך בזיון וההוא דשאול וכל ת"ח דיומא כ"ב הוא כמו שביארנו שם דהוא במילי דשמי' ובדבר שהוא הפסד לא מהני מחילתו כמבואר שם (סי' כ"ו) בזה:

עוד נ"ל דאי הוי בזיון אין ת"ח יכול למחול מהא דכ' הרא"ש בפ"ק דקדושין בבנו והוא רבו דהוי סד"ר וחייבין לעמוד זה מפני זה ולכך מהר"ם מרוטנבורג שעלה לגדולה לא קבל פני אביו ולא רצה שאביו יבא אליו ותמוה דהא האב ות"ח שמחלו על כבודן כבודן מחול א"כ אמאי לא מחלו זל"ז ומצאתי בד"מ יו"ד (סי' ר"מ) שתמה כן ותי' דבמקום רבים שאין מכירין לאביו איכא בזיון וכ"כ ברמ"א (סי' ר"מ) ואכתי מה בכך דאיכא בזיון ימחול על בזיונו א"ו דבזה לא מהני מחילה:

והטו"א במגילה שם כ' ראי' דלא יכול למחול על בזיונו מהא דאמר בסנהדרין (דף פ"ד) רב לא שביק לברי' למישקל לי' סילקא מר ברי' דרבינא לא שביק לברי' למפתח לי' כוותא דילמא חביל לי' והו"ל שגגת איסור ואי אב יכול למחול על בזיונו א"כ על הכאתו נמי יכול למחול א"כ למה לא שבקו לבניהם למפתח כוותא ולמישקל סילוא הו"ל למחול

על כבודו א"ו כל כה"ג שהוא דרך בזיון אין כבוד האב מחול וה"ה לכבוד הרב והא דפריך התם א"ה אחר נמי ומשני אחר שגגת לאו בנו שגגת חנק אע"ג דאחר יכול למחול על הכאתו כדמוכח בב"ק (דף צ"ג) הא דפריך א"ה אחר נמי היינו בסתמא היכא דלא מחיל בהדיא ע"כ ומלבד דיש לחלק בין בזיון להכאה דבמיתה הוא מגזה"כ גם הא דכתב דבאחר מהני מחילה על הכאתו מב"ק (דף צ"ג) י"ל דהא התם מיירי לענין פטור ממון משא"כ באיסור לאו דלא יוסיף לא מהני מחילה וראי' דלא מהני מחילה בהכאה דאב דא"כ לא משכחת חיוב דמיתה במכה אביו דהא הוי התראת ספק דלא הוי התראה דשמא ימחול לו האב וגם בחובל בחבירו לא מהני מדמצריך קרא לתשלומין בכתובות (דף ל"ב) דמשלם ואינו לוקה תיפוק לי' דבלא"ה אינו לוקה דהוי התראת ספק דל"ש התראה ואף די"ל דהו"א דגזירת הכתוב הוא כמו בבן סודר ומורה דאם רצה האב למחול מוחל לו ואעפי"כ כל כמה דלא מחל לי' לוקה ובלא"ה הוי התראת ספק כמו שכ' רש"י בסנהדרין (דף ע"א) מ"מ מדחשיב בסנהדרין (דף פ"ח) שלשה דברים דמהני מחילה ואחד מהם בן סורר ומורה ואמאי לא חשיב גם מכה אביו א"ו דלא מהני מחילה בזה וא"כ מסתמא דגם לכתחלה לא מהני מחילה בזה וכמוש"כ:

ולפי מש"כ בשאילתות פ' משפטים להדיא הרב שמחל על כבודו כבודו מחול ולא הכאתו וקללתו ע"כ וא"כ לפי"מ דמשוה בזיון להכאה א"כ מבואר להדיא מזה דלא מהני מחילה על בזיונו ג"כ. ובחי' הר"ן בסנהדרין (דף ה') הביא דעת הר' דוד ז"ל דבתוך ג' פרסאות אפילו נטל רשות מרבו אל יורה. והר"ן ז"ל חולק עליו דהרב שמחל על כבודו כבודו מחול ולהנ"ל ס"ל דהר' דוד ז"ל ס"ל דבתוך ג' פרסאות הוי בזיון ולא מהני מחילה בזה: בהוריות (דף ט') תנן על שמיעת הקול ועל ביטוי שפתים ועל טומאת מקדש וקדשיו ב"ד פטורין והיחיד והנשיא והמשיח חייבין. וכ"כ הרמב"ם (פ"י מה' שגגות ה"ז) ותמהו על זה דהא דהרמב"ם כתב בפ"י מה' שבועות דמלך פטור שאינו ראוי להעיד. ומש"כ הכסף משנה דמיירי במלכי בית דוד דמבואר בסנהדרין דדן ודנין אותו תמהו דהא דאינו מעיד הוא מדאורייתא דשום תשים וא"כ אין חילוק בין מלכי בית דוד לשאר מלכים. וכן מבואר ברש"י שבועות (דף ל"א) דהא דמלך אינו מעיד מדאורייתא משום חשים וא"כ גם מלכי בית דוד אין מעיד דצריך בעמידה וזה אי אפשר דבזיון הוא. והנה בהוריות (דף ח') תנן אין חייבין על שמיעת קול כו' והנשיא כיוצא בהם דברי ריה"ג ר"ע אומר הנשיא חייב בכולם חוץ משמיעת הקול שהמלך לא דן ולא דנין אותו וחשבו המפרשים דהך משנה פליגא אמתני' דלקמן (דף ט') דמבואר דנשיא חייב בשבועת העדות וא"כ יש לבאר מדוע הרמב"ם (פ"י דשבועות) פסק כמתני' קמייתא דאינו מעיד ולא כבתרייתא.

ונ"ל לומר דתלמוד ערוך הוא בכריתות (דף כ"ו) אימא כי מתיידע לי' בתר יוה"כ נמי לא מייתי חטאת א"ר זעירא לא מצית אמרת דכתיב קרא ידיעה גבי חטאת וגבי נשיא וגבי צבור צריכי דאי כו' יחיד מנשיא לא אתי דאיכא ומיפרך מה לנשיא שכן אין בשמיעת קול תאמר ביחיד שכן ישנו בשמיעת קול וכו' מה לציבור ונשיא שכן אין בשמיעת קול תאמר כו' ופרש"י שם מה לנשיא שכן קי"ל שאינו בשמיעת קול דמלך לא מעיד ולא מעידין אותו ע"כ. והרי הכא אקרא קאי ומבואר דאינו מעיד מדאורייתא וא"כ מזה מבואר כמושכ"ל דלא כסמ"ע שכ' דעמדו אינו אלא מדרבנן אלא דהוא מדאורייתא דהרי מדאורייתא אינו מעיד וע"כ משום דצריך לעמוד וא"כ מבואר דועמדו הוא מדאורייתא ומשו"ה פסק הרמב"ם כן דסתמא דתלמודא הכי ס"ל. ובסתירת רמב"ם הנ"ל מחוורתא כמוש"כ בס' תוספות יוה"כ ביומא (דף ע"ד) דלכולהו תנאי ס"ל דמלך פטור משבועת העדות והא דקתני בהוריות והנשיא והמשיח חייבין האי נשיא לא. קאי אלא על ביטוי שפתים וטומאת מקדש וקדשיו אבל לא על שמיעת קול. ומה דנקט הרמב"ם (פ"י משגגות) המלך והמשיח מביאין קרבן על שבועת העדות ועל טומאת מקדש וקדשיו האי מלך אינו קאי אשבועת העדות אלא אמאי דשייך בי' אבל בשבועת העדות פטור וכן נ"ל נכון בזה:

ולפימש"כ הש"א בתשובה דרש"י שכתב בשבועות דמלך אינו מעיד הוא משום דאינו יכול לעמוד דזה לאו דוקא אלא דה"ה דהליכה לב"ד איכא גם כן בזיון למלך א"כ אין ראי' מכאן דועמדו הוא דאורייתא. אבל דצריך ביאור למה באמת לא פי' רש"י כן ונבאר לקמן בזה:

והנה לפי המבואר דת"ת קודם אי יכול למחול לכאורה לפי"מ דיליף בנדרים (דף ס"ב) דצורבא מרבנן באתרא דלא ידעי שרי למימר צורבא מרבנן אנא דכתיב ובני דוד כהנים מה כהן נוטל בראש כדכתיב וקדשתו לפתוח ראשון ולברך ראשון אף ת"ת כן וכיון דקי"ל באו"ח (סי' קכ"ח) דיכול הכהן למחול על כבודו דהכהונה שלהם וכ"כ הע"א בשם הסמ"ג (בסי' ר"א) אף ת"ח כן דתורה דילי' הוה. והרב שמחל על כבודו כבודו מחול גם בהך מילתא דקדימה. וכן משמע מהא דאו"ח (סי' ר"ב) דחכם ישראל אין רשאי לתת לכהן ע"ה לברך משום כהונה אלא אם רצה החכם לתת לו רשות שיברך אין בכך כלום ולא שייך בזיון וא"כ ה"נ בקדימה דיכול למחול על כבודו בזה: והנה מה שהביא הריב"ש דאי' דבבזיון אינו יכול למחול מפ"ב דיומא שהתלמיד חכם צריך שיהי' נוקם ונוטר כו' והנה במגילה (דף כ"ח) אמרינן לא עלתה על מטתי קללת חברי וכו' לכל מאן דמצער לי והרי אמרינן כל ת"ח שאינו נוקם ונוטר אינו ת"ח. ותי' בספר המאירי שם וז"ל

ההיא כשהקילוהו מתוך תוכחתו ומתוך דברי שמי' וכל שהוא לכבוד התורה ע"כ. וכ"כ הריטב"א ביומא שם. וא"כ אין ראית הריב"ש ראי' דהא דכל ת"ח שאינו נוקם ונוטר אינו ת"ח היינו במילי דשמיא אבל במילי דעלמא מוחלין ומחילתן מחילה. אמנם הרמב"ם (פ"ז מה' ת"ח) חילק בין בצינעה לבפרהסיא דבצנעה דרכן של ת"ת למחול משא"כ בפרהסיא אסור לו למחול על כבודו שזה בזיון התורה אלא נוקם ונוטר כדי שיבקש ממנו מחילה ויסלח לו. וא"כ להרמב"ם יש ראי' דעל בזיונו אינו יכול למחול וא"כ י"ל דעמידת ת"ח לפני ב"ד דהוי בפרהסיא אינו יכול למחול משא"כ להמאירי י"ל דיכול למחול כיון דאין הדבר אלא לעצמו ולא למילי דשמי' לכך יכול למחול. אלא דיש לומר דבפרהסיא גם המאירי מודה דאינו יכול למחול דהא כ' וכל שהוא כבוד התורה וא"כ אין לך כבוד תורה גדול מזה ולא חילק בין מילי דשמי' למילי דעלמא אלא בצינעא דגם בצינעא אם הוא במילי דשמי' אינו יכול למחול וא"כ גם לדידי' אינו יכול למחול לעמוד בב"ד. ולכאורה ק"ל להמאירי מאי פריך ביומא (דף כ"ב) אהא דכל ת"ח שאינו נוקם ונוטר וצערא דגופא לא והתניא הנעלבים ואינם עולבים שומעים חרפתם ואינם משיבים וכו' ואוהביו וכו' הא שם י"ל במילי דעלמא. וכן הא דפריך שם והאמר רבא כל המעביר על מדותיו מעבירין לו על כל פשעיו ג"כ מיירי במילי דעלמא. בשלמא הא דקמייתא י"ל דמיירי במילי דשמיא דומיא דעושין מאהבה אבל הא דבתרייתא שפיר י"ל כנ"ל. וצ"ל כמוש"כ הלח"מ להרמב"ם דאמאי לא משני דהא דרבא מיירי בצנעה דבלאו הכי משני שפיר כן נימא להמאירי דבלאו הכי משני שפיר גם כן. גם יש לחלק דע"כ לא מהני מחילה במילי דעצמו אלא במה שעבר אבל למחול לכתחלה גם בזה אינו יכול למחול. וע"כ על עמידתו בב"ד אינו יכול למחול. כן י"ל בזה. ובריטב"א ר"ה (דף י"ז) כ' ג"כ דהא דת"ח שאינו נוקם ונוטר מיירי במילי דשמי' ומה שהק' הא דפריך מהנעלבים ואינם כו' דילמא מיירי במילי דעלמא הוא פשוט דהא מוקים לא תקום ולא תטור בממון משום דניתן למחילה משא"כ בשאר דברים דלא ניתן למחילה וידוע דצערא דגופא לא ניתן למחילה וגם דבממון אינו מתבזה בכך. משא"כ במבזה אין נ"מ בין הוא במילי דעלמא בין הוא במילי דשמיא דסוף סוף אין זה כבוד התורה כן י"ל לשיטת הריטב"א דמדמה מילי דשמי' לשאר בזיון ורק בממון צריך הת"ח למחול כההוא דמגילה שם ע"ש בזה. והא דתנן באבות פ"ו ומוחל על עלבונו היינו במילי דעלמא או דעל עבר שאני אם אין בזה מיגדר מילתא כנ"ל בזה. ונ"ל דזהו שכ' הרמב"ם פכ"ו מה' סנהדרין (ה' ו') אבל מי שנתחייב נידוי מפני שהפקיר בב"ד ורצו למחול על כבודן הרשות בידן והוא שלא יהי' בדבר הפסד בכבוד הבורא כגון שהיו העם מבעטין בד"ת ובדיינים הואיל ופקרו העם

בדבר צריכין לחזק ולענוש כפי מה שיראה להם ע"כ. וא"כ מתורץ שפיר דהא דמגילה הוא בדבר שלא הי' הפסד משא"כ בהא דכל ת"ח הוא אם הדוד צריך חיזוק. והא דלא משני כן ביומא אפירכא דכל ת"ח צ"ל דבלא"ה מתרץ שפיר בזה:

ועוי"ל בישוב קושיית הפלאה דהיאך דוחה עשה דכבוד תורה לעשה דכקטן כגדול תשמעון הא יכול למחול ודמי להא דמבואר בכתובות דאי אמרה לא בעינא מי איכא לעשה כלל דלכאורה יש להבין מה בכך אי אמרה לא בעינא מ"מ כל כמה דלא אמרה כן הא איכא עשה וידחה ל"ת. וצריך לומר כיון דבאמת ל"ת חמיר מעשה כדאמרינן ביבמות (דף ז') לאו ל"ת חמיר מעשה אלא דגלי קרא בכלאים בציצית וכן מילה בצרעת מבשר אעפ"י שיש שם בהרת ימול בפר"א דמילה וגזה"כ הוא ולכך בעינן שיהא העשה דומיא דמילה בצרעת דלא אפשר לבטל העשה אבל הכא אי אמר לא בעינא מי איכא לעשה כלל. א"כ הדרינן לכללא דל"ת חמיר ואינו דוחה עשה כזה לל"ת וכן מבואר בתוס' שם בד"ה וניתי וז"ל ומ"מ ס"ד השתא היכא דאמרה בעינא לי' ליתי עשה ולדחי ל"ת ומסיק דאפילו אמרה בעינא לי' לא תשוב עשה דלא דמי למילה בצרעת ע"כ. וכ"ז אי אנו צריכין ללפותא דמילה בצרעת בזה בעינן שיהא דומיא דמילה בצרעת וכמו שמבואר שם. אבל אי אין אנו צריכין לבוא ללפותא דמילה בצרעת אלא מסברא דעשה דכבוד תורה עדיף, משאר עשה. וא"כ לא איכפת לן במה דבידו למחול דהא השתא מיהא לא מחיל. ומיושב ג"כ קושיית הטו"א בהא דעשה דכבוד תורה דוחה לעשה דועמדו ול"א דעשה דכבוד תורה קיל דאי בעי מחיל השתא מיהא לא מחיל:

ועוד:

י"ל לפימש"כ הסוטה בב"מ (דף ל"ב) לתרץ קושיית התוס' בכתובות (דף מ') אמאי איצטריך קרא דאין כיבוד אב דוחה שבח הא אי אמר לא בעינא מי איתא לעשה כלל. דשאני התם בכתובות דאי אמרה לא בעינא ליתא לעשה כלל. משא"כ בכיבוד אב אפילו כי אמר לא בעי' שייך מ"ע דמ"מ מצוה הוא בכל דבר אפילו אי אמר האב לא בעינא וא"כ ה"נ י"ל בכבוד הרב במכ"ש דבקדושין (דף ל"ב) איכא פלוגתא אי מחל הרב על כבודו אי כבודו מחול משא"כ באב ליכא פלוגתא ולכ"ע מחול דכ"ש דאפילו אי מחיל הוי מצוה ומעתה שפיר דוחה עשה דכה"ח אפילו אי אמר לא בעינא. וזה פשוט ונכון: (מבן המחבר גם אני בנו ותלמידו הרגשתי כבר בתירוץ זה ובתי' דבדחיית עשה לעשה לא שייך אי אמרה לא בעינא ונהנתי מאד שכוונתי בעז"ה לדעתו הגדולה דמר אבי הגאון הצדיק האמיתי הכ"מ ואני הוספתי עוד מתשובת הרדב"ז תשובה תקכ"ד (והיא כדברי הש"מ) שנשאל כן הא דקי"ל האב שמחל על כבודו כבודו מחול אם נפטר הבן ממצות

כבד את אביך ואת אמך ואם מכבד אותו כמכבד אינש דעלמא או לא ותשובתו שם דנפטר הבן מן העונש אם לא יכבד אבל אכתי מצוה איכא וכדברי הש"מ הנ"ל ואני הבאתי ראי' להרדב"ז הנ"ל מהא דאי' בקדושין (ד' ל"ב ע"א) רב הונא קרע שיראי באנפי רבה ברי' אמר איזל אחזי אי רתח אי לא רתח ודילמא רתח וקעבר אלפני עיר לא תתן מכשול דמחיל לי' ליקרי' וכו' ופי' התוס' שהודיעו קודם לכן ע"ש. א"כ אס"ד דאי מחיל האב ליכא מצוה א"כ במאי קמנסי לי' לברי' אי רתח אי לא רתח הא מחיל לי' א"כ פטור ממצות כיבוד אלא ודאי מוכח כהרדב"ז הנ"ל דממצות כבוד לא נפטר אף דמחיל האב ולזה שפיר הי' מנסי לי' בהמצוה דכיבוד אב ואח"כ מצאתי בספר אמרי בינה סי' צ"ו שהרגיש בזה וכ' דאולי הנסיון הי' על העבירה דכעס:

ולפענ"ד דוחק לומר כן דמפשטות הש"ס משמע דמיירי לענין כיבוד כמובן ואף למש"כ הרשב"א בתשובה (סי' י"ח) דעשה דכיבוד אב הואיל ואפשר למעקר דיכול למחול על כבודו הוי דומי' דאונס דאי אמרה לא בעינא לכך לא מברכינן כיון שאפשר למיעקרי' עשה דידהו שהרב שמחל על כבודו ואב שמחל על כבודו כבודו מחיל א"כ משמע לכאורה דשיטת הרשב"א אינו כן אבל באמת אין כאן שום פלוגתא דמה שדימה כיבוד אב לאונס הוא לענין ברכה כיון דאם מחיל ונפטר מן החיוב של כבוד אב א"כ לא נוכל לומר גם להרדב"ז בנוסח הברכה שתקנו חז"ל לומר וציוונו כיון דאי מחיל ליכא עליו חיוב ולא שייך וציוונו. ולפענ"ד אפשר ליישב קושיית הטו"א הנ"ל בפשיטות. דהנה כן עמדתי להקשות, לכאורה בהשבת אבידה דפריך הש"ס בב"מ (דף ל') דליל קרא דוהתעלמת הא הוי עשה ול"ת. דהא אפילו אי הוי אלא ל"ח לחוד ג"כ לא לידחי משום דאי בעי מחיל על האבידה ואין כאן מצות השבה וג"כ דמי להההיא דכתובות ומצאתי שכבר הקשה בן בש"מ שם ע"ש תי' דזהו תי' הש"ס שם מי דחינן איסורא מקמי' ממונא. א"כ ה"נ שפיר י"ל כן כאן דהחיוב בעשה דועמדו שהוטל על העד לעמוד לפני ב"ד ולהעיד הוא בשביל תביעת מטון חבירו והוא עד בדבר זה א"כ יש ביטול גם לעשה דועמדו אי התובע ימחול להנתבע ולכן שפיר יש לחשוב גם לעשה דעמידה לעשה דמחילה כבהשבת אבידה ואין לת"ח לעבור על כבוד התורה בשביל ממון שלו אף דגם בידו למחול כבוד התורה אבל כבוד התורה עדיף מעשה דעמידה ולכך אין חיוב עליו לעמוד ולהעיד לפני ב"ד ושפיר יכול להעיד מיושב ודו"ק:

ומה שהביא הטו"א ראי' דאין כח בעשה החמור לדחות עשה הקל משום חסרון דאי באי מחיל מהא דדריש בחולין (דף קמ"א) שלח תשלח לדבר מצוה ומוקי בגוונא דליכא אלא עשה לבד ולא ל"ח דס"ד דעשה דמצורע דגדול השלום ידחה לעשה. א"כ מבואר דאין

עשה החמור דוחה לעשה ול"ת אלא דעשה ול"ת עדיפי מעשה החמור ואפ"ה אין עשה ול"ת דוחה לל"ת משום דאי בעי מחיל מכ"ש דעשה דחמור נגרע משום דאי בעי מחיל ע"ש. ול"נ דהרי בב"מ (דף ל"ב) אמרינן דעשה דכיבוד אב הי' דוחה לל"ת ועשה אי לאו דגלי קרא אף דבעלמא אין עשה דוחה לל"ת ועשה. משום דהוקש, כבודו לכבוד המקום ועי' תוס' שם דה"ה דהומ"ל מאת ד' א' תירא אלא דניחא לי' לאתויי קרא דכיבוד והרי הא דעשה דכבוד תורה פרש"י בשבועות (דף ל') מדכתיב אח ד' א' תירא וא"כ הוקש כבודו לכבוד המקום. ובתוס' בכתובות שם (דף מ') הק' למה איצטריך קרא דכיבוד אב לא דחי שבח הא אי בעי מחיל וא"כ מי איכא לעשה כלל ותי' הקצה"ח (בסי' צ"ו) כיון דס"ד דהוקש כבודו לכבוד המקום אלים ומדחי עול"ת ה"נ לא איכפת לן במה דמצי מחול א"כ ה"נ בת"ח אף דבעי מחיל כיון דהוקש כבודו לכבוד המקום לא איכפת לן במאי דאי בעי מחיל. ובלא"ה אין ראי' הא דלא דחי עול"ת דאונס ל"ת לפימש"כ רש"י בב"מ והרי"ף שם דלא אלים ל"ת לצרף לעשה למדחי עשה ע"ש:

ולכאורה קשה אהא שפירש רש"י בשבועות עשה דכבוד תורה עדיף מאת ד' א' תירא ולא פירש מוהדרת פני זקן דקאי אזה קנה חכמה וע"כ דלא אלים עשה דוהדרת פני זקן למדחי עשה דועמדו אלא עשה דאת א' תירא דהוקש כבודו לכבוד המקום וא"כ הא התוס' בב"ק (דף מ"א) כ' אהא דאת דתירא לרבות ת"ח וא"ת מפני שיבה תקום ל"ל (פי' דס"ל דשיבה הוא ת"ח כמו שפי' בתרגום מן קדם דסבר באורייתא ועיין ר"ן פ"ק דקדושין) וי"ל דהכא ברבו מובהק כדתנן מורא רבך כמורא שמים א"נ ברבו מופלג דהוי כעין רבו ע"כ וא"כ אמאי כבוד תורה עדיף מעשה דועמדו אף בכל ת"ח שאינו רבו וצ"ל כיון דחזינן דברבו הוקש כבודו לכה"מ א"כ גם בכל ת"ח כן. ועיין תוס' קידושין (דף ל"ג) ד"ה ואימא שכתב וז"ל וי"ל דלא דמי דעמידה מפני זקן שייך לירא מפני השם כדאמר את ד' אל' תירא לרבות ת"ח ע"כ. וע"כ דגם זה בכלל הוקש כבודו וא"ש:

ולפי:

זה ניחא לי מה דהי' תמוה לי מריש הא שפ' רש"י בשבועות עשה דכבוד תורה את ד' אל' תירא ובכתובות (דף ק"ו) לענין אקדומי דת"ח קודם ודוחה לעשה דושפטתם צדק משום דעשה דכבוד תורה עדיף ולא פירש"י כלום בעשה דכבוד תורה. וכעת ראיתי דניחא. כי שם ניחא לי' לפרש גם משום דוהדרת פני זקן כי מי אינו יודע לפרש מאי עשה דכבוד תורה אבל בשבועות כ' לפרש כן ליישב בזה מה שהקשו התוס' שם וא"ת כ"ש כבוד מלך שהרי אינו יכול למחול על כבודו ואמאי אוקמא שמעון בן שטח לינאי המלך בסנהדרין (דף י"ט) וי"ל דשאני דיני נפשות דחמירי א"נ במקום שאין חכם מוחל

על כבודו חמיר כבוד תורה מכבוד מלך ומה שיכול למחול משום דתורה דילי' ע"כ ולכן פי' רש"י משום דאת ד' א' תירא לרבות ת"ח דדוקא עשה דכבוד תורה דהוקש כבודו לכבוד המקום דס"ד בב"מ הנ"ל דמשום זה דוחה אפילו לל"ת ועשה לכן אלים מעשה דועמדו. אכל כבוד המלך אינו אלא עשה בעלמא אמרינן מאי אולמא האי עשה מהאי עשה דועמדו. ומה שיכול למחול הוא משום דתורה דילי' וא"ש:

ועוי"ל דלכך כבוד תורה עדיף מכבוד מלך ישראל, והא דיכול למחול משום דתורה דילי' הוא לפי"מ שבארתי במ"א הא דאמרינן במגילה (דף ג') כבוד תורה דיחיד חמיר ת"ת דיחיד קיל ובארתי דהוא עפי"מ דאמרינן בהוריות (דף י"ג) חכם קודם למלך ישראל חכם שמת אין לנו כיוצא בו מלך ישראל שמת כל ישראל ראוים למלכות. ומעתה שפיר אמרינן דכבוד חכם חמיר מתלמוד תורה כי ללימוד התורה כל ישראל ראוים וכל ישראל מברכים ברכת התורה אבל חכם אין לנו כיוצא בו. ולכן שפיר אמרינן במגילה שם דאין מועד בפני ת"ח דכבוד חמור. וע"כ שפיר כתבו תוס' דכבוד ת"ח עדיף מכבוד מלך ישראל משים דחכם אין לנו כיוצא בו אבל מלך ישראל כל ישראל ראוים לזה וא"ש:

ובזה יובן גם כן הא דאמרינן בכתובות (דף י"ז) ת"ר מבטלין ת"ת להוצאת המת ולהכ"כ ובשלמא הא דה"כ הוא ככל המצוה שאי אפשר להתקיים ע"י אחרים דמבואר במועד קטן (דף ז') דמבטלין ת"ת אבל הוצאת המת אינו אלא בקרי ותני אמאי מבטלין ולהנ"ל אתי שפיר משום דכבוד התורה עדיף מלימוד התורה והוא מהי"ט דכתיבנא דחכם אין לנו כיוצא בו ולכן שפיר כתבו דבכל מת כן אם קרי ותני:

ויתבאר ג"כ הא דאמרינן בקידושין (דף ל"ג) ר' אלעי ור' יעקב בר זבדי הוו יתבו חליף ואזיל ר' שמעון בר אבא וקמו מקמי' א"ל חדא דאתון חכימי ואנא חבר ועוד כלום תורה עומדת מפני' לומדי' סבר לה כר' אלעזר דאמר ר' אלעזר אין ת"ח רשאי לעמוד מפני רבו בשעה שעוסק בתורה לייט עלי' אביי ע"כ. וע"ש ברש"י בזה והוא לפי הכלל הנ"ל דכבוד תורה עדיף מלימוד תורה. ולכן פסקו כאביי דמסייע לי' סוגיא דמגילה ולר"א קשה לכאורה מברייתא דמבטלין ת"ת להוצאת המת דמוכח דכבוד התורה עדיף מלימוד התורה וצ"ל דלא שמיעא לי' הך ברייתא או דס"ל דהא כבוד עדיף יותר מקומה. דבזה ודאי כבוד תורה עדיף מלימוד תורה וי"ל בזה. ובתוס' שבח (דף יו"ד) מבואר דד"ת עדיף מלימוד תורה. וי"ל אי הוצאת המת גדול וצריך להניח הד"ת או לא. ומבואר במ"א בזה:

ולפ"ז יתיישב שפיר קושיית התוס' בשבועות שם בד"ה עשה וכו' וא"ת כ"ש כבוד מלך שהרי אינו יכול למחול על כבודו ואמאי אוקמי' שמעון בן שטח לינאי המלך ותי' דשאני דיני נפשות דחמירי. אבל להנ"ל לא צריכין אנו לומר דוקא דיני נפשות דחמירי אלא

כיון דעשה דעמידה דבינאי דלא הי' דיני ממונות דאתייהב למחילה אין בידו להפטר מעשה דועמדו לכך לא דחי וה"ה עדות של שאר דברי איסור דליתא במחילה ג"כ לא דחי עשה דכבוד תורה וקצת אפשר לומר דזה ג"כ כוונת התוס' דדיני נפשות חמירי הוא מטעמא דכתבינא דליתא במחילה אבל מלשונם דיני נפשות חמירי משמע דוקא משום חומרא דדיני נפשות כמובן ועוד אפשר לומר דהחיוב דעשה ועמדו לפני הדיינים הוא משום כבוד הדיינים כמו שהחיוב לעמוד לפני ת"ח כך חייבה התורה לעמוד לפני הדיינים (ולאו דהחיוב בגדר כבוד התירה דהוא הדין לעמוד לפני דיינים אפילו הם ג' הדיוטות וכדמשמע משבועות (דף ל') הנ"ל דעשה דכבוד תורה עדיף מעשה דועמדו) וי"ל דכירם למחול על זה ושפיר גם עשה דועמדו אי' במחילה ולכאורה יש להקשות מהא דשבועות שם אמר רבה בר רב הונא האי צורבא מרבנן דאית להו דינא בהדדי מותבינן לי' לצורבא מרבנן ולע"ה וקשה לפמש"כ הריטב"א (בב"מ ד' ל') דתרי עשה אלימי טובא ודחי אפילו לל"ת ועשה א"כ היאך מצי' דחי עשה דכבוד תורה חרי עשה דעמידה. עשה דת"ח ועשה דע"ה וגם להתוס' ביבמות דאין נפ"מ בין תרי עשה לחד עשה דתרי עשה הוא בחד שם איסור אבל בעבירת העשה הוו בתרי פעולות ובתרי גופי' גם התוס' יודה בזה דחמירי טובא ואולי יש לומר דדוקא בתרי עשה מחולקין בשמות ובמק"א הארכתי וי"ל דבעשה דכבוד תורה יקיים ג"כ ב"ד ואיכא כמה עשין בכבוד התורה וביותר י"ל לפי מש"כ התוס' במו"ק (דף י"א) דנידוי חשוב עשה דרבים משום דמה שנוהג בב"ד חשיב עשה דרבים א"כ לכך גם עשה דעמידה דהוי בב"ד הוי עשה דרבים ולכך דחי אפילו תרי עשה דעמידה):

ובהא דת"ח דוחה לעשה דכקטן כגדול תשמעון אפילו כבר פתחו לי' בדיני' ראיתי להריטב"א בפ"ד דשבועות שכ' וז"ל ודעת רבינו רמ"ה ז"ל דלצורבא מרבנן דשרינן לי' תיגרא ברישא היינו אפילו פתחו בדינא אחרינא וכדאמרינן בההוא עובדא דהוה דינא קמי' וסלקי' ורבותי אומרים שז"א דאי עסיק בדינא אחרינא עסיק במצוה הוא שפטור מכל המצות ואפילו מצוה רבה ולא אמרו לת"ח ברישא אלא שאעפ"י שבאו לפניו קודם לזה בע"ד אחרים וקי"ל כקטן כגדול תשמעון לפטור אותם א' א' מסלקין להם משום עשה דככ"ת ע"כ. ואנן דפסקינן כרמ"ה דאפילו פתחו כבר מסלקי' ולא שייך עוסק במצוה פטור ממצוה בזה משום דלא אמרינן עוסק במצוה פטור מן המצוה אלא בשני מיני מצוות דעוסק באחת פטור מחברתה אבל אם שניהן ממין אחת אמרינן דאם תעסוק בשניה החמורה תרויח שתעשה גם המצוה שאתה עוסק בה כעת. וגם שהוא מצוה חמורה א"כ כשיקדים לת"ח הוא המצוה שעוסק בה כעת לדון דין אדם לחבירו וירויח

שיקיים עשה דכבוד תורה לכן יקדים לת"ח אף אם כבר פתחו בדינא ג"כ ולהריטב"א ז"ל הא דאיצטריך קרא דכקטן כגדול תשמעון ול"א דבלא"ה אינו יכול להקדים דעוסק במצוה פטור דס"ל דגם בלא פתחו הוי דאורייתא דלא הוי עוסק במצוה אז. וכן מוכח דס"ל כן כיון דת"ח אינו דוחה אלא בשלא פתח א"כ אי לא הוי אלא דרבנן לא הי' צריך לומר דעשה דכבוד תורה עדיף תיפוק לי' דהוי דאורייתא א"ו דגם בשלא פתחו כקטן כגדול תשמעון הוי דאורייתא. והא דלא הביאו הפוסקים דעת ריטב"א בשבועות משום דבכתובות (ד' ק"י) הסכים דגם אם פתחו כבר צ"מ קודם ומשום אין מעבירין על המצות ליכא דכבר כ' הטו"א דאי מצוה עדיפא ל"ש אין מעבירין על המצות בזה:

לפימש"כ הסמ"ע דהא דמצוה להקדים את שבא לפניו תחלה קודם ששמע טענותיהם אינו אלא מדרבנן. נ"ל דאם עפ"י משגה התחיל לשמוע טענת המאוחר אינו מפסיק וכדאמרינן כה"ג בזבחים (דף צ"א) התדיר ושאינו תדיר תדיר קודם ואי אקדים לאינו תדיר והתחיל גומר ג"כ. ועוד דהדר הוי דאורייתא ולא אתי הדרבנן ודחי לדאורייתא. ולפי"ז אין לתרץ מה שהק' ל"ל דכקטן כגדול תשמעון תיפוק לי' דאין מעבירין על המצות דנ"מ לענין דיעבד כמוש"כ תוס' במגילה (דף ו') בד"ה מסתבר דבדיעבד באמת מה שעשה עשוי אלא די"ל ג"כ כמוש"כ לתרץ מהא דעוסק במצוה דיש חילוק בין נפרדות ובין מצוה אחת אלא שהאנשים נפרדים וכמוש"כ החכ"צ (שאלה ק"ו) דבשני מצות אין מעבירין על קלה מפני חמורה משא"כ בחד מצוה. ומש"כ שם בבהמה אחת הוא משום דתמיד ומוסף הם כב' מצות לכן כ' בהמה אחת ע"ש בזה:

ועוי"ל דלא הוי בזה עוסק במצוה דהרי מצוה דושפטו את העם הוא כמו לימוד התורה וכדאמרינן בברכות (דף ז') מהו דתימא דינא שלמא בעלמא הוא קמ"ל דין נמי תורה ואף דהתוס' בשבת (דף י') כתבו דדין עדיף מתורה מ"מ הוא בכלל לימוד התורה אף דעדיף יותר מלימוד דעלמא וכמו דאמרינן בירושלמי פ"ק דברכות דמקשה אמאי לא הפסיקו לק"ש דאורייתא ומשני זה שינון וזה שינון פי' דק"ש הוא בכלל לימוד ואף דבק"ש עדיף מ"מ הוא בכלל הלימוד והרי בקדושין (דף ל"ג) מבואר דבשעת לימוד צריך לעמוד מפני ת"ח ובשעה שלומד צריך לעמוד מפני לומדיה ע"ש. וא"כ ליכא בזה משום עוסק במצוה פטור מן המצוה דבעת שיושב בדין דהוא בכלל לימוד חייב לקום לפני לומדי' וה"ה לאקדומי שכבוד ת"ח ידעינן מקומה וכמוש"כ במ"א בזה. ובמגילה (דף ג') מבואר דכבוד תורה עדיף מלימוד תורה ולכך מקדימין לת"ח בזה. ובהכי ניחא הא דקי"ל פ"ב דברכות (דף י"ג) דמשיב מפני הכבוד באמצע ק"ש ופי' הרמב"ם דהיינו אביו ורבו ואמאי חייב הא עוסק במצוה פטור ממצוה. ולפ"מ שנתבאר ניחא דק"ש דהוא בכלל לימוד אינו פוטר

מכבוד אב ות"ח גם כן דגדול ת"ת יותר מכיבוד אב ואם אפשר להתקיים ע"י אחרים הלא בכל המצות כן. אלא דשם יש לומר דבעוסק במצוה דרבנן לא מיפטר מדאורייתא וכדמשמע לי מהא שכתב רבינו יונה בפ"ג דברכות אמתני' דקברו את המת וחזרו דאם אין יכולין לגמור עד שלא יגיעו לשורה לא יתחילו וז"ל וטעמא דמילתא משום דתנחומי אבלים מדאורייתא דבכלל גמילות חסדים הוי. וגמילות חסדים מן התורה כדאמרינן והודעת להם את הדרך זו גמ"ח ולפיכך אמרו דכיון שעוסק במצוה פטור מן המצוה ואעפ"י שכבר נקבר המת לא יתחילו ע"כ. משמע להדיא דדוקא בעוסק במלוה דאורייתא פטיר ממצוה אבל לא בעוסק במצוה דרבנן. ולכך שואל בין הפרקים מאחר דהדאורייתא יצא בפסוק ראשון. ועיין ש"א (סי' ל"ז) שכתב בספק מצוה דאורייתא אינו פיטר מצוה אחרת וא"כ כ"ש דרבנן אינו פוטר. ולהרמב"ם דס"ל ספק דאורייתא לחומרא אינו אלא מדרבנן מ"מ במצוה לדעת כמה אחרונים מדאורייתא לחומרא ואפ"ה אינו פוטר:

ולכאורה מסתבר כיון דעוסק במצוה קלה פוטר מצוה חמורה א"כ אפילו בדרבנן נמי שייך כן כיון דאינו מטעם דחי' אלא מטעה פטור מה לי דאורייתא מה לי דרבנן והר"י שכתב דאורייתא י"ל דלאו דוקא נקט ולכן ח' הראשון עיקר כנ"ל בזה:

אמנם התוס' בב"מ (דף כ"ה) בד"ה ואם נטל כ' דהיכא דחייב מספק בשמירת אבידה הוי ש"ש לר"י ע"ש אלמא דגם ספק מצוה דאורייתא פוטר מצוה אחרת, ואולי ס"ל דספק ממון עניים לקולא ולכן פטור:

וכן משמע מהא דקי"ל בברכות (דף י"ד) דגם בהלל פוסק ובזה לא שייך התירוץ שכתבנו בק"ש וע"כ כיון דהלל דרבנן אינו פוטר. מיהו גם בהלל יש לומר דהוי כקורא בתורה כמוש"כ תוס' בסוכה (דף מ"ד) ע"ש בזה. ועיין לקמן (סי' רס"ג) מש"כ דהא דעוסק במצוה פטור ממצוה לא לבד שהוא פטור אלא שאינו רשאי גם כן. וכן מוכח מהא דבריטב"א פ"ט דס"ל דבפתחו בדינא לא מקדמינן לת"ח. ואי הי' רשות לא הי' שייך זה א"ו דאינו רשאי גם כן אמנם מהרמב"ם (פט"ו מה"א) שכתב ואם הי' עוסק בתורה ה"ז מותר מלהתאחר לישא שהעוסק במצוה פטור ממצוה וכ"ש ת"ח וא"כ מבואר דאין איסור. וגם מהריטב"א אין הכרח דאיסורא קאמר אלא דאין חיוב קדימה בזה. וכן משמע מהש"א (סי' ל"ז) ואפשר לחלק באם אפשר לקיים שתיהן רשאי משא"כ בא"א לקיים שתיהן. ולומר דהא דפוסק לק"ש ולהלל הוא משום דכבוד ת"ח עדיף דאינו מיפטר בעוסק במצוה הא כתבנו לעיל דזה לא מסתבר. ואדרבא מבואר ביו"ד (סי' ר"מ) דבעוסק במצוה פטור מכיבוד אב אף שאפשר לומר דגדול כיבוד אב מכבוד ת"ח כמוש"כ הרשב"א בתשובה (סי' שכ"א) ואפ"ה פטור מכ"ש כבוד ת"ח לכן העיקר כמוש"כ בזה:

ובמהרי"ט (ה' סוכה) כתב וז"ל שלוחי מצוה פטורים מסוכה אמהר"יסגל דהוא דוקא אי לא אפשר למעבד תרווייהו ואי יכול לקיים גם מצות סוכה יעשה. דכה"ג בעי התם אטו אם מעוטף בטלית ותפילין בראשו וקורא ק"ש ורבו עובר לפניו לא יחלוק לו כבוד ומסיק ודאי יעמוד לכבודו משום דמצי לקיים תרוויי' ע"כ. ולפ"מ שביארנו בקורא ק"ש בלא"ה צריך לעמוד דבת"ח מסקינן בקדושין לא שייך עוסק במצוה אלא צריך לעמוד. וכל דברינו הוא לשיטת הרמב"ם לפמש"כ הובא במ"א (סי' ל"ח סק"ט) דאינו מחלק בין אפשר לקיים שתיהן או לא אבל להרמ"א שם בלאו הכי ניחא הא דמשיב מפני הכבוד באמצע ע"ש. דיכול לקיים שתיהן דומיא הא דסוכה שכ' הר"ן בפ"ב דסוכה ע"ש בזה:

בהא דבת"ח אפילו בא לבסוף מקדמינן לי' משום עשה דכבוד תורה עדיף אף דאינו מבואר בש"ס אפילו בא לבסוף ועיין בפוסקים בזה. ומ"מ עשה דכבוד תורה עדיף משמע אפילו להפסיק ולהקדים של ת"ח. ועיין חולין (דף מ"ו) אמר עולא הוה קאימנא קמי' דבן פזי ואייתו לקמי' עופא ובדק עד בין אגפים ושלח לי' דבי נשיאה וקם ואזל ולא ידענא אי משום דלא צריך למיבדק טפי אי משום כבוד דבי נשיאה הרי דמשום כבוד נשיא עדיפא לי' ולא הורה אף שהתחיל וה"ה כבוד ח"ח גם כן:

הנה הא דהביא הרמ"א הב"י בשם הריטב"א דגם קרוב קודם לשאר אדם אם לא פתחו והוא מש"ס כתובות (דף ק"ו). יש לחקור אם הוא דוקא בחיי הת"ח או אפילו לאח"מ. ומהא שכ' תוס' בשבועות (דף ל') דאין בא"ח לאח"מ עשה דכבוד תורה עדיף אין ראי' דהמות מפריד. דאע"ג, שכ' התוס' בב"ב (דף קי"ד) ד"ה מה דלא מפקיע מיתה השארות דלאח"מ נמי מקרי' שארו מ"מ הא מותרת להנשא ושאר דברים לכן אין בזה כבוד תורה משא"כ קרוב. ובשו"ת מים עמוקים שאלה (נ') אהא דמבואר בגיטין (דף נ"ט) גבי כהן קורא ראשון אחריהם מי קורא ח"ח הממונים פרנסים על, הציבור ואחריהם ת"ח הראוים למנותם ואחריהם בני ת"ח שאבותיהם ממונים פרנסים על הציבור כ' איברא כו' דבירושלמי יש ובחיי אביהם ולא מצאתי זה בירושלמי. ומסיק ואפשר דהיינו דוקא שלא להקדימן לראשי כנסיות אלא בחיי אביהן ולא לאח"מ דראשי כנסיות נמי עדיפי אבל מ"מ צריך לנהוג בהן כבוד אפי' לאח"מ ע"כ. וא"כ י"ל דה"ה לעשה דושפטתם צדק אין דוחה לאח"מ ומש"כ שם דבא' חבר לאתר מיתה מ"מ מצוה איכא מבואר שם להדיא ברא"ש פ' שבועת העדות דחיובא דרבנן איכא ע"ש בזה:

מה שצידד שם בתשו' הנ"ל דכבוד הרב דוחה לאבילות די"ב חדש דכבוד הרב דוחה לכיבוד אב י"ל ג"כ דכבוד הרב דאורייתא כמוש"כ רש"י בשבועות (דף ל') וי"ב חדש אינו אלא דרבנן ודאורייתא עדיפא מדרבנן. איך שיהי' י"ל גם כאן אם בא בנו של הרב וכדומה

אם ירצה לכבד את הרב ולהקדים דינו של קרובו שפיר דמי דומיא דההיא עובדא דנכנס לסעודת בנו של הרב לכבוד הרב ודוחה לכיבוד אב. שוב מצאתי בנתיבות בפשיטות דלאח"מ ליכא עשה דכבוד תורה בקרובו של ת"ח ע"ש ולעד"נ כמוש"כ בזה:

נ"ל בבא לדון לפני ב"ד קרוב שנתרצה לדון לפניו שהוא קודם לשאר בע"ד שאינן קרוביו לפימש"כ החכ"צ (שאלה ע') דחיוב ללמד תורה קרובו קודם לשאר בני אדם בק"ו מצדקה שהוא חיי שעה קרובו קודם מכ"ש חיי עולם, וכיון דאמרינן בפ"ק דברכות דדין נמי תורה א"כ קרובו קודם לשאר בני אדם וא"כ ה"ה דקרובו קודם לת"ח ג"כ אם לא שהוא רבו כמבואר בחכ"צ שם לענין מצות מילה, וה"ה לשאר ענינים אם הנשאל קרובו הוא קודם לכל: וגם נראה לי דקרובו של ת"ת אינו יכול למחול על זה מאחר דאינו בשבילו אלא בשביל החכם והוא אינו כאן שיאמר שמוחל. וכיוצא בזה כתב הרמב"ן. וכן למש"כ בס' שבו"י דבנו של חכם יש להקדים דהבן אינו יכול למחול: יש לחקור ברבים שבאו לדון ע"ד צרכי ציבור וכדומה אם יש להם דין קדימה ליחידים או לא. והנה בבאו בבת אחת פשיטא דציבור קודם וכדאמרינן בהוריות (דף קי"ג) שעיר ע"ג קודם לשעיר נשיא מ"ט האי ציבור והאי יחיד. וכן אמרינן התם פר כהן משיח ופר העדה פר כהן משיח קודם לפר העדה בכל מעשיו הואיל משיח מכפר ועדה מתכפרת דין הוא שיקדים המכפר למתכפר. הא לאו הכי פר העדה קודמין אלמא דיש לרבים דין קדימה. ופרשתי בזה הא דאמר במלכים (א' י"ח) בחרו לכם הפר האחד ועשו ראשונה כי אתם הרבים והכא נמי לענין לאקדומי דינם ודאי רבים קודמין ליחודים. וכיוצא בזה מבואר ביו"ד (סי' של"ה) דניחום אבלים קודם לבק"ח וביאר הרמב"ם פ"ב (מה' אבל) הטעם דבניחום אבלים עושה חסד עם החיים ועם המתים. אלמא דמידי דנוגע לרבים קודם למידי דנוגע ליחיד. ובהא דתנן (בפ"ד דביכורים מ"ג) כל בעלי אומניות שבירושלים עומדין לפניהם ושואלין בשלומם. כתב הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה וז"ל והעיקר אצלנו אין בעלי אומניות רשאין לעמוד מפני תלמידי חכמים. אבל חייבנו לאלו לעמוד לפי שהנכנסים הם קהל וכבוד צבור שאני עכ"ל. הרי דכבוד ציבור עדיף מכבוד ת"ח ואם מקדימין מפני ת"ח משום כבודו כ"ש דמקדימין לצבור ג"כ. ודברי הרמב"ם משמע שפי' כר' יוחנן בקדושין (דף ל"ג) מפניהם עומדים מפני ת"ח אין עומדים. ולא כריב"א דאמר שם בא וראה כמה חביבה מצוה בשעתה שהרי מפניהם עומדים מפני ת"ח אין עומדין. ודלמא שאני התם דא"כ אתה מכשילן לעתיד לבא אלא כר' יוחנן דאמר סתמא מפניהם עומדין מפני ת"ח אין עומדין. ופי' הרמב"ם כונתו משום שהם רבים לכן עדיפי מת"ח גם כן. [והנה על דברי הרמב"ם יש לדקדק מהא דמבואר בסוכה (דף מ"א) הולך לבק"ח

ולנחם אבלים לולבו בידו וכ"ה ברמב"ם פ"ד מה' לולב (הלכה כ"ח) ולהרמב"א דניחום אבלים קודם לבק"ח הי' לו לשנות ניחום אבלים קודם וי"ל. אמנם יש סיוע מהא דבשבת (דף י"ב) בקושי התירו לנחם אבלים ולבקר חולים בשבת אלמא דנקיט ניחום אבלים קודם לבק"ח. ומבואר כהרמב"ם בזה]. ולפי מש"כ הרמב"ם בפ"ד דביכורים דכבוד צבור עדיף מכבוד ת"ח. א"כ אם באו לדין צבור ות"ח צבור יש להם דין קדימה נגד ת"ח גם כן. וראי' לזה דכבוד צבור עדיף מכבוד ת"ח מהא דמגילה (דף כ"א) דקורא בתורה מעומד. ופרש"י משום כבוד צבור. והרי גם ת"ח קורא מעומד דומיא דקרא דמייתי מואתה פה עמוד עמדי אלמא דכבוד צבור עדיף מכבוד ת"ח ג"כ:

ובזה מבואר מש"כ תוס' ברכות (דף י"ד) ד"ה למה קדמה פרשת שמע לוהי' אם שמוע דהי' לנו להקדים והי' אם שמיע שהיא מדברת בלשון רבים. משום דרבים יש להם קדימה בכל מקום. ולכן פריך למה קדמה שמע לוהי' אם שמע: אבל אם הכין עצמו לשמוע טענת היחיד ואח"כ באו הצבור ואיכא עליו עשה דכקטן כגדול תשמעון מי אלימא כבוד צבור כמו עשה דתורה למדחי עשה או לא, וראיתי ע"ש הגאון מהר"א אבלי מווילנא זצ"ל שדבר זה מתבאר מהא שכתב הרשב"א בתשובה (שאלה קט"ו) וז"ל שאלת עוד היכא דהוי ספר תורה פתוח לקרות בו והי' כהן בבית הכנסת עסוק בתפלה במקום שאינו רשאי להפסיק אם ממתינין לו עד שיסיים תפלתו ולטרחא דצבורא לא חיישינן משום דכתיב וקדשתו או לא. תשובה מסתברא שאין ממתינין לו שלא בכ"מ אמרו שיקדים כהן שהרי במקום תלמיד חכם ואפילו גר קודם לו ולא יהא כבוד הצבור קל מצורבא מרבנן עכ"ל. וכ"ה באו"ת (סי' קל"ה ס"ה) הרי דמדמה כבוד צבור לכבוד ת"ח. א"כ לענין עשה דכקטן כגדול נמי כן. והנה אף כי יש לדון בראיתו מ"מ נ"ל בצרכי צבור דמבואר בירושלמי העוסק בצרכי רבים כאלו עוסק בד"ת והובא כן להלכה ברמב"ם (פ"ו מה' תפלה ה"ח ושו"ע סי' ע' ס"ד) כן בודאי קודמין ליחיד וכן משמע מהא שכתבו תוס' במס' ע"ז (דף י"א) וי"ל דשאני כבוד המלך שהוא כבוד לכל ישראל ואתי כבוד רבים ודחי צב"ח עכ"ל וכיון דכבוד רבים דוחה איסור דאורייתא ה"ה דדוחה עשה דכקטן כגדול תשמעון. מיהו לפ"מ דאמרינן במגילה (דף ג') מבטלין ת"ת ובאין לשמוע מקרא מגילה קל וחומר מעבודה כו' ועבודה חמורה מת"ת והכתיב כו' לא קשיא הא דרבים הא דיחיד ופרש"י דרבים דהתם כל ישראל הוו. הרי הגם דמבטלין גם ת"ת דרבים מפני מקרא מגילה מק"ו דעבודה מ"מ ת"ת דרבים דכל ישראל חמור מעבודה וכמוש"כ הב"ח (סי' תרפ"ז) שכן דעת התוס' ע"ש. א"כ ה"נ י"ל דע"כ לא כתבו התוס' דכבוד רבים דוחה לאיסור דאורייתא אלא כבוד רבים דכל ישראל משא"כ כבוד רבים

דמקצת ישראל אינו דוחה גם לעשה. ואפי' לפמש"כ המג"א שם דגם רבים דכל ישראל מחוייבין במקרא מגילה וא"כ אין ראי' לחילוק זה. מ"מ אפשר לחלק כן לענין כבוד רבים בין רבים דכל ישראל לרבים דמקצת ישראל ודו"ק. ובמועד קטן (דף כ"א) כבוד רבים שאני אף דשאילת שלום להרמב"ם פ"ב (מה' אבל) מדאורייתא ע"ש:

ובזה י"ל מהא שפירש"י בפ' נצבים ראשיכם שבטיכם זקניכם ושוטריכם כל איש ישראל החשוב חשוב קודם ואח"כ כל איש ישראל. ולהנ"ל הי' צ"ל כל איש ישראל תחלה שהם רבים ויש לומר דבתחלה אמר אתם נצבים כלכם דזה הוא הכלל כולו ואח"כ פורט והולך זקניכם כו' כל איש ישראל היינו כל יחוד ויחיד בפני עצמו. וזה נכון:

ויש לבאר ג"כ כמה יהיו שיהי' שייך בזה כבוד רבים. ומצינו דרבים הוו שנים או שלשה בגיטין (דף מ"ו) וא"כ למ"ד שנים לעולם לא יקויים עשה דועמדו. וע"כ דכבוד רבים אינו שייך אלא במספר היותר מזה. ואינו מבואר בכ"מ דאיכא כבוד רבים כמה יהיו שיהי' שייך בזה כבוד רבים. אמנם נ"ל דכבוד רבים עכ"פ בדאיכא עשרה אז שייך בזה כבוד רבים, ויש ראי' לזה מהא דאמרינן בפסחים (דף קי"ז) אמר רבא כו' דצלותא בין בשבתא בין ביומא טבא מקדש ישראל בקידושא דשבתא מקדש השבת ביומא טבא מקדש ישראל והזמנים וכו'. טעמא דידי צלותא דברבים איתא מקדש ישראל קידוש דביחיד איתא מקדש השבת. ביומא טבא מקדש ישראל והזמנים ולא הוא צלותא ביחיד מי ליתא וקידושא ברבים מי ליתא. ורבא סבר זיל בתר עיקר ופירש"י ורשב"ם דברבים איתא משום כבוד רבים אומר מקדש ישראל. ועוד פי' רשב"ם קידוש ברבים מי ליתא בב"ה ובסעודת חתן ע"כ. והרי צלותא ברבים וקידוש בבהכ"נ וכן סעודת חתן הכל בעשרה וש"מ דכבוד הרבים הוי בעשרה. וכ"מ מהא דקריאת המגילה בצבור דמעומד מפני כבוד הציבור. וכן הא דתשובת הרשב"א שא"צ להמתין על הכהן הוי הכל בעשרה. ולכן בהא דכבוד הרבים בעשרה ולא פחות דאז הוי כיחיד כן נ"ל בזה. ועיין מגילה (דף כ"ג) ואין עושין מעמד ומושב פחות מעשרה כיון דבעי למימר עמדו יקרים עמדו. שבו יקרים שבו בציר מעשרה לאו אורח ארעא:

ומה שכתבתי לעיל מהרמב"ם דביכורים דכבוד רבים עדיף מת"ת. נראה לי כן מהא דמבואר בירושלמי (פ"ג דברכות ה"א) מהו שיטמא כהן לכבוד הרבים תני היו שם שתי דרכות מתאימות אחת רחוקה וטהורה ואחת קרובה וטמאה אם היו הרבים הולכים ברחוקה הולך ברחוקה ואם לאו הולך בקרובה מפני כבוד הרבים. עד כדין בטומאה של דבריהם. בטומאה שהיא מדברי תורה מן מה דמר ר"ז גדול כבוד הרבים שדוחה את ל"ח שבתורה שעה אחת הדא אמרה אפי' בטומאה שהיא מד"ת עכ"ל. אלמא דכבוד הרבים

דוחה טומאה דרבנן לכ"ע אלא דמסיק דגם טומאה של תורה דוחה. שאין טומאה נדחית מפני כבודו ואפי"ה נדחה מפני כבוד הרבים. אלמא דכבוד רבים עדיף מכבוד ת"ח ולכן דוחה עשה דכקטן כגדול תשמעון ג"כ. וכן למש"כ (סי' י"ז) לענין ועמדו דלא מבעיא למה שכ' שם המגי' בט"ז דועמדו אינו אלא מדרבנן דגדול כבוד הבריות שדוחה את ל"ת דרבנן בברכות (דף י"ט) וכ"ש כבוד רבים. אלא אפילו גם אי הוי דאורייתא כמוש"כ שם י"ל דנדחה מפני כבוד הרבים במכ"ש ממה דמצינו שנדחה מפני כבוד ת"ח כיון דכבוד רבים עדיף מכבוד ת"ח וכמו שמבואר לשיטת הירושלמי שמבואר לעיל בזה:

וכן מצוה להפוך בזכותו. כתב הסמ"ע דבזה"ז אין דין ת"ח. ובתומים כ' כיון דבגמרא נאמר בלשון צורבא מרבנן ופירושו בחור חריף וזה איכא גם בזמן הזה ע"ש. והנה בכתובות (דף כ') אמרינן הני בי תרי דידעי סהדי כו' ואי צורבא מרבנן הוא אפילו עצמו. וכתב רמ"א בתשובה (סי' מ"ד) דאין זה נוהג בזמן הזה. ולזה הסכים האורים בעצמו (בסי' כ"ח) דמי יחלוק על הרמ"א בלי ראי' ע"ש. וכ"כ ה"ה (בפ' כ"ג מה' שבת ה"ג) על השמטת הרמב"ם דין צורבא מרבנן בשבת (דף קל"ט) לפי שאין צורבא מדרבנן מצוי. [הרי להדיא דלא כמש"כ התומים. וכאלה ת"ל שכיחים גם בזמנינו ע"ש] אך לעומת זה מצינו במועד קטן (דף י"ז) אר"י צורבא מרבנן עביד דינא לנפשי'. והרמ"א בתשובה (סי' נ"ב) כתב זה למעשה גם בזמנינו ע"ש. וכן בב"ב (דף כ"ב) אי צורבא מרבנן נקיט לי' שוקא. וכן בנדרים (דף נ"ח) צורבא מרבנן אנא שרי לי תגראי ברישא. ומתבאר בתשובת רמ"א (סי' יו"ד) דגם בזמן הזה שייך זה ע"ש. ובסמ"ע לקמן (סי' רס"ב) אי הא דמהדרינן אבידתא לצורבא מרבנן בטביעותא דעינא נוהג גם עתה ע"ש. ומתבאר מכל זה דאין הענינים שוין. ולענין להפוכי בזכותא דנוגע לכבוד התורה וכמו שהאריך התומים. וכתב זכר לדבר מתשובת מהרי"ק וכן מצאתי ברדב"ז ח"ג (סי' תקי"ח) שכ' בשעתו תיתי לי דכי אתא צורבא מרבנן לא מזיגנא רישא אבי סדיא ע"ש בזה. וכן מתשו' מהרי"ט ח"ב (סי' י"ז) מסתברא דגם בזמנינו ראוי לנהוג כן:

ומהרי"ל בתשובה כתב דאין לנו דין ת"ח בזמה"ז ויפתח בדורו כשמואל בדורו הוא לענין לשמוע אליו ולא לענין כבוד. ועיין רש"י בחומש (דברים י"ז) שכ' על ועמדו שני אנשים כו' בימים ההם יפתח בדורו כשמואל בדורו שצריך אתה לנהוג בו כבוד ע"כ. הרי דגם לענין כבוד ח"ח נוהג בזמה"ז גם כן:

סעיף ב':

היו לפניו דינים הרבה מקדימין דין היתום לדין האלמנה וכו' ודיני קדימה נכלל במ"ע דבצדק תשפט עמיתך. כ"כ החינוך במ"ע (סי' רל"ו) בויקרא. וברש"י כתיבות (דף ק"ו)

מושפטתם צדק ועי' בח"א שם בזה. יש לעיין בהא שהשמיט הרמב"ם מימרא דר"ל בסנהדרין (דף ח') דדריש מכקטן כגדול תשמעון שיהא דין של פרוטה כדין של מאה מנה ופריך למאי הלכתא אילימא לעיוני' ולאפסוקי פשיטא אלא לאקדומי. והביא הא דלעיוני ואפסוקי בפ"כ מה' סנהדרין והא דלאקדומי לא הביא כלל בהלכותיו שם ובפכ"א לא כתב אלא הא דהיו לפניו דינין הרבה ונראה שמפרש פירוש אחר בהא דלאקדומי. ולקמן נבאר בזה:

והנה תמהו על הרמב"ם דא"כ כ"ש דדין היתום קודם לת"ח והרי בכתובות (דף ק"ה) מבואר אמר מדשלח לי הכי ש"מ קריבי' הוא הוה קאים דיני דיתמי קמי' אמר האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף הרי דסלקי דינא דיתמי משום ת"ח. ונ"ל ליישב בפשיטות דע"כ ל"א דיתום קודם לת"ח אלא ביתומים קטנים דב"ד אביהם של יתומים ומחוייבים להטפל להם קודם לכולם דגם על הת"ח מוטל זה למחול על כבודו ולהקדים דין היתום לדינו. אבל ביתומים גדולים או ביש להם אפוטרופס דמיין ככל האדם. ומחייב האפוטרופס או יתומים גדולים לחלוק כבוד להקדים דין הת"ח לדיניהם וזה ברור. ויש להסביר די"ל דלכך עשה דכבוד תורה עדיף דעשה דכקטן כגדול תשמעון אינו אלא בדיינים ואינו שוה בכל. משא"כ עשה דכבוד תורה שוה בכל. ועשה השב"כ דוחה לעשה שאינו שוה בכל. ומה גם כי עיקר טעמא דכקטן כגדול תשמעון הוא בשביל הבע"ד ואי ניחא לי' שיקדים דין חבירו לשלו ליכא בזה קדומה ועליו מוטל לקיים עשה דכה"ת לכן אמרינן דעדיף. משא"כ הת"ח אי מחיל לא מקיים מידי דכקטן כגדול תשמעון אינו מוטל אלא אב"ד לבד. ובזה ניחא הא דלא פי' רש"י כאן עשה דכבוד תורה מאת ד' אלקיך תירא כמו בשבועות (דף ל') דהכא מלחא בטעמא כמוש"כ משא"כ בשבועות בועמדו דליכא ה"ט כ' טעמא אחרינא בזה. וכ"ז בגדולים אבל בקטנים דלאו בני מצוה נינהו ליכא בהו האי עשה דכה"ת ולכן חל שפיר על זה כקטן כגדול תשמעון ודיניהם קודם ואם כן י"ל שפיר בכתובות מיירי ביתומים גדולים או ביש להם אפוטרופס דאיכא בהו חיובא דכה"ת ולכן סלקי לדינא דיתמי. ומה שסיפר להא של יתמי משום מעשה שהי' כך הי' או בהי' להם אפוטרופס שפיר איכא רבותא בזה דאע"ג דעיקר הדבר הי' של יתומים מ"מ מאחר דהי' להם אפוטרופס הרי הם כשאר כל אדם. אח"ז רב בא לידי שו"ת חות יאיר וראיתי שהשואל חילק בין אם היתומים באו לד"ת ובין אפוטרופס. ודחה זה דהא כל היתומים אפוטרופס טוען בשבילם. והנכון עמו דהא להדיא מבואר לקמן (סי' כ"ז) דאפילו אם ב"ד בעצמן מתעסקין בצרכי היתומים מ"מ אם צריכין לטעון עם אחרים יעמדו אפוטרופס שלא יהי' נראין כעורכי הדיינין. אבל י"ל דאיירי ביתומים גדולים

וכמש"כ בזה. או דהסילוק בין אם היתומים עומדים בעצמם עם האפוטרופס דאז איכא משום לא תענון. משא"כ אם האפוטרופס לבדו בא לב"ד והיתומים בביתם דאז לא שייך עינוי הוי האפוטרופס ככל אדם. ומכ"ש אם היתומים קטנים שאינם יודעים מאומה והאפוטרופס לבדו בא לב"ד דלא שייך עינוי יתומים אז האפוטרופס ככל אדם בזה:

הנה הא שפירש הרמב"ם הטעם דיתום קודם לאלמנה משום דאקדמי' קרא שפטו יתום וריבו אלמנה. תמוה לי מנלן דהכא יתום קודם לאלמנה משום דכתיב בקרא קודם הא בחגיגה (ד' י"ב) כתב רש"י את להקדים שמים לארץ דאי לא את לא הוי ידעינן להקדים משום דא"א לקרות שני שמות כאחת ולא אמרינן כן אלא במוכח [ולפמש"כ החכ"צ (שאלה ע') דמצוה דמי לצדקה דהכל עניים לזה כמו בב"ב (דף מ"ג) ולקמן נבאר דבצדקה יתום קודם לאלמנה א"כ ה"ה לדין דמצוה איכא ועדיף מת"ח]. וי"ל לפימש"כ הנחלת שבעה בהקדמה דכל היכי דדייקינן דזה חשוב מחברו או גדול מחברו מדכתיב ראשון בפסוק. היינו דוקא אם כתוב דבר זה ב' או ג' פעמים בתורה וכתוב כל פעם בשוה. וה"נ מדכתיב אח"כ יתום לא ישפטו וריב אלמנה לא יבא אליהם אלמא דגם בפעם שני הקדים יתום לאלמנה ש"מ דקודם למאוחר ממנו ועיין רש"י יומא (דף ב') ואימא חג המצות הואיל ופתח בו הכתוב תחלה שכ' וז"ל כלומר יש לנו לומר חג המצות הואיל ופתח בו הכתוב תחלה בכל מקום ע"כ. ולכאורה תמוה מאי בעי בזה שכתב בכ"מ. וע"כ צ"ל משום דאי הוי כתב בחד מקום חג המצות לבסוף אין לומר בזה הואיל ופתח בו הכתוב תחלה אלא הואיל ופתח בו בכ"מ. ומבואר להדיא כהנחלת שבעה בזה:

אלא דיש לדקדק מהא דאמרינן ביומא (דף כ"ה) והכתיב כל נתח טוב ירך וכתף ופרש"י אלמא ירך מעלי מכתף אלמא דדריש מדכתיב ירך קודם לכתף ש"מ דמעלי מכתף ולהנ"ל מאי ראי' זה. מאחר דלא נכתב כזה במקום אחר. ולגי' התוס' א"ש אבל לגי' הנ"ל צ"ע בזה. ועוי"ל דשאני דכתיב בהפסק תיבה דאז שפיר אמרינן דמה דנאמר בקודם ממנו קודם מהמאוחר וכ"ז דומה לאת דהפסיק וה"נ מדכתיב שפטו יתום וריבו אלמנה דתיבת ריבו הפסיק. וראי' לזה מהא דמנחות (דף ל"ו) דדריש מדכתיב וקשרתם לאות על ידך והדר לטוטפת. מיהו בזה יש לומר דהוכפל גם בפרשה שני' כן. וכן במנחות (דף ל"ח) דלבן קודם לתכלת מדכתיב הכנף פתיל תכלת וע"כ צ"ל דשאני התם דפתיל וטוטפות הפסיק הענין כנ"ל ועיין גיטין (דף נ') תנו מאתים זוז לפלוני וג' לפ' וד' לפ' אין אומרים כל הקודם בשטר זכה. ופרש"י שא"א להוציא שני דברים כאחד אלמא דאף דמפסיק בג' וד' אמרינן א"א להוציא כאחד וה"נ ריבו דהוא ענין אחר משפטו וכן אידך ג"כ י"ל

דא"א להוציא ול"ד לאת כלל ואין לחלק בין לשון בני אדם למקרא בזה. וע"כ תי' הראשון עיקר בזה:

ובזה מתבאר היטב. הא דאמרינן בפסחים (דף ט') רבינא אשכחי' לרב אחא ברי' דרב אידי דהוה מהדר אמררתא א"ל מאי דעתיך דמרירון טפי והא' חזרת תנן ותנא דבי שמואל חזרת וא"א מצוה בחזרת ופרש"י והא אנן רישא דכולהו חזרת תנן ומבואר בהגה"מ והובא באו"ת (סי' תע"ג) דכל השנויין ראשון ראשון קודם וכבר עמד בזה התב"ש (בסי' ו') דמצינו כמה דוכתי קפדי' בהכי כגון אלו דברים שאדם יוצא כו' בחטים כו' פסחים (דף ל"ה) ובגיטין בכל כותבים בדיו בסם כו' ועל הכל כותבין על העלה כו' ולא אשתמיט מהפוסקים לכתוב בא' מהם דעל הסדר נאמרו. ולפי מש"כ אתי שפיר דהכי פריך והא חזרת תנן ותנא דבי שמואל חזרת פי' דהן במשנה והן בברייתא תני כסדר הזה בלא שינוי ש"מ דדוקא הוא לכך פריך דאמאי מהדר אבתרייתא ולא אקמייתא. ובזה מיושב היטב הא דפריך והא חזרת תנן ותנא דבי שמואל חזרת וא"א מצוה בחזרת דלמה הוצרך לזה ולא סגי בהא דחזרת תנן לבד אלא דהוצרך להביא מברייתא דאזלי' בזה בתר ראשון והא דר"א מייתי הטעם בזה וזהו שפי' אהא דר"א כדמפרש טעמא משום דחס או שתחלתו רך וכו' וזהו כמוש"כ וזהו שפי' ותנדב"ש נמי פי' מדגם הוא תני כסדר הזה ש"מ דקודם לבתרא וא"כ מיושב היטב הא דחב"ש דשם לא סדרם לכן לא קפדי' בהכי וזה ברור ונכון:

ובכריתות (דף כ"ח) תנן רש"א כבשים קודמין לעזים בכ"מ יכול מפני שהן מובחרים מהם ת"ל ואם כבש יביא קרבנו לחטאת מלמד ששניהם שקולין. תורין קודמין לבני יונה בכ"מ יכול מפני שהן מובחרין מהם ת"ל ובין יונה או תור לחטאת מלמד ששניהם שקולין, האב קודם לאם בכ"מ יכול מפני שכיבוד האב קודם לכיבוד האם ח"ל איש אמו ואביו תיראו מלמד ששניהם שקולים אבל אמרו חכמים האב קודם לאם בכ"מ מפני שהוא ואמו חייבין בכבוד אביו. ופרש"י כבשים קודמין לעזים דבכל דוכתי כתיב מן הכבשים והדר מן העזים תקחו כו' וכן פי' תורין קודמין לבני יונה דברוב מקומות כתיב ברישא תורין והדר בני יונה ע"כ. הרי מבואר להדיא דהא דאחד מוקדם מחבירו הוא אי בכמה דוכתי הוכפלו בסדר הזה. וכן מבואר להדיא ברש"י פסחים (דף נ"ז) כזה. ובטורי אבן חגיגה (דף י"ב) הקשה אהא דאמרינן שם ואת הארץ ל"ל להקדים שמים לארץ. פרש"י דאי לא כתיב את הו"א כאחת נבראו אלא שא"א לקרות ב' שמות כאחת להכי כתיב את להקדים. וכן מהא דכריתות דרש"א דכיבוד אב ואם שניהם שקולים אבל אמרו חכמים האב קודם לאם בכ"מ מפני שהוא ואמו חייבין בכבוד אביו. ומש"ה אמר בפ"ק דקדושין (דף ל"א) נתגרשה שניהם שוין והא ר"ש דרש את במנחות (דף פ"א)

והא גבי כבד את אביך ואת אמך את כתיב נימא דאת אתי להקדים אב לאם גבי כיבוד כדדרש הכא לאת הארץ להקדים. ולק"מ דהא פי' המתני' כך הוא כבשים קודמין לעזים ותורין לבני יונה קדמי משום דהוכפלו פעמים רבות בתורה ואפי"ה שוין משום דמצינו חד קרא שנכתבו בהיפך וא"כ שוין דבעינן שיהא בכ"מ כמש"כ רש"י ביומא (דף ב') א"כ ה"נ כיבוד אב ואם אע"ג דכתיב בתורה בעשרת הדברות ראשונות ושנויות אב קודם לאם מ"מ מצינו דכתיב בהיפך לאורויי דלא קפדי' וא"כ מאי מהני אח בזה לא לכתוב את ולכתוב כסדר שנאמר בכ"מ וידעינן דקדים בלאו הכי. וז"ל הרמב"ם (פ"ו מה' ממרים ה"ב) הקדים אב לאם לכיבוד והקדים אם לאב למורא ללמד ששניהם שוין בין למורא בין לכבוד ע"כ. והוא מהמשנה דכריתות הנ"ל. הרי להדיא דלכך נכתב פעם אחד אם קידם לאב להורות דשקולין הן וא"כ לא מהני האי את כלל:

ובזה נכון הא דיליף במנחות (דף ל"ו) דשל יד קודם לשל ראש מהא דכתיב וקשרתם והדר לטוטפות ולא מייתי מפ' בא דכתיב והי' לאות על ידך ולזכרון בין וכו' ולטוטפות. דהוא מוקדם בתורה. (ובאמת כן הוא גי' השאלתות שם ובעה"מ בר"ה) ובשלמא הא דלא מייתי מוהי' לאות על ידך ולזכרון בין עיניך לא משמע לזכרון דקאי על של ראש. וכדמשמע ברש"י מנחות (דף מ"ד) בד"ה בשמנה דלא תשיב זה במספר. ועיין צ"ק שם. אבל הי' יכול להביא מהא דכתיב בוהי' כי יביאך והי' וכו' ולטוטפות. ואמאי הוצרך להביא מהמאוחר בזה. אבל לפימש"כ א"ש דמחד זימנא אין ראי' ורק מדכתיב פעם שני כן וא"כ מייתי מהמאוחר דש"מ מזה דהכתוב תחלה קודם להמאוחר ממנו:

ויש להביא ראי' להנ"ש דמשום דחד זימנא מוקדם בקרא אין להקדימו מהא דאמרינן ביומא (דף ל"ג) מערכה גדולה קודמת למערכה שני' של קטרת דכתיב היא העולה על מוק' על המזבח כל הלילה זה מערכה גדולה ואש המזבח תוקד בו זה מערכה שני' של קטרת ופריך ואיפוך אנא ופרש"י ולא יהא כסידורו דקרא וכ"כ הב"ח וכן מבואר בתוס' דאין נעשה כסידורו דקרא ומבואר להדיא כן. ובקדושין (דף כ"ט) פדיון הבן קודם לעלות לרגל מדכתיב וכל בכור בניך תפדה והדר ולא כו' וק' הא אין ראי' מזה דאין מוקדם ומאוחר בתורה וי"ל משום (דבשמות י"ג) כתיב וכל בכור אדם בבניך תפדה (ושם כ"ג) ולא יראו פני ריקם א"כ כבר קדם התורה וזה הו ג"כ מוקדם כמוש"כ בזה אלא דנקט מה דכתיב בחד קרא גם כן:

ובירושלמי דהוריות פ"ג (הלכה ו') פר של ע"ג קודמת לשעיר הבא עמו מפני שקדמו במקרא. אמנם בזבחים (דף צ') מבואר הטעם אמרי במערבא משמי' דרב"מ לחטת חסר כתיב רבינא אמר כמשפט כתיב בהו. וי"ל דלכן לא אמר כמו בירושלמי משום דאין ראי'

מה דכתיב קודם אם לא שהוכפל הדבר הזה, וי"ל בזה בילקוט כי תשא (סי' ת"ח) או כל הקודם במקרא קודם למעשה ת"ל וידבר משה אל ראשי המטות לבני ישראל הואיל ונאמרו דברות בתורה סתם ופרט לך באחת שהנשיאים קודמין אף פורט אני בכל דברות שבתורה שהנשיאים קודמין. ר"י אומר אינו צריך שהרי כבר נאמר ויקרא אליהם משה וישובו אליו אהרן וכל הנשיאים ואח"כ בני ישראל ומה ת"ל ראשי המטות ללמד שאין התרת נדרים אלא במומחין הרי דבחד זימנא אזלינן בתר סידורא דקרא:

ובחות:

יאיר (סי' ק"ו) כתב בנדרים דסגי ביחיד מומחה או בג' הדיוטות דיחיד מומחה עדיף מג' הדיוטות משום דראשי המטות כתיב קודם זה הדבר דמרבינן בי' ג' הדיוטות. ולהנ"ל אין ראי' מחד זימנא אם לא הוכפל הדבר. אלא שהשיג שם על הנ"ש מהא דקדושין דפדיון הבן קודם לעלות לרגל וכבר ישבנו זה. והא דילקוט הנ"ל י"ל דלמאי כתב התורה כן ש"מ לאקדומי אבל לענין היתר נדרים אין ראי' מזה וערש"י שם בזה דתרתי ש"מ וא"כ מדהאי ללימוד לאקדומי גם לענין היתר נדרים יש לומר כן:

ובמהרי"ל הקשה למה לא מברכין על אתרוג משום דכתיב קודם בקרא לשאר מינים. והרי בז' מינים כל הקודם בקרא קודם לברכה אף מחביב. ולהנ"ל א"ש דמחד זימנא אין ראי'. ומז' מינים שאני משום דכתיב ארץ שני ומוכח דלאקדומי אתא כמוש"כ הטו"א והנחלת שבעה בזה. ועיין ר"ן נדרים (דף ג') דלכך פעמים מפרש במאי דפתח ובמאי דסליק להורות דאין קפידא אבל אם הי' מפרש כן בסגנון אחד בכ"מ הוי קפידא בזה. ומעתה מש"כ בחמד משה (ה' פסח) בהא דאלו דברים שיוצאין במצה בפסחים (דף ל"ה) דאי ליכא חטים כל המוקדם קודם לחברו ליתא דל"א הכי אלא בחזרת דהוכפל בכ"ד משא"כ הכא:

עוד נראה לי להביא ראי' להנ"ש מהא דפסחים (דף כ"א) ור"מ או להקדים נתינה דגר למכירה דעכו"ם. ולכאורה הא נוכל לידע זה מהא דנתינה דגר מוקדם בקרא דכתיב לגר אשר בשעריך תתננה ומכור לנכרי ואכתי או ל"ל א"ו דמחד זימנא אין ראי' מהא דמוקדם למכירה ושפיר צריך או וזה נכון: ועוד נראה לי מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ס"ה) דר"י משני דלכך לא תני בכריתות אלא אוב ולא ידעוני משום דאין חלוקין בלאו. ופריך מ"ש דנקט אוב ולא נקט ידעוני ומשני הואיל ופתח בו תחלה. ופרש"י ופתח בו הכתוב בכל דוכתי אוב כתיב ברישא ע"כ. וזהו דאי הוי בחד דוכתא כתיב ידעוני ברישא אין קפידא אבל השתא דבכ"ד כתיב ברישא אזלינן בתר דכתיב ברישא. והרי מבואר כמש"כ בזה:

ובזה יש לבאר בסוכה (דף מ"ח) א"ל ששון לשמחה אנא עדיפנא מינך דכתיב ששון ושמחה ישיגו. א"ל שמחה לששון אנא עדיפנא מינך דכתיב שמחה וששון ליהודים. ופרש"י אקדמי' קרא שמחה לששון. וי"ל אמאי לא פירש לעיל כן אששון ושמחה גם י"ל מאי שייך עדיפנא כיון דאיכא קרא דששון קודם ומאי אולמי' דהאי מהאי. אמנם א"ש די"ל דלמה לא הביא מתחלה מליהודים וכו' שמחה וששון ויקח מהמוקדם בפרשה. אמנם להנ"ל ניחא דמהמוקדם דחד זימנא אין שייך לומר אנא עדיפנא ולכך א"ל מקרא דמאוחר וא"כ איכא תרי מקראות לכך קא"ל דעדיפנא וזהו שכתב רש"י דאקדמי' קרא בפעם השני וזה נכון:

הרמב"ם בפ"ב מה' חגיגה (ה' י"ד) כתב ומצוה בלוי יותר מן הכל. מפני שאין לו חלק ונחלה משא"כ יתום ואלמנה. ונ"ל ראי' לזה מדאמרינן בסוטה (דף מ"ח) אר"צ כל שלא התודה על מעשר ראשון שוב אינו מתודה מ"ט א' אביי הואיל ופתח בו הכתוב תחלה אלמא דלוי דכתיב קודם ליתום חשוב קודם להם. והכא בתורה כתיב כמה פעמים כן בפ' ראה והרמב"ם טעמא דקרא נקט כי אין לו חלק ונחלה. ומה דמוקדם הוא מהש"ס הנ"ל. ובזה ניחא לי מש"כ רש"י שם בסוטה שכ' דמעשר ראשון קודם מפ' כי תבא ולא הביא מהמוקדם בפ' ראה בכי תכלה לעשר דכתיב ג"כ מעשר ראשון קודם למ"ע ולהנ"ל ניחא דמחד זימנא אין ראי' לכן הביא מהמאוחר דהשנות הדבר מורה כן. אך י"ל מהא דנזיר (דף ס"ה) א"ק לטהרו או לטמאו הואיל ופתח בו הכתוב תחלה. ומאי ראי' מחד זימנא דומיא דאוב או ידעוני שכ' בזה: ובזה יש לי לבאר ג"כ מה די"ל על לישנא דהש"ס דהוריות (דף י"ג) כ"ג קודם לנביא שנאמר ומשחת שם אתו צדוק הכהן ונתן הנביא. הקדים צדוק הכהן לנתן. ואומר שמע נא יהושע הכהן הגדול אתה ורעך. דמדוע בתחלה קאמר הקדים צדוק הכהן לנתן. ומדוע לא קאמר בתר הכי הקדים יהושע הכהן גדול לרעיו. והלא דבר הוא. ובאמת בכל דוכתי דמייתי דדבר אתי קודם לחברו לא מייתי אלא הקרא ולא מסיים הקדים כמבואר בכל הסוגיות שהבאנו לעיל. בזה. וכן בהוריות שם ביציקה. ולפימש"כ א"ש דבאמת י"ל אמאי לא מייתי מהמוקדם לכל קראי דלעיל דכתיב (במלכים. א' ת') וצדוק הכהן ובני' בן יהוידע ונתן הנביא כו' לא היו עם אדוני'. אמנם מצינו להיפוך שם כו' דאמר נתן ולי אני עבדך ולצדוק הכהן כו' לא קרא לזה מייתי להא דדוד הקדים שני פעמים בסדר הזה. לכן שפיר הוצרך לומר כאן הקדים פי' ממה שדהע"ה הקדים ולא כנתן הנביא שהקדים עצמו לצה"כ ודהע"ה הוא דחידש לו זה. וכ"ז השתא דידעינן מהא דהקדים אמרינן כן אבל לולא זה לא היינו אומרים כן. משא"כ בעלמא מאתר דמייתי הקרא ממילא מבואר מה שקודם וא"צ לסיים הקדים זה לחברו.

וזה נכון: ולפ"מ שביארנו יתיישב לן היטב הא דבמלכים (א' ח') בני' בן יהוידע קודם לנתן ובכל המקראי קדש שם בני' בן יהוידע מאוחר והוא דגלי לן דאין מעלת נביא גדול ממעלת בני' בן יהוידע ושניהם שוים בזה: ובזה יתבאר היטב הא דבבראשית (מ"ח כ') בך יברך ישראל לאמר ישימך אלהים כאפרים וכמנשה וישם את אפרים לפני מנשה. ופרש"י להקדימו בדגלים ובחנוכת הנשיאים. ולפי"ד הת"ש במה שהי' לו להקדים את הבכור והקדים השני מוכח דבדוקא קאמר לכן מזה צריך להקדים בענינים הנ"ל. אבל לדברינו א"ש דלעיל (מ"ח ה') אמר אפרים ומנשה כראובן ושמעון יהיו לי. הרי הקדים שם ג"כ אפרים למנשה אלא דמחד זימנא אין ראי' דלו יהא דהי' להקדים הבכור י"ל דבמה דהקדים השני להורות דשניהם שוין ואיזה מהן שירצה יקדים כמו במקדים פעם שני המאוחר בפעם ראשון להורות דשניהם שוין. אבל השתא דהקדים גם פעם שני א"כ ש"מ דבדוקא קאמר לכן מסיים וישם אפרים לפני מנשה השתא דכפל הדבר הורה בזה להקדים בכ"מ הלוי להבכור:

והתב"ש חידש (בסי' ו') דל"א כל מה דשנה כסדר קודם אלא היכא דאית סברא לאקדומי ברישא ואיחרה ש"מ כסדר נקט. ולא בענין אחר כמו בפסחים דקחשיב מיני מרורים וקחשיב המר יותר לבסוף ש"מ דקפיד אסידרא דטעם יש חם כו' ע"ש בזה ולכן כתב בהא דכ' הב"ח בכל שוחטין בין בסכין בין בציר בין בזכוכית בין בקרומית של קנה. דכל הקודם קודם דזה אינו. [והפ"ח חולק על הב"ח ובאמת מדכ' כאן הרמב"ם סתמא ובה' מילה כתב בכל מלין ומצוה מן המובחר בסכין. וכן הוא בשו"ע יו"ד. ש"מ דכאן אין מצוה מן המובחר בסכין. וכן משמע בב"ק (דף מ"א) אטו סכין כתיבא באורייתא והתני' השוחט במגל יד בצור ובקנה שחיטתו כשרה. ופי' תוס' כך הוא עיקר שחיטה בצור אפי' לשחוט לכתחלה כמו בסכין ולפיכך אין לחלק בין צור לסכין ע"כ. ואי הי' עדיפות לסכין על צור הדרא קושיית הש"ס לדוכתא דהא דשחטו לאחר שנגמר דינו אסור הוא דוקא בצור דהוא כסקילה אבל בסכין לא. וכדמשמע לישנא דתוס' שכ' דאין לחלק כלל וכן עיקר בזה] ולהנ"ל הי' נראה אחר דכן איתא בברייתא בחולין (ט"ז ושם י"ח) בכל שוחטין נקט ג"כ כסדר הזה ש"מ דאזלינן בתר סדר הזה ואפ"ל דהש"ס לישנא דברייתא נקט וצ"ע בזה:

ובזה מבואר הא דאיתא בשבת (דף ל') בשאלת שלמה אבא מת וכו' וכלבים של בית אבא רעבים. והשיבו על של כלבים תחלה ולא יפה אמר שלמה כי לכלב חי טוב מן הארי' ופרש"י משום דהקדימו משום דכאן איכא סברא לאקדומי לשל בית אביו. ולדרכנו יש

לומר דשאני הכא דהוא הקדים של אבא ואח"כ של כלבים ומבואר בפ"ה דאבות משיב על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון וכאן השיבו ראשון על אחרון ש"מ כי לכלב חי טוב: עוד יש לנו לבאר אם כי ביארנו דכ"מ דנכפל הדבר כסדר כל אחד קודם למאוחר ממנו מ"מ אם יש סברא לאקדומי למאוחר שוב לא אזלינן בתר הסדר דביומא (דף ב') פריך ואימא חג המצות תחלה ונתבאר משום דהוכפל כן בכ"מ ואפ"ה פריך ואימא חג הסוכות:

ובזה יתבאר היטב הא דאמרינן בהוריות (דף י"ג) כ"ג קודם לנביא שנאמר ומשח שם אתו צדוק הכהן ונתן הנביא הקדים צדוק לנתן ואומר שמע נא יהושע הכהן הגדול אתה ורעך וגו' וי"ל אמאי לא פריך הש"ס הכא מאי ואומר כדפריך בכל דוכתי. ולפימש"כ א"ש דהרי כלל גדול דאין ראי' ממה דקודם אחד לחברו במקרא. אמנם אם נכתב ב' פעמים בסדר אחד בודאי מילתא הוא ואזלינן בתר המוקדם בקרא. וא"כ מייתי תחלה מדהקדים צדוק לנתן דכ"ג קודם לנביא וכ"ת דאין ראי' מחד זימנא לכן קאמר ואומר דגם שם הקדים כ"ג לנביא וא"כ שפיר מייתי ואומר שמע וכו' וזה נכון כפתור ופרח:

וגם י"ל דמהא דמייתי שמע נא יהושע הכהן הגדול אתה ורעך לבד מוכח דכ"ג קודם לנביא לפי"מ שכ' התב"ש דאם איכא סברא לאקדומי ברישא ואחרו ש"מ כסדר נקט והכא נמי הנביאים רבים והכ"ג יחיד והל"ל רעך תחלה א"ו אתה ורעך בדוקא דכ"ג קודם לנביא. וגם זה נכון:

ובזה יתיישב היטב הא דמייתי הש"ס דכ"ג קודם לנביא מדכתיב (מלכים א' ל"ד) ומשח אותו שם צדוק הכהן ונתן הנביא ולא מייתי מהמוקדם (שם לב) ויאמר המלך דוד קראו לי לצדוק הכהן ולנתן הנביא ולבני' בן יהוידע וכו' אלמא דהקדים צדוק לנתן וש"מ דכ"ג קודם לנביא ולמה מייתי מן המאוחר. ולהנ"ל א"ש דמחד זימנא אין ראי' ורק מדאמר כן שני פעמים לכן מייתי מפעם שני מהמאוחר דהשתא מהשנות הדבר בסדר הזה ש"מ דבדוקא קאמר וזה נכון. והא דמייתי ואומר הוא להורות דאיכא עוד דוכתא דמוכח כן דהסדר הזה עיקר. ול"ד לכל ואומר דאיכא בכ"ד מאי ואומר דמחד קרא סגי משא"כ הכא דבעי למימר דבכ"ד מייתי הסדר כן. ומייתי המקומות דאיכא שם כן:

אמנם באמת צ"ע מהא דאמרינן בפסחים (דף ו') דהא דאין מוקדם ומאוחר בחורה ה"מ בתרי ענינא אבל בחד ענינא דנין. וא"כ אם בפרשה חדא אמרינן כן מכ"ש בחד קרא וא"כ אמאי צריך את להקדים שמים לארץ. ובתמיד השיבו כן לאלכסלדרס מוקדן ממה דמוקדם כן:

בסוטה (דף י"א) אמר אלעי הנה עם בני ישראל תנא הוא התחיל בעצה תחלה לפיכך לקה תחלה כו' כדכתיב ובכה ובעמך ובכל עבדיך. והקשה מהרש"א בחידושי אגדות אמאי לא מייתי מקרא דקמי' גבי צפרדעים דכתיב כה"ג ובאו ועלו בביתך וגו' ובבית עבדיך ועמך וגו' ולהנ"ל ניחא דמקרא קמא אין ראי' דא"א להוציא שני דברים כאחד אבל מדהוכפל עוד פעם אז ראי' דלדוקא נאמר וא"כ מבואר דפרעה לקה תחלה והא דעבדיך במקרא קמא קודם עמו ובכאן עמו קודם הוא כמוש"כ דבזה הכל שוין הן עבדיו הן עמו וזה נכון:

ובברכות (דף ל"א) יכול ישאל אדם צרכיו ואח"כ יתפלל כבר מפורש ע"י שלמה לשמוע אל הרנה ואל התפלה רנה זו תפלה ותפלה זו בקשה. וי"ל דאמאי לא מייתי מרישא דקרא ופנית אל תפלת עבדך ותחנתו אבל להנ"ל אין ראי' מחד זימנא ורק מדבסיפא דקרא מקדים גם כן לכן נקט מסיפא דקרא: ובזה ניחא לי הא דאמרינן בברכות (דף ס"א) בגדולה מתחילין מן הגדול מדכתיב ויקרא (יו"ד י"ב) ויאמר משה אל אהרן ואל אלעזר ואל איתמר בניו הנותרים קחו את המנחה וכו' וכ' מהרש"א דלכאורה אין מזה ראי' דאהרן הי' אביהם ואלעזר בכור לאיתמר ומנלן דבעלמא כן ובכ"מ נקט כן ותי' דהיל"ל אל בניו הנותרים לבד. ואכתי אינו מספיק דמה יענה בהא דכתיב (שם ו') ויאמר משה אל אהרן ולאלעזר ואיתמר בניו ראשיכם אל תפרעו וכו' דהל"ל אל אהרן ולבניו בלבד. ולהנ"ל א"ש דמהך קרא בלבד באמת אין ראי' כמוש"כ מהרש"א וגם א"א להוציא ב' דברים כאחד אלא מדכתיב כמה פעמים כן. וגם הא דראשיכם אל תפרעו הוי גדולה ולכן לא מייתי הך קרא קמא. דמחד זימנא אין ראי' ומייתי מפעם ב'. אבל לא דהיל"ל בניו לחוד דמשום חשיבותו נקט להו וזהו נכון:

ובסנהדרין (דף מ"ט) כה"ג בשמונה בגדים כתונת ומכנסי' ומצנפת ואבנט וכו'. ותניא מנין שלא יהא דבר קודם למכנסים וכו' ותנא מ"ט אקדמי' משום דאקדמי' קרא. וקרא מ"ט אקדמי' משום דמכסיא כולה גופא עדיפא. ולכאורה תמוה דהא בקרא כתיב ובאבנט בד יחגור ובמצנפת בד יצנוף א"כ מ"ט מצנפת קודם לאבנט וע"כ צ"ל דאין מוקדם ומאוחר בחד זימנא ולכן שינה במתני' להורות דאין קפידא משא"כ מכנסים דבדוקא קפיד שיהא קודם לכתונת פריך שפיר מ"ט אקדמי'. וכ"מ בש"א (סי' כ"ט) ומזה יש סתירה להתיש לכאורה דלשיטתו לא לכתוב על להורות שלא יהא דבר קודם למכנסים ונכתוב כתונת לבסוף ואנא ידענא דאיכא קפידא דהא מסברא הי' צריך לכתוב כתונת קודם דכולה גופא עדיפא ואפי"ה אחרו ש"מ דדוקא נקט. ואפ"ל דהו"א דאינו אלא לכתחלה ולא בדיעבד וצריך קרא לדיעבד. אמנם להנ"ל אינו מספיק דבפ' צו מבואר

ג"כ דאבנט קודם למצנפת וא"כ הי' צריך להיות לכתחלה כן ואמאי שינה במתני' בזה וע"כ צ"ל דבעשי' כתיב ג"כ בפ' תצוה מצנפת קודם ונקט סידרא דעשי' ולהורות דאף דבפ' אחרי צ"ל מכנסי' קודם מקרא מ"מ במצנפת ואבנט אין נ"מ והא דקאמר וקרא מ"ט אקדמי' זהו דבכתונת מבואר גם בפ' תצוה דקודם לכן פריך מ"ט אקדמי' בכ"מ דזה מורה דבסדר קחשיב לכן תי' דכולא גופא עדיף. וזה נכון: בירושלמי שקלים מבואר דר"י ס"ל דס"ת מבחוץ משום דכתיב ושמתם מצד ור"מ ס"ל מבפנים משום דכתיב ונתת את הכפרת והדר תתן את העדות ור"י ס"ל אין מוקדם ומאוחר ובתחלה עדות ואח"כ כפרת והיינו לוחות וכתב הק"ע דר"י ס"ל אין מוקדם ומאוחר אפילו בחד ענינא והוא תמוה דהא להדיא כ' התוס' בפסחים (דף ו') דהא דבחד ענינא יש מוקדם ומאוחר היכא דליכא דרש וטעם אבל אם איכא דרש וטעם גם בחד ענינא אין מוקדם ומאוחר. והכא א כא דרש לר"י משום דכתיב ושמתם מצד לכן ס"ל אין מוקדם ומאוחר אבל בעלמא מודה דבחד ענינא יש מוקדם ומאוחר בזה. ועיין ירושלמי מגילה (פ"א ה"ה) ובק"ע שם בזה. ועיין הוריות ויצקת ומשחת והוא משום דאיכא טעמא דומיא דכלי שרת וכה"ג בדוכתי טובא בזה: ובמגילה (דף כ') המפטיר קורא בתורה תחלה משום כבוד התורה, ופי' הט"ז להקדים תורה לנביא. והוא תמוה הא בלא"ה קורין בתורה ואח"כ בנביא א"כ למה הוצרך שהוא בעצמו יקרא בתורה תחלה. ולדרכינו ניחא דמחד זימנא אין ראי' אבל מה שהוא בעצמו מקדים אעפ"י שאינו צריך מבואר מזה דכבוד תורה עדיף מנביא בזה]: ובהא דסי' רנ"ג) דחקרו האחרונים אי כסדר השנוי במתני' או החביב קודם. נ"ל דחטים קודמים משום דחביב וכן אקדמי' קרא בברכה בז' מינים ולכן קודם לשעורין ושעורין קודם לכוסמים אף שהוא מין חטים משום דאינו מז' מינים כמבואר באו"ח אבל כוסמין קודם לשיפון וש"ש. אבל שיפון וש"ש איזה מהן שירצה יקדים דהא במתני' מקדים שיפון לש"ש ובברייי' מפיך ותני ש"ש לשיפון וכן במנחות בחלה (דף ע') להורות דבאלו אין חילוק בזה:

ולפי מה שביארנו דממה דכתוב במקרא קודם אין ראי' דא"א להוציא שני שמות כאחד. אלא אם הוכפל הדבר אז הוי ראי' דאחד קודם לחברו. ניחא היטב הא שפרש"י בויקרא (י"ב ח') ולקחה שתי תורים או שני בני יונה אחד לעולה ואחד לחטאת לא הקדימה הכתוב אלא למקראה אבל להקרבה חטאת קודם לעולה. כך שנינו בזבחים בפרק כל התדיר ע"כ. ויש לדקדק דאמאי לא פירש רש"י כן אהא דלעיל (ו') תביא כבש בן שנתו לעולה ובן יונה או תור לחטאת [ובשפ"ת כתב לפי ששם מדבר הכתוב בעולת בהמה ובחטאת העוף ובהמה באמת קודם לעופות ע"כ. ושגה בזה דהא מבואר בזבחים (דף

צ') דחטאת העוף קודמת לעולת בהמה] ולפימ"ש ניחא דמחד קרא לא ידעינן למקראה שצריך הקורא לקרות תחלה עולה קודם החטאת וכן לפי' הר"ח בזבחים שם שצריך להקדיש תחלה העולה לא ידעינן אבל מהשגות הדבר מוכח דבדוקא נקט כסדר הזה. ובזה ניחא מה שמקשי' בפ"א דברכות (דף מ"א) זה שני לארץ דהי' לערבינהו בקרא ולכתוב ארץ חטה וזית שמן ושעורה דבש וגפן וכו' וארץ שני למאי אתא. ולפימש"כ ניחא דהו"א דאין ראי' ממה דהקדימם הכתוב אבל השתא דכתיב ארץ שני אלמא דלאקדומי אתא וזה ברור: נסתפקתי אם באו לפניו דין תורה בין אדם לחברו. ושאלה באיסור והיתר מי מהן קודם ולענין סידור הגט כיון דכתב הרמ"א באהע"ז (סי' קנ"ד) דאינו דין ודאי דדין תורה קודם לסידור הגט. וגם דין הוי מצוי ותדיר משא"כ גירושין ולכן ד"ת קודם. ואף אי גירושין שוה לדין נ"ל מטעם אחר דד"ת קודם לגירושין עפימ"ש מהרש"א בברכות (דף י"ד) בתוס' ד"ה למה דהיכא דליכא טעמא אזלינן בתר המוקדם להקדים המוקדם בחורה ולאחר המאוחר בתורה אף דאין מוקדם ומאוחר בתורה. וזהו שפריך בגמרא התם למה קדמה פ' והיה אם שמוע לויאמר הא פ' ציצית כתיב בס' במדבר והי' אם שמוע בס' דברים ע"ש בזה. ונ"ל ראי' לזה מהא דאמרינן בקידושין (דף כ"ט) בשלמא ר"י כדקאמר טעמא אלא רבנן מאי טעמיי' א"ק וכל בכור בניך תפדה והדר ולא יראו פני ריקם. דכשבא לפניו שתי מצות ואין טעם להקדים לאחד יותר מחברו אזלינן אחר סדר הכתוב. וא"ל דהתם הפי' שפדיון הבן הי' נהוג גם במדבר עי' בכורות (דף ד') דקידשו בכורות במדבר. משא"כ יראה כל זכורך נהוג לבסוף לאחר בנין בהמ"ק. דא"כ בברכות (דף כ"ז) דמפרש דתפלת מנחה ותפלת מוספין תפלת מנחה קודמת לימא הטעם דתפלת מנחה הי' נהוג מקודם דיצחק תקנו וכמבואר ברמב"ם ה' מלכים, א"ו דאין לזה חשיבות להקדים במה שהי' נהוג מקודם אלא אזלינן בתר הציווי והצווי כתיב בתורה תחלה על פדיון הבן וא"כ ה"נ מ"ע דד"ת כתיב בתורה תחלה (בדברים ט"ז) ואח"כ בגירושין בדברים כ"ד) לכן יש לד"ח דין קדימה לגירושין. וז"ב ודו"ק. ואיסור שאינו נוגע לממון הי' נראה גם כן דהוראה קודם משום דממון אתיהיב למחילה והוי כמו אי אמרה לא בעינא בכתובות (דף מ') דלא אלים למדחי איסורא והכי נמי אם היו הבעלי דינין רוצים מחלי הדדי וליתא לעשה ולא אלים למדחי עשה דהוראה דלא ניתן למחילה כמו הוראת איסור נדה וכדומה ועיקר הספק הוא אם גם האיסור נוגע לממון כמו טריפות וכדומה דגם זה ניתן למחילה איזה מהן קידם. ונראה דהוראת איסור והיתר אינו אלא כמו לימוד התורה והוא בכלל ולמדתם דמבואר ביו"ד (סי' רמ"ה) דחיוב ללמד לאחרים כמו לבנו ע"ש. משא"כ הוראת דיני ממונות הוא בכלל ולמדתם ונוסף לזה נאמר ושפטו את העם

משפט צדק. ולכן קודם להוראת איסור והיתר. וגם אם נימא דהוראת איסור והיתר איכא משום השבת אבידה גם כן מ"מ לא עדיפא בזה מדיני ממונות דגם בדיני ממונות איכא השבת אבידה כמבואר בתשובת הרא"ש הובא בטור לקמן (סי' קנ"ד) ע"ש:

ועוד נראה דדיני ממונות קודם להוראת איסור והיתר עפימש"כ התוס' בשבת (דף י') אי איכא דאית לי' דינא ליעול משמע דעדיף דין מתלמוד תורה וכיון דהוראת איסור והיתר אינו אלא כמו תלמוד תורה דין עדיף מתלמוד תורה. ואולי זה גופא דדין עדיף מתלמוד תורה הוא משום טעמא דכתיבנא לעיל דלבד תלמוד תורה נוסף לזה מ"ע דושפטו, ולפי"מ שנתבאר דמידי דנהוג במוקדם לחבירו בציוו הוא קודם ודינין נהוג מקודם דז' מצוות גם בני נח מצווין וגט לא נהוג אלא בימי עמרם כמבואר פ"ק דסוטה. וכן איסור נצטוה בזמן מאוחר לדינין דינין קודם. אלא בגט שמצוה לגרש אז גירושין קודם דממון אתיהיב למחילה. וכדפריך בפ"ב דב"מ (דף ל') ותו מי דחינן איסורא מקמי ממונא. וכתבו תוס' בפ"ד בשבועות משום דממון אתיהיב למחילה:

ולפי מה שבארתי דהכתוב בתורה תחלה יש לו קדימה להמאוחר. עיין מנחות (דף מ"ט) מניין שלא יהא דבר קידם לתמיד של שחר ת"ל וערך עלי' העולה ואמר רבא העולה עולה ראשונה. ופרש"י העולה משמע העולה תהא ראשונה לכל הקרבנות. ובחידושי הרשב"א שם כתב וז"ל עולה ראשונה הכתובה הראשונה בסדר פנחס והיינו את קרבני לחמי לאשי שהוא תמיד של שחר. ויש מפרשים עולה ראשונה שהקריבו ישראל במדבר דהיינו עולת תמיד וכו'. ושני הפירושים האלה מבוארים בתוס' יומא (דף ל"ג) בזה. ולפי' רש"י ניחא דמוכח שהי' קודמת שפי' דראשונה ר"ל שהי' קודמת לכל הקרבנות ודקרא קאמר דההיא קודמת אבל להנך פירושים שפירשו דראשונה ר"ל שהיתה ראשונה במדבר או שהי' ראשונה בסדר איך מוכח מינה שתהא קודמת ע"כ ולהנ"ל שפיר ניחא הנך פירושים דממה שהי' ראשונה בסדר וכן ראשונה במדבר יש להם קדימה. ודברי הרשב"א לא הבנתי וצ"ע דהרי מבואר בכ"ד דמה שנכתב בתורה תחלה יש לו קדימה להמאוחר ממנו וכמו שנתבאר. ובמנחות (דף ע"ט) אר"פ שבק תנא דידן איל נזיר דשכיח ונקט מילואים עיקר מילתא נקט ופרש"י שמילואים היו תחלה וכ"ה בשיטה שהי' קודם לכל הקרבנות אלמא דשייך קדימה בזה. ועיין בפני יהושע בריש שבת שתי' אקושיית תוס' הא דפתח בהוצאה תחלה משום דנכתב בתורה קודם אל יצא איש ממקומו ע"ש. ולע"ד שפיר הקשה תוס' דהא אמרינן בסנהדרין (דף נ"ו) דבמרה איפקוד על שבת מדכתיב שם שם לו תק וא"כ כל המלאכות כולן קודם להאי

קרא דאל יצא. ואפשר דלכך בפ' כלל גדול נקט הוצאה לבסוף דהוצאה דמלאכה גרועה כתיב אחר חקי מרה ולכך סידר לאחרונה:

מה שכתבנו דמה דקדום בזמן יש לו דין קדימה יש לדקדק בהא דאמרינן בברכות (דף כ"ז) הרי שהיו לפניו תפלת מוספין ומנחה דת"ק ס"ל דמנחה קודם משום דתדיר וכ"ה בתוס' שם (דף כ"ו) בד"ה ושל מוספין ואמאי לא קאמר משום דקדום בזמן דתפלות אבות תקנום משא"כ מוספין ואי דקאי למ"ד תפלות כנגד תמידין תקנום דמ"מ תקשה למ"ד מברייתא הנ"ל מיהו י"ל דריב"ל דס"ל דאבות תקנום פליג אהך ברייתא כמוש"כ המפרשים שם (דף כ"ו) דלא תקשה עליו מהך ברייתא דמבואר שם דכנגד תמידין תקנום א"ו דס"ל דחדא נקט. וה"ה דהו"מ למימר משום דקדום בזמן. ויותר נכון לומר כמוש"כ הרמב"ם בפי' המשנה פ"ז דחולין אהא דבסיני נאמר אלא שנכתב במקומו דעיקר הוא מה שאנו עושין הוא מה שנצטווינו ע"י מרע"ה בסיני ולא מה שעשו האבות וע"כ אין לו קדימה, מיהו הא הכלבו כתב במילה דקדים משום דקדים בזמן. אף דהרמב"ם כתב שם במילה ג"כ א"ו דמאחר דמ"מ קדום בזמן יש לו דין קדימה וע"כ צ"ל כאידך תירוצים שכ' בזה. מיהו להרמב"ן שכתב בפירושו בפ' אמור ופ' פנחס דמוספין לא קרבו במדבר וא"כ גם למ"ד כנגד תמידין תיקנום מנחה קודם דתמיד נוהג במדבר משא"כ מוספין. וצ"ל דחדא מינייהו נקט. ובזה אזדא ראיית התשובות רעק"א (סי' ט') הא דלא קאמר משום דמוספין אינו שוה בכל דחדא נקט] אלא דדברי הרמב"ן צריך ביאור דהא מבואר להדיא במנחות (דף מ"ה) שכל האמור בחומש הפקודים קרב במדבר ע"ש:

ומה שכתבתי להוכיח דמה דכתיב קידם בתורה יש לו קדימה מסוגיא דקדושין (דף כ"ט) דפדיון הבן קודם לעלות לרגל. הי' אפשר לדחות דהכונה היא משום דפדיון הבן הי' נהוג קודם ביאתן לארץ וכדאמרינן בבכורות (דף ד') קידשו בכורות במדבר משא"כ עלי' לרגל לא נהג אלא בביאתן לארץ לכן פדיון הבן קודם משום דהי' לו קדימה בזמן. אלא דלשון הגמרא כתיב בכור בניך תפדה והדר ולא יראו פני ריקם לא משמע כן, אלא משמע דמה דקדמה בתירה תחלה יש לו קדימה להמאוחר בתורת לענין קיום:

אמנם לכאורה נראה דמה דקדמה בזמן תחלה בעשי' יש לו קדימה לדורות מהא דאמרינן בקידושין (דף מ') תניא רבי יוסי אומר גדול לימוד שקדם לחלה ארבעים שנה לתרומות ומעשרות ארבעה וחמשים כו' פי' דתורה נתנה תחלה בצאתם ממצרים משא"כ חלה ותרומות ומעשרות לא נתחייבו אלא בביאתן לארץ ולכך לימוד קודם למעשה. כדמסיים שם בברייתא וכשם שהלימוד קודם למעשה כו' אלמא דמה דקדום בזמן קודם להמאוחר בזמן. וא"כ יהא נמצא לפי"ז כלל גדול בתורה שכל שקדם בזמן קידם להמאוחר בזמן הן

לענין קיום המצוה והן להשיב לשואלים בהם. אמנם י"ל דלא קי"ל כן שהרי בקדושין (דף מ') שם מבואר נענו כולם ואמרו לימוד גדול שהלימוד מביא לידי מעשה אלמא דלית להו טעמא דרבי יוסי משום שקדם לחלה ולתרומות ולמעשרות וס"ל דאין בזה חשיבות לענין קדימה משום שקדם בזמן תחלה: ובזה נראה דהא דפסק הרמב"ם ז"ל בפ"א (מה' ת"ת) דלימוד קודם למעשה משום שהתלמוד מביא לידי מעשה ואין המעשה מביאה לידי תלמוד. ולא כתב טעמא דר"י גם כן משום שקדם לחלה. משום דכיון דנענו כולם ואמרו דלימוד קודם משום דמביא לידי מעשה אלמא דלית להו טעמא דקדמה לחלה ותרומות ומעשרות. והלכה כרבים לכן לא הביא טעמא דקדמה לחלה. וראי' לזה מהא דמבואר בקדושין (דף כ"ט) דקאמרי רבנן טעמא דפדיון הבן ולעלות לרגל פודה את בנו ואח"כ עולה לרגל משום דכתיב בכור בניך תפדה והדר ולא יראו פני ריקם ואמאי לא קאמרי טעמא משום דפדיון הבן קדמה לעלי' לרגל בזמן דקידשו בכורות במדבר משא"כ עלי' לרגל לא נהג אלא בביאתם לארץ. א"ו דאין בזה חשיבות לענין קדימה משום שקדם תחלה לכן קאמר הטעם משום דקדמה בתורה תחלה ולזה צריך דקדוק בשני דברים שוין להקדים איזה מהן קדם בתורה תחלה. וכמו שכתבתי מהא דפדיון הבן ועלי' לרגל וכל כיוצא בזה:

אמנם באגודה (דף קע"ב) כתב בהעתקה ממרדכי הגדול לענין מילה ותקיעת שופר וז"ל והרבה מן הישיבה הק' היו קשה בעיניהם לעכב תקיעת שופר בשביל המילה ורצו לדחותה עם גמר כל התפלה והשיבם רבינו גרשום אם אין מילה אין תקיעת שופר בעולם שנאמר אם לא בריתי וגו' ועוד דמצות מילה קודמת היא לתקיעת שופר עכ"ל. והכונה דמילה נתנה קודם לתקיעת שופר. אלמא דמצוה שנתנה קודם קודמת למצוה שנתנה מאוחר. והוא בהא דר"י דלימוד קודם למעשה. וכ"ה בא"ו ה' ר"ה (ס' ער"ה) ע"ש בזה והובא בהג"א ר"ה כן. ובברכות (דף מ"ח) פלימו אמר צריך שיקדים ברית לתורה שזו נתנה בשלש בריתות וזה ניתן בי"ג בריתות. וקשה דאמאי לא קאמר מפני שמילה קדום בזמן. א"ו דלענין קדימה אין נ"מ בזה. ולדעת האגודה צ"ל דחדא מינייהו נקט. וניחא בזה. ובמילה דאתרמי ביום ל"א איזה מהן קודם אי מילה או פדיון הבן. וכבר כ' מזה הראנ"ח (סי' ע"ט) ולהנ"ל צריך לאקדומי משום דמצות מילה קודמת או משום דמילה נתנה בי"ג בריתות משא"כ פדיון הבן. ומהא דברכות מבואר דליתא לטעמא של ראנ"ח וי"ל דל"ק מזה:

ובפירוש המשניות לרמב"ם פ"ה דדמאי מ"א כתב והשאר חלה ומעשר שני והקשו בש"ס מפני מה הקדים הפרשת מעשר ראשון קודם חלה. ואמרו כי הראוי להקדימה חלה על

המעשרות כולם כי נתחייבו בה כשנכנסו בא"י והוא שאמר הכתוב והי' באכלכם מלחם הארץ תרימו אבל איחרו אותה מפני שקרא הכתוב שם מעשר ראשון ראשית ולא קרא שם מעשר שני ראשית ע"כ. אלמא מה דניתן קודם קודם להמאוחר ממנו. [ולפימש"כ הי' אפשר לומר משום דחלה נכתב בתורה קידם מעשר ראשון]. ועיין בפ"ג דתרומות (ז') ומניין שיקדמו הבכורים לתרומה זה קרוי תרומה וראשית וזה קרוי תרומה וראשית אלא יקדמו בכורים שהן בכורים לכל. ופי' הר"ש לשון בכורים דריש מדקרינהו בכורים עד שלא נצטוו על התרומה ע"כ. והרע"ב פי' לשון בכורים דריש לכך קרינהו רחמ' בכורים. א"נ משום דכתיבי בפ' כי תשא עד שלא נצטוו על התרומות ע"כ. ונראה ששני הטעמים האלה מבוארים בדברי הר"ש ז"ל. אף כי לפום ריהטא הי' נראה מלשון הר"ש כ' אינו אלא טעם אחד. אבל באמת הוא ב' טעמים עכ"פ מבואר דמה שנצטוה תחלה קודם למה שנצטוה אחריו ומזה מוכח כמוש"כ [ועי' תוס' (תמורה ד') וביבמות (דף ה') מה לכולהו שכן ישנן לפני הדיבור. אין ענין לכאן:

ומצינו להדיא ביומא (דף ע') מ"ט דר"א עביד כדכתיב עביד ברישא דת"כ והדר עביד דחומש הפקודים ור"ע כדקתני טעמא מלבד כו' אלמא דלכ"ע אי ליכא טעמא כל המוקדם בתורה קודם, ועיין באו"ח (סי' ל"ב ס"א) דצריך לכתבם בסדר הזה לכתוב תחלה הקודמת בתורה. ומבואר כמש"כ בזה. וי"ל בהא שכתב הרא"ש וכ"ה באו"ח (סי' תרפ"ד) דקריאה דר"ח קודם לחנוכה משום דתדיר ואמאי לא כ' משום דר"ח ניתן קודם לחנוכה. ואולי חדא מינייי נקט. וכמש"כ כיו"ב במק"א בזה:

ובתוס' שבת (דף קל"ז) כ' אהא דאמרינן שם מל ולא פרע כאלו לא מל תימא אמאי איצטריך למתני האי כיון דכבר תנא דבשר החופה את רוב העטרה מעכב המילה וכי לא פרט עדיין רוב עטרה מכוסה ע"כ. וי"ל דנ"מ למה שנסתפקתי ביש ב' ילדים א' צריך חיתוך ופריעה והב' צריך פריעה לבד איזה מהן קודם. ולכאורה הי' נראה שהא' קודם דתרתי איתי' בי' חיתוך ופריעה. והב' אינו אלא פריעה לבד. ועוד לפימש"כ מה דנצטוה קודם יש לו קדימה להמאוחר, ופריעה הא לא ניתנה אלא עד יהושע. אמנם מאחר דקי"ל מל ולא פרע כאלו לא מל שניהם שוין ואיזה שירצה יקדים לכן תנן הך בבא דנ"מ לזה. וזה נכון:

ועוי"ל מפימש"כ הרא"ש דיש לברך בין מילה לפריעה דמאחר דהוי כאלו לא מל הוי עובר לעשייתן וא"כ נ"מ לזה. וגם י"ל דנ"מ בהא דכאלו לא מל דגם בפריעה איכא י"ג בריתות וחיובא דכרת מאחר דהוי הל"מ כמוש"כ בתוס' יבמות (דף ע"א) וא"כ נ"מ טובא איכא בזה. וזה נכון:

ומה שהביא הש"ך ביו"ד (סי' ש"ה) בשם ראנ"ח דמילה קודם לפדיון הבן משום דאם אין ברית אין חיוב בפדיון הבן. לפימש"כ האגודה איכא עוד טעמים משום דאם לא בריתי ועוד דמוקדם מפדיון הבן, וגם י"ל די"ג בריתות וכרת. וגם י"ל כמו בזבחים (דף צ"א) דמילה לגבי פסת כתדיר דמיא וה"נ כן. וי"ל במש"כ התה"ד (שאלה רס"ו) במקרא מגילה ומילה איזה מהן קודם. דצידד לומר דקודם משום דתדיר ולהנ"ל הי' י"ל גם הני טעמים דלעיל משום דקדים ואם לא בריתי ושאר טעמים הנ"ל בזה. אלא דיש לעמוד בזה מהא דיומא (דף ב') ואימא חג המצות הואיל ופתח בו הכתוב תחלה ופרש"י הואיל ופתח בו הכתוב תחלה בכ"מ. ואמאי לא פריך אימא חג המצות הואיל וניתן קודם לחג השבועות וסוכות. וצ"ל דחד מינייהו נקט: ומעתה נ"ל במש"כ השבו"י בשבועה דאורייתא ושבועה לרבנן אם הדאורייתא קידם. דודאי הדאורייתא קודם. ובא"ח ה' מגילה מבואר להדיא דדאורייתא קודם לדרבנן דלפי"מ שנתבאר דמוקדם מחברו קודם. ואין לך מוקדם יותר מזה במה שהוא דאורייתא וא"כ בכל שבועות דרבנן כן. ובט"ז או"ח (סי' תרע"ז) מיהו התם לענין לדחות לגמרי בודאי דאורייתא קודם משא"כ לענין קדימה י"ל דאין נ"מ בזה ולא כהש"א דפ"ל דבקדימה אין קודם דאורייתא לדרבנן מטעמא אחרינא ע"ש. ולכאורה יש ראי' להש"א מהא דאמרינן בפסחים (דף ק"ג) לא נחלקו ב"ש וב"ה על המזון שהוא בתחלה ועל הבדלה שהוא בסוף ופרשב"ם על המזון שהוא בתחלה דכיון דגמר סעודתו בההוא מחייב ברישא ואין מעבירין על המצות ע"כ ואמאי לא כתב דבה"מ דאורייתא ונר ובשמים ודאי דהם מדרבנן א"ו דאין נ"מ לענין קדימה במה שהוא דאורייתא או דרבנן. אבל י"ל דנ"מ בבה"מ שאכל כזית או כביצה שאינו אלא מדרבנן גם כן:

ועוד יש לכאורה להביא ראי' להש"א דאינו קודם מהא שכ' רש"י בר"ה (דף ל"ד) בד"ה בחבר עיר דיחיד מברך ואח"כ תוקע דהרי תקיעות דאורייתא וברכות דרבנן ואפי"ה מברך ואח"כ תוקע. ולכאורה יש לומר דלעומת זה יש לברכות מעלה דנשים חייבין בהם דחייבין בתפלה משא"כ תקיעת שופר דנשים פטורין. אלא דכבר כתב בתשובת רע"א (סי' ט') דלענין קדימה אין עשה ששוה בכל קודם לעשה שאינו שוה בכל. אמנם דעת הכלבו דבאמת תוקע ואח"כ מברך וכ"ה בשו"ע או"ח (סי' תקצ"ב) וא"כ יש ראי' למש"כ דדאורייתא קודם לרבנן ואכמ"ל בזה:

וכן כתב הצל"ח בברכות (דף נ"א) דדאורייתא ודרבנן דאורייתא קודם. וכן מבואר בא"ר ה' מגילה ע"ש בזה. ונ"ל להביא ראי' להאחרונים הנ"ל דדאורייתא קודם לדרבנן. מהא שכתב הרמב"ם (פ"ז מה' חמץ ומצה ה"ה) כל מי שלא אמר ג' דברים אלו לא יצא י"ח ואלו הן פסח מצה ומרור. פסת ע"ש שפסח. מרור על שום שמרדו. מצה ע"ש שנגאלו.

ותמוה שלא כתב מרור לבסוף כסדר המשנה פסחים (דף קי"ח) ושם (פ"ח ה"ב) הקדים ג"כ מרור למצה וכתב הכסף משנה רבי' כ' כסדר המשנה אבל בהגדה מצה זו קאמר תחלה וטעם המשנה שבתחלה מררו חייהם ואח"כ נגאלו ע"כ. והוא כגי' הרי"ף והרא"ש בפסחים שם אבל אין בספרים שלנו כן. וי"ל מ"ט כתב בסדר הגדה בנוסח אחר מצוה שכתב בהלכה כסדר המשנה, א"ו בפ"ז כתב כבזמן שבהמ"ק קיים מדכתב פסח ע"ש שפסח. וכן בפ"ח כתב פסח שאנו אוכלין ולכן הקדים מרור למצה. משא"כ בהגדה דמיירי בזמה"ז כדכתיב פסח שהיו אבותינו אוכלין בזמן שבהמ"ק קיים וכדכתב שם בפ"ח דבזמה"ז צריך לומר כן לכן הקדים מצה למרור דמצה בזמה"ז דאורייתא ומרור דרבנן. ומצאתי למהרי"ל בסדר הגדה שכ' וז"ל מה שכתב המיימוני מתחלה מרורים ואח"כ מצה ע"ש שנגאלו והא אנו אומרים להיפך בהגדה מצה זו ואח"כ מרור זה אמהר"י סג"ל דהמיימון מפרש איך היו עושין בזהב"י ולשם שייך מרור לפסח אבל לדידן מרור מדרבנן לכן אנו מקדימין מצה שהי' דאורייתא גם לדידן קודם מרור דרבנן. וכן אמהר"ש מצה בזמה"ז דאורייתא ומרור דרבנן ע"כ. הרי להדיא דס"ל למהרי"ל דדאורייתא קודם דרבנן. וא"כ ברהמ"ז קודם לספירת העומר. [ומה שי"ל דנקט הרמב"ם וכ"ה הגי' ברי"ף מצה ומרור והדר מפרש מרור ומצה יתבאר במ"א בזה] והא דנקט מרור קודם אף דבקרא כתיב מצות ומרורים. הוא משום דבחד זימנא אין מוקדם ומאוחר ושינה כסדר להורות דאין קפידא וכמוש"כ בזה וא"כ י"ל דלכן שינה ואמר תחלה מצה ומרור ואח"כ מרור ומצה להורות דאין קפידא בזה ונקט תחלה הקרא ואח"כ מרור תחלה. ועמש"כ עוד על הרמב"ם בה' פסח בזה. ויותר י"ל דל"ק מהקרא דכתיב על מצות והדר מרורים דזהו דקשיתי' להמדרש שם ולכן פי' מצות ע"ש לושי ועשי עוגות ומרור הוא ליעקב שהי' נרדף מעשו ע"ש ולכך מרור לבסוף והוא דבתורה איכא עוד טעם בזה משא"כ הכא דמיירי בהטעם דמצות על שלא הספיקו ומרור ע"ש שמררו נקט מרור תחלה כמעשה שהי' משא"כ בתורה דאיכא עוד רמז נקט מרור לבסוף ומצה תחלה וזה נכון. ולכן אמר כל שלא אמר שלשה דברים אלה בפסח מצה ומרור כדכתיב בקרא וכשמפרש הטעם אליבא דידן נקט מרור תחלה ומצה לבסוף כמעשה שהי' כן: אלא דק"ל מהא דבארתי דהכתוב בהתורה מוקדם קודם להמאוחר ממנו מהא דיומא (דף ע') והא מבואר בפסחים (דף ו') דבתרי ענייני אין מוקדם ומאוחר ופרש"י תרי ענייני היינו שתי פרשיות. וה"נ שתי פרשיות. ובמש"כ דרבים קודם אפילו לת"ח משום דכבוד רבים עדיף מכבוד ת"ח נ"ל הטעם דת"ח יכול למחול על כבודו משא"כ רבים אינם יכולין למחול על כבודם דדמי לכבוד המלך דא"י למחול על כבודו. אמנם זה אינו דלא מבעיא להב"י באו"ח (סי' נ"ג)

בהא דאין ממנין לש"ץ מי שלא נתמלא זקנו דהוא מפני כבוד הצבור שכ' דלפי"ז אם מחלו על כבודם שפיר דמי אלמא דרבים יכולין למחול על כבודם אלא אפילו להב"ח שכ' שם דאין הרבים יכולין למחול שם התם טעמא אחרינא משום דהוא כבוד המקום וכמוש"כ גם הט"ז שם משמע הא לאו הכי יכולין למחול. וכן מוכח בתוס' סנהדרין (דף מ"ו) ד"ה הספידא יקרא דחיי דרבים יכולין למחול על כבודם לכן צ"ל דכבוד רבים עדיף מטעם שהן רבים ולא משום דלא מהני בהו מחילה. ועיין מג"א (סי' קמ"ד סק"ז) דמשמע דאפילו כל ישראל יכולין למחול על כבודם ע"ש. ומתוס' סנהדרין ראי' לזה דאפילו כל ישראל יכולין למחול על כבודם גם כן: ויש לבאר הא שביארנו דיש להקדים הכתוב בתורה קודם. וגם דיש לרבים דין קדימה. אם יש לרבים דין קדימה נגד הכתוב בתורה קודם או לא וראיתי כי דבר זה מתבאר ממש"כ התוי"ט פ"ז דסנהדרין דלכך הקדים בנסקלין עריות קודם למכשף אף דמכשף כתוב בתורה תחלה קודם לעריות משום דעריות רבים ומכשף יחיד ע"ש בזה. וכן מבואר להדיא בתוס' ברכות (דף י"ד) בד"ה למה קדמה שמע לוהי' אם שמע. וא"ת תיפוק לי' דקדמה בתורה וי"ל דהכי קאמר למה קדמה אף לפרשת ציצית דקדמה לכולן א"ו אין אנו חוששין לזה שהי' קודמת בתורה דאין מוקדם ומאוחר בתורה א"כ הי' לנו להקדים והי' אם שמע שהיא מדברת בלשון רבים ע"כ. הרי דרבים עדיפא מהא דמוקדם בתורה. ודברי תוס' מבוארים אצלינו במ"א בזה:

אם נזדמן לדון ד"ת ולעשות מצוה הד"ת קודם וכן משמע מהמכילתא דריש פ' משפטים שם דאר"ש דהמשפטים קודמים בתורה לכל המצות משום דבזה נעשה שלום. ע"ש. וביאורו דניתנו משפטים במרה קודם מ"ת וכן קדמו המשפטים לשאר מצות לכן ד"ת קודם, ועיין תוס' ב"ק (דף י"ז) דשי' ר"ת וכ"ה בתוס' קדושין (דף מ') דללמד לאחרים עדיף ממעשה וא"כ ד"ת דללמד לאחרים עדיף ממעשה אבל לשיטת השאילתות בתוס' ב"ק שם מבואר דללמד לאחרים מעשה תחלה. ובמ"א ביארתי בזה דד"ת גם השאילתות מודה בזה: ויש לבאר אי עוסק במצוה אי בכה"ג נמי דין תורה קודם או מאחר דהתחיל במצוה אומרים לו גמור. ומצוה קודם ונראה דבכה"ג המצוה קודם דהא עוסק במצוה פטור מן המצוה אפילו מצוה קלה פוטר החמורה וכמו שמתבאר בסוכה (ד' כ"ה) והארכנו בזה בסי' רס"ז. ומצוה הבא לידך אל תחמיצנה הוא דאורייתא כדמשמע ברש"י יומא (דף ל"ג) ע"ש. ושוב ראיתי סייעתא לזה ממש"כ מהרי"ל ריש הלכות סוכה וז"ל דרש מהר"י סג"ל מיד לאחר יום כפור יעסוק כל אדם לעשות סיכה וכו' וכן העיד שפעם אחת חל יום כפור ביום ה' ולמחרתו בערב שבת איקלע מהריסג"ל עיר מהר"מ סג"ל ז"ל ומצאו

שהי' עוסק בסוכתו והי' מתקנה מכל וכל ולא רצה להאזין אל מהריסג"ל ואל שאר עם שבאו לדון לפניו ואמר הואיל דאתא מצוה לידן לא תחמץ עכ"ל. הני דלא רצה להניח מצות סוכה ולדון דין תורה ואין לומר משום דלא הי' רוצה לדון בערב שבת כמבואר לעיל (סי' ה') דא"כ ל"ל משום מצות סוכה תיפוק לי' דאין דנין בערב שבת. וע"כ דהי' לו מי שיתעסק בצרכי שבת דבכה"ג מותר לדון בערב שבת כמבואר בסמ"ע שם ורק משום דהתחיל במצות סוכה. ומוכח דבהתחיל במצוה המצוה קודם כנ"ל ברור בזה. מיהו בעוסק במצוה שבין אדם לחבירו כמו צדקה וגמ"ח אפשר לומר מאחר דאפשר להבטל דאי אמר לא בעינא דלכן כתבו הפוסקים דאין מברכין על זה יניח זה וידון דין תורה אך אין לחלק כלל מאחר דעוסק במצוה כמו השבת אבידה פוטר ג"כ מצוה א"כ ה"ה דין תורה גם כן:

נסתפקתי בבאו אורחים כשיש דין לפני הדיינים אי מצוה דהכנסת אורחים קודם או לא. ועיין שבת (דף קכ"ו) מפנין אפילו ארבע וחמש קופות של תבן ושל תבואה מפני האורחים ומפני ביטול ביהמ"ד. ושם (דף קכ"ז) א"ר יוחנן גדולה הכנסת אורחים כהשכמת בהמ"ד דקתני מפני האורחים ומפני ביטול בהמ"ד ורב דימי מנהרדעי אמר יותר מהשכמת בהמ"ד דקתני מפני האורחים והדר מפני ביטול בהמ"ד. ומבואר דפלוגתא הוא בזה אי לימוד תורה והכנ"א שוין או הכנס"א עדיף מתורה אפילו מת"ת דרבים דמפני ביטול בהמ"ד הוא ת"ת דרבים. כמוש"כ רש"י שהוא מקום עבור התלמידים. ועיין תוס' שבת (דף יו"ד) הנ"ל דדין עדיף מלימוד תורה. וא"כ לר"י דהכנסת אורחים שוין לביטול בהמ"ד שהוא לימוד תורה איזה שירצה מהן יקדים וכ"ש אם כבר עוסק בדין תורה שא"צ להפסיק דהרי ד"ת עדיף מלימוד התורה ולר"ד דס"ל דהכנס"א עדיף י"ל דהכנס"א קודם אבל י"ל דד"ת דעדיף מלימוד התורה שפיר י"ל דד"ת קודם. ואפילו אי נימא לר"ד כמ"ש בראשון דהכנ"א קודם מ"מ הא לא ידעינן כמאן לפסוק או כר"י או כר"ד דהרא"ש (בסי' א') הביא למימרי דתרווייהו וגדולה הכנ"א יותר כו' אינו ענין לזה. לכן מספיקא נ"ל דלכתחלה יקדים להכנס"א אבל אין צריך להפסיק באמצע ד"ת וי"ל:

הנה בדיני קדימה יתום לאלמנה וכל הני דקחשיב יתום קודם לאלמנה ואלמנה לת"ח היינו בשלא התחיל בדין אבל אם כבר התחיל אינם קודמין. מלבד ת"ח קודם לשאר אדם דאז אפילו אם כבר התחיל בדין ת"ח קודם משום דעשה דכבוד תורה עדיף ודוחה לעשה דכקטן כגדול. אבל יתום ואלמנה אינו דוחה לעשה דאורייתא משים דבדידהו ליכא עשה וליתא אלא משום לא תענון כמבואר במפרשים ואין ל"ת דוחה לעשה.

וכן משמע מהטוש"ע שלא כתבו אלא בת"ח דדוחה אפילו כבר התחיל כמבואר בס"א ולא כמוש"כ בשע"מ היפוך מזה, וזה פשוט ועיקר לענ"ד בזה. וכ"ש דזילותא דאשה אינה דותה עשה ואינו קודמת לאיש אלא כשלא התחיל עדיין. וכשהכין עצמו לשמוע הטענות דכתב הסמ"ע בסק"ה דהוא מדרבנן י"ל דיתום ואלמנה קודמין דבזה לא תקנו חז"ל. ועוד דאיכא עשה דד"ק שפטו יתום ריבו אלמנה וכן באשה משים זילותא וגם בזה קודמת לאיש:

ויצא לנו מזה דג' בחינות בדבר. א' כשבאו בב"א ולא הכין עצמו לשמוע הטענות אז למי שירצה הדיין יקדים. ואשה לאיש. וכהן קודם ללוי. וכמבואר ביו"ד (סי' רנ"א) ות"ח קודם מכולם וה"ה קרובו. וכל הגדול מחברו בחכמה קודם ויתום ואלמנה קודם גם לת"ח. ב' כשהכין עצמו לשמוע הטענות אז אינו רשאי להקדים אלא יגמור אותו שהכין עצמו לשמוע טענותיו. ויתום ואלמנה ות"ת כמו בבחינה א' וכהן תלי' בפלוגתא וספיקא דרבנן לקולא ויכול להקדימו. ואשה קודמת לאיש. הג' כשכבר שמע הטענות אז מחויב לגמור אותו שהתחיל ואין קדימה אלא לת"ח בלבד. ויתום ואלמנה לכתחלה נצטוינו לזרז בדינם אבל לא לאפסוקי דין שהתחיל כבר. ואין לומר דאי קדמי לת"ח א"כ כיון דת"ח דוחה אפילו התחילו כבר מכ"ש יתום ואלמנה. דלכתחלה נצטוה גם הת"ת משום עשה דד"ק שפטו יתום ריבו אלמנה אבל לאפסוקי לא מצינו בהם עשה ואינו דוחה אלא עשה דכבוד תורה וז"ב: ובהא דדין האשה קודם לדין האיש דהוא מש"ס דכתובות (דף ק"ו) אמר רבא מרישא כי הוו אתו גברא ואתתא לדינא קמאי הוה שרינא תגרא דגברא ברישא אמינא דמחייב במצות כיון דשמענא להא שרינא תגרא דאתתא ברישא מ"ט משום זילותא. וקשה איך סבר מתחלה דאיש קודם לאשה משום דמחייב במצות הא היכא דאיכא זילותא בודאי אשה קודמת לאיש דהא משנה מפורשת היא בהוריות (דף י"ג) האיש קודם לאשה להחיות ולהשיב אבידה. האשה קודמת לאיש לכסות ולהוציא מבי' השבי' א"כ מוכח דבמקום דאיכא בזיון האשה קודמת לאיש. וכן תנינן ביבמות (דף ק') ת"ר העבד והאשה אין חולקין להם תרומה בבית הגרנות ובמקום שחולקין נותן לאשה תחלה ופוטרין אותה מיד. מאי קאמר הכי קאמר ובמקום שחולקין מעשר עני נותנין לאשה תחלה מ"ט משום זילותא הרי להדיא דבאיכא זילותא האשה קודמת. והנה לתרץ זה נקדים ק' אחרת מאי דקשה על המתניתין דהוריות הנ"ל דתני דלמזונות האיש קודם לאשה מהא דאמרינן בכתובות (דף ס"ז) ת"ר יתום ויתומה שבאו להתפרנס מפרנסין את היתומה ואח"כ מפרנסין את היתום. ומפני שהאיש דרכו לחזור על הפתחים ואין דרכה של אשה לחזור על הפתחים. ופרש"י להתפרנס מזונות של

צדקה. הרי מבואר דגם לענין מזונות אשה קודם לאיש מפני שאין דרכה לחזור והנה משום הך קושיא פי' הרשב"א ז"ל בכתובות שם דהא דיתום ויתומה שבאו להתפרנס מפרנסין את היתומה ואח"כ מפרנסין את היתום האי פרנסה מיירי בכסות דבזה קודמת אשה לאיש אבל לענין מזונות באמת איש קידם לאשה. אבל לרש"י קשה וכן הרמב"ם בפ"ח מה' מתנות עניים כתב ג"כ כרש"י שם (הלכה ט"ו) איש ואשה שבאו לשאול מזון מקדימין אשה לאיש וכן אם באו לשאול כסות וכ"ה בטוש"ע יו"ד (סי' רנ"א) הרי להדיא דגם במזון מקדימין אשה לאיש [והא דקשה ממתני' דהוריות דאיש קודם לאשה להחיות כתב הב"י שם דלהחיות היינו להצילם אם נטבעים בנהר וכ"כ בבאה"ג שם ועפי"ז כתב הרמ"א ביו"ד (סי' רנ"ב ס"ח) ואם שניהם רוצים לטבוע בנהר הצלת האיש קודם] ונראה לי לתרץ באופן אחר. והוא דהא דהוריות דאיש קודם לאשה להחיות היינו כשאין בכיס הצדקה להחיות שניהם איש קודם לאשה משום וחי אחיך עמך והא דכתובות דמפרנסין את היתומה ואח"כ מפרנסין את היתום הא מיירי כשיש כדי לפרנס שניהם אלא דמיירי לענין קדימה וקאמר דצריך לפטור את האשה תחלה מפני שאין דרכה לחזור וכתב הרמב"ם בפ"ח הנ"ל שבושתה מרובה ופי' מפני שאין דרכה לחזור היינו שאין דרכה וא"כ אף שמחזרת בושה היא בכך לכן פוטרין אותה תחלה משום זילותא ובמידי דזילותא האשה קודמת וכדמוכח מהא דקודמת לכסות: ובזה נכון לשון הרמב"ם שם בפ"ח ממתנות עניים דבהלכה ט"ו כתב איש ואשה שבאו לשאול מזון מקדימין אשה לאיש כו'. ובהלכה ט"ז כתב היו לפניו עניים הרבה ואין בכיס לפרנס או לכסות או לפדות את כולם מקדים הכהן ללוי והלוי לישראל והישראל כו' ע"כ וכ"ה ביו"ד (סי' רנ"א ס"ח וס"ט שם) ע"ש בזה הרי דברישא לא כתב באיש ואשה שבאו לשאול מזון דאין בכיס כדי לפרנס שניהם כמוש"כ בהלכה ט"ז לענין להקדים כהן ללוי א"ו דברישא מיירי גם בשיש בכיס כדי לפרנס שניהם ואפי"ה מקדימין אשה לאיש משום זילותא. ויצא לו כן דהא בהוריות שם (דף י"ג) תנן כהן קודם ללוי ולוי לישראל וישראל לממזר כו' והוא סיפא דאיש קודם לאשה להחיות וא"כ כיון דאיש קודם לאשה להחיות מיירי בשאין בכיס כדי לפרנס שניהם דלא תקשה מהא דכתובות דמקדימין אשה לאיש בפרנסה א"כ סיפא דכהן קודם ללוי ולוי לישראל מיירי ג"כ בכיה"ג דאין בכדי לפרנס לכולם. והשתא לפי"ז ניחא נמי הא דכתובות הנ"ל כיון דהא מתניתין דאשה קודם לאיש מיירי בשאין בו כדי לפרנס שניהם לכן שפיר אשה קודם לאיש אבל בזיון זמן מועט שפיר ס"ד דאיש קודם לאשה משום דמחייב במצות אבל כיון דשמע דנותנין לאשה תחלה משום זילותא

אלמא דחיישינן לבזיון קל אפילו לזמן מועט ה"נ לענין זילותא דבי דינא אף דהוא זמן מועט אשה קודם לאיש וא"ש הכל על נכון:

ולפי מה שכתבתי דהא דכתובות מיירי בשיש לו כדי לפרנס שניהם מדקאמר מפרנסין את היתומה ואח"כ מפרנסין את היתום ומפרש משום דאיש דרכו לחזור ואין אשה דרכה לחזור הנה לפי"ז לא הי' לומר לשון דרכו לחזור ואין דרכו לחזור אלא מפני הבושה כדקאמר שם במשיאין את היתומה ואח"כ את היתום ומדלא קאמר הכי משמע דמיירי באין כדי לפרנס שניהם מכיס אלא הכוונה מפרנסין את היתומה ממה שיש עתה ואם יזדמן אח"כ בכיס מפרנסין את היתום וא"כ אפשר דזה קשיתי' להפוסקים ז"ל והוצרכו לתרץ בדרכם הטוב אבל לע"ד נראה כמוש"כ:

ובשיטה מקובצת בכתובות שם הביא שם בשם לקוטי הגאונים שכ' מפרנסין את היתומה ואח"כ גובין ומפרנסין היתום ובנשואין הטעם דאיש דרכו לחזור על אשה ואין אשה דרכה לחזור על איש. ע"ש. ונראה שגירסתם הוא בהיפוך בפרנסה הטעם הוא משום הבושה ודרכו לחזור הוא על הנשואין דמי מחזיר על מי בעל אבידה מחזיר על אבידתו כבריש קדושין (דף ב) ולדבריהם ג"כ א"ש דהא דכתובות באפשר לפרנס שניהם אלא שמחוסר גבי' לכן מקדימין אשה לאיש משום זילותא משא"כ בהוריות דאין ממי לגבות לכן איש קודם וא"כ נתבאר דעיקר הוא דבאין לפרנס לשניהם דאו הדבר תלוי בלהחיות האיש קודם משא"כ ביש לספק לשניהם דהדבר תלוי בבושה ובבושה האשה קודמת, וזה ברור ונכון:

ויש לעיין בהא דאשה קודמת לאיש וכמו כן ת"ת קודם לאדם שאינו ת"ח אי גם אשה קודמת לת"ח ג"כ דומיא דאלמנה ועיין במפרשים בזה. ונראה דת"ח קודם מהא דתנן בהוריות (דף י"ג הנ"ל) האיש קודם לאשה להחיות ולהשיב אבידה והאשה קודמת לאיש לכסות ולהוציא מבית השבי' ושם כהן קודם ללוי ולוי לישראל כו' בד"א בזמן ששניהם שוין בחכמה אבל אם הי' אחד מהם ת"ח ממזר ת"ת קודם לכ"ג עם הארץ. ומבואר בירושלמי שם דת"ח לכסות קודם לע"ה להחיות וכ"ה בטוש"ע יו"ד (סי' רנ"א ס"ז) הרי דת"ח קודם לאיש להחיות מכ"ש דקודם לאשה לכסות שאינו פקוח נפש הרי דת"ח קודם לאשה במידי דבזיון, אלא דיש לחלק כמוש"כ לעיל דשאני הכא דזהו בזיון גדול משא"כ הכא דהיא בזיון קטן, אבל לפימש"כ יש ראי' מלשון הש"ע יו"ד שם שכ' שם (ס"ח) איש ואשה שבאו לשאול מזון מקדימין אשה לאיש ושם (ס"ט) היו לפניו עניים הרבה ואין בכיס כדי לפרנס כולם מקרים הכהן ללוי כו' בד"א בזמן שהם שוים בחכמה אבל אם הי' ממזר ת"ח וכהן עם הארץ ממזר ת"ח קודם ומשמע דה"ה בהא דס"ח ת"ח

קודם לאשה והא דס"ח אינו אלא בזיון לשעה ואפי"ה ת"ח קודם א"כ ה"ה לענין דין ת"ח קודם ע"ל ודו"ק. וביש"ש פי"א דיבמות כתב להדיא דאשה ות"ח ת"ח קודם בזה: ואשת חבר כחבר לענין צדקה כמבואר ביו"ד (סי' רנ"א ס"ט ה"ה) לענין זה. וקודמת לאדם ואפילו לאשה ג"כ אם אינה אשת חבר. גם יש לומר לענין זה כל הגדול מחברו בחכמה קודם כמבואר ביו"ד (סי רנ"א ס"ט) כיוצא בזה בסי' (שנ"ד) חכם ות"ח מוציאין הת"ח אלמא דהגדול מחברו בחכמה קודם וה"ה לענין זה. ועיין באה"ט או"ח (ס' קל"ו) ובירושלמי הוריות (פ"ג הלכה ז') הסדרן כו' ע"ש בזה. והא דמבואר ביו"ד שם (ס' שנ"ד) איש ואשה מוציאין האשה מפני שקרובה לבית הניוול והוא משום דבמידי דבזיון אשה קודמת כמו בכסות ואף דהתם לא שייך חשיבותא דגברא משום דמחיוב במצות דהא כיון שמת כטור מן המצות מ"מ חשיבות שהיתה לו בחיים לא בטל וכל הקודם בחייו לענין שאר דברים קודם במותו גם כן להוצאה תחלה. הנה שם יש להסתפק ג"כ אי קודמת לת"ח או לא וכבר ראיתי שנסתפק כן הב"מ שם ולכאורה ממש"כ כאן דבזיון לשעה קלה ת"ח קודם א"כ ה"ה התם והכי מסתבר ועיקר:

עיין באו"ת שהקשה למה השמיטו הפוסקים הא דכהן קודם דומיא דת"ח ותי' משום דאינם בודאי בחזקת כהונה. והנה רבים מאחרונים מאנו בהך סברא דאינם בודאי בחזקת כהנים דהרי אנו מחזיקים אותם ככהנים לכל דבר וגדולה חזקה. לכן נראה דהא דת"ח קודם היינו אפילו אם כבר שמע טענותיהם של בע"ד אחר דוחה עשה דכבוד תורה לעשה דקטן כגדול תשמעון משום דעשה דכבוד תורה עדיף אבל עשה דוקדשתי לא מבעיא להסוברים דאינו אלא דרבנן בודאי אינו דוחה לעשה דאורייתא אלא אפילו לפמש"כ המג"א באו"ח (סי' ר"א) דהוא דאורייתא מאי אולמי' האי עשה מהאי עשה ובודאי אינו דוחה עשה דוקדשתו לעשה דקטן כגדול תשמעון, והא דקאמר בנדרים (דף ס"ב) דשרי למימר צורבא מרבנן אנא שרו לי תגראי ברישא ויליף מובני דוד כהנים מה כהן נוטל חלק בראש אף ת"ת ומייתי דכהן נוטל חלק בראש מוקדשתו היינו דמותר לומר כן משום דזה כמו כהונה וחלקו שואל כמוש"כ הרשב"א בתשובה (ח"א ס' פ"ד) אבל לענין לדחות עשה דקטן כגדול תשמעון ודאי עשה דכבוד תורה עדיף מעשה דוקדשתי. ואי משום דקשה למה לא כתבו לענין אם לא שמע כלל הטענות של בע"ד אחר דכהן קידם זה ודאי לק"מ דסמך עצמו אמש"כ ביו"ד (סי' רנ"א) דכהן קודם וכל הני דקחשיב התם קודמים גם כאן אבל ודאי לא אלימי למדתי עשה אלא ת"ח לבד: וכהן קטן לפימש"כ המג"א או"ח (ס' רפ"ב סק"ו) דליכא עשה דוקדשתו א"כ אינו קודם לכל דבר ע"ש בזה:

לפי מה שכתבתי דאינו דותה עשה דוקדשתו לעשה דקטן כגדול תשמעון אלא אם לא התחיל צריך לאקדומי לכהן י"ל כשהכין עצמו לשמוע הטענות תלוי בפלוגתא אי וקדשתו דאורייתא או דרבנן דאי דאורייתא דוחה לעשה דקטן כגדול דרבנן ואי דרבנן אינו דוחה משום מאי אולמי' ואי משום דמבואר בנזיר (דף כ"ט) אתי חינוך דרבנן ודחי הקפה דרבנן היינו דמצוה דרבנן דחי לאיסור דרבנן אבל אין מצוה דרבנן דוחה למצוה דרבנן דמאי אולמי' וספיקא דרבנן לקולא ויכול להקדים לכהן גם כן:

אלא דצל"ע בהא דאשה קודמת לאיש אם הי' כהן מי קודם כיון דוקדשתו דאורייתא מי אלימא זילותא דאשה למדחי עשה דאורייתא או לא ומסתימת הפוסקים משמע דאין חילוק בזה ולעולם אשה קודמת לאיש וא"כ משמע מזה כהסוברים דוקדשתו הוא דרבנן. וכן בהא דהוריות אשה קודמת לאיש לכסות אין נ"מ בין אם היא כהן ובזיון דאשה עדיפא מוקדשתו ובמ"א (סי' ר"א) הביא דפלוגתא בירושלמי הוא אי וקדשתו דאורייתא או דרבנן ע"ש. וצ"ל דאפילו אי וקדשתו דאורייתא מ"מ היכא דאיכא זילותא דאחריני ניחא לי' לכהן בזה:

ולפי מה שביארנו לעיל דכבוד הרבים עדיף מכבוד ת"ח וקי"ל דאלמנה קודם לת"ח יש לחקור אם אלמנה קודם לרבים גם כן. ונראה דיש לומר דלכך אלמנה קודם לת"ת משום דת"ח מצווה גם כן על אלמנה לא תענון וכשיקדים ת"ח יוגרם שע"י יתאחר האלמנה לכן היא קודמת וא"כ יש לומר דקודמת לרבים גם כן משום דכל אדם מצווה על זה:

נסתפקתי בבאו לדין בני עירו ובני עיר אחרת מי מהן קודם והשבתי דבני העיר קודמין לפמש"כ החכ"צ (שאלה ע') הבאתיו לעיל דלזכות במצוה קרובו קודם מכ"ש דצדקה וכדאמרינן בב"ב (דף מ"ג) ס"ת הכל עניים כו' וא"כ ה"ה לזה בני העיר קודמין דומיא דצדקה דעניי עירך קודמין. וה"ה ללמד תורה בני העיר קודמין וכ"ש ד"ת דעדיף מת"ת כמבואר לעיל. ולא מבעיא בקבוע המספיקים דבודאי הוי כאלו אדעתא דהכי מינו אותו והתחייב עצמו להשיב. ומה"ט בקדיש חושב קודם מארח דבמצוה בני עירך קודמין וזה ברור ואי משום דבני עיר אחרת כבד להמתין אדרבא הא מבואר לקמן (סי' ער"ב) בטור בשני גמלים אחת קרובה ואחת שאינה קרובה דתדחה שאינה קרובה משום דבלא"ה לא תבא למחוז חפצה תכף וה"נ הבן עיר שישוב תכף לביתו קודם. וגם להמחבר שם דקרובה לנטות תדחה הקרובה לא שייך כאן כמוש"כ בזה: נסתפקתי אי גם לענין צדקה יתום קודם לאלמנה ואינו מבואר זה ביו"ד (סי' רנ"א) אבל משמע לי מהא דכתיב בפ' ראה במעשר עני ובא הלוי וגו' היתום והאלמנה אשר בשעריך ואכלו ושבעו ומשמע דיתום קודם. ואכמ"ל בזה ולפי"מ דמדמה הגמרא ביבמות (ד' ק) מעשר עני לדין דאשה

קודמת לאיש ה"ה יתום לאלמנה כמו בדין. וכבר נתבאר לעיל מזה. ושם (כ"ד) בלקט שו"פ כתוב ליתום ולאלמנה יהי' וה"נ כן:

וכן נסתפקתי בצדקה אי עני קודם לאביון כמו בשכר שכיר דמייתי מלא תעשוק שכר עני ואביון בב"מ (דף קי"א) דעני קודם לאביון מדכתיב בקרא עני קודם לאביון ונ"ל דה"ה בצדקה כן מדכתיב דברים (ט"ו) פתח תפתח את ידך לאחיך לעניך ולאביונך בארצך הרי דהקדים הכתוב עני קודם לאביון אמנם מרש"י דחגיגה שהבאתי לעיל דבכ"מ אין ראי' להקדים ממה דכתיב בקרא קודם אם לא דאיכא יתור וה"נ גבי לא תעשוק מוכח דלהקדים מדכתיב בחד קרא כי עני הוא לבד ובחד קרא כתיב עני ואביון ש"מ להקדים אתא משא"כ כאן:

ומהא שכ' רש"י והוא מהספרי כי יהי' בך אביון התאב תאב קודם י"ל דהפי' שהוא אביון יותר מאחרים וכו' במזרחי, ועיין בג"א שם בזה. אמנם נראה כיון דשכירות פועל כתיב להקדים עני לאביון וכן בצדקה א"כ הוי כמו דכתיב שני פעמים אחדא מילתא דשכירות פועל הוי כמו צדקה גם כן: סעיף ג:

ידרוש וכו' הסמ"ע הביא מש"כ מהרי"ק דגם בעדים החתומים על השטר אם נראה שהוא מרומה צריך דרישה וחקירה. ורא"ייתו מבואר בש"ך לקמן (סי' ע"א ס"ק כ"ח) ע"ש:

סימן יז

סעיף א:

בצדק תשפט עמיתך איזהו צדק המשפט זו השווית השני הבע"ד בכל דבר לא יהא אחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו קצר דבריך כו'. ולא יהא אחד עומד ואחד יושב אלא שניהם עומדים. בשבועות (דף ל') ת"ר ועמדו שני האנשים מצוה לבע"ד שיעמדו (והיינו משום דגם בבע"ד משתעי קרא) א"ר יהודה שמעתי שאם רצו להושיב את שניהם מושיבין. איזהו אסור שלא יהא אחד עומד ואחד יושב. ולקמן (ס"ה) כתבתי דהאי שני מיותר הוא דמיעוט אנשים שנים ואתא האי שני לאורויי שיהא שניהם שוין כמבואר כיוצא בזה ביומא (דף ס"ב) ולכן אמר שפיר שאם רצו להושיב את שניהם מושיבין, איזה אסור שלא יהא אחד עומד ואחד יושב משים דבעינן שניהם שוים. כנ"ל נכון בזה. ושוב ראיתי שכן איתא בירושלמי פ"ג דסנהדרין ופ"ד דשבועות הלכה א' ע"ש בזה. ופ"ו דיומא כן. יש לבאר מ"ש דמבצדק תשפט עמיתך דרשינן בשבועות שם שלא יהא אחד עומד ואחד יושב וכו' ומקרא דושפטתם צדק דריש בסנהדרין (דף ז') ריש לקיש לצדק את הדין ואח"כ חתכהו למה לא נדרוש בחילוף וכן לקמן בסנהדרין (דף ל"ב) דריש לקיש רמי כתיב בצדק תשפט עמיתך וכתיב צדק צדק תרדף כאן בדין מרומה כאן בדין

שאינו מרומה דאמאי נקט קרא דבצדק תשפט ולא קרא דושפטתם צדק [אף די"ל דמייתי מהמוקדם בתורה אבל מ"מ לפי"מ שיתבאר יתורץ ברווחא] לכן נ"ל דבצדק תשפט נקט צדק קודם למשפט משא"כ ושפטתם צדק נקט המשפט ואח"כ הצדק. ולכן דריש מבצדק תשפט לאחד עומד ואחד יושב ולאחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו קצר דבריך והוא משום שלא יסתתמו הטענות דזה הוא קודם המשפט ואף שכ' תוס' בשבועות (דף ל') בד"ה והאמר מר דסתימת הטענות שייך אף לאחר שטענו מ"מ העיקר הוא קודם שטענו וגם הוא קודם גמ"ד עדיין. ולכן כתיב תחלה בצדק ואח"כ המשפט. משא"כ צדק את הדין ואח"כ חתכהו שהוא בעת הגמר דין שיהי' לו בירור דהמשפט נגמר אלא שצריך להצדיק אותו לכך נאמר הצדק אחר המשפט וע"כ בסנהדרין (דף ל"ב) דמשני כאן בדין מרומה שצריך דרישה וחקירה וכאן בשאינו מרומה שא"צ דרישה וחקירה מייתי מהא דבצדק תשפט שהדרישה וחקירה הוא קודם גמ"ד לכן מייתי מהא דבצדק תשפט עמיתך:

ויש לבאר מ"ש דכתיב ועמיתך ולא אחיך ורעך בשלמא לפי אידך דרשות דשבועות (דף ל') דמייתי לדן את חברו לכף זכות לפימש"כ הרמב"ם בה' דעות דרשע אין לדונו לכף זכות ועמיתך הוא עם שאתך בתורה ובמצות כמבואר בב"מ (ד' נ"ח) וכן הא דדריש שם בשבועות שם עם שאתך בתורה ובמצות השתדל לדונו יפה ניחא דהוא דוקא כא"ח לאפוכי בזכותי' משא"כ להדרש שלא יהא אחד עומד ואחד יושב מ"ש דנקט עמיתך ולא אחיך או רעך לכן נ"ל דהאי ד"א דמייתי התם לא פליג אהך דרשא אלא דתרווייהו קדריש לאחד עומד ואחד יושב הי' סגי בצדק תשפט לבד ומדכתיב עמיתך דריש לדן את חברו לכף זכות ולהשתדל לדונו יפה גם כן. ובאבות דר"נ פ"י מבואר דאחד עומד ואחד יושב ואחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו קצר דבריך דריש ר"מ מכקטן כגדול תשמעון ור' יהודה דריש לי' לאקדומי כמבואר בסנהדרין שם (דף ח') בזה:

ולפי מה שביארנו צריך ביאור הא דאמרינן בכתובות בעובדא דרב ענן דשדר לרב נחמן נידייני' מר להאי גברא דאנא ענן פסילנא לי' לדינא. הוה קאים דינא דיתמי קמי'. אמר הא עשה והאי עשה. עשה דכבוד תורה עדיף ופרש"י שם (ד' ק"ו) מצות הדיינים עשה ושפטתם צדק ע"כ. והרי הך קרא דושפטתם צדק דריש לי' ריש לקיש בסנהדרין (דף ז') לצדק את הדין ואח"כ חתכהו שהוא בעת גמר דין כמו שביארנו ולא בלאקדומי שהוא עדיין קודם גמר דין אלא דכבר הקשה מהרש"א שם בלאו הכי על פרש"י שם דהי' לו להביא מקרא דכקטן כגדול תשמעון וכן כ' מהרי"ט שם בזה. ואפשר לומר דרש"י לשיטתו שכ' בסנהדרין דף ל"ד) דמשפט הוי גמ"ד וא"כ מכקטן כגדול תשמעון לא ידעינן אלא אם הוא בתחלת דין דמדאורייתא הוא דוקא בפתחו כמוש"כ הסמ"ע אבל בגמ"ד

לא הוי ידעינן ומצינו דגמ"ד קיל לענין לילה לכן יליף מושפטתם צדק דגם בגמ"ד אינו רשאי לאקדומי לאחר. ועי' טו"א ר"ה כ"ה בזה:

לא תכירו פנים במשפט איתא בסנהדרין (דף ז') ר' יהודה אומר לא תכירהו (פירש"י אם הוא אוהבך) ר' אלעזר אומר לא תנכרהו (ופרש"י אם הוא שונאך לא תעשה לו כנכרי לחייבו). ולע"ד נראה עפי"מ דאיתא במדרש פ' שופטים פ"ד לא תכירו פנים ר' אלעזר ור' שמואל בר נחמן ר' אלעזר אימר אם היית יודע שהדין עמו אל תסביר לו פנים שלא יהא אומר מתחלה הי' רוצה לזכותי ורשב"ג אמר אם יודע שאין הדין עמו הסבר לו פנים שלא יהא אומר מתחלה הי' רוצה לחיבני. ומהשתא י"ל דמאן דדריש לא תכירו לא תכירהו קאי אאם רואה שהדין עמו אל יראה לו הסבר פנים שלא יאמר מתחלה הי' רוצה לזכותו ומאן דדריש לא תנכרהו קאי אאם יודע שאין הדין עמו שלא יראה לו פנים זועפות אלא אדרבא יסביר לו פנים. ונראה דט"ס הוא במדרש שם ור' אלעזר דריש שם אאם יודע שאין הדין עמו ומצוי הוא במדרש לכן ר"א לשיטתי' שפיר דרש לא תנכרוהו וראוי לדיין להזהר בזה באם רואה שאין הדין עמו יסביר לו פנים בזה. וגם בלא ט"ס י"ל דר"א לשיטתי' דלא נ"ל דאם רואה שאין הדין עמו צריך להסביר לו פנים אלא דיהא שוה ובלבד שלא יראה נטי' להיפוך לכן דריש לא תנכרהו פי' שלא יראה פנים זועפות אבל אין מחויב להראות פנים מסבירות:

וניחא בזה הא שהקשה הב"ח (בסי' ז') דהא מבואר בסנהד' (דף כ"ח) דר"י ורבנן לא פליגי אלא בעדות אי אוהב ושונא כשרים להעיד אבל דיין לכו"ע פסול ואם כן איך אפשר לומר לא תכירהו אם הוא אוהבך או לא תעשה לו כנכרי אם הוא שונאך הא בלא"ה פסול להיות דיין בכה"ג וע"כ הוכיח מזה דבדיעבד אין מעכב. ולהנ"ל א"ש דפליגי בביאור לא תכיר חד דריש אם יודע שהדין עמו לא יסביר לו פנים ואידך דריש אם יודע שאין הדין עמו לא יראה לו פנים מתנכר אלא יראה פנים שוחקות ויסביר לו פנים. ונראה הא דלא פי' רש"י ז"ל כן משום דבסנהדרין (דף ז') שם בתר הא דלא תכירהו או לא תנכרהו מייתי אושפזיכנא דרב אתא לקמי' לדינא א"ל לאו אושפזוכני את א"ל דינא אית לי א"ל פסילנא לך לדינא וא"כ משמע דגם הא דלעיל מיירי באוהב:

ובזה יתבאר היטב הא דכתיב (משלי כ"ב) גם אלה לחכמים הכר פנים במשפט בל טוב וביאור מילת אלה בל טוב מחוסרי ביאור. ולפי"מ שנתבאר ניחא דקאי על הכרת פנים למי שזוכה ולמי שמתחייב דזה לא טוב לחכמים שלא יאמרו מתחלה הי' רוצה כן. וזה נכון. ונראה טעמו של המדרש דדריש הכי מדכתיב לא תכירו פנים במשפט דמשפט הוי גמר דין כדאמר בר"ה (דף כ"ה) ואז יודע להיכן נוטה שלא יראה פנים זועפות ופנים

מסבירות וא"ש: ועוי"ל בישוב קושיית הב"ח דהא דאוהב פסול לדין היינו אוהב איש את חברו כמו שכת' בפוסקים רעו כנפשו שהוא אוהב איש את חברו. אבל לפעמים הדיין יודע שאחד אוהבו. אבל הדיין אינו כנפשו לכן אין פסול בזה אלא דאיכא משום לא תכירו וכן בשונא אינו פסיל אלא בשונא איש את רעהו אבל לפעמים אחר שונא לדיין. אבל אין הדיין שונא לו לכן אין חשש בזה אלא דאיכא משום לא תנכרהו אבל משום חשש הטיית דין ליכא בכה"ג והכוונה שלא יראה פנים זועפות להשונא לו שמא יתחייב ונמצא אומרים שמתחלה הי' רוצה לחייבו ולא יראה פנים מסבירות להאוהבו שלא יאמרו מתחלה הי' רוצה לזכותו אלא דלשון רש"י לא משמע כן:

והא דלא הביאו הפוסקים להא דהמדרש הנ"ל אם היית יודע שהדין עמו אל תסביר לו פנים משום דכבר כתבו הפוסקים בסי' זה אזהרה לדיין שלא יהא רך לזה וקשה לזה משום איסתומי טענתא ומבואר בתוס' שבועות (דף ל') כר"ה דגם בשעת גמ"ד שיודע מי חייב ומי פטור דליכא איסתומי טענתא וא"כ אין להסביר פנים בלא ה"ט דחשדא אלא משום איסתומי טענתא. ורק ר"א לשיטתי' הוא דהוצרך להביא מקרא דלא תכירו משום חשדא דבכתובות (דף מ"ו) דרשינן ולא תלך רכיל אזהרה שלא יהא רך לזה וקשה לזה אבל ר"א דריש שם מלא תלך רכיל אזהרה למוציא ש"ר ורך לזה וקשה לזה לא ידעינן לכן דריש מלא תכירו וא"ש ונכון:

ולכן הרמב"ם בפ' (כ"א) מהלכות סנהדרין (ה"א) כתב שלא יסביר פנים לאחד וידבר לו רכות וירע פנים לאחר וידבר לו קשות מצדק תשפט משום דלשיטתי' אזיל דמפיק ולא תלך רכיל למוצש"ר כמוש"כ בפ' ז' מה' דעות (הלכה א') ע"ש בזה. והא דלא מייתי מלא תכירו משום דבפ"ג מסנהדרין ה"ח כתב מפי השמועה למדו שזה מדבר כנגד הממונה להושיב הדיינים ולכן לא הביא אלא מבצדק תשפוט עמיתך. וי"ל דלכך כתבו הפוסקים ברך לזה וקשה לזה משום איסתומי טענתא משום הך סוגיא דסנהדרין (דף ז') דמייתי בתר לא תכירוהו אושפזיכנא דרב אתא לקמי' לדינא וא"ל פסילנא לך לדינא כו' ומבואר בתשובת רר"ק (סי' כ"ב) דזה אינו מדינא אלא משום איסתומי טענתא ולכן גם לא תכירהו ולא תנכרהו כאשר יודע להיכן הדין נוטה משום איסתומי טענתא וזה נכון:

ויש לומר ג"כ דהאלשיך בספרו רב פנינים (משלי) בבא רשע בא גם בוז ועם קלון תרפה מים עמוקים דברי פי איש נחל נובע מקור חכמה שאת פני רשע לא טוב להטות צדיק במשפט שפתי כסיל יבאו בריב ופיו למהלומות יקרא ופי' בבא הרשע בדינו לפני השופט בא גם בוז שלא יחשיב את השופטים כי מיד יבוז ויערב אל לבו לכפור האמת לכן שלשה המה הדרכים להוציא מלבו האמת. א) להקל בכבודו בדברי קלון אם יראה

לשופט כי מהתל הוא עד יודה האמת. ב) לחקור בחקירות בחכמה עד בא עד שורש הדבר. ג) להסביר לו פנים דרך פיוס עד יגלה האמת וילכד כתוא מכמר. אמר הנה דרך הראשון לא טוב הוא כי בבוא הרשע לדין בא גם בוז הלא עם קלון שתקל בכבודו תבא גם חרפה פן יתהפך ויתפקר יותר. אך השנית תבאר כי גם שמים עמוקים דברי פי איש כי יקשה בעיניך לדלותם כי מאין לך דלי להעלותם לחשוף עמקי זיופו דע כי יהיו לך כנחל נובע אם אתך מקור חכמה והוא כי להעלות מים עמוקים צריך דלי אך לנחל נובע להביא לפניך בהגישך אל הנחל המים אשר בסתר הנביעה הוא קל מאד כי במעט מיתון ע"י זחילת המים יבאו לך אשר היו למעלה הנביעה מאליהן מבלי דלי כך ע"י זחילת הדברים אשר הם נזחלים בפי הבע"ד דיבור אחר דיבור יבא לך שורש הדבר מאליו באופן כי מה שהם מים עמוקים יהיו נחל נובע לפניך אם לך מקור חכמה להזחילם אך הג' לשאת פניו דע כי שאת פני רשע לא טוב כי תצא להטות צדק במשפט כי יסתתמו טענות הצדיק שכנגדו בדינו שאת פני רשע ויהי' סבה להטות צדיק במשפט שפתי כסיל יבאו בריב. הלא כתבתי לך בל תקל בכבוד הבעל דין להוציא מלבו כי הנה עם קלון חרפה דע לך כי לא כל הסיגים שווין כי יש גורם רעתו ברוע הנהגתו וראוי גם חתן חתת שוטריך עליו להכותו מכה רבה והוא כי דרך הכסיל משולל חכמה בבאו לדין על דברי ריבות שיבאו שפתותיו דובבות ריב עדיין לפני הדיינים באופן שהם הם עדיו כי הוא הי' עיקר הריב כו' עכ"ל. וזהו שאמר לא תכירהו כי אף אם ירצה להוציא האמת בהסבר פנים ודרך פיוס אסור ור"א אמר לא תנכרהו להקל בכבודו למען יודה על האמת. מבואר מזה כי הדיין שמבין שאחד טוען שקר כי מכירו שהוא רשע אל יקל בכבודו כדי שיודה האמת גם אל ידבר אתו דברי פיוסים יותר מחברו כי יסתום טענות הצדיק ויבא להטות צדיק במשפט ואך יהיו שניהם שווין בעיניו כמו שאחז"ל כשיהיו בע"ד עומדים לפניך יהיו בעיניך כרשעים ואם ירצה לדבר דברי פיוסים ידבר לשניהם בשוה ולהוציא הדבר עם מי האמת והשקר יוכל להבין בדברי ריבו המלא ריב ופיו יענה בו ואז רשאי לתת השוטרים עליו להכותו מכה רבה עבור דברי ריבו ויבא על האמת בזה:

ונראה דכ"ז נכלל בהא דאמרינן בכתובות (דף מ"ו) לא תלך רכיל שלא יהא רך לזה וקשה לזה. אלא לשניהם שוין. וניחא בזה הא דאיצטריך לאזהרה דלא תלך רכיל דפשיטא הוא דאינו רשאי דהא דרשינן בשבועות בצדק תשפוט עמיתך שלא יהא אומר לאחד קצר דבריך אלא הרבותא היא דאפילו אם רוצה לדבר דברי פיו להוציא האמת לא יהא רך לזה או להקל בכבודו שיהא קשה לאחד למען יודה על האמת אין לעשות כן:

ובהירושלמי פ"ד דשבועות ופ"ג דסנהדרין הנ"ל דלמה כתיב ועמדו שני אנשים הא מיעוט אנשים שנים יש לומר עוד לפי"מ דמבואר בסמ"ע (סי' כ"ו) דבעת חקירת העדים מוציאין כל אדם לחוץ והוא דכשיהיו שם אחדים וישמעו חקירת עד ראשון יגידו לשני בחוץ מה ששמעו מראשון ועי' ט"ז שם. ולכך קאמר ועמדו שני אנשים לבד ולא זולתם וכיוצא בזה בספרי עשה לך שתי חצוצרות כסף שלא יוסיפו אלא דוקא שנים לבד והדר קאמר גם אידך דרש שיהיו שניהם שוין. ויש לדקדק בהא דיומא (דף ס"ב) שני שעירים דמנ"ל שיהיו שנים שוין דילמא אתי לשלא יוסיפו ואין שייך בזה בל תוסיף כמוש"כ תוס' בסוכה (דף ל"ד) ועוד פוסקים דבמין אחד לא שייך בל תוסיף וי"ל דבשני שעירים שיוה"כ ידעינן דשנים לבד מדכתיב ונתן גורלות גורל אחד לד' וגורל אחד לעזאזל דהאי אחד ממעט זולתו. וכן בשני צפורי מצורע דשם דכתיב ושחט את הצפור האחת ובשני כבשי מצורע כתיב ולקח הכהן את הכבש האחד ושוב בא לידי ש"ס עם פי' ר"ח וראיתי שפי' שם ביומא דבמוספין ודאי למעוטי אחרים אתא משא"כ בתמיד כתבו את הכבש האחד ע"ש וא"כ דברינו נכונים גם כן. ובזה נ"ל הא דכתיב שמות (ל"א) שני לוחת העדות ופירש"י לוחת כתיב שהיו שתיהן שוות וקשה הא משני נוכל לידע שהיו שתיהן שוות וע"כ דלמעוטי אתא שניתן ע"מ שלא יוסיפו על זה וזה נכון:

והעדים לכתחילה לעולם בעמידה. כתב הר"ן הא דעדים בעמידה אינה אלא לכתחלה ובדיעבד כשר מדמכשרינן בת"ח מיושב. וכיוצא בזה מבואר לקמן (ס' פ"ז) דשבועה מעומד ובדיעבד אינו מעכב וכתב הב"י דהוא מדאמרינן ת"ח לכתחלה בתפילין ואסיקנא דשאר כל אדם בדיעבד בתפילין אלמא דלא מקילינן לת"ח לכתחלה אלא במאי דסגי לשאר כל אדם דיעבד וכיון דת"ח לכתחלה מיושב ממילא דשאר כל אדם בדיעבד במיושב סני לי' ע"כ. ועי' בביאור הגר"א ז"ל שם. ולפמש"כ במ"א אהא דמבואר באו"ח (סי' קכ"ו ס"ג) תשובת ר' מנחם עזרי' דאם לא הזכיר ר"ח בשחרית והתפלל מוסף שוב אין צריך להתפלל שחרית מאחר דבציבור אין מחזירין לא גרע דיעבר דיחיד מלכתחלה דרבים והסכימו לוה האחרונים ז"ל וכ' שם דמצינו כיוצא בזה דיש חילוק בין יחיד לרבים לענין לכתחלה ודיעבד בפסחים (דף ע"ח) ובתוס' שם דהא דס"ל לר' יהושע שאם זרק הורצה בדיעבד ביחיד ובציבור אפי' לכתחלה. והרי הרשב"א בשו"ת שאלה (קט"ו) כתב דלא יהא כבוד הצבור קל מצורבא מרבנן וא"כ מאחר דברבים לכתחלה ביחיד מהני בדיעבד ות"ח דומה לרבים וא"כ במקום דמצינו בת"ח דלכתחלה מותר מהני באדם דעלמא בדיעבד גם כן:

והרשב"א הביא ראי' לוה (והובא בר"ן הנ"ל) ממאי דאמרינן בגיטין (דף ע"א) בודקין אותו למשאות ולמתנות ולעדיות וגרסי' בירושלמי אר"ל זאת אומרת מעידין מיושב אלמא בדיעבד כשר ע"ש בר"ן. וכן משמע מהא דאמרינן בב"ק (דף קי"ב) אר"א אר"ש מקבלין עדים שלא בפני בע"ד תהי בה ר' יוחנן וכי מקבלין עדים שלא בפני בע"ד קיבלה מיני' ריב"ח כגון שהיו עדיו חולין וכו' ופרש"י מסוכנים למות ואם לא עכשיו אימתי. ע"כ. והרי בודאי אין יכולין לעמוד ואפ"ה כשר וש"מ דגם בדיעבד כשר והיכא דא"א כדיעבד דמי וכמבואר בכמה דוכתי. וביבמות (דף ק"ו) ההוא דאתא לקמי' דר"ח בר אבא אמר לה בתי עמודי ופרש"י דכתיב ועמדו שני אנשים אמרה לי' אימא ישיבתה זו היא עמידתה ופרש"י קוטעת היתה או חולה. מיהו שם בבע"ד שאני ואין ראי' לעדים מזה:

(מבן המחבר. ולי בנו ותלמידו צריך לי עיון לפיענ"ד בראי' זו. די"ל דהפי' ישיבתה היא עמידה לאו דאינה צריכה לעמוד מחמת דהיא חולה ומוכח דעשה דעמידה לא מעכב, אלא כיון דהיא חולה ושוכבת תמיד והישיבה במטה חשוב אצלה לעמידה דהא עיקר החיוב דעמידה לפני ב"ד הוא כדי להראות שעומד לפניהם באימה וביראה ולכך כיון דהיא תולה ואינה יכולה לעמוד א"כ בזה שמתאמצת לעמוד ממשכבה בישיבה לפני ב"ד ואין לה ביכולת לעמוד לפני ב"ד יותר חשוב הישיבה שלה לעמידה ממש כבבריא, וכן משמע לשון אימא ישיבתה היא עמידה. וגם להפי' קיטעת שאין לה רגלים לעמוד שלא שייך כלל אצלה עמידה וישיבה, דהישיבה ועמידה על אופן אחת הוא וגם הישיבה נוכל לחשוב לעמידה דזהו גם עמידה שלה כדמצינו כדומה בעמידה דסמיכה שעולה לעמידה ולישיבה לדיינים נחשב לישיבה ולעדים לעמידה. ושפיר י"ל כיון דלא שייך בה עמידה ברגלים ונחשב במקום עדות גם לעמידה. וד"ל ודו"ק. ולפי"ז י"ל כן גם בראי' הראשונה מש"ס דבב"ק קי"ב מעדים חולים דנוטים למות, דאינם יכולים לעמוד דה"נ י"ל דמ"מ צריכים איזה הטי' דרך קימימוטתם לפני ב"ד דחשוב אצלם עמידה וזהו דרך כבוד ויראה לפני ב"ד כנ"ל. וצל"ע לפענ"ד בדבריו הקדושים הנ"ל:) ובר"פ שבועות העדות תנן ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד. ואמרינן שם (דף ל"א) למעוטי מאי ר"פ אמר למעוטי מלך ראב"י אומר למעוטי משחק בקוביא מ"ד משחק בקוביא כ"ש מלך דמדאורייתא לא חזי ופרש"י דבעינן ועמדו ואינו יכול לעמוד דכתיב שם תשים וק' דאמאי לא קאמר למעוטי זקן וחולה או מי שאין לו רגלים שאינם יכולים לעמוד דפטורים משבועת העדות ומאי אריא דנקט מלך א"ו בדיעבד אינו מעכב ולכך חייבין בעדות ומקרי ראויין להעיד ומלך שאני דמצד עצמו ראוי להעיד אלא דאיכא שם תשים ולכך אינו מחויב להעיד ולבטל מ"ע דועמדו ופטור משבועת העדות: וי"ל בהא דזבחים (דף ט"ז) ר"מ אומר מיושב מה

יושב שאוכל אם עבד חילל זר שאינו אוכל א"ד שאם עבד חילל מה ליושב שכן פסול לעדות. מיושב ת"ח ואמאי לא קאמר מיושב זקן וחולה שכשר לעדות משא"כ בעבודה כמבואר ברמב"ם פ"ז מהלכות ביאת מקדש וי"ל דזקן וחולה הוא משום כדיעבד הוא ובדיעבד כשר וכשעבוד ק"ו הוא מלכתחלה לכן קאמר מת"ח שהוא לכתחלה ג"כ:

ונ"ל ג"כ ראי' עפי"מ דאמרינן בר"ה (דף כ"ו) א"ר לוי מצוה של ר"ה ושל יוה"כ בכפופין וכתבו תוס' דכפופין אינו אלא לכתחלה והביאו ראי' מדקאמר מצוה ואע"ג דבסוף כתבו דבדיעבד לא מהני אבל ברא"ש החזיק בזה דבדיעבד מהני ואחד מן הראיות הוא מדקאמר מצוה. וא"כ מאחר דאמרינן בשבועות (דף ל') ועמדו שני אנשים מצוה לבע"ד שיעמדו מדקאמר מצוה משמע דאינו אלא לכתחלה ולא דיעבד. ונכון. מיהו בפי"ד מ"ר דנגעים תנן שלש ומייתי בנזיר (דף מ"ב) שלשה מגלחין ותגלחתן מצוה אף דמעכב בדיעבד כדמסיים שם וכולן שגילחו שלא בתער וכו' לא עשו ולא כלום וי"ל בזה:

הסמ"ע כתב בשם הראשונים ז"ל דועמדו שני אנשים אינו אלא אסמכתא בעלמא ואינו אלא מדרבנן ע"ש. ויש להביא ראי' להסמ"ע מהא שמבואר בריטב"א קדושין (דף ל"ג) דעת הר"א ממיץ דעמידה לפני חכמים אינו אלא מדרבנן דמדאורייתא אינו אלא ברבו. ועיין תוס' ב"ק (דף מ"א) וא"כ ק"ל אמאי אותבינהו לכולהו משים עשה דכבוד תורה עדיף בשבועות (דף ל') הא מבואר ברא"ש שם (סי' ה) דלכך לא אותיב ר"נ לאשת ר"ה משום דאינו אלא מדרבנן וא"כ אי כבוד התורה דת"ח אינו אלא מדרבנן אמאי דוחה לועמדו א"ו דגם ועמדו אינו אינו אלא מדרבנן אך כבר כתב ריטב"א דשי' הנ"ל אין זה נכון והעיקר דהוי דאורייתא כמוש"כ במ"א בזה. וכן משמע מהא דכתובות (דף ק"ו) בעובדא דרב ענן דסלקי' לדינא דיתמי משום קרובו דעשה דכבוד תורה עדיף אף דשם היא דאורייתא לאקדומי וע"כ דהוו דאורייתא גם כן: אבל האו"ת כתב דהוי דאורייתא לא כהסמ"ע. אלא דאינו אלא למצוה בעלמא ולא לעכובא. וכן ביארתי בסי' ט"ו דלא כהסמ"ע. ויש לכאורה ראי' לזה מההוא עובדא דביתהו דרב הונא בר"פ שבועת העדות והאמר מר מחלוקת בשעת משא ומתן אבל בשעת גמר דין ד"ה דיינים בישיבה ובע"ד בעמידה והקשה תוס' הא הי' יכול להושיבה דעשה דכבוד תורה עדיף ותי' הרא"ש דהא דאשת חבר הרי היא כחבר אינו מדברי תורה אלא מדרבנן ע"ש בזה וא"כ אס"ד דועמדו אינו אלא דרבנן גם אי אשת חבר כחבר אינו אלא מדרבנן יהא דוחה לועמדו דרבנן דומיא דאמרינן בנזיר (דף כ"ח) אתי חינוך דרבנן ודחי הקפה דרבנן. ונראה עפ"מ שכתבו תוס' במס' ע"ז (דף כ"א) דמידי דיש לו סמך עדיף משארי דרבנן וכ"ה להדיא בשבת (ד' ל"ד) כאן בעירובי תחומין כאן בעירובי חצרות ע"ש מה שפרש"י דעירובי תחומין אף דהוי

דרבנן עדיף מעירובי חצרות דיש לו סמך וה"נ כיון דעמידת בע"ד יש לו סמך מועמדו אינו דוחה אשת חבר לועמדו ואדרבה ועמדו עדיף וא"ש:

ונראה לי ראי' דלא כהסמ"ע מהא דאמרינן בשבועות (דף ל"א) ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד למעוטי מחי ר"פ אמר למעוטי מלך ראב"י אמר למעוטי משחק בקוביא מ"ד משחק בקוביא כ"ש מלך ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזו ורבנן הוא דפסלוהו ע"כ והרי הא דמלך פסול פרש"י בד"ה כל שכן משום דהבא להעיד צריך לעמוד לפני הדיינים וכתיב שם תשים עליך מלך שתהא אימתו עליך והשתא אי עמידת עדים מועמדו אינו אלא מדרבנן א"כ גם מלך מדאורייתא מחזי חזי דהא מדאורייתא יכול להעיד מיושב א"ו דמדאורייתא העד מחויב לעמוד וע"כ פסול מדאורייתא להעיד. ודו"ק:

ועוד נראה לי ראי' דלא כהסמ"ע מהא דאמרינן בסנהדרין (דף י"ט) בעובדא דינאי מלכא דא"ל שמעון בן שטח לינאי המלך עמוד על רגליך ויעידו בך כו' שנאמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב א"ל לא כשתאמר אתה אלא כמה שיאמרו חבריך ופנה לימינו וכבשו פניהם בקרקע ופנה לשמאלו וכבשו פניהם בקרקע כו' מיד בא גבריאל וחבטן בקרקע ומתו כו' ע"כ והרי התוס' בסוטה (דף מ"א) כתבו אהא דכשהגיע ללא תוכל לתת איש נכרי זלגו עיניו דמעות ואמרו לו אחינו אתה תנא באותה שעה נתחייבו כלי' דאי מדאורייתא לא הי' פסול אלא מדרבנן משום זילותא לא היו מתחייבים עונש כזה על חנופה מועטת כזה וכבר כתב הש"א (שאלה כ"ד) דברכת התורה דאורייתא מהא דאמרינן בנדרים דף פ"א) על מה אבדה הארץ על שלא ברכו בתורה תחלה ואי דרבנן לא היו ראוין לכזה ע"ש בזה. וה"נ אס"ד דועמדו אינו אלא דרבנן לא היו נענשין על ששתקו במידי דרבנן בכזה א"ו דהוא דאורייתא: ומש"כ הרא"ש והר"ן דאינו לעיכובא אלא למצוה בעלמא ובדיעבד כשר נראה עוד נ"מ דאי הוי עיכובא כופין משא"כ השתא דאינו לעיכובא אלא למצוה בעלמא אין כופין וכדאמרינן בירושלמי פ"ק דקדושין (הלכה ז') אלו מצות שהאב חייב לעשות לבנו למוהלו לפדותו כו' ולהשיאו כו' מה למצוה או לעיכובא (פי' להשיאו) נשמעינה מן הדא בר תרומה אתא לגבי רבי אימי אמר לי' פייס לאבא דיסביני אתא פייסי' ולא קיבל עלי' הדא אמר למצוה אין תימר לעיכובא הו"ל לכופני' ע"כ אלמא דמידי דאינו לעיכובא אין כופין ואע"ג די"ל דהתם בדרבנן ועמש"כ לקמן (סי' ק"ז) מ"מ האמת דגם בדאורייתא כן:

[ועיין סוכה (דף י"א) אלא הא דתנן מצוה לאגדו ואם לא אגדו כשר וכו' ואי רבנן מאי מצוה אלמא דבמצוה דאורייתא לא מחלקינן בין לכתחלה ובין דיעבד וכן פי' הריטב"א שם להדיא וז"ל דהא כל בדאורייתא לא שאני לן בין לכתחלה ובין דיעבד ופסקינן דהיינו

מצוה דרבנן משום שנאמר ז"א ואנוהו התנאה לפניו במצות ע"כ וא"כ מבואר דבדרבנן הוא דמחלקינן דין דיעבד לכתחלה. [ומכאן מבואר להדיא דז"א ואנוהו דרבנן דלא כהש"א בתשובה (סי' נ"א) דצידד דהוא דאורייתא] אבל במצוה דאורייתא אין חילוק. והדברים ארוכים בזה]:

ובזה ניחא הא שכתבו תוס' בשביעית (דף ל') ד"ה למשרי תגרא וז"ל כשבא שני דינים בב"א דאם בא דין אחד תחלה צריך להקדימו כדאמרינן בסנהדרין (דף ח') כקטן כגדול תשמעון א"נ עשה דכבוד תורה עדיף כדאמרינן פ"ב דכתובות (דף ק"ו) והקשה הפ"ח למה הוצרכו להביא ממרחק לחמם מכתובות ולא הביאו מהא דאמר שם בשביעות דעד ת"ח אינו צריך לעמוד דעשה דכבוד תורה עדיף וכמוש"כ תוס' שם ד"ה והאמר מר ואע"ג דיכול להושיבה כדאמר בסמוך דעשה דכבוד תורה עדיף. ואף דיש ליישב בפשיטות דניחא להו להביא מכתובות דקאי ג"כ לענין אקדומי מ"מ להנ"ל א"ש דלכן לא הביאו מהא דאמר שם בסמוך דהוי אמינא דשאני התם דעשה דועמדו אינו אלא למצוה בעלמא ע"כ עשה דכבוד תורה עדיף משא"כ לענין עשה דכקטן כגדול תשמעון לכן הביאו מכתובות דגם לענין עשה זו כבוד תורה עדיף. אבל לענין להושיב בע"ד שפיר הביאו מקימת עד דבע"ד ועדים מחד קרא דועמדו נפקא ותרווייהו אינו אלא למצוה בעלמא כמבואר בט"ז כאן: ולכאורה קשה לפי"ז דעשה דועמדו אינו אלא למצוה בעלמא א"כ אמאי קאמר בשבועות (דף ל) האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף הא אף אם אין עשה דכבוד תורה עדיף ידחה עשה דכבוד תורה לעשה דועמדו דאינו אלא למצוה בעלמא ולומר דזה גופא כוונת הגמרא דעשה דכבוד תורה עדיף משום דעשה דועמדו אינו אלא למצוה בעלמא זה לא מסתבר כלל וכלל:

(מבן המחבר. ולפיענ"ד אפשר לישב זה עפ"י מש"כ בסי' ט"ו בהג"ה שם לתרץ קושיית הטו"א על ש"ס דשבועות הנ"ל דאמאי דחי עשה דכבוד תורה לעשה דעמדו להש"ס דכתובות דעשה דאונס לא דחי לל"ת משום דבידה למחול וה"נ עשה דכבוד תורה בידו למחול דהרב שמחל על כבודו, כבודו מחול. ותי' עפ"י שיטת הרדב"ז הא דאב שמחל על כבודו כבודו מחול אינו נפטר אלא מחיוב. אבל מצוה איכא, ולכך שפיר דחי, מעתה י"ל דלכך הוצרך לטעם דעשה דכבוד תורה עדיף דכיון דאי מחיל על כבוד התורה ג"כ ליכא חיוב בעשה דכבוד תורה לכבד, ואינו אלא למצוה בעלמא דאם ירצה לכבד מקיים מצוה בזה, וכיון דבכל עשה דבידו למחול חשוב לענין דחי' כמחול אף דלא מחיל השתא וה"ה לענין מצוה כהכא שפיר י"ל כן דחשוב כמחול א"כ בתרווייהו ליכא חיוב אלא למצוה בלבד, וזה נכון לפיענ"ד):

ונראה מזה דלענין דחי' עשה לעשה אין נ"מ בין אם העשה אינו אלא למצוה בעלמא או לא. ולעולם אמרינן מאי אולמי' האי עשה מהאי עשה. ונ"ל ראי' לזה מהא דאמרינן בפסחים (דף נ"ט) בשלמא לת"ק יבא עשה דפסח שיש בו כרת וידחה עשה דהשלמה שאין בו כרת אלא לריב"ב דס"ל אף מחוסר כפורים בשאר ימות השנה מאי אולמי' האי עשה מהאי עשה והרי התוס' בעירובין (דף ל"ב) ומנחות (דף מ"ט) כתבו דעשה דהשלמה אינו אלא למצוה בעלמא ואפי"ה אמרינן מאי אולמי' האי עשה מהאי עשה א"כ שפיר הוצרך הש"ס לומר דעשה דכבוד עדיף:

ונ"ל ראי' דאינו אלא למצוה בעלמא מהא דממעטי' עדות בכתב מעפ"י עדים מפיהם ולא מפי כתבם. בירושלמי סוף יבמות. למה לי' קרא לזה תיפוק לי' דבעינן ועמדו שני אנשים לפני כו' ואמרי' אלו הדיינין. ומה"ט כתב הריטב"א בפ"ק דמס' מכות דאין טוענין בכתב משום ועמדו. א"ו דועמדו אינו אלא לכתחלה. אבל בדיעבד אינו מעכב וא"כ בדיעבד הי' כשר עדות בכתב לכן קמ"ל מפיהם ולא מפי כתבם דאפי' בדיעבד פסול וא"כ מבואר מזה דבדיעבד לא בעינן ועמדו וכשר שלא בעמידה גם כן:

והנה דעת ראב"ש במרדכי פ' שבועות העדות דמצוה דועמדו אינו אלא בזמן שהיו סמוכין כדכתיב ועמדו שני אנשים לפני ד'. ונסתפקו האחרונים בכוונתו. דעת הע"ש דבזמן שהיו סמוכין גם בדיעבד פסול ועכשיו בעינן לכתחלה בעמידה אבל בדיעבד כשר. אבל דעת הסמ"ע דעכשיו דליכא סמיכין גם לכתחלה מותר בישיבה. ובפרישה העלה מזה דכל הפוסקים חלוקין עליו בזה ע"ש. ולע"ד קשה טובא דאיך אפשר לומר כן דעכשיו גם לכתחלה מותר ואינו מצוה אלא בזמן דאיכא סמוכין משום דכתיב ועמדו שני אנשים לפני ד'. הא בסיפא דקרא כתיב ולפני הכהנים והשופטים אשר יהיו בימים ההם ודרשו מזה בספרי דאין לך לילך אלא לפני שופט שבימיך וכמבואר בפרש"י ובמזרחי שם והוא אזהרה גם על זמן הזה וכמבואר בחינוך ובפרש"י בחולין (דף נ"ב) ע"ש א"כ מבואר דמצוה דועמדו נאמר גם על זמן הזה. לכן נראה לדעת הראב"ש דבזמן דאיכא סמוכין גם בדיעבד פסול ועכשיו מצוה לכתחלה מיהו איכא. וא"כ אתי שפיר ועמדו שני אנשים לפני ד' בסמוכין איכא עיכובא ולפני הכהנים והשופטים אשר יהיו בימים ההם למצוה לכתחלה וכדעת הע"ש בזה. אך נראה דע"כ האי בימים ההם אתא לדרשא דקרוב ונתרחק כמבואר בספרי שם ובסנהדרין (דף כ"ח) דאין לומר אצל שופט שבימיך דהרי התם מיירי בעדים זוממין ועדים זוממין פשיטא דאין דנין בזמן הזה דהוי קנסא כמוש"כ הרמ"א לקמן (סי' ל"ח) ואין לך אלא שופט שבימיך ידעינן מהא קרא דובאת (דברים י"ז) וכמוש"כ לקמן (סי' ל"ג) בזה:

אמנם נראה דגם בזמן הזה בעינן לכתחלה בעמידה מהא דאמרינן בשבועות (דף ל') רב יימר הוה ידע לי' סהדותא למר זוטרא אתו לקמי' דאמימר אותבינהו לכולהו אמר האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף והרי אמימר לא הי' סמוך ואפי"ה אותבינהו משום דעשה דכבוד תורה עדיף הא לאו הכי גם בזמן דליכא סמוכין איכא עשה דועמדו ומבואר דבזמן סמוכין גם בדיעבד פסול וכדעת הע"ש בזה:

ולכאורה קשה אי האי עשה דועמדו דאורייתא איך כתב הרמב"ם ושו"ע (לקמן ס"ג) דעכשיו נהגו להושיב העדים ובע"ד כדי להסיר המחלוקת וכי משום דרכי שלום מבטלינן מצות עשה דאורייתא. ומזה נראה כדעת המ"א באו"ח (סי' קל"ה סקי"ט) בעיר שכולה כהנים דקורא ישראל ראשון דזהו גם למ"ד דוקדשתו דאורייתא אלמא דגדול השלום דמבטלינן מ"ע דאורייתא וה"נ כן אף דועמדו דאורייתא מבטלינן משום דרכי שלום. וכיוצא בזה בהחולץ וקראו לו וקני עירו ודברו אליו מלמד שנותנין עצה ההוגנת לו שאם הוא ילד והיא זקנה או הוא זקן והיא ילדה אומרים לו מה לך כו' ואל תכניס קטטה לתוך ביתך אלמא דמבטלינן מצוה דיבום משום שלום. ובד"מ או"ח (סי' נ"ג) שאין להתקוטט בעבור שום מצוה שהרי הצנועים משכו ידיהם מלחם הפנים וה"נ כן:

אמנם בירושלמי דגיטין פ"ה ה"ט מילתא דר"ח אמר שהוא מדבריהם (האי דכהן קורא ראשון) דאמר ר"ח עיר שכולה כהנים ישראל קורא ראשון מפני דרכי שלום. הרי מבואר להדיא מהירושלמי דאין דרכי שלום דוחה דאורייתא ומאין יש לומר דלא כהירושלמי ובסי' ר"א הביא המג"א דפלוגתא היא בירושלמי. ובתוס' מס' ע"ז (דף כ') הקשה לר"י דס"ל דאסור ליתן מתנת חנם לנכרי וכ לית לי' הא דמפרנסין ענייי נכרים עם ישראל מפני דרכי שלים ותי' דדרכי שלום אין זה מתנת חנם ע"ש אלמא דלא מבטלינן ל"ת מפני דרכי שלים וא"כ מנ"ל דעשה מבטלינן:

(מבן המחבר ולפענ"ד אפשר לומר דשפיר דמבטלין אפי' עשה דאורייתא מפני שלו'. אבל זהו בשלו' ישראל דגדול העון המחלוקת כידוע ואיכא עשה ואהבת לרעך כמוך ול"ת דלא תשנא את אחיך בלבבך אבל מפני דרכי שלו' דעכו"ם דאין כאן מצוה אלא מפני דרכי שלו' לבד לא שרינן לדחות דאורייתא אלא במקום שיהי' סכנה דאז הכל מותר ואאמו"ר הגאון הכ"מ. כתב לקמן בעצמו לחלק עכו"ם מישראל בדחיית איסור דרבנן מפני דרכי שלו' עיי"ש):

ובשבת (ד' קט"ז) גדול שלום שבין איש לאשתו שדוחה ל"ת דלא תעשון אמנם בחולין (דף קמ"א) דרשינן מתשלח אפילו לדבר מצוה דשלום אינו דוחה לעשה ולכן לא יטול אפילו לטהר את המצורע וי"ל הרי דגלי לן קרא דמפני השלום אין מבטלין אלא לית

ולא עשה דשילוח הקן וה"ה לוקדשתו גם כן. (ובתוס' שבת (דף י"ט) בד"ה נותנין לפני ע"ג מזונות בחצר כו' וא"ת ואמאי נותנין לפני ע"ג מזונות בשבת הא כיון דאין מזונתן עליך כדאמרינן הכא ובפ"ב דביצה (דף כ"א) דמוציא אני הע"ג שאין מזונתן עליך ליתסר וכו' וי"ל כיון דמפרנסין עניי ע"ג עם עניי ישראל משום עניי ישראל חשיב קצת מזונתן עליך לענין איסור דרבנן אבל לענין עשיית מלאכה בי"ט דהוי איסור דאורייתא לא חשיב מזונתן עליך ע"כ. ולפימש"כ נתבאר הדבר דדרכי שלום לא מהני אלא לענין איסור דרבנן אבל לא לדאורייתא ואף דמהני בל"ת מ"מ בי"ט איכא עשה ול"ח גם כן]:

והנה ביבמות (דף ס"ה) אמרינן דמותר לשנות מפני השלום או מצוה ע"ש דמייתי מקראי ובמג"א (סי' קנ"ו) הביא בשם ס' חסידים דהיינו בעבר אבל לא להבא ויש להביא ראי' לזה מהא דמוכיח בירושלמי דגיטין דר"ח סובר דוקדשתו אינו אלא מדרבנן מהא דעיר שכולה כהנים והרי מותר לשנות בדבר השלום אף דאיכא דאורייי' מדבר שקר תרחק וא"כ ה"נ אף דוקדשתו דאורייתא מותר, מפני דרכי שלום א"ו דלהבא שאני דאכתי א"צ השלום אלא דלא אתי לאנצויי משא"כ היכא דאיכא ריעותא כמו באחי יוסף ובדוד עם שאול שיש ריעותא לכן מותר ושלום לחוד ודרכי שלום לחוד, ודרכי שלום היינו שלא אתי לאנצויי ובזה הדרך יהי' שלום:

גם י"ל אפילו דלא כמג"א אלא כמהרי"ק (שרש ט') דאי דאורייתא לא מהני לבטלו מפני דרכי שלום בכאן הוסיף הרמב"ם גם שאין בידינו להעמיד הד"ת על תלו ואחר דאיכא דרכי שלום ג"כ לכן נהגו להושיב הבע"ד והעדים גם כן ועיין תשובת רמ"א (שאלה י"א) ע"ש בזה. ועיין סוגיא דגיטין (דף ס"א) דמבואר להדיא דדרכי שלום לא מהני אלא לאיסור דרבנן ולא לאיסור דאורייתא, ובר"ה (דף ט"ו) נהגו העם בחרובין כר' נחמי' ופריך במקום איסורא כי נהגו מי שבקינן להו ולפי"מ דמסיק שם חרובין דרבנן משמע דשפיר מהני מנהגא וכ"כ להדיא הראב"ד בפ"א מה' מעשר שני מאחר דהוי דרבנן אי נהגו לא מחינן להו ע"ש. וא"כ מבואר להדיא דיש חילוק בין דאורייתא לדרבנן במנהגא דאי דאורייתא לא מהני מנהגא משא"כ בדרבנן וא"כ מש"כ הרמב"ם נהגו להושיב העדים. הי' ניחא אי דרבנן אבל אי הוי דאורייתא לא מהני, ובתשב"ץ בחוט המשולש בטור השלישי (שאלה ל"ב) כתב דאין לכוף לבטל המנהג אלא באיסורא דאורייתא אבל בדבר שהוא מדרבנן אין לבטל אם יהי' חשש מחלוקת ויניחו אותם על מנהגם ע"ש, ומהסוגיא דר"ה ומהראב"ד הנ"ל משמע דבכל מידי דרבנן אין לבטל מנהגא ומשמע אפילו אם לא יהי' מחלוקת בביטול כזה איך שיהי' דאפילו אם נימא דהא דר"ה ג"כ משום דרכי שלום משמע להדיא דלא מבטלינן דאורייתא משום דרכי שלום וצ"ל דשאני מ"ע מאיסורא

דבאיסור דאורייתא כמו בר"ה דהוא איסור טבל לא שבקינן אמנהגא משא"כ במ"ע מבטלינן משום דרכי שלום, ועיין ברכות (דף ס') לפי שאין דרכן של בני אדם לרפאות אלא שנהגו ויותר יש לחלק בין קום ועשה לשוא"ת דועמדו אינו אלא שוא"ת לבד:

ועיין בירושלמי פ"א דנדרים ה"א אתפלנון ר' יוחנן ור"א דר' יוחנן אמר אין לוקין על האיסרות ור"א אמר לוקין על האיסרות אראב"י כך משיב ר' יוחנן את ר"א על דעתך דאת אמר לוקין על האיסרות והא תנינן המודר הנאה מחברו נכנס לבקרו לא יכנס אר"י שניא היא תמן מפני דרכי שלום, הרי דגם איסור דאורייתא מותר מפני דרכי שלום, ויש לומר כמש"כ הרמב"ם פי"ד (מה' אבל) דבק"ת יש בו ג"כ ואהבת לרעך ע"ש ולכך בטלינן איסור דאורייתא משא"כ בנכרי דלא שייך זה לכן אין מבטלין איסור דאורייתא ולכן כתבו התוס' בשבת ג"כ דבנכרי אין מבטלין דאורייתא משום דרכי שלום וע"ש שהארכתי בזה:

ובתשובת הרמ"א (שאלה ק' סי' יוד) הביא תשובת רב האי בנשבע לגרש דצריך לקיים שבועתו דגדול השלום אינו דוחה ללא תשא ולא דמי לסוטה וביאר הרמ"א שם דמחיקת השם האיסור הוא דוקא בדרך איבוד כדכתיב אבד תאבדון לא תעשון כן משא"כ לא תשא ע"ש. אך דק"ל ע"ז דלמאי איצטריך בחולין (דף קמ"א) שלח תשלח דאפילו לדבר מצוה אסור לטהר את המצורע משום דגדול השלום הו"א דדוחה הא שאני מחיקה דאינו איסורא אלא דרך איבוד ולצורך מותר משא"כ איסור דעלמא ואפ"ל דהשתא דגלי קרא דלדבר מצוה אסור הוא דאמרינן לחלק כן. ועיין תשובת ח"ס (סי' קל"א) דמשום איבה אינו מותר אלא באיסור דרבנן ולא בדאורייתא אם לא דאיכא סכנה בדבר, ובב"מ (דף ל"ב) בהמת עכו"ם מטפל בה כבהמת ישראל אא"ב צב"ח דאורייתא מש"ה מטפל בה כבהמת ישראל אלא אי אמרת צב"ח דרבנן אמאי מטפל בה כבהמת ישראל ומשני מפני איבה, ולכאורה קשה אי גם צב"ח דרבנן אמאי לא יטפל בה וצ"ל כיון דבזה שמטפל יהי' השבת אבידה לנכרי אזי איכא איסורא דלמען ספות הרוה והצמאה כמבואר בסנהדרין (דף ע"ו) לכן אינו דותה צב"ח דרבנן לאיסור השבת אבידה לנכרי משא"כ אי צב"ח דאורייתא דוחה הך איסורא דהשבת אבידה לנכרי ע"ז משני משום איבה דאז דוחה לאיסורא הנ"ל אלמא דגדול השלום דוחה לאיסור דרבנן מיהת כמו שנתבאר בזה, ועי' רא"ש פ' מקום שנהגו (סי' ש"כ) וז"ל משמע הא לא אפשר בלא מחלוקת הי' לו לעשות מלאכה דגדול השלום ויש לו לעבור על מנהג מקומו כיון דלית בי' איסורא דאורייתא אלא שנהגו בו איסור להחמיר עליהן ע"כ הרי מבואר כמוש"כ בזה:

והעיקר דועמדו הוא מצוה דאורייתא ולא מצוה לכתחלה בעלמא דרבנן נראה לי מהא דתנן בסוטה (דף מ"א) דמלך יושב וקורא וקשה דאיך כבוד המלך דוחה מצוה דקריאת התורה מעומד כמבואר במגילה (דף כ"א) מואתה פה עמוד עמדי והא הרמב"ם (ה' מלכים פ"ג) כתב דמלך שציוה לעבור אפילו על מצוה קלה אין שומעין לו והא ודאי דאחרים מצווין יותר על כבודו משהוא ינהיג כבוד בעצמו ואפ"ה אין שומעין לו וא"כ איך כבודו דוחה למצוה דמעומד, וצ"ל דהאי קרא ואתה פה עמוד עמדי אינו אלא אסמכתא בעלמא ואינו אלא מצוה לכתחלה בעלמא דרבנן ולכן כבוד המלך דוחה מצוה בעלמא דרבנן דאינו אלא לכתחלה ושפיר יושב וקורא, וכדאמרינן בברכות (דף י"ט) דבר תורה כל אהל שיש בו חלל טפח חוצץ בפני הטומאה ושאין בו חלל טפח אינו חוצץ כו' וגזרו שיש בהן אטו שאין בהן ומשום כבור מלכים לא גזרו רבנן, וכן מבואר מתוס' ב"מ (דף ל"ב) שהקשו אי צב"ח דאורייתא האיך עוקרין על המלכים משמע הא אי הוי דרבנן ניחא דמשום כבוד המלכים לא גזרי רבנן בזה, ועמש"כ לקמן (סי' רס"ו) בזה. והשתא אס"ד דעשה דועמדו שני האנשים אינו אלא מצוה לכתחלה בעלמא דרבנן א"כ אמאי א"ל שמעון בן שטת לינאי המלך עמוד על רגלך ויעידו בך בסנהדרין פ' כ"ג (דף י"ט) הא כבוד המלך דוחה למצוה כזה וא"כ א"צ לעמוד א"ו דועמדו הוא דאורייתא ולכן אין כבוד המלך דוחה למצוה דאורייתא:

והמג"א (בסי' קמ"א) הוכיח דקריאת התורה יצא בדיעבד מיושב מהא דהמלך קורא יושב ואי בדיעבד לא יצא איך מלך קורא מיושב וכה"ג דייקו הפוסקים דעדות מהני בדיעבד מיושב מדהקילו בת"ח דלא בעי מעומד וסיים ע"ז ויש לחלק, והנה טעמו שכ' דלכן הקילו במלך מיושב משום דבדיעבד מהני בכל אדם מיושב ומדמה לעדות אינו מספיק, דהא עמידת בע"ד ועדים מחד קרא נפקי וא"כ כשם שהקילו בקריאה במלך ה"נ יש להקל בעמידת בע"ד וא"כ אמאי א"ל לינאי עמוד על רגליך ויעידו בך, ולבד זה הא דקאמר שם באותה שעה אמרו לא דן ולא דנין אותו לא מעיד ולא מעידין אותו הא יכול להעיד ע"י הישיבה כיון דועמדו מהני בדיעבד דומיא דקריאת התורה דקורא מיושב כיון דלגבי אחר מהני דיעבד גם כן. א"ו כמוש"כ דשאני קריאה דאינו אלא מצוה בעלמא מדרבנן, וראיתי להפג"מ שם שכ' בכוונת המג"א דיש לחלק היינו משום דהוי מדרבנן וכמוש"כ ונמצא דועמדו הוא דאורייתא וכמוש"כ בזה:

אמנם יש לדחות וקושיית המג"א מהא דמבואר בסוטה (דף מ"א) דמלך יושב וקורא יש לתרץ בפשיטות דהנה רש"י במגילה (דף כ"א) כתב וז"ל משא"כ בתורה שאין קורין בצבור מיושב עכ"ל ומדכתב בצבור ש"מ דס"ל דהטעם דקריאת התורה מעומד הוא

משום כבוד הצבור וכן מבואר בפוסקים אחרונים ז"ל בזה. ועיין באו"ת (סי' ת"צ) דגם קריאת המגילה דקורא בין עומד בין יושב מ"מ לכתחלה לא יקרא מיושב בצבור מפני כבוד הצבור ואין חילוק בזה בין מגילה לקריאת התורה אלא משום דקריאת התורה לא משכחת אלא בצבור לכן תנא משא"כ בתורה והא דמייתי במגילה שם מואתה פה עמוד עמדי אף דשם ליכא כבוד הצבור מ"מ מדחזינן דהקורא בעת קבלת התורה עמד ה"נ הקורא שהיא דוגמת המקבל תורה כמש"כ הרמב"ם ז"ל בסוף הלכות חגיגה ושאר פוסקים ראשונים צריך לעמוד, והטעם משום כבוד הצבור דוגמת מרע"ה שהי' מקבל הראשון למסור לכלל ישראל והי' בעמידה ה"נ כל הקורא כן, והרי מבואר בתוס' מס' ע"ז (דף י"א) וז"ל וי"ל דשאני כבוד המלך שהוא כבוד לכל ישראל ואתי כבוד רבים ודחי צב"ח עכ"ל, אלמא דכבוד המלך הוא כבוד רבים וכיון דקריאת התורה מעומד אינו אלא משום כבוד רבים וישיבת המלך הוא ג"כ כבוד רבים והרי עיקר כבוד המלך שיהא הוא יושב וכל העם עומדין לפניו כמבואר ברמב"ם (פ"ב מה' מלכים ה"ה) וא"כ אם רצה המלך יושב וקורא ואפשר שלזה כיון המג"א במש"כ ויש לחלק. איך שיהי' שפיר יש לומר כן דהא דמלך יושב וקורא משום דהוא כבוד רבים גם כן, ומעתה מה שהקשיתי מהא דמלך בעי עמידה כשהוא בע"ד וכן לענין עדות לק"מ דבאמת אסור לו לעבור אפילו על מצוה קלה ושאני קריאת התורה דאינו אלא משום כבוד רבים וכשהוא יושב זהו ג"כ כבודם:

אמנם זהו לפרש"י דקריאת התורה מעומד משום כבוד צבור ולכן ס"ל דכשר בדיעבד כמבואר במגילה שם אבל לפי"ד הטור דס"ל דגם בדיעבד לא יצא א"כ ש"מ דס"ל דאין הטע' משום כבוד צבור דאי משום כבוד הצבור לא שייך לומר דלא יצא בדיעבד וכמוש"כ המחצית השקל שם, א"ו דס"ל דמצות קריאה כך הוא שיהא מעומד וא"כ ליתא להאי תירוצא לכאורה, אמנם גם זה ניחא לפימש"כ תוס' במס' ע"ז שם דכבוד המלך שהוא כבוד לכל ישראל והיינו דוקא שהוא ברבים ואז דוחה ג"כ איסור דאורייתא וכמוש"כ תוס' במס' ב"מ (דף ל"ב) דדוחה צב"ח דאורייתא ולאו דבל תשחית ע"ש, וא"כ הא דהמלך קורא יושב שהי' ברבים שהוא פרשת הקהל וזהו כבוד רבים לכן דותה למצוה דמעומד, אף אי נימא שהוא מצוה דאורייתא וגם בדיעבד לא יצא. משא"כ הא דמלך אין דנין ואינו מעיד שאינו ברבים וא"כ ליכא כבוד רבים שפיר אינו דוחה למצוה דאורייתא וא"ש, ובזה י"ל פרפרת נאה בהא דברכות (דף י"ט) דפריך אהא דמוצא כלאים בבגדו פושטו ואפילו בשוק מהא דאר"א ב"צ מדלגין היינו לקראת מלכי ישראל ולא לקראת מלכי ישראל בלבד אמרו אלא אפילו לקראת מלכי ע"ג וקשה דלמאי מסיים אפילו

לקראת מלכי ע"ג, ולהנ"ל ניחא דממלכי ישראל אינו קושיא כיון שהוא ברבים א"כ איכא כבוד רבים ודחי ל"ת ועשה דטומאה, לכן פריך ממלכי ע"ג דליכא כבוד ישראל ואפי"ה דוחה, וזה נכון, ומזה מבואר כדעת תוס' בבכורות (דף כ"ט ורמב"ם פ"ג) מאבל דגם כבוד מלכי או"ה דוחה איסור דרבנן וכמו שמבואר בירושלמי כן, והובא במ"א או"ח סי' רכ"ד סק"ז) ע"ש בזה:

והנה הראשונים ז"ל הביאו ראי' דאפילו מי שאינו יכול לעמוד מהני, ולכאורה ק"ל הא קי"ל במנחות (דף י"ט) ועוד דוכתי טובא דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ושאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו, וה"נ כיון דאינו ראוי לבילה שאינו יכול לעמוד נימא דמעכבת בו, ואין לומר מאחר דאינו אלא מצוה לכתחלה שיהי' הגדת ערים בעמידה אף דאינו ראוי לעמידה אין מעכב דהא כבר הוכיח הש"א (בסי' ז') דאפילו בכהי"ג דאינו לעיכובא בדיעבד באינו ראוי לבילה הוא עיכובא מהא דאמרינן ביבמות (דף ק"ו) אמר אביי האי מאן דמקרי' גט חליצה לא לקרי' לדידה לא לחודי' אבה יבמי לחודי' דמשמע אבה יבמי אלא לא אבה יבמי בבת אחת ולא לקרי' לדידי' לא לחודי' וחפצתי לקחתה לחודי' דמשמע חפצתי לקחתה אלא לא חפצתי לקחתה בבת אחת, רבא אמר אסוקי מילתא לית לן בה, ר"א אשכחי' לר"כ דקמצטער ומקרי לה לא אבה יבמי א"ל לא סבר מר להא דרבא דאמר אסוקי מלתא לית לן בה א"ל מודה רבא בלא אבה יבמי וגרס הרי"ף הכי דאסוקי מלתא הי' כדר' זירא דאמר כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו וכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו ה"נ אם ראוי למקרי' בב"א לא מעכבא קריאתה ואי לא מעכבא והרי הכא אם אין קורין בב"א בראוי לבילה אינו מעכב מ"מ באינו ראוי לבילה למקרי' בכת אחת הבילה מעכבת בו. וה"נ אף דבראוי לעמידה אין העמידה מעכב מ"מ באינו ראוי לעמידה העמידה מעכב, וא"כ משמע מזה כהסמ"ע דועמדו איני אלא דרבנן וכיון דמדאורייתא מחויב בהגדה ל"א כל שאינו ראוי לבילה הבילה מעכב כמו שכתב הש"א שם דבמציה דרבנן ל"א כן לעכב הדאורייתא בזה:

והנה הרמב"ם פ"ה מה' מחוסר כפרה (הלכה ה') כתב גמר מתנות שבבהנות ונשפך הלוג קודם שיתן שאר השמן שבכפו על ראש המטהר אינו צריך להביא לוג אתר שמתנות הראש אינה מעכבת ע"כ. ושם פ"ד (הלכה ב') כתב והנותר מן השמן שבכפו יתננו על ראש המטהר ואם לא נתן לא כיפר ע"כ, הרי דכאן כתב דמעכב שלא כיפר, ותי' הכ"מ דהרי"ק כתב דאפשר לומר דכשהם בעין ולא נתן לא כיפר אבל כשנשפכו אינו מעכבות ע"כ והוא תמוה דהא אדרבא בכ"ד אמרינן כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו וכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו ואיך נימא איפכא דכשהוא בעין לא כיפר וכשנשפכו

כיפר, והנה שם באמת הפירוש ברמב"ם שכ' בפ"ד לא כיפר לאו דמעכב אלא שהוא כמו דאמרינן בזבחים (דף ו') לא כיפר קמי' שמי' ופרש"י שלא עביד מצוה מן המובחר, וס"ל להרמב"ם כפי' התוס' בזבחים (שם) בד"ה לא כיפר מחנות הראש שהוא לא כיפר קמי' שמי' גם כן ע"ש בזה, וא"כ אין סתירה ברמב"ם ודבריו מבוארים היטב, וכן משמע ברמב"ם (שם פ"ד ה"ג) שכתב ואסור לאכול מלוג השמן עד שיתן ממנו מתן שבע ומתן בהונות ע"כ, ולא כתב גם מתנות הראש והרי הכא ישנו בעין מדנאכלין א"ו דאפילו בעין אינו מעכב, לכן הדבר ברור כדכתיבנא ואכמ"ל בזה:

ונהדר להא דכתבנו לעיל דאמאי באינו יכול לעמוד מהני הא אינו ראוי לבילה וכתבנו דהוא מדרבנן אבל כבר ביארנו דועמדו הוא מדאורייתא והדרא קושיא לדוכתא, לכן נ"ל דע"כ לא אמרינן דבעינן ראוי אלא היכא דהמצוה הוא מגוף הדבר כמו בלילה ושארי דברים שכתבו ומנאום התוס' במנחות שם אבל היכא דהמצוה אינו מגוף הדבר ל"א כלל זה, וע"כ מעיד אף שאינו מעומד דמצות הגדה הוא מצוה בפני עצמו מאם לא יגיד והעמידה לפני הדיינים הוא משום כבוד הדיינים, וע"כ אינו מעכב משום דאינו ראוי לעמוד, וה"נ יש לומר בהא שכתב הש"א (בתשובה ל"ז) ע"ש בזה, ויותר י"ל כמוש"כ התוס' מנחות (דף י"ח) בד"ה ואמר וז"ל וא"ת בפ' נגמר הדין (דף מ"ה) דאמר שמואל נקטעה יד העדים פטור דבעי קרא כדכתיב ומסיק החם תנאי הוא ואיכא למ"ד חייב נימא הראוי לבילה כו' וי"ל דהתם אין סברא לפוטרו בשביל כך ע"כ, וא"כ ה"נ אין סברא לפטור את החייב בשביל כך שמחוסר העמידה שיהא מעכב את הגדה מלחייב ובממון חוב לאחד מהם לכן לא אמרי' כאן כלל זה, ועיין בתוס' ביצה (דף ה') בד"ה ונתקלקלו הלוים בשיר שכתבו דהיכא דלא אפשר שאני, מידי דהוי אמחוסר כיפורים בע"פ שמביא כפרתו לאחר הקרבת התמיד של בין הערבים ואוכל פסחו בערב ע"כ, אלא דבלא"ה דבריהם אינם מבוארים וכבר הגי' מהרש"א שם ואין ראי' משם בזה, וברמ"א (אהע"ז קס"ט) כתבו דחולה חולץ מיושב משום דהיכא דא"א כדיעבד דמי והוא מתה"ד שכתבו התוס' בפסחים (דף ל') כן, ובהא שהביאו ראי' דועמדו אינו מעכב בדיעבד מדמהני בחולה לפימש"כ הנ"י בפ"ב דב"ק דלא מהני בדיעבד קבלת עדים שלא בפני בע"ד דבכ"מ דהדיינים צריכין לעשות לכתחלה לא מהני בדיעבד אם לא עשו ואין ראי' ממה שהקילו בהיו עדיו תולי' ע"ש, והכא נמי כן:

יש לעיין בפשרנים שמקבלין עדות אי צריכין ג"כ לכתחלה להעיד בעמידה או אינו למצוה אלא בב"ד כדכתיב לפני וכו' וכן לא נתבאר בבע"ד אי איכא מצוה שיעמדו ונן דיינים בישיבה מאתר דכתיב צדק צדק תרדוף אחר לדין ואחד לפשרה או משום דלפני

לא נאמר אלא בב"ד ולא בפשרה, ומצאתי להרשב"א בת"א (שאלה ס"ד) שנשאל אי דיינין שהגידו עומדין מעכב בדיעבד או לא ויש חילוק בזה בין דיינין לפשרנין והשיב דהן ב"ד והן בע"ד ועדים אינו מעכב בדיעבד ומסיים וז"ל וכ"ש פשרנין בפשרה הדבר פשוט שבב"ד לא אמרו אלא משום דכתיב לפני ע"כ וא"כ אף דאינו מבואר אלא בדיעבד דאינו מעכב מכ"ש, אבל לכתחלה יש לומר דמצוה לעדים ובע"ד שיעמדו אבל לפי הטעם שכתב שבב"ד לא אמרו אלא משום דכתיב לפני משמע דגם לכתחלה ליכא מצוה בזה: נסתפקתי בקרוב שהאמינו לדיין ולעדות אי מחויבין בועמדו די"ל כיון דבאמת אינו עד ודיין אלא שהאמינו אין בזה עשה דועמדו, וכן אי הדיין מחויב בישיבה ועי' בירושלמי רפ"ד דשבועות באומר לעד הרי אתה עלי כשנים אינו חייב העד בקרבן שבועה דכתיב והוא עד ואין זה עד וכיון דהכא ליכא מיעוט מסתבר דאיכא מצוה דדיינים בישיבה ועדים ובע"ד בעמידה, ולכן לפימש"כ הרדב"ז בח"ג דהרבה עירות שדנין בישראל אפילו ביחידי משום דהוי כקבלה ע"ש ואפ"ה הנהוג שעומדין הבע"ד והדיינין יושבין, וכן משמע מסתימת הפוסקים בזה. שוב מצאתי בתשובת מהר"ם (שאלה ו') שכתב וז"ל אחר שהעלה דישיבת הדיינים ועמידת בע"ד אינו לעיכובא אלא למצוה בעלמא וכ"ש היכי שקבלו עליהם אעפ"י שמה"ת אינו כשר דאין להקפיד אם דן אותם שלא כסדר הזה ודינו דין ע"כ, ויש לצדד דס"ל דגם בהתחייב לדון לפני מי שאינו ראוי לדון איכא מצוה בעלמא אלא דבדיעבד כ"ש הוא דאינו מעכב בזה:

ומה דהשמיטו הפוסקים (בסי' זה) ההיא דשבועות (דף ל') דביתהו דרב הונא הוה לה דינא קמי' דרב נחמן אמר היכי אעביד איקום מקמה אסתתמן טענתי' דבטל דינה לא איקום מקמה אשת חבר הרי היא כחבר א"ל לשמעי' צא ואפרח עלי בר אווזא ואיקום מקמה והאמר מר מחלוקת בשעת מומ"ת אבל בשעת גמ"ד דברי הכל דיינים בישיבה ובע"ד בעמידה דיתיב כמאן דשרי מסאני' ואמר איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב, ולמדתי תירוץ לזה ממש"כ רש"י דיינין בישיבה והבא לחלוק כבוד היכי עביד דקאים ע"כ. אלמא דדיין הבא לחלוק כבוד משמע דאין חייב לחלוק כבוד כיון דאיכא מ"ע דישיבת הדיינים אלא דר"נ לפנים משורת הדין הוא דעבד, ועניינים האלה פריחת בר אווזא ויתיב כמאן דשרי מסאני' לא שכיח לכן השמיטו דבר זה, וז"ב, ושוב הוגד לי שבספר כ"י כתב פי' אחר ברש"י דהבא לחלוק כבוד ולעד"נ כמוש"כ בזה:

רמ"א ועמידה ע"י סמיכה מקרי שפיר עמידה לענין זה. וה"ה לגבי ישיבת הדיינים, ובשחי' בלא סמיכה בדבר אחר מתבאר בשבועות שם דמקרי ישיבה מההוא עובדא דביתהו דר"ה כו' דיתיב כמאן דשרי מסאני'. הרי להדיא דבשחי' מקרי ישיבה, ובמגילה

(דף כ"א) כתוב אחד אומר ואנכי אשב בהר וכתוב אחד אומר ואנכי עמדתי בהר ומשני ר"ח לא עומד ולא יושב אלא שוחה אלמא דבשחי' מקרי ישיבה ועמידה ולגבי דיינים מקרי ישיבה ולגבי עדים עמידה, ובשבת (דף ה') והא עומד קתני בשותה אלמא דשחי' עמידה הוא ושייך בזה העני עומד, ובתוס' זבחים (דף ט"ז) ד"ה מיושב הקשו ל"ל דלעמוד לשרת דיושב פסול לעבודה תיפוק לי' דבלא"ה אין ישיבה בעזרה אלא למלכי ב"ד בלבד, ותי' דאיצטריך קרא לעובד בהשתחוי' עכ"ל, א"כ משמע דשחי' אינו בכלל עמידה, וצ"ל דהא שאני דגלי קרא דלא איצטריך לאורייי דגם שחי' לא הוי בכלל עמידה בזה, אמנם קשה לפי"ז דהא בזבחים שם דיליף דזר עבודתו פסולה מק"ו מיושב מה יושב שאוכל אם עבד חילל זר שאינו אוכל אינו דין שאם עבד חילל ופריך מה ליושב שכן פסול לעדות ואי נימא דבדרך השתחוי' כשר לעדות א"כ ניליף מעובד בהשתחוי' דאוכל ואם עבד חילל זר שאינו אוכל אינו דין שאם עבד חילל וליכא למפרך מה ליושב שכן פסול לעדות דהא בהשתחוי' כשר לעדות וי"ל ויתבאר במ"א בזה: והנה המהרש"א במגילה שם כתב בהא דלא עומד ולא יושב אלא שוחה דהוא בהשתחוי' משום כבוד הבי"ת וכיון דעמידה לפני הדיינים הוא משום כבוד הבי"ת וכדמבואר בסנהדרין (דף י"ט) לא לפניו אתה עומד אלא לפני ד' בודאי דבעומדים בכהי"ג הוי בכלל עמידה, וכן מקרי ישיבה אצל הדיינים, ומזה נ"ל שעובדא שהי' בחליצה שהגדול שבדיינים שהוא העיקר עמד בעת חליצת המנעל ולא הי' יושב רק הי' מוטה להורות ליבמה איך תעשה, ונסתפקו בזה דהרי מבואר בשו"ע בסדר החליצה (סמ"ו) דהדיינין בישיבה אי מהני בדיעבד, ולע"ד אין כאן נדנוד ספק בזה כיון דהי' מוטה הוי בכלל ישיבה בזה:

וכן מבואר מהא דאהע"ז (סי' קס"ט ס"ל) ובכ"ז לא תהי' יושבת ולא על ברכי' אלא תהי' מעומד ותכוף עצמה ומשלכת המנעל הרי דאף דבעינן בחליצה עמידה מ"מ בשתי' הוי כעמידה, ומשם נלמד דיושב על ברכים הוי כישיבה, ובחליצה שהי' המסדר מוטה לא הוי כתרתי דסתרי כמוש"כ הב"ח כאן כיוצא בזה, וכן מבואר מהא דוידוי צריך להיות מעומד וכדאמרינן ביומא (דף פ"ז) דאמר בר המדורי הוי קאימנא קמי' דשמואל והוה יתיב וכי מטא שלוחא דצבורא ואמר אבל אנחנו חטאנו קם מיקם אמר ש"מ עיקר וידוי האי הוא וכ"ה בטוש"ע או"ח (סי' תר"ז ס"ג) ואפי"ה כתב המ"א (שם סק"ד) בשם של"ה דישחה כמו במודים ומסיים המ"א ולא יסמוך כמוש"כ (סי' תקפ"ה) עכ"ל אלמא דגם היכא דבעינן מעומד בשחי' ג"כ שפיר דמי, וכן בתפלה מבואר דבעינן מעומד דומיא דעבודה כמוש"כ בטוש"ע או"ח (סי' צ"ט ס"ד) וע"י סמיכה אסור כמבואר שם (סי' צ"ד ס"ח) ואפי"ה דרך שחי' מותר כמבואר שם (סי' קי"ג) ע"ש, וה"נ כן, ובמ"א שם כתב

דבסי"מ מפקפק בזה דמותר לשחות באמצע הברכות. ולפימ"ש תוס' בזבחים (דף ט"ז) דעבודה בהשתחוי' הוי כישיבה ולא כעמידה וכיון דמבואר (בסי' צ"ח) דתפלה הוי כקרבן ובעינן מעומד א"כ גם השתחוי' לא הוי כעמידה דומיא דעבודה אך לתי' ראשון של תוס' שם דהוי מדרבנן הא דישיבה בעזרה ושפיר איצטריך קרא דלעמוד למצוה וגם דרך שחי' הוי כעמידה בעבודה ה"ה בתפלה הוה שחי' כעמידה גם כן, וכן מבואר מהא שכ' הט"ז והמ"א באו"ח (סוס"י קמ"ו) דהשומעים ברכת התורה צריכים לעמוד דהוי דבר שבקדושה וכדאיתא בירושלמי דכל דבר שבקדושה בעי למיקם ארגליו ע"ש, ואפי"ה כתב המ"א באו"ח (סי' קל"ט סק"ו) דהמברך עצמו שוחה בברכת התורה משום כבוד התורה ודוחק לומר דכבוד התורה דוחה למצוה דעמידה דמהי"ת נימא שידחה דבר המבואר בירושלמי דכל מידי דקדושה בעי עמידה, וגם הל"ח לא פקפק שם אלא משום דאין לשחות אלא במקום שתקנו חכמים ולא פקפק משום דצריך עמידה וש"מ דהשתחוי' בכלל עמידה גם כן. וכן נ"ל לענין קימה דבמוטה הוי בכלל קימה ומקיים בזה מפני שיבה תקום, וראי' לזה מהא דאמרינן ביומא (דף נ"ג) ר' יוחנן כד הוה בעי לסגויי הוה גחין קאי ר"א אדוכתי' ומזה ראי' לעמידה גם כן וכן מבואר להדיא מהא דשבועות (דף ל') דמה שהי' דרך שחי' קיים מ"ע דקימה גם כן, ובמוטה על צדו הוי כיושב וגרע דאינו לא עמידה ולא ישיבה וראי' לזה מהא דיבמות (דף ק"ג) בין מעומד בין מוטה חליצתה כשרה ומבואר בתוס' שם דלכתחלה בעינן מעומד משום דכתיב ועמד ואינו כשר מיושב ומוטה אלא בדיעבד אלמא דמוטה אינו בכלל עמידה ולא בכלל ישיבה אלא בכלל שכיבה, וכדמשמע מהא דברכות (דף י"א) בש"א בערב כל אדם יטה ויקרא ובבוקר יעמד שנאמר בשכבך ובקומך אלמא דהטי' הוי בכלל שכיבה, ולכן לא כשר לא בדיינים ולא בעדות בזה:

סעיף ב:

ת"ח וע"ה שבאו לדין מושיבין את החכם כו' מזה מבואר דכל ת"ח כן. ויש לבאר מנ"ל זה דהא בשבועות (דף ל') אמרינן שם אותבינהו לכולהו האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף. ופרש"י והאי עשה דאת ד' אלהיך תירא לרבות ת"ח. והרי התוס' בב"ק (ד' מ"א) הקשו ל"ל מפני שיבה תקום תיפוק לי' מהכא ותי' דהכא ברבו מובהק כדתנן מורא רבך כמורא שמים א"נ ברב מופלג דהוי כעין רבו ע"כ. וכן פרש"י בפסחים (דף כ"ב) לרבות ת"ח שיהא מורא רבך כמורא שמי' ע"כ. ולפי"ז אין שייך לומר עשה דכבוד תורה עדיף אלא ברבו או ברב מופלג אבל חכם דעלמא לא, וי"ל דהם מפרשים דלא כפרש"י אלא בפשיטות מוהדרת פני זקן ועדיפא להו עשה דכבוד תורה משאר עשה דעלמא.

ולפרש"י מיושב בפשיטות קו' תוס' שם בשבועות מהא דא"ל לינאי עמוד ויעידו דכבוד תורה שאני דהוקש כבודו לכבוד המק' משא"כ מלך. ות"ח כשאינו מיחל עדיף ולכך פי' כן בשבועות שם ולא בכתובות (דף ק"ו) וכמוש"כ במ"א בזה:

לפימש"כ השבות יעקב ואו"ת לעיל (סי' ט"ו) דהיכא דנאמר בגמרא צורבא מרבנן איכא גם בזמה"ז והרי בשבועות (דף ל') איתא האי צורבא מרבנן וע"ה דאית להו דינא בהדי הדדי מותבינן לי' לצורבא מרבנן כו' א"כ איכא גם בזמה"ז להאי דינא. אכן כבר כתבתי לעיל (סי' ט"ו) דלאו כללא הוא ואין הענינים שוין וכיון שלא מצינו מי שמיקל בזה אין לנו להקל גם בזמן הזה. ואפשר כיון דבהאי דינא כתבו הפוסקים ועכשיו נהגו להושיב הבע"ד והעדים מפני המחלוקת וא"כ אף דאנו נוהגין להעמידן שתקו מלפרש בזה להקל בצורבא מרבנן בזמה"ז כיון דבלא"ה נהגו להושיבן וא"כ גם לפי מנהגינו שהוא בעמידה פשיטא דיש להקל בת"ח בזמה"ז גם כן: באורים הקשה אמאי צריכין לומר גם לע"ה שב משום דלא יסתתם טענתי' הא מבואר לקמן ברמ"א דאם ת"ח בא לדין מותר לעמוד ולא חיישינן לאיסתתם טענתי' דהלה יודע שמצוה לעמוד מפני ת"ח וא"כ יודע שמצוה לכבדו גם כן ותי' שני תירוצים הא' אפשר דהך דנפקא לן מדרשא דאת ה' אלהיך וכו' ולא ידוע לכל כמו הך עשה דקימה, הב' או כל מה דאפשר לתקן מתקנין ושם אפשר להושיב שניהם אבל כאן א"א דלא יעמוד דיין בפני וכו' ע"כ. ובתוס' ב"ק (דף מ"א) כ' וא"ח מפני שיבה תקום ל"ל תיפוק לי' מהכא וי"ל דהכא ברבו מובהק כדתנן מורא רבך כמורא שמי' א"נ ברב מיפלג דהוי כעין רבו ע"כ. וא"כ האי קרא דתירא לרבות ת"ח אינו אלא בתלמיד לרב משום מורא אבל עיקר כבוד ת"ח ידעינן מקימה וכן מבואר בספר המצוות להרמב"ם (מצוה ר"ט) דכבוד ת"ח ידעינן משיבה תקום והדרת שציונו לכבד החכמים ולקום מפניהם ולגדל אותם. ומורא התלמיד לרב ידעינן ממורא אב שהוא נוסף על כבוד ת"ח עד שמסיים דמורא רבך כולו לקוח מהיות הכתוב מצוה לכבד את האבות והחכמים לא שהי' מצוה בפני עצמה ע"כ. וא"כ אינו מספיק תי' הא' דכבוד ת"ח ידעינן באמת מקימה ולא כרש"י שכתב מאת ד'. והרמב"ם שלא הביא כלל הא דאת בתלמיד לרב משמע דס"ל דאינו אלא אסמכתא בעלמא. ובאמת בתוס' ב"ק (דף מ"א) מבואר דהוא עשה גמור מדכתבו דלא ניחא לאוקמי' במורא דאב דלא ניחא לאוקמי' לעשה יתירה ויתבאר במ"א לכן אפשר לומר בקצרה דזה ידעי כ"ע דמצוה לקום כדכתיב תקום והדרת דהא אפילו תינוקות של בית רבן יודעים אבל שאר כבוד אינו פשט להם כל כך. והנכון כתי' השני דאפשר לקיים שניהם לכן עושין כן:

השע"מ כתב דהא דמושיבין לת"ח ודוחה עשה דועמדו אינו אלא בתחלת דין אבל בגמ"ד דפוסקין ד"מ שלא בפני בע"ד כמבואר (בסי' י"ח) א"כ אסור להת"ח להיות אצל גמ"ד כדי שלא יצטרך לדחות ועמדו לפי"מ דקי"ל ביבמות (דף כ') כ"מ שאתה מוצא עול"ת אם יכול לקיים שניהם מוטב וכמוש"כ הרמב"ם בפ"ג (ה' ציצית ד"ו) דמהי"ט אין לעשות חוטי צמר בכסות של פשתן אף שהשעטנז מותר בציצית מפני שאפשר לעשות הלבן במינה וכ"מ שאתה מוצא עול"ת וכו' וה"נ כיון שאפשר לגמור שלא בפני בע"ד אסור לדחות ועמדו בחנם ע"ש. ולע"ד נראה דע"כ ל"א כ"מ שאתה יכול לקיים שניהם מוטב אלא במי שמוטל עליו העשה אלא דנזדמן לו ל"ת אז אמרינן מאחר דאפשר לקיים שניהם אין לבטל האיסור בחנם אבל מי שאינו במציאות עליו העשה כמו ועמדו בת"ח דלעולם אינו מצווה על זה שפיר יכול לישב בגמ"ד גם כן:

(מבן המחבר ולפיעני"ד יש לפקפק על זה דמ"מ הא דת"ח אינו צריך לעמוד הוא מכח דחי' דעשה דכבוד תורה עדיף מעשה דעמדו, ובאמת גם ת"ח איתא בעשה דעמדו במחל על כבודו. ושפיר י"ל כהשעה"מ דבמקום דאפשר לקיים שניהם ולא לדחות לא דחי, אבל לפיענ"ד יש לחלק מטעם אחר די"ל הא דקאמר רי"ל כל מקום שאתה מוצא עשה): ובפרט לפימש"כ דהגדת הפס"ד צריך שיהיו שני הבע"ד כאחד מועמדו שני האנשים שיהיו שניהם ביחד לפני ב"ד וא"כ אדרבא צריך להיות בגמ"ד גם כן:

התוס' בשבועות (דף ל') כתבו לחד תירוצא אף דת"ח כשר לעדות במיושב מ"מ בד"נ צריך לעמוד. וכ"כ בזבחים (דף ט"ז) והאחרונים הוכיחו דלא כהך תירוצא אלא כתירוץ הראשון שם מהא דקאמר בזבחים דיליף זר שמחלל עבודה מיושב ופריך מה ליושב שכן פסול לעדות מיושב ת"ת ואס"ד דפסול לד"נ לפרוך מה ליושב ת"ח שכן פסול לד"נ א"ו דכשר לד"נ. ולע"ד יש להוכיח מהא דאמרינן שם בזבחים (דף כ"ג) ת"ר לעמוד לשרת מצוה כשהוא אומר העומדים שנה עליו הכתוב לעכב. ולכאורה י"ל ל"ל קרא לעכב הא התוס' שם בזבחים (דף ט"ז) כתבו דיהא גזלן פסול לעבודה ק"ו מבע"מ שכשר לעדות ואם עבד חילל ותי' דעל גזלן לא מצינו אזהרה וא"כ ביושב דמצינו אזהרה א"כ שפיר יש למילף מק"ו מבע"מ שכשר לעדות מחלל יושב שפסול אינו דין שמחלל וע"כ צ"ל דאיצטריך ליושב ת"ח דליכא ק"ו והשתא אס"ד דבד"נ בעי עמידה הא אכתי איכא ק"ו מד"נ דבע"מ כשר להעיד אפילו בד"נ כמבואר בח"ס והביא ראי' מהא דמבואר בסנהדרין (דף מ"ה) דגדמין מעיקרא כשרין לד"נ א"ו דגם בד"נ ת"ח כשר ביושב ואין לומר דלא מצי למילף מיושב לעיכובא דהא גם בעדות אינו אלא לכתחלה דזה אינו דהא פריך מה ליושב שכן פסול לעדות ואינו אלא לכתחלה וא"כ ה"נ איכא ק"ו גם כן:

הנה בהא דבעדים מושיבין את הת"ח ביארנו (בסי' ט"ו) בשם הטו"א דלא מהני מחילה בזה. אמנם כ"ז נראה לי דוקא בעדות הוא דלא מהני מחילה דהוי בזיון ואינו יכיל למחול על בזיונו משא"כ בהתרת נדרים שכ' הרדב"ז ת"א (סי' ל"א) דאף דצריך להיות מעומד עכ"ז מושיבין אותו דבזה אם רצה למחול מצי מחיל וכן בהא דמבואר ביו"ד (סי' רמ"ו ס"ג) די"א דכששואלים דבר הלכה צריך לעמוד גם ת"ח אם רצה למחול מוחל ושואל כשהוא מעומד גם כן. וראי' מהא דמבואר בבכורות (דף ל"ו) עמד השואל ושאל וכתבו תוס' בירושלמי בנדרים דריש מדכתיב ועמדו שני האנשים בוי"ו דשואל הלכות ואגדות צריך לעמוד והרי התם בבכורות ר' צדוק הי' השואל דת"ח הוה ואפי"ה עמד ושאל ש"מ דבכהי"ג גם ת"ח מצי מחיל דלא הוי בזיון בזה וא"צ לישב בזה:

וביו"ד (סי' רמ"ב) כ' הש"ך דהתו' לא כ"כ אלא אמעשה דר' צדוק דר"ג אמר להשואל וכו' והיינו ודאי מדינא שר"ג הי' קודם חורבן הבית ובהא אף הרמב"ם מודה כמוש"כ רפ"ד (מה' ת"ת) ובראשונה הרב יושב והתלמידים עומדים אבל משמת ר"ג ירד חילי לעולם והיו לומדים תורה מיושב וא"כ כאן מיירי הרמב"ם בזמה"ז דאין התלמידים שואלין מעומד ובהא ליכא מאן דפליג עלי' וצ"ע ע"כ. והוא תמוה דהש"ך מייתי הש"ס דהקורא עומד במגילה (דף כ"א) דאיתא התם משמת ר"ג לומדין מיושב אבל באמת הוא ר"ג הזקן כדאיתא בסוטה (דף מ"ט) משמת ר"ג הזקן ועיין תוס' נדה (דף ז') דאין רגילות להזכיר ר"ג סתם בשם ר"ג הזקן. וצ"ע דהא במגילה קאמר ר"ג סתם אף דהוא ר"ג הזקן, ואולי לא הי' הגירסא אצלם כן] ומבואר בשבת (דף ט"ו) בהא דהלל ושמעון וגמליאל נהגו נשיאותן בפני הבית. ופרש"י שם דר"ג הזקן הי' זקנו של ר"ג סתם. ומעשה דר"ג בבכורות הי' לאחר החורבן כמבואר בתוס' שבת (דף נ"ד) ע"ש בזה. וכן מוכת מפ"ק דשבת שם ומהש"ס דפ"ק דשבת דמייתי הש"ך מבואר משם דאינו כן. וא"כ בימי ר"ג כבר היו לומדים מיושב ואפי"ה עמד השואל ושאל בבכורות וש"מ דגם בזמה"ז צריך השואל לעמוד ושפיר הביא הרמ"א הי"א כאן:

וגם לא הבנתי דברי הש"ך דאי הא דעמד ר"צ בבכורות הוא משום דאז הי' הרב יושב והתלמידים עומדים א"כ למה כתבו תוס' ע"ז הירושלמי דנדרים דועמדו שני אנשים דצריך לעמוד תיפוק לי' דעמד משום דהי' תלמיד א"ו דלא הי' מן התלמידים ועמד רק משום ועמדו דצריך השואל לעמוד כששואל גם כן. וגם לא יתכן לומר דועמדו אינו אלא קודם חהב"י. דודאי גם לאחר מכאן נוהג גם כן לפי"מ שביארנו דבבע"ד ועדות הוא דאורייתא וה"נ כן. ובקהלת יעקב בברכות (דף כ"ח) דאיתוספי ספסלי הוא משים דאז התחילו ללמוד מיושב והוא תמוה דהא זה כבר הי' בר"ג הזקן ועד דבחייו לא עשו כן.

וביערת דבש ח"ב (דף ק"ד) ראיתי דבר תמוה שכתב דועמדו בוי"ו הוא דהי' לו לכתוב ועמד אשר לו הריב דמשמע כל אחד אבל בירושלמי דנדרים (הלכה ח') אמרי' שואל הלכות אגדות מניין ת"ל עמדו ועמדו הרי מבואר דריבוי הוי"ו שכ' תוס' הוא מדהו"מ למכתב עמדו וכתיב ועמדו וא"כ נסתר כל הדבר ע"ש בזה:

ובצבור שבאים לדין נראה דמפני כבוד הצבור יוכלו להושיבן וכמבואר מהא שכ' בא"ר או"ח (סי' תקפה) בטעמא דהתוקע צריך לתקוע בעמידה משים דהוי כבעלי דינין בעמידה והא דהצבור יוכלו לישב משום דכבוד צבור שאני או דשלוחו של אדם כמותו ע"ש. ונראה הי' הראשון דכבוד צבור שאני כיון דמבואר דכבוד תורה דוחה לעשה דועמדו ה"ה כבוד צבור לפימש"כ הרשב"א בתשובה (קט"ו) דלא יהא כבוד הצבור קל מצורבא מרבנן. ועמש"כ לעיל (סי' ט"ו) בזה ולפימש"כ שם לחלק בין כבוד רבים דכל ישראל למקצת אין ראי' מתקיעה דהוי כל ישראל. אלא דלפי"ז קשה מהא דמבואר בסנהדרין (דף י"ט) דא"ל שמעון בן שטח לינאי המלך עמוד על רגליך ויעידו בך וקשה הרי התוס' במס' ע"ז (דף י"א) כתבו וז"ל וי"ל דשאני כבוד המלך שהוא כבוד לכל ישראל ואתי כבוד רבים ודחי צב"ח עכ"ל. וא"כ כיון דכבוד המלך הוא כבוד רבים א"כ כיון דכבוד רבים דוחה לעשה דועמדו ה"ה כבוד המלך שהוא כבוד לרבים ידחה לעשה דועמדו ואמאי א"ל עמוד על רגליך ויעידו בך. וי"ל דע"כ לא כתבו תוס' דכבוד המלך הוא כבוד כל ישראל אלא במה שעושין לו כבוד בעלמא לאחר מותו אבל בחי' דעיקר כבוד המלך משום שום תשים עליך שתהא אימתו עליך ובמידי דמצוה אם מוחל על כבודו אינו מניח בשביל כך שלא תהא אימתו עליך כמוש"כ תוס' (בזבחים ט"ז) ד"ה מיושב לכן גם לכל ישראל ניחא להו שיעשה המצוה כדת וזהו כבודם גם כן. וכיוצא בזה בסנהדרין (דף מ"ז) ישראל גופיי' ניחא להו דמחלי ליקריי' לגבי' ע"ש בזה. ולכן המלך מעיד במידי דאיסורא כמוש"כ תוס' בסנהדרין פ"ב (דף י"ח) משום דבזה אינו מניח שלא תהא אימתו עליך. ועוי"ל לפימש"כ לקמן דלא מקרי כבוד רבים אלא כשנעשה ברבים משא"כ בב"ד דמוציאין כל אדם לחוץ כמבואר (בסי' כ"ח) בזה:

ובזה יבואר הא שאמר יתרו מדוע אתה יושב לבדך וכל העם נצב עליך וגו' ופרש"י יושב כמלך. והכונה לפי"מ דמבואר ברמב"ם (פ"ב מה' מלכים ה"ה) וכל העם באין אליו בעת שירצה ועומדין לפניו עכ"ל. ובמכילתא וירא חותן משה מה ראהו ראה שהוא יושב כמלך על כסאו והכל עומדין עליו. ואפשר דמזה יצא לו להרמב"ם מה' מלכים כן. א"כ מבואר דבמלך כל העם עומדין לפניו והוא יושב. והקשה הראב"ע דמה זה שתמה על מה שיושב משה וכל העם עומדין הלא כל שופט כך הוא שהוא יושב והבע"ד עומדין. אבל

לפי"מ שנתבאר ניחא כיון דכל העם היו שם א"כ איכא כבוד רבים ודוחה לעשה דועמדו ושפיר תמה יתרו מדוע אתה יושב (ול"ת דאפשר לקיים שניהם הוא דוקא בעשה לל"ת דצריכין אנו לבא לילפותא דכלאים בציצית דהוי אי אפשר לקיים שניהם כמ"ש התוס' בכתובות (דף מ' ע"א) בד"ה כגון וכו' ע"ש. אבל עשה לעשה דהוא מצד הסברא דמאי אולמא האי עשה מהאי עשה ובאולמא שפיר דחי ולא בעינן כל הפרטים שבעשה דוחה לית דחי אפי' באפשר לקיים שניהם וכיוצא לסברא זו כתב אאמו"ר הגאון הכ"מ בעצמו לחלק כן בסי' ט"ו ע"ש) לבדך וכל העם נצב עליך. ומדויק הא שאמר וכל העם ולא אמר והעם כמו דכתיב לעיל מזה וישב משה לשפוט את העם. אלא שרמז לו כיון דאיכא כל העם אין נכון שאתה יושב והם עומדים. והתשובה ע"ז הוא לפימש"כ הרמב"ם (פ"ד מה' ת"ת) כיצד מלמדים הרב יושב בראש וכו' ובראשונה הי' הרב יושב והתלמידים עומדים כו' עכ"ל וביאורו מבואר היטב בלח"מ שם. וזהו שהשיב משה כי יבא אלי לדרוש אלקים כי יהי' להם דבר בא אלי ושפטתי וגו' והודעתי את חקי האלהים ותורותיו והכוונה כי רבים העומדים שם היו על ב' בחינות הא' להגיד להם פשר דבר בדברים שבין איש לרעהו. והב' לשמוע חקי ד' ותורותיו. וא"כ כיון דבאו ללמוד החוקים והתורות שפיר הי' הוא יושב וכל העם עומדים ככל רב השונה לתלמידיו. וזהו בשלא באים לדרוש אלהים ויש כי יהי' להם דבר ושפטתי ויש אשר והודעתי את חוקי וגו' וע"ז אמר לו יתרו לא טוב הדבר אשר אתה עושה להעם רק אתה תחזה מכל העם למנות שופטים להקל מעליך הבחינה הא' לשפוט בין איש לרעהו ולא יצטרכו להתמהמה עד אשר תגיד להם בעצמך וממילא כל העם הזה יבא על מקומו בשלום:

והנה לעיל (ס"א) מבואר דעשה דועמדו אינו אלא לכתחלה ולא לעיכובא ולפימש"כ דלרבים גם לכתחלה מותר א"כ ה"ז דומה להא דמבואר באחרונים באו"ח (סי' קכ"ו) דיחיד שדלג יעלה ויבא בשחרית והתפלל מוסף דבדיעבד א"צ לחזור והתפלל כיון דשליח צבור שטעה גם לכתחלה סומך על תפלת מוסף משום טרחא דצבורא ולא גרע דיעבד דיחיד מלכתחלה דרבים ה"נ לענין ועמדו לא גרע דיעבד דיחיד מלכתחלה דרבים, ובאמת מצינו כזה בפסחים (דף ע"ח) ובתוס' שם דביחיד אינו אלא בדיעבד ובצבור לכתחלה גם כן וה"נ כן:

סעיף ג:

כי אין בידינו להעמיד הדת על תלה. בביאורי מהר"י ששון לסמ"ג מ"ע כתב וז"ל נ"ל הואיל ואנו שרויים בין הגוים צריכים אנו להסיר כל מחלוקת מבינינו כדי שנוכל להיות קיימים בשלוה ביניהם וכו' ע"כ, ובזה יש לבאר הא דכתיב בדברים ובגוים ההם לא

תרגיע ולא יהי' מנוח לכף רגליך ונתן לך לב רגז והוא דאם לא הי' להם לב רגז שהיו חיים בשלוה הי' להם מנוח בין הגוים משא"כ השתא דיפרוץ מחלוקה לכן ובגוים ההם לא תרגיע וזה נכון:

סעיף ה:

אסור לדיין לשמוע דברי בע"ד, האחד שלא בפני בע"ד חברו. הנה איסור זה פי' הסמ"ע דזה נלמד מדכתיב שמוע בין אחיכם גם כתיב לא תשא שמע שוא דכשישמע דברי האחד שלא בפני שני לא יבוש מלטעון שוא ושקר, והנה הטעם דאינו בוש מלטעון שקר משא"כ בפניו, כ"כ רש"י בשבועות (דף ל"א) ומבואר שם דאיכא לבד לא תשא גם משום מדבר שקר תרחק ומשום שמוע בין אחיכם הוא בפ"ק דסנהדרין (דף ז') ושם פרש"י דכששומע דברי אחד נכנס שקרו באזני הדיין וכ"כ רש"י בסוטה (דף כ"א) ד"ה המטעים נמצא דלפי"ז גם אם הוא מטעים טענת אמת אסור ע"ד צדיק הראשון בריבו אלא אורחא דמילתא הוא שטוען שקר גם כן:

והנה במכילתא פ' משפטים (סי' קצ"ו) איתא על לא תשא שמע שוא דבר אחר אזהרה לדיין שלא ישמע מבע"ד עד שיהא בעל דינו עמו שנאמר עד האלקים יבא דבר שניהם, ד"א אזהרה לבע"ד שלא ישמיע דבריו לדיין עד שיהא בעל דינו עמו שנא' ועמדו שני האנשים ע"כ וביאורו כך הוא, הנה בירושלמי פ"ד דשבועות הנ"ל הקשה אהא דכתיב ועמדו שני האנשים דנכתוב ועמדו האנשים לבד ול"ל למכתב שני האנשים וע"ש מה שתי' בזה, וקושיא זה קשי' לי' לבעל המכילתא ג"כ ולכן דרש מזה דהכוונה הוא שלא יטעון אחד שלא בפני בע"ד אלא שיהא עמידתן לפני ב"ד כאחד, וכדאמרינן ביומא (דף ס"ב) שני שעירי יוה"כ מצותן שיהיו שניהן שוין במראה ובקומה ובלקיחתן כאחד, ובגמרא יקח שני שעירי עזים מיעוט שעירים שנים מה ת"ל שני שיהא שניהן שוין כו' חד למראה וחד לקימה וחד לדמים, ובתוס' ישנים שם אית ספרים דגרסי וחד ללקיחתן כאחד אלמא מדכתיב שני שעירים דרשינן מזה שיהא לקיחתן כאחד ה"נ דרשינן מועמדו שני האנשים שיהא עמידתן לפני ב"ד כאחד, והיינו שלא ישמיע דבריו לדיין עד שיהא חברו עמו, ועל דרך זה דרשו ג"כ מעד האלקים יבא דבר שניהם שניהם מיותר הוא דהיל"ל יבא דבריהם ומדכתיב שניהם ידעינן שיהא דבריהם של שניהם יבא עד האלקים בשוה שלא יטעון אחד כשאין חברו עמו, ודרשו מתחלה לא תשא על הדיין ושוב דרשו מלשון לא תשיא אזהרה לבע"ד וכמו בגמ' דילן בזה:

והא דלא הביא הש"ס דילן מועמדו שני האנשים דאסור לבע"ד להשמיע דבריו קודם שבא חברו עמו כמו במכילתא הוא משום דבשבועות (דף ל') מסיק דועמדו שני האנשים

גם בעדים מיירי מדכתיב שני לגז"ש ע"ש וא"כ לא אייתר האי שני ולכן לא מייתי דבעינן שיהא עמידתן שוה מועמדו שני אנשים, אלא דלא יתיישב הא דלא מייתי בדיין דלא ישמע מעד האלקים יבא דבר שניהם, וצ"ל דלא נחיתי הגמ' אלא דאיכא לא תשא בזה אבל מה דמרומז עוד בקרא לא מיירי מזה. וי"ל דאי בבע"ד משתעי א"ש הא דכתיב שני שיהא עמידתן כאחד ואי דמיירי גם בעדים תלוי בפלוגתא דרבנן ור' נתן בסנהדרין (דף ל') דלרבנן שם בעינן שהעדים יעידו כאחד, וא"כ א"ש הא דכתיב שני שיהא העדאתן כאחד דומיא דלקיחתן כאחד בולקח שני השעירים אבל לר' נתן שם דס"ל שומעין דבריו של זה היום וכשיבא למחר שומעין דבריו א"כ לא בעינן העדתן כאחד א"כ ליכא למדרש האי שני לעדותן כאחד, וע"כ צ"ל לדידי' דאתא לגז"ש דמיירי בעדים כבר"פ שבועת העדות ודוק, וא"כ המכילתא אתיא כרבנן דר' נתן דס"ל דבעינן העדתן כאחד בב"ד ועמדו שני האנשים היינו העדים שיהא עמידתן לפני ב"ד כאחד, א"כ ה"ה אשר להם הריב דמיירי בבע"ד קאי עליי' ג"כ האי ועמדו שני שיהיו עמידתן לפני ב"ד כאחד ואין להשמיע לדיין טענותיו קודם שבא חברו גם כן, אבל אנן דקי"ל כר' נתן דלא בעינן שיעידו בב"ד כאחד וא"כ א"א לפרש ועמדו שני אנשים שיהא עמידתן בב"ד כאחד, א"כ גם בבעלי דינין לא ידעינן שיהא עמידתן בב"ד כאחד לכן אינו מייתי בגמ' לימוד זה וא"ש:

והא דלא מייתי בגמ' דילן אזהרה לדיין שלא ישמע מבע"ד עד שיהא חברו עמו מעד האלקים יבא דבר שניהם כמו במכילתא י"ל דתלוי בזה לפי"מ שביארתי במ"א דהא דכתיב שניהם בקנס הוא להורות דאין אדם מוריש קנס לבניו כמבואר בכתובות (דף מ"ב) וכיוצא ושבועות (דף מ"ז) שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים ובתמורה (דף ל') ולדות אתנן מותרין משום דכתיב גם שניהם ודרשינן ולא ולדותיהן והנה התוס' בב"ק (דף ע"ב) כתבו שם בשם ריב"א דרבא ור"נ פליגא אהך סוגיא דכתובות וס"ל אדם מוריש קנס לבניו וא"כ לדידהו א"א למדרש האי שניהם ולא בין היורשים ואתא להאי דרשא דמכילתא שהדיין לא ישמע אלא כששני הבע"ד עומדין לפניו, וכן ס"ל להמכילתא דאדם מוריש קנס לבניו ולכן דריש שלא ישמע אלא כששני הבע"ד עומדין לפניו, אבל לפי"מ דקי"ל דאין אדם מוריש קנס לבניו אתא האי שניהם ללא בין היורשים ולכן לא הביא בגמ' לימוד זה: עוי"ל דלכך לא מייתי בגמ' משום עד האלקים יבא דבר שניהם עפי"מ דמבואר בב"ק (דף ק"ו) כי יתן איש אין נתינת קטן כלום ואין לי אלא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן נתנו כשהוא קטן ותבע כשהוא גדול מניין תלמוד לומר עד האלקים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד ופי' בשיטה שם דמקשינן נותן לנפקד דכי היכא דהנפקד הי' גדול בשעת נתינה דאי הי' קטן אבידה

מדעת היא הכי נמי הנותן הי' גדול בשעת בשעת נתינה והיינו מדכתיב שניהם דרשינן ששניהם שוין ותרווייי' גדולים היו בעת נתינה, וא"כ איצטריך האי שניהם להכי ולא ידעינן מזה לשלא ישמע דברי אחד קודם שבא חברו להכי יליף מלא תשא. וכיוצא בזה שדרש במכילתא שיהא עמידתן כאחד מצינו בב"ב (דף קכ"ד) דדרשי רבנן מפי שנים דיהבינן להוא אחד מצרא ועוד דריש שם מקיש חלק בכורה לחלק פשוט וה"נ דריש בב"ק להקיש נותן לנפקד וא"כ המכילתא אתיא כרבנן ובגמ' אתיא כר"נ שיהא דברי שניהם שוין שלא יהא אחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו קצר דבריך:

ומהש"ס דיומא ס"ב הנ"ל דבשני שעירים דרשינן שיהי' שווים והוא משום דכתב שנים נ"ל לפי מה דקיי"ל דבגמ"ד ד"ה בעלי דינים בעמידה וכתבתי דמחויבים לקיים מ"ע דועמדו ואין לדיין להגיד ע"י שליח הפס"ד או להודיעם בכת"י אלא מחויבים לבא לפני ב"ד לשמוע הפס"ד לקיים מ"ע דועמדו, דאין להגיד ג"כ לכל אחד בזאח"ז אלא לשניהם ביחד, לקיים ועמדו שני האנשים דה"נ כיון דכתיב שני אנשים אמרינן שיהי' עמידתן כאחד כנ"ל:

עיין בברכי יוסף שחקר בזה אי הוי דאורייתא או דרבנן וכתב דלפי מש"כ מהריב"ל דבדיעבד כשר משמע דאינו אלא מדרבנן דמדאורייתא אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד ע"ש. ועיין תוס' פסחים (דף י"א) ד"ה קוצרין דס"ל דגם בדאורייתא מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד מדבעינן בקדשים שנה הכתוב לעכב, ועיין תוס' מנחות (דף ל"ח) בד"ה אם הקדיש, ובתוס' קדושין (דף נ"ה) ד"ה אין לוקחין דס"ל דרק בדרבנן יש לחלק בין לכתחילה לדיעבד אבל לא בדאורייתא, וכ"כ תוס' בגיטין (דף ג') ד"ה וכי שכתבו גם כן דמדאורייתא אין חילוק בין דיעבד לכתחלה ומעתה אי דיעבד כשר ש"מ דמדרבנן הוא, והנה התוס' בקדושין (דף נ"ה) שם כתבו דהיכא דאיכא תקנה גם דיעבד לכתחלה הוא ע"ש, ומזה הבאתי ראי' למש"כ מהרי"ל בסדר הגט שלו ליתן גט אחר אפי' היכא דאמרינן בגמ' בדיעבד כשר אם יכול לתקנו יתקן דלא מקרי דיעבד רק לכתחלה כיון דיכול לתקן מקרי לכתחלה כמו שתמצא בפרק קמא דגיטין בדבור יחזור ויטלנו ע"כ, וכ"כ המג"א באו"ח (סי' ל"ב סקמ"ז) בשם הגאון מהר"י מפוזנא דמאחר אפשר לתקנו לא מקרי דיעבד, וכ"ה בכסף משנה (פ"ז מחמץ ומצה ה"ח) ע"ש בזה, ואפשר דזה דמי ליש מתירין דבדבר שיש לו מתירין לא אזלינן בספיקא דרבנן לקולא ולהאריך בזה אין מקומו כאן:

ובפשרה אי מותר לשמוע לא נתבאר בפוסקים, ונראה פשוט דאסור כיון דרשע ערום זה המטעים דבריו קודם שיבא חברו וא"כ יצא משפט מעוקל כו' והרי נאמר צדק צדק

תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה כמבואר בסנהדרין (דף ל"ב), ובזה יתבאר הא דכתיב (משלי י"ח) צדיק הראשון בריבו ובא רעהו וחקרו, ולפי משפט הלשון הי' צ"ל. ובא שני וחקרו, ונראה עפי"מ דמבואר בזוה"ק פ' וישב דכונת הכתוב דאין לשמוע טענת ראשון קודם שבא השני כי צדיק הראשון בריבו במה שמטעים טענותיו אלא ובא רעהו וחקרו, ואיתא במכילתא פ' יתרו ושפטת בין איש זה הדין ובין רעהו זה הפשרה ששניהם נפטרים כרעים וזהו אלא ובא רעהו וחקרו אפילו בפשרה ששניהם כרעים אין לשמוע זה בלא בזה:

יש לחקור באם אחד מהב"ד שמע הטענות והשנים לא שמעו או שאחד מהן לא שמע אי מהני מה שיבאר להם האחד או השנים לשלישי או צריכין שיהיו כל הב"ד ישמעו הטענות מהבע"ד שבזה יוכלו לבאר האמת או סגי במה שאחד או שנים מהם והם יבארו הטענות לשלישי, ונראה דאם הבע"ד עומדים ושומעים איך הדיין מוסר הטענות לאידך סגי בזה אבל כשאינם עומדים אצלם לא מהני, ואפשר דהוי כקבלו עליהם תחלה כשטענו לפני אחד או שנים כשלא הי' כל הב"ד בעת שטענו והוי כקבלו על זה כמו שביארנו דמהני הקבלה גם בתורגמן גם כן. ומהא שכתב הפנים מאירות בפרשה שופטים דלכך אין למנות דיין שאינו יודע על סמך שישאל משום דהב"ד צריכין לשמוע הטענות מהבע"ד עצמן ע"ש משמע דכל הב"ד צריכין לשמוע מהבע"ד. אבל יש לחלק בין אם שומעין הטענות ממי שאינו ראוי ובין מי שראוי דאז י"ל דבמקצת סגי בזה:

נסתפקתי ביודע שיהי' דיין בדבר ההוא אי אסור לשמוע מפי אחר המספר דשמא דוקא מבע"ד אסור דיטעים טענותיו אבל באחר לא שייך זה דלא יטעים טענותיו שלא כדין כי אין אדם חוטא ולא לו:

רמ"א ולא יכתוב שים חכם פסק לאחד מבע"ד בדרך א"כ אי שיכתוב לו דעתו בלא פסק כ"ז שלא ישמע דברי שניהם שמא מתוך דבריו ילמדו לטעון שקר גם משים שאח"כ יטעון השני בדרך אחר ויצטרך לכתוב להיפוך ואיכא זילותא לחכם. בשו"ת מעיל צדקה (שאלה נג) תמה על האחרונים שסמכו להקל היכא שהנשאל מהימן אצל השואל שכוונתו לידע האמת אתו או לא ושלא ללמוד שקר דמאין להם לחלק בזה אחרי שזה האיסור שורשו מאזהרת אבות העולם שאמרו על תעש עצמך כעורכי הדיינים ז"ל רש"י בשם מר יהודא גאון ז"ל כד אתי קדמך אניש ולימא לך ל"ב מינך ליפסוק לי דינא דהוי לי את בעל דיני אלא בעינא היכא דינא תביעה וטענתא הדא דאית לי על חברי אסור לדיינא למשתעי לי' כלים בדינא ולחואה לי' כמנהגם של ערכאות דבעי מינייי' ומקדמי ומחוי עכ"ל, ומסיים ועכ"ז פוק חזי רבני קשישאי דסמכי להשיב למי שהוא

בדוק להו ענ"ד, ובאמת שפיר עבדו ומבואר להדיא כן בירושלמי (פ"ט דב"ב הלכה ד') כהדא קריבתי' דר"ש בר וא הות חיישה בעינה אתית לקמי' דר' יוחנן אמר לה קציץ אהין אסייך אין קציץ מן פרנך אין לא קציץ בעלך יהיב לך ולא כן תנינן אל תעש עצמך כעורכי הדיינין ומדר' חגי אריב"ל אסור לגלות ליחיד דינו בגין דהוה ידע ר"י דהיא אשה כשרה בגין כך גלי לה בעלה בעי דקציץ והוא בעי דלא קציץ ולא לבעלה שמעין עכ"ל פי' דלכך אמר לה דינה משום דהוה ידע דהיא אשה כשרה ולא באת ללמוד טענת שקר ולא עבדה בלי רשות בעלה ואין חשש בדבר, הרי להה"א דהיכא דסמוך לבו בשואל שלא ילמוד מדבריו לטעון שקר מותר לגלות לו דינו. ושפיר עבדי רבנן ויסודתם בהררי קודש מהש"ס דירושלמי וכמו שכ' בזה:

בתוי"ט פ"א דאבות כתב אהא דאל תעש עצמך כעורכי הדיינין שכ' הרב כאותן אנשים שעורכים ומסדרים טענות בעלי הדין לפני הדיינים שאסור לאדם לגלות דינו לא' בעלי הדין ולומר לו עשה כך בשביל שתזכה בדינך ואעפ"י שיודע שהדין עמו עכ"ל, דמכתב הרע"ב עשה כך ולא כתב תהא טוען כך דהכינה היא על מעשה דכתובות (דף נ"ב ודף פ"ו) לעשות מעשה אבל ללמדו סדור דבריו וטענותיו כל שאין בו שקר אפשר דלהרב אין להתחסד ולהשמט מזה. אבל ודאי דלהרמב"ם אינו כן אלא דאף סדור דברים בעלמא נמי אסור. והנה כ"ז ללמדו סדור הדברים אבל לגלות דינו ליחיד אם יודע שהאמת אתו מותר לגלות לו וכמבואר בירושלמי (פ"ט דב"ב הלכה ד') א"ר מתנא הדא דתימא (פי' הא דאסור ליחיד לגלות דינו) בהוא דלא ידיע דיני' אבל בהוא ידיע דיניה א"ל מילתא ע"כ, הרי דאם ידע שהאמת אתו מותר לגלות לו. ולהרע"ב י"ל דהא דר"מ קאי גם אהא דאל תעש עצמך כעורכי הדיינין שם דבידע דהאמת אתו מותר לסדר לו טענותיו אבל להרמב"ם אינו קאי על זה, ומהרש"י שכ' בשם מר יהודא גאון ז"ל דאף אם לא יהי' דיין בדבר איכא משום עורכי הדיינין מבואר דלא כרש"י שכ' בכתובות (דף פ"ו) שאם מינו דיין בדבר מותר ע"ש:

סעיף ו:

לא יהי' הדיין שומע מפי המתורגמן. במכות (דף ו') ד"א עפ"י שנים עדים שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן. נראה דזה אינו אלא מדרבנן ולמצוה בעלמא ולא לעיכובא. ונקדים מש"כ הרמב"ם פ"ב מה' סנהדרין (הלכה א) וז"ל, אין מעמידין בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים מופלגין בחכמת התורה בעלי דעה מרובה יודעים קצת משאר חכמות וכו' כדי שיהיו יודעים לדון אותם. ושם (הלכה ו') כשם שב"ד מנוקין בצדק כך צריכין להיות מנוקים מכל מומי הגוף. וצריך

להשתדל ולבדוק ולחפש שיהיו כולן בעלי שיבה בעלי קומה בעלי מראה נבוני לחש ושידעו ברוב הלשונות כדי שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן ע"כ וכתב הכסף משנה ספ"ק דסנהדרין (דף י"ז) ופ"ו דמנחות (דף ע"ה) אר"י אין מושיבין בסנהדרין אלא בעלי קומה ובעלי חכמה ובעלי מראה ובעלי זקנה ובעלי כשפים ויודעים בשבעים לשון שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן. וכתב רבינו יודעין ברוב הלשונות משום דדבר זר הוא להמצא מי שידע בכל ע' לשון וי"ל דדייק הרמב"ם מדקאמר בשבעים לשון ולא קאמר ויודעים שבעים לשון משמע דלא בעינן אלא שיודעים רוב הלשונות. ומשמע לרבינו דהאי אין מושיבין היינו היכא דמשתכחי אבל אי לא משתכחי לא מעכבי כל הני. ויש סעד לדבר מדאמרו גבי משה ואלו נבונים לא אשכח. וי"ל דא"כ אמאי נקט באלו וצריך דאינו לעכובא ולעיל (הלכה א') כתב אין מעמידין בסנהדרין אלא אנשים חכמים ונבונים הא בדליכא אינו מעכב א"ו דב' דברים הן בליכא לאשכוחי שאני. ולכתחלה הוא דבר אחר. לכן נראה דהרמב"ם יצא לו כן דכל הני מילי דר"י אינו לעכובא בעלי זקנה שהם בעלי שיבה שכ' הרמב"ם אינו מעכב יש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן בברכות (דף כ"ז) אלא נוקמי' לראב"ע דהוא חכם והוא עשיר והוא עשירי לעזרא וכו' ושם (דף כ"ח) א"ל לית לך חיורתא ההוא יומא בר תמני סרי שני היה אתרחיש לי' ניסא ואהדר לי' תמני סרי דרי חיורתא וכו' הרי דלכתחלה נמנו למנותו לראב"ע לנשיא אף שלא הי' בעל שיבה אלא דאח"כ נעשה וא"כ מוכח דלכתחלה צריך שיהי' כן מדנעשה לו כך לראב"ע אבל אינו מעכב מדבקשו למנותו על זה. מיהו י"ל דראב"ע לא הי' דן דיני נפשות כמוש"כ תוס' בשבת (דף נ"ב) וא"כ אין ראי' מזה לסנהדרין שהיו דנין דיני נפשות. ועוד כתב הלח"מ וז"ל וצריך להשתדל וכו' משמע דהנהו לא הוו לעיכובא אלא לכתחלה צריך לבדוק אחר אלו. וק' דבספ"ק דסנהדרין אר"י אין מושיבין בסנהדרין אלא בעלי קומה ובעלי חכמה ובעלי מראה ובעלי זקנה ובעלי כשפים ויודעים בשבעים לשון וכיון דר"י כייל להני דכ' רבינו כאן בהדי בעלי חכמה ובעלי כשפים מנין לו לרבינו לחלק ולומר דדוקא הנהו תרי דבעלי חכמה ובעלי כשפים לעיכובא כמוש"כ לעיל אין מעמידין בסנהדרין וכו' אבל כל הני לא הוו לעיכובא אלא לכתחלה דוקא צריך לבדוק אחר אלה ע"כ. ובאמת הרמב"ם מפרש האי מימרא דר"י בדרך אחר דלא כמו שסבר הלח"מ דעל הא דקאמר ר' יוחנן בעלי חכמה כתב הרמב"ם נבוני לחש. ונבון לחש פי' רש"י (בישעי' ג') ראוי למסור לו תורה שנתנו בלחש כמו מעשה בראשית ומעשה מרכבה ע"כ. וכ"ה בחגיגה (דף י"ד) וזהו שאמר ר"י אין מושיבין בסנהדרין אלא בעלי חכמה דלכאורה תמוה למאי הוצרך לומר דבר זה פשיטא אמאי לא קחשיב אלא זה הא במקרא כתיב

שבע מעלות בשופטים חכמים שונאי בצע וכו' ועוד דבעלי קומה מקדים לבעלי חכמה א"ו דלא קחשיב הכא מה דהוי לעיכובא ולא קחשיב אלא מה דהוי להדור לכתחלה ולכן בפ"א כ' אין מעמידין אלא אנשים חכמים ונבונים מופלגין בחכמת התורה משא"כ בהלכה ו' מיירי בסתרי תורה וא"כ א"ש ג"כ מש"כ ר' (בהלכה ז') ב"ד של ג' אעפ"י שאין מדקדקין בהן בכל אלו הדברים צריך שיהא בכל אחד מהן ז' דברים ואלו הן חכמה וכו' וק"ק דהרי חכמה מבואר תחלה וא"כ איך כתב דאין מדקדקין בכל אלו הדברים. ולהנ"ל ניחא דלעיל מבואר חכמים ונבונים ומופלגין בחכמת התורה ובהלכה ו' מבואר נבון לחש. אבל בד"מ בב"ד של ג' אינו כן אלא סגי שיהא חכם לבד ועוד המעלות שמבאר שם בזה. ובשמואל (א' ט"ז) אל תביט אל מראהו ואל גבה קמתו וכו' ובעשי' כשפים הדבר ברור שלא הי' בגירסא דרמב"ם מדלא קחשיב בהלכה ו' זה דקחשיב שם כל הדברים דקחשיב ר"י ולא קחשיב כשפים מכלל דלא הי' גורס דבר זה וזה נכון:

עכ"פ מבואר דהא דצריך שי דעים בשבעים לשון שלא תהא סנהדרין שמעת מפי התורגמן אינו אלא זהירות לכתחלה ולא לעיכובא וא"כ בלא אפשר מקילין. וכ"כ הב"ח דאינו אלא מדרבנן. ושוב מצאתי ברדב"ז ח"א (ס' שלא) שכ"כ דאינו אלא מדרבנן ע"ש בזה. ובזה נסתר ג"כ מש"כ הלח"מ בפ"א מה' סנהדרין ה"ו ע"ש בזה:

סעיף ז:

צריך הדיין לשמוע דברי בעלי הדינים ולשנות אותן שנאמר ויאמר המלך וכו'. ובמדרש שוחר טוב (ע"ב) א"ר סימון צריך הדיין לשקול טענותיהן ולכאורה הוא ט"ס וצ"ל לשנות טענותיהן. ועסמ"ע שכתב נראה פשוט דצריך לשנותן לפני בע"ד מיד אחר שטענו בעוד שעומדים הבע"ד לפניהם וקודם משא ומתן של הדיינים וסברא הוא כו' ע"כ. והוא מבואר להדיא כן בילקוט מלכים א' (סי' קע"ה) זאת אומרת לא כי בנך המת ובני החי א"ר סימון מכאן שנינו שצריך הדיין לשקול טענותיהן בפני שניהם ע"כ. הרי להדיא דצריך לשנות בפני הבע"ד. ואולי גם חיבת לשקול הוא שיפרש היטב הטענות כדי שידעו הבע"ד שהדיין מבין טענותיהם על בוריו:

ובמדרש פ' תבא א"ר סימון וצריך הדיין לשנות טענותיהם מפיו ממי אתה למד משלמה שנאמר ויאמר המלך ע"כ. דייק מפיו דבעינן שיהא אגדה בפה דוקא ומייתי ראי' מויאמר המלך לפימש"כ תוס' בגיטין (דף ע"א) ד"ה והא דאמירה הוי בפה דוקא ע"ש. ולכאורה הי' אפשר לומר דאם הבע"ד עצמן שינו טענותיהם נמי סגי דהשנות הדברים הוא שיהיו ברורים וכשהבע"ד עצמן כופלים דבריהם נמי ברורים הדברים. וכמוש"כ רש"י כיוצא בזה בפסחים (דף נ"ב) ד"ה דקים לי' דאיהו דייק שמעתתא כו' מדקדק ואומר לרבו

לשנותה פעם שני' ומבחין הימנו או הן או לאו ע"כ. אלא דמסתימת הפוסקים לא משמע כן:

מצדיק את הדין בלבו ואח"כ חותכו. כתב הב"י שהוא בפ"ק דסנהדרין ושפטתם צדק צדק את המשפט ואח"כ חתכהו. ותמיהני על המהרש"א שם ע"ש. ובהיפוך מזה אמרו הגס לבו בהוראה כמוש"כ הרמב"ם פ"כ (הלכה ז) שקופץ כו' וכה"א וריב לא ידעתי אחקרהו ע"ש. או י"ל צדק את הדין לאפוקי דין מרומה. ועיין במהר"י ברונא (סי' ר"י):

סעיף ח':

לא יעשה הדיין מליץ לדבריו של בע"ד כו' ולא ילמד לאחד מבע"ד כלל. ובס"ט ראה הדיין זכות לאחד מהם ובע"ד מבקש לאמרו וא"י וכו' ה"ז מותר לסעדו ולהבינו תחלת הדבר וצריך להתיישב בדבר זה הרבה כדי שלא יהיו כעורכי הדיינים ע"כ. והטור כתב ע"ז אחר שהעתיק ד' רמב"ם הנ"ל ואינו משמע כן בירושלמי דגרסינן התם ר"ה כי הוה חזי זכו לבר נש והוא לא הוה ידע פתח לי' ע"ש פתח פיך לאלם ע"כ. אבל דעת הרמב"ם כתב הב"י דהירושלמי לא מיירי אלא כשאינו יכול לטעון כראוי מפני איזה דברים אבל טענה חדשה אין לו לטעון מאחר שאין הבע"ד יודע מזה משום עורכי הדיינים. ועיין בלח"מ פכ"א מה' סנהדרין בזה וכהרמב"ם מבואר בת"א להרשב"א (שאלה שצ"ג) כן. ומצאתי מרגניתא טבא כי כל דברי הרמב"ם מבוארים במדרש רבה פ' נשא (פ' יו"ד) פתח פיך לאלם מכאן שאם אין טוענין ליורש וללוקח שב"ד טוענין ד"א פתח פיך לאלם כנגד היתומים הוא אומר שאין יודעין לטעון בעוד שאין יודעין בעסק אביהם שב"ד טוענים בשבילם וכו' פתח פיך שפט צדק שלא תענה שתלמדם טענות ע"כ. הרי אף דפ"פ לאלם אבל מ"מ לא ילמד לאחד מבע"ד כלל וא"כ כ"מ דמותר משום פ"פ לאלם כמו שא"י לטעון מהסכלות וכדומה אבל מ"מ אסור ללמדם טענות והוא בכלל שפט צדק. ומבאר המדרש המקרא קדש במשלי עד"ז המקרא הראשון (שם ל"א) פתח פיך לאלם אל דין בני חלוף דקאי על היתומים וכמבאר שם המדרש שהן חליפין של המח. והמקרא השני פתח פיך שפט צדק הוא על מי שיש לטעון זכות אלא שא"י לומר כראוי ג"כ פתח פיך אבל לא ללמד הטענות. דאי דברי המדרש קאי על היתומים לא שייך בזה שתלמדם הטענות א"ו דקאי על כל אנשים אחרים ולכן אסור ללמדם כלל:

ובתשו' הרא"ש (כלל פ"ו) כתב אבל מידי דלא שכיח לא טענינן להו ליתמי וכ"ש בדבר הניכר לדיינים שהוא שקר דלא טענינן להו. אלא מצוה לדיינין לרדוף צדק וצדק ולחקור ולדרוש ולהוציא הדין לאמתו שלא יהא מרומה כמו בדין של אדם אחר ע"כ. וי"ל דזה מבואר המקרא פ"פ לאלם אל דין בני חלוף דקאי על יורשים ומבאר פ"פ שפט צדק כי

אף שטוענין להו מ"מ בדבר דלא שכיחא וכ"ש בדבר הניכר שהיא שקר דלא טענינן להו משום דצריך להיות צדק גם כן:

ולפ"מ שמבואר לקמן (סי' ר"צ) והוא מתשובת הרא"ש הנ"ל דאפוטרופיס יכול לטעון מילתא דלא שכיחא אף דאין הב"ד טוענין להי וכתבנו (בסי' ק"ח) דה"ה היתומים בעצמם אם לא במילתא דלא שכיח כלל א"כ יש לפרש הא דקאמר המדרש שלא תעשה שתלמדם הטענות הוא שלא יהי' כעורכי הדיינין שהיתומים יטענו בעצמם ונ"מ דבמילתא דשכיחא ולא שכיחא אם יטענו בעצמם מהני דאסור משום שצריך להיות משפט צדק וקאי הכל על היתומים. אמנם לפי"מ שביארנו תחלה מדויק יותר הא דבמקרא ראשון קאמר פ"פ לאלם ובמקרא שני לא קאמר אלא פ"פ לבד והוא משום דבראשון מיירי ביתמי שאינם יודעים מאומה דטענינן להו ולכך שייך לאלם משא"כ בשני דמיירי בשאר אנשים דיודעים אלא שצריך לסייעם לכן אמר פתח פיך שפט צדק ובלבד שלא יהיו כעורכי הדיינין איך שיהי' עכ"פ ד' רמב"ם מבוארים במקרא וכהמדרש הנ"ל בזה:

ובמדרש שם יסיים ודין עני ואביון כמד"ת לא תטה משפט אביונך בריבו. ד"א אלו הצדקות ומתנות עניים שהם דינם שאתה צריך להוציא מן הגזלן ולתת להם. והוא לפי שאמר בתחלה פ"פ לאלם שב"ד אביהם של יתומים מסיק ג"כ ודין עני ואביון שב"ד אביהם של עניים שאף שלא יוכלו לתבוע מ"מ ב"ד צריך להוציא מהם. וכיוצא כזה בב"ק (דף ל"ו) מייתי עובדא דאנן יד עניים אנו, והדר מייתי דיתומים אין צריכין פרוזבול דב"ד אביהן של יתומים וה"נ כן. ושוב בא אצלנו מדרש עם הגהות הרד"ל והגי' שם שפט צדק שלא תטה משפט כד"א לא תטה משפט תלמדם טענות קאי אבן ע"ש. והוא תמוה ובפרט לפי"ד הי' לו לכתוב שפט צדק דין עני ואביון ומדכתיב ודין עני ואביון בוי"ו המחלקת הוא ענין בפ"ע כידוע וכמבואר בשבועות (דף ל') וכ"ד לכן העיקר כמוש"כ בזה:

ובאחר שאינו דיין מותר ג"כ לחזק טענת בע"ד ולא ילמד טענה לאחד מבע"ד. כלל והוא מבואר בתולדות להרשב"א (שאלה ת"ד) כתב וז"ל שאלת במלמד זכות על הנתבע לחזק טענותיו שכבר טען מעצמו שהוא מותר. תשובה זו אמת אדרבא מצוה לעשות כן אם ראה שהדיין טועה בזה או שאין הנתבע יודע ראי' להעמיד טענותיו וכמו שהבאתי אותה ראי' מתלמיד שיושב לפני רבו ורואה זכות לעני או לרבו שטועה שאינו רשאי לשתוק ולא עוד אלא שמצוה לפתוח לו ואפילו הב"ד בעצמו כגון זה שאמרו פ"פ לאלם. סוף דבר הכל לפי מה שהוא ענין ואחר כוונת הלב הן הדברים אמורים שהתורה האמת לא

בחרה רק באמת והדיין צריך לדון הדין לאמתו ע"כ הרי כמוש"כ הרמב"ם בדיין כתב הרשב"א באחר גם כן:

סעיף ט:

כעורכי הדיינים. עיין במפרשים דקרוב יכול ללמד טענות לבע"ד ובספר מאיר נתיבים (סי' כ"ג) כתב דנותן עצה שיטעון טענת הילך דאם יודע בעצמו שאינו חייב לו אלא המקצת שמודה מותר ללמדו הטענה. אבל אם אינו יודע בעצמו אע"ג דקים לי' שאינו משקר אין ללמדו ע"ש וצ"ע בזה: סעיף י:

אין לדיין לרחם בדין וכו'. מה טוב מסודר זה בתר הך דפ"פ לאלם כמו שמסודר במשלי דין עני ואביון, ומפרש המדרש הנ"ל כד"א לא תטה משפט אביונך בריבו והוא כדרש המכילתא באחד רשע ואחד כשר וזה שמבואר כאן כן:

ועוי"ל דיש חילוק בין דין ובין מציאות דבדין טוענין תמיד דיש לומר דלא ידע וא"נ ידע ולפי שעה לא טען זה משא"כ במציאות שפיר יתברר הדבר אם לא שאינו יכול להציע כראוי וזה מבואר להדיא בפ"ח פ"ק דב"ק וז"ל דכל דיזכה מצד הדין דדינא הכי ולא תלי בעובדא היכי הוה לאו כ"ע דינא גמירי וא"נ גמר דילמא לאו אדעתי' ואישתמיטתי' והוה כאלם משא"כ עובדא דבי' ודאי דרמי אינפשי' ודכיר ובי' נמי אי איתא דחזי דייני' דמחמת כעס נשתבש כמוש"כ בחה"מ (סי' י"ז) בשם הרמב"ם ע"כ והוא מבואר כמוש"כ בזה. וא"כ הקרא דפ"פ לאלם מיירי ביתומים וגם באם א"י הדין כמו פרוזבול הי' לך ואבד בגיטין (דף ל"ז) וכן הא דאי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרי' שכ' הרא"ש בפ"ק דב"ק וכדומה לזה דזה דומה כאלם שא"י כלל. ופ"פ שפט צדק באם הוא במציאות שא"י לטעון כראוי מכעס דלא הוי אלם. אבל שפט צדק שצריך ליזהר שלא יהיו כעורכי הדיינים בזה. ומעתה י"ל בסד"ד דיכול לטעון קים לי דגם אנן טענינן לו וכ"מ להדיא בבשמים ראש וכן נהגו כל דיני ישראל בזה. אלא דהנתיבות בכללי תפיסה הכריע דבמוחזק מעיקרא טענינן לי' אנן ובתפס לא טענינן לי' ע"ש בזה. ומעתה מש"כ הרמ"א (בסוס"י זה) דאם הדיין רואה שמגיע לו יותר ממה שתובע דאין לו לפסוק יותר דזה דוקא בספק אי ידע כמוש"כ השיך אבל בלא ידע בכלל פ"פ לאלם הוא כשא"י וכן עיקר:

לעולם יהיו שני בעלי דינין בעיניו כרשעים. ועפי"ז כתב בס' חסידים דאין להסתכל בפני הבע"ד כשטוענין דאסור להסתכל בפני רשע. וכשיש כפירה ביניהם כמוש"כ הש"ך. ועיין רש"י סנהדרין (דף ל"ו) ד"ה כחצי גורן עגולה שכ' וז"ל ובעגולה שלימה אין יושבין לפי שצריכין בעלי דין ועדים ליכנס לדבר בפני כולם שיהא כולם רואין את העדים

ומדקדקין בדבריהם וכו' עכ"ל. ויש לדקדק דפתח בתרתי בעלי הדין והעדים ליכנס לדבר בפני כולם וסיים בחדא שיהא כולם רואין את העדים ומדקדקין בדבריהם והא זה שייך גם בבעל הדין שצריך דרישה וחקירה א"ו דלאו מילתא דפסיקא הוא בבעלי הדין דאם מביאין אותו על חייבי מיתות ב"ד אין להסתכל בו. וגם בדיני ממונות אם הכחשה ביניהם. ולפי"ז גם בעדים המכחישים זא"ז אין להסתכל בפניהם אז:

ונראה דדוקא להסתכל אסור אבל ראי' בעלמא שרי. וכיוצא בזה כ' הרא"ש דהא דאסור להסתכל בקשת אין אסור כ"א הסתכלות כי המסתכל מוסיף ומדקדק בהבטתו יותר מהרואה ואסור אבל ראי' בעלמא מותר. והובא בב"י או"ת (סי' רכ"ט) ובמג"א שם (סק"ב) וכ"ה בב"י (סי' ע"ה) וכ"כ המג"א (סי' קכ"ח סקל"ה) לענין הסתכלות בכהנים ובסי' ש"ז (ס"ק כ"ג) בהא דלא איסתכל בצורתא דזוזא ועסמ"ע (סי' קנ"ד סקי"ד) ועיין לשון רש"י בשבת (דף קי"ג) שכ' אהא דוכי דרכו של בועז לשאול בנערה וז"ל כל נערות שרואה הי' דרכו לישאל מי הן א"כ מסתכל בהן הי' עכ"ל. ולכאורה תיבות אלו א"כ מסתכל בהן הי' למותר הם בעיני המעיין. אלא דכוונתו דכל שרואה הי' דרכו לשאל מי הן וא"כ בא להסתכלות ואז אסור. אך המנהג שלא להסתכל כלל בפני בע"ד אם לא לצורך:

ובזה יובן היטב הפסוק (במשלי כ) הכר פנים במשפט בל טוב. ותיבות אלו בל טוב רחוקים מהבין. מה שייך בל טוב הא לא תכירו פנים כתיב. אמנם הדבר נכון. לפי ספר חסידים הנ"ל דאסור להסתכל בפני בעלי דינין. ובזה פירשו המפרשים הא דכתיב לא תכירו פנים דהיינו הסתכלות בבעלי דינים. ובמגילה (דף כ"ח) אמרינן דאסור להסתכל בדמות אדם רשע משאת פני רשע לא טוב. והוא דעיניו כהות ר"ל וא"כ כמו התם דכתיב לא טוב משום דיוכל לבוא לתקלה א"ו לכן אמר גם כאן הכר פנים במשפט בל טוב כשהבעלי דינים טוענין ולכן אין להסתכל אלא בראי' לבד וזה נכון:

סעיף י"א צריך הדיין לפסוק הדין מיד אחר שיתברר לו שאם מענה את הדין ומאריך בדברים הברורים כדי לצער אחד מבעלי דינים ה"ז בכלל לא תעשו עול. והוא מסנהדרין פ"ד ובש"ך מבואר ממועד קטן (דף י"ז) וכן פי' רמב"ם פ"ה מאבות וכ"כ רש"י בשבת (דף ל"ג) דבדבר הברור אם משהין שלא לשם שמים הרי זה בכלל עינוי הדין. אבל אם משהה לטובת הבעלי דינים וכדומה מותר וכמו דאיתא בב"ב (דף נ"ח) אתא לקמי' דר"י א"ל זיל האידנא ותא למחר כו' ולימא לי' זיל קיץ דידך והדר איקוץ דידי פי' דאמאי א"ל תא למחר הא מענה את דינו ומשני דעשה כן משום התקוששו ע"ש עיין תוס' ביבמות (דף ה') שכתבו דלא נוכל לידע איסור שריפת בת כהן משריפת קדשים דשאני שריפת קדשים

שיכול להמתין למחר משא"כ שריפת בת כהן דא"א להמתין עד למחר משום עינוי הדין לכך איצטריך לא תבערו משמע מזה דעינוי הדין מדאורייתא, ונראה דלטעמייהו אזלי לפי"מ דמתבאר מדבריהם בסנהדרין (דף פ') דאיסורא דעינוי הדין משום דמצוה לבערו ותיכף חל עליו ובערת הרע מקרבך ע"ש ולכן כתבו דהוי דאורייתא. או דהוא בכלל לא תעשו עול והוא דאורייתא:

והנה בערכין (דף ז') תנן האשה שיצאה ליהרג אין ממתינין לה עד שתלד ופירשו התוס' דה"ז דאין ממתינין לה עד שתלד הוא משום עינוי הדין. דאינו שייך אלא לאחר גמר דין ע"ש. ובגמ' שם פשיטא גופא היא איצטריך סד"א הואיל וכתיב כאשר ישית עליו בעל האשה ממונא דבעל הוא ולא לפסדי' מיני' קמ"ל. והנה רש"י בברכות (דף כ) אהא דתנן התם וחייבין בתפלה ופריך בגמרא פשיטא ומשני מהו דתימא הואיל וכתיב ערב. ובקר וצהרים כמ"ע שהזמ"ג דמי קמ"ל. כתב וז"ל ה"ג תפלה דרחמי נינהו ולא גרס פשיטא דהא לאו דאורייתא היא עכ"ל. והשתא אס"ד דעינוי הדין אינו אלא מדרבנן א"כ אמאי פריך פשיטא דאין ממתינין לה עד שתלד משום עינוי הדין כיון דמדאורייתא ממתינין לה. ודוחק לומר דהתם בברכות על עיקר התקנה שתקנו תפלה לא שייך פשיטא משא"כ הכא דכבר תקנו איסורא דעינוי הדין וא"כ פריך פשיטא דזה אינו דמנלן לחלק בהכי. ועוד דילמא בכהי"ג דהיא מעוברת לא גזרו משום עינוי הדין. ועוד דגם בתפלה התקנתא הוא על האנשים וא"כ מסתמא גם בנשים ואפ"ה לא שייך פשיטא וה"ה בעינוי הדין כן. לכך תוס' לשיטתם שפירשו בערכין דאין ממתינין משום עינוי הדין ס"ל דהוי דאורייתא ושפיר פריך פשיטא. ונראה עוד דתוס' לטעמי' אזלי שכ' שם בברכות וז"ל ורש"י לא גרס לי' שהרי תפלה דרבנן ומאי מ"ע שייך בה ומ"מ נראה ליישב דהא הלל דרבנן ונשים פטורות מהי"ט רמ"ע שהזמ"ג הוא כדאמרינן בסוכה עכ"ל. ובארתי במ"א דהתוס' סוברים דרש"י לא גרס משום דאיך קאמר מהו דתימא הואיל וכתיב ערב ובקר וצהרים כמ"ע שהזמ"ג דמי דמאי מ"ע שייך בה כיון דתפלה דרבנן. לכן הביאו דהא הלל גם כן דרבנן דרבנן ואפי"ה נשים פטורות משים מ"ע שהזמ"ג. אבל לפי"מ שהעתקנו לשון רש"י נראה מבואר משום דהוי דרבנן לא שייך פשיטא ול"ק מהלל דגם רש"י מודה דגם בדרבנן שייך מ"ע אלא דלא שייך פשיטא. וזהו דלא כהש"א (בסי' א). אבל התוס' סוברים דגם על דרבנן שייך פשיטא דהא התקנתא דרבנן הוי בכולם וא"כ מסתמא גם בנשים אי לאו דהוי מ"ע שהזמ"ג ולכן לשיטתם שפירשו משים דהוי עינוי הדין אפי' אי הוי דרבנן שייך פשיטא דהא תקנתא דעינוי הדין כבר תקנו וא"כ ה"ה במעוברת כן:

ובזה נ"ל דרש"י ותוס' לשיטתם אזלי בריש מס' מכות (דף ב') כל הזוממין מקדימין לאותו מיתה וכ' תוס' וז"ל ובכתובות פי' שרוצה לומר שלא יענו הדין וגם זה קשה דמאי קמ"ל פשיטא עכ"ל. אבל רש"י לשיטתי' אזיל דעל מידי דרבנן לא שייך פשיטא ודילמא תקנו שלא לענות הדין אלא בשאר מחויבי מיתה ולא בזוממין לכך קמ"ל דנם בזוממין אין מענין אבל תוס' לשיטתם דגם על דרבנן שייך פשיטא לכן הוצרכו לפרש באופן אחר. או משום דס"ל דעינוי הדין הוי דאורייתא ודו"ק:

ובאמת דעת רש"י בפ' משפטים דאלמנה ויתום לא תענון דה"ה כל אדם אלא שדיבר הכתוב בהווה לפי שהן תשושי כח ודבר מצוי לענות אותם. וא"כ לדידי' ודאי דהוא דאורייתא. והרמב"ם שכתב כאן משום לא תעשו עול לשיטתי' אזיל שכתב בפ"ז (מה' דיעות) דדוקא יתום ואלמנה שהן נמוכי רוח ע"ש. ובאמת הוא מחלוקת במכילתא שם דר' ישמעאל ס"ל דיתום ואלמנה לאו דוקא ור"ע ס"ל דדוקא יתום ואלמנה. דאיתא שם אין לי אלא יתום ואלמנה שאר כל אדם מניין ת"ל לא תענון דברי ר' ישמעאל ור"ע אומר אלמנה ויתום שדרכן לענות דיבר בהן הכתוב. וא"כ רש"י פסק כר' ישמעאל ורמב"ם פסק כר"ע. וכן נ"ל דהוא דאורייתא מהא דאמרינן בשבת (דף ל"ג) חרב בא לעולם על עינוי הדין כו' ואי הוי דרבנן לא הי' ראוי עונש גדול כזה. כמוש"כ תוס' כיוצא בזה בסוטה (דף מ"א) בד"ה כיוצא ע"ש. כמו שהבאתי לעיל:

ולענין אי איכא בהוראה משום עינוי עיין בשל"ה (דף קפ"ד) שכתב וז"ל ולאחר שההוראה ברורה אליו לא יחמיץ שוב את ההוראה רק ישיב מיד להשואל דכשם דאסור לענות הדין מד"מ הכי נמי בכל ההוראות ע"ש. עיין במס' שמחות פ"ח וכשבאו ר' ישמעאל ורשב"ג גזרו עליהם שיהרגו כו' א"ל שמא בסעודה הי' יושב וישן ובאה אשה לשאול על נדתה על טהרות שלה ואמר לה השמש ישן הוא והתורה אמרה אם ענה תענה אותו ומה כתוב והרגתי אתכם בחרב ע"כ. הרי דגם בהוראה איכא משום עינוי. וכן במכילתא פ' משפטים מימיך בא אדם אצלך לדין או לשאלה ועכבתו עד שתהא שותה או כו' ואמרה התורה אם ענה תענה אות כו' ע"כ אלמא דגם בשאלה כן:

והנה לפי זה לא מצאנו ידינו ורגלינו לצאת ידי חובתנו מהאיסור הנ"ל. ונראה דאנו סומכין על הרמב"ם שכתב דלאו דלא תענון אינו אלא ביתום ואלמנה ועינוי הדין מלא תעשו עול במשפט דזהו גמר דין דהיינו לאחר שנתברר לו ההוראה אבל לא קודם שנתברר ההוראה. ויצא לו להרמב"ם לפסוק כר"ע דאינו אלא ביתום דבמדרש פ' משפטים איתא ר' יוסי אומר למה אהב אלהים יתומים ואלמנות אלא שאין עיניהם תלויות אלא בו שנאמר אבי יתומים ודיין אלמנות כך כל הגוזלן כאלו גוזל להקב"ה

שהוא אביהם שבשמים והוא כועס עליו שנאמר וחרה אפי והרגתי אתכם ע"כ. הרי להדיא דדוקא יתומים ואלמנות ולא כל אדם. ועוד מבואר במדרש פרשה הנ"ל ואיש תרומות יהרסנה זה חכם שהוא יודע הלכות ומדרשות ואגדות ויתום ואלמנה הולכין אצלו שיעשה דין ביניהן והוא אומר להן עסוק אני במשנתי איני פנוי א"ל האלהים מעלה אני עליך כאלו החרבת את העולם. לכך נאמר ואיש תרומות יהרסנה. הרי דנקט דוקא יתום ואלמנה. (וגם עסוק במשנתי דמשמע שאינו רוצה כלל לדון לכך כאלו החריב את העולם] ואיך שיהי' נקט יתום ואלמנה דוקא. ורש"י שכתב בפי' התורה דכל אדם במשמע אלא שדיבר הכתוב בהווה לשיטתי' אזיל בסוטה (דף מ"ז) משרבו לוחשי לחשות בדין חרון אף בא לעולם ופרש"י שעל הטיית משפת חרון אף בא שנאמר אם ענה תענה זכו' ע"כ. וכן בב"ק (דף צ"ג) אחד הצועק ואחד הנצעק במשמע אלא שממהרים לצועק יותר מן הנצעק ופרש"י אחר הצועק ואחד הנצעק במשמע שנאמר וחרה אפי והרגתי אתכם שניהם במשמע ע"כ והוא דבכל אדם כן משא"כ לפי' תוס' בב"ק אין ראי' משם דבכל אדם מיירי ויש לומר ביתום דוקא וכמו שמשמע מהמדרשים שביארתי בזה. אלא רש"י שכתב דעל הטיית משפט חרון אף בא לעולם ומייתי מאם ענה תענה מבואר כן במדרש רבה במדבר פרשה ה' ואל תרכא עני בשער וגו' כד"א לא חטה משפט וגו' ואומר כל אלמנה וגו' כי ד' יריב ריבם וקבע את קובעיהם נפש וכה"א וחרה אפי והרגתי וכו' ע"כ. הרי להדיא דעל הטיית משפט חרון אף בא לעולם ומשמע דבכל אדם נמי כן אלא שדיבר הכתוב בהווה ולכן הזהיר בדל גם כן שהוא דומיא דיתום גם כן:

ומעתה באלו שמקדימין המבוארים בסי' ט"ו הם על ב' בחינות הא' אשה קודמת לאיש הוא משום זילותא דבי דינא הב' יתום ואלמנה הוא משום לא תענון וכ"ז אם הם באים בעצמם אבל אם האפיטרופס שלהם בא הרי ככל אדם כנ"ל בזה. ועמש"כ בסי' ט"ו בזה. ובזה יש לומר דלכך כתב הרמב"ם דאלמנה ויתום קודם לת"ח הוא משום דבאלמנה ויתום איכא משום לא תענון גם כן והוא ע"ד שאמרו בשבת (דף י"א) תחת ת"ח ולא תחת יתום ע"ש בזה: החינוך במצוה (ס"ה) כתב בלאו דלא תענון דאין לוקין על לאו זה. (אם הכה אותן שיש בו מעשה) לפי שאין העינוי דבר מסוים כדי להלקות עליו כי לעולם יוכל המענה רשע לטעון בשקר כי מן הדין ענם או לטובתם ע"כ. ואינו מספיק לפימש"כ (בסי' ל"ח) מהרמב"ם פי"ב מסנהדרין ותוס' תמורה (דף ז') דגם במלקות בעינן שיתיר עצמו למלקות וכיון שקבל התראה והתיר עצמו למלקות א"כ שוב. לא יוכל לטעון טענות אלו לכן העיקר כמוש"כ בהג"ה מל"מ שהוא לפי שאפשר ללאו זה מבלי מעשה לכן אין לוקין וכן עיקר:

ומה שכתב הש"ך ראי' מפ' אלו מגלחין לכאורה קשה דהא בפ' ואלו מגלחין (דף י"ד) אמרינן מנודה מהו שינהוג נדויו ברגל אר"י ת"ש דנין דיני נפשות ודיני מכות ודיני ממונות ואי לא ציית דינא משמתינן לי' ואס"ד אינו נוהג נידוי ברגל משומת ואתי מעיקרא רגל דחי לי' השתא משמתינן לי' אנן. א"ל אביי דילמא לעיוני בדיני' דאי לא תימא הכי דיני נפשות דקתני ה"נ דקטלין לי' והא קא מימנעי משמחת יו"ט כו' אלא לעיוני בדינא ה"נ לעיוני בדינא א"ל א"כ נמצאת מענה את דינו ופרש"י מענה את דינו דכי לא אמרו לי' דינו לאלתר דעייני בי' הוה לי' עינוי הדין עכ"ל אלא אתו בצפרא ומעייני בדיני' ועיילי ואכלי ושתו כולי יומא והדר אתו בשקיעת החמה וגמרינן לדיני' וקטלו לי' ופירוש דנפשט הבעיא דלעולם דנין ממש ואין להקשות דילמא מידי איריא הא כדאיתא והא כדאיתא דיני נפשות דלא אפשר לומר דמיירי לעיוני בדיני' משום דנמצאת מענה את דינו ע"כ דמיירי דדנין וגומרין במועד משא"כ דיני ממונות שפיר יש לפרש דאין דנין וגומרין אלא לעיוני בעלמא וע"כ דמוכח דגם בדיני ממונות איכא עינוי הדין אם לא יאמרו לו לאלתר וזהו שכ' הש"ך דכן משמע בפ' ואלו מגלחין. אבל לכאורה קשה דהא התוס' כתבו שם וז"ל קשיא לן דבפרק אחד דיני ממונות (דף ל"ה) בשמעתן דלפיכך אין דנין בע"ש מוכחא דעינוי הדין לא שייך עד שילינוהו אחר שיגמור הדין וכי תימא דלעיוני דהכא היינו גמר דין ולא יהרגוהו עדיין עד אחר הרגל א"כ אמאי פריך לימא עיוני בעלמא בלא גמר דין ולא יעשוהו גמר דין עד אחר המועד וי"ל דמשתכחי אע"ג דאיכא סופרי דיינין הכותבים דברי כל אחד מ"מ הסברא אשר בלב משתכח ומהי"ט אמרינן שם דאין דנין בע"ש דלבא דאינשי אנשי עכ"ל. א"כ מבואר דקודם גמר דין לא שייך עינוי הדין אלא לאחר גמ"ד ולפי"ז הא דלעיוני בדיני' דמיירי בדיני נפשות דהיינו לאחר גמר דין אלא שלא עשו מעשה גם בדיני ממונות לעיוני בעלמא היינו ג"כ לאחר גמ"ד שאמרו פ' זכאי ופ' חייב אלא דאין עושין מעשה אי לא ציית. וא"כ בזה לא שייך עינוי הדין דהא יכול לשלם וע"כ הא דניפשט הבעיא דלא מיירי בעיוני בעלמא בדיני ממונות הוא משום דדומיא דדיני נפשות קתני וכמו דדיני נפשות ליכא לאוקמי בעיוני בעלמא משום דנמצאת מענה את דינו כמו כן הא דדנין דיני ממונות אינו בעיוני בעלמא אלא בגמר דין. אבל אין ראי' מזה דבדיני ממונות קודם גמר דין איכא משום מענה. ואדרבא יש לומר לאידך גיסא כמו בדיני נפשות ליכא משום עינוי קודם גמר דין ה"נ בדיני ממונות. וא"כ צ"ל דראית הש"ך ז"ל אינו אלא אליבא דפרש"י ז"ל כמו שכתבנו דמפרש א"כ נמצאת מענה את דינו דמיירי קידם גמר דין ומסתמא דקאי האי פירכא גם אדיני ממונות וא"כ מבואר דאם אינו אומר לו הדין מיד איכא משום מענה בדיני ממונות:

ולע"ד נראה דרש"י ז"ל שכתב וז"ל מענה את דינו דכי לא אמרו לי' דינו לאלתר דעייני' בי' הו"ל עינוי הדין עכ"ל. מיישב בזה קושית התוס' הנ"ל. דלכאורה קשה דאיך אפשר לומר דס"ל לרש"י ז"ל דקודם גמר דין שייך עינוי דהרי בסנהדרין (דף ל"ה) בד"ה לידייני' כ' בעצמו וז"ל לידייני' במעלי שבתא ונגמרי' בחד בשבתא וכל זמן שלא נגמר הדין לא הוי עינוי הדין דכל שעה מצפה להצלה אבל משנגמר כל היום מצפה למיתה והוי עינוי הדין עכ"ל הרי להדיא דאין שייך עינוי הדין אלא לאחר גמר דין ולא קודם גמר דין והאיך כתב כאן דגם קודם גמ"ד איכא עינוי. א"א צ"ל דיש חילוק בין דיני נפשות לדיני ממונות דבדיני נפשות כל שלא נגמר דינו מצפה להצלה אולי ימצא לו זכות ולא שייך בזה עינוי הדין משא"כ כיון דנגמר דינו ולא נמצא לו הצלה איכא עינוי הדין. אבל בדיני ממונות דאינו בגופו אדרבא איכא עינוי הדין אם אין אומרים לו מיד משא"כ לאחר גמר דין לא שייך עינוי דהא בידו לשלם. וזהו שדייק רש"י ז"ל וכתב דכי לא אמרו לי' דיני' לאלתר דעייני' בי' הו"ל עינוי הדין פי' דבממון אין אדם מצפה אולי ימצא לו זכות וכיון דחזא דעייני לי' בדינא ולא אמרו לי' לאלתר הו"ל עינוי הדין וא"כ פירכת הגמרא א"כ נמצאת מענה את דינו אינו קאי על דיני נפשות דהא בדיני נפשות לא שייך עינוי קודם גמר דין ואדרבה מצפה כל שעה להצלה אלא הפירכא הוא על דינו ממונות דאא"ל דילמא לעיוני' בדיני' דא"כ נמצאת מענה את דינו וא"ש. ועולים דברי הש"ך כהוגן:

ובכתובות (דף ק"ו) האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף ולכאורה אי מירי בשכבר פתחו בדינא והקדים לת"ח משום כבוד תורה אמאי לא אמר דאיכא גם עינוי הדין דאיכא איסורא דאורייתא לתו' ביבמות (דף ה') הנ"ל ומזה ראי' להריטב"א הובא בב"י (סי' ט"ו) דבקרובו של ת"ח כי התם לא' פתחו בדינא עדנה וע"כ לא שייך עינוי כלל בזה:

סימן יח

סעיף א:

ולאחר שיקבלו עדותם יוציאו כל אדם לחוץ וישאו ויתנו בדבר. הטעם מבואר בסמ"ע כדי שלא ידעו הבע"ד מי הוא המזכה ומי הוא המחייב גם חיישינן שמא ישמעו הבע"ד דברי משא ומתן של הדיינים ומתוך דבריהם ילמדו לטעון שקר, ונסתפקתי אם גם באו"ה כן כשבא השואל לשאול אצל ב"ד אם מוציאין השואל לחוץ ולא ידע מי הוא האוסר ומפסיד ממונו ומי הוא המתיר. ולכאורה תליא בב' טעמים של סמ"ע הנ"ל דאי הטעם שלא ידעו הבעלי דינין מי הוא המזכה ומי הוא המחייב ה"נ באו"ה כן. אבל אי הטעם שמתוך דבריהם ילמדו לטעון שקר א"כ באו"ה לא שייך זה ואין מוציאין את השואל

לחוץ. והנה בב"מ (דף כ"ט) איתא ביד רחבה ה"ל הנהו זוזי דיתמי אתא לקמי' דרב יוסף א"ל מהו לאישתמושי בגוי' א"ל הכי א"ר יהודא א"ש הלכה כר' טרפון א"ל אביי כו' א"ל זיל לא שבקו לי דאשרי לך והקשה בש"מ והא איכא משום לא תלך רכיל ותי' כיון דרתבה גופא הוי בבי מדרשא וחזא התלמידים מקשים לו הילכך ליכא משום הולך רכיל. וקשה דאמאי לא הוציא את רחבה לחוץ כיון דאיכא תלמידים אצלו וידע מי הוא האיסר ומי הוא המתיר וע"כ דבאו"ה לא שייך זה וד"מ שאני שמתוך דבריהם ילמדו לטעון שקר, ומבואר מזה דבאו"ה נהי דלא חיישינן לזה שידע מי הוא האוסר ומי הוא המתיר ואין מוציאין אותו לחוץ מ"מ אם אירע שיצא לחוץ גם באו"ה אסור לומר אני הייתי המתיר אבל חברי חלקו עלי דגם בזה שייך הולך רכיל ככל לישנא בישא דעלמא וכמוש"כ לקמן (סי' י"ט) בזה: רמ"א י"א דטוב להתחיל מן הקטן. וכתב הסמ"ע פי' אף שאינו חובה כ"א בדיני נפשות וכדתנן ר"פ אחד דיני ממונות הטומאות והטהרות מתחילין מן הגדול דיני נפשות מתחילין מן הצד ופרש"י מן הצד מן הקטנים שמא יחייבנו הגדול ולא ירצו לחלוק על דבריו משום דכתיב לא תענה על רב על דבריו של גדול עכ"ל, מדכתב ולא ירצו לחלוק משמע דברצונו תליא מילתא כו' ע"ש. ולע"ד אין ראי' מזה דיש לומר דלא ירצו היינו משום דאסור לענות על רב ולהדיא כתב רש"י בפ"ב דסנהדרין (דף י"ח) ד"ה לא תענה על רב אינך רשאי לסתור את דברי מופלא שבדיינין כו' ע"כ. וכ"כ בגיטין (דף נ"ט) זה לשונו והשאר נכנעין מפניו שלא לחלוק עליו משום לא תענה על רב עכ"ל. וכן בפרשה משפטים ולא תענה על רב. על רב שאין חולקין על מופלא שבב"ד וא"כ הא שכ' ולא ירצו היינו משום איסורא וזה ברור: ומעתה י"ל הא דאיתא בברכות (דף ד') כך אמר דוד כו' יפה דנתי יפה חייבתי יפה זכיתי יפה כו'. ופרש"י זכיתי וחייבתי שייך בדיני ממונות ודיני נפשות ע"כ. והשתא אס"ד דס"ל לרש"י דאסור לענות על רב משום לא תענה א"כ איך דן דוד המלך דיני נפשות הא כתבו התוס' בסנה' (ד' י"ח) דהא דמלכי בית דוד דן ודנין אותו היינו דיני ממונות אבל בדיני נפשות אין מושיבין מלך בסנהדרין משום לא תענה על רב ואי אפשר לחלוק עליו ודוד לא דן אלא יואב משום כבוד המלך א"ו דס"ל לרש"י ז"ל כמוש"כ הסמ"ע דאין איסור בדבר לענות על הרב א"כ שפיר דן דיני נפשות דאף דמתחילין מן הגדול מ"מ הרשות לחלוק עליו. וצ"ל דלאו דוקא נקט דיני נפשות. ודו"ק היטב. או י"ל דהא דנמלך במפיבשת וא"ל יפה דנתי יפה זכיתי היינו דרך לימוד שיפה כיון לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא וזה עיקר:

וברדב"ז (שאלה ש"ח) כתב דודאי אם רצה הקטן לחלוק ולענות על הרב הרשות בידו והאיסור הוא על הגדול שלא יתחיל תחלה. וכ"כ בשם ר"ד תלמידו של הרמב"ן ז"ל ואינו

אלא בדינו נפשות ולא בדיני ממונות: רמב"ם פ"י מה' סנהדרין (הלכה ו') ומפי השמועה למדו שאין מתחילין בדיני נפשות מן הגדול שמא יסמכו השאר על דעתו ולא יראו עצמן כדאין לחלוק עליו ע"כ ומשמע מזה דאין איסור לענות על רב דאדרבא אסור לשחוק אלא דראוי לכתחלה לעשות כן שמא יסמכו על דעתו וכ"כ הנ"י פאד"מ. ובלח"מ ס"פ שם כתב דכאן לא כתב הרמב"ם דנכלל בכלל לא תענה על רב אלא שלא יחזור המלמד זכות ללמד חובה ובספר המצות כתב בפ"ג דנכלל גם הא דבדיני נפשות מתחילין מן הצד ולא ידע מאין יצא לו. ולכאורה הוא מהש"ס דסנה' (ד' ל"ו) דיני נפשות מתחילין מן הצד מלא תענה על רב ואף דר"י מייתי מדברי קבלה ויתגרו איש וכו' הא מ"מ מבואר בסנה' (ד' י"ח) דאין מושיבין מלך בסנהד' משום לא תענה על רב הרי דסתמא דש"ס ס"ל כן. ובסמ"ג כתב דאסור לענות על רב מן התורה ותמה עליו בפר"ד בדרך מצותיך. ולהנ"ל י"ל דהא מבואר בסנהדרין כן מהא דאין מושיבין מלך בסנהדרין. אלא דק"ל דכאן משמע מהרמב"ם דאין איסור אלא שמא יסמכו ולא ירצו לחלוק עליו והרי בסנהדרין (פ"ב ה"ד) כתב ואין מושיבין מלך ישראל בסנהדרין שאסור לחלוק עליו ולמרות את דברו ע"כ. והרי בסנהדרין מבואר דהוא משום לא תענה על רב וא"כ ס"ל דאסור לחלוק על רב. ולחלק בין מלך לגדול שבסנהדרין אין זה נכון מאחר דתרווייהו מחד קרא נפקי. ולפימש"כ בדעת רש"י דאף שכ' לא ירצו מ"מ איסורא קאמר ה"נ אף שכתב דלא ירצו לחלוק אסור גם כן:

לא תהי' אחרי רבים לרעות וכו' אחרי רבים להטות. ביאורו עפי"מ שכ' הרמב"ם פ"ט מה' סנהדרין (הלכה ג') ב"ד הגדול שבא להם מחלוקת בין בדיני נפשות בין בדיני ממונות בין בדיני תורה אין מוסיפין עליהן אלא דנין אלו כנגד אלו והולכין אחר הרוב שלהן ואם בדין אחד מן הנהרגין נחלקו דנין אלו כנגד אלו עד שיפטרוהו או יתחייב ע"כ. וביאר הרדב"ז דברישא מיירי שנחלקו בדין בעלמא שאינו למעשה וע"כ הולכין אחר הרוב להלכה אף אם הוא לחובה משא"כ בסיפא מיירי שנחלקו בהלכה למעשה דאז אין הולכין אחר הרוב. אלא דנין אלו כנגד אלו. וזהו שאמר הכתוב לא תהי' אחרי רבים לרעות דהיינו בלמעשה באחד מן הנהרגין אבל אחרי רבים להטות אם אינו למעשה אלא להלכה בלבד. ובדרוש יש לומר לא תהי' אחרי רבים לרעות דהוא לדבר רע וכדאמרינן בסנהדרין (דף כ"ו) קשר רשעים אינו מן המנין אבל אחרי רבים להטות בדבר טוב וזה נכון:

התוס' בסנהדרין (דף ג') הא דבדיינים אזלינן בתר רובא אף בדיני ממונות אף לשמואל דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דע"כ לא ס"ל דאין הולכין בממון אחד הרוב אלא ברובא לרדיא זבני דלא חשוב ככל רובא אבל ברוב גמור מודה דאזלינן בתר רובא

גם בדיני ממונות. אמנם בתוס' ב"ק (דף כ"ז) כתבו דשאני דיינים דהמיעוט תשוב כמו שאינו פי' במידי דתליא בשיקול הדעת בטלה דעתו של השלישי לגבי שנים. ולפי"ז משמע דס"ל דגם ברוב גמור ס"ל דלא אזלינן בתר רובא. ולכאורה נ"ל ראי' לשי' תוס' בסנהדרין דברוב גמור גם בממון אזלינן בתר רובא מהא דאמרינן בכתובות (דף ק') רב תני קטנה יוצאה בגט אין לה כתובה וכ"ש ממאנת שמואל ני ממאנת אין לה כתובה אבל קטנה יוצאה בגט יש לה כתובה. וק"ל אמאי קטנה יוצאה בגט יש לה כתובה דילמא תמצא אילונית ואילונית אין לה כתיבה כמבואר שם בכתובות ואי דאזלי' בתר רובא דהא ס"ל לשמואל עצמו דאין הולכין בממון אחר הרוב. א"ו דברוב גמור מודה דאזלי' בתר רובא. והתוס' שם בסנהדרין כתבו דרובא דרדיא לא חשוב כי הנך רובי והיינו רובי דסנהדרין (דף ס"ט) ושם מבואר גם רובא דרוב אינן אילונית גם כן ולכך יש לה כתובה: ומצאתי בהג"ה מרדכי פ' אלמנה ניזונית דס"ל כן דברוב מעליא הולכין בממון אחר הרוב. בעובדא שהניח מעוברת וילדה ומת תוך ל' ויש יבם קטן ופסק דאע"פ שצריכה חליצה לכשיגדיל מ"מ נוטלת כתובתה לאלתר דרובא דנשים ולד מעליא ילדן שכיח טובא ומהני להוציא ממון אפילו למ"ד אין הולכין בממון אחר הרוב כדאיתא שלהי פ"ק דכתובות אם רוב ישראל למאי הלכתא להחזיר לו אבדה ופרש"י ז"ל רבותא הוי שמוציאין מיד ישראל הזוכה בה. וה"נ אמרינן בפ' המוכר פירות וכ"ש הכא שטר העומד לגבות כגבוי דמי. ועוד ראי' דאזלי' בכתובה בתר רובא וכו' וכתובה היינו טעמא דאלים מעשה ב"ד דכתובתה כמוחזקת היא ע"כ. והנה בהא דרוב ישראל מחזירין לו אבדתו דהוכיח ברוב המצוי דהוי כמו מיעוטא דמיעוטא דאזלי' בתר רובא התוס' בב"ק דס"ל דגם ברוב גמור אין הולכין בממון אחר הרוב לשיטתם תי' שם בכתובות וביומא פ"ב דלא באו לידו בהיתר לכך מחזיר האבדה משא"כ ברובא לרדיא דבאו מתחלה בהיתר ע"ש. ולפימש"כ בתר הכי דכתובה אלים דכגבוי דמי ולכך אזלי' בתר רובא א"כ ניחא שפיר גם לתו' ב"ק. דברוב גמור אין הולכין בממון אחר הרוב הא דקטנה יוצא בגט יש לה כתובה ולא חיישינן דילמא אילונית היא משום דכתובה שאני דכמוחזקת דמי ואזלי' בתר רובא דרובן אין אילונית וא"ש ונכון. [אמנם מ"ש הג"ה מרדכי וה"נ אמרינן בפ' המוכר פירות משמע דס"ל דכל פירכי דפריך שם ניזיל בתר רובא גם לשמואל פריך משום דלא פליג אלא ברובא לרדיא זבני אבל ברובי דמבוארים שם מודה ויתבאר במ"א בזה]:

בגנת ורדים (כלל ל"ט) העלה דאם הרוב הוא רוב גמור והמיעוט מיעוטא דמיעוטא בזה כו"ע מודין דהולכין בממון אחר הרוב עכ"ד. והוא מבואר להדיא בש"ע אהע"ז (סי' י"ז סל"ה) שכתב הרשב"א דבמים שאל"ס גובה כתובתה וכ"ה בהג"ה מרדכי הנ"ל והטעם

משום דהוא מיעוטא דמיעוטא כמוש"כ תוס' בבכורות (דף כ') ורא"ש בפ"ק דחולין ע"ש בזה:
ובזה מבואר הא שכ' בהג"ה מרדכי פ"ק בהא דמה שאירת מאבא מכור לך דלא מהני דאמאי מוכרת כתובתה. ותי' דהכתובה הוי שלה אלא שהבעל יורש ממנה ע"ש. והוא דלטעמי' אזיל דס"ל דכתובה אמרינן דכגבוי דמי וע"כ אי מכרה לא הוי דשלבל"ע מאחר דחשבי' כגבוי דמי אף שלא נתגרשה עדנה או שא"י אם בעלה ימות קודם לכן לא הוי אסמכתא אלא דאם לא מכרה ומתה תחלה אז יורשה הבעל אבל ברשותה הוי דכגבוי דמי בכתובה וזה נכון:
ובצל"ח ברכות (דף ל"ו) כתב דבערלה יש לומר דהלכה כב"ש דהרי הא דקי"ל כב"ה הוא דאחרי רבים להטות כמוש"כ תוס' בכ"ד ובערלה הא אין הולכין אתר הרוב וספק ערלה מותר אף אם איכא רובא להחמיר. ולפי"ד התוס' דב"ק דדיינים שאני דהמיעוט כמו שאינו אין זה נכון ולא יתכנו דבריו אלא לתוס' דסנהדרין. אמנם נ"ל ראי' לתוס' ב"ק דרוב דיינים עדיפא מכל רובא דעלמא. דהא מבואר בחולין (דף י') דחמירא סכנתא מאיסורא ולא אזלינן בתר רובא. וכ"ה בתוס' פסחים (דף קט"ו) ד"ה קפא ע"ש בזה. ובחולין (דף מ"ט) מבואר דקי"ל כרבים לגבי יחיד בסכנתא כדקאמר שם אודי לי מיהא בציר. והוא דע"כ לא פליג עלי' רב נחמן בר יצחק עלי' דרבא אלא בדבש אף דרבנן פליגי עלי' דר"ש משום דרשב"א קאי כוותי' אבל בציר דלא הוי ר"ש אלא יחיד לגבי חכמים לא קי"ל כוותי' וש"מ דאחרי רבים להטות בסכנתא נמי קאי ומוכח דרובא דדיינים עדיפא מכל רובא דעלמא. והן אמת דבסי' תכ"ז ביארתי דדעת רי"ף ורמב"ם שהחמירו בציר באמת סברי דבהסכנתא לא אזלינן אפילו בתר רובא דדיינים מ"מ בחי' הר"ן בחולין שם מבואר כמש"כ דלא קי"ל בציר להחמיר דהלכה כרבנן. וא"כ ע"כ כתוס' ב"ק דרוב דדיינים עדיף מכל רובא דעלמא. והא די"ל בסוגיא דחולין (דף י') דקאמר דחמירא סכנתא מאיסורא ולא אזלינן בתר רובא דהא בדיני נפשות גופא אזלינן בתר רובא כדמסקינן בסנהדרין (דף ס"ט) ומי עדיף חשש סכנתא מדיני נפשות י"ל בפשיטות דשאני דיני נפשות דלעומת זה יש מצוה דובערת הרע מקרבך והפקירה התורה את הנפש לבער עושי רשעה מישראל. וכמוש"כ כיוצא בזה הני"י בפ"ו דיבמות בהא דקי"ל דלמלקות בתרי זימני הוי חזקה אף דאין עונשין מספק דהוא כדי לבער עושי רשעה משא"כ בסכנתא ושפיר לא אזלינן בתר רובא בזה:
הנה המפרשים האריכו בביאור התוס' דבב"ק הנ"ל שכתבו וז"ל וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מרי'

דהא ב"ד מפקי מיני' אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלי' בתר רובא ע"כ. ונראה לי ביאור דבריהם דהכא ברובא לרדיא זבני אין הרוב מבטל המיעוט דהא איכא מיעוטא דלשחיטה ובני אבל במחלוקת בהלכה דהוא מילתא דתליא בשיקול הדעת ושנים אומרים שכך הלכה לפי שיקול דעתם נתברר בזה דדעת השלישי אינו כלום ולכן גזה"כ אחרי רבים להטות שלא ירבו מחלוקת ומה שהרבים מסכימים כן הוא האמת. וא"ל דאכתי המוחזק יכול לומר קים לי כדעת השלישי וסמוך מיעוטא לחזקה דז"א דהא ב"ד מפקי מיני' פי' כיון דעמד בדין והגידו הפס"ד ממילא אין הלכה כשלישי ואין הלה מוחזק ג"כ דאף למש"כ תוס' בב"ב (דף קע"ה) דעמד בדין לא הוי בתובע כתפוס מ"מ הנתבע מוחזק לא הוי כיון דהפס"ד דהלה צריך לתת לאידך הוי הממון דאידך ולא של המוחזק עתה. וקוטב הדבר דמיעוט לא הוי וגם מוחזק לא הוי:

ועוד נראה פשוט בביאור דבריהם דבמוכר שור לרדיא וכדומה יכול לומר קים לי שאני מן המיעוט ואולי האמת כן הוא אבל בדיינים אין לומר שיטעון קים לי כמיעוט הדיינים דאיך יאמר כן הא גזה"כ הוא שצריך לילך אחר רוב. וכל ישראל מחויבין לעשות כן וממילא גם חזקת ממון אינו דהא ב"ד מפקי מיני' עפ"י הרוב. ולכך כתבו דהא ב"ד מפקי מיני' ולא כתבו דיינים דב"ד קאי אב"ד ישראל שצריכין לילך אחר הרוב וע"כ מיעוט דיינים כמו שאינו. וכזה מבואר בחי' רמ"ה ריש ב"ב שכתב וז"ל ומסתברא דאתרא דאיכא דבנו גויל ואיכא דבנו לבנים בתר רובא אזלינן דכי אמרינן דבממונא לא אזלינן בתר רובא ה"מ לשעבר דאיכא למימר דילמא האי גברא ממיעוטא הוי אבל לעתיד כי האי גוונא למיזיל בתר מנהגא דאתרא הוא דבעינן בתר רובא אזלינן דהוא מנהגא דמיעוטא לאו מנהג המדינה הוא ע"כ וה"נ כן דבדיינים הוי מילתא דלעתיד איך להתנהג לא גרע ממנהג שצריך לילך אחר הרוב ומנהגא דמיעוטא לאו מנהג הוא ה"נ בדיינים דעת המיעוט כמי שאינו ודעת הרוב הוא העיקר ודו"ק:

ובפלוגתא דרבוותא כתב האו"ת דאזלינן בתר רובא כמו בדיינים ואינו יכול לטעון קים לי כהמיעוט ובקונטרס הספיקות (כלל ו') כתב דגם בפלוגתא דרבוותא אין הולכין אחר הרוב בממון ויכול לטעון קים לי כהמיעוט ע"ש מה שהאריכו בזה. ותמיהני הלא מבואר להדיא בש"ך (סי' כ"ה סקי"ט) שכ' וז"ל כי היכא דבאיסורא דאורייתא לא אזלינן בתר רבים לקולא היכא דאין מסכימין רק משני טעמים ה"ה דאין מוציאין בזה. ואע"ג דבלא"ה קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וכו' ע"כ. הרי להדיא דהיכא דאין הרבים לפנינו אלא שפוסקים מתוך הספרים כמו שמבואר בתחלת ש"ך הנ"ל דבלפנינו לא בעינן כלל שיהיו מטעם אחת לא אזלינן בתר רובא בזה. וכן נהגו כל בתי דינין שבישראל בזה. וכן משמע

בש"ך (סי' פ"ז סקל"ח) והוא כמוש"כ בס' תקפו כהן (סי' קכ"ג) בזה. ובזה מבואר מש"כ הפמ"ג יו"ד (סי' נ"ז) ואני מסתפק בפלוגתא דרבוותא שרובן אומרים טרפה ומיעוטא אומרים כשר אי רוב כי האי דאורייתא אחרי רבים ומכ"ש בעומדין ורואין אלו את אלו וראינו שחי' י"ב חודש מי נימא דמאי חזית דאזלי' בתר רובא דאין חיות ניזיל בתר רוב הטורפין וע"כ מן המיעוט הוא א"כ אימא מן המיעוט דחיות הנה דלהנ"ל כשהם ביחד רוב הדיינים עדיף דהמיעוט כמאן דליתא כמוש"כ תוס' בפ"ג דב"ק בזה:

בקונטרס הספיקות כתב אמש"כ מהר"ם חבי' דהמיעוט דיינים מחויבים לעשות כמו הרוב כמו בזקן ממרא. דאפשר דזה אינו נוהג אלא בב"ד הגדול ע"ש. וזה אינו. ועיין תוס' מס' ע"ז (דף ל"ו) בד"ה אשר דבימי ר' יהודא נשיאה דהי' בימי האמוראים התיר את השנון וא"ל שמואל לרב אכול ואי לא כתיבנא עליך זקן ממרא ע"ש. והרי אז לא הי' ב"ד הגדול שבלשכת הגזית ואפי"ה הוכרח לעשות כן, ובכסף משנה פ"א דתרומות כיוצא בזה באחד שרצה להחמיר עצמו נגד המנהג שכתב כן דכופין ואי לא כתיב עלי' זקן ממרא וא"כ ה"ה דבדיינים נמי כן:

אם ב"ד של ג' דאזלי' בתר רובא וכן כשכולם מסכימים לדעה אחת אם צריכין להיות ביחד או אפילו כל אחד יגיד דעתו בזאח"ז סגי מבואר בתשובת מהרלב"ח בקונטרס אגרת הסמיכה דסנהדרין של ע"א וכ"ג וכן ב"ד של ג' כולם אינו אלא כשהם ביחד ולא מבעיא במקום שהולכין בתר רובא דרובו מתוך כולו בעינן וכמבואר בהוריות אי איכא כולה הוי הוראה ואם לא לא הוי הוראה. ובפ"ד דמס' ע"ז (דף נ"ו) בההוא עובדא דהוה במחוזא שרי' רבא לזבוני לעכו"ם איפלוג עלי' רב הונא בר חנינא ורב הונא ברי' דרב נחמן נפקי שפורי דרבא ושרי' ונפקי שיפורי דרב הונא בר חנינא ורב הונא ברי' דרב נחמן ואסרו ופרש"י בד"ה איפלוג עלי' ולא היו אצלו בעיר להתוכח עמו ע"כ. והוא משום דכשהיו זה אצל זה הי' הלכה כרבים והי' מודה לדבריהם משא"כ כשלא היו אצלו לא הודה בזה. אלא אפילו אם מסכימים כולם בזה אחר זה מבואר בתשובת מהרי"ט ח"א (שאלה ס"ח) בהסכמה זה שלא בפני זה אעפ"י שלא נחלקו בדבר אינה הסכמה לדון על פי' וללכת אחרי' והביא ראי' מפ' עגלה ערופה דמוכת בזקן ממרא דהמראתו צריך שיהי' במעמד כולם ע"ש. ובאמת בזקן ממרא מבואר כן בתוס' סנהדרין (דף י"ד) שכ' בהא דפריך אילימא לדבר הרשות מי מצי נפקי דנימא דמיירי אחר תמיד של בין הערבים דא"צ לישב בלשכת הגזית ותי' דאז מסתמא אינם ביחד. ובנתיבות (סי' ק"ג) כתב דשמאים צריכין להיות כל הג' ביחד ע"ש ואם מיירי לענין למיזיל בתר רובא הוא

מבואר להדיא כן בתשובת הרשב"א שהביא מהרלב"ח שם דגם בשומא ופשרה הדין כן ואם בהסכם כולם הרי מבואר מכל הנ"ל דבכל ב"ד כן:

ובמהרלב"ח דעת הר"י (סי' ר"ב) דבמידי דתקנה א"צ שיהיו ביחד ויוברר הרוב מתוך משא ומתן, אבל מהרלב"ח השיג על זה וסובר דאין חילוק בין דין לתקנה ומנהג והרי הוא כמהרי"ט בזה. ועיין בתוס' כתובות (דף כ"ב) בהא דעד שלא חתמו מעידין דבטל הועד ואי הי' מהני בזאח"ז לא שייך ביטול הועד א"ו דבעינן שיהיו ביחד ואפילו בקיום שטרות. ובח"מ (סי' י"ז סקע"ח) כתב דיש מי שכתב דאף בדיני ממונות א"צ הב"ד להתוועד יחד רק כל אחד יכתוב דעתו בכתב. הנה בגמרא מוכח בכמה דוכתי שהדיינים צריכים לקבוע מקום כו' ואף הרא"ש שהקיל בקיום שטרות היינו בתחלה לקבל כל אחד בפני עצמו אבל לבסוף צריכים להתוועד יחד ואין התוועדות בלא ב"ד ע"כ. וכבר מבואר דהעיקר כן:

סעיף ד':

שלשה שישבו לדין וסילק אחד מהם עצמו אין השנים יכולים לגמור הדין. וכתב הש"ך היינו כשלא ידעו היכן הדין נוטה אבל כשידעו היכן הדין נוטה יכולין השנים לגמור ע"ש. ובתומים חולק על זה. ועיין דרכי משה לעיל (סי' י"ב) שכתב דאם ידעו להיכן הדין נוטה אפשר דמותר לגמור אח"כ בשנים. אכן בהגהת דו"פ שם כתב וז"ל וגם בעיקרא דדינא שכתב מהר"ם דאם ידעו להיכן הדין נוטה דמותר אח"כ לגמור בשנים יש לפקפק דילמא חזו טעמא ויחזרו הב' בהן וצ"ע ע"כ. והוא כמו דאמרינן כהי"ג בשבת (דף יו"ד) הרי דלא ברירא להו הך מילתא אם יכולין השנים לפסוק בלי השלישי. ונראה דהכל לפי הענין בזה. ולהד"מ וש"ך מיושב הא שהקשה בתשובת חו"י הא דתנן בסנהדרין (דף כ"ט) שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב זכאי דמאי קמ"ל פשיטא דאחרי רבים להטות ולא מסתבר דמשום סיפא דאינו יודע נקטי' אבל לפימש"כ ניחא דקמ"ל דמאחר דשנים אמרו כך אף שבשעת גמ"ד לא הי' עמהם השלישי הרי הוא זכאי מאחר דידעו להיכן נוטה הדבר מעיקרא. ובמ"א חילקתי בין אם השלשה שישבו כאחד ואח"כ טרם הגדת הפסק נסע אחד מהם אז אין השנים יכולים להגיד בלעדי השלישי משא"כ אם מתחלה ידע שיסע קודם הפסק אז אמרינן דדייק שפיר כמו בהגדה ויכולין להגיד אף בלעדי השלישי. ונ"ל ראי' לזה מהא שכתב הרמב"ם פי"א מה' סנהדרין דגם בד"מ מונין אב ובגו לשנים ותמה הראב"ד דא"כ יוגמר הדין בקרובים ותי' הרדב"ז (סי' ע"א) דבשעת משא ומתן הוא דמונין לשנים ובעת גמ"ד יוצא האב או הבן לחוץ דשנים שדנו דיניהם דין אלא שנקרא ב"ד חצוף וכאן אינו חצוף דהא בא מכח ג' ע"ש. והא אכתי איך יוכלו

להגיד בלי השלישי דילמא חזו בי' טעמא ויחזרו א"ו דמאחר דמעיקרא אדעתא דהכי ישבו שיגידו בלעדי השלישי לא חיישינן לזה. אלא דדברי הרדב"ז שכתב דהא שנים שדנו דיניהם דין צ"ע דהא הרמב"ם פ"ג מהלכות סנהדרין כתב דשנים שדנו אין דיניהם דין ויתבאר במ"א בזה. מיהו בפי' ר"ח בשבת (דף י') כתב דילמא מוספי טענתא וסתרי לדינא ע"כ. א"כ משמע דאם לא מוספי טענתא ליכא הי"ט דילמא יחזרו ויוכלו לפסוק בשנים גם כן:

סעיף ו':

פוסקין דיני ממונות שלא בפני בע"ד. עש"ך לעיל (סי' י"ג סק"ח) דבדיני נפשות אין גומרין שלא בפני בע"ד. ונראה לי ראי' לזה מהא דאיתא בסנהדרין (דף י"ט) בעובדא דינאי המלך עמוד על רגליך ויעידו בך [והוכיח מזה רמ"א בתשובה (ס' י"ב) דקבלת עדות שלא בפני בע"ד גם דיעבד לא מהני דאי אינו אלא לכתחלה לא הוצרך משום זה לדחות כבודו ע"ש] והרי התוס' בשבועות (דף ל') ד"ה שאם כתבו דלר' יהודא בשעת גמר דין הוה וגומרין שלא בפניו ולמה הוצרכו לדחות כבודו א"ו דבדיני נפשות אין גומרין גם כן:

ויש להביא ראי' דפוסקין דיני ממונות שלא בפני בע"ד מהא דקאמר הש"ס בב"ק (דף צ"א) דקבל סהדי וברח וגובין מעלי' ואח"כ דנין דיני נפשות אלמא דפוסקין שלא בפני בע"ד. ואח"כ ראיתי שכיוונתי להראשונים ז"ל בראי' הלז. ועיין בשיטה מקובצת בב"ק (דף צ"ח) וז"ל ש"מ דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו וה"מ שור הנסקל דלחיובי תורא קא בעינן ועוד דכתיב והשור יסקל וגם בעליו יומת כמיתת בעלים כך מיתת השור אבל שור שהזיק דלא שייכי בי' הנך טעמי גומדין שלא בפני הבעלים אבל בפני הבעלים ודאי בעי ל"ש המית ולא שנא הזיק וה"מ לקבולי סהדי דכתיב והועד בבעליו התורה אמרה יבא בעל השור ויעמוד על שורו כדאיתא בפ' כ"ג גבי מעשה דינאי מלכא אבל גמר דין בפני הבעלים לא בעינן כדאמרינן בפ' החובל ל"צ דקביל סהדי וברח וה"מ למיגבא מגופי' אבל למיגבא משאר נכסי לא גבינן עד דגמרינן באפי' כדאיתא בפ' החובל הרמ"ה ז"ל בפרושיו ע"כ. מכ"ז מבואר להדיא כמש"כ הש"ך לעיל (סי' י"ג) דעיקר החילוק הוא בין ד"מ לד"נ לענין גמ"ד בלבד. אלא דמה שמסיים הרמ"ה ז"ל דלא גבינן אלא כמו מגופו של דבר דהיינו מרידיא דשור אבל משאר נכסים לא גבינן הוא דבר חדש ואזיל לטעמי' שכ' פ' החובל (דף צ"א) שם בשיטה וז"ל. ושמעינן מינה דמאן דקאי בבי דינא בהדי בעל דיני' וקביל סהדי וערק מקמי גמד"י ולא אודי לסהדותא דסהדי ולא טעין נמי טענתא דמיפטר בגוי' לא נחתינן לנכסי' אלא אי איכא מידי דקאי בבי דינא בעידנא דקביל

הנתבע סהדי גבי לי' תובע ואי לא לא גבי ע"כ. הרי דלהרמ"ה אף דקבלו סהדי וברח מאחר דלא הודה אין יורדין לנכסיו אלא אי הי' החפץ בב"ד אז גבינן מיני'. אמנם רש"י ז"ל בב"ק (דף צ"א) כתב דקביל סהדי וברח וכגון שאין לו נכסים ע"כ. הרי דס"ל דאי הוו לי' נכסים יורדין שלא בפניו בקבלת עדות לבד. וכן משמע מסתימת הפוסקים בזה:

סימן יט

סעיף א':

איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב. נראה לי דאו או קאמר או שהנתבע פטור או חייב. אבל אין לומר להנתבע זכאי ולהתובע חייב דהוא למותר. ועוד אם פוטר את הנתבע והתובע מפסיד מה חייב שייך בזה דלשון חייב משמע קום עשה ולא בשלילה. ומצאתי בפסקי תוס' בבכורות (סי' ס"ה) שכתב וז"ל כשהדיין פוטר הנתבע אין דרכו לומר לתובע תפסיד עכ"ל. והוא מבואר כמש"כ דע"כ או או קאמר כיון דאין דרך לומר לתובע שהוא מפסיד. וע"כ אמרינן בבכורות (דף כ"ח) זיכה את החייב כגון דאמר לו פטור אתה ולא לתובע שהוא מפסיד משום דאמרינן בסנהדרין צדקה לזה שהוציא גזילה מתחת ידו ושם (דף ז') ד"ה ליזמר וליזל פרש"י הואיל ודין אמת דנו לא הפסיד כלום אלא גזילה הוציאו מידו וכ"ש אם התובע אינו גובה מהנתבע דלא הפסיד כלום ולא שייך לומר מפסיד אתה אלא אומרין להנתבע פטור אתה. כללו של דבר דזכאי או חייב אינו שייך אלא בנתבע וכן משמע בפרש"י בסנהדרין (דף ל"ג) אבל בתובע אינו שייך אלא מפסיד ולכן אין לומר לו כן. ועיין בתוס' כתובות (דף נ') ד"ה ואמר שכ' כשפוסק הוראה יש לו לפסוק בלשון דליכא למטעי ע"ש. ובפסקי תוס' שם. וה"ה לדיני ממונות גם כן. ועש"ך (סי' כ"ב סק"ה) ומש"כ שם בזה וכן ראי' מהא דמבואר לקמן ומדבריהם יצא פלוני זכאי ופלוני חייב ובש"ך מבואר מדבריהם נזדכה פ' וע"כ דאו הא או הא משמע וה"נ כן:

ואסור לדיין לומר כשיצא מב"ד אני הייתי מזכה אבל חבירי רבו עלי. והעושה כן הרי הוא מכלל הולך רכיל מגלה סוד. וכ"כ הרמב"ם פ' כ"ב מה' סנהדרין ה"ז אסור באחד מן הדיינים כשיצא מב"ד לומר אני הוא המזכה או המחייב וחברי חולקין עלי אבל מה אעשה שהם רבו עלי ואם אמר כן הרי הוא בכלל הולך רכיל מגלה סיד. ומעשה בתלמיד אחד שהוציא דברים שנאמרו בביהמ"ד לאחר כ"ב שנה והוציאוהו ב"ד מביהמ"ד והכריזו עליו זה מגלה סיד הוא ע"כ. ועיין בסנהדרין דף כ"ט ומניין לכשיצא לא יאמר אני מזכה וחברייי מחייבים אבל מה אעשה שחברי רבו על זה נאמר לא תלך רכיל בעמיך ואומר הולך רכיל מגלה סוד וא"כ במתני' נקט גם לאו דלא תלך רכיל וא"כ אמאי שביק

הרמב"ם לאו דלא תלך רכיל ולא נקט רק קרא דד"ק הולך רכיל מגלה סוד וכן העתיקו רי"ף ורא"ש, והתוי"ט כתב דלא גרסי במתני' לא תלך רכיל והביא ראיה מהא דאמרינן שם דף ל' ת"ר מנין לכשיצא כו' ת"ל לא תלך רכיל ואומר כו' ואי איתא דבמתני' נמי גרסינן לא תלך מאי בעי לאשמעינן מהברייתא טפי ממה ששמענו ממתני' ולע"ד אין זה דיוק דמצינו כן בכמ"ד דמייתי ברייתא מה שאין בו חידוש יותר מהמתני'. ועוד דאכתי אינו מספיק על הפוסקים הנ"ל. כיון דברייתא הוסיף הלאו דלא תלך רכיל למה השמיטו הם ועוד דגם על המתני' יש לתמוה מדוע שבק לאו דלא תלך רכיל ונקט רק קרא דהולך רכיל וכו' ומה שכ' התי"ט דבב"ק צ"ט מייתי למתני' ול"ג דלאו דלא תלך רכיל. גם בת"כ ויקרא מייתי ג"כ לאו דלא תלך רכיל עיי"ש בזה:

ונראה לע"ד ליישב דענין רכיל הוא כמוש"כ החינוך סי' רל"ו שאם נשמע אדם מדבר רע בחבירו שלא נלך אליו ונספר לו פ' מדבר בך כך וכך כו'. ואמרו ז"ל בפי' רכיל כו'. ד"א לא תהיו כרוכל מטעין דברים והולך ע"כ. והוא בת"כ כן. וא"כ זה לא שייך אלא באומר אני מזכה וחברי מחייבין. שאומר פ' דברו עליך כך וכך. אבל אם אומר בהיפך אני מחייב וחברי מזכים הי' נראה דליכא בזה משום לא תלך רכיל כיון דאדרבא אומר לו שפ' דברו עליו טוב ורק בוא היה מדבר עליו תוב. לכן לא מייתי ע"ז דאיכא מ"מ משום הולך רכיל מגלה סוד דאין לגלות מה שנעשה בב"ד דמ"מ כיון דחוב הוא לשני תודע הדבר שחבריו מחייבים אותו וזהו שמבואר בסנהדרין דף ל"ו בההוא תלמידא דאפיק מילתא מבי מדרשא דאכריזו עלי' דין גלי רזי' ולא אכריזו דהולך רכיל משום דמיירי בכה"ג דאמר אני מחייב. וחברי מדרשא מזכים. וזהו כוונת הכתוב הולך רכיל מגלה סוד. פי' הולך רכיל כשאומר אני מזכה. מגלה סוד כשאומר אני מחייב וחברי מזכים. ולכן במתני' שפיר נקט לא תלך רכיל דקתני אני מזכה וחברי מחייבים. אבל הרמב"ם שכת' או מחייב וחברי חולקין עלי שפיר השמיט לאו דלא תלך רכיל דמזה לא משמע אלא באומר אני מזכה אבל אכתי לא ידעינן באומר אני מחייב לכן מייתי מהולך רכיל מגלה סוד דתרתי ש"מ מלהביא לאו דלא תלך רכיל על אני מזכה דזה מרגל כבר הביאו הרמב"ם ענין זה דמרגל בפ"ז מה' דעות ה"א ולא הוצרך להביא יותר בזה. וא"ש ונכון אמנם בשיטה ב"ק צ"ט כתב וז"ל ומ"מ יראה מכאן שיכול לומר אני מחייב וחברי מזכין. וכו' המאירי ז"ל ע"כ. וברמב"ם אינו כן:

יש לבאר מדוע לא כתבו הפוסקים הא דמבואר ביומא (דף ד') מנין לאומר לחבירו דבר שהוא בבל יאמר עד שיאמר לך אמור ומייתי מדכתיב וידבר ה' אליו מאהל מועד לאמר והסמ"ג הביאו וכן במג"א סימן קנ"ו. אבל כל הפוסקים לא הביאו דבר זה. ואפשר לומר

דרש"י שם ביומא פי' לאמר לא אמור והוא כדאמרינן בפסחים דף מ"ב בהא דס"ל לר"י המתפיס תמימים לבדק הבית הוא בל"ת מדכתיב לאמר לאו אמור. וא"כ אנן דקי"ל כרבנן דאינו בל"ת וע"כ דלא דרשינן לאו אמור. ה"נ לא דרשינן לא אמור. לכן השמיטו דבר זה. אמנם בהגה"מ סוף ה' דעות כתב לאמר לך אמור. וע"כ הביאו שם. ואולי גם ברש"י צ"ל כן לך אמור אא"כ נתן לו רשות. וא"כ אינו מיושב עדנה. לבן נ"ל דבת"כ איכא דרשא אחריני על לאמר צא ואמור להם דברי כבושים בשבילכם נדבר עמי. וכו'. דבר אחר צא ואמור להם דברי והשיבני אם יקבלום והובא ברש"י ריש ויקרא. לכן השמיטו דבר זה:

הרמב"ם פ"ז מהלכות דיעות (הלכה א') כתב המרגל בחברו עובר בל"ת שנאמר לא תלך רכיל בעמך כו' איזהו רכיל זה שטוען דברים והילך מזה לזה וכו' אע"פ שאמר אמת אבל האומר שקר נקרא מוציא ש"ר על חברו ע"כ בכתובות (דף מ"ו) אזהרה למוציא שם רע מניין ר' אלעזר אימר מלא תלך רכיל ור"נ אומר מונשמרת מכל דבר רע. והרמב"ם פ"ג (הלכה א') כתב דאזהרה דמוציא ש"ר מלא תלך רכיל א"כ ש"מ דס"ל דבכלל לא תלך רכיל בין אומר אמת ובין אומר שקר וראי' לזה דהא ר"א ס"ל (בכתובות מ"ו) אזהרה למוציא ש"ר מלא תלך רכיל אלמא דס"ל דאזהרה דלא תלך רכיל למוציא ש"ר שהוא שקר ובסנהדרין (דף כ"ט) אמרינן מיכתב היכי כתבינן להו ר' יוחנן אמר זכאי ור"ל אמר פ' מחייב ופ' מזכה מאי בינייהו איכא בינייהו מלא תלך רכיל ר' אלעזר אמר מדבריהם נזדכה פלוני אית לי' דמר ואית לי' דמר אלמא דגם באומר אמת איכא משום לא תלך רכיל. לכן גם הרמב"ם ס"ל כן: הנה כשישבו בדין ה' דיינים. נראה פשיט דיכול הדיין לומר אני ואחד מהדיינים בלי הזכרת שמי זכינו אבל חבירינו רבו עלינו. דהא ממש"כ בטוש"ע תחלה דגדול שבדיינים אומר איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב מסיים בטור כדי שלא ירגיש מי הוא המחייב ומי הוא המזכה. משמע דאם אינו ידוע מותר לומר שהי' בזה מזכין ומחייבין. וכמבואר לקמן (ס"ב) שכותבין ומדבריהם יצא פלוני זכאי ופלוני חייב דמבואר דהיה מחלוקת בזה. וא"כ ה"נ כיון שאינו מתבאר מתוך דבריו מי הוא המזכה ומי הוא המחייב מותר לומר אני ואחד מהם זכינו אבל חבירינו רבו עלינו. ולא מיירי זה דאסור לדיין לומר כן אני הייתי מזכה אלא בב"ד של ג' דאז מובן ממילא מי הם המחייבין אבל לא בב"ד של ה' וז"פ. מיהו לפימש"כ בדעת הרמב"ם דאפילו לומר אני הייתי מחייב אסיר משום מגלה סוד א"כ ה"נ בב"ד של חמשה אף דלא תלך רכיל ליכא אבל משום מגלה סוד איכא:

נסתפקתי אם דין זה נוהג גם באו"ה שהיו אוסרין ומתירין ולא הי' הבע"ד בפניהם אם רשאי לומר אני הייתי מתיר אבל חברו רבו עלי. וגם אי שואל בממון אי אסור או מותר בלא דו"ד שבינו לחברו אי איכא משום הולך רכיל דדילמא לא שייך זה אלא בהי' לו דין עם חברו ונתחייב דלא יאמר וחברי מחייבין משא"כ אם אומר חברי לא הניחו לך להתיר זה. והנה בב"מ (דף כ"ט) איתא ביד רחבה ה"ל הנהו זוזי דיתמי אתא לקמי' דר' יוסף א"ל מהי לא שתמ בגווי' א"ל הכי אר"י א"ש הלכה כר' טרפון א"ל אביי ולאו איתמר עלה אר"ח אר"ה ל"ש אלא בדמי אבידה הואיל וטרח בה אבל מעות אבידה דלא טרח בהו לא והני כמעות אבידה דמי א"ל זיל לא שבקו לי דאשרי לך וכתב בשיטה מקובצת וז"ל זיל לא שבקו לי דאשרי לך שהרי הקשו לי תלמידים והכא לא הוה משום לא תלך רכיל דאמרינן במסכת סנהדרין מניין שלא יצא מב"ד ויאמר אני מזכה וכו' כיון דרחבה גופא הוה בבי מדרשא וחזא התלמידים מקשים לו ליכא משום הולך רכיל ומגלה סוד ה"ר יהונתן עכ"ל. הרי להדיא דכאן לא הי' אלא כמו איסור והיתר ואין חיוב ממון מ"מ איכא משים הולך רכיל. ועמש"כ בסי' י"ח בזה. ובסנהדרין (דף כח) זיל לא שבקו לי דאותבינהו לך. ועיין גיטין (דף ס"ז) בההוא גברא דזבן נפשי' ללודאה אתא לקמי' דר' אמי כו' א"ל רבנן לר"א כו' א"ל זיל לא שבקו לי דאפרקינך התם נמי מיירי שהיה בבהמ"ד וראה שאין מניחין אותו לפדותו. והא דלא הוציאו הוא משום דהוי ג"כ דרך שאלה דלא שייך בזה דשמא ילמוד לטעון שקר ועוד היה אפשר לומר בהא דב"מ והך דזה בורר דע"כ ל"א דאסיר לומר שחבירו רבו עלי אלא באם הי' ע"פ רוב במילתא דתליא בסברא אבל באם אומר אני הייתי רוצה לפסוק כך. אבל הראו לי דבר מפורש דאז מאחר שהודה יוכל לומר כן. וליכא בזה מלא תלך רכיל כן נ"ל נכון בזה. שוב מצאתי בשיטה ב"ק (דף צ"ט) שכ"כ להדיא בשם המאירי ז"ל ולא סוף דבר בדינין אלא בכל הוראה אלא כאו"א יאמר לפי מה שהוכרע הדין הרב המאירי ז"ל. ע"כ הרי להדיא כן:

סעיף ב':

נ"ל בשני בעלי דינין שאין ב"ד מכירין אותן אין לתת להם פס"ד דומיא הא דמבואר לקמן (סי' מ"ט) דאין העדים כותבין שטר מלוה אא"כ מכירין את הלוה ובשטר המכר שם המוכר דחיישינן לקנוניא שהחייב הודה ואח"כ יוציאו על איש אחר ויגבו ממנו. וכן מבואר להדיא ברמב"ם פ"ז מטוען ונטען (הלכה ב') וכן אם הודה בב"ד אחר ששלחו לו כמו שיתבאר הרי אלו כותבין והוא שיהיה ב"ד מכירין את שניהם כדי שלא יערימו לחייב איש אחר. ע"כ. הרי דכל דאיכא למיחש להערמה צריכין להכיר שניהם. וזה לפי

דעת הב"ד דאם יבינו שאין כאן הערמה בדבר יוכלו לתת להם פס"ד אף שאין מכירין אותם וכן הוא להדיא בירושלמי פ"ט דגיטין:

סימן כא

סעיף א':

וכ"ז כשקנו מידו. עסמ"ע דבעינן ב"ד חשוב ומתפיס זכותו לא בעי. וכן העתיק הנתי'. ותמוה שלא הביא דהש"ך הביא הב"י דסי' ר"ז דמשמע דבעינן מתפיס זכותי' ג"כ. וכ"מ בביאור הגר"א ז"ל דז"ש רמ"א וע"ל סימן ר"ז דר"ל כדין האסמכתא שם דיהא בב"ד חשוב ומתפיס זכותי' גם כן: הסמ"ע כתב דאם לא יבא יפטר חברו אפילו קנין בב"ד חשוב א"צ אלא קנין לבד. ובנ"ב (סימן לא) תמה דהא קאי לדעת הרמב"ם והרי דעת הרמב"ם לקמן (סימן ר"ז) דבמחילה לא שייך אסמכתא כלל וא"כ למה צריך כאן בסיפא קנין כלל דהא מחילה א"צ קנין כלל ותי' דבכאן שאומר החוב מחול לך אם לא אבוא לזמן פלוני שהיה סובר שיבא דומה קצת למחילה בטעות כמו בפשרה וצריך קנין ע"ש בזה. והדבר מבואר להדיא בט"ז לקמן (סי' ר"ז סט"ז) שכתב אהא דמבואר שם כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא קנין מזה שחייב לחברו מאה דינרים ואח"כ קונים מבע"ח שכ"ז שיעשה כך הרי החוב מחול לו. דאע"ג דמחילה א"צ קנין היינו מחילה ברורה משא"כ בזה שהיה תלויה ודומה למוחל ע"י פשרנים ע"כ. וה"נ כיון דלא הוי מחילה ברורה צריך קנין:

סימן כב

סעיף א':

רמ"א לעיל נתבאר איזה מקרי גמ"ד. כתב הסמ"ע דהיינו כשאמרו איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב וכ"ז כשאמרו צא תן לו דהוי מילתא דפסיקא שחייבוהו משא"כ כשאמרו חייב אתה ליתן לו. והש"ך השיג ע"ז ע"ש. אמנם להתוס' ישנים שהובא במהר"ם לובלין ב"ק (דף ס"ט) מבואר כהסמ"ע ע"ש בזה. ושכן היה נוסח התוס' ושני תירוצים תירצו דפשרה שאני ובתי' קמא תירצו דחייב אתה שאני. וכן מבואר ברשב"א שם שכ' השני תירוצים וז"ל. וי"ל דיש חילוק בין איש פלוני אתה חייב לחייב אתה ליתן לו ע"כ. ובתומים כתב דמצא כהסמ"ע בשיטה ב"מ (דף י"ז) והרי התוס' ורשב"א סוברים כהסמ"ע בזה. וכ"כ הרמ"ה בב"ב (דף קכ"ח) דגמ"ד הוי בין צא תן לו ובין איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב וע"כ דשאני הוא מחייב אתה ליתן לי. ומש"כ עוד הש"ך (ס"ק ה') גם נראה עוד דהא דלעיל סימן י"ב) איש פלוני אתה זכאי איש פלוני

אתה חייב לאו דוקא תרווייהו. עיין לעיל (סימן י"ט) דיש הוכחה לזה מפסקי תוס' שם ע"ש בזה:

הש"ך (סק"ו) הביא מש"כ בס' לח"מ דהרמב"ם נקט דוקא הוציא מהירושלמי פז"ב דשמואל ס"ל דנטל מזה ונתן לזה א"י לחזור ואף דר"י ור"ל ס"ל דאפילו כשנטל יכול לחזור לא חש לה הרמב"ם מאחר דבש"ס דילן מבואר דר"י ור"ל ס"ל דלאחר ג"ד א"י לחזור ועבדינן בזה כש"ס דילן ע"ש. ועיין בש"ך יו"ד (סי' קמ"ה סק"א) שכתב דבמקום דיש סתירה מר"י גופי' עבדינן כירושלמי מאחר דהוא סידר הירושלמי וא"כ הוא עצמו אומר שס"ל כן וא"כ לכאורה סותר למש"כ הלח"מ כאן. אלא שק"ל אכללא של הש"ך דיו"ד מהא דמבואר בכתובות (דף ק"א) דחייב אני לך מנה בשטר דר"י ס"ל חייב ור"ל אמר פטור וקי"ל כר"י דחייב משום דהלכתא כוותי' בכ"מ לבר מהני תלת כמבואר ביבמות (דף ל"ו) והרי התוס' שם (דף ק"ב) כתבו דבירושלמי מבואר דר"י ס"ל פטור וא"כ הי' צריך לפסיק כהירושלמי מאחר דבירושלמי מבואר דס"ל פטור ואפי"ה קי"ל דחייב וכ"ה ברא"ש שם ואכמ"ל בזה: נגמר הדין א"י לחזור בו. ומסיים בתשובת הרא"ש ואפילו נתרצו שניהם. והקשה הב"י מי מוחה. ותי' משים כבוד הדיין. ונראה דהיינו שנתרצו שניהם מלחזור ממה שקבלו עליהם דיין זה ולדון לפני אתר דאז איכא משום כבוד הדיין וכדאמרינן בסנהדרין (דף ח') בחוששין לכבודן של ראשונים קמיפלגי ע"ש ובמש"כ לעיל (סי' י"ב) בכיוצא בזה:

סעיף ב':

אבל אם כבר דן לא יוכל לחזור, ודעת הש"ך כיון דקנין לא מהני גם אם כבר דן לא מהני. ונ"ל ראי' לזה מהא דמבואר לקמן (סי' ס"ח ס"א) דשטרי פשרות הנעשין בערכאות שלהן פסולין. והרי קרוב או פסול יוכל לעשות פשרה דהוי כקיבלו וא"כ אמאי בערכאות פסולין וצ"ל כמוש"כ הפרישה שם דבערכאות גם בקיבלו לדון פסולין ע"ש. והרי סתם כבר נעשה הפשרה ובכה"ג בדין מהני. א"ו דגם בנגמר הדין יכול לחזור. אלא דהתומים כתב כרמ"א כיון דהעיקר דאסור ליקר והכא כבר נעשה האיסור וגם לא יתוקן ולכן לא שייך בזה אי עביד לא מהני וכיון לזה להמהרי"ט בח"א (ס' ס"ט) ע"ש. ואפשר שזה כוונת התוס' בבכורות (דף ל"ד) בד"ה ומי קניס שהקשה בצורם אוזן בכור וקוצץ בהרת נימא אי עביד לא מהני ותי' דהא יש בו מום וגברא טהור דאין בו נגע כלל ע"כ והוא דא"א למיהדר המעשה כלל. ועיין בתמורה (דף ד') מה שתי' בזה:

ומסתבר כהרמ"א דהא מבואר להדיא בבעל העיטור מאמר שמיני. וז"ל ואע"ג דקי"ל לפניהם ולא לפני ע"ג ה"מ לכתחלה אבל דיעבד כשר ע"כ. וא"כ אם כבר דן לא יוכל

לחזור בו. וכן משמע כבעה"ע מתוס' גיטין (דף מ"ד) שכתבו וז"ל מדמכשרינן שטרות העולין בערכאות ש"ג ולא מפלגינן בין לכתחלה ובין דיעבד ש"מ דבדיעבד מהני היכא דהאיסור הוא משום לפניהם ולא לפני ע"ג. וא"כ אם כבר דן לא יוכל לחזור בו גם כן:

סעיף ג:

וה"ה במי שלא הי' חייב שבועה ואמר אשבע לך שבועה אם קנו מידו אין יכול לחזור בו. וכ"כ רמב"ם פ"ז מה' סנהדרין וכ' הלח"מ שם דזה מבואר ממה שכתבתי והיינו מהא דהיפך שבועה דב"ב (דף קכ"ח) רצונך השבע וטול. ונראה דיצא לו כן מהא דאמרינן בפ"ק דב"מ (דף י"ז) אבל חייב עצמו שבועה נאמן ופי' הש"ך (בסי' פ"ז ס"ק ס"ב) דמיירי בקנין או בב"ד. ואף דלפימש"כ (בסי' פ"ז) שם דלר"י גם אם מחויב שבועה מ"מ אם חייב עצמו קודם שחייבוהו ב"ד לא הוחזק כפרן מ"מ מודה דגם בלא חייב שבועה אם חייב עצמו נמי מיירי וכפשטא דלישנא דש"ס וכמוש"כ הש"ך דמיירי דאפילו אינו יכול לחזור וכגון בב"ד או בקנין:

סימן כד

סעיף א:

אין נזקקין אלא לתובע תחלה. פירושים רבים נאמרו בזה. ושיטת המרדכי הוא דיכול להטעים טענותיו בכך שטוען ראשון. וכפירושו משמע בתוספתא ע"ש. וכן משמע לי מהא דאיתא בספרי פ' תצא ואמר מלמד שהתובע מתחיל בדבריו תחלה. וע"כ משום הטענות כנ"ל בזה דהתם לא שייך נ"מ שכתבו כאן:

ואם זילי נכסי דנתבע נזקקין לו תחלה. הפמ"א ח"א (ס' צ"א) כתב באחד שחייב שבועה לשמעון וכבר חייב גם לראובן ורוצה לכלול שבועה אחת לשניהם פסק דא"י ויכול ראובן לומר אמתין עד שיודה ומה שישבע ב' פעמים לא הוי כזילי נכסי ע"ש. אכן במעיל צדקה (סי' ל"ו) כתב דיכול לכלול שבועה אחת לשניהם דמה שנשבע ב' פעמים הוי כזילי נכסי' ע"ש בזה:

רמ"א בענין שלא יוכל לומר פרעתי. בש"ג פ' הפרה כ' וז"ל כיצד הרי שתבע ראובן את שמעון בשטר שחייב ליתן לו מנה חזר שמעון ותבע שיש לו בידו חפץ פ' או קרקע פ' אומרים ב"ד פרע שטרו תחלה שאתה מודה ואח"כ תתבעהו בב"ד הי' הנתבע תובע דבר הראוי לפרעון שטרו כגון שטען אתה חייב לי כך וכך מטבע ממקום אחר ה"ז כאלו טענו שהשטר פרוע והכל תביעה אחת ואם הוא טענו שישבע לו לא יפרע זה שטרו עד שישבע לו עכ"ל. משמע מזה דהיכא שטענו דבר שאינו עומד לפרעון כגון באומר יש לי בידך חפן פ' לא משבעינן לבעל השטר אלא נזקקין לתובע תחלה וגובה בעהש"ט

בשטרו ואח"כ נשבע היסת. והוא משום דס"ל דבטוען יש לי בידך כנגדו דבר שאינו עומד לפרעון הוי כטוען אמנה דמבואר (בסי' פ"ב) דאינו יכול להשביעו קודם פרעון בנק"ח אלא לאחר פרעון היסת כמבואר שם וה"נ כן. ובנתיבות (סי' ע"ב אות ל"ז) כתב גם מה שהביא ראי' מהש"ג פ' הפרה נראה דלא דקי"ל כן דזה כדיעה א' במרדכי פ"ק דמציעא אבל הביא שם במרדכי דעת החולקין וכן מבואר (בסי' ע"ה) גבי מלוה בשטר דאם טוען יש לי בידך כנגדו דהוי כטענת פרעון ולא חילק כלל בין טוען שיש לו חפץ או מעות עכ"ד. והוא תמוה דהא במרדכי שם שקיל וטרי אי הא דאמרינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו אי טעין להדיא כן אי נאמן לטעון עד כדי דמיו כמו במשכון או דלא נאמן אלא במשכון או מעות אבל לא על פקדון או תופס חפץ מחברו והאריך שם בהג"ה מרדכי בזה והוא מחלוקת הרז"ה והרמב"ן שם. אבל בהא דאי צריך שבועה כמו על טענת פרעתי או לא צריך שבועה כמו בטענת אמנה מזה לא מיירי התם. גם במה שהביא (מס' ע"ה ס"ז) דנאמן יש לי בידך כנגדו דהוי כטענת פרעון ולא חילק כלל בין טוען שיש לו חפץ או מעות הא מבואר התם להדיא דבין טוען מעות ובין יש לי בידך כנגדו כסות פטור והוא התוספתא דהביא בהג"ה מרדכי והראשונים הנ"ל שם בזה. ובס' פ"ב ליכא רמז מזה:

הרמב"ם השמיט הא דנזקקין לתובע תחלה. וכבר נאמרו בזה תירוצים רבים. וי"ל ג"כ דבפ' הפרה (דף מ"ו) א"ר שמואל בר נחמני מניין להמוציא מחברו עליו הראי' שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם יגיש ראי' אליהם. מתקיף לה רב אשי הא ל"ל קרא סברא הוא מאן דכאיב לי כאיבא אזיל לבי אסיא אלא קרא לכדר"נ בר אבוה אתא דאר"נ בר אבוה מניין שנזקקין לתובע תחלה שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם יגיש דבריו אליהם. וקשה מאי פריך ל"ל קרא להמוציא מחברו עליו הראי' סברא היא דילמא אתא קרא להיכא דאית לי' מגו דל"א מגו להוציא ובזה לא שייך ליפרך פשיטא דהא רבה בב"ב (דף ל"ב) ס"ל דמגו להוציא מהני וכמוש"כ תוס' בב"מ (דף קט"ז) ע"ש. ואפילו לפי דעת תוס' דריש ב"מ (דף ב') דגם רבה ס"ל דל"א מגו להוציא אלא דשאני התם דאי בעי שתיק מ"מ י"ל דקרא אתי למגו דאי בעי שתיק דלרבה מהני וקמ"ל קרא דל"א מגו להוציא גם בכהי"ג. וע"כ צ"ל דרב אשי דפריך ל"ל קרא סברא הוא ס"ל כרבה דמגו להוציא מהני וא"כ ליכא לאוקמי קרא במגו דהא בזה באמת מהני להוציא ולדידי' הא דאתא לנזקקין לתובע תחלה משא"כ לפי"מ דקי"ל כר' יוסף דמגו להוציא ל"א א"כ שפיר י"ל דקרא אתא להיכא דיש לו מגו וא"כ אין לנו קרא לנזקקין לתובע תחלה לדידי. וע"כ השמיט זה וא"ש ונכון ודו"ק:

סימן כה

סעיף א':

רמ"א ולענין הוראת איסור והיתר אם הגיע להוראה אעפ"י שאינו סמוך דינו כמומחה וכו'. בסוטה (דף כ"א) איתא א"ר אבהו אר"ה א"ר מאי דכתיב כי רבים חללים הפילה זה ת"ח שלא הגיע להוראה ומורה ועצומים כל הרוגי' זה ת"ח שהגיע להוראה ואינו מורה ועד כמה נרוי ראוי להוראה עד ארבעין שנין איני והא רבה אורי בשוין, והרמב"ם השמיט ולא כתב כלל דראוי להוראה בן מ' ועיין ביו"ד (סי' רמ"ב) בב"י שם מש"כ בזה. ועי' בתוס' שפי' דבן מ' משעה שהתחיל ללמוד משום דלא קאי אינש אדעתי' דרבי' עד ארבעין שנין. ולולא דבריהם הי' נלע"ד משום דבן ארבעים לבינה כדאיתא באבות והוראה תלוי' בבינה שמבין דבר מתוך דבר ומדמה מילתא למילתא ולכן כתיב בישששכר ומבני ישששכר יודעי בינה לעתים לדעת מה יעשה ישראל ויליף מזה ביומא (דף כ"ו) דלא משכחת צורבא מרבנן דמורי אלא דאתי מלוי ומישכר מייתי מדכתיב מבני ישששכר יודעי בינה לעתים לדעת מה יעשה ישראל. וכן פרש"י במס' ע"ז דבן מ' הוא משנולד וכ"כ הר"ן שם דעד בן מ' אין דעתו מיושב להוראה כל כך והוא כדברינו בזה. ועיין ב"מ (דף ל"ג) את צריכת לי עד ארבעין שנין. ועיין מהר"מ שיף שם ולהנ"ל י"ל כפשוטו עד שיהא בן ארבעים. שוב מצאתי במ"ר שמות פ"א דמבואר שם להדיא כרש"י דמ' שנין היינו משנולד ומטעמא דכתיבנא בזה:

ומה שהשמיט הרמב"ם דבר זה נ"ל הוא דזה ודאי דהגיע להוראה הוא גם דיני ממונות בכלל דגם בהו שייך הוראה וכמו דאמרינן בכתובות (דף ע"ט) מורה הוראה אני אם יבא שטר מברחת לידי כו' וב"ב (דף ק"ל) הורה איתמר ואיתא בשבת (דף נ"ו) ארשב"נ א"ר יונתן כל האומר יאשי' חטא אינו אלא טועה שנאמר ויעש הישר כו' אלא מה אני מקיים וכמוהו לא הי' לפניו מלך אשר שב שכל דין שדן מבן שמונה עד שמונה עשר החזירן להן כו' ופלוגתא דרב דאמר רב אין לך גדול בבע"ח יותר מיאשי' בדורו. ומזה יליף בטור לעיל (סי' י"ז) דראוי להיות דיין מבן י"ח ומעלה שאז הגיע לעת אשר ראוי לזה ולא קודם לכן וא"כ מבואר דשמואל פליגא אדרב לכן השמיט זה. והא דפריך ועד כמה עד ארבעין שנין הוא אליבא דרב שם והא דפריך והא רבה אורי הוא אליבא דרבה לשיטתי' דקאמר במס' ע"ז (דף ה') אמר רבה ש"מ לא קאי אינש אדעתי' דרבי' עד ארבעין שנין אבל אליבא דשמואל ל"א כן. ובזה י"ל דרב לשיטתי' אזיל דס"ל דאין להורות עד מ' שנין משום דלא קאי אינש אדעתי' דרבי' א"כ מאי אריא ששב יאשי' בבן י"ח שמא לא יפה הורה הא לרב גם עד ארבעים הי' לו לעשות כן לכן לשיטתי' קאמר אין לך גדול בבע"ת

יותר מיאשי' בדורו וא"ש. ובבעה"ע (אות ב') בבירורין כתב לחלק בין איסור והיתר לדין. דדין כיון דהוי תורה לא בעי ארבעים. אבל הרמב"ם י"ל דס"ל כמוש"כ בזה. וברדב"ז ח"ה (ש"א קמ"ז) כתב ג"כ דבד"מ לא שייך זה דבהוראה דסומכין עליו בעינן מ' משא"כ בדיני ממונות דאם בדבר משנה חוזר ובשיקול הדעת ישלם מביתו אין הלה סומך עד שיודע אם יפה דן להוראה ובאו"ה סומכין אבל בד"מ אין סומכין עד שיודע דיפה דן ויפה פסק אמנם במבי"ט ח"א (שאלה ר"פ) מבואר דאין חילוק בין ד"מ לאיסור בזה אלא שהביא דהמשרים מפרש הא דדין מיהו לאצטרוכי לג' אבל לחודא אין פחות מארבעים ע"ש בזה:

ועצומים כל הרוגי' זה שהגיע להוראה ואינו מורה והוא שיהא הדור צריך לו אבל אם ידע שיש שם ראוי להוראה ומונע עצמו מהוראה ה"ז משובח וכל המונע עצמו מהדין מונע ממנו כו'. עי' בבאה"ג שכ' הב"י שלמד הרמב"ם זה מאבות. ונראה דהא דאם יש ראוי להוראה אם מונע עצמו ה"ז משובח דוקא בשגדול ממנו אבל אם הוא גדול מהמורה אדרבא מצוה קעביד ולא שייך לומר בזה ה"ז משובח וראי' לזה מהא דאמרינן בביצה (דף ל"ו) ואלו הן משום רשות לא דנין כו' ופריך והא מצוה קעביד לא צריכא דאיכא דעדיף מיני' אלמא דבדאיכא עדיף מיני' הוא דהוי רשות וא"כ בכהי"ג אם חושך עצמו מהדין ה"ז משובח אבל אם ליכא עדיף מיני' אף דאיכא שם ראוי להוראה אין לו למנוע עצמו מהוראה. ועיין ש"ך יו"ד (סי רמ"ב) שכתב וז"ל אהא שכ' רמ"א ואין לאדם להורות קודם מ' שנין במקום שיש גדול ממנו בעירו או זקן ממנו ובפרש"י דסוטה כתב בשוין בחכמה או אם אין זקן בעירו ממנו משמע דבאין זקן ממנו מותר להורות [ומה שהביא מהאגודה הוא דהאגודה אליבא דשי' תוס' קאי בזה] אפילו אם אינו שוה בחכמה אבל אם הוא שוה בחכמה אפילו זקן ממנו מותר גם כן:

ונ"ל ראי' להרמב"ם הא דהשמיט דלא בעינן מ' שנין בראוי להוראה דבהוריות (דף ב') תנן הורו ב"ד וידע אחד מהן שטעו או תלמיד והוא ראוי להוראה והלך ועשה על פיהן כו' חייב מפני שלא תלה בב"ד. ובגמ' שם תרתי ל"ל אמר רבא איצטריך סד"א ה"מ גמיר וסביר אבל גמיר ולא סביר לא א"ל אביי להוראה גמיר וסביר משמע א"ל אנא הכי קאמינא אי מההוא הז"א ה"מ גמיר וסביר אבל גמיר ולא סביר לא תנא ראוי להוראה ממשנה יתירה אפילו גמיר ולא סביר סביר ולא גמיר. והשתא אס"ד דבעינן גם ארבעין שנין ותלוי גם בזה הזמן א"כ מנ"ל ממשנה יתירה לאתויי גמיר ולא סביר דילמא איצטריך המשנה יתירה לאשמועינן אפילו לא הגיע לארבעים אבל גמיר וסביר בעינן א"ו דלא בעינן כלל מ' שנין כיון דגמיר וסביר:

עוד י"ל בזה דאמרינן בחגיגה (דף י"ד) שר חמשים זה שיודע לישא וליתן בחמשה חומשי תורה דבר אחר שר חמשים כדר' אבהו דא"ר אבהו מכאן שאין מעמידין תורגמן על הצבור פחות מחמשים שנה. והטעם כתבו המפרשים משום דאז הגיע לבינה וזקנה. וא"כ לישנא קרא ס"ל דלא תלוי בזמן ורק ר' אבהו ס"ל דתורגמן המתרגם לעם מצות השם למען ידעו את הדרך ואת המעשה אין מעמידין פחות מחמשים וא"כ לר' אבהו לטעמי' שפיר קאמר בסוטה ובמס' ע"ז שם דעד כמה א"ר אבהו דלא הגיע להוראה רבים חללים הפילה עד מ' שנין דלטעמי' תלוי בזמן ומ' הוי משעה שלמד וידוע דתורה הוא תורה שבע"פ שהוא המשנה ומבואר באבות דבן עשר למשנה וא"כ משעה שהתחיל ללמוד תורה שבע"פ ששם הוראה לכל העולם וכל הלכות כלולים בה עד מ' הוי נ' וע"כ שפיר קאמר אליבי' עד מ' אבל הרמב"ם שלא פסק הא דר' אבהו וש"מ דס"ל כלישנא קמא דאל תקרי שר חמשים אלא חומשים ולא תלוי בזמן אלא כיון שיודע לישא וליתן בחמשה חומשי תורה מעמידין לתורגמן לכן גם בהוראה כיון שהוא גמיר וסביר שפיר הוי הגיע להוראה וא"ש ונכון: ועיין במדרש שמות (פרשה א') ויאמר מי שמך לאיש שר וגו' ר' יהודא אומר בן כ' שנה הי' משה באותה שעה אמרו לו עדיין אין אתה ראוי להיות שר ושופט עלינו לפי שבן ארבעים שנה לבינה ור' נחמי' אמר בן ארבעים שנה הי' אמרו לו ודאי שאתה איש אלא שאי אתה ראוי להיות שר ושופט עלינו ורבנן אמרי אמרו לו והלא בנה של יוכבד אתה ואיך קוראין לך בן בתי' ואתה מבקש להיות שר ושופט עלינו ע"ש:

נסתפקתי אם בא דין לפניו אותו שבא כבר לפניו ואין זה בגדר דמיוני אלא אותו ממש ויודע שהורה מאיזה טעם אבל כעת נעלם ממנו הטעם אם יוכל לסמוך על הוראתו ואינו צריך לעיין מחדש או לא יכול לסמוך על הוראתו הראשונה עד שיעיין מחדש. ולע"ד נראה דא"צ ויכול לסמוך על הוראתו ראשונה מהא דתנן בהוריות רפ"ב (דף ו') הורה כהן משיח לעצמו שוגג ועשה שוגג מביא פר ופריך שוגג ועשה שוגג מביא פר פשיטא אמר אביי הכא במאי עסקינן כגון שהורה ושכח מאיזה טעם הורה ובשעה שעשה אמר הריני עושה על דעת הוראתי דמהו דתימא כיון דאלו מתידע לי' שמא הדר בי' כמזיד דמי ולא ליחייב קמ"ל הרי להדיא דלא מקרי פושע במה שסמך על הוראתו דאי הי' לו להמתין עד שיתגלה לו הטעם אמאי מקרי שוגג א"ו דאין צריך. וזהו באמת כוונת הש"ס דהוריות שם דמהו דתימא כיון דאלו מתידע לי' שמא הדר בי' כמזיד דמי פי' דאמרינן דאמאי הורה קודם שנתגלה לו הטעם אולי אז בפעם שני הי' מתברר לו הטעות והרי

מזיד ולא לחייב קמ"ל אלמא דאין החיוב עליו לעיין בהוראתו בפעם השני ויכול לסמוך על מה שהורה בראשון. ועדיין צ"ע בזה:

ובב"ב (דף ק"ל) שאל ואמרו לו הלכה למעשה ילך ויעשה מעשה ובלבד שלא ידמה מאי ובלבד שלא ידמה אר"א אין מדמין בטרפות זל"ז וכו'. משמע דבשאר דברים א"צ לשאול עוד ויוכל לדמות גם כן. וכ"כ הנ"י שם להדיא וז"ל וא"צ לשאול בכל פעם ופעם באותו ענין עצמו ואפילו בדדמי כדאיתא בעירובין (דף כ"א) ואסברא בדדמי להו לפי שא"א שימצאו לדינין המאורעין שימצאו בכתב ובטרפות בלבד הוא שלא ידמה ע"כ א"כ מבואר דא"צ שאלה ואולי דיני ממונות שאני דהמעשה ברוב פעמים אינו כמעשה הראשון לכן לא פליג בדיני ממונות וצריך לשאול גם כן:

ובספרי פ' דברים ואצוה את שפטיכם אמרתי להם הוו מתונים בדין אם בא דין לפניך פעם אחת שתים ושלש אל תאמר כבר בא דין זה פעמים הרבה אלא היו נושאים ונותנים בו וי"ל ואכ"מ בזה:

בסימן:

י' ס"ב כל מי שבא לידו דין ומדמהו לדין אחר שבא לידו כבר ופסקו ויש בעירו גדול ממנו בחכמה ואינו נמלך בו ה"ז בכלל הרשעים שלבם גס בהוראה. ופי' הסמ"ע אעפ"י שאותו הדין כבר שאל את פי החכם שיכול להיות דדין הזה אינו דומה להראשון. ולא קשה מהאי דב"ב (דף קל) הנ"ל דמשמע דא"צ לשאול עוד לעולם דע"כ צריך לומר דמאחר שיש גדול בעירו שאני. ועיין חולין (דף קל"ג) בעובדא דרבא ורב ספרא דרבא אכל ורב ספרא לא אכל ורב יוסף קאמר דשפיר עבד רב ספרא ורבא נזוף הוה אע"פ שעשה כרב יוסף ומשום דאינו דומה האי מעשה להא דר' יוסף וע"כ משום דהי' לו לשאול את ר"י שהיה אז. וביש"ש שם (סי' י"ג) כתב ושמעינן מהאי עובדא אפילו ת"ח מופלג הסומך על הוראתו להקל אפילו בהוראה שקבל להיתר היכא שיש החילוק ביניהם כמו הכא ואית ליה רבה למשאל שהרי היה יכול למשאל לר' יוסף הוא נזוף בידי שמים. ויש לחלק דדוקא באכילה ראו להחמיר יותר ונהירא לחלק דדוקא באכילת דבר איסור שהוא גנאי לת"ח אבל לא באכילת היתר כה"ג שהיה כעין גזל בידו אכן יש לחלק דדוקא התם שר"ם לא אכל ה"ל להזהר ולא לסמוך על הוראתו מאחר שיש לחלק ביניהם כמו שהיה האמת ע"כ וא"כ לפי"ז שא"ה דר"ס לא אכל משא"כ בעלמא א"צ לשאול באו"ה אפילו יש גדול בעירו גם כן:

ורק כד"מ כמבואר מיבמות (דף ק"ט) ובמהרש"א שם הוא דאמרינן כן. וי"ל קצת בב"ב (דף ק"ל) דפריך מאי ובלבד שלא ידמה ומשני בטרפות ואמאי לא קאמר בדיני ממונות וכשיש גדול ממנו בעירו ואכמ"ל בזה:

אמנם האורים (סק"ג) כתב להדיא אהא דמי שיש גדול בעירו וכן לענין איסור והיתר נמי דמ"ש ע"כ. אמנם מהיש"ש דחולין הנ"ל לא משמע כן לא קשה דהא דחולין שאני שהי' אותו הדין עצמו אלא שהמעשה היה קצת בענין אחר משא"כ הכא מיירי לדמות הדינים גופא ולפי"ז כ"ש די"ל מהא דב"ב (ק"ל) דיכול לאוקמי הא דשלא ידמה באיסור והיתר גם כן. וצ"ל דמשמע לי' דהברייתא מיירי כשאין גדול בעירו גם כן:

ובספר משרים (נ"א ח"ב) כתב וז"ל דיין אינו רשאי לדון דבר מסופק אם יש ת"ח בעיר קודם שיש אצלו כדי שלא לדמות דבר לדבר אא"כ ברור לו כבקר. זה הדין פשיט בגמ' יבמות פ' ב"ש ובספרי הרא"ש סנהדרין פ"א ע"כ משמע דדוקא בדבר שמסופק לו אבל בדבר שברור לו א"צ לשאול:

סעיף ב':

אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות כו' פטור וכתב הש"ך דגם מומחה בעי נטילת רשות ע"ש. ועיין רש"י עירובין (דף נ"ג) ד"ה במכתיר דמשמע כן: רמ"א וג' הדיוטות דינם כיחיד מומחה. כתב בס' קצה"ח (סק"ו) ועכשיו שנשתרבב המנהג שהדיינים לוקחים שכר על הפסק נראה לפי שיטת בעה"מ דפטור מומחה וקבלו משום דאונס הוא וא"כ בשכר חייב כמו בטבח אומן ומראה דינר לשולחני דחייב בשכר אפילו מומחה ואפילו נוטל שכר בטלה נמי הוי ש"ש וכמו נושא שכר דהוי ש"ש ע"כ. ולפי"מ שנתבאר לעיל בתומים (סי' ט') דעכשיו דהדיינים קבועים ואין עוסקין במשא ומתן ואם לא היו קבועים ודאי היו עוסקין במלאכה וא"כ הוי כמלאכה ניכרת דידוע לכל שבשביל זה אין עוסקין במלאכה ע"ש. וא"כ השכר אינו על הפסק אלא על ההפסד מלאכה דבטלי מיני' וא"כ לא הוי כשומר שכר. וכן מבואר להדיא בתוס' ב"מ (דף ס"ח) בד"ה ונותן לו שכרו דלכך לא הוי שומר אבידה ש"ש אף דנוטל שכרו כפועל בטל כיון שעוסק במלאכה אחרת ומפסיד ע"ש וכיוצא בזה כתב הח"ד ביו"ד סימן קע"ז ע"ש בזה] וכ"ה בתוס' בכורות (דף כ"ט) ע"ש בזה:

לא יוציא ממון מספק דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין ממון מיד המוחזק. כתב הש"ך בס' תקפו כהן (סימן קל) היכא דיש לחברו שטר עליו אינו יכול לתפוס המעות שחייב לו על השטר בשביל ספיקא דדינא ממקום אחר דשטר הזה ליה לענין זה כגבוי. והביא תשובת רשב"א (סי' תקע"א) דמשמע כן. אלא דהקשה על זה מהא שפסקו

הפוסקים פרק יש נוחלין (דף קל"א) גבי בעיא דבעי רבא בבריא האיך דלא מפקינין מהבעל אף דיש להאשה שטר כתובה ותי' דהתם האבעיא היא על הכתובה גופה אי אבדה כתובתה משא"כ הכא דהבעיא היא מצד אחר וזה רוצה לתפוס הממון שחייב לו בשטר בכהי"ג אינו יכול לתפוס. וכ"כ הש"ך (סי' קכ"ו סקי"ג) דכיון שאנו דנין על השטר אם הוא פרוע מצי למימר קים לי. ולפי"ז לק"מ קושיית התומים (סק"ל) שהקשה ממה שהש"ך גופא (סי' מ"ו סקי"א) כתב בב' כתי עדים מכחישין זא"ז בפרעון דהשטר בטל דשאני התם דאנו דנין על השטר גופא וכ"כ נתיבות בדיני תפיסה (כלל י"ד) והרי מבואר להדיא כן בש"ך, ועיין כנה"ג (סימן כ"ה סקמ"ה):

ול"נ לתרץ בפשיטות דלא קשה מידי מהא דפי"נ דמהני תפיסת הבעל נגד שטר כתובה דאשה אף דבעלמא לא מהני תפיסת הלוה נגד המלוה לפי"מ שמבואר שם בס' תקפו כהן דלכך לא מהני תפיסת הלוה נגד שטר המלוה משום דכגבוי דמי והביא ראי' לזה מהא דמבואר לקמן (סי' פ"ב) דאף ע"ג דלא אמרינן מיגו להוציא מ"מ אם יש שטר בידו אמרינן מגו להוציא והרי הש"ך בעצמו בכללי מגו (סי' פ"ב סקט"ו) כתב דגם לפי"מ דקי"ל דבשטר מהני מגו להוציא משום דכגבוי דמי מ"מ כחובה שאני ולא אמרינן מגו להוציא בכתובה משום דלא הלוותה כלום לבעלה ע"ש. וא"כ א"ש הא דבכתובה מהני תפיסת בעלה נגד שטר כתובתה דבכתובה ל"א כגבוי דמי משום דלא הלוותה כלום לבעלה. אלא דהש"ך קושטא דמילתא נקט משום דהתם אנו דנין על השטר גופא ולא רצה להאריך משום דבכתובה ל"א כגבוי דמי. אבל ודאי דגם אי אתרמי שהבעל רוצה לתפוס בשביל ספיקא דדינא ממקום אחר מהני תפיסו לשיטת הש"ך בכללי מגו דבכתובה ל"א כגבוי דמי. ובזה לק"מ קושיית שער משפט (סי' תכ"ד) ממש"כ הטור שם בשם תשובה לגאון באשה שחבלה בבעלה אם כתובתה יתירה מכ"ה כספים יקערנה ויעמידנה על כ"ה עיקר כתובתה כיון שכתובתה בידו נעשה דינו כמו שאמרו ואי תפס לא מפקינן מיניה אלמא דמהני תפיסה נגד שטר דבכתובה שאני דבכתובה ל"א כגבוי דמי וכמו שנתבאר בזה. ולפי"ז במחייב עצרו בששר כיון דבעהש"ט לא הוציא כלום ע"ז לא הוי כגבוי דומיא דכתובה ומהני מגו להוציא גם כן:

והנה הש"ך הביא שם ראיה לזה ממש"כ הרי"ף פ' יש נוחלין גבי בעיא דבעי רבא בבריא האיך תיקנו הילכך מוקמי' כחובה אחזקתה ועל הבעל להביא ראי' דמחלה כו' וכ"כ בהג"ה אשרי שם בשם רבינו ברוך עכ"ל. ובקונטרס הספקות (כלל ז' סי' ב') דחה זה דהתם לאו משום דהוא נגד שטר אלא משום דהלואה מקרי תפיסה שלא ברשות. ואפשר לומר עוד דשאני התם בבעיא דלא איפשטא וליכא טענת ברי חבל בקים לי דהוי טענת

ברי שפיר מהני תפיסת הלוה. [ובנוב"י מ"ק חחו"מ סי' ה' פשיטא לי' לדעת הש"ך בשניהם טוענים ברי וברי או שניהם שמא ומספקא ליה בטוען הלוה שמא ע"ש]:

עוד הביא הש"ך שם תשובת רמב"ן (סי' ק') דמבואר דבעל השטר הוי מוחזק ע"ש. והנה ברמב"ן שם כתב כן על שטר שיש בו גרר בין שיטה לשיטה או מאחריו דלא מרעינן לשטרא בשביל זה והביאו הב"י לקמן (סי' מ"ד) וכתב שם הב"י דהרא"ש ורמ"ה חולקין עליו. וכ"כ הד"מ (סי' ק"ב) והובא בשו"ע שם (סימן מ"ד ס"ו) והש"ך (ס"ק ט"ו) שם פסק כרא"ש ורמ"ה א"כ ס"ל דאין בעהש"ט מוחזק והיינו כמש"כ לעיל דהיכא דאנו דנין על השטר גופא לא חשיב כגבוי ולא הביא שם הא דתשובת רמב"ן (סי' ק') דס"ל דהוי כגבוי אלא ללמוד מזה דהיכא דטוען קי"ל ממקום אחר דבעהש"ט הוי מוחזק. וא"כ לפי"מ דמבואר בתשובת רשב"א (סי' אלף ל"ה) דבנמצא גרר לא מרעינן לשטרא וא"כ ס"ל דבעה"ש הוי מוחזק י"ל דלטעמי' אזיל לפי"מ שכ' בס' תקפו כהן בדעת הרשב"א (סי' תרע"א) דבעהש"ט הוי מוחזק ע"ש:

ולדינא דעת האו"ת בקת"כ וקוה"ס (כלל ז' סי' ב') ושע"מ שם דלא כש"ך. ומהני תפיסת הלוה נגד השטר. ועיין חכ"צ (שאלה נ"ז) ושבו"י ח"א (סי' ק"ז) ופרח מטה אהרן וראנ"ח ח"ב (סי' ק"א) דמשמע כן ע"ש בזה. ולענין ממרמות שלנו בטענת קים לי דומה לשטרות. ומש"כ הב"ש באהע"ז (סי' נ"ג סק"ט) דממרמי הוי כגבוי היינו דוקא בנדונית חתנים שאין לומר עתה אומדנא דהא מצי למוסרו בידו וכמבואר בט"ז שם אבל בשאר סד"ד פשיטא דהוי כשאר שטר וכבר כתבתי מזה לקמן (סי' ס"ז) לענין שביעית גם כן. וכ"ה בתשובת רמב"ן (שאלה ק'):

ובת"א להרשב"א (שאלה רנ"ד) כתב בשטר הנמצא גרר בין שיטה לשיטה דהשטר כשר לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה. ומביא ראי' מהא דאמרינן מגו להוציא בשטר. ומהא דפוגמת כתובתה דמשביעין כעין שבועה דאורייתא ומבואר בירושלמי משום דמוחזקה והוא בא להוציא ממנה ע"ש. וא"כ מבואר דלא ס"ל כש"ך בכללי מגו שמחלק בין שטר לכתובה בזה. שוב ראיתי דיש לפרש הא שכ' הש"ך דבכתובה ל"א כגבוי דמי שלא הלותה כלום היא דבכל שטר דלוה בודאי והספק הוא על פרעון משא"כ בכתובה שלא לותה והספק הוא אם חייב. וכ"ה בקצה"ח (סי' ס"ב):

במה דפליגי רבוותא בתפיסה לאחר שנולד הספק אי מהני כתב האו"ת בקת"כ להכריע דלא מהני מהא דאמרינן בב"ק (דף צ"ט) ההוא מגרומתא דאתאי לקמי' דרב טרפי' ופטרי' לטבח מלשלומי דמי פגעו בי' ר"כ ור"א בההוא גברא א"ל עביד בך רב תרתי כו' אלא תרתי למעליותא דלא אוכלך ספק איסורא ומנעך מספק גזילה. וקשה מה טובה יש

כאן במניעת ספק גזל הא אלו תפס ובא לידו מותר להחזיקו לדעת הש"ך ובכ"מ דמצי לטעון קים לי אפילו לצי"ש אין מחויב להחזיר כמש"כ הכה"ג בשם כמה רבוותא וא"כ מה טיבותא בספק גזל יש כאן הלא אלו בא לידו הי' יכול להחזיק בכל אופן ובהיתר ומה ספק גזל הי' פה אלא ברור דליתא דאין חזקתו מועיל ולכך הוי בידו ספק גזל וזהו ממש ראי' שאין אחרי' תשובה עכ"ל. ולפימש"כ בדעת הסמ"ק דס"ל דלצי"ש חייב בקי"ל אין ראי' מכאן:

דעת רשב"ם בב"ב (דף קס"ו) לפסוק כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין וכ"ז בספיקא דמציאות אבל בספיקא דדינא מודה סומכוס דהממע"ה. וכ"כ תוס' בבכורות (דף מ"ת) דמודה סומכוס בסד"ד, ויש להביא ראי' לזה מהגרומתא הנ"ל דהנה הרא"ש ז"ל בפ' המוכר את הבית (סי' ו') כתב וז"ל וכן מוכח בריש שור שנגח את הפרה דשמואל לית לי' דסומכוס דאר"י א"ש זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין הממע"ה ומשמע זו ולא ס"ל ועוד מדקאמר בתר הכי ל"ל זה כלל גדול בדין וכו' לכי הא דאתמר המוכר שור לחברו ונמצא נגחן וכו' ושמואל אומר יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך. ופרש"י הממע"ה ומשמע דזה כלל גדול בדין כלומר אפילו בזה דהמוכר שור לחברו ונמצא נגחן דהול"ל חולקין אמר הממע"ה אלמא ס"ל כרבנן ואע"ג דרב פליג עלי' דשמואל בהמוכר שור לחברו ונמצא נגחן ב"ק (דף מ"ו) קי"ל הלכה כשמואל בדיני עכ"ל. וכיו"ב בתוס' ב"ב (דף ל"ה) ע"ש. אלמא דרב דס"ל דהמוכר שור לחברו ונמצא נגחן דמקח טעות הוי דרובא לרדיא זבני ואזיל בממון בתר רובא וממילא היכא דליכא רובא חולקין דלא אזיל בתר חזקת ממון אלא דס"ל כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין וא"כ קשה נהי דמספקא לי' לרב אי כרבנן דפסלי אי כרבי יוסי בר' יהוד' דמכשר ולכך טרפי' אבל אמאי פטרי' לשלומי דמי הא ממון המוטל בספק חולקין וא"כ לא הי' לו לפטור לגמרי. א"ו דבספיקא דדינא גם סומכוס מודה דהממע"ה ולכך אף דבספיקא דמציאות ס"ל בעלמא כסומכוס בספיקא דדינא פטרי' לגמרי וזה נכון:

בספק ממון ענין מבואר ביו"ד (סי' רנ"ט) לחומרא משום ספק איסורא דנדר משא"כ ביורשים ע"ש. כ"ה להדיא ברמב"ם (פ"ב מה' ערכין ה"ח) וכמוש"כ הלח"מ שם בזה:

הנה ספק בעצם התפיסה כתב המהרי"ט ח"א (סי' קנ"א) דלא מהני התפיסה מספק. ולפי"ז כתב הקצה"ח (סי' פ"ח) דהיכא דהוי ספק בעבד אם הוא משוחרר אף דהוא מוחזק ותפוס בעצמו אינו משוחרר כיון דגופו קנוי לבעלים והוי ספק בתפיסה גופא לא מהני תפיסתו מספק. ונ"ל ראי' לזה ממש"כ תוס' בגיטין (דף ח') אהא דאמרינן החם איבעיא להו כל נכסי קנוין לך מהו כו' אמר אביי מתוך שלא קנה נכסים לא קנה עצמו

וכ' תוס' דלכך ס"ל לאביי דבתרווייהו לא קנה דיד בעל השטר על התחתונה [ואביי לשיטתי' בכתובות (דף פ"ג) דס"ל דיד בעהש"ט על התתחונה] והנה קשה לי יהא דיד בעל השטר על התחתונה מ"מ מבואר בסי' מ"ב ובמפרשים שם דיד בעל השטר על התחתונה אינו אלא מתורת ספק והוי ספיקא בהא שכתב לו כל נכסי אם גם העבד בכלל או לא. וא"כ אמאי מתוך שלא קנה נכסים לא קנה עצמו נהי דלא קנה נכסים מספיקא מ"מ העבד יקנה עצמו מספיקא דהוא מוחזק ותפוס בעצמו א"ו היכא דהוי ספק בעצם התפיסה לא מהני תפיסה מספק וכמהרי"ט ז"ל בזה:

ובזה יש לתרץ מש"כ הרא"ש בפ' השולח (סל"ח) בבעיא דמכרו חוץ לשלשים יום ואינך דמאחר דלא איפשטא לא יצא לחרות. והקשה בקרבן נתנאל הא העבד מוחזק בעצמו וא"כ אין לו להשתעבד מספק ותי' דס"ל כדעת הראב"ד דבקנס לא מהני תפיסה. ועיין בב"י (סי' ש"נ) שכ' להדיא בדעת הרא"ש כן. ועלח"מ בפ"ב מה' גניבה. אבל למש"כ ניחא מאחר דהספק הוא בעצם המוחזקות לא מהני מה דהוא מוחזק בעצמו דאי לא יצא לחירות אינו מוחזק לכן לא מהני מוחזקות שלו בזה. ושוב מצאתי שהקצה"ח (סי' פ"ח) כתב על הרמב"ם כן:

ובזה מיושב ג"כ היטב קושיית המשנה למלך בפ"ה מה' עבדים (הלכה ג) אירושלמי דפ"ז דגיטין זה גיטך אם מתי מחולי זה זה גיטך לאחר מיתה לא אמר כלום ור"י אומר ה"ז גט משום דזמנו של שטר מוכיח עליו. ואמר תו התם אף בגט שחרור כן הרי גט שחרורך מהיום ולאחר ל' יום על דעתי' דר"י הרי זה גט על דעתי' דרבנן אינו גט כלומר דלרבנן דאית להו דבאומר לאחר מיתה דאינו גט משום דלית להו זמנו של שטר מוכיח עליו וא"כ באומר מהיום ולאח"מ הוי גט ואינו גט משום דמספקא לן אי תנאה הוי או חזרה הוי וכדאיתא במתני' אבל לרבי פשיטא דבאומר מהיום ולאח"מ דהוי גט גמור מכ"ש דאומר לאח"מ כו' ולפי"ז אמרו כאן דאף בגט שחרור כן אם אמר הרי זה גט שחרורך מהיום ולאחר ל' יום דלר' ה"ז גט משום דאפשר דתנאה הוי אך לדעתיי' דרבנן אינו גט משום דאפשר דחזרה הוי כו'. אך ק"ל כיון דקי"ל דהעבד מוחזק בעצמו א"כ בהא דמספקא לן אי תנאה הוי אמאי לא הוי גט גמור כיון דהעבד מוחזק בעצמו ע"כ. ולהנ"ל ניחא כיון דהספק בעצם התפיסה דאי נימא דאינו משתורר א"כ לא הוי מוחזק ולכן לא מהני תפיסה. ועיין קצה"ח (סי' רמ"א):

בכה"ג הקשה למה לא נימא כמו בספק איסורא לחומרא ה"נ בספק גזל דהוא ספק איסור גזל. וע"ש מה שתי' בזה דלאידך יהא ספק איסור ג"כ ואינו מספיק כשהלה טוען ברי ונתבע שמא. ולעד"נ דהרי בדיני נפשות מקרא מלא דספק נפשות להקל מושפטו העדה

והצילו העדה כמבואר בפסחים (דף י"ב) וברשב"ם ב"ב (דף נ) וכתיב משפט אחר יהי' לכם וא"כ כמו בספק נפשות להקל ה"נ בספק ממון וא"ש וכיוצא בזה דרש"י בפ"ק דמכות דבד"נ נמצא קרוב או פסול העדות בטל משום ושפטו והק' תוס' דגם בד"מ יהי' כן מהיקשא דמשפט אחד יהי' לכם:

ומיושב בזה הא שכתב רשב"ם בב"ב (דף נ) אהא דספק נפשות להקל משום ושפטו העדה והק' תוס' למה לי קרא לזה הא אפילו ספק ממון לקולא ולהנ"ל א"ש דגם דיני ממונות דאזלינן לקולא ידעינן מנפשות ממשפט אחד יהי' לכם, ובמ"א בארתי הא דאמרינן בפסחים (דף י"ב) א"ל רבא ומה אלו דייקינן כו' ואנו ניקום ונקטול מספיקא ורחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העדה דקשה ג"כ ל"ל קרא דספק נפשות להקל הא אפילו ספק ממון לקולא משום דדעת הרמב"ם דהא דקי"ל ספק איסורא לחומרא הוא מדרבנן וספק מותר מה"ת וא"כ ס"ד דגם בספק נפשות החמירו מדרבנן שלא ירבו שופכי דמים בישראל. ועי' ספ"ק דמכות כמו דחששו באיסור שמא יפגע אדם באיסור ה"נ בנפשות משום ובערת הרע מקרבך כדי שלא יהא שופכי דמים בישראל. וכבר כתב הנ"י והריטב"א בפ"ו דיבמות (דף סה) דלכך קי"ל במלקות בתרי זימני הוי חזקה אף דספק נפשות להקל דחכמים קנסו לעושי רשעה משא"כ בממון קי"ל דבג' הוי חזקה דספק ממון לקולא ע"ש בזה. אבל כבר כתב הט"ז לעיל (סי' ב) דבדבר המפורסם בתורה אין לחז"ל לעשות תקנה וזהו שאמר ואנן ניקום ונקטול מספיקא ורחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העדה. והא דב"ק (דף מו) ל"ל קרא דהממע"ה סברא היא אדאורייתא קאי וא"ש. ומיושב היטב הרשב"ם הנ"ל גם כן:

כל ספק ממון דקי"ל דאזלינן לקולא גם לצי"ש פטור וגם בסד"ד כן כמש"כ הכנה"ג סי' זה זולת בכופר מבואר בנ"י ספ"ד דב"ק דהרג נפלים פטור משום דאוקי ממונא בחזקת מארי' ופטור מכופר אבל לצי"ש חייב כיון דכופרא כפרה. והבאתי ראי' לזה דגם במידי דלכפרה אזלינן בספיקא לקולא לקמן (סי' ע"ה) ע"ש:

אמנם קשה מהא שכתבו התוס' בכתובות (דף ל) שהקשו כיון דתשלומי תרומה כפרה א"כ הא דתנן ביבמות (דף צ"ט) כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה כו' דאם אכלו בתרומה אין משלמין קרן וחומש ואמאי כיון דכפרה הוא ליחייבו מספק ותירצו דודאי צריכין להפריש אבל אין נותנים לכהן והכפרה תלוי בהפרשה. ולכאורה הוא שלא כדעת הנ"י דס"ל דגם במידי דלכפרה אוקי ממונא בחזקת מארי' וזה לא מסתבר דקשיא להו מדקתני אין משלמין משמע דגם לצי"ש אינם מחויבין ובמידי דכפרה הא מחויב עכ"פ לצי"ש בספיקא. ולפימש"כ לקמן (סי' ע"ה) בשם ה"ה פ"י מנזקי ממון דבמידי

דכפרה היכא דהחיוב ודאי והספק בפטור חייב בתשלומין הי' אפ"ל דשאני התם דודאי אכלי תרומה אלא שהספק בפטור לכן היו חייבין אם לא לפי"מ שתירצו דהכפרה אינה תלויה בנתינה אלא בהפרשה. וניחא בזה הא שהקשו תוס' בכתובות מיבמות ולא הקשו ממשנה דתרומות (פ"ז מ"ד) בשתי קופות אחת של חולין ואחת של תרומה ואכל מאחת מהן ואינו יודע מאיזו פטור. דלחייב משום ספק כפרה ולהדיא מדמה המ"ל בפ"י מה' תרומות להא דיבמות. אבל לפימש"כ ניחא דהתם כיון דהספק בעיקר החיוב הוי כשאר ממון דאין לחייבו מספק משא"כ הא דיבמות דהחיוב ודאי והפטור ספק אין ספק מוציא מידי ודאי במידי דכפרה. אמנם יש לפקפק בזה קצת אם זה מקרי ודאי חיוב במה שאכלו תרומה כיון דעכ"פ לגבי כל אחד אינו אלא ספק אם הוא ישראל ואם הוא כהן שפיר אכלי. לכן נראה דהא שהקשו תוס' דאמאי אין משלמין דלחייבו מספק כיון דתשלומי תרומה לכפרה היינו משום דהא קפסיק ותני אין משלמין ומשמע אפילו תרומה שלהן דהוי ממון שאין לו תובעין דאין מוציאין בדיינים ואין חיובן אלא לצי"ש. כמבואר בחולין (דף ק"ל) ובתוס' שם ולכן הקשו כיון דתשלומי תרומה לכפרה לחייבו גם בספק לצי"ש וכדעת הנ"י גם כן:

והנה בב"ק (דף ק"י) בעי רבא אין בו למשמרת יהויריב ויש בו למשמרת ידעי' מהו ויש לעיין למה השמיט רמב"ם בהלכותיו בעיא זו כיון דהוא במידי דכפרה והחיוב ודאי כמו בעיא דשני שותפין בפ"י מנזקי ממון. אך לפימש"כ הנ"י בהרג בן ט' תוך ל' כיון דהוא ספק נפל אוקי ממונא בחזקת מארי' ופטור מכופר ומיהו חייב לצי"ש כיון דכופרא כפרה אתי שפיר דהרי גזל הגר אשם קרי' רחמנא וכדאמרינן שם בב"ק (דף ק"י) ש"מ כסף מכפר מחצה והרי קי"ל דחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן ובודאי דה"ה לגזל הגר כיון דאשם קרי' רחמנא. וא"כ ליכא חיובא דבי דינא עלי' אלא החיוב על עצמו ואיהו גם בספיקא מחיוב לצי"ש לכן אין נ"מ בבעיא זו וכתב סתמא דלעולם לא יצא ידי חובתו עד שיהא שוה פרוטה לכל כהן מאותו משמר שמחזיר להם וא"ש ונכון ודו"ק:

ובתוס' ב"ק (ד' מ"ג) ד"ה לא דמים חקרו הנ"מ שבין כופר לדמים (ובמ"א נתבאר דנ"מ להא שכ' רמב"ם (פ"י מה' נזקי ממון הלכה ו) ואין האפיטרופסין משלמין כופר שהכופר כפרה הוא ואין החרשים והשוטים והקטנים בני חיובא כדי שיהיו צריכין כפרה משא"כ אי הוי דמים חייבין] ולהנ"י איכא נ"מ דבספק כופר חייב לצי"ש משא"כ שאר ממון גם לצי"ש פטור. וכן לפמש"כ (בסי' ע"ה) דהיכא דהחיוב ודאי והספק בפטור במידי דכפרה חייב משא"כ בשאר ממון איכא נ"מ גם בזה ודו"ק:

ולפ"מ שכתב הנ"י דבספק כופר חייב לצי"ש י"ל היטב מש"כ הרא"ש בהשולח דמעוכב גט שחרור פטור מקנס ומכופר דאין לו יורשים ותמה ביש"ש ובת"ש שם תיפוק לי' דהוי בעיא דלא איפשטא דנ"מ דגם לצי"ש פטור דאין לו יורשים וזה נכון:

מש"כ הכנה"ג דבסד"ד אינו מחויב לצי"ש אבל כ"ז הוא בפלוגתא דרבוותא אבל באיבעיא דלא מפשטא בש"ס לא נתבאר שם אי חייב לצי"ש. ויש לומר דבזה חייב לצי"ש דספיקא דמספקא לי' לש"ס יש לומר דשאני. וא"כ נהי דבממונא לא מפקינן מספק אבל מ"מ יש לומר דמחויב לצי"ש. ועיין סמ"ק (סי' רמ"ו) וז"ל והשולח יד בפקדון וכו' ואם הגבי' ארנקי ליטול ממנה דינר איבעיא לן אי חייב בכולה או לא ולצאת י"ש יחזור ע"כ. א"כ מבואר דס"ל דבבעיא דלא איפשטא צריך לצאת י"ש, ודבר חדש הוא לא מצאתי מי שביאר בזה. ואם כו"ע מודים להסמ"ק בזה יש ראי' להפוסקים שכ' (בסי' כ"ח) דבלצי"ש לא מהני תפיסה מהסוברים דבבעיא דלא איפשטא לא מהני תפיסה כמבואר (בסי' ר"ב ותי"ג) ואמאי הא בבעיא דלא איפשטא חייב לצי"ש א"ו דלא מהני תפיסה בזה. [ואפשר לומר דהסוברים דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא ס"ל כסמ"ק דחייב לצי"ש ולכן מהני תפיסה משא"כ הסוברים דלא מהני תפיסה ס"ל דפטור מלצי"ש] ויותר נראה דלא ככנה"ג וגם בספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא מאחר דמצאנו להדיא לסמ"ק דס"ל בבעיא דלא איפשטא דצריך לצי"ש א"כ ה"ה בכל סד"ד דאין מה לחלק ביניהם. דבשלמא בספק דמציאות דהממע"ה פטור אפילו לצי"ש וכדמשמע מהא דפריך בב"ק (דף מ"ו) אהא דאמרינן שם מניין להמוציא מחברו עליו הראי' שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם יגיש ראי' אליהם מתקיף לה רב אשי הא ל"ל קרא סברא הוא מאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לגבי אסיא והשתא מאי פריך דלמא אתא קרא לפטור מלצי"ש כמבואר כה"ג ברא"ש בחולין פרק הזרוע דאתי קרא לפטור מלצי"ש משא"כ מטעם סברא הו"א דחייב לצי"ש א"ו דגם מטעם סברא דהוא מוחזק פטור מלצי"ש וזה אינו מלא בספק דמציאות אבל בסד"ד דאיכא דסברי דחייב וכן בבעיא דלא איפשטא דאיכא צד לחיוב שפיר חייב לצי"ש. איך שיהי' הסוברים דבתיקו מהני תפיסה דהוא תמוה לכאורה אמאי מהני תפיסה מאחר דלא יכול לטעון קים לי דבשלמא בפלוגתא דדינא יכול לומר קים לי כהך מ"ד משא"כ בתיקו אבל הם יסברו מאחר דגם המוחזק אינו יכול לומר קים לי חייב לצי"ש ולכן מהני תפיסה ובפלוגתא דדינא דהמוחזק יכול לומר קים לי גם לצי"ש פטור אלא דמהני תפיסה דגם אידך התופס יכול לומר קים לי ובספק דמציאות פטור מלצי"ש כמוש"כ האחרונים דספק גזל מותר ומ"מ אם אידך תפס ג"כ מותר מה"ט גם כן:

ובזה נכון שיטת הרמב"ם דס"ל דבבעיא דלא איפשטא מהני תפיסה דס"ל כהסוברים דבכ"מ דחייב לציי"ש מהני תפיסה. וא"כ מאחר דבסד"ד מחיוב לציי"ש מהני תפיסה גם כן:

ובזה מיושב מה שתמה הישי"ש אמש"כ הרא"ש פ' השולח שכתב דמעוכב גט שחרור פטור מכופר משום דאין לו יורשים דל"ל משום דאין לו יורשים תיפוק לי' דהוא בעיא דלא איפשטא. ולהנ"ל ניחא דמ"מ הי' חייב לציי"ש, וע"כ כתב דאין לו יורשים ופטור לגמרי. וניחא בזה גם מה שהשמיט הרמב"ם הך בעיא דב"ק (דף ק"י) אין בו למשמרת יהויריב ויש בו למשמרת ידעי' מהו דהא בלא"ה חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין ואין ב"ד כופין ע"ז ולציי"ש בלא"ה חייב בבעיא דלא איפשטא וא"כ אין נ"מ בזה. ולקמן (סי' רל"א סי"ד) במקום שלא נהגו להכריע צריך להוסיף אחד מד' מאות ביבש ובש"ס הוא בעיא דלא איפשטא ואזלינן לקולא לנתבע. וכ"ה במ"מ פ"ח מה' גניבה אכן במאירי פ' הספינה שם מסיים וירא שמים חייב להחמיר ע"ע ע"כ. משמע דס"ל בבעיא דלא איפשטא חייב לציי"ש. ואפשר לומר דזהו בכלל מדות שעונשם חמור כמבואר בב"ב פ"ח בזה:

ואם הוא בהוראת איסור והיתר והוא דבר איסור דאורייתא ילך לחומרא ואי הוא דבר דרבנן ילך אחר המיקל. מזה מבואר דגם בספיקא דדינא אזלינן בדרבנן לקולא. וכן משמע בעירובין (דף ס"ה) אמר להן ר"ל נשכור ולכשנגיע אצל רבותינו שבדרום נשאל להן. וכתב רש"י דלכך אמר נשכור משום דספק דבריהם להקל. והניחא אי ספיקא דדינא לקולא אבל אי ספיקא דדינא לחומרא קשה איך אמר נשכור במידי דספיקא א"ו דגם בסד"ד אזלינן לקולא. ובברכות (דף נ"א) אמר רב אשי הואיל והראשונים איבעיא להו ולא איפשט להו אנן נעביד לחומרא הגם דמידי דרבנן הוא. ומצאתי להמנחת יעקב כלל א' (סק"ג) שכתב דהיכא דהראשונים עצמן נסתפקו בדבר לכו"ע אזלינן לחומרא והביא שם דבספיקא דדינא מחלוקת הפוסקים אחרונים בזה. ולהמחמירים לא קשה מהא דעירובין דמצינו שהקילו בעירוב בכמה דברים ע"ש, ועיין בביצה (דף י"ג) בעי רב אשי תלתא גברי ותלתא מיני מאי תיקו. וכ' רי"ף ורא"ש לחומרא. והר"ן כ' א"י למה והיינו דלהרא"ש מבואר בפ"ק דפסחים דס"ל סד"ד בדרבנן לקולא ותי' בישי"ש שם כיון דרב אשי בעצמו הניח בתיקו לכך קי"ל לחומרא ע"ש. וא"כ מבואר להדיא כסברא הנ"ל דהיכא דהראשונים עצמן נסתפקו אזלינן לחומרא. ועיין הג"מ פ"ב מה' חמץ ורא"ש פ"ג דפסחים דעת ראב"י דבדרבנן אזלינן לחומרא ע"ש וזהו דעת הש"ך ביו"ד (סי' ק"ד סק"ד) שכ' כיון דבגמ' גופא איסתפק להו אזלינן לחומרא. והפמ"ג שם כתב דלא קי"ל כן. ובי"ד

(סי' ד') פסק הב"י בשחטו סתם ואח"כ זרק דהוי ספק אי אמרינן אגלאי מילתא למפרע דאסורה בהנאה. ג"כ. ולהתוס' בב"ק (דף ע"ב שכתבו דתקרובת ע"ז דאסור בהנאה אינו אלא מדרבנן הי' להקל בספיקא דרבנן לקולא אלא כיון דהספק של הראשונים הוא אזלינן לחומרא כמש"כ בבה"ג חו"מ (סי' רמ"ב) מיהו בלא"ה לפימש"כ במ"א מאחר דאיכא דאורייתא ודרבנן בדבר אחר אזלינן גם בדרבנן לחומרא וה"נ מאחר דבאכילה אזלינן לחומרא גם בהנאה דהוי דרבנן אזלינן לחומרא גם כן:

והנה בר"ה (דף ט"ו) אמרינן אמר רבה אתרוג בת ששית שנכנסה לשביעית פטורה מן המעשר ופטורה מן הביעור ובת שביעית שנכנסה לשמינית פטורה במעשר וחייבת בביעור א"ל אביי בשלמא סיפא לחומרא אלא רישא פטורא אמאי דאמרינן זיל בחר חנטה אי הכי תחייב במעשר א"ל יד הכל ממשמשין בה ואח אמרת תיחייב במעשר. ופרש"י בשלמא סיפא לחומרא דאמינא ספוקי מספקא לך אי אזלינן באתרוג בתר חנטה לענין שביעית או בתר לקיטה כמו במעשר ואזלת לחומרא דשביעית דאורייתא הוא וספיקא דאורייתא לחומרא ע"כ. והיינו דקשיתי' דאי מספקא לי' ולחומרא אזיל א"כ אמאי פטורה מן המעשר ולזה פי' דחייבת בביעור משום דספיקא דאורייתא לחומרא משא"כ מעשר דפירות אילן אינו אלא מדרבנן כמוש"כ תוס' לעיל שם (דף י"ב) ד"ה תנא אזלינן בספיקו לקולא ומבואר מזה דס"ל דגם בספיקא דדינא אזלינן בדרבנן לקולא. אכן אין ראי' מזה די"ל דס"ל כפי' תוס' דממילא פטור ממעשר כיון דאזלינן לחומרא בשביעית ממילא נעשה הפקר. ואין להביא ראי' מזה דס"ל לתוס' דבסד"ד אזלינן בדרבנן לחומרא מדפי' משום הפקר ולא משום דספיקא דרבנן לקולא דיש לומר דחדא נקטי ועוד דעד כאן לא אזלינן בספיקא דרבנן לקולא היכא דאינו נוגע לדאורייתא אבל היכא דנוגע לדאורייתא ואזלינן לחומרא ממילא אזלינן גם בדרבנן לחומרא כנ"ל ובתשובה הארכתי בזה. וא"כ ה"נ כיון דבשביעית נקטי' לחומרא משום דאזלת בתר לקיטה א"כ שוב ליכא למפטרי' ממעשר ותיזל בתר חנטה דסתרי אהדדי וכבר כתבו תוס' בביצה (דף י"ד] דהיכא דסתרי אהדדי ותרווייהו דרבנן אזלינן בתרווייהו לחומרא ולכן הוצרכו לפטור משום הפקר: ובב"ב (דף פ"א) ודילמא לאו ביכורים נינהו וקא מעייל חולין לעזרה וברשב"ם מבואר לחד פירושא דביכורים דלאו בר זביחה איסורא דידי' אינו אלא מדרבנן וא"כ קשה מאי פריך דילמא לאו ביכורים נינהו וקא מעייל חולין לעזרה הא ספק איסור דרבנן לקולא ואין לומר דזה מיחשב לכתחלה וכבר כתב הר"ן בערבי פסחים דאין ליכנס בספק דרבנן לכתחלה דזה אינו כיון דספק הוא שמא מחויב בהבאה מיחשב כדיעבד וצריך להיות לקולא ובפרט דהסוגיא קאי לר"מ ור"מ ס"ל בעירובין (דף ל"ה) דאפילו

בספק איסור שעיקרו מה"ת אזלינן לקולא. א"ו דלהא' פירושא בסד"ר גם בדרבנן אזלינן לחומרא ולהסוברים דגם בסד"ד אזלינן לקולא צ"ל כאידך פירושא שם דגם בזה אסיר מדאורייתא. ועיין מ"ל פ"ב מה' שכירות שהקשה אמאי פסק הסמ"ג בלאוין (קפ"ד) בבעיא דב"מ (דף צ') דאסור ואינו לוקה הא הבעיא בדרבנן הוא. וי"ל דשיטתו כהסוברים דבבעיא דלא איפשטא גם בדרבנן אזלינן לחומרא. ומש"כ ואינו לוקה היינו מכת מרדות כיון דהוי ספק אך בסמ"ג ח"ב מ"ע בה' ברכות כתב בבעיא דברכות (דף י"ב) כיון דהוי ספק דבריהם אזלינן לקולא ואפ"ל דס"ל לחלק דברכה שאני דעיקרו דרבנן משא"כ היכא דעיקרו דאורייתא ודו"ק. ובהא דב"ב מסיק רב משרשי' דלכך מביא ואינו קורא משום דילמא אתי לאפקועי מתרומה ומעשר. ודעת הרמב"ם בפ"ב מה' מעשר דלאחר מירוח לקוח פטור ומתנות כהונה הוי לקוח כמבואר בתוס' ב"מ (דף ז') ד"ה מפריש וא"כ מספק יהא פטור הכהן ממעשר דלקוח אינו אלא מדרבנן וספיקא דרבנן לקולא ומבואר מזה דספיקא דדינא גם בדרבנן אזלינן לחומרא וי"ל. עי' מג"א (סי' יו"ד סקי"א) דאין לעשות ספק דרבנן לכתחלה ונראה דה"ה בסד"ד אין ליכנס לכתחלה בספק. וכן כתב הר"ן בפ' ערבי פסחים ע"ש. וט"ז או"ח (סי' תפ"ז סק"ה) וכן מבואר ממש"כ הרמב"ם פ"ג מה' ק"ש (הלכה ג') זימן אחד מהם לבית הכסא ואמר על השני וזה הרי הב' ספק אם הזמינו לכך לפיכך אין קורין בו לכתחלה ואם קרא יצא. וכמש"כ לח"מ בזה:

ולענין אי ספק מצוה דרבנן לקולא הנה בספיקא דמציאות הרי הוא כלל ספק דרבנן ולקולא כמבואר בברכות (דף כ"א) לענין ספק אי קרא ק"ש דאינו חוזר וקורא מ"ט ק"ש דרבנן. ומהא דקי"ל בבדיקת חמץ להסוברים דאינו אלא מדרבנן דאזלינן בספקו לקולא כמבואר ברא"ש פ"ג דפסחים גבי ב' חצאי זיתים ובטוש"ע או"ח (סי' תמ"ב) ואף בסד"ד כמבואר שם היינו משום דבדיקת חמץ אינה מצוה מצד עצמה אלא משום שלא יבא לאוכלה כמוש"כ תוס' ריש פסחים והארכתי בזה. והעיקר דספיקא דדינא במצוה דרבנן הרי הוא ככל ספק דרבנן ואזלינן לקולא. זולת מה שמצינו הא שכתבו תוס' בסוכה (דף ל"ז) ד"ה כדי מש"כ הערוך בשם הירושלמי תנא צריך לנענע שלשה פעמים על כל דבר ודבר בעי ר' זירא הכין חד והכין חד או דילמא הכין והכין חד כו' וכיון דלא איפשט עבדינן לחומרא שלשה פעמים לכל אחד ואחד עכ"ל. וקשה הא ניענועים אינו אלא דרבנן וא"כ צ"ל בספיקו לקולא ואמאי עבדינן לחומרא. וכ' הרא"ש שם (סי' כ"ו) דהוא משום חביבות המצוה. ודעת בעל העיטור שם דבאמת אזלינן בספיקו לקולא ע"ש. אלמא דגם בספיקא דדינא במצוה דרבנן אזלינן לקולא אלא דדעת הרא"ש דשם אזלינן לחומרא דהוא משום חביבות המצות הא לאו הכי אזלינן בספיקא לקולא: ובזה ניחא

לי הא דאמרינן במגילה (דף ה') גופא חזקי' קרי בטברי' בארביסר ובחמיסר מספקא לי' אי מוקפת חומה מימות יב"נ היא או לא כו' מאי פרזים ומאי מוקפין דכתיבי גבי מקרא מגילה משום דהני מיגלו והני לא מיגלו והא נמי מיגליא. או דילמא משום דהני מיגנו והני לא מיגנו והא נמי מיגניא כו' רב אסי קרי מגילה בהוצל בארביסר ובחמיסר מספקא לי' אי מוקפת חומה מימות יהושע בן נון היא או לא. והקשה הר"ן ז"ל אמאי קרי בתרווייהו הא ספק של דבריהם לקולא. ותי' משום מדת חסידות עשו כן ע"ש. והרב טורי אבן תירץ דספק דברי קבלה כדאורייתא דמי וכיון דלא שייך הכא למיזל בתר רובא דעלמא לכן אזלינן בספיקו לחומרא עיין שם. ולפי מה שכתב הרא"ש ז"ל דבנענועים אזלינן לחומרא אף דהוי דרבנן משום חביבות המצוה ה"נ יש לומר דקרו בתרווייהו משום חביבות המצוה שמצותה לפרסומי ניסא וכחה גדול. וכמוש"כ הרמב"ם ז"ל כיוצא בזה (בפ"ד מה' חנוכה הי"ב) מצות חנוכה מצוה חביבה היא עד מאד וצריך אדם להזהר בה כדי להודיע הנס עכ"ל וה"נ במגילה כן. לכן קרו בתרווייהו. ואפילו אם נימא דהרא"ש לא כ"כ אלא בספיקא דדינא מ"מ א"ש על חזקי' לפי"מ דמסיק דמספקא לי' מה פרזים ומאי מוקפין דכתיבי גבי מקרא מגילה דהני מיגלו והני לא מיגלו או דילמא הני מיגנו והני לא מיגנו וא"כ הוי ספיקא דדינא לכן החמיר ע"ע לקרות בתרוויי'. ועכ"פ מבואר מהר"ן ז"ל דגם בספיקא דדינא אזלינן לקולא בספק מצוה דרבנן. וניחא ג"כ הא דאיתא בפסחים (דף ק"ח) דמשום דמספקא לן בהי תרי כסי צריך הסיבה אי בתרי קמאי או בחרי בתראי עבדינן הסבה לכולהו. והקשה הר"ן ז"ל הא ספק דרבנן לקולא ולפימש"כ דבסד"ד בדרבנן היכא דשייך בזה חביבות המצוה עבדינן לחומרא א"ש דה"נ הסבה שהיא הוראת החירות משום חביבותא עבדינן לחומרא ועכ"פ מבואר דעת הר"ן ז"ל דגם בספיקא דדינא בדרבנן אזלינן לקולא כמו סד"ד בהסבה דארבעה כוסות. והא דכתב בפ"ג דסוכה לענין נענועים דאזלינן בהו לחומרא צ"ל דס"ל דמשום חביבות המצוה החמירו התם. אבל י"ל קושיותיו במגילה ובד' כוסות דהחמירו הוא משום חביבות המצוה גם כן. ובהא דפ"ק דב"ק בהידור מצוה עד שליש במצוה דהיא בעיא דלא איפשטא אי שליש מלגו או שליש מלבר כתב הרא"ש לקולא ואינו אלא שליש מלגו והוא משום דההידור אינו אלא מדרבנן כמוש"כ היש"ש שם. וכיו"ב בתוס' מנחות (דף מ"א) ד"ה אין דואנוהו אינו אלא דרבנן ולכן פסק לקולא אלמא דגם בסד"ד במצוה דרבנן אזלינן לקולא בזה. נתבאר מכ"ז דספיקא דמציאות במצוה דרבנן לעולם אזלינן לקולא. ובסד"ד יש חילוק בין מצוה למצוה ובמצוה החביבה אזלינן לחומרא וכיו"ב במרדכי פ' החולץ דיש מקומות דגם ספיקא דרבנן לחומרא כן נ"ל בזה. ומעתה מה שכתב הכו"פ (בסי' ט"ז)

דס"ס אינו פוטר ממצוה דאורייתא ליתא לפימש"כ דספק במצוה דרבנן אזלינן לקולא דכללא הוא דכל מה דמהני ס"ס בדאורייתא ה"ה בחד ספיקא דרבנן והיכא דלא מהני ס"ס בדאורייתא לא מהני ספק בדרבנן. והשתא כיון דמהני חד ספק בדרבנן ה"ה דמהני ס"ס בדאורייתא גם כן: התוס' בביצה (דף י"ד) ד"ה איכא כתבו וז"ל דללישנא קמא בעי שינוי וללישנא בתרא לא בעי שינוי אי נמי בהאי שאינו מפיג טעמו ולא ידע דללישנא בתרא צריך שינוי וללישנא קמא לא צריך שינוי ופסק ר"י שיש לאסור בכל ענין דאזלינן לחומרא אע"ג דבשל סופרים הלך אחר המיקל הואיל ולכל אחד ואחד יש קולא וחומרא מכל צד עבדינן לחומרא עכ"ל. ועיין מג"א (רס"י תקל"ח) וכיוצא בזה כתב הר"ן בפ"ק דתענית בהא דאוכלין בתענית בלילה דלא שייך ספק דרבנן לקולא כיון דבכל צד איכא קולא וחומרא ע"ש. ובזה ניחא לי מה דהוה ק"ל משכ"כ תוס' במס' ע"ז (דף ל"ח) ד"ה איכא בינייהו וז"ל וארת מדנקט הני ולא נקט דבש וגבינה שעולה על שולחן מלכים ונאכלים חיים ש"מ דבעי למנקט דברים שנעשה בהן לשון אחרון מוסיף על הראשון ולהקל עליו דאפילו אינו נאכל חי כיון שאינו עולה לית בי' משום בישולי נכרים. ולכן פסק ר"ת דהלכתא כהני תרי לישני ואי איכא חד מינייהו אינו נאכל חי או אינו עולה אין בו משום בישולי נכרים דבשל סופרים הלך אתר המיקל ע"כ. והדבר תמוה לכאורה הא לר"ת בכ"מ דאיכא תרי לישני בשל סופרים הלך אחר המיקל כמשכ"כ תוס' שם (דף ז') וא"כ למה הוצרך להקדים מדלא נקט דבש וגבינה דלכן פסק ר"ת דבשל סופרים הלך אחר המיקל, אבל לפי"מ שנתבאר דהיכא דאיכא חומרא ג"כ בכל צד אזלינן לחומרא שפיר הוצרכו לזה וה"נ ללישנא קמא איכא חומרא בדגים קטנים וקולא בדבש וגבינה וללישנא בתרא חומרא בדבש וגבינה וקילא בדגים קטנים ובתרווייהו ניזיל לחומרא לכן הוכיח ר"ת דמדלא נקט דבש וגבינה מבואר דהאי לישנא לאו לאיפלוגי אתא אלא לאקולי וכמוש"כ תוס' שם לקמן (דף נ"ט) ד"ה כל ע"ש. והרי התוס' שם (דף ז') כתבו בשם הר"ש דהיכא דמבואר בגמ' כחד מהני לישני עבדינן כהאי לישנא דמבואר כוותי' וכאן הוי כמו דמבואר בגמ' דהלכה כתרווייהו לכן בשל סופרים הלך אחר המיקל וא"ש ונכון היטב:

והיכא דאיכא תרי שינויי בגמ' אם הלכתא כשינויא קמא או כשינויא בתרא. עיין בתוס' מס' ע"ז (דף ז') וראשונים שם מחלוקת בזה. ובראש הביא רעת ריץ גיאות דלעולם הלכה כאיכא דאמרי ומקצת הגאונים פסקו בממונא כאיכא דאמרי ובאיסורא לחומרא ורש"ל בתשובה (סי' ל"ה) הוכיח דעת רא"ש דהלכה כלישנא בתרא ממש"כ בס"פ המוכר פירות ביין ונמצא חומץ וכדעת ריץ:

והנה הרא"ש בפ"ב דחולין (סי' ב) כתב וז"ל השוחט דיעבד אין לכתחלה לא איבעית אימא אאחד בעוף ואיבעית אימא ארובו של אחד כמוהו ומסתבר כיון דאיכא תרי לישנא עבדינן לחומרא ולכתחלה צריך לשחוט ב' סמנים אף בעוף ורבינו אלפס ז"ל כתב ורובו של אחד כמוהו דוקא דיעבד אבל לכתחלה מיבעי לי' למשחט כולו סימן משמע דס"ל כלישנא בתרא לקולא משום דהני תרי לישני פליגי בדרבנן דמדאורייתא בסימן אחד סגי ואזלינן לקולא בשל סופרים עכ"ל וקשה הא גם באיסור תורה פסקו רי"ף ורא"ש בכ"מ כלישנא בתרא. צריך לומר דהרא"ש לטעמי' בפרק קמא דב"ק שכ' אע"ג דבכל דוכתי רגיל הרי"ף לפסוק כלישנא בתרא היינו היכא דאיכא תרי לישני אחדא מימרא דלישנא קמא קמפרש דהכי איתמר הדא מימרא ולישנא בתרא מפרש דאיתמר בענין אחר אבל הני תרי לישני לאו מימרות אמוראי נינהו אלא גמרא הוא דשקיל וטרי לפרש הלכך לית הכא תרי לישני למיזל בתר בתרא אלא סברות חלוקות זה על זה עכ"ל. הרי דס"ל דדוקא באיכא דאמרי לישנא בתרא עיקר. אבל באיבעית אימא דהוא פירושא דמימרא לא ידעינן הי עיקר ולכן פסק לחומרא ולהרי"ף דהוא מדרבנן לקולא. ועיין רא"ש פרק יו"ד דחולין (סי' ב) דמשמע נמי כן. אלא דקשה על זה מהא שכ' הרא"ש דעת רי"ף בפ"ג דגיטין (סי' ו) והסכים לזה דלישנא בתרא עיקר אף דאיבעית אימא הוא וצע"ג. ובס' גט פשוט (כלל ז') כתב דדעת הפוסקים דלישנא בתרא עיקר יותר מוסכם וגם באי בעי"א כן ע"ש:

הרא"ש בפ' בהמה המקשה (סי' ז') כתב אר"י א"ר צומת הגידין ברובו. מאי רובו רוב כל אחד מהם. איכא דאמרי רוב כל אחד ואחד, ורב אלפס ז"ל לא הביא אלא לישנא בתרא דרב ואף דבשל תורה הוא וראוי להחמיר כלישנא קמא. והקשה התי"ט הא הרי"ף באמת פוסק בכל מקום כלישנא בתרא ומאי הקשה עליו הרא"ש ע"ש. וי"ל דהרא"ש לטעמיה אזיל שכתב בפ"ק דב"ק בדעת הרי"ף דהיכא דאיכא תרי לישני אליבא דחד אמורא האיך סבירא לי' דספיקא הוי גבי רב אסי דס"ל נוטל רביע בקרקע ורביע במעות ולכן שפיר הקשה דראוי להחמיר כלישנא קמא וא"ש:

הרא"ש בפ' ראוהו ב"ד (דף כ"ח) כתב דהכא ל"ד לתרי לישני דעלמא דאורחא למימר אריש תחילה ולבתר הכי אסיפא הלכך ליכא למיקם עלה וכו' עכ"ל. ועיין רא"ש פ' כיסוי הדם (סי' ו) ופוסקים או"ח (סי' תקי"ח) דמשמע נמי כן. ולפי"ז גם באיכא דמתני באמוראים אורחא למימר אמאן דקודם בזמן וליכא למיקם עלה דמילתא וניחא בזה קושיית הב"ח ביו"ד ע"ש. ומבואר במ"א וכאן קצרתי בזה. ובזה ניחא הא דבכורות (דף מ"ג) אמר רבא לא שנו אלא שאין לו לפניו ויש לו לאחריו כו' ואיכא דמתני לה אסיפא

ופסק הרמב"ם פ"ח מה' ביאת מקדש (הלכה א) כלישנא בתרא ע"ש בכס"מ. ולפימש"כ הרא"ש אין אנו צריכין לזה אלא משים דכיון דאורחא דמילתא לפרש רישא תחלה ליכא למיקם אמילתא ולכך פסק שם לחומרא וכהרא"ש ז"ל בזה:

אבל אין סומכין על דברי קטן נגד דברי גדול ממנו כו' וכן אם היה יחיד נגד רבים. עיין ש"ך יו"ד (סי' רמ"ב) דלהרמב"ם לא אזלינן בתר גדול באיסור תורה משא"כ רבים נגד יחיד ותלמיד נגד רבו מהני גם באיסור תורה. ועיין כס"מ ספ"ו מה' ת"ת דיחיד נגד רבים הוי כתלמיד נגד רבו אם כן שפיר דמיין להדדי. וכ"ש לפימש"כ תוס' מנחות (דף ל"ח) ד"ה אלא דהיכא דאין הלכה מחביריו כ"ש נגד רבו וכיון דרובא דאורייתא כ"ש דרבו נגד תלמידו דמהני באיסור תורה גם כן. וכן מבואר בכמה דוכתי דהלכה כהרב באיסור תורה גם כן:

אא"כ היה בו ג"כ הפ"מ. עיין ביו"ד (סי' רמ"ב) בש"ך שהשיג על הב"ח דס"ל דהא דמיקל הרשב"א בהפ"מ ביחיד לגבי רבים אפילו באיסור דאורייתא דהרי הא דיחיד ורבים הלכה כרבים דאורייתא והאיך אפשר לעקור ד"ת בהפ"מ והלא כך הוא גזירת המלך לילך אחר הרבים ומה בכך שהיא הפ"מ ועוד שהרי הורגין נפשות ומחרימין ומפקירין ומאבדין ביד ע"פ הרוב ועיר הנדחת נידונין ע"פ הרוב והרי אין לך הפ"מ גדול מזה לכך העלה דאין מקילין בהפ"מ אלא בדרבנן וטעמא דהם אמרו והם אמרו לסמוך על היחיד במקום הפ"מ וכהי"ג אשכחן טובי דלא העמידו דבריהם במקום ממון וכמש"כ ג"כ בסי' קי"ט כ"ש במקום שיש מי שמתיר ע"כ. ויש להביא ראיה לזה דאשכחן דברים שלא העמידו דבריהם בממון מהא דאמרינן בפסחים (דף מ"ו) מי שיש לו בהמה מסוכנת אם יכול לאכול כזית צלי מבעו"י מותר לשחוט י"ל אע"ג דלא בעי למיכל ואי לא אמרינן הואיל אמאי משום הפ"מ ומשום הפ"מ שרינן איסורא דאורייתא. ומשמע מזה הא אי הוי איסור דרבנן מקילי' בי' משום הפ"מ, ואף דבכל איסורי דרבנן לא חשו לממון ואסרי הכא דהאיסור בדבר אחר הקילו בזה:

ועיין חלקת מחוקק אהע"ז (סי' י"ז סקל"א) שכתב דלא שייך בעיגונא לסמוך על דברי היחיד בשעת הדחק מאחר דעיקר המחלוקת הוא בעיגונא שהוא שעת הדחק יעו"ש. וא"כ לק"מ מהא דדיני נפשות ועיר הנדחת וחרם והפקר מאחר דעיקר הדבר בהפ"מ הוא וא"כ שפיר אזלינן בתר הרוב בזה. אבל היכא דאין עיקר מחלוקתן בהפסד מרובה שפיר יש לומר דבהפסד מרובה סמכינן אדברי היחיד אפילו בדאורייתא גם כן. ובזה ניחא הא דאמרינן בחולין (דף מ"ט) רב ואיסור דאורייתא ואת אמרת התורה חסה על

ממון ישראל דמשמע דבאיסור דאורייתא לא מהני הפ"מ דשאני התם דהפלוגתא דרב ורב ששת על זה גופא:

בתה"ד (שאלה ר"ד) כתב באין לצבור יין כשר אלא בדוחק אם יש להתיר כמו בהפסד מרובה דמתירין והביא ראיה דלא הוי כהפסד מרובה מהא דפ"ק דנדה (דף ט') דר' אליעזר השיב לחכמים מריבה אתת בהיתלו שעברו עלי' ג' עונות ואמרו דיין שעתן ואמרו לו חכמים אין שעת הדחק ראי' מאי שעת הדחק איכא דאמרי שני בצורת הוו ופרש"י שני בצורת והוו הפסד מרובה כלומר ולכך אפילו מיעוט טהרות הוי הפסד מרובה אבל לא רצה רש"י לפרש שני בצורת והוי דוחקא לאוכלי טהרות אע"כ לא שרינן הכי אלא משום הפסד הקילו דהתורה חסה על ממונן של ישראל ע"כ. ובזה יש לפרש הא דשעת הדחק דרבי בנדה (שם דף ו') דרש"י פי' שנת בצורת והקשו תוס' על זה דהא בזה גם חכמים מודים לכן פירשו בדרך אחר ע"ש. ולהנ"ל י"ל דשעת הדחק דרבי הי' שהי' דוחק לאוכלי טהרות וזה נכון וכעת בא לידי ש"ס עם תוספי הרא"ש וראיתי שכתב שם (דף ו') דהא שעת הדחק אינו כל כך כאינך דלקמן ע"כ. ואולי כוונתו כמוש"כ. וזהו שכתב הרמ"א דאין ס מכין אפילו בשעת הדחק אלא אם כן הי' גם הפסד מרובה וכמש"כ בביאור הגר"א ז"ל דזה צריך להיות אחר יחיד ורבים:

ובביאור הגר"א ז"ל כתב (סקי"ט) דבשעת הדחק לבדו לא מהני וז"ל ואיתא בפ"ק דנדה (ט' ב') ת"ר מעשה ועשה ר' כו' אלא דלא כו' בשעת הדחק אלמא דוקא משום דעבד עובדא אמר כדאי הוא כו' ע"כ. ולכאורה תמוה מהא שכ' התוס' בנדה (דף ו) בד"ה בשעת הדחק דהאי בשעת הדחק היינו אדם שנגע במעת לעת שבנדה ועשה מעט טהרות לפני ראיתה ואחר הוראתו עסק בטהרות הרבה ולא דמי לשני בצורת כיון דמקודם לכן לא היתה שעת הדחק ואפיש בטהרות ע"י הוראת טעות. ועוד י"ל שעת הדחק שהשואל הלך לו והי' טורח גדול לרדוף אחריו כדאמר בפ' אעפ"י ו(דף ס) רהט אבתרי' תלתא מילי בחלא ולא אדרכי' ע"כ. הרי דשעת הדחק הי' ע"י דעבד עובדא ואין ראי' אלשעת הדחק דלכתחלה לא מהני. ולפי"מ שפרשנו דשעת הדחק הוא לאוכלי טהרות אתי שפיר דוקא משום דעבד עובדא אבל לכתחלה אין להורות קולא בשעת הדחק לבדו. ונמצא למדין מדברי הגר"א ז"ל דבר חדש דהא דמבואר ברמ"א דשעת הדחק לבדו לא מהני אינו אלא לכתחלה אבל בדיעבד לא מהדרינן עובדא בזה:

ובהפסד מרובה אף שיאכל ונשאר מעט לא יהא הפסד מרובה א"צ להפסיק אלא הואיל והותר הותר דומיא הא דשו"ע או"ח (סי' קס"ח ס"ה) בפת ע"ג וכיון שהותר לבצוע הותר לכל הסעודה. וכתב המרדכי פ' אין מעמידין זכר לדבר הואיל והותר לצרעתו הותר

לקריו וה"נ כן. ואף דיש לחלק מהא דהותר לצרעתו דיבמות (דף ז') דהתם מכניס הכהן בפ"א משא"כ הכא. ולכן אינו אלא זנ"ד. ועיין מג"א (סי' פ"ח) ובח"ס פקפק שם דהתם האיסור בב"א. והרי להמרדכי ראי' למג"א בזה:

ומה"ט נראה בהא דנסתפקו האחרונים אי שרינן לכבוד שבת אם נשאר לאחר שבת אסור או לא דאמרינן גם בזה הואיל והותר לשבת הותר לחול. ובמשבצות (סי' צ"ד סק"ט) כתב בפשיטות משים דהואיל ואשתרי אישתרי והרי מבואר מהא דפת ע"ג כן. ועיין רש"י סוכה (דף ל"ט) הואיל והותר בערב שבת הותר לכל ימות השבת וצריך ביאור ואכמ"ל בזה. ובשבת איכא גם הטעם שכ' הט"ז ביו"ד (סי' קי"ג סק"ח) בשם או"ה שאין זה כבוד שמים שיבצע עליו ואח"כ יפרוש ממנו וה"נ אין זה כבוד שיאכל בשבת ויפרוש בחול דמה שאוכל בשבת הוא כבוד שמים ומצוה כמו פרוסת המוציא. ואם מותר לאכול בערב שבח אם הטעימה כדי לידע מה הי' חסרה בוודאי גם הוא לכבוד שבת. עיין מג"א (סי' ר"נ סק"א) ובאלי' רבה (סק"ו) שכתב כדי לתקן כהוגן אך אם רוצה לאכול שלא לכבוד שבת האריך בזה מורה אחד ולהטעם שכ' המרדכי בפת ע"ג הואיל והותר לצרעתו הותר לקריו אסור דבעינן שיהא דבר המותר קודם כמ"ש ביבמות (דף ת) תינח היכא דנשא מת ואח"כ נשא חי ע"ש אבל לטעם דאין זה כבוד שמים מותר דאין זה כבוד שמים שיחזיק לאיסור בע"ש ויאכל בשבת וזה נכון:

עוד הביאו האחרונים מהא דפ"ד דדמאי (מ"א) הלוקח פירות ממי שאינו נאמן על המעשרות ושכח לעשרן ושואלו בשבת יאכל על פיו חשכה למוצאי שבת לא יאכל עד שיעשר. והוא משום כבוד השבת כמבואר בירושלמי [והתי"ט שכ' משום דשמא ישאל בחול הוא תמוה שכ' דלא כירושלמי]. אלמא דלא אמרינן הואיל והותר לשבת הותר לחול. ובתי' ר' עקיבא איגר ז"ל כתב דכך היתה התקנה. ויותר נראה דל"ש התם הואיל ואשתרי אשתרי דהא מה שמפריש אח"כ מועיל גם על מה שאכל בשבת כמבואר ברמב"ם. ושבת מעכב הפרשה ובחול יכיל להפריש ומה שייך בזה הואיל והותר בשבת בלא הפרשה מותר בחיל בלא הפרשה וגם כבוד שבת לא שייך הכא דהא אדרבא מה שלא הפריש בשבת הוא משום כבוד השבת גם כן:

וכ"ז ביחיד במקום רבים אבל כשהדין ברור ביותר מקילינן אף בשעת הדחק ובע"ש. ועי' פר"ח יו"ד (סי' ל"ט) בזה וביו"ד (סי' קי"ג) ע"ג שבישל לחולה בשבת מותר למוצאי שבת אפילו לבריא דכל כה"ג היכרא איכא וא"כ בכל דבר שמקילין לכבוד שבת או לצורך גדול ואפילו להט"ז דהאוסר שאני התם דמעולם לא הי' צד היתר בדבר דגם חולה שהבריא אסור לו לאח"כ משא"כ במקילין בהפ"מ או לצורך גדול דבלא"ה יש מתירים

וכמו שאכתוב לקמן בזה. ובאה"ע (סי' קס"ד) במת תוך ל' אם נתקדשה לכהן אינה חולצת גירשה הכהן או מת חולצת. ול"א הואיל והותר הותר יש לומר דעריות שאני והחמירו בו. ולהש"ג הביאו הב"ש שם באמת אינו חולצת לאח"כ גם כן. וכן באה"ע (סי' ו' ס"נ) יצא קול פלוני כהן גירש אשתו אין מוציאין מידו ואם מת ונשאת לכהן אחר תצא ול"א הואיל והותר הותר דהחמירו בזה. ועוד דהרי התורת חטאת בהקדמה כתב כי הי' נראה לו היתר ברור אליבא דהלכתא רק שהאחרונים החמירו לכך במקום צורך אוקמי אהלכתא ע"כ וא"כ ודאי דדמי לפת ע"ג שכתבנו דהואיל והותר הותר וה"נ כן:

ובמש"כ הרמ"א אלא אם כן הי' גם כן הפסד מרובה אין הפירוש דבעינן תרתי שעת הדחק והפסד מרובה וכמוש"כ הח"ס (שאלה ע"א) וזה אינו. דשעת הדחק לבדו לא מהני אבל בהפסד מרובה לבד מהני וכמבואר להדיא בש"ך יו"ד (סי' רמ"ב) ע"ש בזה. ועש"ך יו"ד (סי' ל"ז ס"ק ט"ז) דמצריך תרווייהו שעה"ד והפ"מ הוא משום דנ"ל דעת האוסרין עיקר כמוש"כ שם בזה:

ובביצה (דף י"א) ת"ר אין מולחין את החלבים ואין מהפכין משום ר' יהושע אמרו שוטחן ברוח ע"ג יתדות א"ר מתנא הלכה כר' יהושע איכא דאמרי א"ר מתנא אין הלכה כר' יהושע בשלמא למ"ד הלכה כר"י איצטריך סד"א יחיד ורבים הלכה כרבים קמ"ל אלא למ"ד אין הלכה פשיטא יחיד ורבים הלכה כרבים מ"ד מסתבר טעמי' דר"י קמ"ל. וק"ל אי בדרבנן סמכינן בהפ"מ דילמא לכך קאמר אין הלכה דאפילו במקום הפסד לא סמכינן והכא הוי דרבנן ומבואר כנ"ל דהא הכא הפלוגתא אי מקילין משום הפסד וא"כ בלא"ה לא הוי סמכינן איחיד ולכך קאמר פשיטא:

אם הי' מנהג בעיר להקל וכו'. הביא הש"ך בשם הב"ח דחכם שהנהיג בעירו באיזה דבר לאיסור יכול חכם אחר להתיר אח"כ. ועיין בתומים שכתב צ"ע בזה, ועיין יבמות (דף י"ד) דר' אבהו כי איקלע לאתרי' דריב"ל הוה מטלטל שרגא וכי איקלע לאתרי' דר' יוחנן לא הוה מטלטל, ומסיק דכריב"ק ס"ל והא דלא הוה מטלטל באתרא דר"י הוא משום כבוד דר"י. משמע דמשום שיבא להקל לא חש לזה אלא דחייש לכבודו וא"כ ה"נ כשהחכם אוסר אין יכול חכם אחר להתיר מאחר דלדעתו אין הלכה כן. וההוא תלמיד דאורי בחרתא דארגיז ושמתי' ר"ה משום דאתרי' דרב הוה הוא ג"כ משום כבוד הרב דמנדי' על כבוד הרב אבל לא שיהא כקבלו באיסור לעשות לעולם כן. ומש"כ בתשב"ץ ח"ג (שאלה ר"י) צע"ג בזה:

ובחולין (דף נ"ג) אתרא דשמואל הוה פי' ולכך לא רצה להקל משמע ג"כ משום כבודו דשמואל אבל בלא"ה הי' מיקל ובלשון ראשון פרש"י אבל אי הוו פליגי בה לא הוי משדר

להו קמי' להפסיד ממון ישראל דכ"מ שיש נדנוד חטא אין חולקין כבור לרב כך שמעתי עכ"ל [ומההוא תלמיד דאורי בחרתא דארגיז ושמתי' ר"ה משום דאתרי' דרב הוה משמע כלשון שני שברש"י ואכמ"ל בזה] וא"כ משמע מזה דכל היכא דלפי דעת החכם מותר אין איסור להתיר בזה. ולא שייך בזה לקבלו עליהם איסור מאחר דהמנהג כן שבני העיר גרירי אחר החכם וזה אוסר וזה מתיר ובזמן שהאוסר הי' סבורים שהדין עמו ואח"כ כשבא המתיר הרי הוא כאלו הי' בטעות. ועיין פ"י בקולית דל"ש בכזה מנהג. ועיין ת"ש בזה:

כתב חו"י בסוף הספר דכל מה דסתם לן בשו"ע ולא חלקו עליו הבאים אחריו הוי דבר משנה ובמקום שהביא הרמ"א דעת החולקים והסכים עמהם ג"כ ה"ל כדבר משנה בארצות הללו דנוהגין כוותי' ובמקום שכתב י"א ולא הכריע ה"ל סמ"ע וש"ך בהכרעתן כדבר משנה בכל ענין ואם אין כאן הכרעה אין להוציא ממון ומ"מ אם ספק כבהג"ה רמ"א להוציא ממון אין מחזירין דאל"כ למאי נ"מ כתבו רמ"א ע"כ. ולא ידעתי הלא הא דחוזר מיירי שכבר לקח הלה ממון עפי"ד וא"כ שוב אידך תופס הוי וא"כ מה חזרה שייך בזה, וע"כ צ"ל דמיירי שיהא הדיין פטור להי"ח דמחייבים בא"א למהדר והכא א"א למהדר דאין הלה צריך להחזיר עפ"י דין דא"כ אין ראי' מהא שכ' דלמאי נ"מ כתבו רמ"א דכתבו לענין תפיסה. וגם הא כ' הש"ך ביו"ד (סי' רמ"ב) מש"כ הראב"ד בעדיות דלמה נשנו דברי היחיד מאחר דהלכה כרבים. ומש"כ בתשובת מנחם עזרי' (סי' צ"ו) למאי כתב השו"ע הי"א אחר דלא קי"ל כוותי' ע"ש בזה:

בתשובת מהר"א ששון (שאלה מ"ב) מבואר אי הטור ואביו הרא"ש מחשבי כתרי או כחד ע"ש. והא דמבואר לעיל (סי' י"ח) דבד"מ אב ובנו ורב ותלמידו אין מונין להם שנים אם לא שלמד ממנו שלא בשעת מעשה צ"ל דשא"ה שהם בעצמם הדיינים משא"כ הכא דהדיינים אחרים הם וכן מצאתי לכנה"ג שכתב כן:

ועיין ירושלמי כתובות (פ"ט ה"ו) ר' זעירא בעא קמי' ר' יוסי האיך עבדינן עובדא א"ל תרי כל קביל ארבעה ולא עבדינן עובדא כסוגיא א"ל תרי כל קביל תרי אינון דבי לעזר תלמידי' דר' חיי' רובא ר' ינאי תלמידי' דר' יוחנן ע"כ. הרי להדיא דלדידן הרב והתלמיד אינו נחשב אלא לחד וה"ה לאב ובנו נמי כן. אמנם י"ל ממש"כ הרא"ש בפ"ב דגיטין (סי' ב') וז"ל וכיון דר' נחמן ומר זוטרא ברי' ואביי קיימי בחדא שיטתא הו"ל רבא יחיד לגביי' ע"כ. אלמא דגם בנו נחשב לשנים. ואפ"ל דהעיקר הוא דר"נ ואביי ואגב אורחא כתב לצרף הא דמר זוטרא גם כן:

סעיף ה:

ודוקא שגילה דעתו שעשה הפשרה משום השבועה וכו'. בתשובת הרי"ף החדשים (סי' קנ"ד) מבואר דבלא עשה הפשרה משום השבועה קיים דעביד אינש דזבין ומזבין דיני' ע"ש ועמש"כ לעיל (סי' י"ב) בזה:

יש לחקור בפשרה אם צריך לעשות הפשרה לפי הד"ת ולמי שנוטה הד"ת יותר או יכול לעשות פשרה לפי דעתו שרואה שיתקיים הפשר ויהי' שלום ביניהם. ולפי"ז יש נ"מ ג"כ באם מתרצים על הפשרה אם נימא שצריך שיהא הפשרה כעין דין אז צריך לראות מתחלה להיכן הדין נוטה ואם יכול לעשות הפשרה לפי, דעתו א"צ לראות מתחלה להיכן הדין נוטה. ובסנהד' (דף ל"ב) דריש צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה פרש"י צדק דין שלך וצדק פשרה שלך לפי ראות עיניך ולא תרדוף את האחד יותר מחבירו ע"כ. אין ראי' מזה שצריך שיהא קרוב לד"ת אלא כדמייתי התם בשתיהן טעונות ושתיהן קרובות הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו:

וראיתי בספר תמים דעים להראב"ד ז"ל שכתב (בסי' כ"ז) וז"ל כתב הרב ר' יצחק ב"ר אשר הלוי ז"ל בסנהדרין (דף ו') ביצוע בשלשה דברי ר"מ וחכ"א פשרה ביחיד ויש לתמוה למה שונה תנא זה אליבא דר' מאיר לשון ביצוע ואליבא דרבנן לשון פשרה ועוד תני בברייתא דלקמן כך ביצוע בשלשה דהיינו ר"מ דלעיל תני שם (דף ה) אליבא דרשב"ג פשרה בשנים ויש לפרש דמאן דבעי שלשה קם לי' ביצוע על שצריך אומד הדעת לבצוע הממון ולחלקו במדה שוה שלא יהא אחד מהם נפסד יותר מכפי הראוי לו ומאן דאמר פשרה ביחיד קרי לי' פשרה לשון קל שאין צריך לדקדק בדבר אלא בענין שיכול לפשר ביניהם יפשר ע"כ:

ובירושלמי פ"ק דסנהדרין (ה"א) אר"מ אף הפשרה צריכה הכרע דעת וכתב הפ"מ דצריך שיכריע בדעתו עם מי הדין נוטה ביותר וכפי הכרעת הדעת יעשה הפשרה ע"כ. וא"כ מבואר להדיא דצריך לעשות כעין דין. אמנם לפי"מ דמבואר בתוס' סנהדרין (דף ו) דהי' להם הגי' ר"מ דטעמא דבעי שלשה בפשרה משום דפשרה צריך הכרע דעת א"כ אין ראי' מזה. ונראה דודאי עיקר מצות פשרה שיהא קרוב לד"ת וכדמשמע בהא דסנהדרין (דף ו) אמת ומשפט שלום איזהו משפט שיש בו שלום הוי אומר זו פשרה וכן שם איזהו משפט שיש בו צדקה הוי אומר זו פשרה. ועסמ"ע (סי' ס"ח) דפשרה הוי דין גם כן אלא אם א"א לפי הענין יפשר כפי מה שיכול לפשר גם כן:

סימן כו

סעיף א:

אסור לדון בפני דייני עכו"ם וכו' אפילו בדין שדני' כדייני ישראל. בתשובת רמ"א (שאלה נ"ב) דכשישראל דן עם חבירו בד"ע אסור לעדים להעיד אעפ"י שהוא כדין משום דמסייע לעוברי עבירה ואע"ג דלית בי' משום לפני עור לא תתן מכשול מאחר דבלאו הידי' יכול לעשות האיסור. וכמש"כ התוס' והרא"ש ומרדכי בפ"ק דע"ז מ"מ איסורא דרבנן איכא כמ"ש שם הר"ן והתוס' והרא"ש בפ"ב דשבת ע"כ. ובשע"מ פקפק על זה דבכ"מ דאסור משום מסייע ידי ע"ע דע"י מעשה שלו מסייע לחברו משא"כ הכא דבלא"ה דן לפניהם ואין שום תועלת בעדותן ליפות כח שלהם, ושוב הביא דגם בכהי"ג הוי מסייע. ובזה יבואר ג"כ האי דאיתא בטוש"ע לקמן (סי' שנ"ו) אסור לקנות מהגנב שום דבר הגנוב ועון גדול הוא שמסייע ע"ע שגורם לו לגנוב פעם אחר. ואף דאיסור הזה ג"כ אם הוא לא יקנה ממנו עוד שהולך למדה"י אפי"ה אסור א"כ בכ"מ דאיכא למיחש לזה מסייע הוי. ונ"ל פשוט דטעם מסייע שלא יעשה עוד כזה וכדמבואר בנדרים (דף כ"ב) עולא במיסקי' לארעא דישראל אתלוו לי' תרין בי' חוזאי בהדי' קם חד שחטי' לחברי' א"ל לעולא יאות עבדי א"ל אין כו' כי אתא לקמי' דר"י א"ל דלמא חס ושלום אחזוקי ידי עוברי עבירה א"ל נפשך הצלת והרי הכא המעשה כבר נעשה והוי בזה החזקת ידי ע"ע אי לאו דנפשך הצלת והטעם כמוש"כ דלא יעשה עוד פעם אחר וה"נ אין להעיד ליפות כחו שלא יהא רגיל לעשות כן, ומזה סייעתא למש"כ הר"ן במס' עכו"ם (דף נ"ה) שלא ירגיל בכך. אלא דמה שפקפק עוד וכי משום שלא ירגיל שאינו אלא מדרבנן והקילו בו משום דרכי שלום כדאיתא בגיטין (דף ס"א) ימנעו מלהעיד לבטל מ"ע דחייב להעיד גם לרשע ואדרבא אם לא יעידו הם מחזיקים להנתבע ואין לך מסייע גדול מזה דהא אח"כ אין ב"ד נזקקין להתובע כלל לפי הכרעת הרמ"א ס"א. ונ"ל דלק"מ ואדרבא לפי שיטתו דאין נזקקין להתובע משום דקנסינן אותו דעבד איסורא וא"כ ה"ה דקנסינן אותו ואין העדים מעידים וכן עיקר:

אם מותר לילך בערכאות במקום שיודע שאם ילך בד"י יפסקו המוציא מע"ה כמו בספיקא דדינא וכדומה וא"כ א"א לדון בד"י ובמקום פסידא עביד אינש דינא לנפשי' ויוציא בערכאות ודאי אסור. מיהו אם הוציא ע"י ערכאות אי נקרא עכשיו מוחזק. הנה בתקפו כהן (סי' קי"ד) מבואר דאע"ג דמבואר ברמ"א (סי' ד) דאין לעשות דינא לנפשי' ע"י עכו"ם מיהו בדיעבד אם לא הי' יכול להציל בענין אחר מה שעשה עשוי מ"מ בספיקא דדינא אפילו בדיעבד לא מהני תפיסה דמ"מ שלא כדין עשה שתפס ע"י עכו"ם ע"ש. ובכנה"ג הביא בשם ראנ"ת בהג"ה (אות ט"ז) וז"ל ראובן תקף את שמעון בדיני הערכאות והוציא ממנו מעות שלא הי' יכול להוציא בדין תורה כיון ששמעון הי' מוחזק

בו ובא שמעון ותבע את ראובן בד"י וראובן משיבו טענות שזוכה בהם בד"ת בהיותו מוחזק בממון ההוא אם אין לשמעון עדים על לקיחת ממון שלקח ממנו ראובן נאמן לומר שמה שלקח ממנו הי' חייב לו מן הדין מגו דאי בעי טען להד"ם. אבל אם יש לשמעון עדים לא מהימן וחזקתו לא חשיבא חזקה כו' ואפילו אין לשמעון אלא עד אחד אין תפיסתו תפיסה וכן אם הדבר כתוב בספר הערכי תשוב כעדים ע"כ. וכ"ז כמעט מבואר במרדכי פ"ק דמציעא וז"ל ומי שהוחזק בדבר ידו על העליונה ואם זה שכנגדו יוציא מחזקתו ע"י עכו"ם בפני עדים כדי שיהא הוא מוחזק לא כל כמיני' ואם שלא בפני עדים מתוך שיכול לומר לא עשיתי יכול לומר עשיתי וכדין עשיתי ע"כ. וכיוצא בזה במרדכי פ"י דב"ק (סי' קצ"ג) ע"ש בזה וכ"ה במהרי"ק (שרש קנ"ד). אלמא דהיכא דאית לי' מגו מהני תפיסה אפילו ע"י עכו"ם. אמנם כפלוגתא דרבוותא אינו כן וכמוש"כ הת"כ שם דהיכא דאית לי' מגו שפיר מהני מגו דאי בעי אמר לא חפשתי כלל וא"כ לא עשה שלא כדין כלל לכך מצי למימר השתא שחפשתי כדין עשיתי אבל בספיקא דדינא כשתפס ע"י עכו"ם עכ"פ עבד שלא כדין מה שתפס ע"י עכו"ם א"כ בכהי"ג לא מצי לתפוש ע"ש בזה. כללו של דבר דתפיסה בעדים ע"י עכו"ם לא חשוב מוחזק ואפילו בספיקא דדינא גם כן וא"כ בהולך בעש"ג בלי נטילת רשות מב"ד ועשה הוצאות על חבירו אף שגבה צריך לשלם דאף דהוי ספיקא דדינא לקמן (סי' שפ"ח) וגם הש"ך לא הכריע שם מ"מ אין חזקתו מועלת וצריך להשיב מה שגבה תחלה כנ"ל בזה:

עוד מבואר בכנה"ג שם דכל שכתוב בספר הערכי או איכא עד אחד אי"נ לומר החזרתי דהוחזק כפרן לאותו ממון. ע"ש בזה. ובנ"ב מה"ת (שאלה ל') כתב לדון על ראי' מהרי"ק מהמרדכי דתפיסת עכו"ם לא הוי תפיסה אבל הדבר מבואר במרדכי פ"ק דמציעא והפוסקים הנ"ל כן. וגם מש"כ דאם התפיסה מהני לחלוטין ואין הדבר תלוי בבירור ועירים גם ע"י עכו"ם מהני הרי מכל הפוסקים הנ"ל מבואר דאינו כן:

ואם עבר ודן ובא הפסד להנתבע ע"י זה אי יש לו דין מסור. הנה ממש"כ המרדכי בספ"ב דב"ק (ד' קי"ז) גבי ההוא שותא דהוו מינצו עלה בי תרי האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא קם חד מינייהו ומסרה לפרהננא דמלכא אמר אבייי יכול לומר אני כי מסרי דידי מסרי א"ל רבא וכל כמיני' אלא אמר רבא משמתינן לי' עד דמייתי לי' וקאי בדינא וכתב המרדכי על זה דמשמתינן לי' ולא מחייבינן לי' דאינו נקרא בכך מסור דלא מצינו בתלמוד מסור אלא במתכוין להזיק חברו אבל זה נתכוין להוציא את שלו. מבואר מזה דכל שתובע בדינם יכול לומר להוציא שלו נתכוין. אמנם בפרק הגוזל קמא כתב המרדכי בראובן שעיכב חובותיו של שמעון עפ"י השר שיעשה לו דין דראובן מסיר

גמור הוא אם שמעון לא הי' סרבן מתחלה וישלם כל מה שהזיקו בקלקול חובותיו עכ"ל. וא"כ משמע דסתרי אהדדי הנך שני פסקי דמרדכי אלה. אך יש לומר דיש חילוק בין אם לא נתכוין אלא להוציא את שלו אלא שאח"כ נתגלגל איזה הפסד להנתבע משא"כ אם מתחלה א"א הי' שלא יוגרם הוצאה לחברו אז כשאין סרבן דין מסור יש לו וא"ש פסקי דהמרדכי הנ"ל בלי שום סתירה. ומעתה כל שלא הי' סרבן והלך לפני נימוסם ובזה גרם הוצאה לחברו דין מסור גמור יש לו ומשלם. וכן ראיתי בתשובת רמ"א (סי' פ"ח) ע"ש וכ"ה בבעה"ט (שער ס"ב ח"א סי' ה' בזה) וכדמבואר מהא דמסר שטר לקמן ס"ד בזה:

ובהולך בעש"ג אי חייב גורם דגורם. והנה אי מסור חייב בגרמא בנזקין משמע לי דחייב מהא דמבואר ברמ"א לקמן (סי' שפ"ו ס"א) י"א דבכל גרמא בנזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לעכו"ם ובא שמעון וא"ל לעכו"ם שאינו שוה כל כך חייב לשלם ואפשר דכהאי גוונא הוי כמסור דחייב כדלקמן (סי' שפ"ח) ע"כ משמע דמסור חייב בגרמא דנזקין וא"כ ה"ה גורם דגורם חייב דגורם דגורם חייב בד"ש כמוש"כ (בסי' ל"ב) כמו גרמא בנזקין ומאחר דמסור חייב בגרמא בנזקין חייב גם בגורם דגורם וא"כ ההולך בעש"ג דהוא כמסור חייב גם בגורם דגורם. ובח"ס (סי' קפ"ה) כתב להדיא דמסור חייב גם בגרמא דגרמא ושליח שליח ע"ש בזה א"כ ה"ה בהולך בעש"ג גם כן:

ואם הלך בעש"ג שלא ברשות ב"ד אכל הוא לא הגיש בעצמו המשפט אלא ע"י שליח כמו עורך דין וכדומה מאחר דאין שלד"ע א"כ אינו שלוחו אם גרם היזק לחברו פטור ועיין רש"י קדושין (דף מ"ג) בד"ה בדינא שכתב דע"י שליח הוי גרמא וא"כ הוי גורם דגורם דפטור לדעת בעה"ת לקמן (סי' שפ"ו) ואם העורך דין א"י דאו לדעת הרמ"א לקמן (סי' קפ"ב) מאחר דאינו בר חיובא הוי שלוחו כמותו וחייב. אבל להש"ך שם פטור אלא דגם להרמ"א י"ל דפטור בעכו"ם משום דלאו בר שליחות הוא. מיהו הנה"מ לקמן (סי' קפ"ב) כתב דלהרמ"א אף במי שאינו בר שליח שלוחו כמותו בזה. ולהרמ"א לקמן (סי' שפ"ח) בהוחזק השליח חייב המשלח גם בישראל חייב אלא דהש"ך שם חולק ע"ז ובשל"ע אפילו בהוחזק גם כן ומעשה קוף בעלמא אין שייך בעורך דין וכדומה ואי דהוא ע"ש התובע מה בכך דהא בכהן שאמר לישראל צא וקדש לי גרושה דפ"ק דמציעא גם כן מקדש ע"ש הכהן ואפ"ה אי אשלד"ע המשלח פטור. ועיין נ"ב (סי' ל"ז) בזה. אמנם מאחר דנהנה מחסרונו של חבירו דעי"ז בא לידי גוביינא מבואר בראש כיוצא בזה פ"ב דב"ק דגם גרמא חייב וה"נ כן. וע"כ צ"ל כן דאל"ה לעולם יהי' פטור דהא גבה ע"י ערכאות ולא בעצמו א"ו כמוש"כ בזה:

בזמננו שא"א לכוף לדון בד"י והלך התובע בעש"ג ועשה הוצאת על הנתבע. כתבנו דזהו ספיקא דדינא לקמן כרמ"א (סי' שפ"ח) ולהש"ך מיירי הרמ"א דפוטר בא"א להציל בענין אחר. והש"ך משמע דלא הכריע דחייב אלא דכתב דלא כמהר"ם לובלין שהכריע לפטור דאין להכריע כן ע"ש. וזהו דלא כמוש"כ בשו"ת ברית אברהם (שאלה ס"ג) בחי"ד דהש"ך פסק דחייב ומסיק דכן הסכימו בכמה תשובות המחברים שהובא בש"ך. ולא מצאתי זה בש"ך ואולי מש"כ רבים הפוסקים והעיקר דהוי סד"ד בזה כמו שבארתי. ובח"ס (סי' קנ"ג) כתב דהש"ך הכריע דחייב ע"ש בזה:

ואם תפס יכול לומר קי"ל כהסוברים דחייב. כמוש"כ הרמ"א אם לא הי' סרבן בדבר אבל אם הי' סרבן פטור. וזה ימים רבים אשר חקרתי לדעת אם הוא דוקא כשנטל רשות מב"ד כמוש"כ הרמ"א (בסי' י"ד) דיכול התובע להוציא הוצאות דוקא שעשאו ברשות ב"ד או דילמא התם להוציא אבל אי גבה התובע אינו צריך רשות ב"ד ובסרבן לבד סגי. ונ"ל דאין חילוק ואינו פטור אלא ברשות ב"ד, ושוב מצאתי להדיא בתשו' הנ"ל נן ועמש"כ בסי' ד' בזה. כללו של דבר דכל שאין לו רשות ב"ד יש לו דין מוסר. וכ"ז אי נמצא חייב אבל אי לא נתברר שהוא חייב אין כאן סד"ד דמאחר דכעת ליכא מגו שיכול לומר אין חטפי ודידי חטפי לכ"ע חייב כמוש"כ הש"ך שם. ורדב"ז ח"א (שאלה קע"ב) ע"ש. אמנם בתשובת נאות דשא (שאלה נ"ב) כתב דהכא לא בעי רשות ב"ד אלא בהזמין ג' פעמים לבד די בזה:

וסרבן לא הוי אלא בג' פעמים דסרבן משמע מוחזק ולא הוי אלא בג' פעמים כדמבואר בהא דברכות (דף ל"ד) וכמוש"כ באריכות (בסי' רב"ע) בזה, אמנם אם המנהג בהתראה אחת ג"כ ליטול רשות ב"ד מהני וכדמשמע בתשו' הנ"ל בזה:

נ"ל דלהתיר איסור דלפניהם ולא כו צריך ב"ד של ג' דבאיסור לא שייך קבלה כמוש"כ כיוצא במהרשד"ם חחו"מ (שאלה א) וכן משמע מהפוסקים שכתבו ב"ד וזה פשוט וברור ובפרט דגובין עפי"ז הוצאות ועיקר היתרו מבואר ברמ"א (שאלה ק"ח) דהוא מטעם הפקר ב"ד והפקר ב"ד ודאי דבעי ג' כידוע בזה:

עובדא הוי שבררו בע"ד דיינים בזבל"א והרשו אח"כ כשלא קבלו עליהם את הדין לילך בערכאות. ומצאתי כי לא יפה הדבר דלהדיא כתב כן הרדב"ז ח"א (שאלה קע"ב) דאם קבלו עליהם לדין ולפשר אבל מי עשה להם כדיינים להתיר איסור תורה, ואין רשות אלא לב"ד הקבוע בעיר לעשות כן. ומזה סייעתא למש"כ דהתרה בעי ב"ד של שלשה. ואין אחד נותן רשות אלא יצרף עמו עוד שנים ויתירו אותו, מיהו הקהל יכולים ג"כ לתת רשות כמוש"כ במהרי"ק (שרש קנ"ד) וז"ל ואפילו את"ל דרשות מבני הקהל מועיל

כדמשמע מתוך דברי רבי' מאיר ע"כ משמע דמסתפקא לי' אבל מסתבר דפשיטותא קאמר דרשות הקהל הוי כב"ד והוא זט"ה בזה:

ולכוף בעש"ג שילך לדת ישראל דעת ושב הכהן דא"צ רשות ב"ד על זה, ונראה דאיסור דלפניהם ולא לפני כו' הוא גם לכוף אותו ע"י ערכאות שידון בד"י והוא בכלל אשר תשים דמיירי בכפי' כמוש"כ תוס' בסנהדרין (דף ב') וע"ו קאי לפניהם כדאמרינן בגיטין (דף פ"ח) דעכו"ם לאו בני עשויי נינהו. ולכן כתב המרדכי והובא ברמ"א (סי' כ"ו בזה) דאסור לכוף גם כן וברשות ב"ד מותר על כל תביעות אבל אם בא להוציא אין ליתן רשות ב"ד אלא בדבר ברור שהנתבע חייב בדיננו דזה הוי כמו עשה מה שישראל אומרים לך מ"מ בעינן שיהיה קרוב לזה. מיהו נהגו לתת רשות אפילו בחוב שאינו מבורר מאחר דהלה סרבן. ובארנו לקמן דכן מבואר בגדו"ת בשם מהריב"ל גם כן. ואנכי אומר כי חייב להזהר בזה יותר מכל מ"ע עפימש"כ הרמב"ם פ"י מה' מתנות עניים חייבין אנו להזהר במצות צדקה יותר מכל מ"ע שהצדקה סימן לזרע אברהם שנאמר כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו לצדקה ע"כ והרי התם כתיב משפט ג"כ ולכן חייב להזהר בזה יותר מכל שהמשפט סימן לזרע אברהם גם כן:

ואפילו ישראל שיש לו דין עם נכרי מצוה לאמר לו שילך לב"ד שלנו ואם לא יאבה אז ילך עמו בדיניהם כי כן משמע מהמדרש ילמדנו פרשת שופטים מניין אתה למד שישראל וכותי שיש להם עסק זע"ז שאסור לומר לכותי לך עמי לערכאות שלכם שהוא עובר בלאו שנאמר לא עשה כן לכל גוי. הרי מתבאר כמוש"כ בזה. ושוב מצאתי כן בתשב"ץ בח"ד (שאלה ו') שכ"כ ומסיים דהיתר שלנו הוא מפני שהוא כמציל מידם אבל. אם אי צייית דינא או שרוצה לדון בדיננו אסור אפילו עם עכו"ם ג"כ. ומבואר שם דגם אם דנו בדיני עכו"ם צריך לחזור ולדון בד"י שיהיה תשובה על זה. ועיין תוס' בכורות (דף ב') בד"ה שמא יתחייב לו שבועה מכאן אוסר ר"ש קבלת שבועה מק"ו ור"ת מתיר מפני שהוא כמציל מידם כדתני' בפ"ק דמסכת ע"ז מלוה ע"פ גובין מהן מפני שהוא כמציל מידם אע"ג דאזיל ומודה. ויש לחלק בין ספק לודאי ע"כ וה"נ יש לומר דע"כ ל"א דמותר מפני שהוא כמציל מידם אלא דספק הוא דילמא אזיל ומודה משא"כ הכא דאיסור ודאי הוא. אך מ"מ מאחר דכאן אין האיסור חמור כמו התם שפיר יש להקל בודאי גם כן. ועיין מג"א (סי' רמ"ד סקי"ז). ולפי"ז במתנה אסור לגבות ממנו בעש"ג לפי"מ שכתבו דבמתנה לא שייך כמציל מידם והובא במחנה אפרים הל' מאכלות אסורות דלא כהאחרונים שכתבו להקל בדברים טמאים משום דאי לאו דה"ל הנאה מיני' לא יהיב לי'. והוא דבר חדש ואין נזהרין כלל בזה:

אי מותר להעלות בערכאות צוואה וכדומה שיהי' שמור למועד בח"ס (שאלה ג') כ' דמותר והביא הא שפרש"י במס' ע"ז י"ג הולכים ליריד של ע"ז וכותב ומעלה בערכאות. פרש"י אע"ג דאיכא דאזיל ומודה משמע הא אי לאו יריד דליכא אזיל ומודה משום מיקר מותר עיי"ש. ובאמת בתשב"ץ תלמיד מהר"ם מרוטנבורג ז"ל פי' הא דכותב ומעלה בערכאות אע"ג דאיכא משום דלפניהם ולא לפני וכו' עיי"ש. הרי להדיא דס"ל דגם דבר שאינו משפט אסור וי"ל בזה. וכהתשב"ץ מבואר במהרי"ט ת"א שאלה קל"א עיי"ש בזה, ואיך שיהי' מזה ראי' למש"כ הא דאין דנין עם עכו"ם לפני ב"ד של עכו"ם דמותר מפני שהוא כמציל מידם דמהני זה שאין בזה משום לפניהם, ובבעל העיטור כ' וז"ל במאמר שמיני ואע"ג דקי"ל לפניהם ולא לפני ע"ג ה"מ לכתחלה אבל דיעבד כשר. ואיכא מ"ד ה"מ דינין אבל שטר מכר ומתנה שאינן אלא לראי' כשר דשטר כשר בכל לשון כדאמרי' גט שכתבו עברית ועדיו יונית. יונית ועדיו עברית כשר ומיהו אפילו לכתחלה אסור שמשבח תורתן ע"כ. הרי להדיא דשטר בערכאות ש"ע אסור לכתחלה. ובאמונת שמואל שאלה י"ז נשאל ג"כ אי מותר להעלות שטר מתנה בעש"ג והשיב דלא שייך נתיקר אלא בדין ולא במה שעושה שטר אלא דמסיים דאיכא חשש דאזיל גוי ומודה עיי"ש. והוא תמוה דאזיל ומודה ל"ש אלא ביריד ולא בעלמא. ובברכי יוסף יו"ד סי' קמ"ט הביא תשובת רבי' ישעי' הראשון מטראני ז"ל שגם הוא התיר לעלות בערכאות דמשום לפניהם לא שייך בזה ורק דאזיל ומודה (הרי דס"ל גם בלא יריד שייך אזיל ומודה) ואפי"ה מותר דהוי כמציל שמתוך כך יהי' לו עדים המסייעין אותו להצילו מן העוררין. עיי"ש מה שהאריך בזה:

ואכתי י"ל אי שייך בזה דד"מ וממש"כ התשב"ץ בח"ד (שאלה ו') וז"ל ואין לומר בכיוצא בזה דדמ"ד שאין המלכות מקפדת אלא להכשיר עדי הערכאות ומשו"ה מכשרינן שטר העולה בערכאות כמוש"ל אבל אין המלכות מקפדת שיהא השטר נדון בדיניהם וכ"כ בתה"מ בשם תשובת הרמב"ן ז"ל וכ"כ בתשובת הרשב"א שכן עשה שאם לא תאמר כן ביטלת דיני ישראל עכ"ל ע"כ. וא"כ לדידן דמקפדת שיהא השטר נדון בדיניהם אמרינן דדמ"ד בזה. אך ממש"כ הרשב"א דאל"כ ביטלת כל דיני ישראל משמע דאין חילוק וגם לדידן ל"א דדמ"ד בזה. וכ"ה להדיא לקמן (סי' שפ"ט) ומבואר שם בסמ"ע דאפילו גזר להדיא שלא ידונו בד"י אין דדמ"ד בזה. ועיין בתומים (סי' כ"ו) שכ' דזה אין סברא מאחר דחייב עצמו בת"כ שיהא נדון בדיניהם. ועש"ך (סי' ע"ג סקל"ט) בזה. ובמהר"א ששון כתב דכמעט הוי יוצא מהכלל בזה: וי"ל אי הנתבע לא עמד בערכאות ואי הי' עומד הי' פוטר עצמו אי מצי טעין התובע הי' לך להפטר ואת הוא דאפסידת אנפשך. ונ"ל

דאין זה טענה מהא דאמרינן בב"ק (דף כ"ז) הניח לו גחלת על בגדיו חייב משום דמצי טעין מה בכך דסוף כל סוף תשלם לי. וה"נ ידעתי שאתבעך אח"כ בדין ותשלם לי. ושוב בא אצלנו ספר תשו' מהר"ח א"ז החדשות ומצאתי בשאלה (רנ"ה) שכתב בנמסר שהי' להשמט ולא נשמט דהמסור חייב ע"ש וה"נ בשלא ברשות ב"ד דדין מסור יש לו ובזה יהיה תוכחת מגולה על התובע בעש"ג בשקר כי לבד החמס איכא משום אשר תשים לפניהם גם כן דלא מסתבר לחלק בין אם הוא תובע בשקר או באמת. וזה נכון:

ולכאורה קשה הא דבגיטין (דף פ"ח) דמעטינן ערכאות של עכו"ם מלפניהם הא בדיני נפשות ודאי פסולי נכרים משום דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה. ונכרים לא מקרי עדה כמש"כ רשב"ם בפסחים (דף קי"ח) בהא דקנה לך עדה דסתם עדה ישראל נינהו. וא"כ לדיני ממונות נמי יהיו פסולין ממשפט אחד יהיה לכם ויש לומר עפימש"כ התוספות בסנהדרין (דף ב') דלכך לא אמרינן דניבעי מומחין בדיני ממונות כמו בדיני נפשות ממשפט אחד יהיה לכם דבדיני ממונות סגי בשלשה אלמא דלא אתיא הקישא דמשפט אחד יהיה לכם להכי וה"נ בנכרים כן. ושפיר איצטריך למעוטינהו מלפניהם. ואין להקשות על רשב"ם דסתם עדה ישראל נינהו מהא דמבואר במדרש (ויקרא פ"ה) עו"ג נקראו עדה שנאמר כי עדת חנף גלמוד דהתם שוברו בצדו עדת חנף וכמו (בתהלי' ס"ח) עדת אבירי' אבל עדת סתמא לא מקרי ועיין שם וזהו כוונת רשב"ם דסתם עדה פי' בלי שם לוי ישראל נינהו וזה נכון ודוק: סעיף ב':

אם לא רצה לבא ניטל רשות מב"ד. וכתב הבה"ג דהיינו שנתברר עפ"י שני עדים שאינו רוצה לבא לב"ד אבל שליח ב"ד דהוא עד אחד הואיל והוא מילתא דממון אין ע"א נאמן כדאמרינן בב"ק (דף קי"ג) לענין ממון צריך שני עדים. ובאורים כתב ולא ראיתי נוהגין כן וכתב ליישב המנהג. ואפשר ליישב המנהג דלכאורה נראה אם יתנו ב"ד בפירוש שיהא שלוחם נאמן גם לאפקועי ממון דמהני דב"ד אלומי לאפקועי ממונא. ומעתה כיון שנהגו לתת רשות גם עפ"י שליח ב"ד הוי כהתנו ומהני. ובש"ג פ"ק דסנהדרין צידד בזה דאפשר לומר דבהתנו ב"ד שיהא מהימן כבי תרי לאפקועי ממונא אלא דסיים אלא שנראה מן התלמוד שלא היה מנהג ב"ד להאמין אחד כבי תרי לאפקועי ממון הבעלים ע"כ. והשתא דנהגו שפיר מהני. ועיין ב"ח (סי' י"א) שכתב להדיא דבהתנו ב"ד וזט"ה שיהא מהימן כבי תרי דמהני להוציא גם כן. וא"כ מאחר דנהגו להאמין לאחד כבי תרי מהני גם כן. וכיוצא בזה בש"ך (סי' פ"ז ס"ק ס"ח) ע"ש בזה:

רמ"א ויש רשות לב"ד לילך ולהעיר שזה חייב לזה. דברי רמ"א בכאן אינו אמש"כ הב"י דהוא מיירי באינו ידוע שעדיין חייב ואינם יכולים להעיד אלא ליתן רשות וגם מה שסיים

אבל בלאו הכי אסור לב"ד להרשות הי' לו לכתוב תחלה ועיין בלבוש שתיקן זה בשינוי דברים ע"ש בזה. עסמ"ע דגם אם הישראל גזלן וכתב האו"ת דאם ידעינן שמקבלי שוחדא אין לעשות כן. וכל זה מבואר בשו"ת לחם רב (שאלה צ') כן:

כתב הנה"מ דהא דנותנין רשות הוא בידעינן שודאי חייב כגון במלוה בשטר אבל אי אינו ידוע שודאי חייב כגון במלוה ע"פ אין נותנין רשות אלא כופין שיבא לפני דייני ישראל ולפי"ז תמהתי על מה שנוהגין לתת רשות אף כשאין אנו יודעין שודאי חייב אבל באמת הדבר ברור דמאחר דאינו ציית לבא לפני דייני ישראל נותנין רשות אף כשאינו חייב בודאי. ועיין בעהי"ט (שער ס"ב ח"א סי' ג') שכתב לשון הרמב"ם ואם לא רצה לבוא נוטל רשות מב"ד ומציל מבעל דינו. ואח"כ כתב וז"ל רבינו שרירא גאון מי שחייבוהו בחוב או פקדון ואין יכולים להוציא ממנו וכו' יש לזקנים ותלמידים רשות שילכו לפני השפט ויעידו שזה חייב לזה ומצוה לעשות כן ע"כ. וכתב מהריב"ל בח"ג (סי' מ"ח) ולכאורה הי' נראה דהרמב"ם חולק על הש"ג דהרי לא כתב דמטפלין ב"ד להציל מבעל דינו אלא שיש מקום לחלוק ולומר דהרמב"ם מיירי היכא דלא בא האשם לב"ד דכיון דלא נתברר הדבר אם הוא חייב אלא שאינו רוצה לעמוד בדין לפני דייני ישראל מ"ה אין ב"ד חייבין להטפל בענין אלא שנותנין רשות להתדיין בערכאות שלהם להציל מבע"ד אבל היכא דנתברר הדבר וחייבוהו ב"ד בחוב או בפקדון ואותו האיש גברא אלמא ולא ציית דינא דחייבים ב"ד להטפל בדבר וע"י הזקנים והתלמידים יוציאו לאור משפטו וכמש"כ רב שרירא גאון ע"כ. הרי להדיא דבאינו ידיע שהוא חייב ג"כ נותנין רשות אלא שאין ב"ד בעצמן מטפלין בזה, ויפה נוהגין והנח להם אם אין נביאים הן בני נביאים הן. ועיין גדו"ת (שער ס"ב) שם שהביא גם כן דברי מהריב"ל הנ"ל ומבואר דבעיקר הדבר דאף אם לא עמד בדין ואינו ידוע שחייב נותנין רשות. וראיות הנתיבות מהא שכ' האדרכתא כתוב גם כן בבעה"ת שם ואפי"ה לא דקו בזה: סעיף ג':

המקבל עליו בקנין לדון עם חברו לפני כו' אינו כלום. עסמ"ע (סקי"א) וכן לעיל (סי' כ"ב) דאם הקנין בפירוש שידון לפני כו' שפיר מהני ולא הוי כמחנה לעבור על ד"ת. והאו"ת חולק על זה ודעתו דמקצה לעבור על מה שכתוב בתורה גם קנין לא מהני. ונ"ל ראי' לזה מהא שכתבו תוס' בכתובות (דף נ"ו) וז"ל וא"ת כיון דשייך מתנה על מה שכתיב בתורה אפילו גבי ממון א"כ לא יוכל אדם למחול חובו לעולם ע"י תנאי שאם יאמר עשה עמי היום וחובך מחול לך יהא מתנה עמש"כ בתורה עכ"ל. והנה לקמן (סי' ר"ז) מבואר כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין קונין מזה שהוא חייב לחברו מאה דינרים ואחר שחייב עצמו קונן מבע"ח שכ"ז שיהי' כך או שיעשה

כך ה"ז מחול לו מעכשיו והקשה הט"ז למה צריך קנין מבע"ח הא מחילה אין צריך קנין ותי' דכיון דהמחילה אינה ברורה אלא תלוי בתנאי לכן צריך קנין. ועמש"כ בזה לעיל (סי' י"ב) ולפי"ז הא שהקשו תוס' שחם יאמר עשה עמי היום וחובך מחול לך מיירי בקנין דהא מחילה על תנאי בעי קנין והשתא אס"ד דבקנין ליכא משום מתנה עמש"כ בתורה א"כ לא מקשו תוס' מידי איך יכול למחול על תנאי הא הוי מתנה עמש"כ בתורה דממנ"פ בלא קנין בלאו הכי לא מהני מחילה. ובקנין הא לא הוי מתנה עמש"כ בתורה. א"ו דהוי מתנה עמש"כ בתורה גם בקנין:

אך יש לתרץ דעת הסמ"ע דהא שכ' תוס' שאם יאמר עשה עמי היום וחובך מחול לך מיירי בלא קנין ואי משים דהיכא דהמחילה אינו ברור לא מהני בלא קנין הכא שאני דה"ז דומה לשכירות פועלים המבואר לקמן (בסי' שט"ו ס"ד) דכל שכירות א"צ קנין ע"ש בסמ"ע. ועובדא דשאול שאמר והי' האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול מבואר בפ"ב דסנהדרין (דף י"ט) דהי' חיוב גמור. ולא מצינו שום קנין ע"ז וא"כ כיון דשכירות פועל לא בא קנין באתן מכ"ש במחול דלא בעי קנין וע"כ שפיר הקשו והא הוי מתנה עמש"כ בתורה כיון דמיירי בלא קנין והא דמבואר לקמן (סי' ר"ז) או שיעשה כך ה"ז מחול לו מעכשיו אין להקשות ל"ל קנין ע"ז תיפוק לי' מטעם שכירות פועל ולא בעי קנין התם המעשה הוא על ענין אחר לפורעו בזמנו וכדומה ולא על מעשה פועל למחול על זה החוב ואינן מפקיעין אלא האסמכתא לכן שפיר בעי קנין או כמוש"כ הלח"מ פי"א ממכירה דהקנין אינו אלא לאלומי מלתא ע"ש בזה:

ונ"ל ראי' להתומים מהא דמבואר בכתובות (דף פ"ג) הכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסיך וכו' תני ר"ח האומר לאשתו וכי כתב לה הכי מאי הוי והתניא האומר לחבירו דו"ד אין לי על שדה זו וכו' לא אמר כלום. וכתב המהרש"א דבלא ר"ח לא מצי למיפרך וכי כתב לה הכי מאי הוי דמצי למימר דמיירי בקנין וקשה דאי מיירי בקנין א"כ למה ס"ל לרשב"ג דבכותב בחיי' ובמותה ירשנה מפני שהוא מתנה עמש"כ בתורה וכל המתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל הא בקנין מהני תנאי אפילו במתנה עמש"כ בתורה א"ו דגם בקנין ל"מ במתנה עמש"כ בתורה ושוב ראיתי בתומים שהביא ראי' מהרמב"ם פכ"ג מה"א דלא כהסמ"ע בזה:

ויש מי שאומר כו' עסמ"ע שכתב וז"ל ולא מצאתי מי שחולק בזה ואפשר שזה תלוי במ"ש כל מצות שמתן שכרה בצדה אין ב"ד מוזהרין עלי' שפירש הרמב"ן שאין ב"ד עונשין עלי' אבל אם ירצו הב"ד יכולין להוציא מידו. ובט"ז כתב בשם הב"ח דה"ק דאין ב"ד מוציאין משים דאין שייך כאן כפי' דיכול לומר אתן. ומתי שארצה אתן. וע"ז כ' ואני

תמה דודאי לענין צדקה אין כופין לדעת קצת פוסקים משום דמתן שכרה בצדה. אבל מה שאומר אדם אתן צדקה וודאי כייפינן לי' ככל הכפיות. דהוי כמו נדר. ובנדר פשיטא ודאי כייפינן. ואיך נעלם מהם ברייתא ערוכה פ"ק דר"ה מוצא שפתיך תשמור. זה ל"ת. ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך כו'. הרי מבואר דכופין ב"ד לקיים הנדר ע"ש [ובקצה"ח הקשה מ"ש נודר מצדקה דהא טעמא דאין כופין על הצדקה היינו משום דמ"ע שמתן שכרה בצדה הוא דכתיב למען יברכך וא"כ בנודר מי לית לי' האי ברכת ד' וכי משום דנודר מעיקרא לצדקה יפסיד ברכת ד' וא"כ הני נמי הוי מ"ע שמתן שכרה בצדה ואי משום דבנודר איכא נמי לאי דלא יחל וכופין טל הלאו הא בצדקה נמי אית בי' לאווי טובא לא תאמץ ולא תקפוץ ואפי"ה אמרו דאין כופין על הצדקה:

ולענ"ד לק"מ לפימש"כ רש"י ז"ל בחולין (דף ק"י) בטעמא דמ"ע שמתן שכרה בצדה אין כופין עלי' משום דלכך פירש הכתוב מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשך שלא תטול שכר זה, וא"כ אף לשיטת הפוסקים דבצדקה אף דאית בה לאווי דלא תאמץ ולא תקפוץ אפי"ה אין כופין משום שמתן שכרה בצדה היינו בלאווי דצדקה גופא דשייך בזה הטעם דלכך פירש הכתוב מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשך שלא תטול שכר זה משא"כ לאו דעלמא כמו לאו דלא יחל דלא שייך טעם זה שפיר כופין אותו לקיים וזה פשוט. עוי"ל נדר שאני כמוש"כ הריטב"א בפ"ק דר"ה דכיון שנדר הוי כמו חוב ולא יהא הקדש קל מחוב הדיוט ולכך כופין ע"ז משא"כ בלא נדר דאינו חוב אלא מצוה ולכך אין כופין וזה נכון. אלא דמהריטב"א אין ראי' די"ל דלשיטתי' אזיל דס"ל בפ"ק דקדושין (דף כ"ח) והובא בש"ך (סי' ס"ו) דנודר לעניים הוי כמסירה להדיוט לכן הוי שעבוד נכסי גם כן משא"כ להחולקים ע"ז וס"ל דל"א בזה כמסירה להדיוט ל"ש זה וצ"ל כתי' הראשון בזה] ובספר ברכי יוסף הביא כמה שיטות ראשונים ז"ל הסוברים כהסמ"ע דגם בנודר לצדקה אין כופין ומפרשים הא דאמרינן אזהרה לב"ד שיעשום היינו בדברים. וכ"כ בתשובת מהר"ר בצלאל אשכנזי (סי' ט"ו) ע"ש. ואין זה תימא דעישוי בדברים אף דמצינו בגיטין (דף פ"ח) מעשי אגיטי דהיינו בשוטים דמ"מ מצינו גם בדברים כמבואר בכתובות (דף נ"ג) ע"ש. וכן מוכת לשיטה זו דעל צדקה אין כופין דעישוי בדברים והוא דאמרינן בערכין (דף ו) ת"ר סלע זו לצדקה עד שלא באת ליד גבאי מותר לשנותה משבאת ליד גבאי אסור לשנותה אינו והא ר"י יזיף ופרע שאני רב ינאי דניחא להו לעניים דכמה דמשהי מעשה ומייתי להו הרי להדיא דר' ינאי הי' כופה על הצדקה וכמו שפרש"י שם. וע"כ צריך לומר בדברים כמו שפי' תוס' דאכפיי' היינו בדברים וכמו שיובא לקמן הכי נמי מעשי בדברים. א"כ מצינו עישוי בדברים ומעתה יש לפרש גם אזהרה לב"ד

שיעשום דזהו בדברים לבד: והנה המשנה למלך (פ"ג מה' עבדים) כתב להקשות על תי' ר"י שכתבו בפ"ק דב"ב (דף ח') ובכתובות (דף מ"ט) דלכך כופין בצדקה משום דאית בה לאווי דלא תאמץ ולא תקפוץ והסכימו לזה רוב הפוסקים וכמוש"כ הב"י בשו"ע יו"ד (סי' רמ"ח) וכתב שם שדעת הרמב"ן היא כר"י. שהרי כתב הרשב"א בתשובה (סי' תשמ"ה) דהשבת העבוט אין ב"ד כופין עלי' משום דהוי מ"ע שמתן שכרה בצדה וכ"כ במכונות (סי' פ"ת) ואי ס"ל כתירוצא דר"י היכי כתב דהשבת העבוט אין כופין הא איכא לאו דלא תשכב בעבוטו. ואפשר לומר דשאני השבת העבוט שהוא לאו הניתק לעשה וכדאמרינן בפ' אלו הן הלוקין ומשו"ה לא כייפינן לי' משום לאווי אבל בצדקה דאינו ניתק לעשה כייפינן לי' כו' ומ"מ תמיהני על הרשב"א ור"ת מהא דאמרינן בפ' שלוח הקן (דף קמ"א) ההוא דגזינהו לגפה ושלחה ואח"כ תפשה נגדי' רב יהודא והא שילוח הקן היא מצוה שמתן שכרה בצדה וא"כ איך נגדי' רב יהודא ובשלמא לר"י ניחא דשאני התם דאיכא לאו דלא תקח האם. אבל להרשב"א דס"ל דכל היכא שהוא ניתק לעשה אין כופין בשביל הלאו תקשי דהא שילוח הקן הוא לאו הניתק לעשה. וכן נמי לרבנו תם דס"ל דאפילו בצדקה לא כייפינן לי' אלא בדברים קשה וצ"ע עכ"ל:

ונראה לתרץ בפשיטות דע"כ לא אמרינן מ"ע שמתן שכרה בצדה אין כופין אף היכא דאיכא לאו בהדי' אלא בלאו שאין בו מעשה כמו בצדקה דאף אם יעבור לא ילקה אבל בלאו שיש בו מעשה דאם עבר עליו לוקין כמו שילוח הקן דמבואר שם דאם ביטל המעשה כגון שהרג האם בידים דלוקה לכך כופין בתחלה שלא יבא לידי מלקות. אח"ז ראיתי שכוונתי בזה להשעה"מ פי"ב מה' אישות ע"ש בזה:

עוד נ"ל לתרץ דהנה יש לעיין לטעמו של רש"י ז"ל דלכך אין כופין על מ"ע שמתן שכרה בצדה משום דלכך פירש הכתוב מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשך שלא תטול שכר זה. וא"כ מדוע אם ביטל העשה בשלוח הקן כגון שהרג את האם בידים לוקה לימא דאין לוקה ג"כ משום מתן שכר שנכתב בצדו, וצ"ל דבשילוח הקן הלאו עם העשה תרי מילי נינהו דהא בנטל ע"מ לשלח קאמר התם בחולין (דף קמ"א) דלאו ליכא עשה הוא דאיכא וא"כ מתן שכר קאי על עשה ולא על ל"ת ולכן כופין על הל"ת משא"כ צדקה דאי אפשר העשה בלא לאו וכן בהשבת העבוט אי אפשר ג"כ העשה בלא ל"ת לכן מתן שכר קאי על העשה ועל הל"ת לכן אין כופין על הלאו גם כן אלא דלתי' זה קשה דא"כ מאי פריך בפ"ג דמכות (דף ט"ז) והרי השבת העבוט נימא משום דא"א לל"ת בלא עשה משא"כ שילוח הקן לכן תי' ראשון עיקר: (מבן המחבר ולפע"ד אפשר לחלק צדקה משילוח הקן עפמש"כ הריטב"א ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל לתרץ קושית התוס'

בקידושין (דף ל"ד ע"א) בד"ה מעקה דלמה חשיב בברייתא שם למעקה אבידה למצות עשה שלא הזמ"ג ונשים חייבות הא בלא"ה חייבות מטעם דבכל הני כתיב בהו לאו ע"ש. וע"ז תירץ דבהני אע"ג דאיתנהו ל"ת אין העיקר אלא בעשה שבהם ולא אתי ל"ת אלא לקיומי לעשה וכו'. אלו היו נשים פטורות מן העשה היו פטורות מלאי שבו שאין הלאו אלא קיום עשה שבו. עכת"ד עיי"ש. א"כ מעתה י"ל ה"נ בעשה דצדקה דלא בא הלאו ג"כ רק לחיזוק העשה וכיון דאין כופין על העשה גופא משום דהוי נותן שכרה בצדה א"כ גם על הלאו דבא רק לחיזוק העשה שפיר י"ל דאין לכוף על הלאו כמו על העשה ולא יהא הלאו דלא בא רק לחזק לעשה חמיר מהעשה גופא וכמו דאין כופין על העשה שפיר אין לכוף גם על הל"ת והשבת העביט י"ל דהרשב"א סבר כמ"ד ביטלו ולא ביטלו א"כ לא משכחת מלקות בשום פעם בהשבת העבוט ולאיזה תועלת חייבה התורה בלאו. לזה י"ל בהשבח העבוט כבצדקה דהלאו בא רק לחזק העשה א"כ כמו דאין כופין על העשה ה"נ אין כופין על הלאו אבל בעשה דשילוח הקן דשייך מלקות על הלאו באם עבר וביטל העשה כגון שהרג האם בידים דלוקה לכך שפיר י"ל דהלאו בא ללקות ולא לחיזוק העשה והויא לאו בפני עצמו ואף דעל העשה אין כופין אבל משום הלאו שפיר כופין וד"ל ודו"ק:

אבל לפמש"כ הב"י דדעת הרמב"ן כדעת הר"י דכופין על הצדקה משום הלאוין א"כ ליתא למש"כ, ואפשר דהרמב"ן סבר דע"ז גופא בא הלאו לחזק ולומר דכופין על העשה משום הלאו אבל הרשב"א שפיר נוכל לישב כמו שכתבנו בזה):

אמנם קשה לי מהא דאמרינן בחולין (דף קל"א) ארבע מתנות עניים שבכרם כו' ושלש שבתבואה הלקט והשכחה והפאה כו' כולן אין בהן טובת הנאה לבעלים ואפילו עני שבישראל מוציאין אותו מידו. וקשה הא מ"ע דשכחה הוי מתן שכרה בצדה דכתיב דברים (כ"ד) לא תקצור קצירך בשדך ושכחת עומר וגו' לגר ליתום ולאלמנה יהי' למען יברכך ד' אלקיך בכל מעשה ידיך וא"כ איך מוציאין בע"כ ובשלמא להסוברים דהיכא דאיכא לאו כופין א"ש דהכא נמי איכא לאו דלא תשוב לקחתו בשדה אלא להך סברא דגם היכא דאיכא לאו אין כופין צ"ע. ומלאו דרבית דכתיב בפ' תצא למען יברכך בכל משלח ידך ואפי"ה יוצא בדיינין ולהדיא כתב רמב"ן שם דרבית הוי כמו צדקה ע"ש. דשאני רבית דכתיב וחי אחיך אהדר לי' כי היכי דתיחי כמבואר בר"פ איזהו נשך ע"ש. ולה"ר אלי' שהביא מהרי"ק (שרש קמ"ח) דצדקה לא הוי מ"ע שמתן שכרה בצדה דלא כתיב בי' אריכות ימים כמו כיבוד אב בלא"ה ניחא הכל:

[והנה מה שתירצו תוס' בכתובות (דף מ"ט) דהא דאכפיי' לרב נתן בר אמי היינו בדברים קשה לכאורה מהא דאמרינן בב"ב (דף ח') שממשכנין על הצדקה ואפי' בע"ש. ומצאתי להשיטה מקובצת שהקשה נן בשם גליון תוס' ופי' דזה מיירי שממשכנין בדברים ולא קשיא מידי ע"ש ומהר"ם מרוטנבורג ורקנטי כתבו דממשכנין היינו שעשו קצבה. ובמדרש (במדבר פ' י') על הקרא דמשלי (ל"א) ודין עני ואביון ד"א אלו הצדקות ומתנות עניים שהם דינם שאתה צריך להוציא מן הגזלן ולתת להם לקיים מה שנאמר אל תגזול דל כי דל היא ע"כ הרי להדיא דכופין על הצדקה כגזילה שהתורה זיכה להם והבכורות (דף ל"ו) כתב רש"י מיהו אגזילה דכהן דלאו בעלמא חשו ע"כ הרי דאיכא לאו דגזילה במתנות כהונה וה"ה במתנות עניים וא"כ כמו דכופין על גזל כן כופין על שכחה וצדקה]. ומש"כ תוס' בב"ב (דף ח') דמצינו כפיי' בדברים כמו בכתובות (דף נ"ג) הנה מצינו כן בקדושין (דף מ"ה) כפתו' ואודי ופרש"י בדברים. ולפירושו גם הא דאיתא בברכות (דף נ"ו) אכפה לכך מיירי בדברים גם כן:

סימן כז

סעיף א':

המקלל את חבירו (ואפילו מקלל עצמו) בשם או בכינוי וכו'. כ"כ הרמב"ם (פכ"ו מהל' סנהדרין ה"ג) והראב"ד כתב ע"ז א"א אינו לוקה אלא בשם המיוחד והכי איתא בירושלמי ע"כ. והוא דבשבועות (דף ל"ה) תנן המקלל עצמו וחבירו בכולן עיבר בל"ת. אם לוקה על הכינויין או לא דלהרמב"ם לוקה ולהראב"ד אינו לוקה. והוא תמוה מהא דאמרינן בתמורה (דף ג') כל ל"ת שבתורה יש בו מעשה לוקין אין בו מעשה אין לוקין חוץ מנשבע ומקלל חבירו בשם. ופירש"י שמו של הקב"ה משמע דבכינוי לא. וכן פירש"י במכות (דף ט"ז) ובשבועות (דף כ"א) פי' להדיא בשם המיוחד. ואין לומר דהרמב"ם סמך על הירושלמי שפי' הכסף משנה דמשמע כדברי הרמב"ם דהא הרמב"ם עצמו (בה' סנהדרין פי"ח) כתב וז"ל כל לאו שאין בו מעשה אין לוקין חוץ מנשבע ומימר ומקלל חבירו בשם ובס' המצוות מל"ת שי"ז כתב וז"ל וכל מה שאמרנו בתנאי שהוא בשם עכ"ל וא"כ איך כ' בכינוי ג"כ וכ"כ בפירוש המשנה בפ"ב דשבועות ובפ"ג דמס' מכות בזה. ובשבועות (דף ל"ה) אמר אביי לא קשיא הא ר' חנינא בר אידי הא רבנן דתניא ר' חנינא בר אידי אומר. השבע ואל תשבעו קלל ואל תקללו. מה השבע בשם. אף לא תשבעו מה קלל בשם. אף לא תקלל בשם. ופירש"י לא תקלל גם קללת חברו. וא"כ לרחב"א בודאי דבעינן שם. משא"כ לרבנן דלית להו גז"ש לא בעיא. וא"כ מצינן לומר דהא דר"י בתמורה הוא כרחב"א. משאי"כ אליבא דידן אבל הרמב"ם בעצמו שהביא בפי"ח צריך ביאור בזה:

עוד יש הבדל בין רמב"ם ובין ראב"ד. דהרמב"ם שם פכ"ו כתב אינו לוקה עד שיקלל בשם מן השמות וכו' או בכינוי מן הכינויין כגון חנון וכו' וכיוצא בהן הרי לדעתו כל ו' שמות שאינן נמחקין לוקה. וכן בכינויין. ולהראב"ד שכתב בשם המיוחד לבד משמע דאין לוקה אלא על שם בן ד' בלבד ולהריטב"א בשבועות בשם הרמ"ה והרמב"ן. גם אל"ף דלי"ת לא הוי מיוחד. אלא דמהתוס' שם (ד' ל"ה) משמע דאל"ף דלי"ת הוי מיוחד וע"ש במהרש"א וא"כ להראב"ד רחוק מאד שיהא מלקות במקלל וכן לפירש"י בשבועות (דף כ"א) שכתב בזה:

אמנם זה אינו דהראב"ד העמיד דבריו אמש"כ הרמב"ם או בכינוי מן הכינויין אבל בשם מן השמות משמע דמודה והא שכתב המיוחד פי' באחד מן המיוחדין. וכמו שכ' כיוצא בזה הרמב"ם פי"ב מהל' שבועות הי"א ובפ"ה מהל' ממרים ה"ב כתב במקלל אביו ואמו בשם מן השמות המיוחדים דחייב סקילה והודה הראב"ד על זה:

וי"ל אהרמב"ם דס"ל דחייב מלקות בכינוי דהרי בתמורה (ד' ג') יליף דמקלל חברו לוקה מלא תשמור והרי הרמב"ם (פי"ב מהל' שבועות הי"א) כתב ולא שבועה של שוא בלבד היא שאסורה אלא אפילו להזכיר שם מן השמות המיוחדין לבטלה אסור ואעפ"י שלא נשבע שהרי הכתוב מצוה ואומר לשמור את השם הנכבד והנורא ובכלל יראתו שלא יזכירו לבטלה ע"כ וא"כ הרי דכל השמות המיוחדין הוא בכלל מקרא זה וע"כ מדכתיב ד' אלהיך א"כ ה"ה למקלל אבל מנלן בכינוי. ועיין בר"ן פ"ד דשבועות ונדרים (דף ב') דדעת הרמב"ם דלוקה בשבועות בין בשם בין בכינוי. אע"ג דכתיב לא תשבעו בשמי וחללת את שם ד' אלהיך. וע"כ לשיטתו ס"ל כאן נמי דלוקה משא"כ הראב"ד לשיטתו הובא בר"ן שם דאינו לוקה על הכינויין ה"נ ס"ל כאן כן. וביותר ביאור לפי"מ דמבואר בירושלמי ספ"ג דשבועות דר"ל יליף נשבע לשקר דלוקה מאם לא תשמור כמו מקלל חברו וע"כ קאמר דלדידי' אם נשבע לשקר וקלל חברו בשם אינו לוקה אלא אחת מאתר דמחד קרא נפקא וא"כ להרמב"ם דס"ל בפ"ב דשבועות דנשבע לשקר חייב על הכינויין לכן לשיטתו כתב במקלל חברו דחייב על הכינויין משא"כ לה להראב"ד דס"ל שם דפטור על הכינויין ה"נ במקלל כן. וא"כ מאחר דלר"ל מבואר כן. ה"נ לר"י דיליף מלא תשבע נמי כן. וברבינו ירוחם ספר אדם ני"ד ת"ח כתב המקלל עצמו או חברו בשם חייב כו' ודווקא בשם כו' אבל באחד מהכינויין כו' פטור ע"כ הרי דס"ל כהראב"ד בזה:

וביו"ד (סי' רמ"א) כתוב במקלל אביו ואמו בד"א דחייב סקילה שקללם בשם מהשמות המיוחדין אבל אם קללם בכינוי אינו חייב אלא בלאו כמו המקלל אחד מישראל וכ"ה ברמב"ם פ"ה מהל' ממרים הלכה ב'. וכתב הש"ך שם (סק"א) בכינוי כגון שרי צבאות

חנון ורחום וע"ל סי' רע"ו ס"ט ע"כ. והוא חמוה דהא כתב הרמב"ם להדיא בפכ"ו מהל' סנהדרין הלכה ג' דש' צ' הוא מהשמות ורחום וחנון הוא מהכינויין והא דסי' רע"ו סיט משמע נמי כן, ועיין ברמב"ם פי' המשניות בפ"ד דשבועות דמבואר נמי כן. ואולי י"ל דהש"ך כתב כרש"י בסנהדרין (דף ס"ו) עד שיקללם בשם שיקלל בשמות הגמורים בכינוי כגון ש' צ' רחום וחנון ע"כ:

ולענין מה שהק' הא שכתב כאן בכינוי ג"כ ובשאר דוכתי כ' בשם. דשם כולל כינוי ג"כ. ולאפוקי בשמים ובארץ אתא דאמר בשבועות (ד' ל"ה) בשבועות העדות דפטורין וראי' מהא דמייתי בברייתא שם (דף ל"ה) יש שמות דנמחקין ומייתי הא רחום וחנון אלמא דגם זה שמות קרי לי' והיכא דבא לאפוקי אלו שמות קרא לשבעה שמות שאינן נמחקין שמות המיוחדין ומדקאמר בתמורה ובשבועות ובמכות ומקלל את חברו בשם ולא קאמר בשם המיוחד משמע דגם חנון ורחום בכלל ואף דקאמר שם (ד' ליה) בברייתא מה להלן בשם אף כאן וכו' ואין חנון ורחום בכלל. מ"מ מדקאמר שם ורבנן אי גמירי גז"ש. ניבעי שם המיוחד וכו' משמע דגם כל הכינויין בכלל שם. אלא דשם המיוחד לאפוקי הכינויין אתא והברייתא והתלמוד מפרש וה"נ בתמורה הי' לו לפרש דדרך האמורא לפרש כמש"כ תוס' בשבועות כ"ו ושא"ר אף דמשום התנא אמר שם כן קיצר בזה. ושאני מקלל אביו ואמו דבעינן שם המיוחד דווקא ואידך ג"כ הוי כינויין כמוש"כ בריטב"א שבועות ויבואר עוד לקמן. והרמב"ם לגבי שאר כינויין קרי להן ז' שמות שמות המיוחדין אלא דאינו מובן עדיין הא דמביא מהא דל' (רע"ו ס"ט) דמשם משמע להיפוך דאלו אינן נמחקין אבל רחום וחנון אינו כן וא"כ משמע דכינויין אינו אלא רחום וחנון וכדומה ולא אלו המיוחדין ולקמן עוד מבואר בזה. ומהרמב"ם ושו"ע משמע דלא כפירש"י דהרמב"ם קרי להשמות מיוחדין כל הז' שמות כמוש"כ בפ"ו מהלכות יסוה"ת שנקרא בהם הי"ת וא"כ הכינוי הוא רחום וחנון וכדומה א"כ משמע דלא כרש"י ואולי ט"ס יש כאן בש"ך בזה. וכ"ה בכסף משנה בפ"ב מהלכות עכו"ם דמיוחדין הוא שאינם נמחקין דמיוחדין מלהמחק וזהו דלא כמוש"כ בתשו' רעק"א ז"ל שאלה כ"ה בזה: ומעתה רש"י שכתב בפירוש בשבועות (דף כ"א) מקלל חברו בשם שם המיוחד מבואר להדיא דס"ל כהראב"ד דאין כינויין בכלל ופטור ממלקות ולדידן אינו מיפסל לעדות ג"כ [ואולי הוא סד"ד לדידן אי נפסל לעדות בזה] ועיין רמב"ם שכתב (בפי"א מהל' שבועות ה"א) דמ"ע לישבע דכתיב ובשמו תשבע ואפי"ה כתב שם הל' ח' דמשביעין בכינויין ג"כ:

ועוד מבואר בת"כ פ' קדושים לא תשבעו בשמי לשקר למה נאמר לפי שנאמר לא תשא את שם ד' אלהיך לשוא יכול לא יהא חייב אלא על שם המיוחד לבד מניין לרבות כל

הכינויין ת"ל לא תשבעו בשמי כל שם שיש לי והובא ברש"י שם והרי דכל הכינויין מכלל שם הן. וי"ל על הר"ן פ"ד דשבועות שכתב וז"ל דעיקר שבועה כי כתיבא בשם כתיב כדכתיב לא השבעו בשמי לשקר א"נ לא תשא וכו' אלא דרבנן סברי דה"ה בכינוי כדכתיב וחללת את שם ד' אלהיך ע"כ. והא בח"כ מבואר דמלא תשבעו נפקא לן כל הכינויין ג"כ [ולע"ד היה אפשר לומר דהא דקאמר בתמורה חוץ מנשבע ומימר ומקלל חבירו בשם האי בשם קאי אתרווייהו אמקלל ונשבע וסידרו לבסוף אע"פ שהפסיק במימר משום דמסיק שם לא תיתני מימר ולכן קאי אנשבע ג"כ. ומעתה הראב"ד לטעמי' שכתב הר"ן עם דאינו לוקה בנשבע בכינויין. והוא מדקאמר לא תשבעו בשמי לשקר וה"נ מקלל דהאי דקאמר בשם אתרווייהו קאי וזה נכון] וא"ל דכל הכינויין היינו שמות המיוחדין ולגבי שם המיוחד הוי כינויין כמוש"ל דהא כתיב לא תשא ד' אלהיך ומאי עדיפא חללת מהאי קרא: ומאי דמשמע בתמורה (דף ג') כהראב"ד מדיליף מלא תשמור ליראה את השם וכו' י"ל דהרמב"ם מפרש הכי מדכתיב בקרא ליראה את השם הנכבד והנורא את ה' אלהיך דאת. את. הפסיק הענין כדאמרינן בב"ק (דף ס"ה) ועוד דוכתי טובא. וא"כ הקרא ליראה את השם הנכבד שזהו כינוי כמו חנון ורחום את ד' אלהיך שהוא שמות מיוחדים:

ויש לתמוה הא שכתב הרמב"ם (פי"ב הי"א) ולא שבועה לשוא בלבד היא שאסורה. אלא אפילו להזכיר שם מן השמות המיוחדין לבטלה אסור אעפ"י שלא נשבע שהרי הכתוב מצוה ואומר ליראה את השם הנכבד והנורא מבכלל יראתו שלא להזכירו לבטלה ע"כ. וא"כ לפי"ז היה צריך להיות דגם כינויין בכלל כי היכי דמחייב מהאי קרא מלקות למקלל חברו בכל הכינויין ואמאי לא אסר אלא בו' שמות המיוחדין ועור דבתמורה (דף ד') מבואר דאזהרה לש"ש לבטלה נפקא לן מאת ה' אלהיך תירא ולא מהאי דליראה את השם הנכבד. וכ"כ בס' המצוות מצוה ח' עיי"ש והקרא דאם לא תשמור הוא עונש ולא ציווי. ועוד דלפי"ז הא לוקין על מוציא ש"ש לבטלה מאחר דכתיב שם מלקות בקרא כי היכי דלוקין מהאי קרא על מקלל חברו וזה לא שמענו:

לכן היה נ"ל להגי' וכצ"ל שהרי הכתוב מצוה ואומר את ד' אלהיך תירא וכמבואר גם במסכת סנהדרין (דף נ"ו). אכן כאשר הוא דבר חדש הדבר צריך מתין ויתבאר עוד בזה. אמנם בתמורה (דף ג') ברש"י שם מבואר דהיה לו הגירסא מליראה וזה הי' גירסת הרמב"ם ולזה נתכוין מהרש"א בר"ת (דף ל"ג) עיי"ש ובחנם תמהו עליו בהגהות שם בזה:

והרא"ש פ"ד דשבועות שם כתב וז"ל ומהכא נמי שמעינן דבעינן אחד מן הכינויין באלה ובשבועה. דכתיב אשר השביעו באלהים וכתיב נמי לא תשבעו בשמי לשקר וחללת את שם ד' אלהיך. אלמא שאין מוזהר אלא שלא ישבע בשם והא דלא אמר דבשמי הוא שם המיוחד דווקא כדאמר בסוטה (דף ל"א) גבי ברכת כהנים ושמו את שמי על בני ישראל שמי המיוחד משום דסיפא דווקא וחללת את שם ד' אלהיך משמע שאף על הכינויין מוזהר וכ"כ לא תשא את שם ד' אלהיך ע"כ. למדנו מדבריו אלה דכל השמות חוץ משם הוי' נקרא כינויין ודתנן במתנית' שבועות (דף ל"ה) כל השמות ומסיים ובכל הכינויין הרי אלו חייבין משמע דהם כולם כינויין וא"כ גם רחום וחנון בכלל והיכא דכתיב ד' אלהי' דכינוי בכלל זה גם רחום וחנון בכלל זה. ושם וכינוי חדא מילתא הוא. ומעתה להרא"ש ז"ל במקלל חברו פשיטא דחייב בכל הכינויין מאחר דבתמורה שם יליף מדכתיב לא תשמור והתם כתיב את ד' אלהיך א"כ כל הכינויין בכלל זה ג"כ. וזה ג"כ דעת הרמב"ם ז"ל. ומהא דבמקדש היה אומרים אח ד' ככתבו ובמדינה בכינויו הביא הרמב"ן דאל"ף דלי"ת הוי ג"כ כינוי ומעתה אין לחלק בין כינוי לכינוי אבל הראב"ד ס"ל דחנון ורחום אינו דומה לאידך שאינן נמחקין משא"כ רחום וחנון. וגם על הרא"ש י"ל הא שלא הביא הא דת"כ דכינויין יליף מולא תשבעו בשמי כל שם שיש לי ולמה הוצרך ללימודים אחרים בזה. וא"ל דכינויין הוא כל השמות שאינן נמחקין לבד מהוי' דנקראין כינוי כמוש"כ הריטב"א בשבועות שם בשם הרמב"ן ז"ל. וכמו דמשמע מתוס' שבועות (דף ל"ו) בד"ה ועל הכינויין וברש"י במס' סנהדרין (ס"ו ודף נ"ו) דזה אינו דהא כתיב לא תשא את שם ד' אלהיך. א"כ כל הז' בכלל דהא כתיב אלהיך ג"כ וע"כ הא דמייתי לכינויים הוא כינויים גמורין:

ועיין רמב"ן בפ' קדושים במש"כ עד ה"א בזה. ועל הרא"ש דהיכא דכתיב ד' אלהי' הכינויין בכלל י"ל ג"כ דא"כ האומר ש"ש לבטלה אפילו בכינויין יהא אסור ול"ל דהכל לפי הענין. ומסתבר להו דלשבועה ולמקלל כל הכינויין בכלל משא"כ בש"ש לבטלה אינו אלא מיוחד לבד ואין הכינויין בכלל זה ומש"כ דהא דמקלל עצמו דלוקה מהשמר לך אף דכתב הרמב"ם בהל' רוצח פ"א דמ"ע היא וש"מ דקי"ל כמ"ד במנחות (דף ל"ו) השמר דעשה לאו הוא לע"ד אם נימא כן תקשה לפי"מ דמבואר ביומא (דף פ"א) דר"ל ס"ל השמר דעשה עשה הוא ואפי"ה אמר במנחות (דף ל"ט) כל המשכח דבר אחר מלימוד עובר בלאו שנאמר השמר לך. ואלא דלא אמרינן השמר דעשה הוא רק אם הוא בקום ועשה כמוש"כ רש"י במס' יומא (דף פ"א) ע"ש בזה. והכא דומה להשמר לך פן תכרות וכו' שכתב רש"י שם במס' מנחות (דף ל"ו) דהשמר דלאו הוא משום דהוא

בשוא"ת וה"נ כן. ואם לא נימא כן תקשה מהך מתניתא להך מאן דס"ל דהשמר דעשה עשה. א"ו דהכא כ"ע מודי כמוש"כ בזה: ויש להקשות על הרמב"ם פי"ח מהל' סנהדרין שמנה קס"ח לאוין שלוקין עליהן אמאי לא מנה הא דמקלל עצמו ג"כ דלוקה. אלא שגם בהא דמנחות (דף ל"ו) שפסק הרמב"ם דהמניח תפילין לאחר שקיעת החמה בלאו ותמה עליו השיא (בתשובה מ"ג) דאמאי לא מנה הרמב"ם במנין לאוין דבודאי לוקה גם שם. והביא ראיה מהא דהשמר בנגע צרעת דלוקה ע"ש והרי ראי' ג"כ מהא דמקלל עצמו דהוא מהשמר ולוקה ג"כ. והרדב"ז שאלה תק"ג כ' תי' על התמי' שתמה הש"א שאינו לוקה שהוא אסמכתא דפשטא דקרא בפסח מיירי אבל הכא דקתני להדיא דלוקה אין לתרץ כן:

ובתמורה (דף ג') פריך אימא קרא דוהפלא אתי למוציא שם שמים לבטלה מי גרע מקלל את חבירו בשם ממוציא שם שמים לבטלה ולהרמב"ם דאף בכינוי חייב לא תי' מידי וצ"ל דזה להס"ד אבל להמסקנא דפריך ואימא במוציא שם שמים תיסגי לי' במלקות אבל מקלל את חברו בשם דקעביד תרתי לא תיסגי לי' במלקות ומשני לא מצית אמרת דכתיב לא תקלל חרש ופי' רש"י בפי' הראשון דמשמע בין קללה סתם בין קללה שבשם וקאי לאו עלה וקאתי קרא לאשמועינן דלוקה מבואר דעל כינוין לוקה. ובפי' שני כתב רש"י שם דחרש ונשיא ילפינן ממקלל אביו דבשם דוקא וא"כ מה מקלל אביו פטור על הכינוין אף מקלל חברו פטור:

לפי"מ שכתב הרמב"ם ופסק כן בש"ע דמקלל חברו חייב בכל הכינוין וגם בכל לשון חייב שהשמות שהעכו"ם קורין להקב"ה הם כמו כינוין וכמוש"כ הרמב"ם כי השמות שהם בשאר לשונות דינם ככינוים לענין שבועה. ועיין תשב"ץ (ח"א סי' ב') ובמזכיר ש"ש לבטלה שכ' הרמב"ם (פי"ב מה' שבועות הי"א) דדוקא משמות המיוחדים אסור משמע אבל לא בכינוין. וא"כ גם בלשון שהגוים קורין להקב"ה ליכא משום מזכיר ש"ש לבטלה. אבל ברבינו ירוחם (ני"ד ח"ח) כתב וז"ל השומע אזכרה מפי חברו כלומר שמוציא ש"ש לבטלה פי' אפילו בלע"ז חייב לנדותו ע"כ. הרי להדיא דלא כרמב"ם וגם בכל לשון איכא מזכיר ש"ש לבטלה. ולפי"ז גם בכינוין יהא איסור לרבינו ירוחם והא ודאי לא מסתבר להרמב"ם ז"ל ולכך פסק דבכינוין ליכא איסורא ודברי רבינו ירוחם צריך ביאור בזה:

ובהא דמבואר לקמן (סי' פ"ז סו"ע) דבדורות האחרונים בטלו שבועה בשם. לפי שעונשה גדול ונהגו להשביע בארור. בי גם כינוי בכלל זה. מאחר דלא תשא ולא תשבעו לשקר איכא בכל הכינוין. ועונשו גדול לכן אין להשביע אלא בארור בלבד. ובזה בטלתי נוסח

שבועת היסת שמצאתי אצל איזה דיינים שאחר שאמר אני נשבע כי כן הוא סיימו כן יעזרני הבורא שהוא שבועה בכינוי ומלבד העונש הלא אין צריך כינוי לשבועת היסת אלא אני נשבע לבד. כמבואר בסי' פ"ז שם בזה (ובש"ך שם ס"ק מ"ד) שאומר אני נשבע שאין לזה אצלי כלום. ומכ"ז מבואר דמה שכ' הפ"י בברכות (דף י"ב) דבספק ברכה י"ל בבריך רחמנא דאין בזה משום לא תשא דזה אינו דבכל הכינוין איכא משום לא תשא כמו שנתבאר מהתו"כ ורבים שיש להם ספק ברכה סומכין על הפ"י וזה אינו ויותר טוב כמוש"כ בהלק"ט שיברך עם תינוק דמותר ללמוד עמו ברכות וממילא יוצא ג"כ. ועמש"כ לקמן סי' פ"ז דבכל לשון איכא משום לא תשא. עיי"ש בזה. ונזדמן לי ספר מהר"ם זיסקינד וראיתי בס' י"א נוסח השבועת היסת אני נשבע למי ששמו חונן ע"ש והא ליתא דהא חונן הוא מהכינוין ואיכא לא תשא ג"כ מלבד שהוא פטור ולכן א"צ אלא אני נשבע לבד. וביו"ד סי' ש"מ סל"ז השומע ברכת השם ואפי' בכינוי וכ' הרמ"א בשם הנ"י ואפי' אמרו בלשון לע"ז הוי ככינוי ע"כ והוא כמו שנתבאר במקלל ושא"ד דכינוי הוא לשון לע"ז גם כן. וכ"ז כתב הרמב"ם כאן במקלל וכל הפוסקים בשא"ד הוא ממה דמבואר בסנהדרין (דף ט') דישראל חייב בכינוי ממה שהעכו"ם חייב וא"כ מבואר דלשון לע"ז וכינוין חדא מילתא הוא בזה:

ובנ"י בנדרים (דף ז') כתב בשם הגאונים, דמוציא ש"ש לבטלה דה"ה על הכינוין חייב בזה. לפי שעבר על ד"ת דהכי איתא בתמורה כו'. עוד כתב שם בשם ריטב"א דזהו דווקא בהזכרת שם המיוחד או הכינוי אבל לא בלשון לע"ז עיי"ש. ולכאורה הדבר תמוה דא"כ יהי' הנ"י סותר את עצמו לפימש"כ הנ"י בסנהדרין דלע"ז הוי ככינוי וכאן כ' דלע"ז לא הוי ככינוי וצ"ל דהא דכתב על הכינוין הוא לאו דוקא שם המיוחד בלבד אלא ה"ה שאר שמות דמקרי נמי כינוין וכמושכ"ל ע"ש בזה. אבל הכינוין רחום וחנון ודאי ליכא משום לבטלה והיה בלע"ז ג"כ וכמוש"כ אח"כ בשם הריטב"א שאין זה אלא בהזכרת השם או בכינוי של אל"ף דלי"ת וכיוצא בו מן השמות המיוחדין אבל לא על המזכירו בלע"ז או שאר לשונות אלא גוערין בו ע"כ. וא"כ גם הגאונים סוברים כן:

ובמס' סופרים פ"ד אבל רחום וחנון וכו' הרי אלו נמחקין והמקלל בהן עצמו וחבירו חייב ע"כ. הרי מבואר להדיא דעל הכינוין לוקין וכהרמב"ם ושו"ע בזה. ומה שכתוב ביו"ד (סי' רמ"א) דמקלל באחד מן שמות המיוחדין דחייב סקילה. והרי במס' סופרים פ"ד אמרינן המקלל אביו ואמו בשם המיוחד הרי זה חייב סקילה היינו באחד מן השמות המיוחדים וכמוש"כ לעיל לפרש דברי הראב"ד כן. וברא"ש פ"ד דשבועות סי' כ"ה כ' ג"כ כרש"י ואפי"ה נ"ל דדעתו כהרמב"ם דחייב על הכינוין כמושכ"ל בזה:

והרמב"ם בפ"ב מהל' ע"ז ה"ו כתב דמגדף אינו חייב אלא על שם המיוחד בלבד דהיינו שני שמות הגמורין עיי"ש. [ובתוס' שבועות (דף ל"ה) בפר"ח גרס אל"ף דלי"ת מן השם אינו נמחק וכו' ושמא משום דשם המיוחד הוא יש להחמיר בו יותר ע"כ. וכתב המהרש"א ר"ל דקרינן שם המיוחד כא"ד כמ"ש לא כמו שאני נכתב אני נקרא וכו' וא"צ לכל זה דגם זה הוי שם המיוחד כמבואר ברמב"ם כאן ובזה"ק מבואר בכמה דוכתי דשני אותיות אלו מיותרין הן ואין כאן מקומו להאריך בזה] נ"ל דיצא לו כן מהא דאמרינן בשבועות (דף ל"ו) ת"ר איש איש כי יקלל כו' על שם, המיוחד במיתה ועל הכינויי באזהרה וכו' לימד על המקלל אביו ואמו שאינו חייב אלא עד שיקללם בשם הרי דבמגדף נקט לשון שם המאחר בלבד ובאביו ואמו נקט בשם סתמא וכן במגדף כתב שאינו חייב אלא הב' שמות הגמורין לבד משא"כ במקלל אביו ואמו חייב בשם מהשבעה אבל רש"י פי' באביו ואמו בשם המיוחד והוא ב' הגמורים לכן פי' בסנהדרין נמי כן דהיינו הוי' ואדנ' ויו"ד ה"א. כמבואר בתוס' במס' ע"ז (דף י"ז) ד"ה ההוגה עיי"ש ואין לומר דגם הרמב"ם שכ' באחד מן השמות המיוחדין היינו שמות הנ"ל דזה אינו דהרמב"ם בפכ"ו מהלכות סנהדרין ופי"ב מהל' שבועות הנ"ל קרי שמות המיוחדין לכל הז' ואי לא הי' אלא הב' שמות לבד הי' לו לבאר כמו שביאר בפ"ב מהלכות עכו"ם במגדף דאינו חייב אלא על אלו הב' בלבד ואדרבא שם הלכה ט' כתב דמברך בשמות המיוחדין חייב ולא בעינן ב' אלו אלא בשם המתברך לבד. ומש"כ הכסף משנה דהרמ"ה חולק על זה. וס"ל כי היכי דבעינן שם המיוחד במתברך ה"נ בעינן במברך. וחכמי לוניל טענו בעד רבינו בזה ע"ש. הנה לבד מש"כ לעיל נ"ל להביא ראי' להרמב"ם מהא דאמרינן בשבועות (דף ל"ה) ר'. חנינא בר אידי אומר הואיל ואמרה תורה השבע ואל תשבע תקלל ואל תקלל מה תקלל בשם אף לא תקלל בשם ופירש"י לא תקלל בין קללת השם בין קללת חברו ורבנן אי בעי גז"ש נבעי שם המיוחד ואי לא גמירי גז"ש שבועה מנ"ל נפקא להו מדתניא כו' הרי דלא ידעינן דמקלל בשם אלא מגז"ש דסוטה. אבל בלא"ה לא בעי שם המיוחד אלא חייב בכל הז' וא"כ לרבנן דקיי"ל כוותי' לא בעי' שם המיוחד אלא חייב בכל הז' וע"כ דמברך לא בעינן שם המיוחד וחייב בכלן גם כן. ומש"כ הכסף משנה דלכך נקראו מיוחדים דמיוחדים שלא להמחק ובתשו' רעק"א ז"ל שנקרא בהן הקב"ה ושניהם אמת. דהתוס' במס' סוטה (דף י) בד"ה אלא כ' דלכך אין נמחקין משום דנקרא בהם הקב"ה משא"כ חנון דלא אשכחן שיקרא הקב"ה שמו רק חנון ע"ש בזה. וזהו שכ' הרמב"ם (בהל' יסוה"ת פ"ו) ז' שמות שנקרא בהן הקב"ה ועל חנון ורחום שמשבחין הקב"ה והוא באבות דר"נ פל"ד עשרה שמות של שבח נקרא הקב"ה ואלו הן כו' עיי"ש בזה:

ומעתה נ"ל דהרמב"ם לשיטתי' שפיר כתב דמקלל אביו ואמו חייב סקילה על כל ז' שמות המיוחדים ולא על שם המיוחד לבד [אף במס' סופרים פ"ד איתא בשם המיוחד] והיא דהא דמרבה ר' מנחם בר' יוסי בשבועות (דף ל"ו) מדכתיב אצל מברך השם בנקבו יומת דמיותר הוא. לימד על מקלל אביו ואמו שאינו חייב עד שיקללם בשם והוא דבעי שיהא כמו מברך ד' דאינו אלא בשם כן מקלל אביו ואמו וכמוש"כ הריטב"א בשבועות שם וא"כ כיון דבמברך הוכיח הרמב"ם דהמברך בז' שמות המיוחדים חייב ה"ה במקלל אביו ואמו כן:

וכן נ"ל ממש"כ רבינו ירוחם בנתיב י"ד ח"א המקלל עצמו או חבירו בשם חייב ודוקא בשם. כגון יכהו האל או אחד מהשמות כגון ש' או צ' אבל אחד מהכינוין כגון חנון ורחום וגבור וכיוצא בהן פטור. [והוא כדעת הראב"ד הנ"ל דעל הכינוין פטור] וכן מקלל אביו ואמו אינו חייב בכלל מקלל עד שיקללם בשם כו' ואם המגדף אמר בשם המיוחד חייב מיתה ועל הכינויין באזהרה כך פשוט בסנהדרין ע"כ. הרי מדכתב וכן מקלל אביו ואמו והשווה למקלל עצמו או חברו חייב בכל הז' שמות במקלל אביו ואמו גם כן: ועוד נ"ל ראי' להרמב"ם דמקלל אביו ואמו לא בעי שם המיוחד וחייב בכל הז' שמות. מהא דמכילתא פרשת משפטים שיבואר לקמן מייתי הא דר' חנינא בר אידי דשבועות (דף ל"ה) אמקלל אביו ואמו מה תקלל בשם אף לא תקלל בשם [ורש"י שכתב בשבועת קללת השם וקללת חברו ולא כתב גם מקלל אביו ואמו קיצר בזה] וא"כ לפי"מ דקיי"ל כרבנן לא בעינן שם המיוחד לחייב בכל הז'. ומעתה הא דמבואר במכילתא שם מקלל אביו ואמו בשם המפורש רבנן דר"ת ב"א פליגי ע"ז וכן הא דמבואר במס' סופרים פ"ד דמקלל אביו ואמו בשם המיוחד חייב סקילה. אתי כר"ח ב"א דאייתי בגז"ש מסוטה. משא"כ לדידן דקיי"ל כרבנן לא קיי"ל כן:

וכדעת רש"י שכתב בשם שמות הגמורין. ועל הכינוין כתב כגון ש' או צ' ולא כתב אלקי' כמו בסנהדרין (דף נ"ו) בד"ה ואליבא שכ' כינוין כגון אלקי' ש' צ' מבואר דס"ל דשם אלקי' הוא מהשמות הגמורין והוא דבמקרא מקובל לקרות כמה פעמים שם בן ד' לשם אלקי' כי הוא מורה על שררה כמו אדנ' וכמוש"כ רש"י בסנהדרין (דף נ"ו) דהוא אזהרה גם לשם המיוחד מלשון ראה נתתיך אלקי' לפרעה ע"ש. ולכן לשיטתי' שפירש בסנהדרין (דף נ"ו) בד"ה יכה דבשם אלקים חייב המברך וכמוש"כ התיו"ט דשיטת רש"י דלא בעי שם המיוחד במברך [וכן משמע לי ממה שפירש"י בסנהדרין (דף נ"ו) בד"ה שם בשם או יקלל שם פ' את שם פ' ע"כ וא"כ מבואר דמקלל חייב בשאר שמות ג"כ] לכן שפיר ס"ל דבמקלל אביו ואמו אינו חייב ג"כ דהוא דומה למברך דהוקש כבודו לכבוד המקום

וכמו דאיתא בקידושין (דף ל') ובתו' סנהדרין (דף נ') דמקלל הוקש כבו' לכבוד המקום לכן ס"ל דבמכה אביו ואמו ג"כ חייב אם מקלל באלקים ופטור בכינוין כגון ש' צ' כמו במקלל אביו ואמו וס"ל דלא כהרמב"ם דחייב על כל הז' וכל חד לשיטתו אזיל בזה:

ובמס' קידושין (דף ל') ת"ר נאמר כבד וכו' השווה הכתוב כבוד אב ואם לכבוד המקום נאמר איש אמו ואביו תיראו כו' השוה הכתוב מוראת אב ואם כו' נאמר מקלל אביו ואמו ונאמר איש איש כי יקלל כו' ברכת אב ואם כו' וכן ברין כו' ופרש"י וכן בדין שיוקשו כיבוד אב למורא על הבן כו' וי"ל אמאי שביק רש"י ברכת אב וצ"ל שמקצר בפירושו וזה נכלל ג"כ בכיבוד וכמוש"כ התוס' בסנהדרין (דף נ') בד"ה אדרבא דמקלל בסקילה שהוקש כבודו לכבוד המקום אלמא דזה בכלל כיבוד כנ"ל:

הרמב"ם סוף הלכות שבועות כ' אלא אפילו להזכיר שם מהשמות המיוחדים אסור. וז"ל הג' רע"א ז"ל ולישנא דהרמב"ם שם משמות המיוחדין איני מבין דהא לכאורה שם המיוחד לא הוי רק שם הוי' ב"ה ואולי הכוונה שמות המיוחדים היינו כינוים שהם שמותיו של הקב"ה כמ"ש הרמב"ם (בפ"ו מהלכות יסוה"ת) שם משמות הקדושים והטהורים שנקרא בהן הקב"ה ושבעה שמות הן וכו' ובא למעט רחום וחנון דאין נקרא בהן הקב"ה אלא שהם מדותיו שהוא רחום וחנון ולגבי שבועה הוא דחייב דנשבע במי שהוא חנון עכ"ד. וספיקו מבורר ממש"כ הרמב"ם (בפ"ג מהלכות ק"ש ה"ה) דברים של חול מותר לאמרן בלשון הקודש בב"ה וכן הכינוין כגון רחום ונאמן וכיוצא בהן מותר לאמרן בבה"כ אבל השמות המיוחדין והם השמות שאינן נמחקין אסור להזכירן בבה"כ ובה"מ ישן עכ"ל. הרי להדיא דשמות המיוחדין הן הז' שאינן נמחקין וכן ר"מ שכתב כן דעתו כן. וכמו שנתבאר בזה. וכן נפשט ספיקו של הלח"מ (בפ"ב מה' עכו"ם ה"ט) שהקשה אהא דמבואר שם ה"ז דמברך הוא בז' שמות שאינן נמחקין ובהלכה ט' כ' המיוחדים והוא היפוך ממש"כ בהלכה ז' עד שמסיים ואפשר ליישב דלשון מיוחדים היינו למעוטי הכינוים וכו' ע"כ. והרי מבואר להדיא כן מהא דהרמב"ם הלכות ק"ש דאינן נמחקין הוא מיוחדין גם כן. וכן מבואר להדיא בפירוש המשניות להרמב"ם בפ"ד משבועות שכ' וז"ל והמחלוקת בין ר"מ וחכמים בכינוין לבד ובחנון ורחום שיכר אחריהן אבל אל"ף דלי"ת ויו"ד ה"א ושי"ן דלי"ת וצ' אין צריך לומר כי הם שמות מיוחדין וכן אלקי' ע"כ. הרי דכל הז' שמות שאינן נמחקין מיוחדין הן ונתבאר היטיב כל הדברים הנ"ל בזה:

והנה במס' שבועות (דף ל"ה) תנן יככה אלקים זו היא האלה הכתובה בתורה. אל יככ' ויברכך וייטיב לך ר"מ מחייב וחכמים פוטרין. וכ' תוס' שם (דף ל"ו) בד"ה ה"ג וז"ל

ונראה לתרץ דהא דפטרי משום דבעינן שם המיוחד ואינהו אאלקי' קאי (פי' איככ' אלקי' דמיירי ברישא) ואע"ג דכבר איפלגי איידי דתנא ר"מ מחייב תנא וחכמים פוטרין ע"כ. ופירש מהרש"א דקאי אמקלל חברו הרי להדיא דתוס' ס"ל דרבנן דפטרי אינם מחייבין אלא כשם המיוחד דהיינו בו ד' או אל"ף דלי"ת או יו"ד ה"א כמוש"כ לעיל אבל שאר שמות אפילו שהם אינם נמחקין פטורין דהא אפילו באלקי' פטרי. וא"כ אי נחליט דהראב"ד לא פליג אהרמב"ם אלא בכינוין אבל בז' שמות מודה דחייב. א"כ יהי' נמצא דג' שיטות יש בדבר הזה. דלהרמב"ם בכל הכינוין חייב. ולהראב"ד פטור על הכנויין וחייב בז' שמות. ולהתוס' אינו חייב אלא בשם המיוחד לבר. ומעתה י"ל דגם רש"י שכ' בשבועות (דף כ"א) בשם המיוחד הוא ג"כ כתוס' הנ"ל בזה. ומאחר דאין הכרח בדבר למעוטי במחלוקת עדיף. ובהראב"ד כבר ביארנו דהעמיד דבריו רק על הכינוין לבד:

וכ"ז לענין מלקות. אבל איסורא איכא אפי' בלא שם וכינוי כמבואר בפוסקים ומשמע דאיכא איסורא דאורייתא וכן מבואר ממ"ש הב"ח בביאו הש"ך דגם באל יהי' ברוך איכא איסורא דאורייתא. ובתשובת ראנ"ח ח"ב סי' ס"ט כתב ג"כ דמשמע דאיסורא דאורייתא איכא והרי מבואר ממש"כ הב"ח ג"כ:

ובזה י"ל דרש"י לשיטתי' בשבועות (דף ל"ו) בד"ה ארור שכ' וז"ל והמקלל את חברו בלשון ארור הוא לד' קללה היא וחייב המקלל ע"כ. ומדכתב ארור לד' משם המיוחד ולא כתב שאר שמות או בשם סתמא [וכמוש"כ הרמב"ם בפי"ב מהל' שבועות ע"ש] הוא משום דס"ל דבאמת אינו חייב אלא על שם המיוחד בלבד אלא שבפ"ג דמועד קטן כ' רש"י בפירוש הרי"ף שם וז"ל והמקלל את חבירו בלשון זה ארור הוא קללה הוא וחייב המקלל ע"כ הרי שהשמיט לד' והוא כסברת מהר"ם מינץ שיתבאר לקמן בזה:

והרמב"ם בפירוש המשניות פ"ד משבועות כתב וז"ל והמחלוקת בין ר"מ וחכמים בכינוין לבד. ובחנון ורחום שזכר אחריהם אבל אל"ף דלי"ת ויו"ד ה"א ושי"ן דלי"ת וצ' אין צריך לומר כי הם שמות מיוחדים וכן אלקי' ע"כ וביאורו דבזה גם חכמים מודים. והא דקאמרי חכמים בשבועות (דף ל"ו) על שם המיוחד במיתה ועל הכינוין באזהרה כל השבעה שמות בכלל דגם הם מיוחדים ודלא כפרש"י שם בשבועות דשם המיוחד הוא בן ד' אותיות דיו"ד ה"א ע"ש. ובשבועות שם (ד' ל"ו) קאמר במקלל אביו ואמו בנקבו שם יומת מה ת"ל לימד על מקלל אביו ואמו שאינו חייב עד שיקללם בשם. ופרש"י שם המיוחד אבל להרמב"ם בכל הז' שמות ולכך כתיב בקרא ברישא ונוקב שם ד' ובסיפא כתיב בנקבו שם יומת. דברישא מיירי בשם המתברך. ובזה גם להרמב"ם בעינן שם בן ד' כמוש"כ בפ"ב מהלכ' עכו"ם משא"כ בסיפא דמיירי במברך כדיליף מזה שם בסנהדרין

עד שיברך שם בשם. ולכך כתוב שם לבד להורות דבכל הז' שמות חייב כמוש"כ הרמב"ם שם בזה. והש"ס דקאמר ע"ש המיוחד במיתה ועל הכינוין באזהרה דמיירי במברך ג"כ לכן קאמר הרמב"ם דגם זה מיוחדים אבל באמת יש נפ"מ דבמתברך אינו אלא בן ארבע לבד משא"כ במברך הוא בכל הז' ועיקר הקרא הא מיירי במתברך לכן קאמר הש"ס כן. ולר"מ דס"ל דבכל הכינוין ג"כ חייב אין חילוק בין מתברך למברך. וזהו שם בש"ס לדידי' ובכל הכינוין חייב ג"כ:

ובמכילתא פ' משפטים מקלל אביו ואמו למה נאמר לפי שהוא אומר איש אשר יקלל אין לי אלא איש אשה מנין ת"ל מקלל אביו ואמו בשם המפורש או אינו אלא בכינוי ת"ל בנקבו שם שאין ת"ל אלא להביא את המקלל אביו ואמו שלא יהא חייב עד שיקללם בשם המפורש דברי אחאי בר יאשי' ר"ח ב"א אמר הואיל ואמרה תורה השבע ולא תשבע קלל ואל תקלל מה השבע בשם אף לא תשבע בשם מה קלל בשם אף לא תקלל בשם. הא דקאמר בשם המפורש הוא ט"ס דמקורו הוא מהספרא פ' קדושים ושם איתא סתמא בשם. או שהי' כתוב המיוחד והסופרים כתבו המפורש. ובמיוחד להרמב"ם כל הו' בכלל וכן משמע לי מקיצור פסקי הרא"ש בשבועות שכתב אחר כל השמות והכינוין המקלל בכולן פטור והוא תמוה דמאי שייך בכולן הא בשם המיוחד וודאי חייב. אלא וודאי דקאי אהא דקתני ובכל הכינוין ואהאי כללא קאמר דבכולן פטור אבל בכל הז' שמות חייב. והרע"ב בפ"ז דסנהדרין כתב עד שיקללם בשם באחד מן השמות המיוחדים. קללם בכינוי רחום וחנון ארך אפים ע"כ והוא כמוש"כ דבכל הז' חייב דהוא באחד מן המיוחדין והכינוין הוא רחום וחנון כו' ופירש כשיטת הרמב"ם ולא כרש"י בזה:

בש"ג פ' כל כתבי כתב בשם הריא"ז וז"ל. ויש לשאול על ספרים שכותבים היום בלשונם והם כתבי הקודש שלנו אם טעונין גניזה ואם לחוש על אזכרותיהן שלא לישבע בהן לשקר ושלא למחוק אותם שהמוחק את השם עובר בלאו, ונראה בעיני שטוב להחמיר בדבר כמבואר בקונטרס הראיות ולפימש"כ הרמב"ם (בפכ"ו מה' סנהד') דשמות שהגוים קורין להקב"ה הרי הם ככינוין והרי בכינוין ליכא איסור מחיקה אלא בז' שמות בלבד כמבואר בשבועות (דף ל"ה) ומזה מבואר דהוא כרבינו ירוחם שכ' וכמה מחברים הקשו אהש"ך ביו"ד (סי' קע"ט) שכ' דבלשון לע"ז מותר למחוק דמ"ש מהא דכאן דאסור לקלל אפילו, בלע"ז. ולק"מ הרי הרמב"ם התם כ' דלע"ז הוי ככינוין וא"כ ניחא שפיר דבמקלל דאפילו כינוין אסור גם בלע"ז אסיר משא"כ מחיקה דמותר בכינוין שפיר מותר בלע"ז ג"כ:

בסמ"ע מבואר דבארור בעי שם וכינוי אבל בכנה"ג כתב דמהר"ם מינץ בתשובה צ"ז כתב דבארור לבד סגי ונ"ל ראי' למהר"ם מינץ מהא שכ' התוס' במו"ק (דף י"ד) בד"ה מהו שינהוג נידוי' ברגל והק' הרב הא ליכא אלא עשה ואין עשה דוחה עשה ואפי' עשה ליכא דהא עזרא גזר כדלקמן (דף ט"ז) והא לאו קושיא היא דהא נידוי דחי לאו דמקלל חברו ושמא מסוטה ילפינן ע"כ. והרי בנידוי ליכא שם וכינוי והאיך כתבו התוס' דאיכא לאו והא אינו אלא איסורא אלא ודאי דבנידוי לא בעיא שם וכינוי. כדאמרינן שבועות (דף ל"ו) ארור בו שבועה בו נידוי ולוקה בארור. ובתשובת ראנ"ח ח"ב (שאלה ס"ט) כתב דבלא שם וכינוי איכא איסורא דאריתא מהך דתוס' מועד קטן הנ"ל שכתבו דדחי לאו דמקלל חברו ע"ש וזה אינו דמדכתבו לאי משמע דלוקה ג"כ ולא איסורא גרידא אלא ודאי כדכתיבנא בזה וא"כ בנידוי דהוא ארור כדאמרינן במו"ק (דף י"ז) מאי שמתא רב אמר שם מיתה ושמואל אמר שממה תהי' וכן כתב הריטב"א בשבועות (דף ל"ה) דנידוי הוא ארור וע"כ איכא לאו דאורייתא ג"כ:

אבל הרמב"ם בפכ"ו מהלכות סנהדרין ה"ר כתב וז"ל אבל אם לא היתה שם התראה או שקלל בלא שם ובלא כינוי כגון שאמר ארור פלוני כו' אינו לוקה ע"כ וכ"ה בחינוך מצוה (מ"ט) וכ"כ הטור אלא שבשו"ע השמיט זה הרי להדיא דגם בארור אינו לוקה. וס' מהר"ם מינץ אינו בעירנו וי"ל בזה. ובאורים הביא ראי' מרש"י שבועות (דף ל"ו) שכתב ארור לד' משמע דגם בארור בעי שם וכינוי ועיין רש"י בריש"ף פ"ג דמועד קטן שכתב והמקלל את חברו בלשון זה ארור הוא קללה הוא וחייב המקלל ע"כ משמע דלא בעי שם וכינוי בזה. ותמיהני הלא מבואר ברמב"ם וטור דלא כמהר"ם מינץ בזה. וכ"ה בראש"פ"ד דשבועות סי' כ"ה שכ' ואם קלל חבירו ואמר ארור הוא לד' חייב המקלל ע"כ:

ובמס' ב"מ (דף מ"ח) מי שפרע אביי אמר אודועי מודעינן לי' דכתיב ונשיא בעמך לא תאור והרי הכא ליכא שם ולא כינוי ואפ"ה קאמר דאיכא לא תאור וא"ל דאיסורא מיהא איכא. דהול"ל משום לא תאור ומדקאמר דכתיב משמע דאיכא ל"ת ג"כ ואפילו אי נימא דזה הוי כינוי מי שפרע מדור המבול כמו חנון ורחום א"כ מבואר מזה ראי' להרמב"ם דחייב על הכינוין ג"כ. אך י"ל דאיכא לית אלא דאינו לוקה וכן נפרש התוס' דמועד קטן (דף י"ד) שכתבו דדחי לאו דמקלל חברו וא"כ משי"כ הכס"מ בפכ"ו מהלכות סנהדרין דאינו עובר בל"ת הוא לאו דוקא אלא ר"ל דאינו לוקה וכמוש"כ בזה. וי"ל מאחר דמקלל חברו מבואר בשבועות (דף ל"ו) דהוא מלא תקלל חרש אמאי לא קאמר בב"מ שם מהאי לאו וקאמר מנשיא בעמך לא תאור וי"ל דמוקדם בתורה או מאחר דמסיק שם בעושה מעשה עמך לרבא נקט האי קרא אליבא דאביי ג"כ:

ובשיטה שם כתב וז"ל ונשיא בעמך לא תאור בסוף ד' מיתות גמר חברו מנשיא וחרש ע"כ. והוא תמוה דהא איכא למיפרך מה לאלו שכן משונין כדפריך שם בסנהדר' (דף ס"ו) אלא דילפינן מאב ונשיא או מאב וחרש דליכא למיפרך שכן משונים דאב אינו משונה כמבואר בתוס' סנהד' (דף ס"ו) בד"ה מאי עיי"ש. ומעתה ניחא הא דמייתי מנשיא בעמך לא תאור. אף דבשבועות ילפינן מחרש דהא במה הצד מנשיא ילפינן והרי זה נכון. ומזה ראי' גדולה להתוס' הנ"ל דממה הצד מנשיא ילפינן מדנקט אצל מקלל חברו ונשיא בעמך לא תאור ולא נקט חרש לבד. וכן ק"ל על הריטב"א במסכת מכות (דף ח') שכתב וז"ל אמאי קרי ביי' בעמך לא תאיר בעושה מעשה עמך פי' ונשיא לאו דוקא אלא ה"ה למקלל חברו דנפקא לי' מנשיא וחרש במה הצד כו' בעושה מעשה עמך. ע"כ והא איכא למיפרך שכן משונה אלא דילפינן מאביו וחרש:

והנה י"ל הא דמייתי בב"מ מונשיא בעמך לא תאור ולא מייתי מלא תקלל חרש כדמייתי בשבועות (דף ל"ו) הוא כמו שפרש"י בחומש פ' קדושים והוא מהת"כ אין לי אלא חרש מנין לרבות כל אדם. ת"ל בעמך לא תאור כו' ע"כ. הרי דשאר כל אדם יליף בת"כ מבעמך לא תאור כל שבעמך א"כ י"ל דסוגיא דב"מ ס"ל כהת"כ בזה. ועיין רמב"ן שם שכתב אבל המדרש בש"ס אינו כן. אלא הזהיר הכתוב בנכבדים וכו' וחזר והזהיר באומללים שהוא החרש וממנו יליף בנין אב אל כל שאר העם כו' עכ"ל. והוא נ"כ תמוה דמה להצד השוה שכן משונין. וכבר תמה הרא"מ שם כן. וכתב לזה דמפיק לי' מאלהים לא תקלל באם אינו ענין לגופי' דהא אתי מנשיא וחרש תנהו ענין לישראל דעלמא ומהרש"א בסנהדרין שם תמה דמאלהים לא ידעינן אלא לאב דהוקש כבודו לכבוד המקום אבל כל אדם ילפינן מאב ותרש עי"ש: ואפשר לתרץ הרמב"ן והשיטה בב"מ הנ"ל כיון דאביו ילפינן מדרך דיין או נשיא מיותר והדר ילפינן כל אדם מאביו ומחרש. א"כ הוי כמו דבעינן מנשיא וחרש אבל אין זה נכון לתרץ כן. שוב ראיתי להרמב"ם בס' המצות מצות ל"ת שי"ח ושי"ט וברמב"ן שם והמפרשים וגם שם הרמב"ן לשיטתיה אזיל דכל אדם ילפינן מבנין אב ותמהו המפרשים ע"ז. [ומה דמבואר שם ברמב"ם דאזהרה דאב נכלל באזהרה דכל אדם כן מבואר ברש"י בסנהדרין (דף כ"ה) ד"ה אי הכי בנו נמי וז"ל דהא לא כתיב אזהרה במקלל אביו אלא במקלל חברו. שאביו בכלל עמך בפ' ד"מ דף ס"ז ע"כ ואכמ"ל בזה]:

והנה מש"כ תוס' במו"ק (דף י"ד) דנידוי דתי לאו דמקלל חברו ושמא מסוטה ילפינן ע"כ. הנה מבואר להדיא ברש"י סנהדרין (דף פ"ה) שכתב שם אהא דאמרינן שם בעו מיניה מר' ששת בן מהו שיעשה שליח להכותו לאביו ולקללו א"ל ואחר מי התירו אלא כבוד שמים עדיף ה"ג כבוד שמים עדין וכתב רש"י שם בד"ה ואחר וז"ל ואחר מי התירו

לקלל ולהכות את חברו. והלא כל ישראל הוזהרו על הכאת חבריהם ועל קללותיהם כדילפינן בד"מ (דף נ"ח) אפי"ה נעשה שליח ב"ד על כך. דכתיב ארבעים יכנו וכתיב יתן ד' אותך ע"כ הרי דמה דמספקא להו לתוס' דשמא מסוטה ילפינן פשיטא לי' לרש"י דמסוטה ילפינן לקללה וה"ה לנידוי דהיינו הך. וכמש"כ רש"י שם תחלה דוקללו הוא נידוי עי"ש בזה ומש"כ רש"י כדילפינן בד"מ (דף נ"ח) הוא ט"ס דהא שם אינו מבואר אלא דהמגבי' נקרא רשע. מרשע למה תכה רעיך. ואזהרה דמכה הוא מלא יוסיף לכן נ"ל דצריך לומר (דף ס"ו) וקאי אקללה והוא לשיט' שכ' שם (דף פ"ה). והעתקתי לעיל דמבואר שם אזהרה דמקלל חברו כן נ"ל עיקר בזה:

ומש"כ לעיל דגם בארור צריך שם או כינוי מלבד דמבואר להדיא כאן כן ברמב"ם ובטור עוד כתב הרמב"ם (בפ"ב מהלכות שבועות ה"ד) דשבועה דארור בלא שם ובלא כינוי אינו אלא איסור בלבד ואינו לוקה והרי בהדדי אתמר ארור בו שבועה בו קללה בשבועות (דף ל"ו) וכי היכי דבשבועה אינו אלא איסור גרידא ה"נ בקללה ועיין טויו"ד סי' רל"ז ובסמ"ע לקמן (סי' פ"ז ס"ק נ"ג) בזה. וכן מבואר ברמב"ם פי"א משבועות. בשבועת הדיינין ובטור ת"מ סי' פ"ז בזה:

אך זה צריך ביאור מנין דאיכא איסורא בלא שם ובלא כינוי והמפרשים ביארו מדקתני בשבועות (דף ל"ה) וחכמים פוטרים משמע דאיסורא איכא וכן משמע מהא דקי"ל בסנהדרין (דף פ"ה) דאין הבן נעשה שליח לנדותו ולרמב"ם וטוש"ע יו"ד סי' רמ"א מיירי בלא עשה תשובה. ולהטור פטור אז מכיבוד אב, והרי נידוי בלא שם וכינוי הוא ואפ"ה איכא איסורא משום דאו הרי היא כאחר כמבואר שם (סי' רמ"א) אבל קשה קושיית הר"ן בפ"ד דשבועות שהקשה אשבועה מנלן דאיכא איסורא מאחר דקראי לא משמע אלא בשם וכינוי דילמא אפילו איסורא ליכא וה"נ מאחר דקראי לא משמע אלא בשם וכינוי כמו שביארנו מנלן דבלא זה איכא איסורא דילמא הכא אפילו איסורא ליכא ותי' דהרי"ף בשבועה לא שייך כאן ואפ"ל דמסברא ידעינן זה דאסיר. שלא לשנוא לאחיו. ואהבת לרעך זה כלל גדול בתורה וזה פשוט ונכון:

ומה שכ' ראי' מהא דאין הבן נעשה שליח דאיסורא איכא אין ראי' לפי"מ שכתב הט"ז (סי' רמ"א ס"ק ט"ז) והש"ך (ס"ק כ' שם) דאפילו אי רשע פטור מכיבוד אב מ"מ לצער אסור אין זה ראי' לאחר דאיכא איסורא:

וכתב החינוך מצוה ס"ט ומ"ש ז"ל בענין זה שהחיוב אינו במקלל ובלה"ק דוקא אלא אפילו בכל לשון ע"כ ויש לומר דלפי"מ דמבואר בשבועות (דף ל"ה) רחב"א אומר הואיל ואמרה תורה וכו' קלל ואל תקלל כו' מה תקלל בשם אף לא תקלל בשם. אלמא דילפינן

לא תקלל מסוטה ומאחר דפרשת סוטה נאמרה בכל לשון כמבואר בסוטה (ל"ב) גם לא תקלל כן ואפילו לרבנן דלית להו גזי"ש דלא בעי שם המיוחד הא לדידהו אפילו בכינויין חייב וממילא דה"ה בכל לשון כמוש"כ הרמב"ם וטוש"ע א"כ ה"ה הקללה בכל לשון דמדרחב"א נשמע לרבנן ג"כ:

המקלל אחד מישראל. בהגמ"י פכ"ו מהל' סנהדרין כתב שכל דינים אלו הם דוקא בכשרים שנאמר ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך עכ"ל, ועיין לקמן (סי' ר"ד) מש"כ דמאן דלא ציית דינא לא מיקרי אינו עושה מעשה עמך שיהא מותר לקלל חנם ושכן משמע מתוס' במו"ק ע"ש:

ויש לחקור במקלל חברו דאינו עושה מעשה עמך דליכא משום לא תאור אי אינו אלא דאינו לוקה. אבל איסורא איכא או דמותר לכתחלה ג"כ. ובאביו ואמו מבואר בש"ך יו"ד (סי' ר"מ ס"ק ט"ז) דאף דליכא משום לא תאור באינו עושה מעשה עמך איסורא מיהא איכא אבל באדם דעלמא י"ל דמותר לכתחלה ג"כ. ומב"ד ושליח ב"ד אין ראיה דהא הכאה הותר אצלן. והן רשאין ולא אחר. וא"כ י"ל גם במקלל דהן רשאין ולא אחר. אך מתוס' ב"מ (ד' מ"ח) שכתב בד"ה עושה מעשה עמך לא מקרי האי אינו עושה מעשה עמך לענין שיהי' מותר לקללו בחנם כ"א לקללו על המקח הזה. במי שפרע ע"כ ומדכתבו מותר לקללו בחנם משמע דלכל אדם הותר כן:

עיין תשב"ץ ח"א (סי' קס"ח) וז"ל וה"נ דאמרינן בירושלמי דמועד קטן. תבא מארה לשכיניו שהצריכוהו לאבל לעשות ולאכול מפני שלא למדו שאם למדו היו יודעים שאבל אסור לאכול משלו מדקאמר רחמנא ליחזקאל ולחם אנשים לא תאכל. וכדאיתא בפ' ואלו מגלחין (ד' ט"ז) וא"נ למדו ולא קיימו מצות הבראה ראוין הן לקללה ככל מי שאינו עושה מעשה עמך כדאיתא בפ' הזהב (דף מ"ח) ובפ"ב דיבמות ע"כ אלמא דגם בדבר דליכא מלקות הוי אינו עושה מעשה עמך אבל מ"מ י"ל שהוא כמו במי שפרע שכ' התוס' בב"מ (ד' מ"ח) דאינו אלא לענין זה. אבל לא שיהא מותר לקללו בחנם וה"נ כן: אינו עושה מעשה עמך דפטור במקלל חברו ואביו ואמו אם עשה בשוגג ואחר כך כשנודע לא עשה תשובה ל"א בזה אינו עושה מעשה עמך הואי וכן מצאתי להריטב"א במס' מכות (דף י"ב) שכתב להדיא בהרג בשוגג אף דלא עשה תשובה עושה מעשה עמך הוי עיי"ש בזה. ועיין תוס' קידושין (דף ל"ב) בד"ה רי"א דמוכח נמי כן. ומהתוס' שם שכ' דהא דיטיל ארנקי לים ואינו מכלימו מיירי באותו ענין שיש לאב ק"ר בכך דאל"ה אם בחנם משליך רשע הוא דעובר בבל תשחית ע"ש מבואר דגם במידי דאין לוקין ג"כ הוי אינו עושה מעשה עמך. דהרי אין לוקין על בל תשחית בבגדים. ואינו אלא מדרבנן

כמבואר ברמב"ם פ"ו מהל' מלכים ע"ש בזה. אם לא שנאמר דתוס' ס"ל דבכל מילי הוה דאורייתא וא"כ אין ראי' מכאן ועיין תשב"ץ ח"א סי' קס"ח:

והא דאינו עושה מעשה עמך מותר לקללו מה הוא אינו עושה מעשה עמך אי בדבר שהוא מומר כמו דאמרינן בסנהדרין (דף מ"ז) פירשו אבותיו מדרכי אבותיו. ת"ל בעמיו בעושה מעשה עמיו. ופרש"י שהוא מומר או אפילו בדבר אחר שהוא רשע כמו בפסולי עדות ובעינן דבר שחייב בו מלקות כמו שמבואר לקמן סי' ל"ד וגם ברשע דרבנן אי הוי אינו עושה מעשה עמך. כמו פסולי עדות דרבנן או לא. ומהא שכתב הגהמ"י פ"ו מהל' ממרים וז"ל יכול אמר לו אביו היטמא או שא"ל אל תחזיר כו' מכאן למדנו שבדיבור אין נחשב רשע דדברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין שאם הי' נחשב רשע בדיבור פשיטא שלא ולא הי' צריך פסוק לזה ע"כ. אלמא דלא מקרי אינו עושה מעשה עמך באביו ואמו. אלא באי הוי רשע. ובעושה שליח לדבר עבירה אינו רשע והוא עושה מעשה עמך עדנה. וה"ה למקלל חברו. ולכן במידי דלא הוי אלא דרבנן אף דפסלוהו לעדות מ"מ לקללו אסור דאכתי עושה מעשה עמך הוא מדאורייתא:

וכן משמע מהא שכתבו התוס' במועד קטן (דף י"ד) שכתבו שם לתמוה איך דחי נידוי ומאן דלא ציית דינא לאו דמקלל חברו. וכתבו דשמא מסוטה ילפינן ע"כ. ולא כתבו משום דאינו עושה מעשה עמך. א"ו דאינו עושה מעשה עמך אלא אי הוי רשע דאורייתא ואפי' רשע דד"ק כמו לוה רשע ולא ישלם מאחר דלא כתיב באורייתא אכתי עושה מעשה עמך הוא כליל ברור בזה. איך שיהי' במידי דאינו חייב אלא בד"ש כמו בגרמא בנזקין לא אמרינן אינו עושה מעשה עמך בזה. ובגזלן פשיטא דאינו עושה מעשה עמך הוא כמבואר מהא דבב"ק (דף צ"ד) בגזל פרה וטלית דחייבין להחזיר מפני כבוד אביה דפריך דאינו עושה מעשה עמך ומוקי כשעשה תשובה והוא דהוא רשע דומיא דפסולי עדות גם כן:

אלא מהא שכ' התוס' ביבמות (דף כ"ב) בד"ה כשעשה תשובה משמט דבכל דבר אינו עושה מעשה עמך הוא שכ' וז"ל והא דאמר בסנהדרין (דף פ"ה) לכל אין הבן נעשה שליח לאביו להכוחו ולקללו חוץ ממסית וכו' התם כשעשה תשובה. וא"ת מלקות משכחת דמחייב אעפ"י שעשה תשובה. אלא לקללו מי שעושה תשובה אין רשאי לקללו אפי' אחר. וי"ל דאם הזכיר ש"ש לבטלה או דבר שנתחייב בו נידוי אעפ"י שעשה תשובה חייב ולא מיפטר ע"כ. וא"כ מבואר דאפי' במפיק ש"ש לבטלה דאין בו מלקות אלא עשה דאת ד' אלהיך תירא כמבואר בסנהדרין (דף מ"ו) ובתמורה (דף ג') ואפי"ה דוקא כשעשה תשובה. אבל בלא"ה אינו עושה מעשה עמך הוא. וכן דבר שנתחייב בו נידוי.

[וזה לא מיירי בלא ציית דינא דבזה לאלתר שרינן ליה כשעושה תשובה כראמרינן במו"ק (דף ט"ז) טיט אסור וטיט שרי והני מילי לממונא וכו'] דאפי' על איסור דרבנן מנדין כדאמרינן בפסחים (דף נ"ב) מנדין על ב' ימים טובים של גליות ועיין יו"ד (סי' של"ד סמ"ג) ואפי"ה דוקא כשעשה תשובה הא בלא"ה אינו עושה מעשה עמך הוא, ואפי' את"ל דמיירי באיסור דאורייתא דומיא דאפיק ש"ש לבטלה דחייב נידוי כמבואר בנדרים (דף ז') אבל מ"מ מבואר דלאו דוקא בלאוין שיש בהם מלקות אלא אפילו בעשה תמור ודבר שיש בו נידוי אי לא עשה תשובה. אינו עושה מעשה עמך הוא ומעתה י"ל דעל כל כ"ד דברים שמנדין את האדם כמבואר ביו"ד שם לאו עושה מעשה עמך הוא. אלא דהא קחשיב התם מאן דלא ציית דינא וכבר ביארנו מהתוס' דמועד קטן דבזה עושה מעשה עמך הוא עדיין ולכן אין לנו ראי' אלא על איסור דאורייתא לבד אף שאין בו מלקות אבל איסור דרבנן לא מצינו בזה. ועיין מש"כ בסי' ל"ד קצת ראי' לזה:

ועיין בעל הטורים פ' קדושים שכ' לא תלך רכיל בעמך בירושלמי מותר לומר לשון הרע על בעלי מריבה. שנאמר לא תלך רכיל בעמך בעושה מעשה עמך וכו' ע"כ הרי דבעל מריבה אינו עושה מעשה עמך הוא. וצריך תלמוד בזה. ובתשובת להרשב"א (שאלה ר"פ) כ' בראובן שמשתדל לבער עבירות וקמו קצת אנשים נגדו לבטל המצוה דמ"מ אין לקללם ע"ז ע"ש בזה:

ובמס' גיטין (דף ל"א ודף מ"ב) דר"ה ור"ח הוו יתבי חליף ואזיל גניבא מקמייהו א"ל חד לחברי' ניקום מקמי' דבר אוריין הוא וא"ל אידך מקמי פלגאה ניקום. הרי דעושה מריבה אינו עושה מעשה עמך הוא. ולכן אין חייבין לכבדו וכמבואר בר"ן פ"ק דקידושין והוא כדברי הירושלמי דהובא בבעה"ט הנ"ל ועיין תוס' קידושין (דף ל"ב) בד"ה זקן אשמאי פי' בקונטרס רשע ועם הארץ. וק' דהיכי קאמר דשיבה משמע אפילו זקן אשמאי והלא אפילו מצוה להכותו לבזותו לזלזלו ע"כ משמע דבכל דהוי רשע אינו עושה מעשה עמך הוי וכן עיקר:

ועיין מג"א סי' קנ"ו וז"ל בירושלמי פאה פ"א מותר לומר לה"ר על בעלי מחלוקת מ"ט ואני אבוא אחריך ומלאתי את דבריך ודוקא למלך כשר כמו נתן לדוד הגהות סמ"ק ע"כ הרי להדיא דלא כמו שמבואר בבעה"ט ובהש"ס הנ"ל דבעלי מחלוקת אינו עושה מעשה עמך ובלא"ה אין בזה משום לה"ר והדרש שכ' בבעה"ט לא מצאתי כעת בירושלמי בזה:

ואי מותר לקלל א"י. בתוס' מס' עכו"ם (דף ד') כ' בד"ה ש"מ לאו ארח ארעא. לספרים דגרסי ההוא עובד כוכבים ניחא בעובדי כוכבין לא מעלין ולא מורידין והוא שביקש לקללו וכו' ולא להורגו. ולא דמי להורדה לבור. ולספרים דגרסי ההוא מינא. אעפ"י

שהמינים מורידין לבור נמי ניחא דודאי ביקש להרוג בקללתו ומ"מ קאמר בתר הכי ש"מ לאו ארח ארעא כי לא הי' לו לדחוק בידי שמים ולהעניש מי שאינם רוצים להעניש ואעפ"י שמותר להורגו ביד"א ע"כ משמע דאי גרסי' עכו"ם הא דלאו ארח ארעא הוא משום דלא מורידין ואין צריכין משום דלא לדחוק בידי שמים וכן משמע בתוס' ברכות (דף ז') מיהו אף דלאו ארח ארעא אבל כ"ז אי הדבר ודאי אבל בקללה בעלמא דאין ברי היזיקא מותר דאפילו בישראל באינו עושה מעשה עמך מותר. אף די"ל דישראל דוקא באינו עושה מעשה עמך משא"כ בעכו"ם, מ"מ י"ל כן דלא עדיף מישראל בזה. ושוב בא לידי ספר ברכי יוסף וראיתי שכתב דמותר לקלל כמו שנאמר ושם רשעים ירקב וכו' וצ"ל כמוש"כ בזה:

ועדיין יש לחקור במקלל חברו בכתב אי לוקה או לא ובשו"ת חתם סופר (שאלה רכ"ז) כ' וז"ל והנלע"ד להמעיין בתמורה שם בסוגיא גבי מקלל חברו בשם דשבועה ומקלל עיקר איסורא הוא משום מוציא ש"ש לבטלה. אע"ג דבמוציא ש"ש לבטלה ליכא מלקות מ"מ כיון שהשיא ד' יתברך לצורך שבועה או קללה איכא בזיון טפי כו' וא"כ הדבר פשוט דלא המוציא ש"ש לבטלה אלא במוציא בשפתיו אבל בכותב על הספר אין כאן בזיון כלל. אפילו כתבו דרך שבועה וקללה. משו"ה אין כאן מלקות ע"כ. ומש"כ דמקלל חברו הוא משום מוציא ש"ש לבטלה. זה אינו דהא ברמב"ם בפי"ב מהלכות שבועות מבואר דמוציא ש"ש לבטלה אינו אלא בשבעה שמות שאינן נמחקין ולא בכינוים ובמקלל הא ס"ל בפכ"ו מהל' סנהדרין דאפי' בכינוין חייב. ולרבינו ירוחם הוא בהיפוך. דמוציא ש"ש לבטלה אפילו בלע"ז אסור. וה"ה בכינוין ובמקלל אין חייב בכינוין וכמו שנתבאר לעיל בזה. ומעתה י"ל דאף דבכתב ליכא איסורא דש"ש לבטלה. אבל במקלל איכא מלקות ג"כ וגם מש"כ הח"ס דאיסור שבועה הוא משום מוציא ש"ש לבטלה לפימש"כ הרמב"ם בפ"ב מהלכות שבועות דאפילו בכינוים איכא מלקות ובכינוים הא ליכא איסורא דש"ש לבטלה כמש"כ הרמב"ם פי"ב מה' שבועי הנ"ל בזה:

ומה שהקשה הח"ס שם הא שלא אמר נמי חוץ ממקלל אביו ואמו דממיתין בלא מעשה. וכ' וצ"ל דבכלל מקלל חברו הוי נמי אביו ואמו ע"כ. אכתי קשה למה לא חשיב מגדף. ומסית ונביא השקר שממיתין בלא מעשה. כמבואר בסנהדרין (דף ס"ה) דמהי"ט פטרינן מקרבן ג"כ. א"ו דלא חשיב אלא הדברים דלוקין בלא מעשה ולא הדברים שממיתין בלא מעשה, אלא הא קשה טובא אמאי לא חשיב עדים זוממין דהוי לאו שאין בו מעשה ולוקין. וכבר הקשה התוס' כן בשבועות (דף כ"א) בד"ה חוץ מנשבע ומימר וא"ח וליחשוב נמי עדים זוממין ומוציא שם רע וי"ל כיון דכתיב בהו מלקות בהדיא, לא חש

למיתנא. א"כ אין למדין מן הכללות אפי' במקום שנאמר בתן חוץ ע"כ וא"כ לא ק"מ הא דלא קחשיב מגדף וגם מקלל אביו ואמו דכיון דעונש דידהו כתיבי בהדיא לא חש למיתני א"כ אין למדין מן הכללות. וי"ל מהא דאמרינן בזבחים (דף כ"ט) דאין לוקין על לאו דלא יחשב והא אפשר בכתב דהוי מעשה ג"כ. גם דיש להקשות מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ס"ג) דנודר בשמו ומקיים בשמו של עכו"ם אינו לוקה משום דהוי לאו שאין בו מעשה. והא איכא במעשה בכתב. ובלאו דלא תזכירו איכא איסורא אפילו בכתב. וממילא ילקה אף באין בו מעשה,. להמל"מ בפ"ד דמלוה. דכל היכא דאפשר במעשה אף דאין בו מעשה לוקין עליו. והיות כי בגוף הדבר אי כתיבה בשבועות הוי שבועה האריכו במחברים. וצריך ביאור בפני עצמו לכן קצרנו. והעיקר דמזה ראי' למש"כ האחרונים כיון דעיקר הוא משום דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ובמקום איסורא לא שייך ראוי לבילה מאחר דאיכא איסורא. ואיך שיהי' איסורא איכא ודאי בכתב במקלל חברו לכן יש ליזהר שלא לקלל אפי' בכתב גם כן:

ובהא דכתבו האחרונים דאף אי כתיבה כדיבור הוא משום דראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ובאיסורא לא שייך. אף דיש קצת ראי' מהא דאמרינן בב"ב (דף קנ"ו) רי"א בשבת אמרו ק"ו בחול. ופרשב"ם ק"ו בחול דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו. דאפשר בקנין משא"כ בשבת אף דאפשר באיסור לא אמרינן כל הראוי אך מ"מ מהה"מ ספי"ג מהלכות שכירות שכ' לתרץ הרמב"ם דס"ל בחסימה דלוקה אף דאין בו מעשה. משום דאפשר בחסימה וא"כ הרי הוא ג"כ כמו כל הראוי לבילה וכן מצאתי בנ"ב מהדו"ת (שאלה עו) אלמא דגם באיסור אמרינן זה. וא"כ ליתא תירוץ הנ"ל בזה. ובהא דאמרינן בפסחים (דף מ"ו) דר"א ס"ל דלא תקרא לה שם עד שתאפה. משום דאי בעי מתשיל והוי כדידי'. ואמאי אמרינן הואיל. דהא מסתמא לא עביד איסורא וצ"ל דשאני מהא דכל הראוי לבילה דראוי משמע בלי איסור כלל משא"כ הואיל אי בעי אמרינן אפילו באיסור וכמוש"כ התוס' במס' סוכה (דף ל"ד) דהוי בידו אפי' אי הוי באיסור וכן משמע מתוס' קידושין (דף ס"ג) וכמוש"כ בסימן א' מזה:

(מבן המחבר ולפיענ"ד י"ל בההיא דפסחים דכיון דעל גוף השאלה ליכא איסור המעכבו מלשאול אלא רק דאם ישאול ממילא יהי' שלו ויעבור בב"י שפיר אמרינן הואיל בזה. אבל היכא דאיכא איסור המעכבו מלשאול שפיר אפשר לומר דלא אמרינן הואיל בזה. ונראה לי להביא ראי' דגם באיכא איסור המעכבו אמרינן הואיל מהא דאיתא בסוכה (דף):

ובתוס' ברכות (דף כ"א) דאדם המתפלל ושמע קדיש או קדושה ישתוק דשומע כעונה. ובש"ל כתב דאינו יוצא דהא דשומע כעונה הוא אם יכול לענות אבל כאן דאינו רשאי. אמרינן כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת ע"ש אלמא דבמקום איסור ל"א דהוי ראוי אלא דבאיכא איסור אינו ראוי. אמנם התוס' דס"ל דגם באינו רשאי לענות ישתוק ויוציא אלמא דל"א בזה דאינו ראוי לבילה מאחר דאיכא איסורא ואפילו בכה"ג אמרינן דראוי לבילה ואין מעכב בזה. והב"ח באו"ח (סי' ל"ב) כתב דאם נמצא דיבוק בס"ת בקריאה. דאין צריך להוציא אחרת אפילו נמצא בשבת ויו"ט שא"א לגוררו מ"מ אין להוציא אחרת כיון שמעיקר הדין יש תקנה לגוררו רק דאיסור שבח רביע עלי' וכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ע"ש וכ"ה במחה"ש (ס"ק מ"ג) הרי דמשום איסור שבת ס"ל דהוי ראוי לבילה. ולא משמע כן מרשב"ם דב"ב (דף קנ"ו) הנ"ל וצ"ל דהא דאמרו בשבת אמרו ק"ו בחול דראוי לבילה בלא איסור. אבל באמת גם בשבת מהני משום דכל הראוי לבילה וא"כ גם באיכא איסור מאחר דראוי איתא לכלל זה:

ובזה מיושב הא דאמרינן בביצה (דף י"ט) מביאין שלמים ואין סומכין עליהן והקשה הפ"י. אף דסמיכא לא מעכבא מ"מ ראוי לבילה בעינן ותי' מאתר דמדאורייתא מותר לסמוך ראוי לבילה הוי ולהנ"ל י"ל בפשטות כיון דאפשר בסמיכה אלא דאיסורא דשבת רביע עלי' אין בילה מעכבת בו ונכון. ועיין ברא"ש פ"ג דברכות שכתב בהי' עומד בתפלה ומים שותתין על ברכיו. דמאחר דמדאורייתא אינו אסור אלא כנגד העמוד בלבד הוי גברא חזי עיי"ש בזה:

נסתפקתי אי מקלל עבד חייב או לא. ולכאורה כיון דקיי"ל דאחיו הוא במצות א"כ אינו רשאי לקלל לא גרע מאשה. ונראה דתלוי בפלוגתא דר"י ורבנן בב"ק דף פ"ז) אי יש לעבדים בשת והרי בסנהדרין (דף פ"ה) אמרינן ת"ש היוצא ליהרג ובא בנו והכהו וקללו חייב. בא אחר והכהו וקללו פטור והוינן בה מאי שנא בנו ומ"ש אחר כו' אחר גברא קטילא הוה. והאמר רב ששת ביישו ישן ומת חייב. פי' ואמאי פטור ביוצא ליהרג אם הכהו וקללו הא לא גרע מבשת. אלמא דקללה ובשת מישך שייכי בהדדי. דכל דחייב עליו משום בושת חיובו משום מקלל ג"כ. וכל שאינו חייב משום בושת אינו חייב משום קללתו וא"כ לר' יהודא דאין לעבדים בושת ה"נ דאינו חייב על קללתו. משא"כ לרבנן דאנן קיי"ל כוותייהו דיש לעבדים בושת הכי נמי דחייב על קללתו. וזה פשוט. (וכן משמע לי בב"ב (דף ד') בעובדא דהורדס עבדא דבית חשמונאי ע"ש] וראי' לזה מהא דאמרינן במס' מכות (דף ח') עבד וכותי גולה ולוקה ע"י ישראל וישראל גולה ולוקה ע"י כותי ועבד בשלמא עבד וכותי גולה ע"י ישראל דקטלי' ולוקה דלטיי' אלא ישראל

גולה ולוקה ע"י כותי בשלמא גולה דקטלי' אלא לוקה אמאי דלטיי'. ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך. ומדפריך אלא ישראל גולה ולוקה ע"י כותי ולא פריך גם אעבד ש"מ דבעבד שפיר לוקה דלטיי' אלמא דגם בעבד שפיר שייך דחייב משום לא תאור. [ובמס' ברכות פ"ב אין מקבלין תנחומין על עבדים אלא אומרים כו' ימלא המקום חסרונך זולת טבי דכשר הי' הרי דסתם עבדים אינן כשירין וכשר דמקבלין תנחומין בכלל לא תאור ג"כ]:

וראיתי להתוי"ט שם פ"א דמכות משנה ג' שכ' וז"ל דבקללת עבד וכותי פטור דכתיב לא תאור בעמך בעושה מעשה עמך עכ"ל הרי דפשיטא לי' דעבד לא שייך בי' לא תאיר. דאינו עושה מעשה עמך. וזהו לכאורה דלא כמוש"כ לכן נראה כמוש"כ הש"ך (ביו"ד סי' א') סק"ב. דסתם עבדים יש בהם מדות רעות ופחותים מרקים ופוחזים אם לא שאנו מכירים שהם בחזקת כשרות ע"ש וא"כ בסתם שאין אנו יודעים שהם מוחזקין בכשרות כיון דאינם עושים מעשה עמך אין בהם משום לא תאור אבל עבד שאנו מוחזקין בו שהוא עושה מעשה עמך ודאי דיש בהם משום לא תאור ולכן לא פריך הגמ' שם במכות מעבד דדילמא מיירי בעבד שעושה מעשה עמך ולכן לא פריך אלא מכותי. ודוחק לומר דרישא דברייתא דנקט כותי פריך מני' וה"ה דהומ"ל מעבד. אלא מחוורתא כדכתיבנא בזה:

ולפי"מ שנתבאר לעיל מסוגיא דסנהדרין (דף פ"ה) דכל דישנו בבשת חייב על קללתו. נ"ל דחייב על קללת קטן אי מכלמי לי' ומיכלם. כמו בבשת בב"ק (דף פ"ו ולקמן סי' ח"כ סל"ז). ולכן מבואר שם דחייב בבשת חרש משום דחייב על קללת חרש וכמו דכתיב לא תקלל חרש. אבל קללת שוטה פטור כמו דפטור על בושתו כמבואר שם בזה. וכן מבואר להדיא ברמב"ם (פכ"ו מהל' סנהדרין ה"א) שכ' ויראה לי שהמקלל את הקטן הנכלם לוקה. וכתב הכס"מ למדה רבינו מדאיתא בהחובל (דף פ"ו) דקטן דמכלמינן לי' ומיכלם יש לו בשת וסובר רבינו דה"ה לענין קללה ע"כ וכבר ביארנו דמסוגיא דסנהדרין מבואר כן דכל דחייב על בשתו חייב על קללתו ג"כ. ובריטב"א כתב להדיא שם דבעבד פטור משום דאינו בכלל עמך הוא. ועוד דסתם עבדים פרוצים הם ע"כ. ומשמע דעיקר כתירוץ השיך ולכן באם הוא בחזקת כשרות חייבין על קללתו ג"כ. אבל דלא הוי בכלל עמך צריך ביאור דהא בכלל רעהו הוא כמוש"כ הרא"ם פ' משפטים וכמוש"כ לקמן (סי' שמ"ו) א"כ צ"ל דבכלל עמך ג"כ:

נ"ל דמקלל חברו איכא גם עשה דואהבת לרעך ובפרט לפימש"כ בתומים דאיסור מקלל חברו אף דקללת חנם לא תבא מ"מ איכא משום שנאת חברו ועיין בתוס' מו"ק (דף י"ד) ד"ה מהו שינהיג נידוי ברגל. והק' הרב הא לינא אלא עשה ואין עשה דוחה עשה ואפי'

עשה ליכא דהא עזרא גזר כדלקמן. והא לאו קושיא היא דהא נידוי דחי לאו דמקלל חברו ושמא מסוטה ילפינן. ועוד כיון שעבר על דברי הדיינין הרי יש כאן עשה דרבים ע"כ. פי' דמי שאינו נוהג כשורה מותר לקללו א"כ אינו אלא לאו דמקלל חברו אבל מנלן שיהא דוחה עשה ולא תי' על מה שהק' הא אין עשה דוחה עשה. ולפימש"כ אתי שפיר דגם במקלל חברו איכא עשה כמוש"כ. או י"ל דבסוטה איכא קללה בשם ומוציא ש"ש לבטלה איכא עשה כמבואר בתמורה (דף ג) הרי דדחי לאו ועשה ואיכא שפיר למבעי אי נוהג גם ברגל וא"ש:

[ונראה דבמחיקה איכא ג"כ משום את ה' אלקיך תירא וכ"כ מחברים ובזה תירצתי קושיית הת"ח בסנהדרין (דף ע') שהקשה אהא דס"ל לר"א בסנהדרין דעיר שיש בה מזוזה אין עושין עיר הנדחת משום לא תעשון כן. דליתי עשה (ל"ד) במשנה שם אתרוג של דמאי ב"ש פוסלין וב"ה מכשירין. וקאמר שם בגמרא (בדף ל"ה) מ"ט דב"ה כיון דאי בעי מפקיר להו לנכסי' והוי עני וחזי' לי השתא נמי לכם קרינא בי' והא הרמב"ן כתב בפסחים שאסור להפקיר בשבת ויו"ט. (ובמ"א הארכתי בזה ואמ"ל) וא"כ האיך אמרינן הואיל ובידו להפקיר והוי עני וחזי' לי' הא לא הוי בידו משום דאסור להפקיר ביו"ט. א"ו דאמרינן הואיל גם באיכא איסור המעכבו ומשום האיסור שפיר הויא בידו. אבל מ"מ י"ל דוקא באיסור דרבנן כנגד דאורייתא כיון דמדאורייתא שפיר חזי' ליה במה דיכול להפקיר שפיר אמרינן הואיל. אבל באיכא איסור דאורייתא המעכבו שפיר י"ל דהויא עיכוב ואין ראי' מדרבנן אדאורייתא. והנה לכאורה יש להוכיח דגם באיכא איסור דאורייתא המעכבו הוי עיכוב. לשיטת ר"ת דעדים יכולים לשלוח עדותן בכתב א"כ קשה מש"ס דשבועות (דף ל') דעשה דכבוד תורה דחי לעשה דועמדו ואמאי לידחי' הא קיי"ל דבאפשר לקיים שניהם לא דחי וה"נ הא אפשר לקיים לשלוח עדותו בכתב ולא יצטרך לדחות לעשה דעמידה אע"כ צריך לומר כיון דהא דיכול לשלוח עדותו בכתב הוא דוקא ביכול בעצמו לבא ולהעיד. אבל באילם דלא יכול להעיד לא מהני ג"כ בכתב. א"כ מהשתא אם נאמר דעשה דכבוד תורה לא דחי לעשה דעמידה משום דאפשר לשלוח עדותו בכתב. א"כ אם תאסר לו מלבא בעצמו מחמת עשה דעמידה א"כ אז לא יהני ג"כ שישלח עדותו בכתב. דהא אינו ראוי לבא מצד עשה דעמידה והויא אינו ראוי בזה. א"כ יהי' מוכח לכאורה דבאיכא איסור המעכבו חשוב עיכוב בזה. אבל אפשר לומר דבשילוח עדותו בכתב לא חשיב לאפשר לקיים שניהם דיותר מצוה הוי לבא בב"ד ולהעיד וגם לפימש"כ בהגהותי לסי' י"ז דבעשה לעשה לא שייך הדין דאפשר לקיים שניהם א"כ ליתא לראי' זה. וביותר י"ל דחשוב ראוי מצד עשה דעמידה כיון

דבידו למחול על כבודו ולהעיד בעמידה ולא צריך לדחות ואין כאן שום עשה המעכבו) דושרפת ולדחי ל"ת דלא תעשון כן. ולהנ"ל ניחא דאיכא עשה דאת ה' אלקיך תירא ואין עשה דוחה עשה ול"ת]:

(מבן המחבר וגם אני בנו ותלמידו אענה מה שנראה לפיענ"ד בתי' קושיית התו"ת הנ"ל דליתי עשה דושרפת וידחה ל"ת דמחיקה. הנה תירוץ קושית אאמו"ר הגאון הכ"מ דאיכא גם עשה במחיקת ה' דה' אל מירא. מצאתי שכבר הקדימו בתי' זה בספר בית מאיר. וע"ד הפלפול יש להק' על תי' זה. דהא ב"ש אית לי' בקדושין (דף מ"ג ע"א) דשני כתובים הבאים כאחד מלמדין. ור"א דהוי מתלמידי ב"ש ג"כ סבר כב"ש דשני כתיבים הבאים כאחד מלמדין ואיתא בתיס' ביבמות (דף ה ע"א) בד"ה שכן וכו' והק' שת נילף מכהן ונזיר ומילה דדמיא צרעת דהויא עשה ול"ת וחי' משום דהוי כמו שני כתובים הבאים כאחד. א"כ מבואר מזה דלמ"ד דשני כתיבים הבאים כאחד מלמדין שפיר יכול ללמוד מהנך דעשה דותה אפילו ל"ת ועשה וכן העלה הגאון בעהמ"ח חמדת צבי בחי' לביצה מדה"ת הנ"ל דלמאן דסבר שני כתיבים הבאים כאחד מלמדין עשה רוחה אפי' ל"ת ועשה. והא מרא דהאי ברייתא דכל עיר שיש בה אפי' מזוזה אחת אינה נעשית עיר הנדחת הוא ר"א. ור"א דסבר שני כתובים הבאים כאחד מלמדין הא דחי אפי' ל"ת ועשה. א"כ הדרא הקושיא לדוכתא אמאי אינה נעשית עיר הנדחת. ואי דהויא עשה ול"ת הא ר"א לשיטתי' דחי עשה אפילו לל"ת ועשה:

ולפיענ"ד נראה לי לתרץ קושיית התו"ח הנ"ל דלכך לא דחי עשה דשריפת שללה של עיר הנדחת משום דבמזוזה איכא כמה לאוין דהרבה אזכרות איכא במזוזה ולא אתי עשה ודחי ללאוין הרבה. כמו דסבר ר"ע בנזיר (דף מ"ח) דאין עשה דוחה ב' לאוין. ואין לומר דלא דמי לנ"ד וכהן דהתם הלאוין חלוקין בשמות נזיר וכהן. אבל זה אינו. דהא הר"ן בפ' יוהכ"פ סבר דטפי עוברין על איסור לאו דשחיטה דאיכא איסור סקילה מלהאכיל אותו איסור נבלה משום דעל כל זית וזית עובר באיסור נבלה אף דשם נבילה שם אחד הוא. אבל י"ל דאפי' למ"ד דאין עשה דוחה לתרי לאוין אבל הכא דהויא עשה דרבים שפיר דחי אפי' תרי לאוין. דהחייב העשה דובערת הרע מקרבך על כל ישראל נאמר. שנאמר ורגמוהו אותו וכו' ע"ש בסנהדרין (דף פ"ט ע"ב) ודמי לשמחה דמבואר במ"ק (דף י"ד) דהויא עשה דרבים ועוד דמי לנדוי שכתבו בתוס' שם דהויא עשה דרבים משום שנוהג בב"ד הויא עשה דרבים. ולפי"ז נראה לי לתרץ מה שכתב בחידושי הר"ן לר"פ שילוח הקן וז"ל וקיומי' בי' ובערת הרע מקרבך ויש להקשות וליתי עשה ול"ת דשילוח הקן ולידחי עשה דובערת הרע ע"ש. אבל לפי מה שפירשתי דהויא עשה דרבים ניחא.

לכך לא נדחה עשה דובערת מפני עשה ול"ת דשילוח הקן משום דהויא עשה דרבים וד"ל. אבל יש לומר לפימש"כ נו"א לחלק בין עבירת הלאוין באין בב"א לבזה אחר זה דבב"א אמרינן מה לי חד לאו ומה לי תרי לאווי משא"כ בזה אח"ז. וכן חידש בס' יד המלך בפ"ב מה' שבת. ושוב מצאתי בכתבי קודש של אאמו"ר הגאון הכ"מ שהעלה כן ובמ"א ביארתי באריכות ואמ"ל. א"כ הכא נמי במזוזה דאין עבירת הלאוין באין בב"א דאי אפשר לצמצם לשרוף לכל המזוזה בב"א. ואולי חשוב בכה"ג בב"א. ושוב מצאתי בס' לימודי ה' שהביא תירוץ הנ"ל בשם המשנה למלך. וז"ל ונ"ל לומר דאתי עשה ודוחה ל"ת אמרינן. אבל ליתי עשה ולידחי לכמה ל"ת לא אמרינן. והכא במזוזה בכל אזכרה ואזכרה שיש בה עובר על ל"ת וכו' והק' על זה וז"ל ואיני יודע מקום לסברא זו דה"נ בכל אזכרה ואזכרה דאיכא ל"ת יש בה נמי מצות עשה לשורפה דבכל שהוא משללה קאי בעשה והרי אמרינן בפ' אלו נערות (דף מ') גבי ממזרת ונתינה שנאנסה דליתי עשה דלו תהי' לאשה ולידחי לל"ת דלא יבא ממזר אף דבכל ביאה וביאה קעבר בל"ת עיי"ש ולכאורה יש לדמות זה ג"כ לגילוח זקן דמצורע דדחי עשה דוגלח את זקנו לחמש לאוין דגילוח זקן דאיכא על כל פיאה ופיאה מהזקן לאו. אע"כ צ"ל כנ"ל דאיכא ג"כ מצוה על כל פיאה מהזקן:

אבל:

לפענ"ד אפשר לחלק ולא דמי כלל להאי דכתובות וגילוח זקן. דהתם באונס כמו דעובר על כל ביאה בלאו קיים ג"כ עשה המיוחד לעבירת הלאו בביאה זו. וכן בגילוח זקן. כיון דהתורה ייחדה עשה לגלח כל הזקן א"כ שפיר י"ל כמו דהתורה חייבה על כל פיאה מהזקן בלאו ה"נ במצוה דגילוח הזקן איכא מצוה בגילוח כל פיאה מהזקן (ובמ"א ביארתי זה ביותר ביאור ואמ"ל) אבל הכא דנהי דהחיוב לשרוף כל המזוזה אבל מ"מ סוף כל סוף בשריפת כל המזוזה לא יקיים רק שם מצוה אחת דשריפת שלל המזוזה. ועבירת הלאוין עובר על כל אזכרה ואזכרה בפני עצמה א"כ נמצא דעבר הרבה לאוין המחולקין בעבירתן בשביל מצוה אחת. ובאמת אם נהי' דנין על כל שם מהמזוזה בפני עצמו אין כאן חיוב לשרוף דאין זה כלל בגדר שלל העיר. דבמזווה בשם אחד נפסל ולא חזיא למידי. ואדרבא צריך לטרוח ולגנוז אותה ולא נכנס כלל במצות שריפת שלל עיר כמובן ודו"ק היטב: ומעתה לפי"ז הי' אפשר לומר דלכך לא דתי עשה דשריפת עיר הנדחת לל"ת דלא תעשה לה' א' משום דתיכף בנשרף תיבה אחת נפסלת א"כ שוב אין בשאר השמות מצוה דושרפת כנ"ל דכיון דנפסלת בתיבה אחת ולא חזיא למידי לא הוי שלל עיר. אבל על תי' זה יש לפקפק. דא"כ יקח המזוזה וישרוף ממנה רק חיבה אחת

ובזה יקיים מצות שריפת שלל. ואמאי אינה נעשית עיר הנדחת בשביל המזוזה. (וזה דוחק לומר דלא אפשר לשרוף תיבה אחת דשפיר נוכל לעשות טצדקי ולצמצם לשרוף רק תיבה אחת). אע"כ צ"ל דזה דומה להא דמבואר בב"ק (דף ק"ה) נזיר שגלח אחת ונשר אחת דקאמר שם אף דשער אין כאן אבל מצות גילוח אין כאן עיי"ש וה"נ כיון דהמצוה לשרוף דוקא על דבר שמונח שם שלל דיהי' שייך לקראות שלל העיר א"כ לא יתקיים המצוה דשריפת שלל העיר רק דישרוף בעצם השלל מהעיר א"כ בזה דישרוף רק תיבה אחת לא יקיים העשה בזה. דהמצוה לא יקיים רק בשריפת כולו. א"כ אף דבשריפת כל המזוזה לא יקיים רק מצוה אחת אבל מ"מ המצוה לא יקיים רק כשישרוף כל המזוזה. ושפיר איכא מצוה בשאר השמות כמו בהראשון שנשרף. ותי' הראשון עיקר לפיענ"ד]):
אם הי' בעדים והתראה לוקה. וכ"ה ברמב"ם פכ"ו מהל' סנהדרין הנ"ל וכתב הכסף משנה שהוא מהא דתנן בשבועות (דף ל"ה) דעובר בל"ת ואם לוקה אינו מבואר שם רק בירושלמי הביאו הרא"ש וכ"כ בביאור הגר"א והוסיף כן מהא דאמרינן בתמורה (דף ג') כל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע וכו' ומקלל וכדמוכח שם כל הסוגיא דלוקה ג"כ. ואנכי מצאתי שכן מבואר מהא דאמרינן במכות (דף ח') עבד וכותי גולה ולוקה ע"י ישראל כו' בשלמא עבד וכותי גולה ע"י ישראל דקטלי' ולוקה דלטיי' וכתב רש"י ואמרינן בשבועות המקלל את חברו בל"ת כו' עכ"ל הרי להדיא דמקלל חברו לוקה ג"כ. ובמס' פסחים (דף פ"ה) המוציא בשר פסח מחבורה לחבורה הרי זה בל"ת ושם (דף צ"ה) מבואר דאין לוקין על לאו זה משום דניתק לעשה וכתב רש"י ז"ל דזהו דלא כמו דמבואר לעיל דה"ז בל"ת. וקשה דמאי שנא מהני דוכתי דכסף משנה שכתבנו דגם היכא דקתני ה"ז עובר בל"ת אינו לוקה וא"כ ה"נ הא דקתני במוציא מחבורה לחבורה ה"ז בל"ת נימא דאינו אלא בל"ת לחוד. אבל ללקות אינו לוקה, ולמה הוצרך רש"י ז"ל לומר דאתיא דלא כהא דלעיל א"ו דס"ל דגם היכא דקתני עובר בל"ת לוקה ג"כ.]
וא"כ הא דתנן בשבועות המקלל חברו עובר בל"ת היינו לוקה ג"כ. וכיוצא בזה מצינו בסנהדרין (דף ס"א) המגפף כו' עובר בל"ת והנודר עובר בלית ושם (דף ס"ג) על כולם לוקה חוץ מהנודר אלמא אע"ג דבמגפף קתני עובר בל"ת ואפי"ה לוקה. ומכאן ק"ל על מה שכתב הכסף משנה (פ"ג דהל' עכו"ם ה"ב) דכי תנן עובר בל"ת דייקינן הא ללקות אינו לוקה. והרי מצינו דתנן עובר בל"ת ולוקה ג"כ. וכ"כ הכס"מ (פ"ג מה' תרומות) אהא דתנן המקדים תרומה לביכורים אעפ"י שעובר בל"ת מה שעשה עשוי דלכך אינו לוקה משום דמתני' הכי דייקא מדקתני עובר אשמע דאינו לוקה וכשיטתו הנ"ל. ואין זה הוכחה. ושם לא הוצרך לזה. דהרמב"ם דפסק שם דאינו לוקה סמך עצמו אירושלמי (פ"ג

דתרומות) אמר ר' זעירא מתיבין קמי' ר' יוחנן ושתיק לוקה או אינו לוקה כו' אינו לוקה הרי להדיא מבואר כהרמב"ם ויש להאריך בזה ואכמ"ל. ובפסחים (דף ס"ג) השוחט את הפסח על החמץ ה"ז עובר בל"ת ומבואר שם בגמ' דלוקה ג"כ. וכן מבואר במס' סופרים פ"ד והמקלל בהן עצמו וחבירו חייב ע"כ הרי להדיא דלוקה ג"כ וכמו שנתבאר: ואגב אורתא ראיתי לעמוד בלשון רש"י ז"ל במכות שם (דף ח') ד"ה לוקה דלטי'. וז"ל ואמרינן בשבועות (דף ל"ה) המקלל את חברו עובר בל"ת ואתי במה הצד מהמקלל דיין ונשיא וחרש בסנהדרין (דף ס"ו) עכ"ל והוא תמוה מסוגיא דסנהדרין (דף ס"ו) דמבואר שם להדיא דבעי למילף שיהא חייב על אביו שאינו דיין ונשיא מנשיא ותרש ודיין ופריך מה להצד השוה שכן משונה עד דמסיק מלא תקלל הרי דממה הצד מחרש ונשיא ודיין ליכא למילף שכן משונים ומקלל חברו ילפינן במה הצד מאב ונשיא או מאב וחרש דליכא פירכא שכן משונים דאב אינו משונה כמו שכ' התוס' שם. ועיין בסנהדרין (דף פ"ה) ברש"י ד"ה אי הכי ומזה מבואר כמש"כ בכללים במ"א דדרכו של רש"י למינקט הס"ד ולא המסקנא ועיין לקמן סי' קכ"ט קצת בזה עיי"ש: והריטב"א כתב וז"ל וא"ת והיאך לוקה הא דרשינן כמה מילי מהאי קרא שלא יעמוד במקום סכנה. ושלא יאכל ושלא ישתה דברים הרעים וה"ל לאו שבכללות שאין לוקין עליו. והא לאו קושיא הוא דהא לא הוי לאו שבכללות כיון שכל האזהרות מענין אחר הם לשמור את עצמו ולא הוי לאו שבכללות אלא לא תאכלו על הרם שנוגע להרבה עניינים וכדאיתא בפ' בן סורר ומורה ע"כ. וכיוצא בזה כתבו התוס' במס' מכות (דף י"ח) ד"ה ולילקי ועיין במנחות (דף נ"ח) וכ"ה בהריטב"א שבועות (דף י"ח) ואיכא דמקשי איך לוקין על לא תקרב אל הנדה דהא לאו שבכללות הוא כי הוא אזהרה שלא לבוא על הנדה ממש כדאמרינן הכא. וגם שלא לקרב אלי' סמוך לוסתה כו' ולאו מילתא הוא דכיון שהכל ענין אזהרה שבנדה לא חשיב לאו שבכללות וגדולה מזו לאו דלא תעשה מלאכה בשבת שהוא על מלאכות חלוקות ולא חשיב לי' לאו שבכללות כיון שהכל משם מלאכה ע"כ והוי דומיא דלא תקרבו לגלות ערוה. להרמב"ם בהלכות א"ב דלוקה על קירוב בעלמא אפילו בלא ביאה הובא בש"ך יו"ד (סי' קנז) אף דכולל כל העריות ומזה מבואר כהפרישה יו"ד (סימן קט"ז) שכתב דבל תשקצו לא מיקרי לאו שבכללות. דכל מיני שיקוץ אחד הם. דלא כהט"ז שם ודלא כהתב"ש (סי' י"ג) שהשיג על הפרישה. והרי דעת ראשונים כוותי'. וכ"ה דעת הרמב"ם והרמב"ן בסה"מ. ומה שהקשה התב"ש על הפרישה מסנהדרין (דף ס"ג) דקרא דלא תעבדם הוי לאו שבכללות וכולל כל מיני עבודה. ואפי"ה הוי לאו שבכללות. כבר כתב הראב"ד בפ"ג מהלכות ע"ז. דשאני התם כיון דאינם עבודת פנים דאיפליגו מזביחה.

דכתיב זובח לאלהים יחרם וכולהו שאר עבודות כללינהו הכא לאסור בלא תעבדם הוי לאו שבכללות הרי דגם דעת הראב"ד להדיא שמשם אחד לא הוי לאו שבכללות וכדמסיק שם והכסף משנה (פי"א מה' עכו"ם ה"א) כתב וז"ל דלאו שבכללות היינו כגון לא תאכלו על הדם. שהוא כולל עניינים שונים כו' או כגון לא תעבדם שכולל עבודות שחייב עליהם סקילה ושאינו חייב. אבל כל הנכללים בלאו זה כולם אסורים משם אחד דהיינו הולך בחוקות העכו"ם ועונשו שוה דהיינו מלקות ומכאן תלמוד לכל הנזכר בפרק זה כיוצא בזה שאיסורים רבים נכללים בלאו אחד משם אחד ולוקים עליהם עכ"ל הרי להדיא דהיכא דהוי משם אחד לא הוי לאו שבכללות ולפי"ז ניחא קושיית התוספות בסנהדרין (דף ס"ג) דאמאי לוקה משום מבשל ביו"ט ולא חשבינן להו לאו שבכללות דכתיב כל מלאכת עבודה לא תעשו כמו לא תעבדם דהכא ותירצו דהכא מפרשי טפי דכתיב עבודה דמשתמע כל מלאכה שהיא עבודה ע"כ. אבל להנ"ל י"ל או כהראב"ד דאפלגי מזביחה. או כהכסף משנה דלא תעבדם כולל את שחייב עליהם סקילה ושאינו חייב עליהם משא"כ יו"ט: ומה שהביא הריטב"א ראי' משבת איכא למידק היכן מצינו שלוקין בשבת. ותוס' הקשו בסנהדרין מיו"ט דבהדיא תנן בפ"ק דביצה ודוכתי טובא דלוקין אבל לא בשבת. ולכאורה נראה דט"ס הוא בריטב"א וצ"ל ביו"ט. ובזה הי' נסתר מה שתי' עפ"י הכסף משנה פ"ז מממרים דהיכא דהעונש מפורש גם על לאו שבכללות לוקין דהא ביו"ט אין העונש מפורש. אם לא שנימא שדברי הריטב"א שכתב בשבת הוא עפי"מ דאמר בשבת (דף קנ"ד) ואפי' למ"ד לוקין והאיך הו"א דלוקין והא הוי לאו שבכללות וצ"ל דמשם אחד שאני. דלא הוי לאו שבכללות. אך מתוס' יומא (דף ל"ו) מבואר דהוי משם אחד ג"כ הוי לאו שבכללות דכתבו דביוצא ליכא מלקות. ובמס' מכות דפריך ולילקי היינו איסורא בעלמא קאמר ולא כמש"כ במס' מכות דלוקה ביוצא משום דהוי משם אחד ולכן לא הוי לאו שבכללות ועיין תוס' פסחים (דף כ"ד) ודו"ק:

והתראה. כתב הב"י וכ"ה בבה"ג דהו"א מאחר דחידוש הוא דאין בו מעשה ולוקין גם התראה לא תבעי קמ"ל ומכאן ק"ל למש"כ הרמב"ם פ"ב מהלכות עדות ואין לעדים זוממין שגגה לפי שאין בה מעשה ולפיכך א"צ התראה והראב"ד השיג ממגדף דאין בו מעשה ואפי"ה צריך התראה ג"כ והרי מקלל אין בו מעשה ולוקה ואפי"ה צריך התראה גם כן. ומבואר מזה כפי' הלח"מ שם דהא דאין בו מעשה הוא משום דאיהו בעי למיקטל בלא התראה שלא הד"ב לכך גם הם כן. נ"ל דמקלל בשם אינו מועיל תשובה מאחר דהוא לבטלה וכבר כתבו התוס' ביבמות (דף כ"ב) דאינו מועיל תשובה בזה וכן משמע דס"ל לריטב"א במס' מכות (דף י"ב) וממש"כ שם דלהרמב"ם י"ל דמהני תשובה בזה,

ומאד צריך ליזהר בזה לפימש"כ הב"ת והובא בש"ך כאן דאפילו בכינוי או אל יהי' ברוך ל"מ מחילה:

ונ"ל דהא דכתבו התוס' דבש"ש לבטלה אינו מועיל תשובה משום דאמרינן בברכות (דף ל"ג) דברכה שאינה צריכה איכא לא תשא. ודעת תוס' דהוא דרבנן בר"ה (דף ל"ב) אבל בלא ברכה איכא דאורייתא וכבר מבואר בס"פ בתרא דיומא דף פ"ו) דבל"ת אינו מועיל תשובה וא"כ גם הרמב"ם יודה דהוא כתב דגם בברכה איכא איסורא דאורייתא וא"כ מודה בזה אבל זה אינו דהא מבואר בתמורה (דף ג') דבש"ש לבטלה אינו אלא אזהרת עשה וליכא לא תשא. אלא דשיטת תוס' דבדבר שבנידוי לא מהני תשובה ובש"ש לבטלה איכא נידוי כמבואר בנדרים (דף ז') בזה. ובמדרש בלק על הפסוק מה אקב לא קבה כו' המקלל את ישראל כאילו מקלל את השכינה עכ"ל א"כ מאד צריכין להרחיק מזה:

סעיף ב':

אל יהי פלוני ברוך. כ' הסמ"ע דכשהי"ת מסתיר פניו מלברכו ממילא הוא מקולל. והוא מבואר להדיא כן בזהר כי תשא מותנא אמאי סליק במניינא אלא בגין דברכתא לא שריא במניינא כיון דאסתלק ברכתא כו' ויכיל לאנזקא הרי להדיא כהסמ"ע דבהעדר הברכה ממילא קללה יחשב והוא ע"ד מאמר הכתוב ואנכי הסתיר וגו' וכ' המורה פכ"ג מראשון כי כשנעדרה ההשגחה הופקר ונשאר מטרה לכל מה שאפשר שיבוא ויקרה. ויהי' טובו ורעתו כפי המקרה ומה קשה זה היעוד עכ"ל. ועיין ירושלמי פרק חלק ומ"ר פרשה מ"ב ועוד דוכתי טובא אין לך שעה קשה בעולם מאותה השעה שאמר הקב"ה למשה ואנכי הסתיר ובזה יתבאר נכון מה שאמר הושע (י"ב) כי גם אוי להם בשורי מהם ובהשקפה ראשונה מלת גם אין לו מובן להמבארים. אבל הכוונה הוא דלא מבעי' אם ההנהגה תהא על דרך שאמר הכתוב ונתתי את פני באיש ההוא דודאי לא יוכלו שאת אלא כי גם בשורי מהם ומניח טובם ורעתם אל המקרה גם זה אוי להם. ובזה פירשתי הא שאנו אומרים בתפילת עננו אל תפן אל רשענו ואל תסתר פניך ממנו שהוא כנגד ב' בחינות האמורים לעיל ובדרוש הארכתי ואכ"מ:

והבאתי ראי' להסמ"ע מהא דאמרינן בסוטה (דף ל"ח) כל כהן המברך מתברך ושאינו מברך אינו מתברך ופרש"י משום דכתיב ואברכה מברכיך, וי"ל מהא דאמרינן בברכות (דף נ"ה) שלשה דברים מקצרין שנותיו של אדם וכו' נותנין לו כוס לברך ואינו מברך ומפרש הש"ס משום דכתיב ואברכה מברכיך הרי דאם אינו רוצה לברך מקצרין ובסוטה לא קאמר אלא דאינו מתברך לבד. ולהסמ"ע ניחא דממילא הוא דאיכא עונש מאחר דליכא ברכה משא"כ באיכא ברכה וזה נכון:

ובזה יש לפרש הא דכתיב ראה אנכי נותן לפניכם היום ברכה וקללה ופי' בתרגום ירושלמי וקללה וחילופיהן ואינו מובן מה בעי בזה ולפי האמור י"ל דלא נפרש קללה דהיינו העדר הברכה שהוא ג"כ קללה. ובאמת הות קללות בפני עצמן דהם שהיו בהר גריזים כדפרש"י לכן פי' וחילופיהן שהם קללה בפני עצמן. וע"ד דמבואר במדרש הככר והמקל ירדו מן השמים ע"ש בזה. וזהו שאמר בפ' תולדות והבאתי עלי קללה ולא ברכה כי אף שלא יקלל ורק לא יברך ממילא יהי' קללה בשביל העדר הברכה:

וכן יש לפרש הפסוק (בתהלים ק"ט) ולא חפץ בברכה ותרחק ממנו וילבש קללה כמדו ותבא כמים בקרבו וכשמן בעצמותיו דזה שאמר לבד שלא חפץ בברכה ותרחק ממנו. וממילא בהעדר הברכה הוא קללה אלא וילבש קללה כמדו. קללה בפני עצמו או י"ל מאחר שלא חפץ בברכה ממילא וילבש קללה וכמ"ש:

ובדברים (כ"ח) והי' אם לא תשמע וגו' ובאו עליך כל הקללות האלה והשיגוך ארור אתה וכו' ישלח ד' בך את המארה ולפי האמור מבואר היטיב דבתחילה אמר דבהעדר הברכה שאמר תחילה ברוך אתה יבאו כל הקללות ממילא. והיפוך הברכה ברוך אתה. ארור אתה ולא עוד אלא כי ישלח בך את המארה ג"כ:

ושם (בדברים כ"ט) והתברך בלבבו לאמור שלום יהי' לי ופרש"י לשון ברכה יחשוב בלבו ברכת שלום לעצמו לאמר לא יבואוני קללות הללו אך שלום יהי' לי, פי' דלא מבעי שלא יבואו קללות הללו. אלא דבהעדר הברכה ג"כ קללה לזה אמר שברכה יהי' לו ג"כ דלא מצא הקב"ה כלי מחזיק ברכה אלא השלום:

ואם חרף ת"ח וכו' להכותו וכו' כמה שיראו וכו'. בביאור הגר"א תוספתא פ"ג דמכות מלקות אומדין אותו אבל מכת מרדות אינו כן אלא מכין אותו עד שיקבל עליו או עד שתצא נפשו וזה בדבר דלהבא אבל לעבר הוא כדברי הרמב"ם עכ"ל. וכהתוספתא מבואר בהירושלמי פ"ק דנזיר ועיין פר"ח או"ח סי' תע"א והרמב"ם לטעמי' שכ"כ בפירוש המשניות פ"ד דנזיר וז"ל אמנם מכת מרדות בזה המקום וזולתה ענינה תלוי לב"ד יעשו כפי השתדלותם עכ"ל ולכן כתב כאן כמו שיראו ועיין תוס' נזיר דף כ') שכתבו לחד צד לחלק בין להבא מכין אותו עד שתצא נפשו אבל בלעבר יש קצבה ארבעים ע"ש והחילוק בין לעבר ולהבא כתב בשיטה מקובצת כתובות (דף מ"ו) ע"ש הריטב"א והר"ן שם ולכן בחולין (דף קמ"א) כתב דאין קצבה עד שיקבל ובתי' חולין (דף קל"ב) כתב ל"ט. א"ו דעל לעבר קאי התם. ועיין תשב"ץ (ח"ב סי' נ"א) וריב"ש (סי' צ') שהביאו מהא דממזר סופג ארבעים (קידושין ד' כ"ח) ועיין ט"ז (סי' תצ"ה) באו"ח שתמה דאיך אפשר לומר דמלאכות שקודם לילה הוא מדרבנן דהא בירושלמי קאמר סופג מ' וזה

אינו. דהא בקידושין (דף כ"ח) נקט ממזר סופג מ' ומדרבנן הוא וה"נ הא דבירושלמי כן. וא"כ להסוברים דלישה מדרבנן ראי' מירושלמי דגם מכת מרדות ארבעים. ועיין תשב"ץ שם שכתב ומצאתי לרש"י ז"ל ביבמות (דף פ"ג) דמכת מרדות הם י"ג הכאות ולא יותר. ובמס' יבמות לא נמצא רק המג"א (סי' תצ"ו סק"ב) כתב דמהר"א בביאורי רש"י ס"פ כי תצא כתב שהוא י"ג הכאות יעו"ש ובאמת הא רש"י בקידושין (דף כ"ט) שם כתב דממזר סופג מ' שהוא מכת מרדות ולא כתוס' שם משום מדה כנגד מדה א"כ ס"ל דמכת מרדות ארבעים וביבמות (דף נ"ב) כתב בד"ה והתניא דהאי לוקה לאו מלקות ארבעים הוא אלא מכת מרדות מכת רידוי מדרבנן עכ"ל ומשמע מזה דס"ל דאינו ארבעים אלא כמה שיראו. נקטינן מיהת דבלהבא כולם שוין לטובה אין קצבה ועד שתצא נפשו. ובלעבר או ארבעים או כמה שיראו כן הוא ברירא דמילתא בזה:

וכ"כ בפי"ח (מהל' סנהדרין הלכה ו') בלאו שניתן לאזהרת מיב"ד דאין לוקין אבל מכח מרדות איכא כפי מה שיראו ולטעמי' אזיל בזה. ומה שהביאו ראי' מהא דקידושין (דף כ"ח) דהקורא לחברו ממזר סופג ארבעים, לפימש"כ הישש"ש בפ"ח דב"ק סי' מ"ח דהאי סופג ארבעים אף שכתב הר"ן דהוא מכת מרדות אינו כן אלא לסימנא בעלמא. אבל אינו מלקות יסורים אלא מלקות בעלמא. אין ראי' משם. ובאמת מהריב"ש ומהתשב"ץ משמע דלא כהישש"ש בזה. וכמו שנתבאר:

ובכתובות (דף פ"ו) בד"א במצות ל"ת אבל במצות עשה מכין אותו עד שתצא נפשו. ותמה בדרוש וחידוש הא פשיטא דגם בל"ת אם בא לעבור כופין אותו ומכין אותו עד שתצא נפשו. שלא לעבור ואם עבר כבר גם בעשה אם עבר עלה ולא ישב בסוכה אין מכין אותו עד שתצא נפשו וא"כ אין הפרש בין עשה לל"ת ע"כ. וכבר ביאר הר"ן ז"ל בחידושי חילין (דף קל"ב) וז"ל נ"ל דמ"ע ול"ת לאו דוקא אלא הכי קאמר בד"א דמלקים אותו ארבעים ותו לא. ד"ל שמכין אותו ואומרין לו לא תעשה עוד מה שעשית ואז כיון שהעבירה עשוי' לא מלקין לי' וכו' כיון שעבר סוכות ולא ישב בסוכה או לא נטל לולב כיון דל"ל למיתב בסוכה וליטול לולב מלקין לי' ארבעים חסר אחת ותו לא. וכן אם חמץ בפסח אחר העבירה עשוי'. אבל אם יהי' אוכל חמץ בפסח ומלקינן לי' ולא רצה לעמוד מלאכול חמץ אע"ג דמצות ל"ת היא מחינן לי' תו ועד שיאמר רוצה אני או עד שתצא נפשו כנ"ל עכ"ל. הרי דעיקר ההבדל הוא בין אם לוקין על העבר שאין בידו לקיים עתה אלא למען ידע על העתיד שלא יעשה עוד כן וזהו ל"ת. אבל ביש בידו שלא לעשות או לעשות וזהו במצות עשה דהיינו למונעו עתה. ואין חילוק בין עשה ול"ת אלא בעתיד. ובמ"ע כופין אם אינו רוצה משא"כ בל"ת דוקא אם אכל חמץ ורוצה לאכול יותר דומה

לסוכה ואינו עושה אבל אם לא אכל עודנה רק רוצה לאכול אינו דומה לסוכה. ואין מכין עד שתצא נפשו בזה. דדוקא בעשה אם אמר איני עושה הרי אינו עושה מעשה ושפיר כופין משא"כ בל"ת מה בכך שרוצה מי יימר שיאכל אם לא שאכל תחילה דאז דומה לסוכה. שי"ל שיאכל עוד יותר אז כופין ג"כ. אבל ק"ט דהא לא אמרו ניתן להצילו בנפשו אלא בהני דסנהדרין (דף ע"ג) אבל לא בשארי דברים וא"כ אפילו אם התחיל לאכול נמי חין כופין [ובס' התשב"ץ פשיטא לי' דבאיסור תורה בעודו אוכל אין מכין אותו עד שתצא נפשו ואינו אלא מלקות מ' עיי"ש בזה]:

ובזה יש ליישב קושיית התוס' בקידושין (דף ל"ד) בד"ה מעקה שהק' שם אהא דאמרינן התם ואיזהו מצות עשה שלא הזמן גרמא מעקה אבידה ושילוח הקן תיפוק לי' דחייבין בלא"ה אפילו אי הוי זמן גרמא. דהא איכא לאוין באלה הדברים והשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה ועיי"ש שכתב נפ"מ בזה. ולהנ"ל איכא שפיר נפ"מ דאי מטעם ל"ת אין כופין עד שתצא נפשו משא"כ מטעם עשה. ולכך קאמר דחייבין באלה הדברים משום דהוי מ"ע שלא הזמן גרמא דכופין אותן עד שתצא נפשן בזה וזה נכון [ובמ"א ביארתי די"ל עוד נפ"מ לפימש"כ התוס' בנזיר (דף כ"ח) בד"ה בנו וי"ל דחינוך לא שייך אלא להזהירו לעשות ולקיים המצוה. אבל להזהיר מלעבור אין זה חינוך ע"כ וא"כ איכא נפ"מ לענין חינוך דאי מטעם ל"ת היו פטורין מלחנכם כשהן קטנים משא"כ השתא דאיכא עשה ג"כ חייבין בחנוך דבתו ג"כ מחוייב לחנך כמו"ש התוס' ישנים יומא (דף פ"ב) ובמ"א סי' שמ"ג סק"א בזה]:

מה שהק' התוס' במכות (דף י"ד) מאחר דאין לוקין על לאו הניתק לעשה למה נכתב הלאו פי' דהא סגי בעשה לבד. וכתבו דניכתב לעונש יתירא. וי"ל לפי"מ דמבואר באו"ח ס' רנ"ו דאם אנסוהו על ל"ת מחוייב לבזבז כל ממונו משא"כ בעשה לכך ניכתב הל"ת דנפ"מ לזה. ומזה ראי' למש"כ האחרונים דבשוא"ת אין מחוייב לכן הוצרכו התוס' לומר לעונש יתירא בלא תעשה דנותר דשוא"ת הוא האונס אף דבשילוח הקן מצי למימר כנ"ל אבל בנותר צ"ל כתירוץ התוס':

ובתוס' כתובות (דף מ"ט) כתבו דלכך כופין על צדקה אף דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה וכתב ההפלאה שם משמע דפסיקא להו דהיכא דאיכא לאו כופין אותו שלא יעבור. והא דאמרינן לקמן (דף פ"ו) בד"א במצות ל"ת אבל במ"ע וכו' צ"ל דלא מיירי התם קודם שעבר הל"ת דודאי כופין אותו דל"ת חמיר מעשה. וכדאיתא בריש פרק האשה רבה. אם לא רצה דפנו צריכא למימר וכו' אלא מיירי התם במלקות לאתר שעבר הלאו ע"כ אלמא דמחלק בין אם כבר עבר דאז אינו מלקות ארבעים אבל קודם שעבר כופין כמו

במ"ע עד שתצא נפשו וא"כ תוס' לשיטתי' שפיר כתבו בקידושין (דף ל"ד) נ"מ אחריתי בהא דאיכא עשה בהדי ל"ת ולא כתבו הנ"מ דכפי'. משום דס"ל דעל ל"ת לבד כופין ג"כ וכשיטת חי' הר"ן בחולין קל"ב בזה:

אבל בעיקר דברי הפלאה לא ידעתי מנ"ל דהא שכ' התוס' דכופין על ל"ח דהוא כמו עשה דמכין אותו עד שתצא נפשו דילמא אינו אלא בכפי' בעלמא וכן הא דיבמות פ"ח שאם לא רצה דפנו הוא בהכאה בעלמא. וכן ראיתי במשובב נתיבות סי' ג' שכתב לאפרושי מאיסורא אינו אלא הכאה בעלמא ולא עד שתצא נפשו ע"ש בזה לכן שפיר יש לתרץ קושיית התוס' בקידושין כמוש"כ בזה. מיהו התוס' ישינים ביבמות שם כתבו דמכין אותו עד שתצא נפשו דאפילו בנשא חייבי לאוין ג"כ וא"ל דאיסור כהונה שאני כדקאמר התם דא"כ הול"ל בפשיטות דאיסור כהונה שאני לענין זה. ולא לענין דתצא בניסת לאחד מעדי':

ונ"ל דגם הר"ן בחולין דס"ל דעל להבא גם באיסור מכין אותו עד שתצא נפשו אינו אלא בקום ועשה. אבל אם הוא בשוא"ת בעשה כופין אותו עד שתצא נפשו משא"כ בל"ח ובזה י"ל הברייתא בד"א במצות ל"ת אבל בעשה כופין אותו עד שתצא נפשו הוא אם הל"ת בשוא"ת וא"כ מש"כ הפלאה בצדקה מאחר דאיכא ל"ת כופין אותו עד שתצא נפשו ליתא מאחר דהוא בשוא"ת. וראי' לזה נ"ל מהא דאמרינן בכתובות (דף פ"ו) א"ל רב כהנא לר"פ לדידך דאמרת פריעת חוב מצוה. אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי א"ל תניתוה בד"א במצות ל"ת אבל במצות עשה כופין אותו עד שתצא נפשו, וקשה הא ל"ת נמי איכא כאן כמוש"כ הרמב"ם (פ"א מהל' גזילה ה"ד) איזהו עושק זה שבא לתוך ידו ממון של חברו ברצון בעלים. וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה. ולא החזירו כגון שיהי' לו ביד חברו הלואה או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה וע"ז נאמר לא תעשוק את רעך ע"כ הרי דאיכא ל"ת דלא תעשוק את רעך באם אינו רוצה לפרוע וא"כ מאי אריא משום דאיכא עשה הא ל"ת נמי איכא וכופין משום לאפרושי מאיסורא. וגם מאי קאמר אם לא ניחא לי למעבד מצוה מאי הא איכא לית וכי לא ידע דמפרשינן לי' ככל אפרושי מאיסורא אלא ודאי דמשום לאפרושי מאיסורא אינו אלא בכפי' בעלמא. מאחר דהוא בשוא"ת ולכן קאמר תנינא דכופין ככל עשה דעלמא ובדעת הרמב"ם ז"ל דאיכא ל"ת בפריעת חיב כתבתי במ"א בזה:

מיהו בהא דאמרינן בפ"ק דמועד קטן (דף ג') יכול ילקה על תוס' שביעית שהק' התוס' שם דמה"ת ילקה על תוס' שביעית הא ליכא אלא עשה בחריש ובקציר תשבות כתב הריטב"א בשם רש"י ז"ל דהפירוש הוא דילקה מ"מ מדרבנן כמו בכל מ"ע דמכין אותו

עד שתצא נפשו. וא"כ מוכח דגם לאפרושי מאיסורא אם דחורש וקוצר בשביעית דמכין אותו עד שתצא נפשו וא"כ מה לי אם הוא ל"ת או מניעה בעשה סוף סוף לאפרושי מאיסורא הוי. ובר"ן פ"ו דשבועות אמתניתין דהמלוה את חברו על המשכון כתב וז"ל ואעפ"י שאפשר שאין ב"ד נזקקין לכוף את הלוה כ"ז שהמלוה עובר בלא תחמוד. היינו כדי לכוף את המלוה שלא יעבור עבירה זו כשם שמכין אותו עד שתצא נפשו באומר סוכה איני עושה. אבל אין הלוה נפטר מחיובו בכך עכ"ל הרי להדיא מבואר בר"ן דגם לאפרושי מאיסורא מכין אותו עד שת"נ כמו בסוכה. ומה שהביא ראי' במשובב מהא דלא ניתן להצילו בנפשו אל ג' עבירות ולא בשאר איסורין. אין זה ראי'. דהא דניתן להציל בנפשו הוא בפעם אחת משא"כ לאפרושי מאיסורא הוא לאט לאט. דאולי יפרוש מאיסור בחדא הכאה ג"כ. ובעיקר הדבר שמחולקים בה האחרונים הנ"ל בהא דכופין על מ"ע דלדעת קצה"ח צריך ב"ד דהיינו ג' דיינים והנתיבות ס"ל דלא בעינן ב"ד דהוי כמו לאפרושי מאיסורא תמהתי על זה. דהרי אמרינן בב"ב (דף ח') קופה של צדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה נגבית בשנים שאין עושין שררה על הציבור פחות משנים כו' מאי שררותא דאר"נ א"ר בר אבוה לפי שממשכנין על הצדקה כו' כי הא דרבא אכפי' לר"נ בר אמי ושקיל מיני' ד' מאות זוזי לצדקה. וכ' התוס' בד"ה כי הא אחר הי' עמו דאין עושין שררה על הציבור פחות משנים והא דלא חשיב לי' משום כבודו של רבא ע"כ הרי דבכפי' בעינן שנים וא"צ דוקא ב"ד מומחין אלא בשני אנשים דעלמא סגי כן נ"ל עיקר בזה:

הפמ"ג בהל' מגילה ובראש יוסף מגילה חקר אם גם במצוה דרבנן מכין אותו עד שת"נ במגילה וכדומה ומהא דכתב הרדב"ז בש"א קכ"ו דבשניות דאינו אלא מדבריהן אין מכין אותו עד שתצא נפשו משמע דרבנן קיל בזה. ומה שכתב רש"י בכתובות (דף צ"א) מצוה על היתומין לפרוע חוב אביהן משום כבוד אביהן אלא שאין לב"ד לכופן על כך דלאו מצוה מפורשת היא כסוכה וכלולב אלא מצוה בעלמא דרבנן ע"כ פי' דאינו כסוכה וכלולב דמבואר שם (דף פ"ו) דמכין אותו עד שתצא נפשו אלא קולא מאחר דאינו מפורש. אף דשייך לכיבוד אב קצת. וא"כ מכ"ש מגילה אף דהוי ד"ק דאין כופין אך התוס' שם (דף פ"ו) השיגו על רש"י דמצוה דרבנן כופין שוב מצאתי בס' שושהע"מ כלל ט' שכתב כן:

ולכאורה משמע כתוס' מהא דאמרינן בברכות (דף כ"א) נשים בברכת המזון דאורייתא או דרבנן למאי נפ"מ כו' ואמאי לא קאמר נפ"מ דאי דאורייתא כופין ואי דרבנן אין כופין.

א"ו דגם בדרבנן כופין מיהו י"ל כמוש"כ תוס' בב"ב (דף ה') דדרך הש"ס לומר חד נ"מ אף דאיכא נפ"מ טובא בזה עיי"ש:

ואפילו מחל המתחרף כו' בכס"מ פכ"ו מהל' סנהדרין כתב וז"ל בפ"ב דכתובות מבואר דנשיא שמחל על כבודו כבודו מחול לכ"ע ע"כ. ותיבת לכ"ע לאו דוקא דהא אדרבא אמרינן שם אפילו למ"ד שמחל. וא"כ איכא מ"ד דאינו מחול וכן מבואר בפ"ק דקידושין עיי"ש. ועיין בכסף משנה דכיון שחייב מלקות אינו יכול למחול ועמש"כ לעיל בסי' ז' מזה ובביאור הגר"א כתב מהא דמכות (דף י"ג) שאין ב"ד מוחלין לו. וגמרינן רשע רשע ועיין מש"כ בסימן ז' דמשמע נמי כן ממס' סנהדרין (דף פ"ה) יעוי"ש:

הרשות בידם. כתב הכסף משנה פכ"ז מהל' סנהדרין נראה מכאן דמי שנתחייב נידוי אעפ"י שיעשה כל תשובות שבעולם אין לו כפרה עד שינדוהו. כל שלא מחל לו חברו ועיין תוס' יבמות (דף כ"ב) אהא דאין הבן נעשה שליח לאביו להכותי ולקללו חוץ כו' דמיירי כשעשה תשובה, דבשלמא מלקות משכחת דמחייב אעפ"י שעשה תשובה אלא לקללו משעשה תשובה אפילו אחר אין רשאי לקללו ותי' דאם הזכיר ש"ש לבטלה או עשה דבר שנתחייב בו נידוי אעפ"י שעשה תשובה חייב. ולא מיפטר עכ"ל ומבואר כהכסף משנה הנ"ל דלא מיפטר בזה עד שירצה חברו והיינו דכללא הוא דכל מידי דניתן לעונש בב"ד שלמטה לא מהני תשובה ונידוי לעונש ניתן לכן לא מהני עד שירצה חברו ג"כ:

ובמס' דרך ארץ הנכנס לבית כל מה שיגזר עליו בעה"ב יעשה ומעשה בשמעון בן אנטיפטרס שהיו אורחין נכנסין אצלו וגזר עליהן שיאכלו וישתו והיו נודרין בתורה שלא יאכלו ושלא ישתו ולבסוף היו אוכלין ושותין. בשעת פטירתן הי' מלקה אותן כו' נפנה ר' יהושע לאחריו א"ל ר' למה נפנית לאחריך א"ל דבר אני צריך לשאול ממך מפני מה בני אדם הנכנסין אצלך אתה מלקה אותן ולי לא הלקית א"ל ר' אתה חכם גדול ודרך ארץ יש בידך בני אדם הנכנסין אצלי גזרתי עליהן שיהא אוכלין ושותין והן נודרין בתורה ועוברין. וכך שמעתי מפי חכמים שכל מי שנודר בתורה ועובר לוקה ארבעים. א"ל כו' חייך וחי ראשך מי שנוהג לעשות כן הלקה אותי ארבעים שלך וארבעים של חכמים ששכרוני ע"כ ובודאי ארבעים של חכמים הוא על מידי דרבנן אלמא דעל מכת מרדות דרבנן הוא ארבעים כדאורייתא:

ועוד מצאתי חילוק בין מלקות למכת מרדות לפי"מ שכתב רש"י בסנהדרין (דף ז') כלי הדיינין מקל ורצועה. רצועה להלקות. מקל למכת מרדות. ע"כ והוא דמכת, מרדות

אינו ברצועה כמבואר בפ"ג דמס' מכות אלא במקל בעלמא. ותמיהני מה שלא ביארו הפוסקים דבר זה. ובמ"א יתבאר בזה:

סימן כח

סעיף א:

כל מי שיודע עדות לחברו כתב הסמ"ע לחברו לאפוקי עכו"ם וכמש"כ בס"ג. ואין זה דיוק כמוש"כ תוס' בסוכה (דף ל"ט) מהא דמבואר בשבת (דף ק"נ) דחברו בנכרי ג"כ. ועיין לקמן (סי' רכ"ח) מש"כ ליישב קושייתם על רש"י בסוכה שם עיי"ש בזה. ובאו"ח (סי' תקנ"ד ס"כ) שלום לחברו ומבואר שם דגם ע"ה בכלל זה וכהתוס' בסוכה שם דגם ע"ה מקרי חברו עיי"ש בזה. ובזה ליתא למה שכתב הנוב"י מהדו"ת (חאהע"ז סי' ל"ח) בהא דלא ישא אדם מעוברת חברו עיי"ש בזה:

וראוי להעידו לאפוקי קרוב או פסול. השבו"י (סי' קמ"ו בח"א) דעתו בהאמינו לקרוב או פסיל מחויב להגיד מאחר שהכשירו הוי ראוי להעיד. והביא ראי' ממש"כ הב"י סי' ל"ז בשם הרא"ש והרשב"א שבהסכמת ותקנת הקהל מקבלין לעדים אפילו קרובים דהוי כקיבלו עליהן קרוב או פסול. ואם איתא דאינו מחוייב להגיד מה הועילו חכמים בתקנתן הלא לא ירצו להעיד כיון דאין עליהם עונש ע"ש. ואין זה ראי' חדא דהתקנה תועיל אם ירצו להעיד ועוד דהרי חייבין להעיד משום השבת אבידה אף דאינן בלא יגיד וכן מצאתי בסי' קצה"ח סק"ג שכ' דקיבלו עליהן קרוב או פסול חייבין להעיד משום השבת אבידה. וגם איכא משום לא תעמד ע"ד רעך. במידי דיודע זכות וכמוש"כ בסי' יו"ד וא"כ בודאי מועיל תקנת הקהל בזה, והמפרשים השיגו מהירושלמי פ"ק דסנהדרין והר"ן בשם הרמב"ן פ' שבועות העדות דאפי' הכשירו לקרוב או פסול איני בכלל החיוב להעיד. ומה שהביא השבו"י מהא דאמרינן בשבועות (דף ל"א) ואינו נוהג אלא בראוין להעיד למעוטי מאי ר"פ אמר כו' וראב"י אמר למעוטי משחק בקוביא. ואמאי לא קאמר למעוטי הכשיר קרוב או פסול דאינו ראוי להעיד מצד עצמו דפטור, וי"ל בפשיטות לפימש"כ הרמב"ן לתרץ הא דאמרינן בשבועות (דף ל"ה) שבועה שאין אנו יודעין לך עדות או שהי' אחד מהן קרוב או פסול הרי אלו פטורין אע"ג דכבר תנן (בדף ל') ואינו נוהג אלא בראוין להעיד איצטריך דאפי' בהכשירו פטורין וכהירושלמי הנ"ל וא"כ ליכא למימר דאינו נוהג אלא בראוין להעיד ממעט בהכשירו דזה כבר שמענו ממתני' דלקמן דבהאי גוונא פטורין ולהתוס' שם (דף ל"ה) דתירצו בתי' אחר י"ל:

חייב להעיד. בחות יאיר נסתפק ביודע שהוא פסיל אם חייב להעיד. ובאורים כתב בפסולו מחמת רשעת כיון דאין ידוע אלא לו הרי אין אדם נפסל עפ"י עצמו. משמע

מזה דסובר דהטעם משום דכשר להעיד כיון דלא מהימנינן לי' ולזה א"צ ראי' דכבר מפורש כן בש"ך לקמן (סי' צ"ב ס"ק ה') דהא דאין משים עצמו רשע דאין מוסרין לו עדות לכתחילה אבל אם יודע עדות כשר. ולזה כיון הש"ך (בסי' ל"ד ס"ק כ"ז) עיי"ש. ועיין מה שכתבתי בסימן ל"ד מזה עיי"ש:

האו"ת ואחריו הנתיבות כתבו דנשבע שלא להגיד לשום אדם ולא לב"ד מגו דחל השבועה לשאר אדם חל בכלל גם לב"ד עיי"ש. ולפע"ד נראה דזה ליתא. דלהרע לאחרים אינו חל בכלל כמש"כ הר"ן בתשובה (סי' ע"ד) והובא בב"י יו"ד (סי' רל"ח) ובהריב"ש (סימן קנ"ט) וכמוש"כ לקמן (סי' ע"ג) בזה וכיון שמה שנשבע שלא יעיד הוא הרעת אחרים אינו חל בכלל:

אם יתבענו שיעיד לו. המפרשים העלו דגם בלא תביעה חייב אלא דאורחא דמילתא נקט וטעמם משום דלא תעמוד על דם רעך ומשום השבת אבידה עיי"ש. ונ"ל דאיכא בזה גם משום ואהבת לרעך כמוך לפי"מ דמבואר בנ"י בשם הרמ"ה פ"ו דבב"ק דעדות הוי בכלל גמילות חסדים בגופו. וכ"ה ברמב"ן בדד"ג. והרי הרמב"ם (פי"ד מה' אבל) כתב ואלו הן גמ"ח שבגופו כו' אעפ"י שכל מצות אלו מדבריהם הרי הם בכלל ואהבת לרעך כמוך כל הדברים שאתה רוצה שיעשו לך אחרים עשה אתה אותן לאחרים ע"ש. ולפי"ז אני אומר דגם בעד אחד אף דאין חיובו להעיד אלא מדרבנן כמבואר בב"ק (דף נ"ו) עכ"ז הוא בכלל ואהבת לרעך כמוך וכמוש"כ הרמב"ם דגם מידי דרבנן בכלל זה:

ובזה אזדא ראיית האבני מלואים שכ' דגם על מצות דרבנן מערבין מהא דאמרינן בעירובין (דף פ"ב) תנינא מי שהולך לבית האבל או לבית המשתה והני מצות דרבנן נינהו דשאני הני דמ"מ הרי הן בכלל ואהבת לרעך כמוך משום הכי מערבין אבל לא על מצוה דרבנן בעלמא:

ובזה ניחא לי מהא דמבואר בנדרים (דף ל"ט) דאין נוטלין שכר על בק"ח. והרי ביו"ד (ס"ה סי' רמ"ו) בשם הגהמיי"מ מבואר דבמידי דרבנן נוטלין שכר. ובק"ח הוי מדרבנן כמבואר ברמב"ם שם (פי"ד מה' אבל) וא"כ אמאי אין נוטלין שכר ע"ז ולהנ"ל ניחא דהוי דאורייתא משום ואהבת לרעך ולכן אין נוטלין שכר ע"ז. ולפי"ז הא שנסתפק בשע"מ בעד אחד כיון דאין חיובו אלא מדרבנן אפשר דיכול ליטול שכר עיי"ש (בסי' ל"ד) שנשאר בצ"ע. ולהנ"ל מבואר היטיב כיון דבעד אחד איכא משום ואהבת לרעך כמוך ה"ז דומה לבק"ח דהוי ג"כ דרבנן. ואפי"ה אין נוטלין שכר ע"ז ודו"ק: הנב"י (סי' ל') כתב דכל שבועה אינה חלה כ"א בקבלת עצמו זולת שבועת העדות דאף שלא ענה חייב דושמעה כתיב ומסיים וז"ל ואף גם זו נלע"ד דאם השיב העד איני רוצה לקבל שבועתך ומ"מ

עדות איני יודע לך אינו חייב ע"כ. ועיין מבי"ט ח"א (שאלה רפ"ג) דרבינו יונה ז"ל כתב דאין אנו יודעין לך עדות לאו כמקבל שבועה הוא ולאו כאומר איני מקבל וחייב. אבל שותק כאומר איני מקבל דמי. אלא דדעת הרמב"ן דמושבע מפי אחרים אפי' שותק חייב עיי"ש א"כ מבואר להדיא דאומר איני מקבל ועדות א"י פטור ומש"כ בנוב"י מבואר בראשונים כן:

שהוא לבדו משום דעד אחד מביא לידי שבועה דאורייתא אבל לא קרוב או פסול ולכן בעינן ראוי להעיד וכמוש"כ הרמב"ם (בה' עדות פ"ה ה"ג) דאין מחייבין שבועה אלא בעדות כשר הראוי להצטרף עם אחר ויתחייב זה הנשבע ממון על פיו והכס"מ שם כתב א"י מהיכן הוציא רבינו דין זה. וראיתי במפרשים שכתבו שכן הוא בתו"כ (פ' ויקרא פ"ז) ועוד דהרמב"ם לטעמי' פכ"ד מהל' סנהדרין דמפרש כפר"ח בכתובות (דף פ"ה) דמרענא שטרא אפומי' שצריך לישבע וא"כ קשה קושיית התוס' שם דבלא"ה ע"א מעיד שהוא פרוע צריך לישבע וצ"ל כתירוצם דהי' קרוב א"כ מוכח מזה דאין קרוב ופסול זוקק לשבועה וכן מהירושלמי (פ"ק דסוטה ה"א) עד אחד מהו שישקה מה אם פיו שאינו זוקקו לשבועת ממון ה"ה משקה ע"א שהוא זוקקו לשבועת ממון לא כ"ש. קרוב מה שישקה כו' ומדלא אמר ק"ו זה בקרוב ש"מ דאין קרוב מחייב שבועה:

ול"נ ג"כ מהא דקי"ל עד מפי עד פסול ובשבועות פ"ד פטר בעד מפי עד מקרבן שבועה משום דאין ראוי להגדה. והשתא אי ס"ד דאשה מהימנה לשבועה א"כ גם עד מפי עד יחייב שבועה לפי"מ דמבואר בבכורות (דף ל"ו) דכ"מ שהאשה מהימנא גם עד מפי עד כשר וא"כ אמאי תנן בסנהדרין (דף ל) איש פלוני לא אמר כלום. דלשון זה מורה דגם שבועה אינו מחייב. [וכמו שכ' הרמ"א כאן אסור לאדם להעיד בדבר שאינו יודע אעפ"י שאמר לו אדם שיודע בו שאינו משקר ואי מחייב שבועה יעיד כדי לחייב שבועה א"ו דגם שבועה אינו מחייב] א"ו דגם אשה אינה מחייבת שבועה. וכן מבואר להדיא בסנהדרין (דף כ"ג) תני עדו למאי אי לממון רחמנא פסלי' ואי לשבועה הימנוה' מהימני' כבי תרי עיי"ש הרי דאי מיירי לשבועה ואפי"ה פוסל אם הוא קרוב או פסול וכ"ה בירושלמי שם ואין עד אחד זוקק לשבועה וכן משמע מהא דשבועת העדות אינו נוהג בנשים ואם איתא דמהימני לשבועה הא יצוייר בנכסא דר"א כדאמרינן בשבועות (דף ל"ב) הכל מודים בע"א דר"א. א"ו דלא מהימני גם לשבועה ואח"כ ראיתי שכבר כתוב ראי' זו בשו"ת רעק"א ז"ל ושם מבואר עוד ראי' מהא דנמצא קרוב או פסול בטל כל העדות ואפי' שבועה אינו חייב. ואף דאין לנו ראי' מזה לאשה לפמיש"כ המפרשים דאשה אינה בכלל זה. הוא משום גריעותא דאינה בגדר עדות לבטל עדות ועוד אמינא

כיון דפסול אינו מחייב שבועה אשה ג"כ אינה מחייבת: וראי' ברורה לזה מהא דקי"ל כ"מ ששנים מחייבין ממון עד אחד מחייב שבועה. משמע הא מקום שאין שנים מחייבין ממון דהיינו שני נשים או שני פסולין אין אחד מחייב שבועה וזהו שכ' הרמב"ם שם שאין מחייבין שבועה אלא בעדות כשר הראויי' להצטרף עם אחר ויתחייב זה הנשבע ממון על פיו עכ"ל והיינו כ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה משום דראוי להצטרף אם אחר לחייב ממון משא"כ אם יצטרף עם אחר ליכא חיוב ממון וא"כ לא קרינן בי' שנים מחייבין ממון אין עד אחד מחייבו שבועה. והרמב"ם לטעמי' (בפ"א מטוען ה"א) מפי השמועה למדו שכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה עכ"ל וע"כ כיון דמפי השמועה למדו האי כללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה. והפי' משום דראוי להצטרף עם אחר ויבוא לידי חיוב ממון ע"א מחייב שבועה א"כ דינו של הרמב"ם מפי השמועה למדנו זה:

חייב בד"ש שיטת רש"י בב"מ (דף צ"א) בקלב"מ אי תפס לא מפקינן מיני'. והמהרש"ל בפרק הכונס (בישש"ס סימן י') כתב וז"ל ונראה דכל היכא דחייב לצאת יד"ש אי תפס מפקינן מיני' אפי' לפי' רש"י בפ' השוכר וכו' מ"מ כה"ג מפקינן מיני' בשלמא בקלב"מ חייב הוא רק דלא עבדינן החומרא הילכך היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזה"ז א"כ נוכל לומר שהסברא נותנת דאם תפס לא מפקינן מיני' דהא סוף סוף חייב הוא. אבל היכא שגרמא בנזקין הוא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצאת יד"ש. א"כ פשיטא דאי תפס מפקינן מיני'. עכ"ל וכ"כ בש"מ בחידושי בב"מ (דף צ"א) וז"ל וכתב הריטב"א וז"ל רבא אמר אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו ה"נ הכא קאמר לוקה ביד"ש עכ"ל הרי להדיא דהא דקאמר לוקה היינו ביד"ש והיינו בלא התראה, ומשו"ה משלם ביד"ש משום דלא עבדינן החומרא כהמהרש"ל וכן מוכח דהריטב"א ס"ל כהמהרש"ל מהא שכ' לפרש מתני' במכות (דף ג') מעידין אנו באיש פלוני שחייב לחברו אלף זוז מכאן ועד שלשים יום. והוא אומר מכאן ועד עשר שנים אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהי' בידו אלף זו מכאן ועד עשר שנים וז"ל אין לפרש שישלם לו מה שהי' יכול להרוויח באלף זוז עד עשר שנים. חדא שאין זה משמעות לשון זה ועוד דמידי דלא קיץ הוא שאין בו הזמה כמוש"כ למעלה. ועוד שזה גרמא בנזקין בעלמא שפטור במילי דנזיקין בעלמא וכמו שאמרו בירושלמי המבטל כיסו של חברו שהוא פטור. וה"ה בהזמה. וכדכתיבנא לעיל וכו' ע"כ והרי קי"ל דגרמא בנזקין חייב בד"ש כמבואר (בסי' ת"ך) ולהסוברים דבד"ש מהני תפיסה. צריך להיות גם בעדים זוממין שיתחייבו

להכ"מ (בפכ"א מה' עדות) ולקמן נבאר דבגרמו בעדותו שיועיל תפיסה חייבין ומבואר דהריטב"א ס"ל דבד"ש ל"מ תפיסה כהמהרש"ל הנ"ל. ובש"ך הובא שכ"כ הריב"ש: אמנם ברדב"ז (ח"א סי' תקפ"ג) משמע דס"ל דמהני תפיסה שכ' וז"ל ותו מפני פשרותו של ראובן איבד לו זכותו עם הספנים ודמיא לגרמא בנזקין ואע"ג דקיי"ל גרמא בנזקין פטור הנ"מ מדיני אדם אבל חייב לציי"ש, וכיון שנתן כבר זכה לו במה שבידו ואין מוציאין מידו ע"כ הרי להדיא כן:

ובס' קצה"ח כ' ראי' להמהרש"ל מהא דבסנהדרין (דף ע"ב) רבא איגנבו לי' דיכרי במחתרתא אהדרינהו נהלי' ולא קבלום דבדמי' קנינהו. והקשו בתוס' כיון דחייב לציי"ש אמאי לא קבל. ותי' משום שהם לא הי' מחזירין אלא משום שהי' סבורין שבדין חייבין להחזיר ולא רצו לציי"ש ולכך לא קבלינהו והא תפיסה מהני א"כ אפי' לא רצו לציי"ש למה אהדרינהו מאחר דתפס. אבל לפימש"כ מהרש"ל דבעבדינן החומרא ל"מ תפיסה א"ש דהבא במחתרת עבדינן לי' החומרא דרשאין להרוג אותו ואין עליו חיוב תשלומין ואע"ג דניצל ולא נהרג לא הוי כשוגג אלא כמו מזיד ובהתראה וברח דזה ודאי כל דין מזיד עליו כיון דכבר נתחייב בהחומרא משא"כ שלא בהתראה או בזה"ז מעולם לא הי' עליו החומרא אלא דהתורה פטרה משום דלא חלקת בין שוגג למזיד עכ"פ חיוב תשלומין עליו ומשו"ה מהני תפיסה עיי"ש. והוא תמוה דהא בכל הני דניתנו להצילן בנפשן כ' רש"י להדיא בסנהדרין (דף ע"ג) בד"ה הבא על אחותו וז"ל ואי ניתן להצילה בנפשו אמאי משלם הרי מיתה ותשלומין יש כאן ואע"ג דלא איקטל פטיר מתשלומין כדקיי"ל בכל חייבו מיתות ב"ד שוגגין דנפקא לן מדתנא דבי חזקי' מה מכה בהמה לא חלקת בה וכו' אף מכה אדם לא תחלוק בו וכו' ע"כ. הרי להדיא דכל דניתן להצילו בנפשו דפטור מתשלומין משום דלא חלקת הוא ורש"י כתב זה בקצרה בסנהדרין שם (דף ע"ב) בד"ה אין לו במחתרת גופא דפטור מתשלומין משום דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין אפי"ה לא מהני תפיסה דאהדרינהו. וקושייתו כבר מבואר באחרונים תי' אחר בזה:

ומה שהק' על החי' הר"ן בסנהדרין שתי' דהתם גבי אתנן צריך לעמוד בדיבורו אף שלא יתחייב מן הדין אבל כאן אחר שקנו הני דיכרי בדמי' לפי סברא דרב נמצא גניבה זו קנוי' לגמרי ביד הגנב ולא ניתן להישבון. והקשה דאי נימא משום דחייב לעמוד בדיבורו ונתן הוי אתנן א"כ הא דפריך בפ' השוכר את הפועל. וכי אמר טלה זה מאי הוי. הא מחסרא משיכה והא התם ג"כ מחייב לעמוד בדיבורו כיון שהבטיח וצ"ע. והוא תמוה דע"כ לא אמרינן הכי אלא באיכא קנין אלא דקלב"מ וע"ז שפיר מהני סברא דצריך לעמוד בדיבורו משא"כ בליכא קנין כלל ויהא זה לקנין. לא מהני כלל בזה:

ומש"כ לתרץ קושיית המפרשים שהק' על, שיטת הרש"ל הנ"ל מהא דמשמע בב"מ (דף צ"א) דפריך והא אינו לוקה ומשלם ומשני רבא אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו משמע דאפילו אם לוקה חייב לצי"ש ומהני תפיסה ותי' דרבא ס"ל דחייבי מלקיות שוגגין פטורין מתשלומין וא"כ מיירי בשוגג ומשלם משום דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו עיי"ש. והוא תמוה דלהדיא כ' הר"ש בפ"ו דתרומות דרבא ס"ל כר' יוחנן דחייבי מלקיות שוגגין חייבין דרבא אמר ביבמות (דף ל"ו) הלכתא כוותי' דר"ל בהני תלת משמע דבעלמא כר' יוחנן ס"ל ע"כ:

ונ"ל ראי' לזה דרבא ס"ל כר' יוחנן דחייבי מלקיות שוגגין חייבין מהא דמייתי ראי' בכתובות (דף ל"ג) דחובל בחברו ממונא משלם מלקי לא לקי מהא דכתיב וכי יקום ויתהלך בחוץ על משענתו ונקה המכה וכי תעלה על דעתך שזה מהלך בשוק וזה נהרג אלא מלמד שחובשין אותו. ופריך היכי אי דלא אתרו בי' אמאי מיקטל אלא דאתרו בי' ומותרה לדבר חמור הוי מותרה לדבר הקל וכתב רק שבתו יתן ורפא ירפא ואמאי צריך לזה הי' לו להביא בפשיטות דחובל בחברו ממונא משלם מלקא לא לקי מדכתיב רק שבתו יתן ורפא ירפא והא איכא לאו דחובל וחייבי מלקיות שוגגין נמי פטורין ואמאי צריך לאוכוחי מדמותרה לדבר חמור הוי מותרה לדבר הקל והש"ס דחי זה הי' לו לומר בפשיטות כמוש"כ א"ו דלשיטתי' אזיל דהלכתא כוותי' דר"ל בהני תלת ובעלמא כר' יוחנן וא"כ ס"ל דחייבי מלקיות שוגגין חייבין ולכך הוצרך להוכחה הנ"ל וזה ברור:

נ"ל דבזה יתיישב לי היטב הא דפריך והא אין אדם מת ומשלם ואין לוקה ומשלם וקשה למאי הוצרך לומר הא אין מת ומשלם ולא פריך בפשיטות והא קי"ל דאין אדם לוקה ומשלם כדאיתא בב"ק (דף ע"א) לכן נ"ל דהסוגיא קאי אליבא דר"ל דחייבי מלקיות שוגגין פטורין מתשלומין והוא דיליף בגז"ש דרשע רשע ממיתה כדאיתא בכתובות (דף ל"ה) וא"כ הכי פריך והא קי"ל דאין מת ומשלם ואין לוקה ומשלם. פי' כי היכי דבמיתה אין מת ומשלם אף בחייבי מיתות שוגגין דלכו"ע פטורין מתשלומין מדתנא דבי חזקי'. ה"נ אין לוקה ומשלם אף בשוגג וע"ז משני אתנן אסרה תורה וחייב לצאת יד"ש וא"כ רבא תי' אליבא דהך מ"ד וכדמבואר כיוצא בזה ברש"ל כתובות (דף ל"ה) דרבא דמשני גז"ש דרשע רשע הוא אליבא דר"ל אבל אליבא דנפשי' הו"מ לתרוצי דהא דמשלם שם בחוסם פרה מיירי בשוגג וא"כ אין סתירה למהרש"ל מהך סוגיא ולעולם י"ל דאם עבדינן החומרא ל"מ תפיסה: ובזה נ"ל לבאר דברי רש"י בכתובות (דף ל"ד) דאמרינן התם דר"מ מחייב בטבח בשבת ומוקי בטובח ע"י אחר מתקיף לה מר זוטרא מי איכא מידי דאילו עביד איהו לא מחויב ועביד שליח ומחייב איהו לאו משום דלא מחייב אלא משום דקם

לי' בד"מ. ופירש"י עביד איהו לא מחייב דהא מיקטל. וצריך ביאור מאי בעי רש"י בזה. ועיין בש"מ שם ביאורו בזה עיי"ש. ולהנ"ל יש לומר דק"ל היכי ס"ד לומר מי איכא מידי דאילו עביד איהו לא מחייב הא אפילו בקם לי' בד"מ חייב לציי"ש ומהני תפיסה. וא"כ שפיר חייב ע"י שליח ולתוס' ניחא דבקנס ליכא לציי"ש. אבל דעת החינוך דגם בקנס איכא לציי"ש מאי ס"ד דמר זוטרא דפריך מי איכא מידי דאילו עביד איהו לא מחייב. ולכן פירש דהא מיקטל וא"כ לא מהני תפיסה. ואין לומר דמיירי בשוגג דהא הא דמייתי האי איתמר עלה דמיירי בטובח ע"י אחר הוא בב"ק (דף ע"א) ושם מבואר דלא מיירי בשוגג כמבואר בתוס' שם ולכן שפיר פירש דהא מיקטל ולא עבדינן החומרא ואפילו לציי"ש פטור וע"ז משני איהו לאו משום דלא מחייב דהא אם לא הי' קלב"מ הי' חייב השתא נמי חייב וכמוש"כ התוס' שם בזה עיי"ש:

[הנוב"י מהדו"ק (שאלה ע"ב) הוכיח דבממון לא בעינן עדות שאילה"ז דאל"כ לא משכחת עדי חזקה דהוי כאשר עשה עיי"ש. ונ"ל דאף דליכא בזה כאשר זמם מ"מ לא גרע מגרמא בנזקין שחייבין בד"ש ואי תפס לא מפקינן מיני' וא"כ הוי עדות שאילה"ז בתפיסה. ועיין שער משפט (סי' א') דלפי"ד ליכא לתרץ כן]:

וי"ל בזה הא דאמרינן בב"מ ובב"ק (דף ע"א) רבא אמר אתנן אסרה תורה ואפי' בא על אמו וק"ל הא כתבו התוס' בתמורה (דף כ"ט) דלרבא גם בחייבי לאוין איכא אתנן זונה וא"כ מאי איריא דנקט אמו ולא נקט חייבי לאוין. ולהנ"ל ניחא דרבא ס"ל כר' יוחנן דחייבי מלקיות שוגגין חייבין. והרי הא דאתנן אסור דפרש"י בב"מ שם משום דחייב לציי"ש וא"כ שפיר נקט אמו דבזה שפיר חייב לציי"ש אף דקלב"מ דחייבי מיתות שוגגין נמי פטור ואפי"ה חייב לציי"ש משום דלא עבדינן החומרא משא"כ חייבי לאוין א"א לומר דמוכח מזה דחייב לציי"ש דהא בשוגג חייב ובאיכא מלקות אף לציי"ש פטור ולכן אמר אמו ולאו חייבי לאוין וזה נכון:

ולהמהרש"ל י"ל מש"כ רש"י בב"ק (דף כ"ו) ויהא אדם חייב בכופר דמיירי במזיד ולא אתרו בי' והקשו דהא חייבי מיתות שוגגין ג"כ פטורין. ולמהרש"ל י"ל דהא הר"א ממי"ץ תי' דאיצטריך עליו ולא על האדם ולא מיפטר משום דקלב"מ דמשום קלב"מ אכתי חייב לציי"ש ומעלע ממעט לגמרי דאפילו לציי"ש פטור וכ"ז דאיצטריך למיפטר לציי"ש הוא בדלא עבדינן החומרא משא"כ בעבדי' החומרא בלא"ה פטור לזה כ' רש"י דמיירי בלא אתרו בי' וא"כ לא עבדינן החומרא וחייב לציי"ש לכך איצטריך עליו דפטור לגמרי וא"כ לתנא דבי חזקי' איכא למימר דאיצטריך למעוטי מכופר ולא צריכי' למימר דלא אתא אלא כאידך תנא דאינו פוטר ח"מ שוגגין מתשלומין. ומיושב בזה מה שפרש"י לקמן

(ד' נ"ג) דפטור מכופר מקלב"מ והק' מהרש"א דמעליו נפקא. ולהנ"ל ניחא דאיצטריך למיפטר לציי"ש אבל עיקר טעמא מקלב"מ וכן מש"כ רש"י (דף י') הוא משום דעיקר מקלב"מ ולא איצטריך אלא דפטור לציי"ש ג"כ. ובמהר"ם מינץ (סי' ק') דלציי"ש אי תפס לא מפקינן מיני' משמע דלא כהמהרש"ל וכ"ה בש"מ ב"מ (דף צ"ז) ובמהר"ם ב"ר ברוך כמוש"כ במק"א כבר בזה. וכן בתשובת מהר"ח או"ז (שאלה רכ"ט) כ' להדיא דגם גרמא בנזקין אי תפס לא מפקינן מיני' דלא כהמהרש"ל עיי"ש בזה:

ומצאתי ראי' ברורה דהרמ"א ס"ל כהמהרש"ל שכ' (בתשו' סי' מ"ו) על אודות ערב אחר שנתפס בגלל הלוה דפטור הלוה משים גרמא בנזקין ועוד דאין דנין צער ובשת בזה"ז. ואף דאי תפס לא מפקינן מיני' מ"מ בנידון זה לא מהני תפיסה מטעמים הראשונים שכתבתי דמאחר דלא נתחייב בצערן ובביטולן ובבושתן צריכין להחזיר את שלו תנם חפשי כ"ש אם לא תפסו ע"כ הרי להדיא דבגרמא בנזקין לא מהני תפיסה:

ונ"ל ראי' להרש"ל מהא דאמרינן בב"ק (דף ק"ה) ואמר רבא הרי אמרו גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך בעי רבא נשבע עליו מהו מי אמרינן כיון דאילו מיגנב בעי שלומי ממונא קא כפר לי' או דילמא השתא מיהת הא מנת ועפרא בעלמא הוא ולא כפר לי' ממונא. מילתא דאיבעי' לי' לרבא פשיטא לי' לרבה כו'. והרי בשבועות (דף ל"א) אמרינן בהא דשבועת העדות אינה נוהגת אלא בראויין להעיד למעוטי מאי ר"פ אמר למעוטי מלך ראב"י אמר למעוטי משחק בקוביא והא משחק בקוביא מדאורייתא מיחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו וכ' הרשב"א מה בכך דמדאורייתא מיחזי חזי סוף סוף אינו בר עדות מדרבנן ותי' דפסול דרבנן דמועיל עדותו לענין תפיסה שפיר חייב בקרבן ע"ז אלמא דבדבר דמהני תפיסה הוי ממון וחייב העד ע"ז והשתא אי ס"ד דחייב בד"ש מהני תפיסה א"כ מאי מבעיא לרבא בנשבע על חמץ שגזל אי חייב בקרבן משום דלא כפר לי' מידי הא אף דגזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך חייב בד"ש מ"מ דהוי כהיזק שאינו ניכר כמבואר בגיטין (דף נ"ג) ומבואר שם דכל היזק שאינו ניכר חייב בד"ש לכו"ע ואי תפס לא מפקינן מיני'. א"כ יהא חייב ע"ז שטען להד"ם ונשבע שפטר עצמו דלא מהני תפיסה בעדים. ואפילו נימא דראב"י דאמר דמשחק בקוביא פטור משבועה. אלמא דלית לי' הך סברא. דתפיסה הוי כממון. מ"מ הו"ל להש"ס למימר מילתא דאיבעיא לי' פשיטא לי' לר"פ א"ו דאף דחייב בד"ש מ"מ לא מהני תפיסה כלל וא"כ שפיר אמר דלא כפר לי' מידי ולקמן עוד נבאר בזה:

ולהרא"ש שכתב שם שחייב לשלם ג"כ אין דאי' מזה דלא מצינו דתפיסה מחייב אלא בקרבן ולא בממון. וביש"ש שם תמה דמניין לו להרא"ש כן. ולהנ"ל י"ל דס"ל כהסוברים

דבכ"מ מהני תפיסה וע"כ דהבעיא לממון גם כן ולהמל"מ בפ"ג מה"ג דרי"ף לא ס"ל כהרא"ש יש ראיה להמרש"ל אך לפימש"כ הנ"ב סי"ט אין ראי' מזה ועיי"ש בזה:
ולכאורה י"ל לר"פ דס"ל מאחר דמהני תפיסה חייב בק"ש מהא דתנן בשבועות (דף ל"ג) שהדליק גדישו בשבת הרי אלו פטורין והרי בב"מ (דף צ"א) אמרינן בהא דחוסם פי פרה ודש בה משלם דהא אינו לוקה ומשלם אמ"ר אתנן אסרה תורה אפילו באמו ופרש"י דמחויב לצאת יד"ש ומהני תפיסה א"כ אמאי פטורין הא עדותן מהני לתפיסה. וי"ל דר"פ לשיטתו אזיל דמשני התם בב"מ הא מני ר"מ דאמר לוקה ומשלם וא"כ לא ס"ל כלל דאיכא לצי"ש בקלב"מ וזה נכון וכ"כ הרשב"א בתשובה (ש"ק) וכן ס"ל לר"פ בב"ק (דף ע"א) וע"כ פטורין ולקמן מבואר מזה:
ועוד ראי' להמהרש"ל מהא דאמרינן בב"ב (דף כ"א) ואמר רב כו' ואומנא וסופר מתא כולן כמותרין ועומדין ניהו כללא דמילתא כל פסי' דלא הדר כמותרה ועומד הוא וכתב הנ"י אע"פ שמשלמין כו' וסופר מתא שטעה לכתוב במקום מאתים מנה אין משלם הפסד דגרמא בעלמא הוא והשתא אי ס"ר דבגרמא בנזקין מהני תפיסה א"כ אמאי הוי פסי' דלא הדר הא תפיסה הוי דבר קל ובקל יכול לתפוס. וכיוצא בזה כ' בדרישה (סי' ש"ו) דאם אין לו לשלם לא שייך בזה פסידא דלא הדר משום דשמא יהיה לו וכ"ש בתפיסה א"ו דלא מהני תפיסה:
ונ"ל ראיה דאף בחייב בד"ש לא מהני תפיסה מהא דמבואר (בסי' שמ"ו) שאל משני שותפים ונשאל לו אחד מהן וכן השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן הרי זה ספק אם הי' שאלה או לאו לפיכך אם מתה אינו משלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם וכ"ה ברמב"ם (פ"ב מה' שאלה ופקדון) והנה אף אי שאלה בבעלים פטור אינו אלא מתשלומין אבל בדיני שמים ודאי חייב מאחר דאינו אלא חידוש כמוש"כ תוס' בב"מ (דף צ"ו) וא"כ אין לך בו אלא חידושו ובדיני אדם ולא בד"ש וכ"כ בקצרה בספר אה"ח בפ' משפטים עיי"ש ואי בכ"מ דחייב בד"ש מהני תפיסה א"כ למה כתבו בספיקא אם תפסו אין מוציאין מידם הא אפילו אם הי' ודאי שאלה בבעלים מהני תפיסה מאחר דחייב בד"ש. א"ו דאף דחייב בד"ש לא מהני תפיסה ולכך הוצרכו לומר משום דהוי ספיקא לכך אין מוציאין:
ובזה מיושב קושית הש"ך שם (בסי' שמ"ו סק"ז) דאמאי לא הביא הרמ"א דעת החולקים דס"ל דבבעי' דלא איפשטא לא מהני תפיסה וכמוש"כ (בסי' ר"ב ותי"ג) ולהנ"ל ניחא. דבמקום דחייב בד"ש אלא דהבעיא דלא איפשטא הוא בדיני אדם אז לכו"ע מהני תפיסה:

ובמג"א סי' תמ"ג) כתב במשכון חמץ שלא מכר כ"ז שהוא בעין אם יכול לומר הרי שלך לפניך והלוה יפרע מעותיו או לא עיי"ש. והרי הא דיכול לומר הרי שלך לפניך הוא משום דהוי היזק שאינו ניכר ומבואר ברש"י בגיטין (דף נ"ג) דמ"מ חייב בד"ש. ואי כל דחייב בד"ש אי תפס לא מפקינן מיני' א"כ הוי מוחזק במעות ואינו גובה המלוה לדעת מהר"ם ב"ר ברוך הנ"ל ומבואר מזה דס"ל כהיש"ש דלא מהני תפיסה אלא בקלב"מ ולא בשאר חיובי דד"ש ולכך אי יכול לומר הרי שלך לפניך משלם הלוה: ובשיטת רש"י דבקלב"מ חייב לצאת יד"ש נ"ל ראי' לזה מהא דאמרינן בפסחים (דף כ"ט) האוכל חמץ של הקדש במועד מעל וי"א דלא מעל ומוקי ר' יוחנן די"א ס"ל כר' נחוניא בן הקנה דס"ל דכרת פוטר מתשלומין. וקשה דאמאי לא מוקי דפליגי ת"ק וי"א בפלוגתא דר"מ ורבנן אי ממון ומלקות לוקה ומשלם או לא דת"ק ס"ל כר"מ בכתובות (דף פ"ג) דלוקה ומשלם. ומיירי שהתרו בו משום חמץ דלוקין על חייבי כריתות ולכן מעל וי"א ס"ל כרבנן דאין לוקה ומשלם ולכן אף דמלקות אינו פוטר מקרבן וכמו דאיתא בירושלמי פ"ז דתרומות יצא שזה מסור לשמים מ"מ כיון דפטור מקרן אין מביא קרבן כמוש"נ התוס' בפסחים שם. וי"ל כיון דחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין א"כ גם אשם מעילה אין ב"ד גובין אלא שמעצמו מביא וא"כ לא שייך למיפטר משום דאין לוקה ומשלם דהא בלא"ה מעצמו מביא כיון דמחוייב לצי"ש אלא דאנן לא עבדינן ב' חומרות והכא בלא"ה אין ב"ד גובין מהם לכן מוקי כר' נחוניא בה"ק דכרת פוטר מתשלומין ולדידי' גם לצי"ש פטור דבלא"ה ב"ד לא עבדי כרת אלא עונש ביד"ש ואפ"ה פטור וא"כ פטור מאשם ג"כ:

ואף דתשלומי הקרן להקדש אינו לכפרה אלא דהוא כגזל דעלמא כמוש"כ התוס' בכתובות (דף ל') בד"ה זר דתשלומי תרומה כפרה לכן לא שייך קלב"מ משא"כ בהקדש וכן מוכח ממש"כ התוס' בפסחים שם וא"כ לא דמי לחייבי אשמות דאין ממשכנין משום כפרה ול"ד לגזל הגר ג"כ שכתב (בסי' כ"ה) דאין ממשכנין מ"מ כיון דהקרן מעכב כפרה כמבואר ברמב"ם (פ"ח מה' גו"א ופ"א ממעילה) אין ממשכנין ג"כ:

[ומה שהקשה הטו"א במגילה (דף ז') אהא דר' נחוניא בה"ק היה עושה יוה"כ כשבת אמאי נקט יוה"כ ולא נקט בפשיטות היה עושה חייבי כריתות כחייבי מיתות ב"ד. ועוד למאן דס"ל בכתובות (דף ל') דאפילו מיתה ביד"ש פוטר א"כ מאי איריא דנקט כרת. י"ל דהא בתוספתא פ"ז דבב"ק איתא הגונב פרה וטבחה ומכרה שור הנסקל וטבחו עגלה ערופה וטבחה והטובח לעכו"ם משלם תשלומין דו"ה דברי ר"מ וחכ"א עד שתהא זביחה מותרת באכילה ר' נחוניא בה"ק היה עושה יוה"כ כשבת ע"כ. ובב"ק (דף ע"א) אמרינן והתניא גנב וטבח בשבת גנב וטבח לעכו"ם גנב שור הנסקל וטבחו משלם דו"ה דברי

ר"מ וחכמים פוטרין אלמא דבההיא תוספתא איתמר שבת ג"כ. וע"ז קאי ר' נחוניא בה"ק דיוה"כ כשבת או דקאי בפשיטות אמתני' דב"ק (דף ע') גנב וטבח ביוה"כ חייב ושם (דף ע"ד) גנב וטבח בשבת פטור וע"ז קאי ר' נחוניא בה"ק ועושה יוה"כ כשבת פטור וא"כ שפיר נקט יוה"כ ולעולם בשאר כריתות ואפי' מיתה ביד"ש פטור וזה פשוט:

ומה שבב"ק (דף ע"א) לא נקט אלא גנב שור הנסקל וטבחו לעכו"ם ולא נקט גם פרה ועגלה ערופה הוא משום דבאותו ואת בנו קאמר בחולין (דף פ"ב) דעגלה ערופה ופרה אינה משנה והוי שחיטה ראויי' אף בדו"ה נמי כן. ולהירושלמי (פ"ק דמגילה ה"ו) לק"מ דאיתא התם דתניא רנבה"ק אומר יוה"כ כשבת בתשלומין רשב"י אומר מחוייבי כריתות כמיתות ב"ד מה נפק מביניהון נערה נדה ביניהון ע"ד דרנבה"ק מה שבת אין לה היתר אף יוה"כ אין לו היתר ואלו הואיל ויש להן היתר משלם אלמא דדוקא נקט יוה"כ כשבת דאין היתר לאיסורן וזה ברור שוב ראיתי דבכתובות (דף ל') מבואר שם דלהש"ס דילן אינו כהירושלמי לכן הק' הטו"א כן:

והא דפוטר ר' נחוניא ביוה"כ מתשלומין כ' רש"י בפסחים (כ"ט) דאינו אלא במזיד ולא בשוגג והתוס' סוברים דאפילו בשוגג פטור וכבר מבואר זה בבעהמ"א וברמב"ן פ"ג דכתובות. ובאמת בתוספתא פ"ט דב"ק מבואר להדיא כן דאיתא המדליק גדישו של חבירו ביוה"כ אפילו בשוגג פטור מפני שנידון בנפשו. ע"כ. הרי דאפי' בשוגג פטור וכתוס' והראשונים ז"ל וכמו שנתבאר]:

ובעיקר הדבר הא דקלב"מ אינו אלא דב"ד לא מפקי מיני' ממונא אבל הוא עצמו מחוייב ואי תפס לא מפקינן מיני' מוכרח ג"כ מהא דח"מ פוטר מתשלומין וכן חייבי מלקיות ומה מהני לפוטרו מממון הא בין אדם לחברו לא מהני עד שירצה את חברו וכמבואר בר"ה (דף מ"ד) ויומא (דף פ"ה) אע"כ דב"ד הוא דלא עבדי תרי חומרא אבל ודאי החיוב מוטל עליו לשלם. ובס' ראש יוסף סוף מגילה חקר בזה מה מהני מלקות לפטור מתשלומין דבמה יכופר העוון דחברו ואמנם לפימ"ש רש"י ניחא דב"ד הוא דלא עבדי תרי חומרא אבל איהו ודאי חייב לצי"ש וע"כ אי תפס לא מפקינן מיני' וזה נכון וברור:

ובזה יתבאר הא שכ התוס' בכתובות (דף ל"ג) דבקנס ל"א דקלב"מ דחייב לצי"ש משום דבזה ליכא למימר דאין מלקות פוטר ממין חברו דהא באמת אין זה ממון חברו שיהא שייך בזה לומר עד שירצה חברו ורק דההתירה זכתה לו קנס אבל אינו אלא בב"ד כמה דכתוב אשר ירשיעון. ומאחר דב"ד לא נפקא מיני' משום כדי רשעתו גם הוא אינו חייב וזה נכון וברור:

כתב המג"א בהלכות רבית דבאיסור דרבנן גם רש"י מודה דלא מהני אף דחייב לצי"ש וכ"כ השבו"י (סי' קמ"ו) דבכובש עדותו דחייב מדאורייתא באם לא יגיד אז מהני תפיסה משא"כ גרמא בנזקין דרבנן הוא דאמרו דחייב בד"ש לא מהני תפיסה. ויש לתמוה הא גם גרמא בנזקין האיסור מדאורייתא אף דפטור מתשלומין וא"כ חייב בדי"ש מדאורייתא. אמנם בגיטין (דף נ"ג) כי קניס בדרבנן כ' רש"י וז"ל מטמא ומדמע איסור דרבנן הוא כיון דלא שמי' היזק אין כאן איסור דאורייתא וד"פ צריכין חיזוק ע"כ. אלמא דאפילו היזק שאינו ניכר דמדרבנן צריך לשלם אינו אלא איסור דרבנן מכ"ש גרמא בנזקין דאינו אלא איסור דרבנן ודמי לאבק רבית וע"כ לא מהני תפיסה:

הא דגרמא בנזקין אסור מדרבנן הוא ע"ד לפני עור לא תתן מכשול כמוש"כ התוס' כיו"ב בע"ז (דף כ"א) בד"ה אלפני כו' א"נ כיון דאיסור שכונה שלא יבוא היזק לישראל קרי לי' מכשול לפני עור ע"כ ומדרבנן הוא וה"נ כן:

הפמ"ג בפתיחה להלכות שבת כ' דספק קלב"מ חייב בתשלומין והבאתי ראי' לזה מרש"י מו"ק (דף ליה) עיי"ש. ובזה י"ל דברי התוס' בכתובות (דף ל) בד"ה הכל שכ' דר"ש התימני ל"ל הא דר"נ מדאיצטריך צטריך ולו תהי' למעוטי חייבי כריתות דתי"ל מטעם קלב"מ. ולהנ"ל נפ"מ בספק אחותו [שנתערבו ערבו שני ודית] דמטעם קלב"מ הי' חייב משא"כ מטעם ולו תהי' דמשמע שיש ודאי הוי' ולא ספק קידושין ומשמע מזה דס"ל דגם ספק קלב"מ פוטר מתשלומין ואכמ"ק להאריך בזה:

ומתוס' הנ"ל הבאתי ראי' למש"כ החכם לבי (שאלה מ"ט) דאיכא עונש כרת אפי' בפחות מבן כ' דלא כהרא"ם עיי"ש. דאי איכא בפחות מבן כ' א"כ מה זה הוכחה שכ' התוס' דל"ל לר"ש התימני הא דר"נ מדאיצטריך ולו תהי' למעוטי חייבי כריתות. דת"ל מטעם קלב"מ. הא נפ"מ לפחות מבן כ' דליכא עונש כרת וליכא משום קלב"מ זאיכא משום ולו תהי' דפטור דאין קידושין תופסין דמצווה בכל מצות שבתורה גם לשיטת הרא"ם כמבואר בחכ"צ שם. א"ו דאיכא כרת בפחות מבן כ' ג"כ. ומש"כ החכ"צ שם אהא דשבת (פ"ט) דל עשרין דלא מיענשת עלי' י"ל דלפעמים לא מיענשת עלי' ומרש"י במדבר ט"ז שכ' כמה קשה המחלקת כו' דב"ד שלמטה אין עונשין אלא עד שיביא ב' שערות וב"ד של מעלה עד עשרים שנה כו' לא משמע כן]:

ובדין עדים שהעידו בדבר שמהני תפיסה אם הוזמו חייבין לשלם דבכל דבר דמהני תפיסה הוי הפסד ממון גמור:

הרמב"ם (בפכ"א מהל' עדות ה"ד) כתב העידו על פלוני שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא את עינו והוזמו משלמין לארון דמי העבד ודמי עינו. והראב"ד השיג עליו וכתב דהא הרמב"ם

ז"ל כתב בהלכות חובל שהאדון אינו משלם אלא אם תפס העבד. וא"כ העדים שהוזמו למה משלמין. ותי' הכס"מ דמ"מ משלמין העדים שהרי הפסידוהו שהרי דבר קרוב הוא לתפוס. ולכך חייבין לשלם. והנה בחי' הרשב"א ר"פ שבועות העדות שהבאנו לעיל בהא דס"ל לרב פפא בשבועות (דף ל"א) דמשביע עדי משחקי בקוביא חייבין בקרבן משום דמדאורייתא מיחזי חזי ומתמה עלה מה בכך דמדאורייתא מיחזי חזי כיין דרבנן פסלוהו ולא יועיל כלום בעדותו ותירץ דמכאן מוכת דבכל הני פסולי דרבנן בעדות אי תפס אפי' בעדים לא מפקינן מיני' ומשו"ה מחייב משחק בקוביא כיון דעפ"י עדותו הוי מהני לי' תפיסה וחשוב לי' כפירת ממון עיי"ש. הרי להדיא דדעת הרשב"א א ז"ל ג"כ דמשום תפיסה לחוד הוי ממון משום דהדבר קרוב לחפים ולכך חייבין עדי משחקי בקוביא אם לא העידו משום דאינו יכול לחכום והפסידוהו ממון. וכן כש"מ רפ"ב דכתובות כ' וז"ל וי"א שאין בתביעת כתובה לעולם שבועת מודה במקצת וכו' משום קי"ל אפי' מיני' לא גביא אלא מקרקע וקיי"ל אין נשבעין על שעבוד קרקעות וכו' דקאמרינן בפ' שבועות העדות ש"מ משביע עדי קרקע חייב ולא מצי לאוקמה אלא בתפיסה מטלטלין וכן הדין מחיים וזה עיקר ויש להרב ר' משה הספרדי ז"ל מחלוקת בזו שהוא מחייב בכתובה שבועה של תורה. ויש לדון משום שאם תפסה מטלטלין אין מוציאין מידה לדעת רבינו אלפסי עכ"ל. הרי להדיא דאף דמשביע עדי קרקע פטור מ"מ כיון דראוי לתפוס מטלטלין אף דעדיין לא תפסה הו"ל כפירת ממון והוא דומה קצת לדברי הרשב"א הנ"ל שכ' דבשבועת העדים חשיב כפירת ממון היכא דמהני תפיסה כנ"ל:

והנה בשבועות (דף ל"ב) איתא הכי אמר רב פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב כו' ופריך הש"ס ש"מ משביע עדי קרקע חייב. דילמא דתפסה מטלטלין ע"כ. וא"כ לכאורה תמוהין דברי הש"מ שכ' דאף דלא תפסה עדיין מ"מ כיון דמהני תפיסה לא חשוב קרקע א"כ אמאי צריך הש"ס למימר דילמא דתפסה מטלטלין והא אע"ג דלא תפסה עדיין הו"ל לחייב שבועת העדות משום תפיסה דלאח"כ וכבר הרגיש בזה האבני מלואים בחידושי הלכות כתובות (סימן ק') וכ' דהא דקאמר דילמא תפסה מטלטלין היינו דילמא תתפוס אח"כ ולכך הו"ל עדי מטלטלין. אמנם קשה דמנ"ל להשיטה מקובצת לפרש כן דהא פשיטא דהש"ס משמע דתפסה ממש:

ע"כ נ"ל להביא ראי' נכונה כהי"א דהיכא דלא תפסה מטלטלין עדיין מ"מ חשיב כפירת ממון וע"כ הא דקאמר הש"ס דילמא דתפסה מטלטלין היינו דילמא דתפסה ממש ועיין ביבמות (דף קי"ז) באשה שאמרה מת בעלי ותנו כתובתי דלא מהימנא משום דאיכא נגיעת ממון. ורש"י ז"ל פי' הטעם דלכך אינה מהימנא אע"ג דלא משקרא מ"מ כיון דעיקר

עדותה אממון ואממון בעינן עדות מעליא והקשו האחרונים מהא דאמרינן בשביעות (דף ל"ב) אמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב ופירש"י בעד מיתה בע"א היודע שמת בעלה והשביעתו שיעיד בה כדי שתטול כתובתה מיורשין והוכרח לפרש כן כדי שתטול כתובתה דאם השביעתו להעיד שמת בעלה להתירה לינשא אין כאן כפירת ממון ושבועת העדות אינו אלא לממון ואע"ג דממילא תטול כתובתה מ"מ אזלינן בתר עיקר הדבר תביעה. וכדאמרינן בהאי דאנסת ופיתית את בתי דפליגי ר' שמעון ורבנן. מר סבר עיקרו קנם קא תבע. דלא שבק מידי דקץ. ותבע מידי דלא קץ. ורבנן סברי עיקרו בשת ופגם קא תבע. דלא שבק אינש מידי דאי מודה לא מיפטר. ותבע מידי דאי מודה מיפטר. וא"כ לפימש"כ הריטב"א דבע"א שבא להעיד במת בעלה ותובעת כתובתה דלא שרינן לה משום דלאפוקי ממון בעינן עדות מעליא כמוש"כ רש"י ז"ל. א"כ איך קאמר רב פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב קרבן דממ"נ אם עיקרו להתירה בא והיא לא תבעה אותו שיעיד על ממון כתובתה. א"כ אין כאן כפירת ממון ואע"ג דהפסד כתובה בא ממילא. כיון דבשבועות קי"ל דאזלינן בתר עיקר תביעה. ואם דעתה בפירוש להשביע את העד להעיד כדי שתטול כתובתה וכמו שפירש"י ז"ל א"כ אין העד נאמן כלל ולא הפסיד לה מידי ונשארו בצ"ע:

ונראה לי ליישב דהנה דעת הרמב"ם ז"ל (פי"ו מה' אישות) באומרת מת בעלי ותנו כתובתי דמותרת להנשא כדקאמר הש"ס ביבמות. ואת"ל כל מילי דאית לי' לאינש אמר להו לבי דינא. (פי' ולא הי' עיקר דעתה אכתובה) אבל באומרת תנו לי כתובתי והתירוני להנשא הוא בעיא דלא איפשטא ואין נותנין לה כתובתה. ואם תפסה אין מוציאין מידה. והיש"ש (בפ' האשה שלום דין י"ג) תמה דמאין יצא זאת להרמב"ם ז"ל דאם תפסה אין מוציאין מידה. וע"כ העלה דלא כהרמב"ם ז"ל ואם תפסה מוציאין מידה. והנה באמת הרמב"ם לטעמי' אזיל דסבר בספק בכור שתקפו כהן אין מוציאין מידו (כמוש"כ בפ"ב דה' בכורות) והיינו משום דסבר דכל בעיא דלא איפשטא בתלמוד אפילו היכא שהנתבע מוחזק אם תפס התובע אין מוציאין מידו ואפי' היכא שהספק הוא מצד הדין בעצמו. וכבר האריך בזה בתשובת מהרד"ק (בית ב' חדר ט') דדעת כמה פוסקים כהרמב"ם ז"ל וע"כ לטעמי' שפיר פסק דאם תפסה אין מוציאין מידה ודעת הישש"ש הוא כדעת הנהו רברבי דסברי דבבעיא דלא איפשטא אם תפס התובע מוציאין מידו:

ולפע"ד נראה לומר דיצא לו להרמב"ם ז"ל מהש"ס דפ' שבועת העדות דקאמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב. וקשיתי' קושיית האחרונים שנשארו בצ"ע דאיך משכחת לה דעד מיתה חייב קרבן שבועה דאם עיקר תביעתה שיתירה לינשא והפסד כתובה

ממילא בא הא בכה"ג לא מחייבינן קרבן שבועה דהרי קי"ל דבשבועות אזלינן בתר עיקר תביעה ואם אומרת שיעיד שתטול כתובתה א"כ אין העד נאמן כלל וכלל. וע"כ פסק הרמב"ם באומרת תנו כתובתי והתירוני להנשא דאף דאין נותנין לה כתיבה מ"מ אם תפסה אין מוציאין מידה והרי הש"ס בשבועות מוקי להא דר"פ אמר הכל מודים בעד מיתה דחייב היינו בדתפסה מטלטלין וא"כ שפיר משכחת להך דינא דעד מיתה חייב קרבן שבועה דאם הי' מעיד שמת בעלה ועיקר תביעתה הוא על כתובתה היתה התפיסה מועלת לר"פ לשיטתו דס"ל במשחק בקוביא דהיכא דמהני תפיסה מקרי הפסד ממון אף דעדיין לא תפסה אבל עתה שלא העיד לא מהני תפיסה והפסיד לה ממון וע"כ חייב קרבן שבועה. ודברי הרמב"ם כמעט מוכרחים מסוגיא זו. וזה נכון בעזהי"ת:

אמנם קשה דאמאי פריך הש"ס ש"מ משביע עדי קרקע חייב הא כיון דבלא"ה צריך להבין עיקר דינא דרב פפא דקאמר דהכל מודים בעד מיתה חייב היינו שהשביעתו שיעיד כדי שתטול כתובתה. והלא דעת הריטב"א ז"ל בעד אחד שבא להעיד שמת בעלה ותובעת כתובתה דאינו נאמן. וא"כ אמאי חייב בקרבן. וצ"ל כמו שכתבנו כיון דאם תתפוס אין מוציאין מידה. וא"כ הוי הפסד ממון. וא"כ לא פריך מידי מהא דמשביע עדי קרקע הא כיון דאם תתפוס מטלטלין מהני א"כ הוי שפיר כפירת ממון. וא"ל דהמקשן לא ידע מסברא זו. דכיון דתפיסה מהני שפיר מקרי הפסד ממון. דזה אינו דא"כ עדיפא הו"ל להקשות דאמאי חייב הא אינו עד כלל דכשיעיד שתטול כתובתה אינו נאמן לדעת הריטב"א. וצ"ל דאף דהמקשן ידע מסברא זו דכיון דתפיסה מהני מקרי הפסד ממון. מ"מ היכא דלא תפסה עדיין מטלטלין שעבוד קרקע מקרי כדאמר הש"ס בב"מ (דף ה') גבי סלעין דינרין א"נ משום דהו"ל שעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות. והלא התם בחוב גובה מדינא דגמ' מן המטלטלין ואם יתפוס בודאי דמהני ואעפי"כ כל כמה דלא תפס מקרי שעבוד קרקעות:

[ולדעת הר"מ הספרדי נצריך לדחוק ולמימר דהמקשן לא ידע דהיכא דמהני תפיסה מקרי הפסד ממון והא דלא פריך המקשן עדיפא מינה דהאיך נאמן ע"א להעיד שמת בעלה כדי שתטול כתובתה הא לעדות ממונא עדות מעליא בעינן. יש לומר דהר"מ הספרדי סובר דהטעם באשה שאומרת תנו לי כתובתי והתירוני להנשא אינה נאמנת הוא משום דאיכא נגיעת ממון. ולטעם זה ע"א נאמן דהא הוא אינו נוגע בעדות כלל. וכן דעת כמה פוסקים כמש"כ מוהרח"ש בקונטרס עגונות שלו]:

העולה מזה דהיכא דמהני תפיסה מקרי הפסד ממון. ובשבועת העדות חייבין בקרבן שבועה אם לא העידו בדבר דמהני תפיסה. וקשה לי מהא דאיתא בשבועות (דף ל"ב)

הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה. ופריך הש"ס דחשיד מאן אילימא דחשוד לוה דאמר לי' מלוה אי אתי' אסהדת לי' הוי משתבענא שקילנא ולימא לי' מי יימר דמשתבעת ומשני כגון ששניהם חשודין דאמר מר חזרה שבועה למחוייב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. והנה בשו"ע חו"מ (סי' פ"ז) כתב המחבר דעת פוסקים דבשבועה דרבנן אפילו בנשבע ונוטל אם קדם ותפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיני'. והעלה הש"ך (בס"ק כ"ז) להלכה דעיקר דלא מפקינן מיני'. ובסמ"ע (ס"ק כ"ב) כ' דאפילו שמותי לא משמתינ' לי' בנשבע ונוטל אם תפס. וא"כ מאי פריך הש"ס אילימא דתפס לוה דאמר מלוה אי היית' מעיד הי' הוא מחואי"ל והייתי נשבע ונוטל ולימא לי' העד מי יימר דמשתבעת זה אינו דהא המלוה יכול לומר לו אי היית מעיד והי' הוא מחוי"ש ואי"ל והייתי תופס דהיתה מהני התפיסה שאהי' פטור משבועה והיכא דמהני תפיסה הוי הפסד ממון וחייבין בקרבן שבועה. והיא קושיא גדולה ונפלאה [וכבר הקשה זה בספר ישועות יעקב בסי' כ"ח ותירץ ג"כ ע"פ דברי הש"ך שם בס"ק כ"ה דבחשוד לא מהני תפיסה] ומוכח מזה כדעת הש"ך שם (בס"ק כ"ה) שכתב דבחשוד לא מהני תפיסה אם תפס התובע דאל"כ לא שבקת חי' לשום חשוד דילך כל אדם ויתפוס ממין החשודים ויתבענו שבועת היסת. ובפסקי מהר"ם רקנטי (סימן רמ"ט) נסתפק בזה ולהנ"ל מוכח כהש"ך:

ובזה יתיישב לי היטיב קושיית הראשונים ז"ל שהקשו לדעת הסוברים בנסכא דר' אבא דהנתבע הוי מחוי"ש ואיל"מ אעפי"כ התובע צריך לישבע וליטול והקשו ע"ז מהא דאמר הש"ס בשבועות העדות (דף ל"ב) הכל מודים בע"א דר' אבא דההיא גברא דחטף נסכא מחברי' ואמר אין חטף ודידי חטף והתובע אייתי חד סהדי דחטף. דהוי מחוי"ש ואיל"מ ואי נימא דאף במחוי"ש ואיל"מ צריך התובע לישבע וליטול נימא לי' העד מי יימר דמשתבעת וכמו דאמר הש"ס לענין חשוד. ולהנ"ל ניחא דהתובע מצי לומר דהייתי תופס. ומפסדת לי התפיסה דקי"ל דבשבועה דרבנן אם קדם ותפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיני' והוי הפסד ממון גמור וזה נכון:

ויתיישב היטיב קושיית התוס' בשבועות ד"ה ואמר מר חזרה שבועה למחויב לה. ותימא דהול"ל יחלוקו דהכי הלכתא דאמרינן לקמן פרק כל הנשבעין עבד ר"נ עובדא יחלוקו עכ"ל ולדברינו ניחא דהנה הרמ"א לקמן (בסי' צ"ב ס"ז) כתב וז"ל וי"א דיחלוקו. וכן נראה לי לדון דהמוציא מחבירו ע"ה עכ"ל הרי להדיא דהא דשניהן חשודין יחלוקו ואין החשוד נוטל כלו הוא משום דהתובע מוציא מחברו ועליו הראי' ולפי"ז אם תפס התובע החשוד מהנתבע החשוד לא מפקינן מיני' החצי. וע"כ שפיר קאמר הש"ס אלא

כגון ששניהן חשודין דאמר מר חזרה שבועה למחייב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. והיינו היכא דתפס. ולפי"ז הפסידו העד כל הממון כיון דאם תפס לא מפקינן מיני' ודו"ק:

והנה בשב שמעתתא (שמעתא ז' פרק ג') וכן בשער משפט (סי' א' סק"ד) הקשו על דברי הרמב"ם ז"ל דס"ל דהיכא דמהני תפיסה מקרי הפסד ממון מהא דאמרינן בשבועות (דף ל"ג) משביע אני עליכם שתבואו ותעידוני כו' שחבל בי בני ושחבל בי חברי ושהדליק גדישי בשבת הרי אלו פטורין והטעם משום דלא הוי כפירת ממון דקלב"מ פטור מתשלומין והרי רש"י ז"ל בפ' השוכר את הפועלים (דף צ"א) כתב דהיכא דקלב"מ ופטור מתשלומין מ"מ מהניא תפיסה דלא מפקינן מיני' אלמא אף דמהני תפיסה מ"מ לא מחייבי קרבן שבועה משום דלא הוי כפירת ממון. ולכאורה הי' אפ"ל דגם רש"י לא אמר אלא בתפס ברשות כמו אתנן אבל בתפס שלא ברשות לא מהני או משום דהוו תנאי שיתן ולכן מהני התפיסה אלא דמהג"ה אשר"י פ' שור שנגח שכ' דאי תפסי יורשי הנהרג לא מפקינן מינייהו לא משמע כן אלא דגם שלא ברשות ובלא תנאי מהני וכ"ה בש"מ ב"ק דף ע') עיי"ש:

ולפענ"ד לא קשה מידי דלהמהרש"ל הנ"ל דגם לשיטת רש"י דוקא בלא עבדינן החומרא א"כ י"ל דהא דתנן במשביע שיבואו ויעידו שפלוני הדליק את הגדיש בשבח היינו שהדליק במזיד והתראה ואם יעידו נעביד החומרא וע"כ פטורין משום דלא הוי כפירת ממון דהא היכא דעבדינן החומרא אפי' תפיסה לא מהני:

אמנם לפי"מ דפריך בירושלמי פ"ג דכתובות בהדליק את הגדיש בשבת למה יפטר הא משיבולת ראשונה נתחייב מיתה ויתחייב תשלומין על כל הגדיש ומשני כל שיבולת הי' בהתראת מיתה וביארו האחרונים דאף דהתראה צריכה תוך כדי דיבור. מ"מ כל שיבולת הו' בחיוב מיתה וחייבי מיתות שוגגין נמי פטורין מתשלומין וא"כ ליכא לתרץ בגדיש דעבדינן החומרא דהא על כל הגדיש לא עבדינן החומרא דהא הוי שוגגין דפטורין מתשלומין ויש לחלק ודו"ק:

וכן בההיא שאנס פלוני את בתו ופיתה את בתו להתוס' דמפרשי בתו של עצמו ופטור משום דקלב"מ מיירי נמי במזיד והתראה דעבדינן החומרא ואז אפי' תפיסה לא מהני וע"כ פטורין משום דליכא כפירת ממון ועיין ברש"י פסחים (דף כ"ט) וז"ל יש טועים דקשיא להו כי פטר ר' נחוניא במזיד דבר כרת הוא והכא בשוגג עסקינן מדקתני מעל ובשוגג לאו בר כרת הוא. וטעות היא דגבי חמץ מזיד הוא וגבי הקדש שוגג הוא דלא ידע עכ"ל ומשמע מדבריו דהא דלר' נחוניא פוטר כרת מתשלומין היינו דוקא במזיד ולא

בשוגג והרי לעיל בשבועות שם קאמר הש"ס אמתני' דקתני במשביע את עדים שיבואו להעיד שהדליק את הגדיש ביוה"כ דחייבין ולאפוקי מדר' נחוניא בה"ק דלדידי' כרת פוטר מתשלומין והרי כיון דלר' נבה"ק הא דכרת פוטר מתשלומין היינו דוקא במזיד ולא בשוגג ומתני' קמ"ל דלאפוקי מר"נ בה"ק. וא"כ מיירי הך דהדליק את הגדיש ביוה"כ במזיד א"כ סיפא דהדליק את הגדיש בשבח מיירי נמי במזיד וע"כ מסתמא איירי נמי בהתראה. וע"כ אף תפיסה לא מהני. משום דעבדינן החומרא. וז"ב:

ובזה ניחא הא שהקשו לשיטת רש"י בפסחים (דף כ"ט) דר' נחוניא אינו פוטר אלא במזיד ולא בשוגג א"כ מאי קאמר לאפוקי מר' נחוניא דילמא מתני' איירי בשוגג וגם כר' נחוניא אתי'. ולהנ"ל ניחא דאי מתני' בשוגג איירי א"כ אמאי פטור בהדליק בשבת. הא לא עבדינ' החומרא ומהני תפיסה והא חייב קרבן שבועה. אלא דכ"ז אינו דא"כ רישא דיוה"כ ג"כ איירי דומיא דסיפא דעבדינן החומרא וא"כ אמאי חייבין הא אין לוקה משלם אף דמיירי בלא עבדינן החומרא וא"כ גם סיפא כן:

גם יתיישב היטיב מה דקשה לשיטת רש"י בב"ק (דף ל"ה) דאף דמקלקל פטור מ"מ פטור מתשלומין דהוי כמו חייבי מיתות שוגגין דפטורין מתשלומין וא"כ ביוה"כ דלא אמרינן ביה דשוגגין פטורין כמוש"כ רש"י בפסחים (דף כ"ט) אין מקלקל פוטר א"כ מאי קאמר בשבועות (דף ל"ג) אמתניתין דשהדליק את הגדיש ביוה"כ הרי אלו חייבין לאפוקי מדר' נחוניא הא גם כר' נחוניא אחי' דהדליק את הגדיש הא מקלקל ומיירי בשוגג ולכך ביוה"כ חייב ובשבת פטור. ולהנ"ל ניחא דהא ע"כ מיירי בצריך לאפרו דגם מקלקל חייב. דעבדינן החומרא ולכך בשבת פטור אבל בשוגג אמאי פטור הא מהני תפיסה וא"כ גם ביוה"כ מיירי כן:

עוד הקשו האחרונים הנ"ל על הרמב"ם ז"ל דס"ל דהיכא דמהני תפיסה מקרי הפסד ממון מההיא דפ' שבועות העדות (דף ל"ג) דבעי הש"ס במשביע עדי קנס אי פטור מקרבן שבועה לרבנן דס"ל דבר הגורם לממון לאו כממון דמי. משום דאי בעי הי' מודה ומיפטר ולא הוי כפירת ממון גמור. ובעי הש"ס למיפשט ממתני' דקתני דחייבים העדים בקרבן שבועה כשהשביע אותם אם יש לו ביד פלוני ח"נ. והא פלגא נזקא קנסא הוא ומוכח דמשביע עדי קנס חייב. ומה ראי' היא זו דהרי המ"מ (בפ"ט מה' נזקי ממון) כתב דהרמב"ם ז"ל ס"ל דבפלגא נזק א אף למ"ד קנסא מ"מ היכא שהודה המזיק ותפס הניזק מהני התפיסה ואין מוציאין ממנו. וא"כ אף דמשביע עדי קנס פטורין מ"מ במשביע עדי חצי נזק חייבין בקרבן שבועה משום דהיכא דתפיסה מהני הוי כפירת ממון גמור ולכאורה הוא קושיא נכונה:

אמנם לאחר העיון הדבר נכון מאוד ועיין בבעה"ת (שער כ"ט ח"ב) כתב וז"ל וכי היכא דטעין חנוני על בעה"ב דפקדי' למיהב לפועל מזה ואיהו לא אודי לי' אלא בנ' משתבע בעה"ב שבועת מודה מקצת דלא פקדי' אלא בחמישים ומיפטר ואי לא מודה לי' בעיקר השליחות משתבע היסת אבל אי אמר בחמישים צויתי לתתו על השאר איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם דקי"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי ודבר הגורם לממון כממון דמי. וכתב בגדולי תרומה מ"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי. הוא קשה ההיתוך דבשבועות העדות ואמתניתין בזה אחר זה הראשון חייב והשני פטור. אמדינן מתניתין דלא כי האי תנא דתניא משביע עד אחד פטור ור' אלעזר בר"ש מחייב ומסקינן דבהא קא מיפלגי דראב"ש סבר דבר הגורם לממון כממון דמי ורבנן סברי לאו כממון דמי. ופשוט הוא דהלכה כרבנן וכ"ש דסתם מתניתין כוותייהו והאיך החליט זה הרב ז"ל בפשיטות דדבר הגורם לממון כממון דמי עכ"ד. וכתבתי בגליון בעה"ת דאשתמיטתי' לבעל גדולי תרומה דברי ות שם שכ' וז"ל וקיי"ל כרבנן דרבים נינהו ועוד דסתם מתניתין כוותייהו. וק"ל הא קיי"ל בנזקין כמאן דאית לי' גרמא דהיינו דינא דגרמי וכל דאית לי' דינא דגרמי אית לי' דבר הגורם לממון כממון דמי כו' ולא היא דהכא שאני דלא חייבה תורה אלא בכפירה שמאבד ממון זה ממש מחמת כפירה של זה וכדאמרינן לעיל אם לא יגיד ונשא עונו. לא אמרתי אלא במקום שזה מגיד וזה מתחייב ואף אנן נאמר לא אמרתי אלא במקום שזה מגיד וזה מתחייב אבל גורם לא אמרינן לדעת רבנן וקי"ל כוותייהו אבל לגבי נזקין כל שגורם לממון מזיק חשבינן לי' כנ"ל ועיקר עכ"ל. הרי להדיא דהא דקי"ל בפ' שבועת העדות כרבנן דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי אלא במקום שזה מגיד וזה מתחייב ולא גורם היינו משום דכתיב לא יגיד אבל בעלמא כל שגורם לממון מזיק חשבינן לי'. וא"כ שפיר כתב הבעה"ת דקיי"ל דדבר הגורם לממון כממון דמי והוא ברור: וא"כ לק"מ מהא דבעי הש"ס למיפשט דמשביע עדי קנס פטור מהא דקתני דמשביע עדי חצי נזק חייבין בקרבן אף דשאני חצי נזק דמהני בי' תפיסה. דבשבועות העדות שאני דבעינן בי' שיאבד ממון ממש מחמת כפירה של זה אבל גורם לא והרי הכא קאי לרבנן דלית להו דבר הגורם לממון כממון דמי ומוכח שפיר דמשביע עדי קנס חייב משום דהשתא מיהא לא אודי. משא"כ בעדים זוממין שכתב הרמב"ם ז"ל דחייבין לשלם בדבר שמהני תפיסה הוא משום דבממון כל גורם לממון כממון דמי ומזיק חשבינן לי':

וראי' לזה דהרי לפי הטעם דהרשב"א ז"ל דרב פפא דאמר כיון דמדאורייתא מחזי חזי עדי משחק בקוביא לכך חייבין בקרבן שבועה משום דבעדותן מהני תפיסה על כרחך הא דרב אחא פליג ע"ז וסובר דעדי משחקי בקוביא פטורין מקרבן שבועה אף דבעדותן

מהני תפיסה היינו משום דסובר ע"כ כמוש"כ בשם הרשב"א דבשבועות העדות בעינן במקום שזה מגיד וזה מתחייב ממון ממש משא"כ היכא דאינו מתחייב אלא ע"י תפיסה לא הוי כפירת ממון גמור ופטור מקרבן שבועה א"כ הסוגיא דבעי למיפשט דמשביע עדי קנס פטורין למאן דס"ל דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי קאי לר"א בר יעקב דס"ל דמשחק בקוביא לא מחייב בקרבן שבועה אף דבעדותן מהני תפיסה מ"מ לא הוי כפירה ממון גמור אלא גורם לממון. והרמב"ם ז"ל הא פסק כוותי' דרב אחא בר יעקב. משא"כ לענין עדים זוממין אף שהעידו במה שמהני תפיסה לא הוי אלא גורם לממון מ"מ הא עכ"פ גורם לממון בממון חייב נמי משום מזיק כן נראה לי ברור:

ובזה יתיישב לי היטיב דברי הריטב"א ז"ל שכ' לתרץ קושיית התוס' הנ"ל שהקשו דלמה נקט הש"ס כמ"ד חזרה שבועה למחויב לה וכל שאינו יכול לשבע משלם. דהול"ל כמ"ד יחלוקו דכוותי' קיי"ל. ותירץ דכי אמר אביי הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה דבזה עד אחד מיחייב קרבן שבועה קאי על ת"ק דראב"ש דס"ל דמשביע ע"א פטור משום דגורם לממון לאו כממון דמי. והאי ת"ק. הוא סתם מתני' דבזה אחר זה הראשון חייב והשני פטור והרי סתם מתני' ר"מ ואיהו סובר בר"פ כל הנשבעין (דף מ"ח) דחזרה שבועה למחויב לה וכל שאיל"מ זה תוכן תירוצו:

וקשה לי דהרי בב"ק (דף ע"א) וכן בכתובות (דף ליד) קאמר הש"ס להריא דר"מ ס"ל דדבר הגורם לממון כממון דמי. וא"כ איך מצינן למימר דת"ק דראב"ש הוא ר"מ דסתם מתניתין הוא ר"מ. הלא סתם מתני' סברה דלכך השני פטור משום דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי והאיך קאמר הריטב"א ז"ל דסתם מתני' ר"מ היא הא ר"מ סבר דדבר הגורם לממון כממון דמי וצ"ע לכאורה:

אמנם בדברי הרשב"א הנ"ל ניחא דעד כאן לא קסבר ר"מ דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי. אלא בגבועות העדות דכתיב אם לא יגיד ובעינן דוקא במקים שזה מגיד זה מתחייב והיינו הפסד ממון גמור ולא גורם לממון משא"כ בעלמא באמת סבר ר"מ דדבר הגורם לממון כממון דמי:

והנה הלח"מ כתב ליישב דברי הרמב"ם ז"ל הנ"ל דהא דכתב בעדים שהעידו שהפיל שן עבדו ואח"כ סומא את עינו והוזמו דמשלמין דמי העבד ודמי עינו מיירי כשתפס האדון מן העדים וכמוש"כ הכס"מ (בפ"ה מה' עבדים) על מה שכתב שם הרמב"ם באדון שהפיל את שן עבדו וסימא את עינו הרי יוצא לחירות בשינו ונותן לו דמי עינו והשיג ג"כ הראב"ד ז"ל הרי הרמב"ם בעצמו בהלכות חובל ומזיק כתב דאין האדון משלם דמי עינו אלא כשתפס העבד משום דעדיין הוא מחוסר גט שיחרור. ותירץ הכס"מ וז"ל א"נ

מאי נותן לו דמי עינו דקאמר לא שגוזרים ב"ד שיתן לו אלא היינו לומר שאם תפס אין מוציאין מידו וסמך על מ"ש בפ"ר מה' חובל ובזה נסתלקה השגת הראב"ד שכתב וז"ל דבריו סותרים זא"ז וכו' עכ"ל וא"כ כאן גבי עדים זוממין נמי נימא הכי דמיירי כשתפס האדון מן העדים וסמך עצמו אמ"ש בהלכות חובל ומזיק:

[ובאו"ת (בסימן ל"ח) בדיני הזמה כ' וז"ל והרב הלח"מ תירץ דמיירי כשתפס העבד והדוחק מבואר דא"כ צ"ל דתפס קודם שבאו העדים והעידו דאל"כ מהיכן ידעו עדים דהעבד יתפוס וזה דוחק עכ"ל. ונראה שהבין דברי הלח"מ שכ' דמיירי כשתפס האדון מן העדים מיירי נמי כשתפס העבד מן האדון קודם שהעידו עדים. ובהיות כן דברי הלח"מ בלא"ה לא נהירין לי כלל וכלל. לפימש"כ הנ"י בפ' חזקת הבתים אמתני' דהי' שנים מעידין אותו דאכלה שני חזקה ונמצאו זוממין משלמין לו אח הכל. דהיכי מיירי אי כשהוזמו קודם גמר דין אין להם לשלם כלום כדאיתא במס' מכות ואם לאחר גמר דין כיון דקא מחזיק בגווה זכה בה מיד והוי לי' כאשר עשה ותי' הריטב"א ז"ל דאיירי שהמחזיק הוא חוץ לקרקע כשדן עליו ואחר שנגמר הדין הוזמו עדיו קודם שהחזירוהו שם והשתא הוא כאשר זמם עכ"ד. ובפ"ק דמכות החזיק הריטב"א בסברא זו דגם בממון בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. ואי נימא דמיירי כשתפס מן העבד קודם שהעידו העדים א"כ הוי עדות שא"א ילה"ז דהם יהיו פטורין משום כאשר זמם ולא כאשר עשה דהא תיכף כשהעידו כבר הי' העבד מוחזק והוי כאשר עשה. אמנם באמת אין כוונת הלח"מ כן דמיירי כשתפס העבד מן האדון מיירי כשתפס האדון מן העדים ואף דעדיין לא תפס העבד מן האדון אעפי"כ חייבין לשלם ושייך שפיר כאשר זמם דכמו שהם רצו להפסידו ממון שיהא יכול לתפוס מן האדון כן נמי מהני תפיסה לגבייהו מכאשר זמם]:

אמנם אין תירץ זה מספיק כאשר כל עין רואה וגם הלח"מ בעצמו כתב שאין תי' זה מספיק דכיון דהוי דבר חדש לענין עדים זוממין שלא פירש בשום מקום הי' לו לבאר ולסמוך על מ"ש בה' חובל ומזיק וע"כ נראה ברור כמוש"כ הכס"מ דכיון דקל הדבר לתפוס הוי הפסד ממון וכמו שביארנו לעיל בבירור:

וכן משמע לי מהא דמבואר ברמב"ם (פ"ט מהל' עדות ה"ג) דטומטום ואנדרוגונס פסולין דכל שהוא ספק כשר ספק פסול אין מוציאין ממון בעדותו משמע דלהחזיק ממון מהימני. [ועיין מש"כ בסי' ל"ד] ומשמע גם בקנס דבעינן עדות שאילה"ז להש"ך בממון בעינן עדות שאילה"ז. וקשה הא הוי עדות שא"א ילה"ז דיאמרו שמא אנו פסולין לעדות ובפסול אין עונשין משום כאשר זמם כמוש"כ הרמב"ם (בפ"כ מה' עדות ה"א) א"ו כיון

דאי תפס מן העדים מהני תפיסתו שפיר הוי עדות שאתה ילה"ז. ולפי מה שכ' רמ"א דלהחזיק לא בעינן עדות שאתה ילה"ז אין ראי' מזה:

והנה הרשב"א ז"ל בחי' שבועות כתב עוד טעמא דר"פ דסבר דמשחק בקוביא כיון דמדאורייתא כשר להעיד חייב בקרבן שבועה הוא משום דר"פ ורב אחא פליגי בפלוגתא דראב"ש ורבנן בדבר הגורם לממון אי כממון דמי או לאו דר"פ סבר כממון דמי והלכך אילו העיד זה המשחק בקוביא שמא האחר יתבייש ולא יעיז פניו בפני זה העד. וכיון דמדאורייתא כשר והוא גורם לממון חייב. משא"כ בקרובין ופסולי דאורייתא אין חייבין בקרבן לפי שאינם חייבין להעיד מדאורייתא ור' אחא סבר דלאו כממון דמי וכיון דפסלי' רבנן ה"ה כפסולין דאורייתא ולא אמרינן דילמא לא הי' מעיז פניו נגד עד זה והי' מודה. והקשה ע"ז מהא דאמרינן בשבועות (דף ל"ב) הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה ואמרינן חשוד מאן אילימא לוה כו' ולימא מי יימר דמשתבעת והכא נמי מדינא דאורייתא הו"ל למישקיל בלא שבועה ככל מחויב שבועה ואיל"מ ורק דרבנן תקנו דשכנגדו צריך לישבע ואפי"ה כיון שזה אינו מפסידו להדיא דשמא ישבע אפי"ה פטור זה שאין מקבלין עדותו כלל לא כל שכן שיהא פטור ונשאר בצ"ע:

ואני תמה על דבריו ז"ל דהרי הך הכל מודים קאי על רבנן דראב"ש דסברי דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי דמודים בשכנגדו חשוד על השבועה וכמוש"כ לעיל בשם הריטב"א ז"ל וע"כ פריך הש"ס דאכתי כיון דכשנגדו צריך שבועה לימא לי' העד דמי יימר דמשתבעת ואכתי גורם לממון הוי דצריך שבועה ואולי לא הי' משתבעי והם הא סברי דלאו כממון דמי. משא"כ ר"פ הא סבר דדבר הגול"מ כממון דמי וכיון דמדאורייתא כשר והוא גורם לממון דכממון דמי חייב וצע"ג בזה:

איך שיהי' עכ"פ נמצינו למדים מדברי הרשב"א ז"ל דלטעם הראשון שכ' דלכך מחייב ר"פ משחק בקוביא משום דאעפ"י שאין מוציאין ממון בעדותן מ"מ מהני תפיסה דלאו מטעם גורם לממון אתינן עלה ג"כ דרב אחא ור"פ בפלוגתא דדבר הגורם לממון כממון דמי או לא כמו שכתב בטעם השני ומוכח דהיכא דאפסדוהו מממון היכא דהי' מהני תפיסה לאו מטעם גורם לממון הוא. והיא היפוך ממה שכתבתי דתליא בפלוגתא דדבר הגורם לממון כממון דמי או לא:

ובאמת טעמא בעי אמאי לא שייך בזה גורם לממון כיון דלא הוי ממון ממש. ומ"ט דר"א בר יעקב אי לא דסבר דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי. ואולי י"ל דטעמא דר"א בר יעקב דכיון דרבנן פסלוהו אע"ג דמדאורייתא חזי לאו בר הגדה הוא ואף דאי הי' מעיד הי' מהני תפיסה מ"מ כיון דרבנן פסלוהו לא שייך בי' קרבן שבועה מדכתיב אם לא

יגיד והאי לאי בר הגדה הוא. ור' פפא סבר דכיון דמדאורייתא חזי ואי הי' מעיד הי' מהני תפיסה. והדבר קל לתפוס א"כ עדיפא מגורם לממון וממין ממש הוא דאפסדי' כיון דתפיסה היא דבר קל כן נראה בכוונת הרשב"א. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא מה שהקשו האחרונים מהא דבעי הש"ס למיפשט דמשביע עדי קנס חייב מהא דקתני חצי נזק חייב. ודילמא שאני חצי נזק דמהני תפיסה ותירצתי משום דהתם קאי למ"ד דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי. וזהו באמת טעמא דר"א בר יעקב ולכך אף אי מהני תפיסה אכתי גורם לממון הוא. ולפי הנ"ל נדחה זאת. דהא לאו גורם לממון היא היכא דמהני תפיסה אלא כמו ממון ממש הוא כיון דהדבר קרוב לתפוס ועיקר טעמא דר"א בר יעקב הוא משום דכיון דרבנן פסלוהו לאו בר הגדה הוא:

אמנם לע"ד באמת נראה לתרץ בפשיטות דהנה דעת פוסקים דהא דמהני תפיסה בקנס דחצי נזק הוא תקנתא דרבנן כמבואר ברא"ש פ"ק דב"ק ועיין בכס"מ (בפ"ה מה' עבדים) מבואר מדבריו שם דכל היכא דמהני תפיסה היינו תקנתא דרבנן ובהיות כן נבוא בעזהי"ת אל המכוון. דהנה הוקשה לו להרשב"א ז"ל ארב פפא דסובר דמשחק בקוביא חייב בקרבן אף דרבנן פסלוהו כיון דמדאורייתא מיחזי חזי. ומה בכך דמדאורייתא מיחזי חזי. הא מדרבנן אין תועלת בעדותו. ולזה תירץ בממה נפשך. דאי אזלינן בתר דאורייתא הרי בוודאי הוא חזי להעיד ופשיטא דיש תועלת בעדותו ואי ניזיל בתר דרבנן הא מדרבנן תקנו דמהני תפיסה וא"כ גם מדרבנן יש תועלת בעדותו וא"כ שפיר בעי למיפשט הש"ס דמשביע עבי קנס חייב מהא דמשביע עדי חצי נזק חייב ואין לדחות דשאני חצ"נ דמהני תפסה דהרי תפיסה אינו אלא תקנתא דרבנן ומדאורייתא לא מהני תפיסה ואעפי"כ חייב כיון דהשתא מיהא לא אודי:

ואין להקשות מהא דמשביע עדי מיתה דחייב בקרבן אף דאין תועלת בעדותו אלא מדרבנן מ"מ אזלינן גם בתר דרבנן לחומרא. כמש"כ התוס' שם (דף ל"א) מ"מ זה אינו אלא בממון גמור ולא בדבר דלא מהני תפיסה מדאורייתא ורק דרבנן תקנו דמהני בזה תפיסה דלאו כפירת ממון הוא ועיקר טעמא דרב פפא דיהא תועלת בעדותו מדאורייתא ומדרבנן משא"כ הכא דאדרבא מדאורייתא אין שום תועלת בעדותו דאף תפיסה לא מהני ורק דממון דרבנן הוא דתקנו שיהא מהני תפיסה ולאו ממון מעליא הוא כמו בע"א שמעיד שמת בעלה דתיכף תטול כתובתה. משא"כ הכא אכתי מחוסר תפיסה אף דהדבר קרוב הוא לתפוס מ"מ עד כאן לא אמרינן דמשום דהדבר קרוב לתפוס הוי ממון גמור אלא היכא דמדאורייתא הוי ממון גמור ורק דמדרבנן לא מהני אלא תפיסה אז הוי ממון גמיר משום דהדבר קרוב לתפוס. אבל היכא דמדאורייתא לא חזי כלל דלהוי ממון גמור

ורק דרבנן תקנו דמהני תפיסה אז לא אמרינן דמשום דהדבר קרוב לתפוס מקרי ממון גמור והוא ברור:

והרמב"ם דס"ל לשיטת הכס"מ דמשום דהדבר קרוב לתפוס מקרי ממון גמור. אף דלא מהני תפיסה אלא מדרבנן היינו כמש"כ לעיל דבעלמא לא בעינן שיהא ממון גמור דהא אף גורם לממון חייב. ושאני בשבועות הערות דכתיב אם לא יגיד ובעינן במקום שזה מגיד וזה מתחייב לכך היכא דמדאורייתא הוי ממון גמור ורק דאיכא עיכוב דרבנן לכך כיון דהדבר קרוב לתפוס מקרי ממון גמור משא"כ בעלמא אף דמדאורייתא לא הוי ממון גמור מ"מ אכתי גורם לממון הוא ותייבין העדים זוממין לשלם כנ"ל ועיקר: ונ"ל דהריטב"א ס"ל דלא כהרמב"ם ז"ל ובדבר שאין ב"ד מוציאין אין העדים משלמין. דבמס' מכוח (דף ב') אין עדים זוממין משלמין את הכופר משום דכופרא כפרה והני לאו בני כפרה נינהו. ופי' הריטב"א דה"פ דמאחר דכופרא כפרה ואין ממשכנין ומעתה אלו לא רצה לתת כופר לא הי' כופין אותו. ואם הי' יודע בעצמו שלא הי' כמו שהעידו לא הי' נותן וכיון שכן אין כאן דין הזמה. וה"ק כופרא כפרה ולית בהו דין הזמה וכו' ע"כ. הרי דאי אין ב"ד כופין ויודע בעצמו שאינו כהעדים לא שייך הומה. משום דבלא"ה לא הי' נותן א"כ אף שאי תפס לא מפקינן מיני' מ"מ לא דייניגן בהו הזמה. וה"נ בהאי דהרמב"ם מאחר דאין מעידין אלא לתפיסה אין משלמין והרמב"ם מפרש האי דאין משלמין את הכופר כפרש"י ז"ל שם. ואפ"ל דס"ל דבכופר לא מהני חפיסה דליכא שעבוד נכסים. מאחר דאין כופין בכופר:

מה שהקשו האחרונים על הרשב"א דס"ל דבפסולי עדות דרבנן מהני תפיסה. מהא דמסכת שבועות (דף ל"ב) משביע עדי קנס אי פטור מק"ש. ובעי למיפשט ממתני' דקתני שיש לי ביד פלוני ח"נ והא פ"נ קנסא הוא ומוכת דמשביע עדי קנס חייב. דהרי המ"מ (בפ"ט מהל' נ"מ) כתב דפ"נ אפילו אי הודה אי תפס לא מפקינן מיניה. א"כ הוי כפירת ממון גמור עיי"ש וי"ל דהרשב"א לטעמי' אזיל שכ' בפ"ג דב"ק בסוגיא דשני חמין דלא כהראב"ד ואי תפס מפקינן מיני' בהודה כשאר קנסות ע"ש והראב"ד לא ס"ל כרשב"א ולטעמי' שכתב (בפכ"א מהלכות עדות הנ"ל) דעדים זוממין פטורין כשעדותן אינו אלא לתפיסה. וגם להרמב"ם דמועיל לא ס"ל כהרשב"א בשבועות עדות דע"ז שאני כמוש"כ במגדול עוז שם ע"ש:

ולהרשב"א יש לחקור טובא דהרי קי"ל דעד אחד מחייב שבועה אבל פסולי עדות דרבנן אין מחייבין שבועה והרי אי תפס בעדים ויש לו עד אחד צריך להחזיר החפץ והעד אחד לא מהני מידי וא"כ מכ"ש דפסולי עדות דרבנן דלא מהני. אם לא שנימא דבפסולי עדות

דרבנן מחייבין שבועה וכללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון הוא דעד אחד מחייב שבועה אבל אי אין שנים מחייבין ממון אין ע"א מחייב שבועה שכתב הרמב"ם (בפ"ה מה' עדות) ל"נ אלא בדאורייתא ולא בדרבנן וזה לא שמענו. ועיין טו"א ר"ה (דף כ"ב) דעד פסול מדרבנן אינו מחייב שבועה ואינו פוטר מיהו לטעמי' אזיל דס"ל שם דגם להחזיק ממון אין נאמנים משום דהפקר ב"ד הפקר:

ומש"כ דאי תפס בעדים לא מהני עד המסייע לו מלבד דמבואר כן בפוסקים [עש"ך סי' פ"ז ס"ק כ"א] אלא דגם מוכח כן דאלת"ה הא דקי"ל בשבועות (דף ל"ב) משביע עד אחד פטור. הא מהני עדותו לתפיסה א"ו דלא מהני. וא"כ מכ"ש פסולי עדות דלא מהני לתפיסה. ואף דיש לדחות דאין ראי' מכאן לפי מש"כ השיך (בסימן פ"ז) דעד המסייע שבתחילה הי' מעיד לחייב שבועה אינו מסייע לפטור. וא"כ כשהעיד מתחילה לחייב אין פעולה בהתפיסה דאכתי צריך לישבע שבועת היסת ומי יימר דמשתבע. משא"כ פסולי עדות דרבנן דזה גופא תימה דע"א שמחייב שביעה אינו יכול להחזיק לפטור מהיסת. ופסולי עדות דאין מחייבין שבועה יכולין לפטור לגמרי אף דהיא הנותנת שבתחילה לא הי' מועיל עדותן כלל. דז"א דהי' מועיל עדותן לתפיסה. אלא דמש"כ הש"ך דאין ע"א שהעיד עושה ב' דברים היינו בהיפוך שבועה. אבל בהחזיק ואח"כ מעיד לסייע ודאי מהני. ועוד דהא בימי המשנה עדיין לא תקנה שבועת היסת וא"כ איך קאמרי דמתני' דר"פ שבועת העדות ס"ל דמשביע עד אחד פטור. א"ו דלא מהני עד אחד להחזיק והוא דבר פשוט דע"א אין קם לממון כמבואר בזה:

ולשיטת הרשב"א יש לעיין ממה דאמרינן בכתובות (דף י"ח) העדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים קטנים היינו פסולי עדות היינו הרי אלו נאמנים. משום דמהמני במגו דמזויף והרי רש"י פי' שם משחק בקוביא זהו פי' דפסולי עדות והוי פסול דרבנן ומהני תפיסה. משא"כ באין מודים שהוא כת"י פשיטא דלא מהני תפיסה דהא בכה"ג דאין מודים שהוא כת"י בעי קיום דאורייתא כמוש"כ הש"ך (בסימן מ"ו) וא"כ מאי מגו הוא זה דלכך אומרים פסולים היינו משום דאינם רוצים להפסיד כל כך לבעל השטר דיועיל לו תפיסה בעדים משא"כ מגו דמזויף. וסברא כזה נמצא בכללי מגו. א"ו דגם פסולי עדות היינו לא מהני תפיסה וי"ל בזה:

הנה רבים מקשים על ההוא דשבועות מאי פריך הש"ס על אביי דחשוד מאן אי לימא דחשוד לוה מי יימר דמשתבע דילמא אביי כר"פ ס"ל דאזלינן בתר דאורייתא וא"כ שכנגדו חשוד דנשבע ונוטל הא אינו אלא מדרבנן ומדאורייתא נוטל בלא שבועה לכך חייב קרבן. ונ"ל לתרץ עפי"מ דאמרינן בב"ב (דף נ"ה) הוציא חצי גרוגרות לרשות הרבים

והניחה וחזר והוציא חצי גרוגרות אחר בהעלם אחד חייב בשני העלמות פטור ר' יוסי אומר בהעלם אחד ברשות אחת חייב בשתי רשויות פטור ואמר רבה והוא שיש חיוב חטאת ביניהם אבל כרמלית לא (פרשב"ם אבל כרמלית כגון בקעה שבינתים לא מחלקת להו. דבטל מן התורה להכא ולהכא) אביי אמר אפילו כרמלית אלמא דס"ל לאביי אף דכרמלית אינו אלא מדרבנן ומדאורייתא לא הוי חילוק רשות מ"מ פטור מקרבן כיון דהשתא דתיקנו רבנן דהוי רשות אחר הוי הפסק ופוטר מקרבן אלמא דאזיל דרבנן בקרבן. וע"כ שפיר פריך לשיטתו דאזיל בתר דרבנן בקרבן דה"נ פטור מקרבן דשבועות עדות משום דמדרבנן שכנגדו נשבע ונוטל ומי יימר דמשתבע:

ועוי"ל דלפי מש"כ הרשב"א הנ"ל דלכך אזיל בתר דאורייתא אף דפסולין מדרבנן משום דמ"מ מהני תפיסה. וא"כ הכא בחשוד דלא מהני תפיסה כמוש"כ הש"ך סי' פ"ז סקכ"ה. לכך לא אזלי' בתר דאורייתא:

והנה הרמב"ם (פי"ח מה' שבת) פסק כרבה דכרמלית לא הוי הפסק. וחייב בקרבן כיון דלא הוי אלא מדרבנן אלמא דס"ל דאזלינן בחר דאורייתא לענין קרבן וקשה דבהלכות שבועות פסק כראב"י דמשחק בקוביא פטור מקרבן כיון דאינו ראוי להעיד מדרבנן. אלמא דאזיל בתר דרבנן וניחא עפי"מ דאמרינן ביומא (דף ע"ד) מודה ר"ל שאסור מדרבנן א"ה לא ניחייב עליו ק"ש כו' וכ"ת כיון דאית לי' היתר מן התורה חייל עליו ק"ש והתנן שבועות העדות אינה נוהגת אלא בראוין להעיד. והוינן בה למעוטי מאי כו' ראב"י אמר למעוטי משחק בקוביא. והא משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו ולא קא חיילא עליו שבועה שאני התם דא"ק אם לא יגיד והאי לאו בר הגדה הוא. וא"כ א"ש אף דלענין שבת אזלינן בתר דאורייתא מ"מ לענין עדות אזלינן בתר דרבנן דאינו ראוי להעיד משא"כ הא שכ' אליבא דאביי ניחא כיון דלענין שבת אזיל בתר דרבנן כ"ש לענין עדות וא"ש:

ונראה דהרמב"ם לשיטתו שפיר הוכיח לחלק בין שבת לעדות מהא דאמרינן בשבועות (דף ל"ז) מכלל דקסבר רבה הכופר בממון שיש עליו עדים פטור כו' ת"ש הי' שני כתי עדים כפרה הראשונה ואח"כ כפרה השני' שתיהן חייבות מפני שיכולה עדות להתקיים בשתיהן בשלמא שני' תחייב דהא כפרה לה כת ראשונה אלא ראשונה אמאי חייב הא קיימא שני' א"ר הבמ"ע כגון שהיתה שני' בשעת כפירת הראשונה קרובין בנשותיהן. ולהרמב"ם יש מי שס"ל דקרובי אישות אינו אלא דרבנן. וא"כ קשה הא הכא אליבא דרבה קיימינן ואיהו הא ס"ל בשבת דאזלינן בתר דאורייתא. וכמוש"כ מהא דב"ב (דף

נ"ו) וה"נ כיון דמדאורייי' כשרים נינהו אמאי חייב ראשונה הא הוי כפירת דברים. א"ו דעדות שאני דלאו בר הגדה הוא וא"ש:

ובזה יתיישב לי היטיב הא דאמרינן בשבועות שם (דף ל"ב) גופא אמר אביי הכל מודים בעד סוטה והכל מודים בעדי סוטה ומחלוקת בעדי סוטה כו' ושם אמר רב פפא הכל מודים בעד שהיא חייב והכל מודים בעד מיתה שהוא פטור. הכל מודים בעד מיתה שהוא פטור דאמר לה לדידה ולא אמר לב"ד. דתנן האשה שאמרה מת בעלי תנשא כו' הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב דלא אמר לדידה ולא אמר לב"ד. וק"ל דאמאי לא קאמר אביי הכל מודים בעד מיתה ג"כ. ולפימש"כ ניחא דהתוס' בשבועות (דף ל"א) ד"ה אהא דאר"פ שם דאזלינן בתר דאורייתא ומשחק בקוביא כיון דמדאורייתא מחזי חזי בר עדות הוא וחייב בשבועות העדות ואע"ג דאמר לקמן הכל מודים בעד מיתה דחייב משום דרבנן אכשרוה ואזלינן בתר דרבנן דבתר תרווייהו אזלינ' לחייבו דהתם כיון דמדרבנן מועיל עדות הרי יש כאן הפסד ממון במה שלא העיד והכא אע"ג דמדרבנן לא מהני עדותו מידי כיון דמדאורייי' מהני מיחייב ע"כ וא"כ ר"פ דאמר הכל מודים בעד מיתה שחייב לשיטתו דס"ל במשחק בקוביא דאזיל בתר דאורייתא שפיר איצטריך לאשמועינן דכאן אזלי' בתר דרבנן כיון דמדרבנן מועיל בעדותו והכל מודים בעדותו שהוא פטיר לא איצטריך לאשמעינן דע"ז שאמר לדידה ונאמנת מת בעלה הרי תנן כמתניתין דנאמנת לומר כן ולא נקט אלא אגב גררא דחייב דלשיטתו הוצרך לאשמעינן דאע"ג דאזיל בתר דאורייתא בכאן אזיל בתר דרבנן אבל אביי לשיטתו דס"ל בב"ב (דף נ"ו) אפילו כרמלית אלמא דאזיל גם לפטורא בתר דרבנן א"כ שוב לא איצטריך לאשמעינן דעד מיתה שהוא חייב דמילתא דפשיטא הוא ולא אשמעינן אלא החלוקים שבסוטה דדבר חדש הוא מתי הכל מודים דפטורים ולהכל חייבים ומתי פליגי וכן בע"א ושכנגדו חשוב אשמעינן דהלכתא כר"א דמחוי"ש ואיל"מ וא"ש ונכון:

ומעתה י"ל בקצרה דהא דפריך על אביי מי יימר דמשתבע אף דהשבועה היא מדרבנן משום דהוכיח דע"כ אזיל בתר דרבנן מדקאמר הכל מודים בעד סוטה ש"מ דס"ל דאזיל בתר דרבנן ולכן שפיר פריך מי יימר דמשתבע. וגם להרמב"ם דס"ל ע"א בעדות אשה מהימן מה"ת מ"מ אביי ס"ל מדרבנן כדקאמר בכתובות (דף כ"ב) הימנוהו רבנן וא"כ לשיטתו ל"ק בעד מיתה ג"כ: אלא דלכאורה קשה לפי"מ דס"ל לרבה בב"ב (דף נ"ו) אבל כרמלית לא ש"מ דס"ל דלא אזלינן בתר דרבנן לענין חטאת עיי"ש וא"כ קשה מהא דאמרינן בשבועות (דף ל"ז) הנ"ל ומשני ה"ג כדרבינא פי' שהי' קרובין בנשותיהן והרי קרובי אישות אינו אלא דרבנן ואמאי חייב ונאמר דרבה ס"ל דחמור אזלינן לחומרא

דבב"ב שם לא אתי' דרבנן ומפיק מחיוב דאורייתא והכא לענין שבועת הפקדון כיון דמדרבנן יש לחייבו דלא מיקרי זה הכופר בממון דיש עליו עדים כיון דהעדים פסולין מיהא מדרבנן והרי דמי למש"כ לענין עדות:

ויש לעיין הא דאמרינן בב"ב שם רבא אמר אפילו פיסלא ומשמע דאזיל בתר דרבנן לענין קרבן לפימש"כ תוס' שם דפיסלא הוי כרמלית ג"כ. מהא דאמרינן בב"מ (דף מ"ת) אמר רבא קרא ומתניתא מסייע לי' לר"ל מתניתא נתנה לבלן מעל ואמר רב דוקא לבלן דלא מחסרא משיכה אבל ספר עד דמשיך תספורת הא כיון דרבא אזיל בתר דרבנן א"כ י"ל גם כר' יוחנן דמעות קונות מיהו השתא כיון דתקנו רבנן דמשיכה קונה אזלא בתר דרבנן ולכך פטור ממעילה עד דמשיך. וי"ל עפי"מ דאמרינן בשבת (דף כ"ב) כל מילי דמר עביד כרב ובפסחים (דף ק') כחומרא דרב הוי עביד כקולי דרב לא הוי עביד מיהו בתוס' ב"ק (דף ע"ט) מבואר דאי יפטר ממעילה הוי קולא. וא"כ כיון דרבה דס"ל דכרמלית לא אזיל בתר דאורייתא א"כ גם רב ס"ל כן וא"כ שפיר דייק מרב דאמר דווקא בלן אבל ספר עד דמשיך דמשיכה קונה דאי מעות קונות מדאורייתא א"כ הי' מועיל בלא משיכה לשיטתי' דאזיל בתר דאורייתא אבל רבא באמת ס"ל כר' יוחנן דמעות קונות מדאורייתא והא דקאמר מסייע הוא דרך לכאורה כמש"כ תוס' שם והוא דלשיטתי' אין ראי' כלל ממתניתא דמשיכה קונה וא"ש ונכון:

אבל קשה לי משבת (דף ח') אמר אביי זרק כוורת לר"ה גבוה יו"ד ואינה רחבה ששה חייב. רחבה ו' פטור רבא אמר אפילו אינה רחבה ו' פטור. מ"ט א"א לקרומיות של קנה שלא יעלו למעלה מעשרה וכתב רש"י בד"ה רחבה ו' וא"ת בדלא גבוה יו"ד נמי רשות לעצמה היא. דהא שמה כרמלית. ההיא לאו מדאורייתא הוי רשות אלא מדרבנן ולא להקל על דברי תורה בא כגון זו שיפטר מחטאת ע"כ. א"כ קשה לאביי דס"ל בב"ב (דף נ"ו) דכרמלית דהוי מדרבנן רשות אזלינן בתר דרבנן להקל לפטור מחטאת. לכן נראה לי לומר דלענין חטאת אזלינן בתר דאורייתא ולא מהני כרמלית דהוא רשות מדרבנן לפטור מקרבן דבר תורה ורק לאפסוקי רשותא דחשוב מיהא מדרבנן חשוב לאפסוקי ולא דאזיל בתר דרבנן כדכתבנו לעיל אלא דמקום חשוב הוא לאפסוקי והראי' דחשוב הוא דהא חזינן דרבנן אחשבוהו למיהוי כרמלית אבל פיסלא לא הוי חשוב דהא חזינן דרבנן לא אחשבוהו ורבא סבר דאפילו פיסלא חשוב לאפסוקי בין שתי רשויות ובשבת (דף ק') ואמר אביי בור בר"ה עמוקה עשרה ורחבה ד' כו' מלאה פירות וזרק לתוכה פטור כו' מ"ט פירות מבטלי מחיצתא. וכתבו תוס' וא"ת היכי ממעטי הני פירות והא אמרי' בפ' חלון (דף ע"ח) דבר הניטל בשבת אינו ממעט. ואפילו אי אמרי' הכא בטבל

שאין ניטל בשבת מ"מ כיון דניטל מן התורה הזורק לתוכה אמאי פטיר ע"כ. ולכאורה הי' אפשר לומר דאביי לשיטתו דס"ל בשבת (דף פ') דאפילו כרמלית דאינו אלא דרבנן מחלק רשות למיפטר מקרבן אלמא דס"ל דאזלינן בתר דרבנן בקרבן וא"כ שפיר פטר הכא בפירות מאחר דאינו ניטל מדרבנן. אבל לפי"מ שנתבאר ליתא להאי תירוצא וכן מוכח מהתוס' דלא תירצו כן דס"ל דגם לאביי אזלינן בתר דאורייתא בקרבן וע"כ הוצרכו לתרץ תירוץ אחר בזה:

ועוד נראה לתרץ עפי"מ דאמרינן בב"ב (דף ק"ס) גט פשוט עדי בב' ומקושר בג' פשוט שכתבו בו עד אחד ומקושר שכתוב בו שנים עדים שניהם פסולין ושם (דף קס"ה) פריך פשוט שכתב בו עד אחד פשיטא אמר אביי לא נצרכא דאפילו עד אחד בכתב וע"א בע"פ אמימר אכשר בע"א בכתב וע"א ע"פ וכו' אלא קשיא מתניתין דשנים במקושר כע"א בפשוט מה התם פסולה דאורייתא אף הכי נמי פסולה דאורייתא וכתב הרא"ש דרב אחא משבחא פי' דאפילו תפס מפקינן מיני' וכן פי' בחי' רבינו גרשום וא"כ אביי דלא משני הכי משמע דס"ל דאין חילוק בין דאורייתא לדרבנן לענין תפיסה וגם מדרבנן ל"מ תפיסה. והרי להרשב"א שם בשבועות שפירש דהא דמהני לר"פ משחק בקוביא פסול דרבנן הוא משום דמהני תפיסה וא"כ לאביי דס"ל דגה בדרבנן ל"מ תפיסה לכן פריך שפיר מי יימר דמשתבע. והא דגט פשוט הנ"ל דקאמר מה התם פסולה דאורייתא ול"מ תפיסה והא עד אחד בכתב מחייב שבועה כמוש"כ הרא"ש שם דע"א בשטר מחייב שבועה ואפי"ה ל"מ תפיסה מוכח כמו שכתבנו לעיל בעד אחד המחייב שבועה וקדם התובע ותפס בעדים דלא מהני תפיסה: המהרי"ט (ח"א סימן צ"ה) כתב וז"ל דאפילו גרמא אין כאן. וגרוע טפי מפורץ גדר בפני בהמת חברו וכופף קומתו של חברו לפני הדליקה דפרק הכונס דהנך פטורים מדיני אדם אבל בדי"ש מיהא חייבין שכוונתם להזיק אבל אלו אין כוונתם להזיק. אלא לתועלת וכ"ת דבנזקי אדם לא חלקת בו בין שוגג למזיד בין מתכוין לשאינו מתכוין. ה"מ במידי דבמזיד חייב מדינא אף בשוגג חייב דאדם מועד לעולם אבל בדבר דאפילו במזיד פטור מדיני אדם לא מחייב לי' בדי"ש אלא למי שכוונתו להזיק כי כל לבבות דורש ד' אבל לא ענש על השוגג כו' הלכך גבי גרמא בנזקין נמי דפטור אבל אסור בשוגג אפילו בדי"ש נמי לא מחייב עכ"ד:

ונראה ראי' לזה מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ל"ג) איתבי' רב המנונא לר' ששת מעשה בפרה שניטלה האם שלה ואכילה ר' טרפון לכלבים ובא מעשה לפני חכמים ביבנה והתירוה כו' אמר ר' טרפון הלכה חמורך טרפון א"ל ר"ע פטור אתה. שכל המומחה לרבים פטור מלשלם. כו' אי אמרת בשלמא טעה בדבר משנה אינו חוזר אלמא קם דינא

היינו דקא מפחיד ר' טרפון ואמר לי' איהו מומחה לב"ד אתה ואתה פטור מלשלם. אלא אי אמרת טעה בדבר משנה חוזר לימא לי' כו' לאו דינא ולא כלום עבדת השתא נמי לאו כלום עבדת וכתבו התוס' דזה כרבנן דלא דייני דינא דגרמי. וקשה מה בכך דלא דייני דינא דגרמי הא גם גרמא בנזקים חייב בדי"ש כמבואר לקמן (סי' ת"כ) וא"כ הי' ר' טרפון מפחיד משום דרצה לצאת יד"ש וקאמר לי' איהו פטור אתה שכל המומחה לרבים פטור מלשלם. כמבואר בב"ק (דף ק') דמומחה לרבים פטור מלצאת יד"ש מדאמר שם ר"ע נמי לאו למיגמר קא בעי ומשני לפנים משורת הדין הוא דעבד. ולא קאמר לצי"ש הוא דעבד מכלל דלצי"ש פטור. [ועמש"כ רמב"ן במלחמות ב"ק (ד' קי"ד) אהא דאבא להחזיר דלפנים משורת הדין הוא ולפנים משורת י"ש עיי"ש. וביאורו עפ"י דמבואר במס' חולין (ד' ק"ל) דמזיק מתנות כהונה פטור משום דהוי ממון שאין לו תובעין וחייב לצי"ש ועוד טעם דילפי' מקרא ואף לצי"ש פטור ומ"מ מדת חסידות איכא וזהו לפנים משוה"ד דלצי"ש היא דין. ומדת חסידות הוא לפנים משוה"ד] א"ו כיון דר' טרפון בשוגג עשה פטר גם מלצאת יד"ש ושפיר פריך השתא נמי לאו כלום עבדת ודו"ק. וכהמהרי"ט הנ"ל מבואר בשיטה ב"ק (דף נ"ו) וז"ל והרבה כיוצא באלו שהיא גרמא ופטור אלא שיש מהם שהוא פטור אף בד"ש. והוא שאין כוונתו כלל להזיק כי הוא יודע כו' ע"כ הרי להדיא דבשוגג פטור אף מלצי"ש ג"כ:

והיכא דנאמר חייב בד"ש והכוונה עונש ביד"ש ולא לצאת יד"ש ג"כ אינו חייב אלא במזיד ולא בשוגג וכמבואר להדיא ברש"י גיטין (דף נ"ג) שכ' אהא דעושה מלאכה בפרת חטאת פטיר מדיני אדם וחייב בד"ש וז"ל וחייב בד"ש פורעניות לשלם לרשעים שנתכוין להפסיד את ישראל עכ"ל משמע דוקא היכא דנתכוין להפסיד אבל לא נתכוין אלא בשוגג פטור. ולפי"מ שיתבאר לקמן דכוונת רש"י בגיטין היינו דאין מוחלין לו מן השמים עד שישלם דומיא כל הני ד' דברים דפ' הכונס. א"כ מבואר להדיא מדברי רש"י אלו דיש חילוק בין שוגג למזיד בדיני שמים וכמהרי"ט הנ"ל. ועיין מש"כ לקמן (בסימן שפ"ה) בזה יעוי"ש:

ראיתי להשעה"מ בהלכות עבדים שהקשה לפי"מ דמבואר בקדושין (דף כ"ד) דמדמה הא דהכהו כנגד עינו להמבעית את חברו פטור מדיני אדם וחייב בד"ש וכיון דמחוייב לצי"ש מהני תפיסה. אמאי איו העבד יוצא בהן לחירות והא העבד תפוס בעצמו. ובאמת כן מבואר להדיא בב"ק (ד' צ"א) דמדמה הא דהכהו למבעית את חברו. ולכאורה הי' נראה דמבעית חברו דחייב בד"ש אינו אלא בעונש שמים ולא לצי"ש וא"א ה"ה בהכהו על עינו. ולכן לא מהני תפיסה:

אך זה אינו. דהא בב"ק (דף נ"ה) אמרינן תניא אמר ר"י ד' דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בד"ש. והרי בשטה שם מבואר דהני ד' דברים דחייב בד"ש היינו לציי"ש בתשלומין והשתא אי ס"ד דמבעית חברו פטור לציי"ש בתשלומין ואינו חייב אלא עונש שמים א"כ מאי פריך ותו ליכא והאיכא המבעית חברו דילמא לא קא חשיב אלא מידי דחייב לציי"ש בתשלומין ולא מידי דחייב בעונש שמים. א"ו דגם מבעית את חברו חייב לציי"ש בתשלומין וה"ה להכהו כנגד עינו:

מיהו לפי"מ שפירש"י בגיטין (דף נ"נ) אהא דעושה מלאכה בפרת חטאת פטור מד"א וחייב בד"ש דהיינו עונש שמים וכמו שהעתקנו לעיל לשונו ואפי"ה פריך בב"ק (דף נ"ו) ותו ליכא והאיכא העושה מלאכה בפרת חטאת פטור מד"א וחייב בד"ש אע"ג דלא דמי להני ד' דברים דחייב לצאת יד"ש בתשלומין. ופירשנו במ"א דס"ל לרש"י דגם בהני ד' דברים חייבין בעונש שמים ולא לציי"ש בתשלומין או דס"ל לרש"י דאע"ג דלא דמי כל כך בדיניהם הני ד' דברים עם העושה מלאכה בפרת חטאת כמו שנתבאר מ"מ הא דמי להדדי קצת דפטור מד"א וחייב בד"ש הי' לו לתנא למיתנינהו ג"כ בהדי ד' דברים וא"כ אין ראי' גם למבעית את חברו די"ל דחייב בעונש שמים ולא לציי"ש וע"כ לא מהני תפיסה. מיהו יותר נראה דגם בהא דהעושה מלאכה בפרת חטאת דחייב בד"ש היינו בהשבה והא דפרש"י בגיטין עונש שמים הוא כמו דאיתא בתוספתא פ"נ דשבועות רי"א ד' אין חייבין לשלם מן הדין. ואין השמים מוחלין להם עד שישלמו לכן פי' עונש לשלם לרשעים שנתכוין להפסיד את ישראל פי' דאין מוחלין להם עד שישלמו כמו בהני ד' דברים וע"כ פריך ותו ליכא והאיכא פרת חטאת:

ועוד תמה השעה"מ שם דלמה לא כתבו הפוסקים בהכהו כנגד עינו דחייב בד"ש אך כ"ז לק"מ דנהי דהגמ' מדמה הכהו כנגד עינו להמבעית את חברו מ"מ בהכהו כנגד עינו אינו חייב לצאת יד"ש דהא יציאת ראשי אברים הוי קנס. ובקנסא הא כ' תוס' בכתובות (דף ל"ג) דאינו חייב לציי"ש דאשר ירשיעון בעינן וכמו שנתבאר מזה לעיל (בסימן א') עיי"ש: יש להסתפק היכא דמן הדין הוא שלו אלא דחייב לציי"ש אי מקרי לכם לענין לולב או לא. ונראה דכיון דעפ"י הדין הוא שלו שפיר מקרי לכם. וראי' לזה לפי"מ דמבואר ברמב"ן (פ"י דב"ק בדף קי"ד) דיאוש ושינוי רשות כיון דבאיסורא אתא לידי' חייב לציי"ש. ופליגי בזה חרי לישנא בב"ק. והלכתא כלישנא קמא דחייב לציי"ש עיי"ש וא"כ גם למ"ד יאוש כדי קני כיון דבאיסורא אתא לידי' חייב לציי"ש ואפי"ה אמרינן בסוכה (דף ל"ו) דלמ"ד יאוש כדי קני שפיר הוי לכם אלא דפסול משום מצוה הבאה בעבירה. וכן לענין יאוש ושינוי רשות ושינוי מעשה. וא"כ כל היכא דחייב לציי"ש כמו לקמן (סי' ע"ה ס"ט) שטוען

איני יודע אם הפקדת אצלי אותו לולב דחייב לצאת יד"ש מ"מ יוצא בזה דגם זה מקרי לכם ודו"ק:

ואין לומר דהרמב"ן לשיטתו שכ' הריב"ש (בסימן שס"ב) משמו דס"ל דלא מהני תפיסה בלצי"ש משא"כ להסוברים דמהני תפיסה בלצי"ש לא יסברו כרמב"ן דחייב לצי"ש ביאוש ושינוי רשות דמנ"ל לעשות מחלוקת בזה. וגם אין לומר דספיקא דדינא שאני מאחר דהלה יכול לתפוס א"כ אין חזקתו ודאי. ואף אם נימא דספד"ד שאני מ"מ במציאת חש"ו דנסתפק השעה"מ (פ"ת מה' לולב) אי הוי לכם ולכאורה למש"כ רדב"ז (ח"א סי' תק"ג) דמהני תפיסה לא הוי לכם אך לפימש"כ שפיר הוי לכם אף דמהני תפיסה כנ"ל בזה: ולכאורה יש לפשוט ספיקת האחרונים ז"ל אם יוצא באתרוג דהוי ספיקא דדינ' מאחר דאידך יכול לתפוס דהא להסוברים דמהני תפיסה בלצי"ש אפי"ה מהני ביאוש ושינוי רשות וכן מבואר ממה שהקשו התוס' בסוכה (דף ל') דל"ל קרא דלכם להוציא את הגזול ת"ל דהוי מצהבב"ע. ואי היכא דחייב לצי"ש לא הוי לכם הא איצטריך קרא לזה דמהב"ע לא הוי. מאחר דעפ"י ב"ד הוא שלו. ולכם לא הוי דחייב לצי"ש. אלא דגם אי חייב לצי"ש הוי לכם: התוס' רי"ד בפ"ג דסוכה כתב אהא דערבה גזולה פסולה אף דהוי פחות מש"פ ומחיל אינש מ"מ מחויב בד"ש ולא הוי לכם. מבואר מדבריו דלא הוי לכם. ובכתובות דף ל"ג) החובל בחבירו הכאה שאין בו שוה פרוטה לוקה משום דאין בו תשלומין בפחות מש"פ דמחיל אינש. ובשיטה מקובצת ב"מ (דף ס"א) מבואר דאיכא מ"ד דבמחויב לצי"ש הוי ניתק לעשה ולכך י"ל דהא דאמרינן ריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים דאף לצאת יד"ש פטור דאי הוי חייב לצי"ש הוי ניתק לעשה ואמאי קאמר שם דלא הוי נל"ע א"ו דגם לצאת יד"ש פטור והשתא להתוס' רי"ד דבפחות מש"פ חייב לצי"ש א"כ שוב הוי ניתק לתשלומין ואין לוקה א"ו דלהך מ"ד בפחות מש"פ מאחר דהוי מחילה אינו מחויב לצי"ש. והא דערבה גזולה פסולה אף דהוי פחות מש"פ י"ל כמוש"כ הע"ש (בסי' ז') דבפירש שאינו מוחל לא הוי מחילה. ועיין מש"כ שם בזה יעוי"ש:

(מבן המחבר לפיענ"ד יש לי לדון טובא בזה. דהא דפחות משו"פ אף דחייב בד"ש להחזיר אבל מ"מ לא חשוב ממון הניתן לתשלומין דאין כאן דין ממון כלל כמו לענין השבה דגזל פחות משו"פ דליכא דין השבה בזה כדמשמע מש"ס בב"ק (דף ק"ה ע"א) ולכך נשאר בחיוב לאו דלא יוסיף ולקי כיון דאף אם ישלם ג"כ לא חשוב תשלומין. אבל בריבית אף דחיובו אינו אלא רק לצי"ש שפיר חשוב ניתק בזה. דמ"מ חיובו הוא על ממון שניתן לתשלומין וד"ל: וביותר נ"ל הא שכתב התוס' רי"ד דבגזל ערבה חייב בד"ש י"ל דזהו דוקא בגזלה. דאף דלא חשוב ממון לתבוע בב"ד אבל מ"מ שפיר י"ל דחייב להשיב

בד"ש גזילת חבירו דבדיינים הוא דאינו יוצא והרמב"ם פסק דאסור גם לגזול אפי' כ"ש דבר תורה. וביותר יש לחלק בין הגזלה בעין תחת ידו כערבה דוקא (וכמו דמחלקינן לענין שאר דברים בסנהדרין (דף ע"ב) לענין מחתרת. וכן הרמב"ם בריש הלכות גזלה לענין מצות השבה ע"ש.) ולכך שפיר כתב בזה התו' רי"ד הנ"ל דחייב בד"ש להשיב הגזלה שת"י. אבל בחובל בחבירו פחות משו"פ דקאי בלאו דלא יוסיף לא שייך זה ואין כאן חיוב בד"ש כלל. וכל חיובו בהכאה דפחות משו"פ הוא בלאו דלא יוסיף כמבואר בש"ס (דף ל"ג) שם. ע"ש. ודו"ק בזה):

ולהתוס' רי"ד הנ"ל מוכח דלא כמוש"כ האחרונים וקצוה"ח (בסימן זה) בגזל הקדש דאין חיובו בב"ד דאין ממשכנין כחייבי חטאות ואשמות להוי חיובו כלציי"ש ולכן לא שייך קלב"מ דבקלב"מ בלא"ה חייב לציי"ש. דא"כ אמאי איצטריך קרא בב"מ (דף נ"ה) ואת אשר חטא מן הקודש ישלם לרבות פחות מש"פ להשבון הא כל חיובו אינו אלא לציי"ש ולציי"ש בכ"מ חייב א"ו אף דאין ממשכנין חיובו עדיף מלציי"ש כמו שביארנו במ"א בזה:

ויש להביא ראי' דבפחות מש"פ פטור מלצאת יד"ש מהא דתנן בב"ק (דף ק"ג) הגוזל את חברו שוה פרוטה ונשבע לו יוליכנו אחריו למדי וכו' מחל לו ע"ז וע"ז חוץ מפחות מש"פ בקרן א"צ לילך אחריו והרי שם בש"ס קאמר מכדי היכא דמשתבע לא סגיא דלא הודה. מאי איריא נשבע אפי' לא נשבע נמי וכתבו התוס' מאחר שהודה מסתמא בא לציי"ש כיון שלא תבעוהו וה"נ צריך להוליכו למדי כי היכי דצריך ליתן מנה לכל אחד ואחד ע"כ ואי בפחות מש"פ חייב לציי"ש אמאי א"צ לילך אחריו ולמה לא פריך גם מזה א"ו דאינו חייב לציי"ש כיון דהוי מחילה:

עוד יש להביא ראי' מהא דאמרינן בסנהדרין (דף נ"ז) בגזל מאי היא וכו' אלא אמר ר"פ לא נצרכה אלא לפחות מש"פ. א"ה עו"ג בישראל אסור בר מחילה הוא. נהי דבתר הכי מחיל לי' צערא בשעתא מי לית לי'. והרי ביארנו (בסי' ל"ב) דכללא הוא דכל היכא דישראל חייב בד"ש בן נח נהרג עיי"ש מה שהוכחתי כן מהמכילתא ומהרמב"ם. והשתא אי ס"ד דישראל בישראל חייב בד"ש א"כ מאי פריך בר מחילה הוא הא מ"מ חייב בד"ש וא"כ עכו"ם בישראל אסור אף דישראל פטור מד"ש ג"כ:

ועיין קצוה"ח (סי' פ"ז) במודה במקצת ואין חיובו אלא לציי"ש דלא הוי הודאה אם לא בקלב"מ דהוי הודאה עיי"ש ויש להביא ראי' לזה מתוס' רי"ד הנ"ל דס"ל דפחות מש"פ חייב לציי"ש וא"כ אי ס"ד דמחויב לציי"ש הוי הודאה א"כ אמאי חנן בב"מ (דף נ"ה) וההודאה בש"פ. גם בפחות מש"פ יהי' הודאה מאחר דחייב לציי"ש א"ו דבחייב לציי"ש לא הוי הודאה וע"כ בפחות מש"פ לא הוי הודאה:

ויש לסייע לשיטת התוס' רי"ד הנ"ל מהא דמבואר בירושלמי (פ"ק דקדושין הלכה א') אם ללמד שאין ב"ד נזקקין לפחות משו"פ וכו' משמע דרק אין ב"ד נזקקין לזה אבל הוא מעצמו צריך לשלם:

ויש להביא ראי' מהא דאר"י בשבועות (דף ל"ח) פרוטה מכולם מצטרפת אלמא דפחות מש"פ פטור. ולפימש"כ הרשב"א הנ"ל דהיכא דמהני תפיסה חייבין בקרבן שבועת העדות. וא"כ בפחות מש"פ חייב לצי"ש ורבים סוברים דבכ"מ דחייב בד"ש מהני תפיסה הבאתים למעלה בדברינו וא"כ שפיר חייב בקרבן אפילו על פחות מש"פ א"ו דמוכח אחת משתי אלה. או דפחות מש"פ פטור מלצי"ש או דלא מהני תפיסה:

נסתפקתי במודר הנאה מחברו ופרע חובו של חבירו במה שלא הי' בו אלא חיוב לצי"ש ותפיסה אי יש לעשות כן או לא. ונראה מהא דאמרינן בכתובות (דף ק"ח) אלא פורע את חובו אמאי הא קא משתרשי כו' הכא במ"ע שלוה ע"מ שלא לפרוע וזהו שלוה ע"מ שלא לתבוע דבכה"ג אם תפס לא מפקינן מיני' כמוש"כ הכס"מ (בפ"ט מהל' שמיטה) אמש"כ הרמב"ם שם דע"מ שלא יתבענו דאם תפס לא מפקינן מיני' אין המדיר פורע חובו של המודר וכן משמע מנדרים (דף ל"ג) דקאמר גזירה שלא לפרוע אטו לפרוע ולא קאמר משום תפיסה משמע דמשום תפיסה שפיר דמי וזה נכון, ועיין בתוס' ב"ק (דף ק"ט) שהקשו איך מותר לפרוע חובו. ותי' שלוה ע"מ שלא לפרוע והוא תמוה שתי' כן מדעתי' דנפשי' ולא הביאו הא דהש"ס הנ"ל. והדר כתבו אטו בשופטני עסקינן שילוה ע"מ שלא לפרוע ותי' דידע שאוהבו לא יניחנו מלפרוע בשביל כך. וזהו דלא כהר"ן בנדרים (דף ל"ג) ע"ש ודוק: רמ"א ועד אחד לא יעיד כו' בספרי פ' מסעי ועד אחד לא יענה בנפש למות עונה הוא בו לזכות. ועד אחד עונה בו בשבועה ועד אחד זה בנה אב כ"מ שנאמר עד הרי הוא כלל שנים עד שיפרוט לך הכתוב אחד ע"כ. ויש לבאר מ"ט לא יליף בספרי מלא יקום עד אחד באיש דכ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים עד שיפרוט לך הכתוב אחד כמו דמבואר בברייתא בסנהדרין (דף ל') וי"ל עפימש"כ תוס' בסוטה (דף ב') בד"ה כ"מ שנאמר אחד הרי כאן שנים וע"א דכתיב גבי וע"א לא יענה מוקי לה בסנהדרין (דף ל"ד) בדרישה מן התלמידים ע"כ ואמרינן בסנהדרין שם וע"א לא יענה בנפש בין לזכות בין לחובה ר"י אומר עונה לזכות ואין עונה לחובה וכו' מ"ט דריב"י אמר קרא עד אחד לא יענה בנפש למות. למות הוא דאין עונה אבל עונה לזכות ורבנן אר"ל משום דמחזי כנוגע בעדותו. ורבנן האי למות מאי דרשי בי' באחד מן התלמידים כדתניא כו' מניין לאחד מן התלמידים שאמר יש לי ללמד עליו חובה מניין שאין שומעין לו ת"ל אחד לא יענה בנפש למות ע"כ. מבואר דהא שכ' התוס' בסוטה דאין ללמוד מע"א לא יענה בנפש.

דסתם עד שנים בכלל. דמוקי באחד מן התלמידים אינו אלא לרבנן אבל לריב"י דלא מיירי בא' מן התלמידים אלא בעד לבד. וא"כ האי אחד אתא לאורויי דכ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים וא"כ הספרי דדריש עונה הוא בו לזכות דהוא כריב"י ולא מיירי באחד מן התלמידים לכך דריש מהאי אחד דכ"מ שנאמר עד סתם הרי כאן שנים. והא דכתיב שנית לא יקום בעד אחד הוא בשביל דיוקא דקם הוא לשבועה או לעדות עגונה כמו שיבואר לקמן:

ומה ועד אחד עונה הוא בו בשבועה פי' בס' התירה והמצוה דקאי על לא יקום עד אחד והוא כדרשת חז"ל בשבועות (דף מ') אבל באמת נראה דדריש מדכתיב למות דמשמע למות הוא דאינו עונה אבל לשבועה עונה. וכן מבואר להדיא בילקוט ועד אחד לא יענה בנפש למות אבל עינה הוא בו לשבועה ואף דלמות מיבעי לי' לעד אחד דעונה לזכות לריב"י ולרבנן לאחד מן התלמידים צ"ל דתרתי ש"מ:

ובזה אזדא ראיית הנוב"י (סי' ל"ג) שכתב אהא דמבואר בילקוט פ' שופטים דר"י דריש לא יקום עד באיש לכל עון לעון אינו קם אבל קם הוא באשה להשיאה דברי ר"י ר' יוסי אומר לעון אינו קם אבל קם הוא לשבועה וכתב ע"ז הנוב"י דר' יהודה ור"י לא פליגי דאי פליגי א"כ ר' יהודא ל"ל דקם הוא לשבועה וזה לא יתכן עיי"ש שהאריך בזה ולהנ"ל שפיר יש לומר דפליגי ור' יהודא יליף דקם הוא לשבועה מלא יענה בנפש למות אבל עונה הוא בו לשבועה וכמוש"כ:

והא דמבואר בילקוט שם בשם ספרי זוטא מכה נפש לפי עדים. מניין אף הגולה לפי עדים ת"ל מכה לפי עדים ודיני גלות ומלקות מניין ת"ל כל מכה נפש לפי עדים עד שהוא כשר להעיד מניין אף שאינו כשר להעיד ת"ל עד ועד שאמר עד ועד לרבות בעל דין. והוא תמוה ואין לו ביאור והא דבתחילה אמר אף הגולה לפי עדים והדר קאמר דבעינן שנים עדים ועד אחד לא מהני מניין דגם בגלות ומלקות כן. [וצ"ל דגלות ט"ס הוא וצ"ל מלקות לבד] וע"ז מרבה מכל מכה בחובל בחברו שאין בו שוה פרוטה דלוקה כמבואר בכתובות (דף ל"ב) ג"כ בעינן שני עדים וע"א לא מהני ומיני' לכל מלקות שבתורה. והא דקאמר ומנין אף שאינו כשר ובעד"י הוא לפי"מ דמבואר (בסי' ל"ג) דקרובי נרצח והנרצח יכולין להעיד וגם במלקות כן ואח"ז מצאתי שסוף הספרי פי' בזית רענן כן. עיי"ש:

אלא בדבר ממון שמביא אחד לידי שבועה. וכ' ביאור הגר"א ז"ל אבל בלא"ה אף בדבר ממון אסור. בספרי פ' שופטים לא יקום ע"א באיש אין לי אלא בד"נ בד"מ מנין ת"ל לכל עון לקרבנות מנין ת"ל לכל חטאת. למכות מנין כו' ריי"א לעון אינו קם אבל קם הוא לשבועה. וא"כ גם בד"מ אינו מעיד משום לא יקום עד אחד אם אין תועלת

בעדותו ולהסמ"ג בשם ס' יראים הביאו הפר"ד בדרך מצותיך לא יקום קאי אמי שמעיד ולהרמב"ם (מצוה רפ"ח ופ"ה מה' עדות) קאי על ב"ד ולפי"ז היכא דגם אם יעיד העד לא יתחייב ממון לא יעיד עד אחד והב"ד לא יקבלו עדותו ג"כ ולא יעיד כלל. וה"ה בב' עדים היכא דאין תועלת בעדותן כגון שיעידו שפלוני אמר ליתן מנה ולא קנו מידו וכדומה לא יעידו:

אי עד מפי עד מהני באיסורים כ' הכנה"ג בהגהת ב"י (קנג) אפילו באיסורים עד מפי עד לא מהני רבינו המחבר ז"ל בתשו' בכת"י. ועיין בנימין זאב (סי' פ"ב) ע"כ וכ"כ בשו"ת פ"י חיו"ד (סי' י"ד) שכ' לתרץ אמאי נאמן ע"א בבכור הא הוי איתחזק איסורא. ותי' דבבכור הקילו דהרי הקילו גם עד מפי עד. משא"כ בשאר איסורים. הרי להדיא דס"ל דעד מפ"ע אינו נאמן בשאר איסורים. ולכאורה הי' ק"ל על הכנה"ג מהא דמבואר בבכורות (דף ל"ו) דאם אשה נאמנת גם עד מפ"ע נאמן. וא"כ באיסורים דנשים נאמנות גם עד מפ"ע יהי' נאמן. אך לפמש"כ הפ"י דבבכור הקילו. דוקא בבכור אמרינן הכי משא"כ בעלמא אין זה כללא דאפילו במקום דנשים נאמנין אפי"ה עד מפ"ע פסול וכיוצא בזה כ' הח"ש דלאו כללא הוא ורק בבכור דקנסא אמרינן כן. וא"כ א"ש דעת הכנה"ג בזה. וגם הראנ"ח כ' דהכלל דכ"מ דאשה פסולה אין עמפ"ע נאמן אבל יש דאשה נאמנת ואין עד מפי עד נאמן. אך בפהב"י חי"ד (סי' קכ"ז) כ' דעמפ"ע נאמן והוכיח כן מיבמות (דף פ"ז) ולא הביא כלל הא דכנה"ג דס"ל דאין נאמן ויתבאר במק"א בזה. וכן פשיטא לי' להח"ד (סי' צ"ח) דעמפ"ע נאמן בשאר איסורין דלא בעי הגדה בב"ד עיי"ש,. ומה שהביא בפהב"י ראי' מהא דתשובת הרשב"א (סי' ת"ל) דאפילו עבד ושפחה נאמנין א"כ כ"ש עד מפ"ע. אין זה ראי' דהלא בשבוי' עבד ושפחה נאמנים ואפי"ה מבואר באהע"ז (סי' ז') דעד מפי עד אינו נאמן עיי"ש:

ובזה סתירה גם להפ"מ (פ"ו דסוטה ה"א) מה הן קיימין (פי' הא דישאו ויתנו מוזרות בלבנה במאי אירי) וכו' ואין בהם דשמע וידע ממאן שמע כעד מפ"ע הוא וכתב הפ"מ ועדות מעליא הוא בסוטה דהא קי"ל כ"מ דע"א או עבד ושפחה נאמנים עד מפ"ע נאמן ופשיטא דתצא ע"כ. ואין זה נכון בשבוי' עבד ושפחה נאמנין ועד מפ"ע לא מהני. אלא דהק' הירושלמי דאמאי לא תני בפי' עד מפ"ע מ"ש דתני משישאו ויתנו וכו' ויותר הו"ל למיתני עד מפ"ע כדתני ביבמות מזה וזה נכון וברור:

ויש ראי' להכנה"ג ממש"כ הד"מ באהע"ז (סי' נ"ז) אי עד מפ"ע מהני בשבוי' תליא בפלוגתא דרבוותא אי מסלפ"ת נאמן בשבוי' דאי מסל"ת דעכו"ם מהני גם עד מפ"ע מהני. ואי מסל"ת לא מהני גם עמפ"ע לא מהני. והשתא הרי באיסור דאורייתא אין עכו"ם

מסל"ת נאמן אלא באיסור דרבנן כמבואר בב"ק (דף קי"ד). וביו"ד (סי' קל"ז) יש סוברים דגם בדרבנן אינו נאמן אלא בעדות נשים בלבד. וא"כ גם עד מפ"ע לא מהני בדאורייתא לכו"ע ובדרבנן ל"א כן. אמנם לפימש"כ הב"ש שם בשם מהרש"ק דאפי' הרא"ש דמחייב במסל"ת מיקל בעד מפ"ע אין ראי' אבל כבר סיים הב"ש דאין דבריו מבוארים כ"כ. ומעתה לפ"מ דמבואר בש"ך (סי' קל"ז) דבאיסור דרבנן דלא איתחזק איסורא עכו"ם מסל"ת נאמן. אלמא דדמי לעדות נשים א"כ ה"ה עד מפ"ע נאמן להד"מ הנ"ל. וגם הב"י שכ' הכנה"ג דס"ל דלא מהימן עד מפ"ע באיסורים יודה בזה:

ולפי"מ דמשמע מהריטב"א בפ"ב דכתובות (דף כ"ד) דמפיהם ולא מפי כתבם איתא גם בשאר דברים. ולא מהני אלא במקום דמסל"ת מהני עיי"ש. וא"כ לפי"מ דמבואר בירושלמי סוף יבמות דעד מפ"ע מהני במקום דמהני מפי כתבם. וכיון דמפי כתבם מהני במקום דמסל"ת מהימן א"כ ה"ה דעד מפ"ע מהני במקום דמסל"ת מהימן. וא"כ מאחר דבאיסור דרבנן דלא איתחזק איסורא מסל"ת מהימן. ה"ה דעד אחד מפי עד מהימן. אמנם מה דמשמע מהריטב"א דבאיסור דאורייתא לא מהני מפי כתבם יתבאר במ"א:

ולכאורה יש ראי' דעד מפ"ע נאמן באיסורין מהא דאמרינן בגיטין (דף ה') איתמר בפני כמה נותנו לה ר"י ור"ח חד אמר בפני שנים ות"א בפני שלשה. כו' לימא בהא קמיפלגי דמ"ד בפני שנים קסבר לפי שאין בקיאין לשמה ומ"ד בפני ג' סבר לפי שאינו מצויין לקיימו ופירש"י וכיון דלקיומו הוא בעינן תלתא והדי הא דבקיום בעי ג' הוא משום דבפני שנים הוי כעד מפ"ע כמוש"כ התוס' בב"ב (דף מ') ועוד דוכתי טובא ומדסגי בפני שנים למ"ד לפי שאין בקיאין לשמה ש"מ דעד מפ"ע נאמן באיסורין. אך זה אינו דכבר הוכחתי מלקמן (דף כ"ט) דשליח הגט לא מהני עד מפ"ע מדשליח שחלה עושה שליח בב"ד דוקא ולא בעצמו. והא דלא הקילו פסיל או קרוב אלא בשליח לבד. אבל במקום שיש תקנה בב"ד לא הקילו. וכן אחר שאינו שליח לא מהימן. והכא ה"ט כמוש"כ רש"י ז"ל שם לפי שאין בקיאין הלכך בתרי סהדי סגי. דלהוי סהדי. דאמר השליח בפני נכתב וכו' ע"כ והוא דתקנת חז"ל לא היתה אלא מחשש דאין בקיאין ומאחר דנתברר דנכתב בפני השליח כשר הגט. ובאמת הפ"י שם כתב דהוא כאיסורין ואפילו קרוב או פסול נאמן ומשו"ה מהני עד מפ"ע עיי"ש וזה אינו כמוש"כ. אבל זה מבואר דס"ל בפשיטות דבאיסורין מהני עמפ"ע:

ולהכנה"ג דעד מפ"ע לא מהני באיסורים א"כ לא מהני גם בכתב דהוי מפי כתבם כמבואר בירושלמי פרק בתרא דיבמות עפ"י עדים לא עפ"י כתבן. ולא עד מפ"ע וא"כ איך מצינו דהלא מעשים בכל יום דסמכינן באיסורין בכתב מעד אחד. לכן העיקר כהסוברים דעד

מפ"ע נאמן באיסורין ומש"ל דאין זה כללא דבמקום דאשה מהימנא עד מפ"ע כשר יש ראי' ג"כ מהא דגיטין (דף כ"ז) שליח שחלה דעושה שליח בב"ד ואין עושה בעצמו משום דלא יכול לומר בפני נכתב ונימא הלה אמר לי שבפניו נכתב. א"ו דעד מפ"ע ל"מ אף דאשה מהימנא:

הנוב"י באהע"ז (שאלה נ"ד) כ' דהיכא דרגלים לדבר יש להאמין ע"א אפי' בדבר שבערוה ואפי' איתחזק איסורא שהרי עיקר הלימוד דאין דבר שבערוה פחות משנים ילפינ' דבר דבר מדכתיב כי מצא בה ערות דבר והרי בערות דבר גופי' היכי דרגלים לדבר ע"א מהימן. שהרי סוטה שקינה לה ונסתרה שוב נאמן ע"א על הטומאה מטעם שרגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה והרי שם בחזקת היתר עומדת ונאמן לאסור ק"ו שנאמן להתיר ומהנוב"י הנ"ל יש להוכיח דגם להוציא ממון אי איכא רגל"ד ע"א מהימן דהרי הא דבעינן ב' יליף מממון כמבואר בסוטה (דף ב) מגז"ש דדבר דבר. ולא משמע כן מהא דאמרינן בקידושין (דף ס"ו) איבעיא להו אשתו זינתה בעד אחד ושותק מהו אמר אביי נאמן. רבא אמר אינו נאמן. וכתבו התוס' הא דשתיקה מהימן טעמא לאו משום דשתיקה כהודאה דמיא אלא משום דאיכא רגלים לדבר מהימנינן לי' וכיון שאין האיסור מכח עדות הבעל אלא מכח עדות העד לא מהימנינן לי' דע"א אינו נאמן בדבר שבערוה עכ"ל. הרי בעד אחד ושותק דהשתיקה רגל"ד ס"ל לרבא דלא מהימן. ומצאתי להדיא ברבינו ירוחם (חלק או"ח נתיב כ"ג ח"א) שכ' וז"ל עד אחד נאמן לומר אמו נשבית אם הוא כהן לשווי' חלל והוא ששותק ואין מי שיכחישנו ודוקא פשוט רגלים לדבר כגון שהי' בשעת מלחמה אבל אם מכחישין אותו אינו נאמן מההיא דינאי מלכא ע"כ [והתוס' ס"ל דהשתיקה הוא כשאומר אתה ידעת וכ"ה ביו"ד סי' קכ"ז דלכך הוי רגלים לדבר עיי"ש] הרי דלא מהימן ע"א ושותק כרבא אלא בשיש רגלים לדבר ואפי"ה כשמכחיש אינו נאמן אלמא דלא ילפינן מסוטה דאי ילפי' מסוטה גם במכחיש הי' נאמן. ואם באנו לחלק דבסוטה איכא רגלים לדבר טפי משאר דברים א"כ גם האומדנא שכ' הנוב"י להאמין הע"א שהקידושין היו על תנאי שלא תפול ליבום יש לומר דלא דמי לסוטה כל כך: אמנם דעת רבינו ירוחם הנ"ל צ"ע דלא נאמר כלל בקדושין משום דרגל"ד אלא מבואר שם (דף ס"ו) בעובדא דינאי או כאביי דלא הי' שם אלא עד אחד ושותק. או כרבא והי' שם שני עדים. ובאמת ראיית הנוב"י מסוטה כתבתי דשאני סוטה דבסתירה איתרע חזקתה כמוש"כ תוס' ברישׁ נדה (דף ב') וע"כ עד אחד מהימן משא"כ היכא דלא איתרע החזקה כמו בעובדא דידי' וכזה שכ' התוס' בקדושין (דף ס"ו) דאפילו איכא רגל"ד מ"מ לא איתרע החזקה. וע"כ שפיר י"ל דאינו נאמן וזה ברור וא"כ רגל"ד לא מרע החזקה דשאני

סוטה דעשתה איסור שנסתרה ואיתרע חזקתה טובא. וא"כ מ"ש דרגל"ד מרע החזקה בנ"ד ביארנו דאינו מרע החזקה כ"כ. ושוב מצאתי להדיא ברבינו ירוחם שם בנתיב הנ"ל ח"ב. וז"ל א"ל עד אחד אשתך זינתה ושתק אין הע"א נאמן ופי' אפילו ראה רגל"ד כדברי העד. דאין אשה נאסרת על בעלה בע"א אלא ע"י קינוי וסתירה או בב' עדים ע"כ הרי להדיא דעד אחד בדבר שבערוה אפי' בדאיכא רגל"ד לא מהימן וא"כ ה"ה דלא מהימן בממון. ועיין תשב"ץ (ח"א סי' ע"ז) ולענין ממון ודאי לא מהני דהא דנאמן להפסידה כתובתה כפרש"י בסוטה (וכ"ה בטוש"ע סי' קע"ח) הוא כמבואר בירושלמי (פ"ו דסוטה הלכה ב') או כר"ח שם ה"ד משא"כ ר"ט ור"ח בר אחוה ס"ל דגם שם אינו נאמן וא"כ בשאר רגל"ד ודאי דלא מהני:

והא דרבא קאמר בשבועות (דף ל"ב) הכל מודים בע"א באיכא רגל"ד דבזה אין שייך נאמנות ע"א דאין הנאמנות מצד עצמו וגם מדקאמר שם הכל מודים בעד סוטה ה"ז כל רגל"ד בכלל זה ג"כ. גם י"ל דאין ראי' מסוטה דנאמן להפסיד כתובתה דהתם משום מנו הוא מאחר דמהימן לאסור נאמן להפסיד כתובה:

עוד יצא הנוב"י לדון בדבר החדש דבדרבנן אי איכא רגלים לדבר עכו"ם מהימן אף באינו מסל"ת. עיי"ש אלא שלא החליט שם למעשה עיי"ש. ואנכי הבאתי ראיה דלא מהני מהא דאמרינן בב"ק (דף ק"ד) נאמנת אשה או קטן לומר מכאן יצא נחיל זה של דבורים. ופריך אשה וקטן בני עדות נינהו אר"י א"ש הכא במ"ע כגון שהי' בעלים מרדפין אחריהם. ואשה וקטן אומר מכאן יצא נחיל זה. ופי' רש"י מרדפין אחריהם קודם דיבור הקטן דרגל"ד הוא ע"כ והרי מסיק שם הש"ס דהא דמהמני מסל"ת הוא משום דדרבנן הוא דומיא דעדות אשה ותרומה דרבנן. וא"כ מבואר דאפילו ברגל"ד לא מהימני אלא במסיחים לפי תומם. וכמוש"כ הטור בשו"ע (סי' ש"ע) ובב"י שם וא"כ מכ"ש דעכו"ם לא מהימן אלא במסל"ת אף דאיכא רגל"ד. ואף דזה גופא צריך ביאור למה הוצרך כאן מרדפין הא בכ"מ מסל"ת בדרבנן מהימן. וכבר כ' במ"א עפ"י דעת תוס' בחולין (דף קט"ו) דתרנגולין שמרדו בבעליהן כל הקודם בהן זכה וכשמרדפין אינן הפקר. ושוב מצאתי ברשב"ם שכתב בפשיטות דבמה שמרדפין אינן מתייאשין אבל עכ"פ איכא רגלים לדבר ואפילו הכי לא מהימן אלא במסל"ת בלבד:

ואסור לאדם להעיד בדבר שאינו יודע אעפ"י שאמר לו אדם שיודע בו שאינו משקר. הנה בשבועות (דף ל"א) מבואר דאיסורא הוא משום לא תענה ברעך עד שקר ובביאורי על התורה ביארתי בזה הא שתמה הרמב"ן בס' האמונה והבטחון ומי שאינו רע יעיד עליו שקר ולמה כתיב ברעך. וביארתי דהכוונה הוא עפי"מ דמבואר כאן דגם אם שמע

מאדם שיודע בו שאינו משקר אסור להעיד וכבר כתב מהרי"א (בישעי' סי' נ"ה) שזכרו המדקדקים שהבי"ת בראש התיבה משמש במקום בעבור ופי' שם הא שאמר דרשו ד' בהמצאו קראוהו בהיותו קרוב בעבור שיהי' נמצא ושיהיה קרוב וזהו לא תענה ברעך בעד רעך שידעת בו שאינו משקר ג"כ לא תעיד:

ולא תעיד רק שיפחד בעל דינו. כתב הסמ"ע וזה אסור משום מדבר שקר תרחק. והוא מברייתא פ"ד דשבועות. והרמב"ם סוף הלכות טוען ונטען העתיק כל הברייתא דשם. וכתב ועל דברים אלו וכיוצא בהן הזהיר הכתוב ואמר מדבר שקר תרחק. והנה בשבועות שם. אחר כל אופני שקר דקחשיב התם אמר עוד מנין לבע"ד שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבוא בעל דין חבירו ת"ל מדבר שקר תרחק. רב כהנא מתני מלא תשא לא תשיא. ופרש"י שמע שוא שהמטעים דבריו שלא בפני בעל דינו אינו בוש מליטען שקר. ומשמע דאכל הנך דלעיל לא קאי הא דרב כהנא. ובאמת הי' נראה דאכל הנך דלעיל נמי שייך לא תשיא שלא יטעון שקר. וכן מבואר בתוספתא דשבועות (פ"ה) הי' טוענו מנה ולא הי' חייב לו אלא חמשים לא יאמר הריני כופר בב"ד וכשנצא לחוץ הריני מודה לו שלא אזקק לשבועה. ת"ל לא תשא שמע שוא. אל תשמע לדיין דבר שהוא של שוא. הרי להדיא דהא דרב כהנא שייך אהא דלעיל ג"כ:

[ובזה ניחא דלא יפלוג אמורא אברייתא דלעיל ואף שהפ"י בשבת (דף ע') כת' דבמידי דאין נפ"מ לדינא רק בדרשא יכול אמורא לחלוק על תנא מ"מ התוס' שם לא ס"ל כן ובמ"א בכללים שלי ביארתי דהנכון אתם]. וגם י"ל דגם רש"י מודה בזה אלא דכתב לבאר איך שייך אטוען שלא בפני בע"ד חבירו לא תשא והרמב"ם שלא כתב אלא משום מדבר שקר היינו משום דס"ל דברייתא ראשונה עיקר. ואף דבסנהדרין מייתי הא דרב כהנא אמטעים לדיין קודם שיביא בעד"י חברו מ"מ י"ל דכאן בשבועות אכולהו קאי הא דרב כהנא וכמוש"כ:

סעיף ג':

רמ"א שיכול לומר אמת העדתי. וכתבו האחרונים דזה דוקא אם הי' העד כשר דיכול לומר דגם בדיני ישראל מי יימר דמשתבע. משא"כ קרוב או פסול דבד"י לא הי' מחייב שבועה אינו נאמן לומר אמת העדתי דאטו אם יקח ראובן חפץ של שמעין ויחן לאחר ודאי דאינו נאמן לומר אני יודע שהוא שלו ושפיר נתתי לו. וכדבריהם משמע מהא דמבואר בסי' ס"ו באם מכר שט"ח של נכרי ומחלו צריך לשלם אף הרבית שעלה עליו. אבל אם נודע שפרוע הוא אע"ג דהוא היה יכול לחזור ולגבות מן הע"כ פטור. הרי דכתבו להדיא דוקא אם נודע שפרעו. אבל אם אומר ידעתי שפרעו לא מהימן:

אם יש לברר ששקר העיד כתב הסמ"ע בישראל לישראל לא שייך זה דבדיני ישראל אין מוציאין ממון עפ"י ע"א ובב' עדים אין שייך בירור דתרי כמאה. ואינו מספיק דהא אפשר בעדי הזמה:

סעיף ה':

ת"ח שיודע עדות לישראל ותבעו שיעיד לפני ב"ד קטן ממנו אם הוא עדות ממון אינו מחויב להעיד. והוא מהא דמבואר בר"פ שבועות העדות ארבב"ח האי צורבא מרבנן דידע סהדותא ובעי למיזל לבי דינא דזוטר מיני' לא ליזיל כו' וה"מ בממונא והרמב"ם (פ"א מה' עדות ה"ב) כ' וז"ל היה העד חכם גדול והי' בב"ד פחות ממנו בחכמה הואיל ואין כבודו שילך לפניהם עשה של כבוד תורה עדיף ויש לו להמנע ממנו ע"כ. ולולא דברי הרמב"ם הייתי אומר דלכך לא בעי למיזל. לא משום דעשה דכבוד תורה עדיף. אלא משום דעשה דכבוד תורה דהוא מאת ד' אלקיך תירא. כמוש"כ רש"י ז"ל בשבועות (דף ל') נוהג בכל אבל חיובא דעדות דאינו אלא עשה מואם לא יגיד ונשא עונו כמוש"כ הרמב"ם (פ"א מהלכות עדות ה"א) וכ"ה בחינוך מצוה קצ"ב ובסמ"ג עשין קע"ח הוא עשה שאינו שוה בכל דאינו נוהג בנשים ובקרובים ובפסולים ועשה השוה בכל דוחה לעשה שאשב"כ. וצ"ע למה באמת הוצרך הרמב"ם לפרש כן. והא דאמרינן בשבועות (דף ל') רב יימר ידע סהדותא למר זוטרא אתא לקמי' דאמימר אותבינהו לכולהו כו' א"ל האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף. ושם א"א לומר משום דעשה דכבוד תורה שוה בכל. ועשה דועמדו אינו שוה בכל. דאינו נוהג בפסולי עדות. דועמדו נוהג מיהא שהם בעלי דינין. והוצרך לומר משים דעשה דכבוד תורה עדיף. והרמב"ם דנקט משים דעשה דכבוד תורה עדיף יצא לו כן מהא דמייתי בשבועות שם מצא שק אי קופה דכבוד הבריות דוחה להשבת אבידה. והא דל"ק באמת משום דאינו שוה בכל. משום דהאיסור שיבוא ע"י מניעת עדותו הוא שוה בכל ולכן קאמר דאינו צריך להעיד משום דאינו מצווה להעיד לבזות כבודו בממון דאתיהיב למחילה:

ומלשון אינו חייב לילך לבד משמע דאם רוצה למחול על כבודו ולילך הרשות בידו. ואף שכ' הריב"ש בתשובה (סי' ר"כ) בשם הראב"ד דאע"ג דהרב שמחל על כבידו כבודו מחיל היינו דורא במידי דלית בי' בזיון אבל על בזיונו אינו יכול למחול אדרבא אסור למחול דהתורה מתבזה בכך. מ"מ בהאי זילותא למיזל קמי דינא דזוטר מיני' דלא הוי בזיון כ"כ ניתן למחול ועיין ירושלמי פרק ראוהו ב"ד דמשמע נמי כן דאיתא התם ר"ה הוי ידע סהדי לחד כר נש אזיל בעי מידן קומי' וכפר בי' א"ר שמ אל בשם רב יצחק בגין דאת ידע דר"ה בר נש רבא את כפר בי' מה אילו בעי מיזל ומסהד עלך קומי' ב"ד חורן

[ופי הק"ע בשביל שאתה יודע דר"ה אדם גדול ואין כבודו לילך ולהעיד אתה כפר בי'] א"ל ועבדן כן [פי' אי רשאי למחול לילך ולהעיד] א"ל אין ושרא ר"ה גרמי' מן ההוא דינא ואזל ואסהד עלי' ב"ד חורן. הרי להדיא דמצי למחול על כבידו ולהעיד. ואף דפי' שם פי' אחר דשאל אי מצי להעיד כיון דכבר פתח לדון אותו מ"מ מה איסור יש בדבר אם פתח לדון. ועוד דגם לפי"ז מצינו דר"ה הלך להעיד לפני ב"ד אחר ובודאי דר"ה גדול מהם הי' ומבואר דיכול למחול על כבודו. והירושלמי הזה הובא בהג"ה אשר"י פ"ק דגיטין:

אמנם לאחר העיון נראה כי זה תליא במחלוקת רבוותא המבואר לקמן (בסי' רס"ג) במצא שק או קופה דאינו מחויב ליטול די"א דאם רוצה יכול למחול. ודעת הרא"ש וסייעתו דאינו רשאי למחול עיי"ש ולכן המחבר לטעמי' שכתב לקמן כדעת הי"א דיכול למחול כתב כאן אינו חייב לילך ולהעיד אבל אם רצה יכול למחול ולילך ולהעיד דהג"מ בשבועות (דף ל') מדמה להדדי מצא שק או קופה לעדות. וכמוש"כ התוס' שם דתרווייהו הוי בזיון קטן: שוב ראיתי כי כבר חקרו בזה ודעת כנה"ג דיכול למחול, והתורת חיים בשבועות שם כתב דבזה לכו"ע יכול למחול ולא דמי להא דסי' רס"ג דשם אפשר לוותר ממונו משא"כ גבי עדות לא שייך זה עיי"ש. והוא תמוה דהא לקמן (סי' רע"ב ס"ג) מבואר דהרא"ש ס"ל גם בפריקה וטעינה א"י למחול אף דשם לא שייך שיוותר ממונו דהא איכא צעב"ח ג"כ וכמו שמבואר בסמ"ע שם כן. ולכן מחוורתא כדכתיבנא דגם כאן מחלוקת רבוותא כמו בסי' רס"ג ומאן דס"ל התם דא"י למחול ס"ל גם כאן כן. אמנם בריטב"א רפ"ג דשבועות כתב וז"ל פי' לישנא דלא ליזיל משמע שאפילו רצה אין לו לילך ואין לו למחול כבודו בכך לבזות תורתו ואע"ג דאיכא פסידא דהא ידעו לי' בסהדותא דהא מתניתא דמצא שק או קופה פסידא דאבידה איכא ואפי"ה פטור מאותה מצוה משום כבודו. ואע"ג דהתם אם רצה להשיב משיב שאני החם דאיכא כמה ת"ח שעושים כן בשלהם אבל להתבזות לפני דינא דזוטר מיני' לא ע"כ וכן עיקר. וכ"ה בהנ"י רפ"ד דשבועות וז"ל וכי אמרינן הכא דקמי' דינא דזוטר מיני' לא ליזיל לא תימא אי בעית לא ליזיל קאמר אלא דוקא קאמרינן כי היכי דלא ליתזל קמי' ע"ה ע"כ:

וי"ל דא"כ הא דקאמר בשבועות (דף ל"א) דאינה נוהגת אלא בראוין להעיד לאפוקי מלך משום דאינו רשאי למחול על כבודו ולהעיד. דאמאי לא קאמר צורבא מרבנן דשכיח יותר וי"ל כיון דבבי דינא דלאו זוטר מיני' מצי לאסהודי לא פסיקא וכיוצא בזה כ' הריטב"א שם דלכך לא קאמר כ"ג משום דמעיד לבן מלך וכן לא פסיקא לי' מילתא בזה. מיהו בתוס' זבחים (דף ט"ז) בד"ה מיושב מבואר דאי רוצה יכול לילך לב"ד דזוטר מיני' דכ' שם וז"ל מיושב ת"ח א"כ הא דאמרינן שבועות (דף ל') דת"ח לא ליזיל אסהודי קמי'

דזוטר מיני' לאו מפום דצריך לעמוד אלא משום זילותא דהא אי אזיל לאסהודי מנפשי' מעיד מיושב ע"כ ואי אינו במציאות דלא מצי ליזיל ולאסהודי לא הוי נקטי כזה. אלא ש"מ דפשיטא להו דמצי לאסהודי, ומיהו לתי' השני שכ' דהא דיושב ת"ח מיירי באיסור י"ל דבממון א"י למחול והדרינן למש"כ תחילה דמחלוקת קדמאי בדבר הזה:

במס' ברכות (דף י"ט) אר"י אמר רב המוציא כלאים בבגדו פושטו ואפילו בשוק כו'. והתעלמת כו' שאני החם דכתיב והתעלמת וליגמר מיני' איסורא מממונא לא ילפינן. ת"ש ולאחותו מה ת"ל הרי שהי' הולך לשחוט את פסחו ולמול את בנו ושמע שמת לו מת. יכול יחזור ויטמא אמרת לא יטמא יכול כשם שאינו מטמא להם כך אינו מטמא למת מצוה ת"ל ולאחותו לאחותו הוא דאינו מטמא אבל מטמא הוא למ"מ. שאני התם דכתיב ולאחותו וליגמר מיני' שוא"ת שאני. והרמב"ם בסוף הלכות כלאים כתב הרואה כלאים קופץ וכו' שאין כבוד הבריות דוחה ל"ת שבתורה ולמה נדחית בהשבת אבידה שהוא של ממון ולמה נדחית בט"מ משום שפרט הכתוב ולאחותו ע"כ. והא דנילף מיני' ומשני שוא"ת שאני השמיט הרמב"ם ולא כתב כלל. כבר עמדו המפרשים בזה עיי"ש בדבריהם:

והאו"ת תירץ בסימן זה. דהקו' מפסח. ולזה איכא למימר דמה לפסח שכן יש לו תשלומין. וע"כ דפריך מפסח שני. והסוגיא קאי למ"ד פסח שני נשים חייבות והוי עשה השוה בכל אבל הרמב"ם דפסק (בה' פסח) דשני רשות, וא"כ ליכא למילף מפסח דאינו שוה בכל. והוא תמוה. הא להדיא כ' הרמב"ם (בפ"ב מה' פסח ה"ד) אבל עושים חבירה כו' נשים אפי' בפסח שני. וכתב הכס"מ דפסק כר' יוסי בפסחים (דף צ"א) דנשים חייבות בפסח שני. [ואפילו אי נימא דלא כהכס"מ שכ' בפ"ה דלא פסק רשות אלא להא דאינו דו"ש אבל ודאי עושים פסח שני אלא ברשות כפשוטו וכמו שמשמע שם (פ"ה ה"ח) שכ' רצו עושין רצו אין עושין. וכן משמע שם (פ"ז)] ואינו מספיק דהסוגיא קאי התם לרב ורב ס"ל להדיא בפסחים (דף ע"ט) דנשים בשני רשות. ובפסקי הלכות פסח שני בקצרה. פסק כן. דרשות:

ונ"ל דהתוס' בפסחים (דף ס"ח) כתבו וז"ל ותימה לר"י מכשירי פסח מנ"ל לר"א דדחי שבת. דהא גבי מילה מצריך תרי קראי וכי תימא דגמרינן מסוכה ולולב ומצה ושופר ועומר ושתי הלחם דמוכח התם דדחי מכשיריהם שבת דהא איכא למיפרך דמה להני שכן בשעת דחייתן מיד יכול לקיים מצותן אבל פסח אינו נאכל אלא בלילה ע"כ. והשתא י"ל לפמש"כ התוס' דעיקר הפירכא הוא מפסח דמילה שאני שכן אינו שוה בכל. וא"כ גם מפסח ליכא פירכא דמה לפסח שכן לא הוי בעידנא שבשעת דחייתו למת מצוה

אינו מקיים העשה אלא בלילה אמנם נראה דאי אכילת פסחים לא מעכבא. א"כ בשעת שחיטה מקיים המצוה דפסח ואמרינן בפסחים (דף עח) אמר רב גידל אמר רב אם זרק הורצה והא בעינן אכילה אכילת פסחים לא מעכבא. אלמא דרב ס"ל דאכילת פסחים לא מעכבא. דלא מקיש אוכלין למנויין וע"כ לשיטתו שפיר פריך ולגמר מיניה אבל לדידן דקי"ל דאכילת פסחים מעכבא. ליכא למיפרך דנילף מפסח. דמה לפסח שכן בשעת דחיי' אינו מקיים המצוה אבל בעלמא דבשעת דחיית כבוד הבריות מקיים המצוה אין דוחה כבוד הבריות דבר של תורה וא"ש. ובפסחים (דף ס"ח) נשארו בתימה דאיכא למיפרך מה לפסח שכן אינו אלא בלילה. ושם (דף נ"ט) כ' הר"י עצמו דבפסח דחמיר לא בעינן בעידנא וע"כ דס"ל דלענין למילף פסח מד"א אף דיש בו צד חומרא דכרת מ"מ כיון דיש בו צד קולא שפיר י"ל פירכא וה"נ כן. ולפי"מ דמבואר לקמן (ד' ס"ט) דר"א ס"ל דהזאה אינו דוחה שבת דאכילת פסחים לא מעכבא א"כ בלא"ה אתי שפיר. והרמב"ם לטעמי' (בפ"ו מה' ק"פ ה"ו) שכ' דטמא מת שחל ז' שלו בי"ג בניסן אינו דוחה שבת וידחה לפסח שני משום דעדיין אינו זמן הקרבן שחייבין בו כרת עיי"ש אבל הראב"ד כתב די"ד שחיטת הפסח וזריקתו הם לעונש הכרת עצמו. ולפי מש"כ הכס"מ אין ראי' מזה:

ועוד יש לתרץ דלכאורה מאי פריך ולגמר מלאחותו הרי יש לומר דהוי שני כתובים. והתעלמת דכבוד הבריות דוחה השבת אבידה ומת מצוה דוחה פסח ומילה. ובשלמא מת מצוה מוהתעלמת לא ילפינן דאיסורא מממונא לא ילפינן. אבל ל"ל למיכתב באבידה נילף מולאחותו. בק"ו דאם כבוד הבריות דוחה איסור מכ"ש ממונא. וא"כ הוי שני כתובים ואין מלמדין. וצ"ל דהש"ס קאי אי נימא שני כתובין הבכ"א מלמדין. אבל לפי"מ דקי"ל דאין מלמדין ליתא להאי פירכא דוליגמר מינה ולכך השמיט הרמב"ם זה: אמנם אינו מספיק לפמש"כ התוס' בשבועות (דף ל') דמצא שק או קופה. דילפינן מוהתעלמת הוי בזיון קטן. ומת מצוה דילפינן מולאחותו הוי בזיון גדול וא"כ לא הוי שני כתובים דליכא למילף מולאחותו אלא בזיון גדול ולכך איצטריך והתעלמת לבזיון קטן:

אבל אם יש בו צד אפרושי מאיסורא. דעת הב"י דוקא לאסור אשה לבעלה אבל לא להתיר אשה שנתקדשה. ודעת הסמ"ע דגם בכה"ג מחויב להעיד כיון דיוכל להסתעף מזה איסורא שתקבל קידושין מאחר. והיא סבורה שמקודשת מראשון ואין קדושי שני כלום. ובאו"ת הסכים להבית יוסף. דמשום חששא דמסתעף איסורא אינו מחויב להעיד עיי"ש. וכן נ"ל משום דלא שכיחא שתקבל קידושין מאחר כיון דהיא סבורה דמקודשת. ומשום האי טעמא כתבו התוס' בגיטין (דף י') דלא חששו בקדושין שיחתמו זה בפני

זה עיי"ש. וכיון דחז"ל לא חששו לתקן שיחתמו זה בפני זה משום דהוא מילתא דלא שכיחא גם לת"ת אין לבזות כבודו בשביל מילתא דלא שכיחא וכן נ"ל עיקר: צריכים העדים לכתחלה להעיד מעומד ושם ס"ו צריכים הדיינים לכתחלה להיות יושבים בשעת קבלת העדות. נ"ל דאפילו בדרבנן כגון קיום שטרות נמי כן. וראי' מהא דמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' קמ"ב דהשליח שאומר בפני נכתב ובפני נחתם צריך לעמוד אמנם בהדיינים המקבלין עדות מבואר שם ב' דיעות. דדעת הרמ"ה דא"צ לישב. ודעת הרמב"ם דצריכין לישב ע"ש בזה. ובביאור הגר"א שם ס"ק י"ט כתב סברת הרמ"ה דלא בעי ישיבה הוא כיון שהקילו שאף עד נעשה דיין והעד בעמידה ע"כ. ועיין טו"א ר"ה (דף כ"ה) שכתב באם עד נעשה דיין איך אפשר הא כשמצטרף לשלישי לקבל עדות וצריך להיות מעומד והדיינים בישיבה. לכן חידש דלגבי העדים הוי קבלת עדות גמ"ד וצריכין להעיד מעומד משא"כ לגבי דיינים קבלת עדות הוי כתחלת דין וא"צ להיות בישיבה ולכך יכול להיות בעמידה ע"ש בזה. אמנם בכאן הוי לגבי דיינים ג"כ כגמ"ד מאחר דא"צ לדון אח"כ. ובקיום לבד סגי. ודעת הרמ"ה דבדרבנן א"צ לישב הוא מאחר דגם בדאורייתא אינו לעיכובא כמו דאמרי' כיוצא בב"מ (דף נ"ד) דדמאי לא בעי חומש מאחר דגם בדאורייתא אינו לעיכובא:

סעיף ז':

מאיימין על העדים. הנה בסנהדרין (דף כ"ט) תנן כיצד בודקין את העדים. הי' מכניסין אותם לחדר ומאיימין עליהם ומוציאין כל האדם לחוץ ומשיירין את הגדול שבהן ואומרים לו. אמור האיך אתה יודע שזה חייב לזה כו' ואח"כ מכניסין את השני ובודקין אותו אם נמצאו דבריהן מכוונין נושאין ונותנין בדבר כו' גמרו את הדבר היו מכניסין אותן. ושם (דף ל') והתניא גמרו את הדבר מכניסין את העדים ההיא דלא כר' נתן (ופי' אלא כת"ק דר"נ דס"ל ואין עדותן מתקיימת עד שיעידו כאחד אבל ר"נ ס"ל שומעין דבריו של זה היום וכשיבוא חברו למחר שומעין דבריו) הרי דס"ל לת"ק דר"נ דאף שבאו ביחד לב"ד וחקרו כל אחד בפני עצמו אין מועיל עד שיעידו כאחד לאחר גמר דין ומפרש התם משום דעד אחד כי אתי לשבועה אתי ופרש"י וז"ל עד אחד אינו מחייבו ממון אלא שבועה הלכך כשהעיד זה יחידי וזה יחידי לא שייכא תורת ממון בעדותן ולא מצרפינן להו דהא לאו לחיובא ממונא קאתי עכ"ל. והנה הטו"א בפ"ב דר"ה פי' דאין הכוונה משום דהוי עדות שאאילה"ז דיכול לומר לחיובא שבועה קאתי. אלא הכוונה דכל אחד בפני עצמו אין בו כח לחייבו ממון אף שמחייבו שבועה וכנראה מפרש"י ז"ל עיי"ש בזה:

ויש להביא ראי' לזה דהרי מבואר דקודם שחקרו כל עד אחד בפני עצמו היו מאיימין עליהם וכתב התיו"ט בפ"ד דסנהדרין דמבואר מזה שאמרו אנו יודעים בדבר זה ואח"כ חקרו כל אחד בפני עצמו ואחר שגמרו את הדבר קודם הפס"ד אין עדותן שהעידו מתחילה מתקיימת לפסוק הדין על פיהם עד שיעידו ביחד והרי הכא א"י לומר לחייב שבועה באתי דהרי אחד ידע מחברו שבאו להעיד על דבר זה. וא"כ איך יכול לומר לחייב שבועה באתי ולא ממון הרי ידעו שעל פיהם יוציאו הב"ד ממון וזה עדיף מרמזי שמבואר בב"ק (דף כ"ד) דא"י לומר לחייב פלגא נזקא אתינן. א"ו כמש"כ דאין בכח לכל עד אחד בפני עצמו לחייב ממון אלא שבועה עד שיעידו ביחד. ועוד מפרש שם בגמ' משום דמקיש הגדה לראי'. וס"ל דגם בראיית העדות בעינן שראו כאחד וה"נ בהגדה:

וקשה אמאי לאחר שגמרו הדבר מכניסין להעדים שיעידו ביחד לממון יעידו תומ"י לאחר דרישה וחקירה של שניהם קודם שנושאין ונותנין בדבר ואמאי דוקא לאחר שגמרו הדבר אבל לפי מה שנתבאר א"ש. דכיון דהגדה שני' שיעידו כאחד אינו אלא לממונא והרי קודם שנשאו ונתנו בדבר אינו ברור אם חייב שיעידו על זה. והרי זה בכלל לא יקום עד אחד וה"ה לשנים היכא דאין תועלת בעדותן והב"ד מצווין ע"ז לכן דוקא לאחר שגמרו הדבר הי' מכניסין את העדים דכיון דאפשר בהכי עדיף טפי לעשות כן מאם יעידו קודם שידע אם חייב ממון, וא"כ חזינן דהיכא דהעדות למותר כמו הכא שמא לא יהא חייב. ונמצא דאין תועלת בעדותן לכן לא הניחו להעיד עדותן וא"ש ונכון. [ובמ"א הארכתי לבאר דזה תליא בהא דמבואר בכמה דוכתי אי חיישינן למיחזי כשיקרא ואכמק"ל]:

[והא דסנהדרין (ד' ל"ב) ומסיעין את העדים ממקום למקום פרש"י מחדר לחדר. והרמב"ם פ"א מה' עדות פי' מענין לענין ע"ד שאמרו בברכות מה מקום לתפלה וכו' ונראה ברש"י שפי' כפשוטו הוא עפ"י סוגיא דסוטה (דף ל"ח) ואם אמרה טהורה אני מעלין אותה לשער מזרח ופריך התם קאי דמסקינן ומחתינן לה כדי כו' ומסיעין אח העדים ממקום למקום וא"כ כמו בסוטה ממקום למקום כפשוטו ואהא מייתי הא דמסיעין אח העדים ש"מ דגם זה כפשוטו כנ"ל נכון בזה]:

סעיף ח':

או איש פלוני כשר ונאמן אמר לי שהוא חייב לו לא אמר כלום. הטעם דבכ"מ דכתיב ראי' וידיעה במקרא כתיב גם שמיעה. כמו (שמות ג') ראה ראיתי וכו' ואת צעקתם שמעתי. וגו' כי ידעתי וגו' (ודברים נ"ט) לב לדעת ועינים לראות ואזנים לשמוע. וכהנה רבות וכאן בעדות כתיב ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה והוא ראה או ידע ולא כתיב גם ושמע אלא זכר השמיעה על קול האלה ולא על העדות מבואר מזה כי בעדות לא

מהני שמיעה מפי אחרים אלא ראה או יודע בעצמו. וזה מבואר ברמב"ם (פט"ז מה' עדות ה"א) וז"ל לא יעיד עד שיראה הדבר בעיניו וכו' שנאמר או ראה או ידע עכ"ל והן הן הדברים שכתבנו מדלא כתיב שמיעה ג"כ מבואר שיהא רואה או יודע בעצמו. וראיי' היינו שיראה הדבר בעיניו. ושמיעה היינו כמוש"כ הרמב"ם שם או יודה לו הלוה מפיו ויאמר לו הוי עלי עד שפלוני הלוה לי מנה. אבל מה ששמע מפי עד אחר לא מהני. ומש"כ מהר"י מיג"ש בסי' קנ"ט בהאי דינא דלקמן (סי' פ"א סי"ג) דלא בעינן ראיית העדים ממש אלא סגי אף בטביעות עינא דקלא. ז"א נכנס בגדר שמיעה וגם זה מקרי ידיעה ודו"ק:

ועוד ביארנו בכ"מ בתנ"ך ששם ידיעה נאמר על דבר הודאי שאין בו ספק כמו בוקר ויודע במדבר (ט"ז ה') וזה כשיודע בעצמו בטוב הענין משא"כ כששמע מפי אחר עדיין יש בו ספק ולכן מדכתיב או ידע ממעטינן עד מפי עד דפסול:

סעיף י"א:

העדים ששלחו עדותן בכתב לב"ד. אינו עדות דכתיב עפ"י שנים עדים מפיהם ולא מפי כתבם. הנה הרמב"ם (בפ"ג מה' עדות ה"ד) כ' שאין מקבלין עדות אלא מפי העדים ולא מכת"י. אבל מד"ס שחוחכין ד"מ בעדות בשטר אף שאין העדים קיימין. כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ואין דנין בעדות בשטר בדיני קנסות ואצ"ל במכות ובגלות אלא מפיהן ולא מכת"י עכ"ל. והנה המחברים ביארו טעמו משום דעדות דיני נפשות וקנסות וכן מכות וגלות בעי דרישה וחקירה וזה א"א בכתב. לכן פסול מפי כתב. משא"כ בד"מ דלא בעי דו"ח מד"ס שלא תנעול דלת בפני לוין כמבואר בר"פ אחד ד"מ ורק מדאורייתא לכן כתב דמדאורייתא אין מקבלים בד"מ עדות בכתב אלא מד"ס שלא תנעול דלת בפני לוין:

ועיין בתוס' ריש מכות שהקשו איך מקבלים עדות שהעידו על כהן שהוא בן גרושה וחלוצה וכן במעידין על אחד שהוא חייב גלות הא הוי עדות שאאילה"ז כיון דלא מקיימין בהו כאשר זמם. ותי' שני תירוצים הא' דמקיים במלקות ועוד דלא בעינן עדות שאילה"ז כיון דכאשר זמם לא קאי עלייי'. והרי בפרק אד"מ מבואר דהא דבעי דו"ח הוא משום דבעינן עדות שאתה ילה"ז וכיון דבעדות גלות לא בעינן שאילה"ז א"כ לא בעי דו"ח. וא"כ איך כתב הרמב"ם דגם בעדות גלות פסול עדות מפי כתבם הא בעדות גלות לא בעינן דו"ח וצ"ל דס"ל לרמב"ם כתירוץ הא' דגם בעדי גלות בעינן עדות שאילה"ז אלא דמיקיים בהו כאשר זמם במלקות ג"כ ולפמש"כ הנוב"י דהזמה אינו תלוי בחקירות ואפי' עד בן גרושה וחלוצה דלא בעינן עדות שאילה"ז מ"מ בעי דו"ח א"ש בפשיטות וגם בעדי גלות בעי דו"ח ולכך מפי כתב פסול:

רמ"א וכן נוהגין. מחלוקתם תליא בשני תירוצים שבתוספות כתובות (דף כ') אי בעינן שטר מדעת המתחייב דרש"י ס"ל דבעינן דוקא מדעת המתחייב ושלא מדעת המתחייב אין לו דין שטר וגם עדות לא מהני דהוי מפי כתבם אבל ר"ת ס"ל דלא בעינן דעת המתחייב ומפי כתבם לא הוי אלא באלם שאינו ראוי להעיד ועיין ש"ך (פי' ל"ט) שכ"כ ובב"מ (דף י"ג) אר"א מחלוקת בשאין החייב מודה דר"מ סובר שטר שאין בו אחריות נכסים אינו גובה לא ממשעבדי ולא מבני חרי ופרש"י אם אין הלוה מודה דשטרא דלא שעבד בה נכסים לאו שטרא הוא והוה כמלוה ע"פ שאין לה עדים עכ"ל. ובארחי במ"א דהא רמלוה שאין לה עדים הוא משום כיון דאין לו דין שטר ואין אנו באים מתורת שטר אלא מתורת עדים הוה מפיהם ולא מפי כתבם ולכך הוי כמלוה ע"פ שאין לה עדים ועיין שם בשיטה שכתב דהא דס"ל לר"מ שטר שאין בו אתריות נכסים גם מבני חרי לא גבי. משום דהוי מפיהם ולא מפי כתבם ע"ש. והוא כמו שכתבנו אליבא דרש"י ז"ל בזה. וזהו דרש"י לשיטתו דס"ל דגם בראוי להגיד לא מהני. וכיון דבשטר בעינן מדעת המתחייב וכל שלא מדעת המתחייב דלא הוי שטר לא מהני גם עדותן עד שיוזידו בע"פ. לכן ס"ל לר"א דשטר שאין בו אחריות נכסים דלא הוי שטר גם בתורת עדות להיות כמלוה ע"מ לא מהני אבל למאן דס"ל דבראוי לא שייך מפיהם ולא מפי כתבם. וגם היכא דלא הוי דין שטר מ"מ אם נתקיים דנין על פיו וכמו שמבואר לקמן (סי' ל"ט) הי' צריך להיות גבי מבני חרי. וע"כ לדידי' צ"ל כמוש"כ התוס' בב"מ שם דה"ט דלא גבי מבני חרי משום דכיון דמחל על השעבוד מחל על הקרן ג"כ עיי"ש ובמה שכ' לקמן (בסי' קט"ז) עיי"ש: ונראה דוקא שלחו עדותן בכתב אז לא הוי כתיבה כהגדה. וגזה"כ מפיהם ולא מפי כתבם הוא דוקא בכה"ג אבל אם העד עומד לפני ב"ד וכותב עדותו שפיר הוי כהגדה לפני ב"ד. וראי' לזה מהא שכ' הרמב"ם (בפ"ז מה' עדות) וכן הוא לקמן (סימן מ"ו סי"ג) ואם לא נמצא אלא עד אחד עם זה העד החי כותב חתימת ידו בפני עדים אפילו על החרס ומשליכו בב"ד עד שיוחזק כתב חברו בב"ד. וכ' הש"ך שם (ס"ק ל"ו) וז"ל וגם הרמב"ם נראה דמודה דאם כותב חת"י בפני ב"ד לא צריך עדים או דאפשר דס"ל להרמב"ם דדוקא חוץ לב"ד בפני עדים יחתום דאי יעשה כן בב"ד נמצא דהו"ל כמעיד בב"ד. כיון שחותם בב"ד כדי להכיר מתוך כך כתיבת ידו הו"ל כמעיד ממש להכיר מתוך חתימתו וצל"ע עכ"ל. אלמא דיש סברא לומר דמה שעושה בפני ב"ד הו"ל כמעיד ממש. וע"כ לא מספקא לי' להש"ך אלא בחותם בב"ד כדי להכיר מתוך זה כתיבת ידו. ואינו מעיד על גוף הדבר דאז שייך לומר לאידך גיסא דמ"מ אינו מעיד ממש על הדבר שבא להעיד אלא שהוא גורם בזה שמראה כתב ידו שיהא ממילא מועיל לעדותו

שבא להעיד אבל היכא שמעיד ממש בכתב ידו על גוף הדבר שבא להעיד אין כאן ספק כלל ובודאי הוי כתיבה כהגדה. וכן ראיתי להנוב"י ביו"ד (סימן ס"ו) שכ' זה בפשיטות דבכותב עדותו לפני ב"ד הוי כהגדה ומהני מפי כתבו כמעיד בפיו ע"ש. והרי ראי' לזה ממש"כ דגם הרמב"ם דס"ל דאינו מועיל עדות מפי כתבם אף אם הוא ראוי להעיד מ"מ ס"ל להש"ך דהגדה בכתב לפני ב"ד הוי כמעיד ממש וכן נראה ונכון. ובריטב"א פ"ק דמכות כ' ראם נותן עדות כתוב לב"ד ואומר מה שכתוב כאן אני מעיד מהני וה"נ כן:

סעיף י"ב:

חותכין בד"מ בעדות שבשטר כדי שלא תנעול דלת בפני לוין הוא שיטת הרמב"ם דשטר אינו אלא דרבנן וז"ל בפ"ג מה' עדות דין תורה שאין מקבלין עדות לא בד"מ ולא בד"נ שנאמר עפ"י שנים עדים מפיהם ולא מפי כתבם. אלא מדברי סופרים שחותכין בד"מ בעדות שבשטר אעפ"י שאין העדות קיימין כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות ואצ"ל במכות ובגלות אלא מפיהם ולא מפי כתבם ע"כ ועיין רמב"ן בס' המצות דס"ל להרמב"ם דמה שמבואר בקדושין (דף כ"ו) שאמרו מן הכתוב שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתים כן בזה שהוא מדרבנן כשאר כל דברי נבואה שהוא גוזר בהן שהוא דרבנן, והביא דעת החולקים עליו ושהשיגו מהא דפריך בגיטין (דף ל"ו) דאורייתא הוא דכתיב וכתוב בספר וחתום עיי"ש:

ונ"ל לבאר דבר נכון בזה. דבירמי' (ל"ב) כתיב ואקח את ספר המקנה את החתום המצוה והחקים ואת הגלוי. והאי המצוה והחקים אין לו ביאור כלל והמפרשים פירשו שניכתב כהלכה ואכתי אינו מובן למאי אמר כן. ונ"ל דבברכות (ד' ה') איתא מאי דכתיב ואתנה לך את לוחות האבן והתור' והמצו' תור' זה מקרא והמצו' זה משנה. וביאר הרמב"ם בהקדמתו שהוא פירוש התורה דהפירוש המקרא הוא משנה. והוא הלמ"מ כמבואר בירושלמי והובא בתוס' בנזיר ובזוה"ק מבואר דחקים הם תורה שבע"פ וזהו שאמר ואקח את ספר המקנה את החתום. ואל יאמר כזה הקנין נעשה אז ואינו הלמ"מ לכן אמר במאמר המוסגר [המצוה והחקים] כי הקנין הזה מימות עולם הוא והוא מהלמ"מ ומתורה שבע"פ הוא וזה נכון. וכעת נדפס חי' רבינו גרשום ומצאתי שכ' בב"ב (דף ק"ם) כך אמר המורה ששמע מרבו שכך מצא כתב כו' דכתיב המצוה והחקים מכאן סמכו חכמים לתיקון כל השטרות שהי' מן התורה ע"כ הרי דס"ל דשטרות מה"ת [ועיין כתובות (דף י) מכאן סמכו חכמים לכ"א דאורייתא] מהמצוה והחקים ולפי מה שביארנו הוא מבואר היטיב:

ובזה מבואר היטיב הא דאיתא בקידושין (דף ט) הילכתא נינהו ואסמכינהו אקראי והק' תוס' ל"ל לקרא דואקח את ספר המקנה בקידושין (דף כ"ו) מאחר דאיכא הילכתא. ותירצו מאחר דדברי קבלה אין להפקיד ואינו מובן לכאורה. דמ"ש מקרא דאורייתא דשייך למיפרך מאתר דאיכא הילכתא קרא ל"ל ועל מקרא דד"ק אין שייך למיפרך מאחר דאיכא הלכתא ל"ל קרא. ולפי"מ שביארנו א"ש דהא דידעינן דהלמ"מ הוא מהמקרא דירמי' הנ"ל וע"ז קאי דהלכתא נינהו. וע"כ שפיר מייתי מקרא דד"ק הנ"ל [וזולת זה י"ל כמו דאיתא בסנהדרין דף כ"ב) עד דאתא יחזקאל מאן אמר אלא הילכתא נינהו ואתא יחזקאל ואסמכינהו אקרא ואולי זהו כוונת תוס' כן]:

והאו"ת כתב דשטר הנעשה לקיום ולא לראי' כמו גיטין ושטר קדושין שבו מתקיים הדבר גם לרמב"ם הוי דאורייתא. ויש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן בקדושין (דף ה') ומניין. שאף בשטר ודין הוא ומה כסף שאינו מוציא מכניס שטר שמוציא אינו דין שמכניס מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומעשר שני כו' והשתא אמאי לא פריך עדיפא מזה דמה לכסף שכן קונין בו קרקעות (דבזה גם להרמב"ם הוי דאורייתא דלא אישתמיט חד לומר דהוי דרבנן דאף דגם קנין כסף יליף מושדות בכסף יקנו מד"ק בחד קרא דכתיב וכתיב בספר מ"מ הוי קנין דאוריי' דעכ"פ מצינו קנין כסף משדה עפרון דאע"ג דכ' התוס' שם דמזה לא הוי ילפינן דהו"א דנכרי שאני דכל קנינו בכסף מ"מ השתא דגלי לן בד"ק דגם מישראל מהני הוי גילוי מילתא דגם בישראל הוי קנין מדאורייתא דומיא דאמרינן בב"ק (דף ב') דאי גילוי מילתא ילפינן מד"ק] משא"כ בשטר דאין קונין בו מדאורייתא. א"ו דבמכירה גם להרמב"ם הוה דאורייתא. מיהו י"ל דבכת"י הוי דאורייתא ולכן קאמר שכן פודין בו הקדש ומעשר שני משא"כ בשטר כזה אין פודין:

עוד כתבו התוס' בקידושין (דף ט) דהא דקאמר הלכתא נינהו ואסמכינהו רבנן אקראי ההוא הלכות מדינה שבשטר קנין המוכר כותב ובשטר קידושין הבעל כותב. ויש לבאר הא (דירמי' ל"ב) ואקח את ספר המקנה ואת החתום המצוה והחקים שפירשו המפרשים כפי ההלכות שנהגו אז ולהנ"ל יש לומר כן דהמצוה היא כמו שביארנו דעיקר השטר הוא הללמ"מ ומה שהמוכר כותב הוא מהלכות מדינה. וע"ו קאמר והחקים דהיינו הלכות מדינה וכמו שביארנו: סעיף יד:

ואם העד ת"ח אף אם הבע"ד עצמו מזכירו שפיר דמי. הרמ"א בתשובה (שאלה מ"ד) כתב דבזמה"ז ליכא ת"ח לענין זה. ובאורים כתב הגם כי יש פקפוק ע"ז מ"מ כבר הורה ומי יחלוק עליו בלי ראי' מבוררת ע"ש ועיין בכנה"ג בזה. ואנכי מצאתי בהג"ה מיימ' (פ"ח מה' עדות) שכ' וז"ל וראב"י פי' כרש"י וכתב דה"ה אם ירא שמים היא וכשר ע"כ הרי

דאין לדמות לליטרא דדהבא דהרי כאן גם כל אדם כשר מהימן. ופשיטא דצורבא מרבנן בזמה"ז לא גרע מאדם כשר לכן העיקר דהרמ"א לא כתב זה אלא לסניף בעלמא כנ"ל בזה: סעיף ט"ו אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד. וק"ל ל"ל קרא דקטן שהרג את הנפש פטור מדכתיב כי יכה איש איש ולא קטן כמבואר ברש"י ב"ק (דף מ"ג) ת"ל דא"א לקבל עדים עליו דאין מקבלין עדים עליו דכשלא בפניו דמי כמבואר בב"ק (דף קי"ב) ולריב"ח אפשר לדמות זה להיו עדים חולים כמבואר בתוס' ב"ק (דף ל"ט) אבל לר"י דל"ל הך סברא כמבואר בתוס' שם ל"ל קרא ע"ז. וצ"ל דאיצטריך דגם לכשיגדל פטור דאז איכא קבלת עדות ע"ז דמטעם אין מקבלין עדים ליכא ומ"מ פטור מאיש ולא קטן:

ובזה מיושב מה שמקשים ל"ל קרא בנדה (דף מ"ד) לרבות ההורג את הקטן דחייב תיפוק לי' מדאיצטריך למעט קטן ההורג מאיש ש"מ דההורג את הקטן חייב דאי פטור ת"ל דהוי עדות שאאילה"ז דא"א לקיים בהו כאשר זמם דלא גרע מאלו הרגו את הקטן בידים ולהנ"ל ניחא דהא ע"כ איצטריך קרא לכשיגדל ואז שפיר הוי עדות שאילה"ז או י"ל דהא דאיצטריך למעוטי מאיש ולא סגי בהא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד כגון שהרג בפני ב"ד דא"צ קבלת עדות. ומעתה מיושב גם קושיא הנ"ל דהוי עדות שאאילה"ז. דהא בב"ד לא בעינן עדות שאילה"ז כמבואר בסנהדרין (דף ע"ת) בזה. ולפימש"כ לקמן (סי' תכ"ה) דהא דאיצטריך למעוטי קטן בגדול י"ג שנים דבר דעת הוא אלא שלא הביא ב' שערות דפטור מגזה"כ דלא הוי איש וא"כ בכה"ג לא שייך כשלא בפניו דמי. לכן איצטריך קרא דאפי"ה פטור:

בכנה"ג הביא דמי יש מי שסובר דאינו אלא מדרבנן. ואין להקשות ע"ז מהא דאמרינן בב"ק (דף קי"ג) אמרה תורה יבוא בעל השור ויעמוד על שורו דדיני נפשות שאני. דכמיתת בעלים כך מיתת השור. ועוד דשייך אמרה תורה גם על דרבנן כמוש"כ בזהר הרקיע מהא דמצינו בר"ה (דף ו') אמרה תורה אמרו לפני כו' עיי"ש. ובמ"א הבאתי. דכן מבואר מהא שכ' הרשב"ם בב"ב (דף נ"ח) רביעית של תורה דלכך קרי' לי' של תורה דד' כוסות מרומז בתורה וכן בסוכה (דף כ"ב) אמרה תורה כו' ובשבת (דף קי"ז) אמרה תורה. ובעירובין (דף נ"ח) אמרה תורה ובידו חבל מדה. ושפיר בזהר הרקיע שם. כמו"ש בגיטין (דף מ"ד) מני נתן בר אמי תצא תורה לישראל. ואבוהון דכולהו בר"פ מקום שנהגו לענין מנהגא אל תטוש תורת אמך עיי"ש אך רבים חולקים וס"ל דמדאורייתא כמוש"כ הכנה"ג ועיין תשובת רמ"א (סי' י"ב) דהוא מדאורייתא עיי"ש. ורש"י בפ' תצא את האשה הזאת מכאן שאין לומר דבר אלא בפני בע"ד ע"כ. ושם י"ל דאינו אלא לגבי דיני נפשות באם אמת הי' הדבר מיהו שם מיירי בטענות בע"ד ולא בקבלת עדות, ע"ש:

בשו"ת הרשב"א הובא בב"י לקמן (סי' שפ"ח) כ' וז"ל ועוד דאפי' במקום שצריך בפניו אפוטרפוס כמוהו דהא מוקמינן אפוטרפוס לשור של יתומים לשווי' מועד כדאיתא בפרק שור שנגח דו"ה ושליח כאפוטרפוס כדתנן בפרק נערה המאורסה האומר לאפוטרפוס כל נדרים שתדור אשתי עד שאבוא ממקום פלוני וכו' א"ל ר"י מצינו בכל התורה ששלוחו של אדם כמותו עכ"ל ביאור דבריו הוא דהא דבעינן בפני בעלי דינין ילפינן בפ' הגוזל ומאכיל מדכתיב והועד בבעליו. והרי חזינן דמוקמינן אפוטרפוס לשור המועד של יתומים ומקרי בזה והועד בבעליו וה"ה לשליח דשלוחו של אדם כמותו מתקיים שפיר והועד בבעליו והנה בתוס' ב"מ (דף צ"ו) מבואר דהא דאמרינן שם שליח פלוגתא דר' יאשי' ור' יונתן באומר לאפוטרפוס כל נדרים שתדור אשתי דר"י ס"ל דאין שליח יכול להפר ור' יונתן ס"ל שלוחו של אדם כמותו דלכך מדמינן שאילה בבעלים להך פלוגתא משום דלכך ס"ל לר' יאשי' דאין השליח יכול להפר משום דכתיב אשה תרי זימני משמע הוא בעצמו ולא שלית ה"נ כתיב שני פעמים בעליו עמו משמע בעלים בעצמו ולא שליח. ועוד כתבו משום דבעליו ואשה משמע הן בעצמן ולא שליח וא"כ לתי' שני דבעליו לחוד משמע למעוטי שליח. א"כ בשלא בפני בע"ד דילפי' מוהועד בבעליו שפיר יש לומר דמשמע שלא ע"י שליח. וא"כ באנו למחלוקת הפוסקים לקמן (סי' שמ"ו) אי מהני שליח בשאלה כבעלים או לא. ולהסוברים שם דלא מהני ה"ה דלא מהני בקבלת עדות ע"י שליח. והרשב"א סובר כדעת הרמ"ה שם דגבי שאילה בבעלים דכתיב לשון בעליו מהני לשואל גם ע"י שליח וה"נ בקבלת עדות. או דסובר כתי' הראשון שבתוס' משום דשאני התם דכתיב בעליו תרי זימני. אבל הכא דלא כתיב אלא חד זימנא מהני ע"י שליח. וכמו שביארנו בזה:

במכילתא פ' משפטים ורצע אדוניו את אזנו למה נאמר לפי שמצינו בכ"מ ששלוחו של אדם כמותו אבל כאן הוא ולא שלוחו. והוא מדכתיב תרי זימני והגישו אדוניו ורצע אדוניו. אמנם בירושלמי (פ"ב דקדושין הלכה א') איתא ורצע אדוניו אדונו ולא בנו אדונו ולא שליחי הוינן סברין מימר ששלוחו של אדם כמותו אלא שמיעט הכתוב אית תניא תני ורצע לרבות את השליח עד כדון כר"ע. כר' ישמעאל אדוניו כל שהוא בא מחמת אדוניו ופי' הפ"מ מדכתיב אדוניו יתירא כ"ש בא מחנות אדוניו כמותו ונראה דהירושלמי אתי' כר' יונתן דגם באם ניכפל שלוחו של אדם כמותו והמכילתא סברי כר' יאשי' ולכן הרמב"ם פסק בה' עבדים דאינו נרצע ע"י שלוחו לטעמי' שפסק בפ"ב מה' שאלה דלא מהני בשאלה שליח. וזה נכון: ואם קיבלו על עצמן הבעלי דינים שיקבלו העדים שלא בפניהם נראה דמהני וכ"ה בשו"ת חכ"צ (שאלה ס"א) ע"ש וכ"ה

בתשובת עבוה"ג ס"י עיי"ש: יש לעיין אם הא דבעינן בפני הבע"ד היינו הגדת העדות ולא דרישה וחקירה בכלל והועד בבעליו. ומסתברא דלא בעינן שיהא בפני הבע"ד אלא הגדת העדות ולא דו"ח. וראי' לזה מהא שכ' הסמ"ע (ס"ק ל"ז) וז"ל ולכאורה הי' נראה דגם אבע"ד קאמרינן דמוציאין לחוץ ומיירי דכבר העידו שניהן בפני הבע"ד וכו' ואחר שהעידו כן קאמר דמוציאין את הכל לחוץ ובודקין את כל אחד לבדו עכ"ל. וכיון דלא בעינן שיהא הבדיקה איך הוא חייב שלא בפני הבע"ד א"כ היכא דצריך דו"ח כגון בדין מרומה וכדומה. גם כן לא בעינן שיהא בפני הבע"ד אלא היכא דירא שמא יחניפו העדים ולא יעידו האמת שיכול לחקור ולדרוש תחילה שלא בפני הבע"ד ואח"כ יעידו בפני הבע"ד כמוש"כ הריב"ש והובא בישו"ש פ"י דב"ק ע"ש. מיהו אם נראה לב"ד צורך שעה להשביען שיגידו האמת הרשות בידן פי' דתחילה כתב דאין יוכל להשביען הוא שלא יכבשו עדותן ואח"כ כתב דאפילו שיאמרו האמת יוכלו להשביען וכן עיקר וכ"כ הריטב"א בקדושין (דף מ"ג): סעיף י"ז:

ועדיו במקום אחר. יש לחקור בגביית עדות שב"ד מקבלין עדות ושולחין למקום אחר בכת"י שכך וכך העיד פלוני. וכמו כן אם אחד מוציא שטר מקויים וב"ד מקיימין לא ח"י לבד אלא שכך העידו לפניהם העדים על כל מה שכתוב בשטר הא הוי מפי כתבם. ובתוס' ב"ב (דף מ') כתבו וז"ל וקיום שטרות נמי משום דמעשה ב"ד הוא וכל מעשה ב"ד נכתב שלא ברצון המתחייב ע"כ אלמא דמעשה ב"ד לא הוי מפי כתבם וא"כ מדחזינן דתוס' דסברי דכל שלא נכתב מדעת המתחייב הוי מפי כתבם דמעשה ביד דנכתב אף שלא מרצון המתחייב לא הוי מפי כתבם א"כ נראה פשוט דמאחר דהעידו בפני ב"ד על גוף הענין והם שולחין למקום אחר דלא הוי זה מפי כתבם:

אמנם מה שנהגו לגבות עדות ושולחין למקום אחר לא מהני אלא אם הוא כגוונא דמקבלין עדים שלא בפני בע"ד כמבואר (בסעיף ט"ז) דלא מבעי לדעת התומים דגם בעדות ששלחו כת"י לב"ד דלא מהני במקום דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד. אלא דגם להנתיבות דמהני הוא משום דכל הב"ד קורין לפני הבע"ד מה שהעדים כותבין בכת"י הוי כאילו מעידין אז בפני הבע"ד. משא"כ בגביית עדות אבל מאחר דאי אפשר לקבל בפני בע"ד מהני גם שלא בפני בע"ד כמבואר במ"א בזה:

סימן כט

סעיף א:

אחר שהעיד העד בב"ד. לכאורה דדוקא בב' עדים שבאו העדים לחייב ממון כיון שהגידו שוב אינן חוזרין ומגידין אבל בעד אחד שבא לחייב שבועה מהימן באמתלא ול"א בי'

כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והוא עפי"מ דאמרינן בב"ק (דף נ"ו) והיודע עדות לחברו ואינו מעיד לו במאי עסקינן אילימא בבי תרי פשיטא דאורייתא הוא אם לא יגיד ונשא עונו אלא בחד אלמא דעד אחד המחייב שבועה אינו בלא יגיד. משום דאם לא יגיד בתרי משתעי וכדפרש"י שם מדקפיד אהגדה משמע שאילו מגידין מתחייב זה ממון. והרי הא דאינו חוזר ומגיד ילפינן מקרא דאם לא יגיד וכמוש"כ הסמ"ע בסק"ד והוא מרש"י כתובות (דף י"ח) ורשב"ם בב"ב (דף קס"ח) ורש"י בסנהדרין (דף מ"ד) וכיון דעד אחד ליתא באם לא יגיד ממילא ליתא בי' כיון שהגיד שיב אינו חוזר ומגיד ויכול לחזור בו באמתלא. ובשלמא בלא אמתלא אינו נאמן כמבואר לקמן בסמ"ע (סוסי' מ"ו ס"ק ק"ח) שכתב אהא שכתב הרמ"א שם דע"א בשטר יכול לחזור בו ול"א בי' כמו שנחקרה עדותו בב"ד דמי. אבל אם העיד בע"פ מבואר בסי' זה דאינו יכול לחזור בו משמע מזה דגם עד אחד אינו יכול לחזור בו. משום דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הוא משום דאין אדם משים עצמו רשע ששקר העיד בתחילה אבל כשנותן אמתלא שהי' אנוס וכדומה אף דבשני עדים לא מהימנינן להו. בעד אחד מהימן. וכמוש"כ הריב"ש (סי' קכ"ז) והביאו הש"ך שם וסוסי' מ"ו) דבהי' אנוס לחתום יכול לחזור בו אף דכתב זה בצירוף עוד טעמים אחרים. מ"מ נ"ל דבטעם זה לבד סגי וה"ה למעיד ע"פ באונס וכדומה מהימן באמתלא כיון דאין משים עצמו רשע בזה. אלא דממש"כ הסמ"ע (בסי' מ"ו ס"ק ק"ח) נראה שמפרש אחר שהעיד העד בב"ד שכתב כאן דמיירי בע"א לבד וא"כ הרי מסיק הכא דגם באומר לפתרו או נותן טעם לדבריו לא מהני א"כ מבואר דגם בעד אחד לא מהני אמתלא. לכן נראה דהא שכתב אחר שהעיד העד בב"ד הכוונה כל אחד מהעדים ולעולם מיירי בב' עדים. וכמוש"כ הכסף משנה בפ"א מהל' עדות אמש"כ הרמב"ם מצוה להעיד העד בב"ד דלא מיירי בעד אחד דבע"א לית בי' משום לא יגיד אלא הפי' אחד מהעדים וה"נ כן. בהא סליקנא כיון דמבואר בפ"ב דכתובות (דף י"ח) דפריך רבא ארמב"ח דס"ל דנאמנים העדים לומר אנוסים היינו מחמת נפשות הא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ופירש רש"י מאם לא יגיד אם כן בעד אחד דליכא משום לא יגיד נאמן לטעון אנוס הייתי או שאר אמתלא כיון דאין משים עצמו רשע בזה. ומעתה גם באמר לעד אחד שיהא עליו כשנים דמבואר בירושלמי (שבועות פ"ד) דאינו באם לא יגיד וכן במקבל לקרובים או פסולים דמבואר בר"ן פ"ד שם דאינן בלא יגיד ג"כ מהימני באמתלא כיון דעיקר כללא דאין עדים מהימני באמתלא ידעינן מלא יגיד א"כ כל שאינו בלא יגיד חוזר ומגיד באמתלא כיון דאין משים עצמו רשע בזה:

מיהו בשיטה מקובצת פ"ב דכתובות שם כתב בשם הריטב"א דהא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ילפינן מעפ"י שנים עדים יקום דבר ואי יכולין לחזור לא יקום דבר ע"ש וא"כ לדידי' י"ל דע"א דקם לשבועה מקרי קיום דבר ואינו חוזר ומגיד גם באמתלא:

ונ"ל ראי' דגם בע"א כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מהא דאמרינן בב"ק (דף נ"ו) והיודע עדות לחברו ואינו מעיד לו במאי עסקינן אילימא בבי תרי פשיטא דאורייתא הוא, אלא בעד אחד. וקשה מה בכך שכבש עדותו תחילה הא יכול לחזור ולהעיד. וכ' הסמ"ע סקי"א דאינן יכולין לחזור ולהעיד דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד א"כ מבואר דגם בע"א אינו יכול לחזור ולהעיד ולכך חייב לשלם בד"ש מיהו י"ל דכ"ז מיירי במשים עצמו רשע. אבל באמת לא מהני אכן מסתימת הפוסקים לא משמע כן: רמ"א והוא לאחר כדי דיבור אינו יכול לחזור בו. והרמב"ם והטור כתבו אחר שנחקר העד בב"ד וכתב הב"י שכן הוא בתוספתא שקודם שנחקרה עדותן בב"ד יכולין לומר מבודין היינו, ועיין תוס' סנהדרין (דף ל"ב ודף ס"ה) והנה בשבועות (דף ל"ב) אמרינן השביע עליהם חמשה פעמים חוץ לב"ד ובאו לב"ד והודו פטורים כפרו חייבין על כל אחת ואחת השביע עליהן חמשה פעמים בפני ב"ד וכפרו אינן חייבין אלא אחת אמר ר' שמעון מה טעם הואיל ואינן יכולין לחזור ולהודות. ובגמ' שם אימא שבועה גופא בב"ד אין שלא בב"ד לא ומשני לא ס"ד דתניא לאחת לחייב שבועה על כל אחת ואחת ואס"ד בב"ד מי מחייב על כל אחת ואחת והתנן השביע עליהם חמשה פעמים בפני ב"ד אין חייבין אלא אחת. והקשו תימא דילמא קרא כי אתא לשבועה שאין אנו יודעין לך עדות שיש לך ביד פלוני חטין ושעורין וכוסמין דתנא לקמן (דף ל"ג) דחייבין על כל אחת ואחת:

ונראה לתרץ דהנה בעבודת הגרשוני (סימן ג') הקשה אמאי חייבין בהשביע חוץ לב"ד על כל אחת ואחת אם כפרו בב"ד. הא כיון שנשבעו תחלה לשקר. א"כ כבר נפסלו לעדות. ותי' דמיירי דמושבע מפי אחרים. ובקצה"ח הביא קושיא בשם אחיו. מהא דתנן שבועה שאין אנו יודעין לך עדות שיש לך ביד פלוני חטין ושעורין וכוסמין. דחייב על כל אחת ואחת. דהכא מושבע מפי עצמו. ואמאי חייב על כל אחת ואחת. הא תיכף בשבועה ראשונה נפסל שוב לעדות. וא"כ אינו ראוי להעיד אח"כ. ותי' דכיון דבתוך כדי דיבור הוא אם הי' חוזר כשר וע"כ חייב על כל או"א. והנה דעת ר"ת בתוס' ב"ק (דף ע"ג) ובר"ן נדרים (דף פ"ז) דתוך כדי דיבור כדיבור דמי אינו אלא מדרבנן וא"כ שפיר מתורץ קוש' התוס' דלא מצינן לאוקמי קרא בכה"ג דהא מדאורייתא תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי. ואם כן כיון דמשבועה ראשונה נפסל לעדות שוב אין חל השבועה על שאר דברים דאינו ראוי להעיד וא"ש ונכון. ובזה ניחא דאמאי לא מוקי לאחת בב"ד ובתוך כדי דיבור דבזה

לא שייך אינו יכול לחזור ולהודות כמש"כ הרי"ף שם דבתוכ"ד חייב על כל או"א גם בב"ד ובשלמא הא דלא מוקי קודם שנחקרה עדותן הוא משום דפסולין מחמת השבועה. אבל תוך כ"ד אינן נפסלין וכמבואר בב"ק (דף ע"ג) שהעידו בב"א והוזמו דתוכ"ד אינן נפסלין ע"ש ולהנ"ל אתי שפיר דהתם אקרא קאי. ותוך כיד אינו אלא מדרבנן:

והנה בכתובות (דף ל"ג) קאמר הש"ס דעדים אין צריכין התראה וקאמר רבה תדע ניתרי בהו אימת ניתרי בהו מעיקרא אמרי אישתליין ניתרי בהו בשעת מעשה פרשי ולא מסהדי ניתרי בהו לבסוף מאי דהוי הוה. ופרש"י לבסוף. לאחר שהעידו. מאי דהוה. דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואינן יכולין לחזור. וקשה הא יכולין להתרות קודם שנחקרה עדותן בב"ד דשפיר יכולין לחזור כמבואר בהתוספתא שהבאנו לעיל. וא"כ מאי קאמר מאי דהוה הוה. ואין לומר דכל זמן שלא נחקרה עדותן אם נתרה אותו פרשי ולא מסהדי. דזה אינו דפרשי ולא מסהדי לא שייך אלא אם נתרה אותן קודם שהעידו כלל. דאז יאמרו דאפילו אמת למה לנו לומר. אבל כשהתחילו להעיד אז בודאי אם נתרה אותן קידם חקירה אם אמת הדבר יעמדו בדיבורם. וכן משמע מלשון רש"י ז"ל שכתב לאחר שהעידו היינו אף קודם חקירה ודרישה. וראי' לזה מדפריך אח"כ וניתרי בהו תוך כדי דיבור דיכולין לחזור ולא אמרינן כיון דיכולין לחזור יחזרו ולא מסהדי. א"ו כשהעידו לא שייך פרשי ולא מסהדי. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דנתרה בהו לאחר שהעידו וקודם חקירתן דאם שקר הוא יחזרו מדבריהם. ויש לומר דהרי הסוגיא קאי לענין ממון ובממון הא לא בעינן דרישה וחקירה ותירץ אינן יכולין לחזור כמש"כ הב"י ושפיר קאמר מאי דהוי הוה. וע"ז פריך אביי דמ"מ ניתרי בהו חיך כדי דיבור דגם בממון מהני. אלא דאכתי אינו מספיק. דהא ר"א דקאמר עדים זוממין ממונא משלמי מלקי לא לקי משום דלאו בני התראה נינהו אדאורייתא קאי. ומדאורייתא הא בעינן דרישה וחקירה בד"מ ג"כ: ובזה יש לישב קושיית מהרש"א ז"ל שם שהקשה על הא דאמרינן דלא בני התראה נינהו ופרש"י הלכך אי איכא למענשינהו לא תענשינהו אלא ממון דאין עונש הגוף בלא התראה דקשה דא"כ בממון ומיתה אמאי תענשינהו מיתה הא אין עונש הגוף בלא התראה. ולפי הנ"ל ניחא דבמיתה וממון יתעורר קושיא הנ"ל דכל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד מצי הדרי בהו וע"כ יכולין להתרות בהם עד דמסיק משום מי איכא מידי אבל בטעמא דרבה שפיר יכולין להתרות בהם קודם שנחקרה עדותן בב"ד וזה נכון היטיב:

והנה יש להסתפק הא שכתבו הטור והרמב"ם דלאחר שנחקר העד בב"ד אין יכול לחזור מדבריו. אם תוך כדי דיבור אחר חקירת עדותו יכול לחזור. ונראה דיכול לחזור תוך כדי

דיבור אחר חקירת עדותו. וראי' לזה מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ל"ב) פותחין לזכות ופריך בגמ' היכי אמרינן אמר רבי יהוד' הכי אמרינן להו מי יימר כדקאמריתו. ופרש"י היכי אמרינן בפתיחת זכות כשקיבלו עדותן של עדים ודרשום וחקרום ובאין לישא וליתן היכי אמרינן להו לעדים. מי יימר כדקאמריתו והא קחסמינן להו (חוסמין את פיהם) כשאנו מכחישין אותם ויחזרו בהן תוך כדי דיבור עכ"ל הרי להדיא דגם לאחר דרישה וחקירה מהני חזרה דתוך כדי דיבור. וגם התוס' שם לא פליגי על זה. אלא משום דמי יימר כדקאמריתו הוי טפי מתוך כדי דיבור וכ"ה להדיא בשיטה מקובצת בכתובות (דף ל"ג) ע"ש:

ודע דהא שהגי' הרמ"א והוא לאחר כדי דיבור משמע דבתוכ"ד יכולין לחזור זה אינו אלא אמאי דכתב הב"י לקמן שאומרים מוטעה הייתי שוגג הייתי ונזכרתי אבל אם אומרים שקר העדנו גם בתוכ"ד אינו נאמן דאין משים עצמו רשע וכ"כ מהר"ם מרוטנבורג (שאלה ס"ב) וז"ל ועוד בנדון זה אם בתוכ"ד אין יכול לפסול עצמו בעדותו דאדם קרוב אצל עצמו ופלגינן דיבורא עכ"ל. וכן מבואר להדיא בכתובות (דף י"ח) בעדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו נאמנין ומסיק בגמ' דמחמת ממון אינן נאמנים דאין אדם משים עצמו רשע והתם בתוך כ"ד מיירי. דהא הפה שאסר הפה שהתיר בתוכ"ד בעינן כמוש"כ התוס' שם (דף כ"ב) ד"ה מניין ואפי"ה כיון דמשימין עצמן רשעים אינן נאמנים וא"כ ע"כ הא דהגי' הרמ"א לאחר כדי דיבור היינו במקום שאין משים עצמו רשע בזה:

והנה בטעמא דאינו חוזר ומגיד מבואר בב"י משום דלא משוי נפשייהו רשיעא וכן כתב הב"ח לקמן (סי' ל"ח) והשיגו עליהם מהא דמבואר בכתובות (דף י"ח) דגם באנוסים מחמת נפשות אין חוזרים ומגידים. ובזה ניחא הא דאיצטריך קרא בפ' שבועת העדות דאינו חוזר ומגיד ולא סגי בטעמא דאין אדם משים עצמו רשע. ולבר מן דין הא מבואר כאן דגם מוטעה הייתי שוגג הייתי ונזכרתי שאין הדבר כן דאינם נאמנים אע"ג דאין אדם משים עצמו רשע בזה. וכמוש"כ הר"ן פרק כל הנשבעין בחשוד על שבועת העדות דהיכא דהמעשה אינו קרוב כל כך אמרינן דילמא אישתלי ואין משים עצמו רשע. וכן בנ"י פרק יש נוחלין בנאמן לומר זה בני בן גרושה דבשוגג לא שייך אין אדם מע"ר. וכ"ה בתשובת רמ"א סימן מ"ח בזה. ואפי"ה אינו חוזר ומגיד. ועוד דהא דעת ראב"ן הובא במרדכי פ"ק דמס' ב"ב דהיכא דאיכא עד אחד משים עצמו רשע. ובסנהדרין (דף ט'). וכן בפ"ק דמכות (דף ט') כתבו שם בתוס' דהיכא דאיכא ב' עדים משים עצמו רשע. ואפי"ה מבואר בריב"ש סי' רס"ו דגם בב' עדים שמעידין כדבריו אינו חוזר ומגיד וע"כ צ"ל כאידך סברא שכ' הב"י דגזירת הכתוב הוא. וגם הא נתבאר לעיל דכל. ני דקחשיב

כאן שוגג הייתי וכדומה דאין משים עצמו רשע לכך בעינן לאחר כ"ד. אבל בדבר שמשים עצמו רשע גם תוכ"ד אינו נאמן. ומדכ' הרמ"א לאחר כדי דיבור אין חוזרין ומגידין א"כ מבואר דלאו משום אין אדם משים עצמו רשע אלא משום דגלי קרא וכן עיקר:

אפילו נתן אמתלא לדבריו וגם מגו לא מהני בזה. וכמבואר בתוס' כתובות (דף י"ח) שכתבו אהא דתנן התם ואם יש עדים שהוא כתב ידם או שהי' כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנין. הכא ליכא לאקשויי דליהמני במיגו דפרוע הוא כו' דחוזרים ומגידים הם. וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עכ"ל. הרי להדיא היכא דאינו חוזר ומגיד גם מגו לא מהני. והא דברישא כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנין והיינו משום דאיכא מגו. ומשמע לכאורה דהיכא דאיכא מגו לא הוי חוזר ומגיד. זה אינו דהתם הטעם כמש"כ רש"י ז"ל בד"ה כיון שהגיד דברישא כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר דעלייהו סמכינן כולה חדא הגדה היא עכ"ל וא"כ הטעם משום דכולה חדא הגדה היא ולכן מהימני. אבל היכא דאתינן משום מגו לא מהימני וכן כתב הריב"ש (סי' קצ"ג) דהיכא דאינו יכול לחזור מדבריו הראשונים גם מגו לא מהני והביא ראי' מהא דמבואר בב"ב (דף קכ"ז) באמר עבדי דאינו נאמן לומר אח"כ בני במגו דאי בעי יהיב לי' והביאו בכנה"ג (סי' פ"ב) והרי מבואר כדבריו בתוס' כתובות שהבאנו לעיל בזה דעדות אב מטעם נאמנות עדים הוא וכמו בב"ב שם:

ואפילו נתן טעם לדבריו משמע זה דבעדות לא מהני אמתלא ויש לבאר בזה מש"כ התוס' ביבמות (דף קי"ח) שהקשו שם היאך ס"ד למשריי' הא שוי' לנפשה חתיכה דאיסורא. ותירצו דאיירי שחזרה ונתנה אמתלא ול"ד לאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני ע"כ. וכבר ביארו המפרשים לחלק משם להכא ועיין מהרש"א בזה. ולהנ"ל י"ל דבאיסור גרידא שפיר מהני אמתלא משא"כ התם דמתורת עדות הוא דהימנוהו רבנן משום חומרא שהחמירו עלי' בסופה וע"כ לא מהני אמתלא בזה. ועמש"כ בסי' מ"ז מזה:

אבל בדבר שמוכח שטעה כו' בב"מ ר"מ אבוה דר"פ איתבר לי' חמרא ואשכחי' אתא לקמי' דרבה בר"ה א"ל זיל אייתי סהדי דלא רמאי את וטול אזל אייתי סהדי אמר להו ידעיתון בי' דרמאי הוא א"ל אין א"ל אנא רמאי א"ל לאו רמאי את קאמרינן ארבר"ה מסתברא לא מייתי אינש חובתא לנפשי' וכ' רש"י ולא אמרינן בהא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. והק' הריטב"א הובא באס"ז וכי חוזרים ומגידים מאי הוי הא תוך כדי דיבור הדרי בהו. ותי' ה"מ שחזרו מעצמם אבל הכא שחזרו משום שאמר להם אנא רמאי יש לנו לומר שאין חוזרים ומגידים אי לאו דמסתבר דלא מייתי אינש חובתא לנפשי' ע"ש. ולע"ד לא הבנתי התי' של הריטב"א הא י"ל בפשיטות דנהי דבתוך כדי דיבור יכולין לחזור

מדבריהם הראשונים. הכוונה דאמרינן דבריהם הראשונים בטלים. כיון שמעצמן הודו בתוך כ"ד שאין בדבריהם הראשונים ממש. אבל הא לא אמרינן שדבריהם האחרונים נאמנים דאפילו נימא שגם דבריהם האחרונים לא ברירי בטלו דבריהם הראשונים והכא שהוצרך להביא עדות דלאו רמאי הוא והעדים אמרו תחלה שהוא רמאי וחזרו ואמרו דלאו רמאי הוא נהי דדבריהם הראשונים בטלים מפאת שחזרו ואמרו דלאו רמאי הוא. אבל גם דבריהם האחרונים לא הי' מתקיים או לאו הסברא דלא מייתי אינש חובתא לנפשי' וא"ש:

סימן ל

סעיף א:

כתב הש"ך בסק"ג שתי כתי עדים המכחישין זה את זה אעפ"י שכת אחת הוזמן לקנין וכת אחרת הי' אצל קנין אין אלו נאמנין יותר מאלו כן דייק הב"ח לעיל (בסוס"י כ"ג) מתשובת הרא"ש עכ"ל ובריב"ש בסי' קכ"ז כתב בשתי כתי עדים המכחישים זה את זה. אחת אומרת שבטלה המודעה בגט דהיינו ששמעו שענה הן. ואחת אומרת שמסר המודעה בפניהם. ובשעת ביטול המודעות לא ענה הן. דיש להאמין לראשונים לפי שהם הוזמנו להעיד אבל האחרונים לא הוזמנו להעיד הרי להדיא דכל שהוזמנו נאמנים יותר מאלו שלא הוזמנו וכבר הקשה בזה השעה"מ על הש"ך. אמנם ראיתי בתשובת רדב"ז ח"ג (שאלה תקי"ח) שחילק בין הא דתשובת ריב"ש להא דתשוב' הרא"ש. בין עדות ע"פ. לעדות בשטר. דע"כ לא כתב הריב"ש דיש לנו להאמין הראשונים שהוזמנו להעיד. דוקא ע"פ. אבל בשטר לא עדיפי הני מהני כיון דחתמי בשטרא דייקי הני כי הני ונעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד. וכיון דהא דשו"ת הרא"ש מיירי בעדות בשטר כמבואר שם להדיא לכן אין אלו נאמנים יותר מאלו ובט"ז סי' כ"ב נשאר בצ"ע בזה והעיקר נ"ל כמו שכתבתי בזה: כתב הטור בס"א מנה שחור וזה אומר מנה לבן דדוקא אם המלוה תובעו שניהם משמע דאם אומר כאחד לא מצטרפים דהשני ודאי הוכחש. וכבר תמהו ע"ז. ויש מי שתירץ שאם המלוה אומר כדברי אחד הנה זה שהמלוה אומר כמותו הוא ע"א בלא העד השני והעד השני לולא העד הראשון לא הי' חשוב עד כלל כיון שמוכחש ממלוה בשחור ולבן. ולא היינו אומרים מעצמינו מנה אחר שאינו אומר שום עד וחשוב נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא וזה נכון:

נ"ל דבעד אחד כיון דאינו מחייב ממון אלא לשבועה קאתי לא בעי דרישה וחקירה. גם מדאורייתא. וכן משמע מהא שמבואר לקמן סוס"י מ"ו דבעד אחד החתום על השטר לא אמרינן כמי שנחקרה עדותן בב"ד. וכתב הסמ"ע שם ס"ק ק"ח משום דאין ב"ד חוקרין

על עד אחד. ונראה דהיינו טעמא דהדרישה וחקירה הוא משום לקיים בו כאשר זמם ועד אחד אינו בתורת הזמה כמבואר בפ"ק דב"מ (דף ד') אלא דלפי מש"כ בסי' ל"ח דבעד אחד המחייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם והוזם העד דחייב לשלם מכאשר זמם דבכה"ג חוקרין אותו, וצ"ע בזה:

כתב רבינו ירוחם נכ"ג ת"א בס' אר"ח במנאפים א"צ לראות עד שיכניס כמכחול בשפופרת אלא עד שיראו דבו' כמנאפים. במציעא פרק השוכר את הפועלים. ודוקא לאוסרה אבל לקטלא צריך כמכחול וכ"כ רב נטרונאי בתשובה ע"כ. והוא תמוה הא להדיא אמרינן במכות (דף ז') בבועל את הערוה היכי עבדי ראיתם כמכחול בשפופרת. ורבנן כדשמואל דאמר משיראו כדרך המנאפים הרי להדיא דלרבנן דקי"ל כוותי' גם לקטלא א"צ כמכחול וכדשמואל וכל הראשונים פי' הא דשמואל בקטלא כמבואר ברש"י ב"מ (דף צ"א) עיי"ש בזה. ובה"ג הובא ברא"ש פ"ב דיבמות סי' ח' כתב להיפך דלאוסרה לבעל צריך כמכחול ותמה עליו הרא"ש מהא דאף בדיני נפשות דחמירא קי"ל דא"צ מכ"ש לאסור על בעלה אבל זה ודאי דבד"נ לית מאן דסובר דצריך. ואולי ט"ס הוא ברבינו ירוחם וצ"ל ודוקא לקטלא אבל לאוסרה צריך וכסברת בה"ג בזה. ואפשר לומר דס"ל לר"י כר"ע ור"ט שם במכות דלא כרבנן. ויותר נראה דט"ס הוא כידוע דהרבה ט"ס יש בס' הלז וכמוש"כ הש"ך בכ"ד בזה:

סעיף ג:

וישבע שבועת התורה על מאה ויגלגל הת"ש שנשאר והא דלא משתבעי בלא"ה מטעם העדאת עדים דר"ח תי' הסמ"ע דבעדים ע"י צירוף ליתא לדר"ח והש"ך כתב המעיין בבעה"ת יראה שלא הזכיר שם בתשובה הרמב"ן שבועה על ק' ואפשר דלענין שבועה ס"ל להרמב"ן דבאמת נשבע על הכל מדר"ח רק דבלשון השאלה הוזכר שבועה דעד אחד אגב שיטפא וא"כ צ"ע לדינא בזה. דלא אשכחן בשום דוכתא לחלק בין עדות סתם לעדות על ידי צירוף:

ונראה דהש"ך לטעמי' אזיל בזה דלכאורה י"ל לפי מה כתב הסמ"ע לקמן (סי' פ"ז) דבהעדאת עדים דר"ת אינו חייב שבועה אלא במעידים עדיין שחייב לו שיודעין שלא פרוע עדיין. אבל אם אינם מעידין אלא שלוה אף דחייב לשלם. משום דכל האומר לא לוויתי כאומר לא פרעתי דמי מ"מ כיון דאינו מתחייב אלא מתוך טענתו פטור משבועה וא"כ י"ל דלכך נקט שבועה דעד אחד. ולא העדאת עדים. דמיירי במעידים סתם וליכא עדות על הפרעון אלא שמחוייב מתוך טענתו פטור. אכן הש"ך שם השיג ע"ז ולכן שפיר איכא שבועה דהעדאת עדים גם באינם יודעים שלא פרע. וע"כ כתב דבאמת איכא

שבועה. אבל הסמ"ע הי' יכול לתרץ דמיירי באין מעידים שעדיין חייב לו. אלא ניחא לי' לתרוצי דבכל גוונא מיירי:

ולפ"מ שכתב התומים (רס"י ע"ה) דלהרמב"ן גם אם אין מעידים דחייב עדיין חייב שבועה. לכן לטעמי' השמיט כאן הא דעד אחד מחייב שבועה. ובאמת חייב משום העדאת עדים. אבל הטור לשיטתו שכ' שם האו"ת סי' ע"ה דלדידיה אין חיוב בהעדאת עדים. אא"כ מעידים שעדיין חייב לו לכן כתב בעד אחד באי אין מעידים שחייב עדיין דאז ליכא משום העדאת עדים ואתי שפיר:

ועוד אפשר לומר עפימ"ש הראב"ד בספ"ק מהל' עדות דהעדאת עדים אינה אלא אם עפ"י טענה אחת ולא בשתי טענות וא"כ אפ"ל דכן ס"ל לשו"ת הרמב"ן הנ"ל. ואפילו לפימש"כ לקמן (סי' ע"ה) דהטוש"ע לא ס"ל כן ממש"כ (בסי' ל"א ס"א) מ"מ העתיקו להא דרמב"ן וכתבו עפ"י גלגול מאחר דאין נפ"מ כ"כ אליבא דהלכתא אי מטעם גלגול אי מטעם העדאת עדים. אמנם דעת הראב"ד אינו מבואר. מאחר דילפינן מפיו א"כ כמו דפיו מחוי"ש בשתי טענות ה"נ העדאת עדים ועוד יתבאר בזה. אלא דיש ראיה דגם בטענות נפרדות איכא שבועה בהעדאת עדים. דאל"כ איך יליף מגו מפיו הא איכא למיפרך מה להצד השוה שבהן שכן ישנן גם בטענות נפרדות משא"כ העדאת עדים אינו אלא בטענה אחת לבד. ועיין לקמן (סי' ע"ה ס"ה) דמשמע נמי כן:

בט"ז כתב הטעם דלא שייך דר' חייא בעידי צירוף דהא דהעדאת עדים מחייב שבועה ילפינן לה בגז"ש מפיו וע"א. ומה פיו שאינו מחייבו קנס מחייבו שבועה עדים שמחייבין אותו קנס א"ד שמחייבין אותו שבועה ועדות ע"י צירוף וכן עדות מיוחדת לא מהני בקנס כמו דלא מהני בא' אומר נסתרה שחרית ואחד אומר נסתרה ערבית לענין איסור א"א וכן קנס אין מחייבין אותו אלא בעדים שראו כאחר כן נ"ל ברור עכ"ל:

אמנם אין זה ראי' כ"כ די"ל כמוש"כ התוס' בב"מ (דף ה') דגם במידי דהוחזק כפרן דהיינו בפקדון איכא דר' חייא דאף דאמרינן דמה לפיו וע"א שכן לא הוחזק כפרן תאמר בעדים שהוחזק כפרן ומיירי במלוה דלא הוחזק כפרן. דיש לומר דאחרי שלמד שיש שבועה במלוה מעתה אין לחלק בין מלוה לפקדון א"כ י"ל מאחר שלמד דר"ח מקנס מעתה אין לחלק בין עדות מיוחדת או לא ועמש"כ לקמן (סי' ע"ה) ראי' גדולה לזה ועיין לקמן ס"ו בזה עיי"ש:

סעיף ו':

בדיני ממונות אעפ"י שלא ראו שני העדים המעשה כאחד עדותן מצטרפת. במכות (דף ו') אר"נ עדות מיוחדת כשרה בדיני ממונות דכתיב לא יומת עפ"י עד אחד בדיני נפשות

הוא דאין כשרה אבל בד"מ כשרה מתקיף רב זוטרא אלא מעתה תציל אלמא תנן הוא והן נהרגין ופרש"י ז"ל דכיון דבעלמא מצטרפין יש כאן טעם להצילו. ובחי' הרמב"ן ז"ל כתב וז"ל שם בזה ע"א והוא הנכון כיון דדרשת יומת במיתה דוקא אבל לא בדיני ממונות לידרוש נמי יומת במיתה פסולה אבל להציל מציל ע"כ. עוד כתב שם וז"ל אבל לריב"ק לאו משום ולא יומתו חזינן לה ולומר דמצטרפים בעדותם בעדות א' אלא משום דרבי רחמנא או ראה מ"מ אעפ"י שעדותן חלוקה אבל יומת דא"ר אורחא דמילתא נקט ולא דרשינן לומר דבמיתה פסולה ואצולי מציל אלא בכל דיני נפשות פסולה דבעי' עדות א' כדגלי רחמנא בעונשו עפ"י ע"א וה"ה להצלה. ובדיני ממונות כשרה דכתיב או ראה כנ"ל ע"כ: ולענ"ד י"ל כך דבסנהדרין (דף כ"ח) יליף קרובים לפסול לעדות מלא יומתו אבות על בנים. ופריך אשכחן לחובה לזכות מנלן אמר קרא לא יומתו תרי זימני. והדר פריך אשכחן בדיני נפשות בד"מ מנלן א"ק משפט אחד יהי' לכם. משפט השוה לכם. וא"כ ה"נ בעדות מיוחדת דיליף במכות (דף ז') מלא יומת עפ"י עד אחד דפסול בדיני נפשות יש ג"כ לשאול אשכחן לחובה לזכות מנלן. ולכאורה הי' אפשר לומר עפימש"כ הרמב"ם בפ"כ מהל' סנהדרין עד אחד אומר לחמה עבד וע"א אמר ללבנה עבד אינו נהרג משום שנאמר נקי וצדיק אל תהרוג. והכס"מ לא כתב מאין למד הרמב"ם דין זה. תבל הרמב"ם בספר המצות מצות ל"ת ר"צ הביא שהוא נוהמכילתא ע"ש בזה. וא"כ שפיר י"ל מאחר דאיכא תרי קראי דפסול עדות מיוחדת בדיני נפשות חד מונקי וצדיק אל תהרוג וחד מלא יומת עפ"י ע"א. דחד אתא לחובה וחד אתא לזכות דבדיני נפשות גם לזכות פסול עדות מיוחדת. ובזה יש ליישב מה שהקשה הרמב"ן שם על הרמב"ם דס"ל דעדות מיוחדת יליף מונקי וצדיק אל תהרוג והרי ידעינן זה במס' מכות (דף ז') מלא יומת המת עפ"י עד אחד ולהנ"ל ניחא דחד אתא לחובה וחד לזכות כן הי' נ"ל נכון בזה. אמנם הרמב"ן ס"ל שם דרשא דמכילתא דיליף עדות מיוחדת מונקי וצדיק אל תהרוג אינו אלא אסמכתא. הדרא קושיא לדוכתא אשכחן לחובה לזכות מנלן: ולהרמב"ן צ"ל דמאחר דהש"ס קאמר במכות (דף ו') א"ר זוטרא בר טובי' א"ר מניין לעדות מיוחדת שפסולה בדיני נפשות שנאמר לא יומת עפ"י עד אחד מאי עד אחד אילימא עד אחד ממש מרישא שמעינן לה עפ"י שנים או שלשה עדים יומת המת. אלא אחד. אחד אחד. א"כ אכתי הוי מספיק אי הי' כתיב עפ"י שנים או שלשה יומת המת לא עפ"י עד אחד. והאי יומת מיותר לכן אתא לזכות דפסול עדות מיוחדת גם בזה. ומעתה יתבאר היטב הש"ס דמס' מכות הנ"ל דר"נ אמר עדות מיוחדת כשר בד"מ מלא יומת. וא"כ האי יומת ממעט לדיני ממונות אתא. וא"כ שוב לא ידעינן לזכות דפסול לדיני נפשות א"כ פריך

שפיר אלא מעתה בדיני נפשות תציל. דבשלמא בקרובים דמקשינן דיני ממונות לדיני נפשות אייתר לא יומת שני לזכות אבל הכא דאפקינן לי' לממונות א"כ מנלן דלזכות פסול גם כן:

ולפמש"כ י"ל דהרמב"ן לטעמי' אזיל בזה. דהנה התוס' במכות (דף ו') הקשו שם אמאי עדות מיוחדת כשר בד"מ ונילף ממשפט אחד יהי' לכם כמו בקרובים דכתיב לא יומתו ואפי"ה גמרינן ממונית ממשפט אחד יהי' לכם. ותירצו דע"כ לא מיפסיל עדות מיוחדת לממון דלשבועה מיהא מהני עיי"ש. והרמב"ן תי' מדכתיב לא יומת או מדכתי' ראה. דדריש ריב"ק ג"כ בסנהדרין דעדותן מצטרפין עיי"ש ותי' קמא דהרמב"ן מדכתיב לא יומת אינו מובן דהא תוס' הקשו דהא בקרובים ג"כ כתיב לא יומתו ואפי"ה ילפינן ד"מ ממשפט אחד יהי' לכם ומאי הועיל בתירוצו דכתיב לא יומת ולפימש"כ א"ש דתוס' מפרשי דהכא לאו מיתורא דיומת דרשינן דלא דמי להא דקרובים דהתם שייך שפיר דלכתוב לא יומתו אבות על בנים ובנים על אבות ואייתר לזכות. אבל הכא לא שייך למיכתב לא עפ"י עד אחד אלא מפשטי' דקרא דכתיב במיתה מכלל דבד"מ כשרה. לכן שפיר הקשו דנילף ממשפט אחד יהי' לכם דומיא דקרובים דאייתר שדריש לא יומתו לזכות פריך שפיר בדיני ממונות מנלן ומייתי ממשפט אחד א"כ הכ"נ נימא כן. אבל הרמב"ן ס"ל דיומת מיותר ואתא האי יתורא לד"מ. לכן שפיר תירץ דכאן לא דרשינן ממשפט אחד דיומת מיותר ומפיק מהיקישא דמשפט אחד יהי' לכם. ומעתה הרמב"ם י"ל דס"ל כתוס' דלא יומת אינו מיותר אלא מפשטי' ממעטינן ד"מ וא"כ מנלן לזכות לכן שפיר ס"ל דונקי וצדיק אייתר לעדות מיוחדת וא"כ איכא תרי קראי לעדות מיוחדת ואתא חד קרא לזכות ג"כ:

והא דפריך אלא מעתה בדיני נפשות תציל ולהרמב"ם אמאי לא משני דהא איכא תרי קראי דלא יומת ונקי וצדיק אל תהרוג ואייתר חד שפסול להציל ג"כ. וי"ל דאדרבא דזה נכון מה דפסקינן כרב נחמן דעדות מיוחדת כשר. ואף דאקשי' עליו ר"ז אלא מעתה בד"נ תציל ומסיק בקושיא. אמנם ידוע מש"כ הרשב"ם בב"ב (דף נ"ב) שיטת ר"ח דבקשיא יש פירוקא משא"כ בתיובתא. ולכן פסקינן שם כשמואל אף דאקשינן עליו וה"נ י"ל כאן דהתירוץ הוא משום דאיכא תרי קראי ואייתר חד לזכות ג"כ. וי"ל דרב זוטרא דפריך אלא מעתה בד"נ תציל לטעמי' אזיל דאיתא שם במכות (דף ו') א"ר זוטרא בר טובי' א"ר. מניין לעדות מיוחדת דפסולה שנאמר לא יומת ולא מייתי כלל הך דרשא דונקי וצדיק. מכלל דס"ל דאתא דחוזרין לזכות ואין חוזרין לחובה בסנהדרין (דף ל"ג) ולא ידעינן דלזכות

פסיל אלא מיתורא דיומת והשתא משמע דאתא לדיני ממונות פריך שפיר אלא מעתה בדיני נפשות תציל אבל לדידן דקי"ל כהמכילתא וידעינן לזכות מאידך קרא ג"כ:
ומה שהקשה הרמב"ן על הרמב"ם דיליף עדות מיוחדת בד"נ דפסול מונקי וצדיק אל תהרוג ובמכות (דף ז') יליף לה מלא יומת עפ"י עד אחד י"ל ג"כ דתרווייהו צריכי דאי מונקי וצדיק הו"א דוקא בב' מעשים. בע"א אומר שעבד לחמה וע"א אומר שעבד ללבנה דבזה שייך מש"כ הרמב"ם הואיל ויש צד לנקותו ולצדקהו אל תהרגהו דילמא אינו אמת מאחר דעל כל מעשה לבד אינו אלא אחד. משא"כ בב' מעידים על מעשה אחד אלא שזה מחלון זה וזה מחלון זה. הו"א דמהני כמו בד"מ לרבנן דריב"ק דהלואה אחר הלואה לא מהני ובמעשה אחד מהני לכן איצטריך לא יומת דאפילו בזה לא מהני. ואי הוי כתיב לא יומת הו"א דלא מיעט הכתוב אלא בב' מעשים אבל במעשה אחד מהני לכך איצטריך תרווייהו כן הי' אפשר לומר. ובזה ניחא הא שמקש' לריב"ק מנ"ל דעדות מיוחדת פסול במעשה אחד דילמא אינו פסול אלא בב' מעשים. ולהנ"ל ניחא דבאמת ב' מעשים ידעינן מונקי וצדיק אל תהרוג. וממילא ידעינן מלא יומת עפ"י עד אחד גם למעשה אחת וזה נכון, אלא דלפ"ז לרבנן דריב"ק דס"ל בסנהדרין (ד' ל') דאפי' בד"מ לא מהני הלואה אחר הלואה א"כ לא איצטריך לד"נ דידעינן מכ"ש מד"מ כמ"ש הרמב"ן דלא איצטריך נקי וצדיק לאומדנא בד"נ דלא מהני דאפי גם בד"מ לא מהני ולדידהו איצטריך לחוזרין לזכות ואין חוזרין לחובה או מילתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא. כמוש"כ כיוצא בזה במגילת אסתר שם ובחי' הר"ן לפסולי קרובים בסנהדרין (דף כ"ה) משא"כ לתירוץ קמא איצטריך להו לזכות ג"כ:
וכ"ז שכתבנו דלהרמב"ם תרווייהו קראי צריכי חד לזכות וחד לחובה. ודיומת אינו מיותר אלא מפשטי' דריש דבדיני ממונות כשרה. אינו אלא לרמב"ן וריטב"א דלפ"מ דקי"ל כריב"ק ידעינן מאו ראה דעדות מיוחדת כשר בד"מ. אבל להנמוקי יוסף שכתב דריב"ק ידע ג"כ מויומת וצ"ל לדידי' דאי לאו האי קרא לא הוי דריש מאו ראה אלא מאו ידע כרבנן דלא מהני או דהו"א דלא מהני אלא במעשה אחד לכך מאחר דידעינן מכאן דבמעשה אחד מהני לכך אייתר או ראה דאפילו הלואה אחר הלואה מהני. וא"כ גם להרמב"ם י"ל דמיתורא קדריש לד"מ דכשר עדות מיוחדת ג"כ:
אמנם י"ל מאי פריך רב זוטרא אלא מעתה בד"נ תציל אלמה תנן הוא והן נהרגין לפימש"כ הרמב"ן דהא דדייק ר"נ מלא יומת אינו אלא לרבנן דריב"ק משא"כ לריב"ק לא מיומת ילפינן ואורחא דקרא הוא. א"כ י"ל דהא דתנן במתניתין הוא והן נהרגין אתי'

כריב"ק דיומת אורחא דקרא הוא. ולכך לעולם עדות מיוחדת פסול. אפילו לזכות גם כן. דבזה יש ליישב באמת פירכת הש"ס. ולכך לא קאמר תיובתא:

ומעתה נ"ל דרבנן דריב"ק בסנהדרין (דף ל'.) דבב' מעשים לא מהני עדות מיוחדת וריב"ק ס"ל דאפילו בב' מעשים מהני. ויליף מאו ראה. דרבנן מודו במעשה אחת דמהני וס"ל יומת מיותר ואייתר לד"מ אבל לריב"ק אינו מיותר כאן ואורחי' דקרא הוא ויליף מאו ראה דאפילו בב' מעשים מצטרפין וכ"ש במעשה אחת דמהני. וזה ס"ל להרמב"ן בחידושי מכות שכתב שם דהסוגיא דהתם קאי לרבנן משא"כ לריב"ק אורחא דקרא הוא:

ובעדות מיוחדת בקנס בב"ק (דף ע"ד) עפ"י עד אחד פשיטא אמרי הא קמ"ל עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א מה עפ"י ע"א כי אתי ע"א מצטרף בהדי' מחייב עפ"י עצמו כי אתי עדים מחייב ולאפוקי כו' ופירש"י ד"ה כי אתי ע"א דהלכה כריב"ק דאמר שומעין דבריו של זה היום וכשיבוא חברו למחר שומעין דבריו. ולפי"ז כ"ש דעדות מיוחדת כשר בדיני קנסות לפ"מ שכתב הריטב"א בפ"ק דמכות דהא דאיצטריך לאשמועינן דעדות מיוחדת כשר לא נצרכא אלא לרבנן דריב"ק דאמרי הלואה אחר הלואה אין מצטרפין דמ"מ עדות מיוחדת בחד דבר כשר. אבל לריב"ק כ"ש הוא דעדות מיוחדת כשר וכיון דהא דריב"ק איתא גם בקנסות כ"ש דעדות מיוחדת כשר בקנסות. והנה אי מהני עדות מיוחדת במלקות נראה פשוט דלא מהני כיון דבדיני נפשות עדות מיוחדת פסול מקרא דלא יומת עפ"י ע"א במכות (דף ו') גם במלקות כן. כיון דמלקות במקום מיתה עומדת. ולכך בעינן כ"ג כמו בד"נ כמבואר בסנהדרין (דף י') או כמו דילפינן שם לענין כ"ג מגז"ש דרשע רשע וכן בכמה דברים ילפינן מלקות ממיתה בגז"ש זו כן נימא גז"ש זו גם לענין עדות מיוחדת. וכ"כ בפשיטות באו"ת בסי' ל"ד ס"ק כ"ד ע"ש. ומתורץ בזה מה שהקשה בש"מ בב"מ (דף ג') אמאי לא עביד ק"ו ומה פיו שאין מחייבו מלקות מחייבו שבועה עדים שמחייבין אותו מלקות א"ד שמחייבין אותו שבועה דלפי"ז הי' פסול בעדות מיוחדת לכך עביד ק"ו מקנס דמהני בעדות מיוחדת ג"כ:

ולפ"ז קשה הא דפריך בכתובות (דף ל"ב) אמתניתין דאלו נערות שיש להן קנס הבא על אחותו. ורמינהו אלו הן הלוקין הבא על אחותו כו' וקי"ל דאין לוקה ומשלם. ומאי קושיא הא איכא לאוקמי הך מתניתין דיש להן קנס בבא על אחותו בעדות מיוחדת דמלקות ליכא וקנס איכא. וכן קשה בב"ק (דף ע"א) דפריך אמתני' דגנב וטבח ביוה"כ משלם תשלומי ארבעה וחמשה נהי דקטלא ליכא מלקות איכא וקי"ל דאין לוקה ומשלם. דנוקמא בעדות מיוחדת דקנס איכא ומלקות ליכא. וצ"ל דאה"נ דהוי מצי לשנויי כן אלא דחדא נקט לשנויי פירכא וה"ה להא. ובפרט לתנא דבי חזקי' דפוטר חייבי מיתות

שוגגין מתשלומין מהיקישא דמכה בהמה דחייב בשוגג. ולפי"ז נ"ל דפוטר גם בעדות מיוחדת מהיקישא דמכה בהמה. דמה מכה בהמה חייב בעדות מיוחדת דהוי ממון אף מכה אדם פטור בעדות מיוחדת. ובמס' מכות (דף ט"ז) אהא דאונס שגירש אם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה דלמ"ד ביטלו ולא ביטלו היכי משכחת לה אי דקטלה קלב"מ. והקשו בתוס' דילמא מיירי בשוגג דלא הוי קלב"מ ותירצו דהוי כמו מתה מאלי' כיון דלא הוי במתכוין ואכתי קשה דלוקמי בעדות מיוחדת. דליכא משום קלב"מ דעדות מיוחדת פסיל בדיני נפשות ועכ"ז לא הוי כמו מתה מאלי' כיון דהוא במתכוין וי"ל כיון דהוא במתכוין הוי כרודף עכ"פ דפטור משום קלב"מ כמבואר לקמן בסי' ס"ה מזה. (ולקמן אבאר עוד בזה) אך קשה מהא דאמרינן בב"ק (דף מ"א) ת"ר ובעל השור נקי. רבי אליעזר אומר נקי מחצי כופר א"ל ר"ע והלא הוא עצמו אין משתלם אלא מגופו הביאהו לב"ד וישלם לך. א"ל ר' אליעזר כך אני בעינך אין דיני אלא כשהמית את האדם עפ"י ע"א עפ"י בעלים עפ"י בעלים מודה בקנס היא. קסבר כופרא כפרה. וקשה הא יכול להיות דאין חייב מיתה ואעפי"כ חייב בקנס בעדות מיוחדת דמהני בקנס ואינו נסקל משום דכמיתת בעלים כך מיתת השור ומה זה שהוצרך לומר כופרא כפרה. ומצאתי בבעה"ת (שער ל"ח חלק ג') שהביא דעת האומרים שפירשו הא דאמרינן דאיצטריך קרא למעוטי שהמית את האדם עפ"י ע"א עד אחד דפטור ומשמע לולי דמיעטו הכתוב הי' חייב ובודאי איך יתחייב עפ"י ע"א אלא לאו שבעל השור טען א"י אם המית שורי את האדם או לאו. והעד מעיד שהמית ומשו"ה שאינו מכחישו העד נאמן ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. ודחה הבעה"ת דבכה"ג לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דלא הו"ל למידע ופירוש הדבר כך הוא עפ"י עד אחד עפ"י עדות מיוחדת רוצה לומר שהיא כשרה בדיני ממונות ולא בדיני נפשות ולכך מיעטו הכתוב משום דקי"ל כמיתת בעלים כך מיתת השור וכשם שאין מקבלין עדות מיוחדת בד"נ כן אין מקבלין בשור ע"כ. ומעתה ניחא הקושיא דמאי פריך מודה בקנס הוא והוצרך לומר דקסבר כופרא כפרה ולא מוקי בעדות מיוחדת. דהכי מפרש בגמרא דקושיית הגמרא אינו אלא עפ"י בעלים. דמעד אחד לא מצי למיפרך מודה בקנס הוא דמיירי בעדות מיוחדת ואינו מדייק אלא על לשון דמשכחת עפ"י בעלים דמודה בקנס הוא. אבל התירוץ דעדות מיוחדת כבר תירץ בעפ"י ע"א. וניחא בזה קושיית תוס' שם אמאי לא פריך מעד אחד ג"כ מודה בקנס כיון דמיירי בעדות מיוחדת ולא פריך אלא אשינויא דעפ"י בעלים וזה נכון. ומבעה"ת אין ראי' דס"ל עדות מיוחדת מהני בקנס דקאי להמסקנא דמשני כופרה כפרה דאכתי קשה עפ"י עד אחד לא מהני להוציא ממון וע"ז כתב דמיירי בא"י או בעדות מיוחדת. אבל להס"ד י"ל

דאה"נ דהוי מצי למיפרך אעד אחד דהיינו עדות מיוחדת ג"כ. אלא דלפי האמת דמהני בקנס עדות מיוחדת א"ש סוגית הש"ס להבעה"ת הא דלא פריך מע"א ג"כ:

והנה התוס' שם כתבו וז"ל נראה דהו"מ למיפרך אעד אחד דאין סברא לומר דלא יחשוב מרשיע את עצמו כשמודה ואינו רוצה לישבע ואע"ג דע"י העד בא עליו החיוב. אלא הפשוט נקט יותר. וכוונתם דאין עד אחד מחייב בקנס גם שבועה משום דגם אם אינו רוצה לישבע לא גרע מהודאה מדאינו נשבע מודה שהאמת כבעל דינו. ומודה בקנס פטור. וכן הוא להדיא בהרא"ש פרק שבועת הדיינין בשם הירושלמי והרי שנים מחייבין אותו קנס, שניא היא שאין נשבעין על הקנס. פי' דמקשה אהך כללא דכל ששנים מחייבין אותו ממון ע"א מחייב אותו שבועה מקנס שאין ע"א מחייבו קנס ומשני שניא היא שאין נשבעין על הקנס, ופירש רבינו שמואל דהכי קאמר בכל דבר שנשבעין עליו ע"א מחייבו שבועה אבל דבר שאין נשבעין כגון קרקעות שאם אפי' יודה פטור אין ע"א מחייבו שבועה וכ"כ הה"מ פ"ג מהל' גניבה הלכה ז'. דאין מחייב שבועה בקנס מטעם זה. דגם אם יודה יפטר וזהו שלא כדעת הרשב"א הובא בשיטה מקובצת בב"ק (דף מ"א) דעד אחד מחייב כשמודה בקנס. וכ"כ בשיטה לב"מ (דף ג') בשם גליון ע"ש דס"ל דע"א מחייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וצ"ע בזה. וי"ל דהשיטה ס"ל כדעת ראב"ן (סי' כ"ז די"ב ע"ג) דהיכא דאיכא עד אחד משים עצמו רשע והרי ביבמות (דף כ"ה) כ' רש"י דאין אדם משים עצמו רשע ליפסל ולקנס ע"ש והרי דמשוה עדות לקנס וא"כ אם בעדות לא הוי משים עצמו רשע י"ל דבקנס לא מקרי מרשיע את עצמו ג"כ:

וכיוצא בזה מבואר בתוס' בב"ק (דף מ"ו) וז"ל וי"ל דלא יהא מחוייב שבועה גדולה מהודאת עצמו דמודה בקנס פטור עכ"ל. הרי דס"ל דמודה במקצת בקנס פטור משבועה והוא מהטעם דסברא הנ"ל דלא גרע מהודאה. ולכן לטעמייהו כתבו שפיר דגם ע"א אין מחייב שבועה בקנס דאם נימא דעד אחד מחייב שבועה בקנס ומודה במקצת פטור משבועה. א"כ יקשה קושיית התוס' במס' שבועות (דף מ') ד"ה אבל טענת מלוה דהיכן מצינו דיהא מודה במקצת פטור משבועה ועד אחד מחייב ע"ש ולכן לטעמייהו דמודה במקצת פטור גם עד אחד פטור וכ"ה בטוש"ע (סי' שצ"ט ס"ג) דמודה במקצת פטור משבועה בקנס. ובירושלמי פרק שבועות הדיינין ה"ו פרט לתשלומי ארבעה וחמשה. וכיון דהוא הכל מטעם דגם אם מודה מיפטר וכמו כן בעד אחד מטעם דאי גם מודה מיפטר שפיר כתבו התוס' דגם אם מודה לדברי העד ואינו נשבע הוי כמרשיע את עצמו וכמוש"כ המהרש"א שם בכוונת דבריהם כן. ולכן לא קשיא לדידהו קושיית הבעה"ת איך יתחייב עפ"י עד אחד כיון דמיירי דמודה לדברי העד והא דלא פריך מודה בקנס

ה"ה דהו"מ למיפרך כן. אבל הבעה"ת פירש דאינו מיירי דמודה לדברי העד לכן פי' בעדות מיוחדת וממילא דלק"מ מודה בקנס אעד אחד:
ולפי הבעה"ת דפי' עד אחד בעדות מיוחדת נאמנו מאוד דברי הכסף משנה (פ"ו מהלכות רוצח הלכה ה') שכתב ליישב השגת הראב"ד על הרמב"ם שכתב שם וכן כל הרצחנים שהרגו בע"א דאיך נאמין בעד אחד להתיר דמו של זה לגואל הדם. דהכוונה בעדות מיוחדת דאין זה דוחק. כיון דגם בגמרא מצינו כן וקרא דלא יומת עפ"י ע"א יוכיח דמפרשינן הא עד אחד במיוחדת א"כ שפיר יש לפרש בגמ' וברמב"ם כן:
אלא דקשה לפי דעת בעה"ת דלהריגת השור לא מהני עדות מיוחדת א"כ מאי פריך במס' ב"ק (דף מ"א) וכי מאחר דמתם קטלינן לי' מועד היכי משכחת לה. הא משכחת שהרג ב' פעמים בעדות מיוחדת ולא הרגו השור ונעשה מועד בפעם הג'. וצריכים לומר דחדא מניי' נקט וה"ה דהוי מצי לשנויי כן. ועיין בזה:
ויש לישב כיון דאין השור נהרג בעדות מיוחדת בנגיחות הראשונות אין נעשה מועד בזה כמוש"כ התוס' בב"ק (דף כ"ד) בד"ה במכירין כו' דאין העדאה מועלת אלא בבני חיוב (ובדף מ"א) בד"ה מאחר דעפ"י בעלים ליכא העדאה דבעינן שיעידו בפני בעלים. ובפני ב"ד. וה"נ כיון דאין השור נהרג בנגיחות הראשונות אין נעשה מועד בעדותן:
והנה להתוס' דמכות (דף ו') הנ"ל דלכך לא ילפינן ד"מ מד"נ לעדות מיוחדת ממשפט אחד יהי' לכם. משום דע"כ האי קרא לאו בד"מ קאי דעד אחד מועיל לממון דלשבועה מיהא איתא. ולפי"ז קשה דהיאך מהני עדות מיוחדת בקנס דקשה קושיית התוס' נילף ממשפט אחד יהי' לכם ויהי' פסול כמו בד"נ ואין לתרץ כתירוצם דע"א מועיל לשבועה דהא בקנסות אין עד אחד מחייב שבועה וכמו שביארנו. ועוד קשה מהא דמבואר בב"ק (דף ע') וכן הוא (בסי' ל' סי"ג) דאם העיד עד אחד שראה ב' שערות בימינו ועד אחד מעיד שראה ב' שערות בשמאלו מצטרפין והרי זה דומה להלואה אחר הלואה. דאמנה דמסהיד האי לא מסהיד האי והוי מטעם עדות מיוחדת דמצטרפי כמבואר בסנהדרין שם בזה. וכ"כ הב"י שם להדיא דלכן לא מהני עדות זה אלא לממון ע"ש:
[וא"ל בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מאחר דאין עדותן קיימת לד"נ אין עדותן קיימת לממון. דמה בכך. ואדרבא מצינו בתשובת רמ"א שאלה י"ב. דכתב דאין עדות שלא בפני בע"ד מועיל לאסור אשה לבעלה דאין לומר דנאמנים מיהא להפסיד כתובתה לא פלגינן בכהי"ג משום דעיקר אדעתא לאסור קאתי לכן גם להפסיד כתובתה אין נאמנין וא"כ בעדות מיוחדת נוקמי בכהי"ג שאומרין בפירוש אדעתא דממונא קאתינן משום דאנן ידעינן דאין עדותנו מועיל לד"נ ואפי' בסתמא אדעתא דתרווייהו קאתי דדוקא בהא

דתשובת רמ"א דעיקר לאסור ולא להפסיד כתובה אין נאמנין משמע היכא דאדעתא דתרווייהו קאתי פלגינן עדותן ולמה דמועיל עדותן עדות]. והכא גם כן אין חיוב שבועה בעד אחד וכן ראיתי מקשים מהא דאמרינן בגיטין (דף ל"ג) דילמא כריב"ק ס"ל וכן מקרקעות דמבואר בסנהדרין (דף ל'), דמהני עדי צירוף בקרקעות. ובר מן דין קשה לי ג"כ מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ל') דהודאה אחר הודאה מצטרפין לריב"ק וא"כ כ"ש בעדות מיוחדת והיאך מהני הא הבעהמ"א כתב דע"א אין מחייב שבועה וכן ס"ל להתוס' בסנהדרין (דף ו') וכמוש"כ הש"ך (בסי' פ"א ס"ק כ"ב) וכן קשה מהא דאמרינן בכתובות (דף ל"ב) אלא שהעידו בזה אחר זה. רשב"ג כר"נ דאמר מצטרפין ור"א כת"ק דאמר אין מצטרפין וא"כ כיון דקי"ל בסנהדרין (דף ל') דמקשינן הגדה לראיה וכיון דלא בעינן הגדה כאחד ה"נ לא בעינן ראי' כאחד וא"כ שייך פלוגתא דריב"ק ורבנן גם לענין מעלין לכהונה וכן נראה מדברי הב"י (סי' ל') א"כ כ"ש דמהני עדות מיוחדת ואמאי הא אין עד אחד מחייב שבועה ועוד דדעת כמה פוסקים בבד"ה ובאהע"ז (סי' י"א) דעדות מיוחדת גם בגיטין ובקידושין מהני אף דג"כ אין שייך חיוב שבועה בזה:

ונראה לי לתרץ ונציע היטיב לישנא דהתוס' דמס' מכות (דף ו') וז"ל הקשה רבינו אברהם מאוריליינש דהא קרובים נפקא לן דפסולין מלא יומתו אבות על בנים ודיני ממונות גמרינן מיני' מדכתיב משפט אחד יהי' לכם א"כ ה"נ נילף ד"מ מד"נ להך מילתא דעדות מיוחדת ויש לדקדק בדבריהם למה הוצרכו לתת הקדמה דקרובים נפקא לן דפסולין מלא יומתו אבות על בנים וד"מ גמרינן מיני' ולמה לא הקשו בפשיטות דנילף לענין מיוחדת ד"מ מד"נ ממשפט אחר יהי' לכם וכמו שהקשו התוס' שם (דף ו') ד"ה אמר רב יוסי וז"ל ולפי' הקונטרס, משום דכתיב והצילו העדה דמצוה לבטל העדות בקל כדי להציל הנפש וקשה לפירושו דא"כ ד"מ נילף מינייהו דהא כתיב משפט אחד יהי' לכם עכ"ל הרי שהקשו בלא שום הקדמה דמצינו בעלמא היקישא דמשפט אחד רק הקשו בפשיטות דנילף לביטול העדות ד"מ מד"נ ממשפט אחד ועוד מה זה שמצאו רק הך היקישא דקרובים והא האי היקישא מדריש לכמה דברים במס' סנהדרין לענין דרישה וחקירה וכיוצא בזה, אך צ"ל דשפיר הוצרכו להך הקדמה דקרובים דבלא הקדמה זו אי אפשר להקשות נילף דיני ממונות מד"נ ממשפט אחד יהי' לכם. די"ל דהא כתיב בהדיא לא יומת עפ"י עד אחד ומשמע דוקא מיתה הא בממון גם עפ"י עד אחד. ומצאתי להרמב"ן ז"ל במכות שתירץ באמת כן. ולזה הקדימו דהא קרובים נפקא לן מלא יומתו אבות על בנים וד"מ גמרינן מינייהו ממשפט אחד יהי' לכם הרי חזינן דהיקישא דמשפט אחר אלים לאפוקי ממשמעותא דקרא דאיירי במיתה דלאו דוקא מיתה אלא ממון א"כ גם

בעדות מיותרת נימא כן דלא יומת לאו דוקא מיתה אלא גם ממון נימא כן מהך היקישא ולזה תירצו דע"כ האי קרא לאו בדיני ממונות קאי, דע"א מועיל לממון מיהת לשבועה. וא"כ לא יומת דוקא מיתה ולא ממון וא"כ ניחא שפיר הא דבקנס מהני עדות מיוחדת וכל הנך שזכרנו דדייקינן לא יומת דוקא ולא שאר דברים ולא שייך שוב לומר דנילף ממשפט אחד כיון דלענין ממון לא מצי קאי ולא יומת דוקא מסתברא לומר למילף יותר קנסות כל שאר דברים מממון מלמילף מנפשות לאפוקי פשטי' דקרא דמשמע דוקא מיתה ולא ממון. ועל כיוצא בזה לא מצינו בשום מקום דהיקישא דמשפט אחד יהא אלים לאפוקי פשטי' דקרא וא"כ גם היכא דעד אחד אינו מועיל לשבועה מהני עדות מיותרת כמו בממון דע"א מועיל לשבועה כן נ"ל נכון בזה:

עוד נ"ל לתרץ בפשיטות לפי מש"כ הרמב"ן והריטב"א ז"ל (שהבאנו לעיל) להקשות בהא דהוצרך שם בגמרא למילף דעדות מיוחדת כשר בד"מ מדיוקא דלא יומת עפ"י עד אחד. הא קי"ל כריב"ק דאמר הלואה אחר הלואה מצטרפין וכ"ש בעדות מיוחדת ותי' דהאי צריכותא אינו אלא לרבנן דריב"ק דס"ל דבעינן שיראו שניהם כאחד ואפי"ה מכשר ר"י לדידהו עדות מיוחדת מדיוקא דלא יומת אבל לריב"ק לא בעינן לזה אלא משום או ראה. דרבי רחמנא דעדותן מצטרפת. ושוב הקשה הרמב"ן ז"ל עדות מיוחדת בד"מ היכי מכשרינן והא כתיב משפט אחד יהי' לכם. כדאמרינן גבי דרישה וחקירה לאו מילתא היא דהא הכא גלי רחמנא בה מדכתיב יומת או מדכתיב או ראה לריב"ק ע"כ. והנה תי' זה מדכתיב יומת כבר כתבנו. דהתוס' מיאנו בזה. ממה דמצינו בקרובים דכתיב ג"כ לא יומתו. ואפי"ה גמרינן ממונות מהך היקישא ולזה הוצרכו לתירוצם דבד"מ לא מצי מיירי דע"א מועיל לשבועה וכ"ז הוא לרבנן דריב"ק אבל זה ודאי מודו רבנן דלמאי דקי"ל כריב"ק דהלואה אחר הלואה מהני מדכתיב או ראה דאין אנו צריכין לומר משום שבועה ולא קשיא מידי דנילף מהקישא דדיני נפשות דשאני הכא דכתיב או ראה וכתי' הרמב"ן ז"ל וא"כ לא קשה מידי כל הנך קושיות דלעיל דאיך מהני לריב"ק במידי דליכא חיוב שבועה דלדידי' אין אנו צריכין לזה וטעמו מדכתיב אז ראה א"כ אין חילוק בין במידי דאיכא חיוב שבועה או לא וא"ש ונכון:

ויצא לנו מזה כיון דלדידן עיקר ילפותא דעדות מיוחדת מהני מדכתיב או ראה וכריב"ק דקי"ל כוותי ולדידי' גם היכא דכל אחד על מעשה אחר מצטרפין וכמו שביארנו לעיל גם עדות מיוחדת בכה"ג מדאורייתא ומעתה ליתא להא שכתב הנתיבות דהא דעדות מיוחדת דאורייתא היינו אם מעידין על דבר אחד כגון אחד ראה מחלון זה ואחד ראה מחלון זה אבל היכא שאחד ראה מעשה אחר אז הוי מדרבנן אלא גם בכה"ג מדאורייתא.

וגם לפי"מ דמבואר בסנהדרין (דף ל') דטעמא דריב"ק משום סברא דתרווייהו אחד מנה קמסהדי. מ"מ גם מה דידעינן מסברא הוא דאורייתא וכדפריך בכתובות (דף כ"ב) וכי מאחר דאיכא סברא קרא ל"ל והא דבאמת איצטריך הכא קרא דאו ראה ולא ידעינן מסברא. צ"ל כמוש"כ התוס' בשבועות (דף כ"א) דפעמים אין הסברא פשוטה כ"כ והקרא גלי לן הסברא ע"ש והא דבברכות (דן ל"ה) מבואר דברכת הנהנין מסברא ואעפי"כ אינו אלא מדרבנן כבר כתב הצל"ח בזה דשאני התם דהוא מצוה ואין להוסיף מסברא לכן הוי דרבנן אבל בעלמא אף מסברא הוי דאורייתא גם כן:

ונ"ל להביא ראי' דמהני עדות מיוחדת בקנס מהא דב"ק (דף י"ד) בפני ב"ד עפ"י עדים בני חורין בני ברית ומפרש בש"ס עפ"י ב"ד פרט לב"ד הדיוטות דבקנס בעינן מומחין. ועפ"י עדים למעוטי מודה בקנס ואח"כ באז עדים ולמ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב סיפא איצטריכא לי' בני חורין בני ברית. ואמאי צריך לומר דנקט עפ"י עדים משום סיפא. לימא דעפ"י עדים איצטריך למעוטי עדות מיוחדת דהרי במכות (דף ז') יליף דעדות מיוחדת פסול בדיני נפשות מדכתיב לא יומת עפ"י עד אחד וא"כ עדות מיוחדת מקרי עפ"י עד אחד כמוש"כ הבעה"ת הנ"ל. משא"כ באינו מיוחדת הוי שני עדים. א"ו דבקנס נמי מהני עדות מיוחדת ולכך קאמר סיפא איצטריכא לי' וי"ל ודו"ק. גם בהא דכתבו תוס' ב"ק (דף מ"א) שכתבנו לעיל דאין סברא לומר שלא יחשוב מרשיע עצמו כשמודה ואינו רוצה לישבע. דנקטי כשמודה כמוש"כ מהרש"א משום דבאינו מודה אין מוציאין ממון אבל ה"ה דליכא שבועה דאין נשבעין על הקנסות דאפילו אי מודה מפטר ועי' במהר"ם שם כמו שביארתי לעיל ומהסוגיא הנ"ל מבואר כן דהתוס' שם הקשו דלמא נקט עפ"י עדים למעוטי עפ"י עצמו ותי' דעפ"י עצמו ידעינן ממשנה אחריתי ואכתי דלמא אתי לאפוקי עד אחד דאין מחייב בקנס אפי' שבועה או ממון כשמודה להעד דבעינן שני עדים דוקא ולהנ"ל גם זה פשיטא מאחר דידעינן ממשנה דבמודה פטור ממילא אין שבועה דאפילו אי מודה מפטר וכ"ש כשמודה להעד גם כן:

ויש להביא ראיה דלא מהני עדות מיוחדת בקנס מהא דתנן בסנהדרין (דף ל"ב) הדברים שבין דיני ממונות לד"נ ואמאי לא קחשיב גם עדות מיוחדת דבד"נ פסול ובד"מ כשירים אלא ודאי דלא מהני עדות מיוחדת בקנס. ולכן לא קחשיב זה דהרי איכא קנס דדומה לד"נ בזה וי"ל דתנא ושייר עוד בשלחו אחריו ולא בא דבד"מ מהני ובד"נ לא מהני וכמוש"כ בשו"ת מהר"י סג"ל (סי' י"א) אמנם זה אינו דבפ"ב דב"ק (דף כ"ד) דאינו נעשה מועד בשלחו ולא בא וא"כ לא קחשיב הך נפ"מ דשלחו ולא בא. דבד"מ מהני. דהאיכא מועד דהוי דיני ממונות ולא מהני ג"כ. ובזה י"ל הא דלא קחשיב דאין עד הרואה

נעשה דיין בדיני נפשות משא"כ בד"מ לר"ע במכות (דף י"ב) אך כיון דגם בחבלות ס"ל כן כמבואר בב"ק (דף צ') וכמוש"כ התוס' בר"ה (דף כ"ו) לכן לא קחשיב זה. ואתיא מתניתין כר"ע ג"כ ולא צריכין אנו לומר דאתי' כר"ט דס"ל דמהני עד הרואה גם בד"נ. ולהאי דלא קחשיב עדות מיוחדת. י"ל דלא מיירי בעדות אלא בדיינים ודרישה וחקירה מה שהדיינים צריכין וזהו תכסיס הדין אבל בשאר פרטי הדינים לא קמיירי ודכוותי' איכא טובא דעדי טריפה פסולין לד"נ משא"כ בד"מ כשרים. כמבואר במפרשים (בסי' ל"ג) ועוד לשיטת ר"ת עדות בכתב כשר. ובדיני נפשות פסול כמבואר בתשובות הרמ"א סי' י"ב בזה עיי"ש: גם היה אפשר לומר לפמש"כ התומים דהא דעדות מיוחדת כשר בד"מ אינו אלא מדרבנן. וא"כ המתניתין לא מיירי אלא מדאורייתא כמו דתני אחד ד"מ ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה. ומוקי הש"ס דמדאורייתא הוא דמדרבנן לא. בעי דו"ח. וה"נ בעדות מיוחדת מאחר דמדאורייתא פסול לא תני אך כבר ביארנו דהעיקר דגם מדאורייתא כשר ולכן העיקר כמוש"כ. וגם תנא ושייר הא דקחשיב שם בירושלמי דבדיני נפשות אין דנין שנים ביום אחד משא"כ בדיני ממונות ע"ש בזה וגם בדיני נפשות צריכים להעיד כאחד משא"כ בד"מ שומעין דבריו של זה היום וכו' כמבואר כן ברמב"ם (פרק ד' מה' עדות הלכה א') עיי"ש בזה:

ובעדים המכחישים זא"ז בדיני קנסות. דבד"נ פסול ובד"מ כשר. ומסתבר דמהני גם בדיני קנסות. ובש"מ ב"ק (דף כ"ו) אהא דיהא אדם חייב בכופר דתיפוק לי' מטעם קלב"מ פירש"י דלא אתרו בי' ובשיטה כ' בעדות מיוחדת ה"ה דהומ"ל באיתכחוש בבדיקות דפטור ממיתה וחייב בכופר. שוב הראוני דבנב"י (שאלה ע"א) כתב להדיא דבד"ק אי איתכחשו בבדיקות, כשר. וע"ש שנתן טעם דאמאי לענין חקירות ילפינן ממשפט אחד יהיה לכם מד"נ ולא ילפי' לענין בדיקות דחקירות בדיעבד מעכב משא"כ בדיקות, וי"ל ג"כ דבחקירות אין אנו יודעין אם המעשה אמת דמדאתכחשו בחקירות הוי ספק במעשה משא"כ בבדיקות דהמעשה אמת ולכן אינו מעכב בדיעבד ולא ילפי' ממשפט אחד יהיה לכם וראי' לזה מהא דלקמן (דף פ"א) ההורג שלא בעדים וכו' מנא ידעי' בעדות מיוחדת כו' דאיתכחוש בבדיקות. ומבואר שם בפרש"י דהמעשה אמת ואמאי לא קאמר דאיתכחוש בחקירות א"ו דבחקירות אין אנו יודעין דהמעשה אמת. ובפי' המשניות לרמב"ם ר"פ הי' בודקין מבואר דשבע חקירות הוא כדי שיתברר האמת ע"ש ולכך גם בקנס כשר בבדיקות מאחר דהמעשה אמת:

ובזה יש ליישב קושי' תוס' בב"מ (דף ג') אמאי לא יליף דעדים מחייבין שבועה מק"ו דאם שנים מביאים למיתה חמורה לא יביאו לשבועה קלה ולפימש"כ א"ש דנ"מ במכחישין

זא"ז בבדיקות דאי הוי ילפינן מק"ו הו"א דיו לבא הדין להיות כנדון ואם מכחישין זא"ז בבדיקות אין מחייבין שבועה אבל השתא דיליף מקנס הוי דומיא דקנס דכשרין אף אם מכחישין זא"ז בבדיקות וה"נ מחייבין שבועה ג"כ. ובתו' סנהדרין (דף ג') שכתבו דל"ל קרא דמשפט אחד יהיה לכם לדו"ח תיפוק לי' דבעדים זוממין גופי' כתיב דרישה וחקירה, ותי' דאין למילף שאר דיני ממונות מעדים זוממין ע"ש ולא ביארו הטעם דלא היינו ידעינן שאר ד"מ מעדים זוממין. ובנב"י האריך בזה. ולענ"ד נ' בפשיטות דעדים זוממין חידוש הוא ולא ילפינן מיני' וכמוש"כ כיוצא בזה המרדכי בפ"י דב"ק דמכאן ללמוד דאין מקבלין שלא בפני בע"ד מעדים זוממין דאין מזימין שלא בפניהם משום דעדים זוממין חידוש הוא וה"נ לענין דו"ח אין ללמוד מהם דשאני עדים זוממין דהקילו בהם שלא לענשם בלא דו"ח משום דחידוש הוא כן נ"ל פשוט בזה: ויש לבאר בחייבי גליות וחייבי מלקות אי איתכחשו העדים בבדיקות אי עדותן קיימת ונראה דחייבי גליות וחייבי מלקיות דמיא לדיני נפשות כדגמרינן בכ"ד חייבי גליות וחייבי מלקיות בגז"ש סנהדרין (דף ל"ג) ומכות (דף ה') ועוד דוכתי וא"כ ה"נ אי איתכחשו בבדיקות דמיא לדיני נפשות ואינו חייב גלות ומלקות עי"ז. ויש להביא קצת ראי' מהא דאמרי' במכות (דף ז') בשגגה פרט למזיד פשיטא בר קטלא הוא ומאי פריך והא י"ל דמיירי באיתכחוש בבדיקות דלאו בר קטלא הוא וע"כ דחייב גלות. והתוס' הקשו דמיירי במזיד ולא אתרו ביה ותי' דעוד קראי כתיבי וא"כ י"ל גם כן לענין דאיתכחוש בבדיקות אבל אמאי לא הקש' התוס' כן א"ו דאי מיירי באיתכחוש בבדיקות לא הי' חייב גלות כלל אפי' בשוגג ולכך לא הקשו תוס' מזה. ובמ"א נסתפקתי בעדות מיוחדת אי מחייבי גלות והבאתי ג"כ קצת ראי' מזה מדלא הקשה תוס' אימא מיירי גם בעדות מיוחדת דלאו בר קטלא דעדות מיוחדת פסול לדיני נפשות וה"א דחייב גלות לכך איצטריך קרא למיפטרי' א"ו דעדות מיוחדת גם בשוגג פטור:

אלא די"ל מההוא דכתובות (דף ל"ב) הנ"ל הא דתנן התם דבאחותו יש להן קנס והא אין לוקה ומשלם והא איכא לאוקמי באיתכחשו בבדיקות דמלקות ליכא וקנס מתחייב גם בדאיתכחשו בבדיקות וכן בב"ק (דף ע"א) הנ"ל גנב וטבח ביוהכ"פ חייב אמרי נהי דקטלא ליכא הא מלקות איכא וקי"ל דאין לוקה ומשלם. דנוקמי באיתכחשו בבדיקות דמלקות ליכא וקנס איכא כמוש"כ להק' לעיל לענין עדות מיוחדת. וי"ל ע"כ כנ"ל ודזה תליא בפלוגתא דר"י ור"ל בכתובות (דף ל"ה) אי חייבי מלקות שוגגין פוטר מתשלומין אי איתקש לחייבי מיתות שוגגין או לא. והרי בעדים דמתכחשי בבדיקות בד"נ פוטר מתשלומין מהיקשא דמכה בהמה ולר"י דלא איתקש חייבי מלקות שוגגין

חייב בתשלומין ה"נ דהומ"ל כן אבל לר"ל פוטר גם מתשלומין לא הו"מ לאוקמי כן. וכן מההוא דמכות הנ"ל אי במזיד בר קטלא הוא ומשני בלא אתרו בי' ה"ה דהומ"ל בעדות מיוחדת ובדאיתכחשו בבדיקות ג"כ. והריטב"א בריש פ"ק דמס' מכות נסתפק אי במודה מעצמו חייב גלות ויתבאר במק"א בזה. ול"ק דנוקמי בכהי"ג דז"א דע"כ לא אמרינן דבמודה מעצמו חייב אלא בשוגג דאין משים עצמו רשע בזה משא"כ הכא דמשים עצמו רשע לא מהימן בזה:

וכן י"ל מההיא דמכות (דף ט"ז) דפריך למ"ד ביטלו ולא ביטלו. היכי משכחת לה. אי דקטלה קלב"מ ותוס' כתבו דילמא מיירי בשוגג ותי' דהוי כמו מתה מאלי'. ואכתי לוקמי באיתכחוש בבדיקות דליכא קלב"מ וכמו שכתבתי לעיל דלוקמי בעדות מיוחדת או במזיד ולא אתרו בי' דלא הוי קלב"מ ומשכחת ביטלו ולא ביטלו גם כן והי' ג"כ אפ"ל כנ"ל דהוי כרודף דניתן להצילו בנפשו דפטור משום קלב"מ כמבואר לקמן סי' ש"פ אמנם ז"א לפימש"כ רש"י בסנהדרין (דף ע"ג) דהא דבניתן להצילו פטור משום קלב"מ אף דלא עשו מעשה משום דהוי חייבי מיתות שוגגין והרי המהרש"א כתב דהא דכ' תוס' דלוקמי בשוגג דאף דחייבי מיתות שוגגין פטורין ממלקות דהכא דהמלקות אינו כעת רק על מה שגירש כבר אין חייבי מיתות שוגגין פוטר וה"נ כן לא נפטר בזה משום דניתן להצילו דהא לא הוי אלא חייבי מיתות שוגגין ואינו נפטר על מלקות שחייב מכבר. ובזה י"ל מש"כ לקמן סימן ש"פ בזה. וגם אי נימא דלא כרש"א אלא כרש"ל דחייבי מיתות שוגגין אינו פוטר ממלקות וכ"ה האמת כמוש"כ הרמב"ם מהש"ס דחולין (דף פ"ב) דלא כמהרש"א הא ליתא להך סברא דניתן להצילו דהא לא הוי אלא חייבי מיתות שוגגין ואינו פוטר ממלקות וא"כ ליתא להאי תירוצא ועמש"כ בב"ק (דף כ"ז) בזה. אלא ודאי דגם מלקות אינו חייב בעדות מיוחדת ובאיתכחוש בבדיקות ולכן לא משכחת ביטלו שיהא חייב מלקות ע"ז אלא בתירוצא דש"ס שם וזה נכון ובב"ק דף צ"א) כתבו תוס' דהא דאחרים שקצצו נטיעות חייבין אתיא כר"מ דלוקה ומשלם דאיכא מלקות משום לא תכרות א"נ במזיד ולא אתרו בי' ולכאורה הו"מ לאוקמי בעדות מיוחדת דליכא מלקות א"נ באתכחשו בבדיקות. דהא מדמוקמי בלא אתרו בי' הוא כר' יוחנן דחייבי מלקות שוגגין חייבין דלא אתקש לחייבי מיתות שוגגין א"כ ה"ה דהו"מ לאוקמי בעדות מיוחדת ובאתכחשו בבדיקות גם כן:

והנה בעדי קידושין לא מהני עדות מיוחדת באהע"ז (סי' מ"ב) ובגיטין מהני ובעדי מסירה ג"כ מהני. כמוש"כ הב"ש באהע"ז (סי' קל"ג סק"א) עיי"ש ונ"ל דהגדה כאחד כו"ע מודו דלא בעינן ושומעין דבריו של זה היום. וכשיבוא חברו למחר שומעין דבריו

גם בעדי גיטין וקידושין וראי' לזה מהא דאמרינן בגיטין (דף י') אמר רב פפא זאת אומרת עדי הגט אין חותמין זה בלא זה. מ"ט אמר רב אשי גזירה משום כלכם והנה ר"פ לשיטתי' אזיל דמבואר במס' כתובות (ד' פ"ח) יהיב לה כתובתה באפי חד סהדא וסמוך סהדא קמא אסהדי בתרא דלא בעינן שיראו כאחד כמבואר בתוס' שם ד"ה היכי וא"כ לא בעי הגדה כאחד וכמו שכתבנו, ולכן בשטרות דהוא כהגדה. דעדים החתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי חותמין זה בלא זה. זולת בגט משום כולכם אבל בלא"ה היו חותמין זה בלא זה. ומבואר דגם בעדי גיטין לא בעינן הגדה כאחד ועיין היט' בפ"י בפרק השולח (דף ל"ג) עיי"ש:

רמ"א וכן דיני עדות דבר איסור. הנה לאסור אשה לבעלה דעת הב"י והרמ"א באהע"ז סי' י"א דלא בעינן עדות מעליא. וגם עדות מיוחדת סגי. אך דעת הר"א ששון סימן י"ז. דאין לאסור בעדות מיוחדת ותמיהני הלא סוגיא ערוכה בסוטה (דף ג') וטומאה בעלמא בלא קינוי ובלא סתירה. דלא מהימן עד אחד מנלן. נאמר כאן כי מצא בה ערות דבר ונאמר להלן עפ"י שנים עדים או עפ"י שלשה עדים יקום דבר מה דבר האמור להלן עדים שנים אף כאן עדים שנים. וכיון דילפינן מיקום דבר דלא מהני עד אחד ובעינן שנים מממון. א"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון וכמו דבממון מהני עדות מיוחדת ה"ה בעדי טומאה. לאסור אשה לבעלה סגי בעדות מיוחדת ג"כ וצ"ל דגז"ש לא מהני אלא דבעינן ב' עדים וכיון דגלי לן קרא דבעינן ב' עדים א"כ מסברא אמרינן דלא מהני עדות מיוחדת ולא דמי לדיני ממונות דסגי בעדות מיוחדת כמוש"כ התוס' במכות (דף ו') הנ"ל דבממון דעד אחד מחייב שבועה סגי בעדות מיוחדת ג"כ. משא"כ לאסור אשה על בעלה דע"א לא מהני כלל ה"ה דלא מהני עדות מיוחדת ג"כ:

והרווחנו בזה לסתור ראיית הנוב"י שהביא ראי' דלא כהר"א ששון מהא דאמרינן בגיטין (ד' צ') וב"ש האי דבר מאי עבדי לי' יליף דבר דבר מממון מה להלן בעדים ברורים אף כאן בעדים ברורים והקשה בירושלמי דא"כ ל"ל למיכתב דאסור להחזיר גרושתו תיפוק לי' דאסור סוטתו ותי' לעבור עליו בלאו ועשה. והנה זה ודאי כיון דיליף דלא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערוה בעדים מממון. ודאי דמועיל גם עדות מיוחדת דומיא דממון. והשתא אי ס"ד דעדות מיוחדת אינו מועיל לאסור אשה לבעלה. א"כ מאי מקשה הירושלמי תיפוק לי' דאסור להחזיר סוטתו הא נפק"מ לענין עדות מיוחדת דאינו נאסרת עליו ואפי"ה מצי לגרש והוא תמוה דהא גם לאסור אשה לבעלה יליף בסוטה דף ג') מדכתיב כי מצא ערות דבר מממון דבעינן ב' עדים וא"כ ממ"נ אם ילפינן מממון שיהא דיו לבא מן הדין להיות כנדון א"כ גם לאסור אשה לבעלה סגי בעדות מיוחדת ולא הי'

צריך להוכיח מהירושלמי והא יכול להביא בפשיטות מן הסוגיא דסוטה. ואם הגז"ש לא דוקא לכל מילי מה"ט דכתיבנא א"כ גם לענין לא יגרש אדם את אשתו לא מהני עדות מיוחדת. ולא ידעתי איך חילק בזה בין לא יגרש ובין לאסור אשה לבעלה אחר דתרווייהו מחד קרא נפקא לכן אין ראי' כלל לסתור דעת הר"א ששון בזה:

ובלא"ה צ"ל דלא יגרש ולאסור אשה לבעלה שוין הן לפמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ח') דעדים המכחישות זו את זו בבדיקות מותרת לבעלה. וא"כ מאי מקשה הירושלמי תיפוק לי' דאסור להחזיר סוטתו הא נפ"מ באיתכחוש בבדיקות דמצי לגרש משום דדיו לבא מן הדין להיות כנדון. מממון דבממון כשר עדות המוכחשת בבדיקות. ולבעלה מותרת ומותר להחזיר סוטתו אלא ודאי דאי מותרת לבעלה לא מצי מגרש ג"כ:

הש"א הביא ראי'. דבעי בב"א דוקא. ועדות מיוחדת לא מהני. מהא דסנהדרין (דף מ"א) א"ר חנן עדי נערה המאורסה שהוזמו אין נהרגין מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ואיך יכולין לומר כן. הא ישאלו אותם אם ראו כאחד דבד"נ פסול עדות מיוחדת ואמרו הן. וא"כ איך שוב יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו דהא לאסור לא בעינן שיראו בב"א א"ו דגם לאסור על בעלה פסול עדות מיוחדת. ושוב דחה דיכולין לומר דהא דהשיבו שהעידו בב"א הוא לרווחא דמילתא לאלומי לסהדותייהו. ויש להביא ראי' לזה מהא שהק' תוס' דאכתי יכולין לומר לפוסלו לעדות באנו והא לפסול לעדות סגי בעדות מיוחדת כמבואר בסנהדרין (דף כ"ז) ובטוש"ע (סי' ל"ד) וא"כ למאי השיבו דראו בב"א א"ו דיכולין לומר דלרווחא דמילתא השיבו כן:

(מבן המחבר ואני בנו ותלמידו נראה לי להוכיח כן מהמהרש"א שם שתי' אהא דהק' הא דלא מוקמי כשמת בעלה בשעת עדות עדים דלא יוכלו לומר לאוסרה על בעלה באנו ותי' דאכתי יכולים לומר להפסיד כתובתה באנו. והאיך יכולים לומר להפסיד כתובתה. הא להפסיד כתובתה סגי בעדות מיוחדת דהא קיי"ל כר"י בן קרחה דבממון לא בעינן שיראו שניהם כאחד דאפילו בזה אחר זה נמי עדותן מצטרפת ולמה השיבו שראו שניהם בב"א. א"ו דיכולים לומר דלרווחא דמילתא השיבו הן. והנה קושיית הש"א הנ"ל הובא ג"כ בתשובות הגרע"א ז"ל (בתשובה קצ"ט) והוסיף עוד להק' שם הא לאוסרה סגי אפי' בלא שכבו כדרך המנאפים בק"ב אלא ששכבו בבגדיהם יחד סגי לאוסרה. אבל לפי הנ"ל ניחא דיכולים לומר לרווחא דמילתא השיבו כן. אבל להש"א הנ"ל קשה לי מאד לפי שיטת הרמב"ם דעל קירוב לחוד לוקין בעריות וא"כ קשה הא אכתי יכולים לומר להלקותו באנו והיא קושיא גדולה על הרמב"ם. [ולפי מה שנסתפק החמדת שלמה

באהע"ז סי' ו' דלהרמב"ם דלוקין על קריבה אין אשה מוזהרת על לאו דקריבה ויהי' הוכחה מזה דאין אשה מוזהרת דהשתא אין יכולים לומר להלקותה באו]:

אבל הי' אפשר לתרץ בפשיטות כנ"ל דאם יהי' כדבריהם דלא באו אלא להלקותו הי' להם להעיד על קירוב לחוד למה העידו על ק"ב כדרך המנאפים ע"כ להורגו כיוונו בעדותן ולפי"ז יתיישב שפיר קושיית התוס' דשם דאכתי יכולים לומר לפוסלו לעדות באנו דלהנ"ל ניחא דאי לפוסלו לבד באו הי' להם להעיד על קירוב לחוד שגם בזה הי' נפסל לעדות להרמב"ם. והתוס' דהק' אפשר דיסברו כשיטת הרמב"ן דאין חייבין רק בעדי הראה [וקושיית התוס' יש לתרץ עפימש"כ בעצמה לקמן (דף פ"ו) בד"ה גניבה וכו' וא"ת אמאי מקטלא הא מצי אמרי לפוסלו לעדות באנו וכו' ושמא אצטריך קרא דמיפסל מעיקרא וקאי א"כ ה"נ י"ל דמשכחת לה בשכבר נפסל לעדות מעיקרא דהשתא אינם יכולים לומר לפוסלו לעדות באנו. ושוב ראיתי בתומים שהק' על תוס' דילמא מיירי שכבר נפסל כדכתבו לקמן (דף פ"ו) כיוצא בזה. ואפשר לומר דהא דלא תירצו כן משום דעדיפא מיני' משני. דבאמת גם התוס' שם נראה להם תירוץ דחוק וכתבו בלשון שמא מיירי שכבר נפסל ואפשר הטעם משום דיכולים לומר דלא ידענו שכבר נפסל לעדות] אבל לפי הש"א הנ"ל הדר קושייתנו לדוכתי' דשפיר יכולים לומר דלא באו רק להלקותו והא דהעידו בק"ב כדרך המנאפים לרווחא דמילתא לאלומי לסהדותייהו.

ושוב בא לידי ספר מנחת חינוך וראיתי שבמצוה קפ"ח בדיני העריות האסורים שהק' ג"כ כנ"ל לפי שיטת הש"כ וז"ל ולכאורה קשה לשיטת הר"מ והרמ"ח דמבואר בסנהדרין (דף מ"א) דלריב"י דסובר דחבר א"צ התראה אשה חבירה דמיקטלא היכי משכחת לה הא י"ל לאוסרה על בעלה באנו ותי' שזינתה לאחד מקרובי' ולשיטה זו מבואר בש"ס ור"מ מהא"ב דאין העדים צריכין לראות הערוה רק אם שוכבים כדרך המנאפים ע"ש א"כ האיך מקטלא הא יכולים לומר להלקותו באנו מחמת הלאו דקריבה ואפ"ל דמ"מ משכחת לה שראו הערוה והעידו ע"ז דאי להלקותו די בנשיקה והם העידו בפירוש על הערוה ע"ש בזה (מה שתמה על הרמב"ם לפי שיטת הש"ך דוקא דסבר דוקא דרך חיבת ביאה וכוונתו הוא בפירוש הש"ך הוא דדרך חיבת ביאה שחייב הרמב"ם מלקות דוקא ששכבו בבגדיהם יחד בלא הערוה והוא תמוה להמעיין בהש"ך שם דלא כתב הש"ך אלא דרך חיבת ביאה דהקירוב יהי' לכוונת חיבת ביאה כדמסיק):

סעיף ז:

וטעו בעיבורא דירחא. וכ"ז קודם רובו של חודש אבל לא לאחר רובו של חודש ובאו"ת סעיף קי"ג נסתפק אם הכוונה דודאי לא טעו לאחר רובו של חודש. או הכוונה דאין

כאן רוב והוי ספיקא. ונפ"מ אם הביא הנתבע עדים והכחישו א"ע לאחר רובו של חידש או אם הם עדי קידושין. דיש להחמיר ע"ש שהביא מהמהרש"א דודאי לא טעו עיי"ש. ונראה) שכן מבואר מהא דאמרינן בב"ב (דף קע"א) ת"ר שטר שזמנו כתוב בשבת או בעשרה בתשרי. שטר מאוחר הוא וכשר דברי ר"י ר"י פוסל, וכ' התוס' נימא דטעו בקביעא דירחא ויהא כשר. ותי' דמיירי לאחר רובו של חודש דלא טעו בעיבורא דירחא. וכ"כ בהג' אשרי שם ואי נימא דאינו אלא מספק הא מספיקא לא פסלינן שטרא כמוש"כ התוס' בפ"ק דר"ה (דף ב') והוכיחו מהא דמכשר ר' יהוד' משום ספיקא דמאוחר וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דלמה לי' למימר הטעם משום דמאוחר דמיחזי כחוכא ולא משום דטעו בקביעא דירחא א"ו דלאחר רובו של חודש בתורת וראי הוא דלא טעו. ולכן שפיר הוצרך לטעמא דמאוחר ולכך כשר. וכן משמע (ה) דמבואר לקמן (סי' מ"ג ס"ח) שטר שכתוב ברביעי בשבת דכשר ופלפלו שם הפוסקים בהאי כללא דלאחר רובו של חודש לא טעו בקביעא דירחא ואי מספיקא בלא"ה ניחא דלא פסלינן שטרא מספק אלא ודאי דמתורת ודאי הוא:

עוד הביא שם תשובת מהרלב"ח מחלוקת אם גם בב' עדים אמרינן דטעו בקביעא דירחא. ועיין רש"ל בפסחים (דף י"ב) בתוס' ד"ה באיזה יום. דס"ל להדיא דגם בב' עדים אמרינן כן. ובראש יוסף ה' עדות (סי' ל"ג הגה' מ"ו) הביאו השע"מ (פ"א מהל' עדות) דבב' עדים לא אמרינן דטעו בעיבורא דירחא. והתומים הכריע מהא דמבואר (בסי' מ"ג ס"ח) בשטר שכתוב ברביעי בשבת דפלפלו הפוסקים בזה אי אמרינן דטעו בעיבורא דירחא ומבואר דגם בב' עדים אמרינן כן:

סעיף ה:

והשני אומר בתשרי כתב הסמ"ע דאם לא טען שפרע שניהם נשבע המלוה שבועה דאורייתא וכתב הט"ז דהוא שלא בדקדוק דהא בע"א ועד בשטר שהוא פרוע אינו חייב רק שבועה דרבנן כדאיתא בפרק הכותב ולקמן (סי' פ"ז ס"ה) כ"כ הסמ"ע עצמו אלא ע"כ לא דק כאן (והוא ט"ס וצ"ל סי' פ"ד ס"ה יעיי"ש שכ"כ בסק"ג) [ולפי"מ שנכתב בסמ"ע שלפנינו בר"ת "ש"ד" ביאורו שבועה דרבנן ולק"מ קושיית הט"ז]. ואין להקשות ע"ז דעד כאן לא אמרינן דאם כשעד אחד מעיד שהוא פרוע שצריך לשבע אלא כשמעיד שכל השטר פרוע דאז המלוה נוטל בשביעה משום דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי משא"כ הכא דלא ניפרע אלא מקצת א"כ שפיר הניח השטר עדיין ביד המלוה משום מותר החיוב שעוד חייב למלוה. והבעה"ת בשער ח' כתב דעד כאן לא אמרינן דמאן דמפיק שטרא על חברי' ואמר פרוע דמשתבע ונוטל אלא דוקא כשאומר שפרע כולו

דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי. משא"כ אם אומר שפרע מקצת דליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי אדרבה הלוה נשבע ונפטר. וה"נ נימא הכא. זה אינו קושיא דכבר השיג ע"ז הש"ך (בסי' (הש"ך שם שהרי מצינו בש"ס בכמה דוכתי שהאמוראים הי' מחבקין ומנשקין לבנותיהם ולאחיותיהם ע"ש בזה] אבל להש"א הנ"ל ליתא תי' כנ"ל:

אבל בלא"ה תי' איני מובן לי דהא דפריך הש"ס נערה מאורסה דמיקטלא היכי משכחת לה נראה לי לומר דזהו אהא דכתיב בתורה דמיקטלא היכי משכחת לה. ובהתורה לא כתיב שיעידו ג"כ על הערוה דהא התורה חייבה גם בהעידו שראו כדרך המנאפים לחוד. וראי' לזה דע"כ קושיית הש"ס נערה המאורסה דמיקטלא היכי משכחת לה הוא אהא דכתיב בתורה דמקטלא דאמאי לא ישאלו להם ב"ד על מה באו. ועוד הא משכחת לה בהעידו בפירוש שבאים להורגה. אע"כ צ"ל דפירכת הש"ס הוא אהא דכתיב בתורה דמיקטלא היכא משכחת לה דהתורה לא הטיל חיוב על ב"ד לשאול על מה באו. וגם לא על העדים על מה באו, ואין החיוב על ב"ד לבדוק להעדים אלא בדרישות וחקירות ואפי"ה חייבה התורה לנערה המאורסה מיתה היכי משכחת לה. וזה נראה ברור לפיענ"ד. וזה נראה דוחק לומר לפימש"כ התוס' שם דחבר א"צ התראה לריב"י הוי כאלו התיר עצמו למיתה. עיין בנוב"י מה"ת בח' אהע"ז סי' כ' והאריך שם בזה א"כ לפי"ז כיון דמן התורה אין שואלין ב"ד להעדים אף שאם ישאלו שוב ב"ד. ג"כ אינה נהרגת כיון שהיא יודעת דמן הדין אין ב"ד צריכים לשאול והעדים אינם צריכים להעיד בפירוש על מה באו א"כ אינה מתירה עצמה למיתה. אבל מ"מ כיון דרבנן תקנו דהב"ד צריכין לשאול או העדים יעידו בפירוש על מה באו א"כ שפיר יודעת ותתיר עצמה למיתה כמובן ודו"ק:

ולפי"ז יתיישב שפיר מאי דקשה לי אהא דפריך נערה המאורסה דמיקטלא היכי משכחת לה הא שפיר משכחת לה כגון שזינתה בפני ב"ד דמבואר בסנהדרין (דף ע"ח) דלא בעינן עדות שאתה יכול להזימה דב"ד הורגים מטעם ובערת הרע מקרבך א"כ שפיר משכחת לה אבל לפי מה שכתבנו דפירכת הש"ס הוא אהא דכתיב בתורה דמיקטלא לא קשה. דכל התירה מיירי בפני עדים ולפי"ז יתיישב ג"כ קושיית הגרע"א והנוב"י ז"ל הנ"ל. הא לאוסרה על בעלה סגי בעדי כיעור לבד והאיך יכולים שוב לומר לאוסרה באנו דהנה בספר אבני מלואים (בסי' י"א ס"ק ו') דעדי כיעור לא מהני אלא מדרבנן ומהשתא לפי מה שביארנו דפירכת הש"ס הוא אהא דכתיב בתורה דמקטלא הא מה"ת לא סגי בעדי כיעור לאוסרה על בעלה ובעינן גם לאוסרה כלהרוג כדרך המנאפים דוקא:

ובזה יתיישב שפיר מאי דיש להק' אהא דתירץ המהרש"א אהא דהק' דיכולים לומר להפסיד כתובתה באנו הא ב"ד שואלים בדרישות וחקירות והם השיבו על הדרישות וחקירות ששאלו להם ב"ד. א"כ שוב אינם יכולים לומר להפסיד כתובתה באו דבממון לא בעינן דרישה וחקירה וע"כ להורגה באו ולסברת הש"א הנ"ל ניחא דגם הכא יכולים לומר דלכך השיבו על הדרישות וחקירות לאלומי לסהדותייהו. אבל לפי מה שהוכחנו דפירכת הש"ס הוא אהא דכתיב בתורה דמקטלא ומן התורה אחד דיני נפשות ואחד דיני ממונות בדרישה וחקירה (ובעיקר ביאור המהרש"א הארכתי הרבה בחי' ואמ"ל בזה): ובזה ניחא לי שפיר מה דתמוה לי קצת לכאורה דהאיך יכולים לומר לאוסרה על בעלה באנו ולא כוונו בעדותן זה אלא לאוסרה הא כיון דהב"ד הי' מאיימין עליהם מקודם שלא ישקרו בעדותן להורגה ושתקו ג"כ ע"ז ועומדים בדיבורם ואומרים שזינתה אבל להנ"ל דפירכת הש"ס קאי אדין תורה ניחא. דמה"ת הא לא צריכין לאיים כלל ואינו אלא תקנת חכמים לאיים על העדים. אך יש לתמוה על חידושנו הנ"ל דפירכת הש"ס היכי משכחת לה קאי אדין תורה. מהתוס' דסנהדרין, (דף ט') דה"ה הוי מצי לשנות כגון דידעי שהיא חבירה. ולדין דחבר א"צ התראה והא לא מצינו שהתורה הטיל חיוב על ב"ד להודיע להעדים הדין קודם שתהרג בעדותן זה. אך י"ל דהתוס' אזלי לשיטתם (דבדף מ' ע"ב) כתבו וז"ל בד"ה מניין להתראה מה"ת מוכח שם מדבריהם דהתראה להבחין בין שוגג למזיד ידעינן מצד הסברא. א"כ ה"נ י"ל מעתה בעדים להודיעם בנערה המאורסה דחבר א"צ התראה דהויא כלהבחין בין שוגג למזיד ידעינן מסברא אף דלא גלי לן רחמנא בזה וזה פשוט וכן מצאתי להגאון ר' צבי הירש חיו"ת. והגהותיו בש"ס. אבל לפי"ז יש לתמוה על התוס' שם דאוקמי סוגיא דהכא בלא ידעי אם היא חבירה ולדין דחבר א"צ התראה הא מודיעים אותם קודם שהיא חבירה. ולדין דחבר א"צ התראה דלא משכחת נערה המאורסה דלא מקטלי בלא ידעי. ולדברינו שמודיעים להם קודם אדרבא לא משכחת דלא מיקטלא וצ"ע לכאורה ובזה פלפלתי בחי' שם ליישב כמה קושיות ואמ"ל בזה) פ"ב ס"ק ל"ט) על הבעה"ת והעלה דלא כדבריו ועמש"כ שם דס"ל להרמב"ם להדיא דלא כהבעה"ת ואי משום דיכול למימר דלכך הניח השטר ביד המלוה משום דעדיין לא פרע כולו הא כ' הב"י מהמחודשים. דהו"ל למיכתב שובר או להחליף וסברא זו כתב שם בשם הרשב"א:

סעיף יד:

ואין חילוק בד"מ בין מילתא דעבידא לאגלוי' או לא. כן הוא דעת הריב"ש. אמנם התשב"ץ ס"ל דבד"מ במילתא דעבידא לאגלויי ע"א מהימן והאריך בזה בח"א ובשאלה

פ"ג ופ"ד האריך לסתור מה שי"א בההיא דר"ה (ד' כ"ב) דעד אחד נאמן לומר קידשו ב"ד את החודש משום מילתא דעבידא לאגלויי דהוא מטעם ע"א נאמן באיסורין. אלא הוא משום ממון ג"כ לעניין שכירות בתים ודומה לזה עיי"ש:

ונ"ל ראי' לזה דעדות החודש אינו איסור לבד אלא ממון ג"כ. מהא דאמרינן בשבועות (דף מ"ח) בסוגיא דשתי כתי עדים המכחישות זא"ז דר"ה ס"ל דזו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה ור"ח ס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל ופריך מהא דתנן אחד אומר גבוה ב' מרדעות ואחד אומר שלש עדותן קיימת אחד אומר ג' ואחד אומר ה' עדותן בטלה. ומצטרפין לעדות אחרת מאי לאו לעדות ממון אמר רבא הוא ואחר מצטרפין לעדות ר"ת דהוו להו תרי וחד ואין דבריו של אחד במקום שנים. וק"ל למה הוצרך רבא לתרץ כן משום הך פירכא דכאן הא בלא"ה צריך לומר כן לשיטתו דס"ל בסנהדרין (דף כ"ז) דרע לשמים אינו רע לבריות וכשר לעדות דרשע דחמס בעינן וא"כ א"א לפרש דמצטרפין לעדות ממין דכל אחד מהן כשר להעיד עם אחר בעדות ממון וכמו שפרש"י דא"כ מאי אריא דמצטרפין שיעיד כל אחד עם אחר הא גם הם ביחד כשרים להעיד. א"ו דמיירי בעדות של ר"ח דהוו להו תרי וחד ואין דבריו של אחד במקום שנים. ואולי י"ל דרבא לאו אפירכא דא לבד הוצרך לומר כן. אלא דאמר בלא"ה משום דרשע דחמס בעינן אלא דממילא לפי"מ שפירש בעדות החודש ניחא ג"כ לר"ח:

ובזה מיושב קושיית התוס' (דף מ"ז) שם שהקשו למה הוצרך רבא לתרץ דמיירי בעדות ר"ח הא לדידי' בלא"ה ניחא דס"ל בב"ב (דף ל"א) כרב הונא דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה. ותי' דאליבא דר"ה מוקי ולי' לא ס"ל. ולהנ"ל ניחא דלכן משני בעדות ר"ח משום דלשיטתי' דס"ל דרשע דחמס בעינן א"כ מאי אריא דמצטרפין עד כל אחד עם אחר. הא גם שנים ביחד כשרין להעיד ולכן משני בעדות ר"ח:

אמנם לשיטת התשב"ץ י"ל דבעדות שקידשו החודש הוי רע לבריות ג"כ דאיכא אפוקי ממונא ולא הוצרך לתרץ אלא משום פירכא דרהב"י מר"ח אבל לא משום דבעי רשע דחמס. אלא דמת ס' ב"ק (דף ע"ג) בר"ה אי נמי לא משמע כן שכתבו וז"ל והומ"ל איכא בינייהו לענין דיני נפשות או לאסור אשה על בעלה. ולענין גיטין וקידושין ועדות החודש דלטעמא דחידוש. אין לפוסלן למפרע. ולטעמא דפסידא דלקוחות פסולין למפרע לכל אלו אלא דדחיק לאשכוחי דאיכא בינייהו לענין ממון עכ"ל וא"כ מבואר דבעדות החודש ליכא ממון דא"כ הא איכא פסידא דממון ג"כ. ואפשר לומר דלזה לא תקנו מאחר דלאיסורא קאתי וכן בגיטין וקידושין או לאסור אף דאיכא כתיבה גם כן:

ואחד הראני מס' שבועות דפוס ווארשא. שבגליון הש"ס הקשה למה הוצרך רבא בשבועות שם לאוקמי בעדות ר"ח הא יכול לאוקמי בעדות ממון וכשרים משום דרשע דחמס בעי ותמה על זה דא"כ מאי אריא דמצטרפין עם כל אחד גם שנים ביחד כשרין ואנחנו הקשינו בהיפוך לרש"י כאשר כבר נתבאר כל צרכו בזה. ועיין שו"ת חיים שאל (ח"א שאלה ל"ג) להר"י מיגאש מצטרפין זע"ז ג"כ:

סימן לא

שתי כתי עדים המכחישים וכו' עיין ש"ך, שהביא דחכמי בריסק נסתפקו בעד אחד אומר לוה. וע"א אומר לא לוה אם כשרין לעדות אחרת ביחד מאחר דכל אחד אינו מוכחש משנים דדוקא בב' כתי עדים המכחישות זא"ז אין כשרין לעדות אחרת ביחד משום דכל אחד מוכחש משנים. והש"ך הביא מהר"ן פ"ב דכתובות באחד אומר נתגרשה ואחד אומר לא נתגרשה דגם בב' עדים המכחישין זא"ז פסולין לעדות אחרת ביחד עיי"ש. ולהדיא מבואר כן בחידושי הרשב"א בפ"ב (דף י"ט) בע"א אומר תנאי וע"א אומר אינו תנאי. וז"ל ומ"מ אנו צריכין לפרש שמועתינו כשאינם מכחישין זא"ז כגון בזה שמע וזה לא שמע הא אלו הכחישו זה את זה ממש לא נתקיים השטר כלל על פיהם שהרי אחד מהם פסול לעדות כדאמרי' בשתי כתי עדים המכחישות זא"ז ע"כ הרי להדיא דגם בב' עדים כן. וזהו שכתב הש"ך בשם הריטב"א והרמב"ן לקמן (סי' מ"ו) והרי מבואר גם ברשב"א כן. ובתוס' רי"ד בפ"ג דב"ב כתב בשם ר"י דבב' עדים המכחישות זא"ז כשרים והוא ס"ל דפסולין. וכן הוכיחו האחרונים מדברי הנ"י דב"ב (דף מ"א) עיי"ש בזה:

באו"ת נסתפק אם אחת מכח העדים שהוכחשו מעידין לפסול אם מהמנינן להו. די"ל כיון דעיקר מה דמהמנינן להו לעדות אחרת הוא משום דמוקמינן להו אחזקת כשרותן א"כ מאי חזית להעמידן על חזקת כשרותן ומהימני לפסול אדרבא נעמיד לאידך אחזקת כשרות. ולע"ד אין זה ספק דהלא הרמב"ם (בפ"ז מהל' יסודה"ת) כ' וז"ל כמו שנצטווינו לחתוך את הדין עפ"י ב' עדים כשרים אעפ"י שאפשר שהעידו בשקר. הואיל וכשרים הם אצלנו מעמידים אותה על כשרותם עכ"ל. וכיון דכל נאמנות כל עדים הוא משום דמעמידין אותם על חזקת כשרותן ואפי"ה מהימני לפסול ול"א מאי חזית דגזה"כ הוא עפ"י שנים עדים יקום דבר ה"נ בכת אתת שהוכחשו הואיל וכשרים הם אצלנו לעדות אחרת מהימני לפסול ג"כ:

מהרש"ך ח"ג סי' א' כ' א' אמר לוה וב' אומרים לא לוה שלא נפסל העד. ובס' דברי אמת בקו' תרי ותרי כ' מסברא דאינו כן דמאחר דהוכחש מב' דפסול לעדות ולשבועה ונשאר בצ"ע, והוא מבואר להדיא בריטב"א ר"ה (דף כ"ד) שכ' שם אהא דאבל מצטרפין

לעדות אחרת והנכון כמו שפרש"י שאם יש שם ע"א שיעיד כאחד מאלו יצטרף זה ולא אמרי' ע"א הוי כהכחשה מעיקרא אדרבא אותו העד הב' נמצא שקרן שאין דבריו של אחד במקום שנים ופסול לכל עדות שבעולם ע"כ. הרי להדיא מאחר דהוכחש מב' דאינו נאמן פסול לעדות גם כן. וע"כ אמרי' בירושלמי פ"ו דסוטה ה"א היו שלשה א' אומר אני ראיתי שלא נטמאת בתוך כדי סתירה מה את עבד לה כעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה או תתקיים העדות בשאר והוא מאחר דהוא מוכחש משנים א"כ הוי פסול וע"ז מבעי אי מבטל שאר העדות או לא דהא נמצא קרוב או פסול בטל כל העדות גם כן. ולהדיא כ' הרמב"ם פ"ב מה' עדות ה"ג אבל אם הכחיש את השנים אפי' בבדיקות עדותן בטלה והוא משום נמצא אחד מהן פסול הרי להדיא דפסול העד שהוכחש משנים גם כן. וכהירושלמי הנ"ל בזה: סעיף ב':

אם הוציאן כאחד לא ישלם כו' ביאור סימן זה ופלוגתא דר"ה ור"ח דר"ה ס"ל זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה. ור"ח ס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל הוא עפ"מ דאמרינן בטהרות (פ"ה מ"ה) שני שבילין אחד טמא ואחד טהור והלך באחד מהן ועשה טהרות ובא חברו והלך בשני ועשה טהרות ריי"א אומר אם נשאלו זה בפני עצמו וזה בפ"ע טהורין בב"א טמאין וכתבו התוס' בפסחים (דף י') דבב"א טמאים זהו מדרבנן וא"כ ר"ה ס"ל כמו דבטהרות בזאח"ז מוקמינן אחזקתייהו. ובב"א החמירו דלא להוי כמילתא דתמי' ה"נ בב' כיתי עדים מוקמינן בזאח"ז כל אחד אחזקתי'. אבל אם הוציאן כאחד לא ישלם דלא להוי כמילתא דתמי'. אבל רב חסדא ס"ל דחזקת ממין עדיף מחזקת כשרות ולא מוקמינן אחזקתייהו להוציא ממון וכמוש"כ הרשב"א להדיא בב"ב (דף ל"א) דלכך ס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל משום דחזקת ממון ולהחזיק הא כתבו התוס' בב"ק (דף ע"ב) דנאמנין ג"כ. ובס' ח"ש עמד לר"ח מהא דשני שבילין ולק"מ דהכא שאני דאיכא חזקת ממון ג"כ: סעיף ד':

מי שהביא עדים והוכחשו. במכות (דף ה) ההיא איתתא דאייתי סהדי ואישתקרי אייתי סהדי ואישתקרי אזלי אייתי סהדי אחרינא ולא אישתקר אר"ל הוחזקה זו א"ל ר"א אם היא הוחזקה כל ישראל מי הוחזקו וכן אר"י שם וקי"ל כן. וכ' כנה"ג ס"ק כ"ח לשון הגמ' אייתי סהדי ואישתקור אייתי סהדי ואישתקור. כתב הר"י אדרבי סי' ה' לאו דוקא בתרי זימני אלא אפי' לא הוחזק אלא דמעשה שהי' כך הי' עכ"ל וזה אינו דהבעל המאור שם כתב דוקא בתרי זמני הוחזקה זו אבל בחד זימנא לא וכ"כ הריטב"א שם אבל להרמב"ן שם רק בהזמה דאפילו בחד זימנא הוחזקה ע"ש ונפ"מ גם לדידן דקי"ל דכל ישראל מי הוחזקו בעד אחד שכתב הכנה"ג דלא מהימן. דגם בחד זימנא לא מהימן בזה:

סימן לב

סעיף ב':

רמ"א וכן אם לא שכר וכו' כ"כ התוס' דפ' הכונס. דדוקא אם שכרן הוא דחייב בד"ש אבל באמירה בעלמא פטור משום שלא ישמע לו וכתב הש"ך שהריטב"א חולק ע"ז. ויש להביא ראי' להתוס' מהא דאיצטריך קרא ביבמות וב"מ (דף ל"ב) באמר לו אביו היטמא או שאמר לו אל תחזיר שלא ישמע לו מאת שבתותי תשמורו ותיפוק לי' דאינו עושה מעשה עמך כשאביו צווה לו לחלל את השבת וכתב בהג' מיימ' פ"ו מהל' ממרים דבדיבור אינו נעשה רשע דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ואינו חייב אלא במסית בלבד. וכ"כ בסמ"ג עשין קי"ב עיי"ש. ואי אמרת דאף דאשל"ע משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין חייב בד"ש הרי כתב מהר"ם מינץ (סי' ק') דהיכא דחייב בד"ש הוי רשע ומותר לקרותו רשע א"כ שוב אינו עושה מעשה עמך. א"ו דאינו חייב בד"ש אלא בעשה מעשה ששכרן ג"כ. ולהריטב"א נתרץ הא דאיצטריך דאינו ציית לאביו בתי' אחר. [וכבר תי' דהברייתא דלא יטמא בת"כ הוא. וסתם ח"כ ר"י כמבואר בפ"ק דקידושין ועוד דוכתי טובא. ור"י ס"ל בב"ק (דף פ"ז) דסומא פטור מן המצוות וא"כ איצטריך קרא בכה"ג שאביו סומא דפטור מן המצוות. ורבים סוברים דאפי' במצוות ל"ח פטור וא"כ לא שייך בזה מעשה עמך. והו"א דלציית לי' משום כיבוד אב דאפי' בסומא חייב כמוש"כ האחרונים ז"ל ולכן צריך קרא דאיני חייב: עוי"ל דמשכחת דאביו צוה להביא לו דבר לצרכו והוא מונח בתיבה וצריך לשבור התיבה דהוא מקלקל ופטור מדאורייתא ומבואר בשבת (דף ק"ו) דמאן דס"ל מקלקל בחבורה פטור הא דאיצטריך קרא למישרי מילה בשבת משום דמה לי מתקן כלי ומה לי מתקן גברא. ופי' התוס' דמשום מצוה הוי תיקון א"כ לגבי אביו הוי מקלקל ולא הוי מדאורייתא אינו עושה מעשה עמך. משא"כ לגבי הבן דהוא חייב בכיבוד אב וא"כ הוי מצוה והוי תיקון בזה. וקמ"ל דלא לציית לי' וא"כ מתורץ קושי' התוס' ביבמות דל"ש בזה שאתה ואביך חייבין דאביו אינו מחוייב דמקלקל פטור ואכמ"ל בזה.] מיהו לפימש"כ לקמן (סי' ל"ד) דמתוס' ב"ק משמע דלא כמהר"ם מינץ אין ראי' מזה. וגם אולי הגה' מיימ' וסמ"ג ס"ל כהריטב"א. והא דלא הוי רשע אולי סבירא להו דלא כמהר"ם מינץ ובאמת לא הוי רשע ואין ראי' אלא לשיטת מהר"ם מינץ הנ"ל כנ"ל בזה:

והנה בש"ך הביא ראי' לזה דדוקא שוכר חייב. מהא דסנהדרין (דף כ"ט) מניין שאין טוענין למסית מנחש הקדמוני. דא"ר שמלאי הרבה טענות הי' לו לנחש לטעון ולא טען. ומפני מה לא טען לו הקב"ה לפי שלא טען הוא. מאי הול"ל דברי הרב ודברי התלמיד

דברי מי שומעין וטעם דאמרינן אין שליח לד"ע הוא משום אותה טענה. דדברי הרב וכו' ואי תימא דבדיני שמים חייב. התם ד"ש הוי וא"כ לא הי' מועילה טענה דדברי הרב וכו' נגד ד"ש. א"ו דאשלד"ע אפי' בד"ש וכן כתב המל"מ בפ"ב מהל' רוצח. ומה שדחה שם בהג'. עפ"מ דמבואר בקידושין (דף מ"ג) באומר לשלוחו צא בעול את הערוה. ואכול חלב חייב ושולחיו פטור שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב. וה"נ דכוותי'. אינו מספיק דע"כ לא שייך זה אלא לפ"מ דאמר שם את"ל סבר שמאי שני כתובים הבאין כאחד מלמדין. והוא ההוא לא דריש מודה באומר לשלותו צא בעול את הערוה. ואכול חלב שהוא חייב ושולחיו פטור משום דלא דמי לטביחה ומכירה ושליחת יד וזה שייך בדיני אדם. אבל בד"ש י"ל דגם בכה"ג המשלח חייב. דהא מ"מ עבר על לפני עור ותדע דאי גם בד"ש יש חילוק זה ל"ל למימר באת"ל אי סבר שמאי יש שליח לד"ע הא גם אי אין שליח לד"ע יש לומר חילוק זה. דבעלמא בד"ש חייב. ובאומר צא בעול את הערוה ואכול חלב פטור. אלא ודאי דבד"ש אין לחלק בזה:

(מבן המחבר ולפענ"ד תמוה לי ראיית הש"ך בלא"ה דאם נפרש הש"ס דסנהדרין דהי' לו להנחש לטעון דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. הוא משום דאין לו לחייב על שליחות דעבירה בזה. א"כ הא אפי' אי הנחש הי' דינו כאיש שיהי' שייך בו שליחות. ג"כ לא הי' יכול לפטור את עצמו בטענה זו דדברי הרב ודברי התלמיד. דהא לפי המבואר מהמד"ר והביאו אאמו"ר הכ"מ לקמן בסימן זה דב"נ חייב אפי' ע"י שליח. ובאמת האיך שייך שליחות בנחש הכי חוה נעשה שלוחו דנחש. וגם הא אפי' אי הנחש בעצמו אכל ג"כ הוא פטור דהנחש הא לא נצטוה שלא לאכול א"כ מה לי דתהי' חוה כשלוחו הא לא עדיף בזה מאכל בעצמו דפטור. אע"כ כל חיובו דנחש שנענש הוא רק משום שהסיתה לד"ע כמוש"כ התוס' שם וע"כ לא בעינן דין שליחות כלל. והא דקאמר הש"ס דהנחש הי' לו לטעון דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין לאו הפי' דהי' לו לטעון דאין שליח לד"ע אלא דהפי' דהי' לו לטעון טענה חשובה להפטר מעונש הסתה דלא הי' לה להשמע אליו בזה דדברי הרב שומעין והיא הכשילה את עצמה בעבירה דגם לענין הסתה היא טענה חשובה להפטר מהעונש וד"ל:

[אבל קצת קשה לי על הסוגיא דשם דמה ראי' היא מנחש. הא בב"נ בודאי לא טענינן בכל עבירה דקרא דוהצילו העדה דב"ד מחזי לי' זכותו הא ליתא בב"נ. א"כ אין ראי' מנחש למסית. ואפשר בטענה צודקת שבזה תלוי אמיתת הדין בודאי טענינן לכל אדם אפי' לב"נ אבל במסית לא טענינן כלל אפי' כטענת דברי הרב ודברי התלמיד דהי' לו

להנחש טענה צודקת בזה כנ"ל וגם על השתה לא נצטוה כמוש"כ התוס' שם ולזה שפיר הוכיח הש"ס מנחש דאין טוענין למסית וד"ל ודו"ק]):

ובפ"ב (מהל' רוצח ה"ח) כתב דההורג טריפה פטור מדיני אדם עכ"ל משמע דבד"ש חייב וא"כ דמי לכפתו לפני ארי וע"י שלוחו וכיון דבן נח נתחייב בכל אלה גם בהורג טריפה חייב. אמנם הש"ך הקשה דאיך אפשר לומר דבאמירה בעלמא אם לא שכרן פטור מד"ש הא אמרינן בקידושין (דף מ"ג) האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש הוא חייב ושולחיו פטור שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא שולחיו חייב. כו' ומסיק דהאי חייב דשמאי הזקן הוא חייב בד"ש. ופריך מכלל דת"ק סבר אפי' בדיני שמים נמי פטור אלא דינא רבה ודינא זוטא איכא בינייהו. ופרש"י עונש גדול ועונש קטן הרי דגם בשליח בעלמא חייב בד"ש. והחו"י תשובה קס"ו תירץ דהכא שישלם מה שהפסידו העדים מיקרי דינא רבה עיי"ש בזה:

אבל בביאור הגר"א ז"ל כתב היפוך מזה דבאינו שוכר פטור לגמרי והא דמבואר בקידושין דעונש קל מיהא איכא. הוא משום דבשפיכות דמים איכא משום לא תעמיד על דם רעך משא"כ בדיני ממונות עיי"ש. אמנם להסוברין דגם בדיני ממונות איכא משום לא תעמיד על דם רעך. ובשעה"מ סימן כ"ח דגם בממון עונש קל מיהא איכא בזה:

ולפי ביאור הגר"א הנ"ל יתיישב שפיר מה שמקשין על הרמ"א שפסק בהלכות ריבית (סי' ק"ס) בשם רש"י דיכולין לעשות היתר בריבית כיצד שיאמר לשליח לך והלויני מנה מחברי בכך וכך לשנה ובזה לית בי' משום איסורא דהא מלוה גופה לא יהיב מידי ללוה. אלא לשליח וקי"ל אין שליח לד"ע ושליח נמי לא מידי עביד דהא הוא לא איזוף מני' מידי. והט"ז שם חולק עליו ואימר דאע"ג דאין שליח לד"ע הוא לעונשין אבל איסורא מיהא איכא ולכך אין בזה היתר לכתחילה ומקשים מהא דאמרינן במס' ב"מ (דף ס"א) אמר רבא ל"ל דכתב רחמנא יציאת מצרים גבי ריבית וכו' אני שהבחנתי במצרים בין טיפה של בכור לטיפה שאינו של בכור אני הוא שעתיד לפרוע ממי שחולה מעותיו בנכרי ולוה אותן לישראל ברבית. ולהרמ"א ל"ל למימר שתולה מעותיו בנכרי ומלוה אותן בריבית הול"ל שתולה מעותיו בישראל. אבל להנ"ל יתורץ שפיר דבאמת לכאורה שי' רש"י תמוה דהא מבואר להדיא בקידושין (דף מ"ג) הנ"ל דאף דאין שליח לד"ע מ"מ חייב בד"ש וא"כ איך מותר לכתחילה. וצ"ל דס"ל כמוש"כ התוס' בב"ק הנ"ל דפטור מד"ש ג"כ והא דמבואר בקידושין שם דחייב בד"ש אינו אלא בשפיכת דמים כביאור הגר"א ז"ל הנ"ל. והרי בב"מ (דף ס"א) קאמר רבא דמלוי ברבית הוקשו לשופכי דמים. ומבואר בתוס' דכן ס"ל לרבא באמת וא"כ לשיטתו שפיר קאמר תולה מעותיו בנכרי

ולא קאמר בישראל משום דלדידי' באמת אסור דחייב בד"ש כמו שפיכות דמים. וע"כ ליכא היתר זה אלא אליבא דידן דקיי"ל רבית קצוצה יוצאה בדיינין דמלוי בריבית לא הוקשו לשפ"ד. וא"כ פטור מד"ש ג"כ ונכון ע"ד הפלפול:

בתומים כתב על זה דדוקא בקצב לו שכר בשביל זה אבל אם הוא אצלו בשכירות דרך כלל ונוטל פרס ממנו ופיתהו שיעיד לו שקר אין זה בכלל שוכר ואין כן דעת המל"מ (בפ"ב מהל' רוצח ה"ב) אמש"כ הרמב"ם שם אבל השוכר להרוג אח חברו או ששלח עבדיו והרגוהו כו' וחייב מיתה לשמים ואין בהן מיתת ב"ד עכ"ל. דמש"כ הרמב"ם ששלח עבדיו והרגוהו דוקא עבדיו שהם שכורים לו וסבירא לי' להרמב"ם ג"כ דוקא בשוכר אבל לא באמירה בעלמא. וא"כ מבואר דגם היכא דלא שכרו בשביל זה כיון דסבור שלא ישמע לו חייב ומש"כ ראי' מיואב יש לדחות וכן מה שהוכיח מהא דילפינן מקרא על כל דבר פשע לחייב בשליחות יד על עבדו ושלוחו וקשה שלוחו מנא לן דילמא עבדו דוקא שהוא בא בשכרו אינו מובן דאכתי נימא דילמא דוקא שוכר לשלוח יד ומנ"ל עבדו ושלוחו דאטו עבדו כתיב בקרא. אלא דהש"ס הוא דנקט עבדו ושלוחו. לכן אין לחלק בזה. וגם במשרת הנוטל פרס מבעה"ב חייב בד"ש:

הנה בשיטה מקובצת בבא קמא פ' הכונס שם מתבאר דהאי חייב בד"ש היינו לשלם הנזק לצאת ידי שמים. ומזה יש לדון בהא דקיי"ל (בסי' שפ"ו) דאף דגרמי חייב מ"מ בגורם דגורם פטור דלצאת י"ש ג"כ פטור דהא רש"י בקידושין (דף מ"ג) בד"ה בדינא כתב דע"י שלוחו מיחשב כגורם עיי"ש והרי לעיל (סי' כ"ח) מבואר דעדים שהעידו שקר חייבין לכלם משים גרמי וא"כ השוכרן אינו אלא גורם דגורם. ואפי"ה אינו חייב לצאת י"ש אלא בשוכר דקא עביד מעשה, אבל באומר פטור ודו"ק. וכן נראה מהתומים עיי"ש. אך להסוברים דגם בלא שכר חייב בדיני שמים. מבואר דגם גורם דגורם חייב בדיני שמים מיהו בעונש קל י"ל דלכ"ע חייב בגורם דגורם: ובשו"ת מהרי"ל (שאלה פ"ו) כתב וז"ל אע"ג דהאומר לשלוחו צא והרוג לי את הנפש מחייב בדינא רבה למר. ובדינא זוטא למר. פ"ב דקידושין. הנ"מ כשאומר בפירוש להרוג אבל מסור מדינא דגרמא הוא. ומשום קנסא. כדמסיק ריצב"א עפ"י הירושלמי אע"ג דמסור חשבינן רודף לא מחייב שלוחו ע"כ. אלמא בדיני דגרמי דאינו אלא משום קנסא ליכא עונש שמים למשלחו וע"כ בעדים דאינו אלא גרמי פטור המשלח וע"כ כתבו התוס' דוקא בשוכר ולא באומר וא"ש. וי"ל בהא דב"ק (דף קי"ז) דמיבעי מסור דינא או קנסא נ"מ כו' ואמאי לא קאמר דנפ"מ אי המשלח חייב בדיני שמים. וי"ל דחדא נקט והוא הדין דהו"מ למימר הך נפ"מ גם כן:

באחרונים חקרו הא דחייב לצאת יד"ש אי זה דוקא בהו"ל למידע דומיא דמנה לי בידך. והלה אומר איני יודע (דסי' ע"ה) אבל בלא הו"ל למידע פטור או ל"ש. ובאורים (סי' פ"ח) ס"ק ל"ח. כ' להדיא דפטור אמנם ברדב"ז ח"ב תת"י כתב דחייב עיי"ש בזה:

ולבאר מאין יצא להפוסקים האלה דאינו חייב בד"ש אלא בשכרן דוקא. נקדים תחילה המדרש בבראשית רבה (פל"ד) אך את דמכם לנפשותיכם אדרוש להביא כו' מיד כל חי' אדרשנו זה המוסר חברו לפני חי' לטרפו מיד האדם מיד איש אחיו אדרוש את נפש האדם זה השוכר אחרים להרוג חברו שופך דם האדם אריב"ח כולה הלכות בן נח בדיין אחר בעד אחד ושלא בהתראה וע"י שליח כו'. והנה יש בכאן קושיות רבות. והיותר תמיה למה דריש ע"י שליח משופך דם האדם באדם. הא כבר ידעינן זה מיד האדם מיד איש אחיו אדרוש את נפש האדם. וכבר עמד בזה היפ"ת. וגם מ"ש דנקט הכא ע"י שליח ובתחילה נקט זה השוכר את אחרים להרוג את האדם. וגם הקשו למה לא חשיב בהלכות בן נח דגם חייב במוסר לפני חי' וכמו שאמר תחילה: לכן נ"ל לבאר על נכון דברי המדרש ויתיישב בזה כל הקושיות דהנה מכותלי דברי המפרשים נראה. שהבינו דהא דקאמר תחלה מיד כל חי' זה המוסר חברו לפני חי'. וכן השוכר להרוג אח חברו מיירי בדיני בן נח אבל זה אינו דתחילת דברי המדרש סובב והולך הכל על ישראל וכמו שדרשו על החוק כו'. דבזה דורש דמים ידרש מאתו. וע"ז אומר מיד כל חי' אדרשנו פי' בדיני שמים זה המוסר חברו לפני חי' להורגו דפטור מדיני אדם כמו דאמרינן בסנהדרין (דף ע"ז) אמר רבא כפתו ונתנו לפני ארי פטור אבל בדיני שמים חייב וכמו שמבואר ברש"י שם ד"ה סוף חמה לבוא. דמידי דגרמא אין דינו מסור לב"ד אלא לשמים [וכיוצא בזה בסנהדרין (דף פ"ט) אבל הכובש נבואתו והמוותר על דברי נביא כו' מיתתו ביד"ש שנאמר אנכי אדרוש מעמו וה"נ כן] וע"ז אומר מיד האדם מיד איש אחיו. זה השוכר אחרים להרוג את חברו ג"כ אדרשנו אבל אין דינו מסיר לב"ד. דאין שליח לד"ע. אבל בד"ש חייב. וכמבואר בסוגיא דקידושין (דף מ"ג) דאף דאין שליח לד"ע, מ"מ חייב בד"ש ואף דקיי"ל כת"ק שם דפטור מדינא רבה היינו בלא שכר אבל בשכר להרוג חייב בדינא רבה ודרש דמים ידרשנו אלא דקשה ע"ז מנ"ל למידרש כ"ז הא איצטריך האי קרא להא דאמרינן בסנהדרין (דף נ"ז) בן נח נהרג בדיין אחד ובעד אחד שלא בהתראה כו' אדרש אפילו בדיין אחד מיד כל חי' אפילו שלא בהתראה מיד האדם מיד איש אחיו אפי' קרובו עיי"ש. וא"כ איצטריך האי קרא להלכות בן נח גופי' ומנלן למידרש לישראל לד"ש. וע"ז אריב"ח מדכתיב שופך דם האדם באדם דמו ישפך ידעינן כל הלכות אלה. וזהו שאמר שופך דם האדם וגו' כולה בהלכות בן נח פי' דהאי קרא כולו נכתב כן בלשון זה וכמו

שמבאר המ"ר שם לאורויי כל הלכות בן נח. ומפשטי' דקרא ידעינן גם לישראל דעד הנה מיד כל חי' אדרשנו. וכן את דמכם לנפשותיכם אדרוש מיירי בד"ש. וכן מיד האדם. מיד איש אחיו הכל מיירי בד"ש. אבל שופך דם האדם באדם היינו עפ"י עדים ובעצמו דמו ישפך. ורק לפי פרש"י שם עד הנה מיירי בד"ש שלא בעדים ושלא בהתראה. וכמבואר בפירושו אבל שופך דם האדם בעדים ובהתראה דמו ישפך. אבל מדנכתב בלשון זה. ידעינן מכל המקרא הזה הלכות בן נח וזהו שופך דם האדם כולה בהל' בן נח פי' דלהכי נכתב בלשון הזה. דהאי קרא כולו מלמד אותנו בהלכות בן נח וידעינן כל הלכות בן נח ממנו וא"כ האי קרא קמא לישראל אתא לחייב בד"ש. וזהו דלא כמו שדרשו במס' סנהדרין מקרא קמא להלכות בן נח. וכיון דבבן נח מיירי לכן אמר שפיר ע"י שליח סתמא ולא בשכר דבישראל דאין שליח לד"ע וכדילפינן בקידושין (דף מ"ג) מהוא ולא שולחו וטביחה ומכירה הוי ב' כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין. ולכן פטור מדיני אדם משום דדברי הרב וכו' ואינו חייב אלא בד"ש ומשום האי סברא דדברי הרב וכו' הי' צריך להיות פטור גם מדיני שמים. וכדאמרינן בר"פ הכונס (דף נ"ו) מהו דתימא דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין בדיני שמים נמי לא ליחייב קמ"ל וא"כ השתא דחייב בד"ש אינו אלא בשוכר דקרוב שהלה ישמע לו. אבל לא בחנם. והוא כהת"ק בקידושין דבלא שוכר אינו חייב אלא בדיני זוטא. אבל אינו בכלל אדרשנו שיהא חייב בדינא רבה כמו שעשה הוא המעשה של הרוצח. אלא בשוכר להרוג את אחרים שאז בכלל אדרשנו וה"נ בשוכר להעיד שקר אינו חייב בדינא רבה לשלם שיהא מחשב כמו שהעיד בעצמו אלא בשכר דוקא ואז חייב בד"ש ואינו נפטר עד שישלם כמבואר בתוספתא פ"ג דשבועות רי"א ד' דברים העושה אותן פטור העושה אותן מהדין ואין מוחלין לו מן השמים עד שישלם אבל בלא שכר פטור:

ואעידה לך עד נאמן ע"ז שכאשר ביארנו המדרש כן הוא. הוא הרמב"ם ז"ל. וז"ל שם (בפ"ב בהל' רוצח ה"א) הנ"ל כל ההורג חברו בידו כו' הואיל והרגו. מ"מ בעצמו ה"ז נהרג בב"ד. ושם בהלכה ב' כתב. אבל השוכר להרוג את חברו או ששלח עבדיו והרגוהו או שכפתו והניחו לפני ארי וכיוצא בו והרגתו חי' וכן ההרג כו' כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ומנין שכן הוא הדין שנאמר שופך דם האדם באדם דמו ישפך זה ההורג בעצמו שלא ע"י שליח את דמכם לנפשותיכם אדרוש זה כו' מיד כל חי' אדרשנו זה המוסר חברו לפני חי' לטרפו מיד האדם מיד איש אחיו אדרוש אח נפש האדם זה השוכר אחרים להרוג את חברו. ובפירוש נאמר בשלשתן לשון דרישה הרי דינם מסור לשמים עכ"ל. וא"כ מבואר להדיא שפי' דברי המ"ר הכל

על ישראל ומבואר כל דברי הרמב"ם ז"ל במ"ר. וכמוש"כ בזה. וא"כ הרי מבואר ברמב"ם ומקומו מהמדרש דדוקא בשכר חייב בר"ש. וכן כתב המל"מ שם. מהא דנקט הרמב"ם ז"ל עבדיו דהיינו דומיא דשכר אבל בלא שכר פטור:

ובזה יאירו דברי הרמב"ם (בפ"ט מה' מלכים הלכה ד') שכ' וז"ל בן נח שהרג נפש אפילו עובר במעי אמו נהרג עליו וכן אם הרג טריפה או שכפתו ונתנו לפני ארי. או שהניחו ברעב עד שמת הואיל והמית מ"מ נהרג כו' משא"כ בישראל עכ"ל. והנה הא דנהרג על עוברין מבואר בסנהדרין (דף נ"ז) דיליף מדכתיב שופך דם האדם באדם דמו ישפך אבל הא דאם הרג טריפה או שכפתו ונתנו לפני ארי או שהניחו ברעב ומת לא כתבו המפרשים מנין הוציא זה. ולפ"מ שביארנו א"ש. והכלל בזה הוא דכל שחייב ישראל בד"ש ב"נ נהרג עליו ולכן כיון דמבואר במדרש דכפתו ונתנו לפני ארי ישראל חייב בד"ש בן נח נהרג עליו. ומזה ראי' ג"כ דהרמב"ם ז"ל מפרש הא דדרש במדרש מיד כל חי' זה המוסר לפני חי' דמיירי בישראל ולא בב"נ. דאי מיירי בב"נ א"כ טפי הו"ל להרמב"ם לאתויי הכא בבן נח הך שנאמר ולא בישראל וכן אם הרג טריפה כתב הרמב"ם (בפ"ב מהל' רוצח ה"ח) דההורג טריפה פטור מדיני אדם. משמע דבד"ש חייב. לכן בן נח נהרג עליו וכן בהניחו ברעב עד שמת כתב הרמב"ם (בפ"ג מהל' רוצח הלכה י') אבל הכופה את חברו והניחו ברעב עד שמת או שכפתו והניחו במקום שסוף הצנה או חמה לבוא בכל אלו אין ממיתין אותו וה"ה רוצח. אבל דורש דמים דורש ממנו דם עכ"ל. והיינו משום דדמי לכפתו ונתנו לפני ארי דהוא בכלל מיד כל חי' אדרשנו וכל הני מילי איתמרו בהדי הדדי בסנהדרין (דף ע"ז) וכתב רש"י שם דזה גרמא ואין דינן מסור לב"ד אלא לשמים. ולכן בן נח נהרג עליו. וכן היכול להציל את הרודף באחד מאיבריו ולא הציל והרגו דכתב הרמב"ם (בפ"א מה' רוצח הי"ג) דבישראל ה"ז שופך דמים וחייב מיתה אלא שאין ביד ממיתין. לכן ב"נ נהרג עליו. ובטור (סי' תכ"ה) כתב וא"י כיון שחייב מיתה למה אין ב"ד ממיתין אותו ותי' בבד"ה דפירכא מעיקרא ליתא דלית בי' התראה שיקבל עליו מאחר שאינו מתכוין אלא להציל. [ודבריו צריכין ביאור כמוש"כ המ"ל] ולכן בב"נ דלא בעי התראה שפיר נהרג עליו. ובאמת כוונת הרמב"ם במה שכתב וחייב מיתה. הוא דחייב מיתה בידי שמים. אבל אין ב"ד ממיתין. משום דזה הוי ככפתו ונתנו לפני ארי. וכל הני דאמרן כיון דמחויב להציל אינו בכלל רוצח שדנין אותו בב"ד. נתבאר דכללא הוא דכל מה שישראל חייב בד"ש. בן נח נהרג עליו והאי כללא ידעינן זה מהלכות בן נח מהא דנהרג שלא בעדים ושלא בהתראה דבישראל אינו אלא בעדים וכמבואר בפ"ב דמכות כאשר יאמר משל הקדמוני ע"ש נקטינן דבכ"מ כן.

ונתבאר דאינו חייב אלא בשוכר ולא ע"י שליח גרידא. ודינא זוטא לדעת הביאור הגר"א ז"ל הנ"ל אינו אלא בשפיכות דמים משום לא תעמוד על דם רעך ולא בממון ולשע"מ (סי' כ"ח) די"א דגם בממון שייך זה:

ובמכילתא וכי יזיד איש על רעהו להוציא אחרים איסי בן עקיבא אומר קודם מתן תורה היינו מוזהרים על שפיכות דמים לאחר מתן תורה שהוחמרו הוקלו. באמת אמרו פטור מדיני אדם וחייב בד"ש וכ"כ הרמב"ם (פ"ב מהל' רוצח הי"א) וא"כ בכל מקום דבן נח נהרג בישראל חייב בד"ש ומעתה העוברין דבן נח נהרג על העוברין לא יצאו להקל ובישראל מיהא חייב בד"ש. ומזה ראי' למש"כ תוס' בסנהדרין (דף נ"ט) דאיסורא איכא גם בישראל בעוברין. ועיין בשו"ת נוב"י מהדו"ת סי' נ"ט דמתרץ בזה היטב קושיית השואל שם בזה ובתשובה הארכתי בזה:

מדבר שקר תרחק. עיין תומים שכתב דמ"מ איכא גם לפני עור לא תתן מכשול שהעדים העידו עכ"פ שקר. ואף דאם האיסור מצוי ליכא לפני עור מ"מ כאן בשכירות אינו מצוי מי שישכור להם להעיד בשקר. ולפמש"כ המל"מ פ"ד ממלוה ולוה דאף אם מצוי והלה ג"כ יעשה איסור א"כ אף בחנם איכא לפני עור. ובזה יש לפרש פרכת הש"ס במס' שבועות (דף ל"א) מנין לתלמיד שאמר לו רבו יודע אתה בי שאם נותנין לי מנה איני מבדה. מנה יש לי אצל פלוני ואין לי עליו אלא עד אחד מניין שלא יצטרף עמו ת"ל מדבר שקר תרחק. האי מדבר שקר תרחק נפקא. הא ודאי שקורי משקר ורחמנא אמר לא תענה ברעך עד שקר. ולכאורה מאי פריך האי מדבר שקר תרחק דאי על הרב והתלמיד בודאי איכא לא תענה אלא דהכי פריך דמאי איריא דנקט מדבר שקר הא בתלמיד איכא משום לא תענה אף דהענין אמת וא"כ איכא משום לפני עור ג"כ:

סימן לג

סעיף א:

חוץ מאוהב ושונא שכשרים להעיד כתב כנה"ג בהגהת הטור (אות ב') משרתי הבית כשרים להעיד הרדב"ז (ח"א סי' צ"ו) אבל הרדב"ז עצמו (ח"ב סי' כ"ד) כתב דנוגעים בעדות הם עכ"ל. ובתומים כתב דשכירו ולקיטו כשרים להעיד. וכן עמא דבר עיי"ש ובשו"ת מהר"י אבן מיג"ש (סי' קס"ב) מבואר להדיא דהרי הוא כאוהב ושונא שכשרים להעיד. ונראה דהכל לפי ראות עיני הדיין. דאם יש צד נגיעה בדבר הם פסולין דומיא מש"כ הרדב"ז שם במקדש בת אחת לפני ב' נערים שלו דהם נוגעין בעדות דניחא להו שתהי' בתו של ראובן אשת אדונם לפי שראובן עשיר. ויש לדיין להעמיק לדעת אם נמצא

שום צד הנאה לעד בעדות זו עיי"ש. וסיוע לזה דמשרתי הבית ושכירו ולקיטו כשרים. ממש"כ הר"ן פ' האיש מקדש, דשליח נעשה עד אף שנוטל שכר על שליחותו עיי"ש:
השע"מ חידש דבמאמין באחד שהוא מוחזק בחסידות דאינו משקר אפילו הכי לא מהני בממון אם לא בקים לי' דאינו משקר דגייס אצלו ע"ש. ועיין במדרש פ' כי תשא פרשה מ"ו אתה מוצא בשעה שא"ל הקב"ה לך רז כי שחת עמך הי' תופס בלוחות ולא הי' מאמין שחטאו ישראל אמר אם איני רואה איני מאמין וכו'. אוי להם לבני אדם שהם מעידים מה שאינם רואים. אפשר שלא הי' משה מאמין בהקב"ה שאמר לו כי שחת עמך. אלא הודיע משה דרך ארץ לישראל אפילו שיהא אדם שומע דבר מן יחידי נאמן אסור לקבל עדותו לעשות דבר על פיו אם אינו רואה ע"כ. והוא מבואר דאף מן נאמן מאחר שאינו אלא עד אחד לא מהני אף דלא שייך הטעם של הפוסקים שם מ"מ אינו אלא ללמד בעלמא שעדות עד אחר לא מהני אפילו אם הוא מוחזק לנאמן גם כן:
רמ"א ויש אומרים דקרובי האם אינן פסולין אלא מדרבנן השב יעקב (סי' כ"א) כתב דקידושי כסף בפני קרובי אם אינן קידושין דאי קידושי כסף דאורייתא להרמב"ם גם קרובי האם פסולין דאורייתא. ואי תרווייהו דרבנן אמרינן ממנ"פ דאי אזלת בתר דאורייתא והעדות כשרים. הא מדאורייתא לא מהני קידושי כסף. ואי בתר דרבנן דמהני קידושי כסף הא לא מהני משום דמדרבנן העדים פסולין והוי כמו קידושי דרבנן בפני עדים פסולין דרבנן באהע"ז (סי' מ"ב) ועיין בראש ברכות (פ"ג סי' י"ג). וא"ת מ"ש מהא דאמרינן לקמן (דף מ"ת) ולהוציא את אחרים עד שיאכל כזית דגן והשיעור כזית אינו אלא מדרבנן ואפי"ה מוציא אחרים שאכלו כדי שביעה וחייבין מן התורה. וא"כ באשה נמי אעפ"י שאינה חייבת אלא מדרבנן תוציא אחרים שמחוייבין מה"ת. י"ל דל"ד דאיש אע"ג שלא אכל כלום דין הוא שיפטור אחרים דכל ישראל ערבים זה בזה. אלא מדרבנן אמרו שלא יברכו ברכת הנהנין בלא הנאה. לפיכך כשאכל כזית אעפ"י שלא נתחייב אלא מדרבנן מוציא את אחרים שאכלו כדי שביעה ע"כ והוא ג"כ כסברא הנ"ל דאי אזלינן בתר דאורייתא הא גם אי לא אכל כלום מוציא. ואי בתר דרבנן אזלינן דאמרו שאינו מוציא עד שיהנה הוא הא מדרבנן הוי בר חיובא בכזית ג"כ] והגאון רע"א בתשובה (סי' צ"ד) השיג על זה. והא דמייתי ראי' בפסחים (דף ז') דלבתר איסורא לא מצי מבטל מהא דאמר רב גידל אמר רב המקדש משש שעות ולמעלה לא הוי קידושין אף דחיטי קורדנייתא חמץ דרבנן וה"ה בשש דמדרבנן הוא דאינו ברשותו. ולהשב יעקב הנ"ל מאי ראי' היא זו הא י"ל דשאני מקדש בחיטי קורדנייתא דאינן אלא קידושי דרבנן בתורת כסף. וא"כ אמרינן ממנ"פ דהא מדרבנן איסורי הנאה נינהו. משא"כ לענין ביטול

דאורייתא שפיר נוכל לומר דברשותו היא עיי"ש בזה. וכן נ"ל מהא דבירושלמי קידושין (פ"א ה"א) כתבו על דבר שהוא אסור בהנאה וכו' הא באיסור הנייי' מדבריהם מקודשת אין תימר כן לית הדא פליגא על רב. דרב אמר המקדש בחמץ משש שעות ולמעלה לא עשה ולא כלום ע"כ. ולהשב יעקב מאי פליגי הא קידושי שטר גם להרמב"ם דאורייתא כמבואר בפ"ג מהל' אישות והביאו הש"ך בסימן זה. וא"כ שאני הא דרב דהמקדש בחמץ הוי קידושי כסף מדרבנן ומדרבנן הא הוי איסור הנאה ואינו שוה כלום משא"כ באיסור הנאה דרבנן דשטר נהי דמדרבנן אסיר מ"מ מדאורייתא אין איסור ולכך הוי קידושין:

ומתחילה הי' נראה לומר הגם דמצינו סברא זו דממנ"פ כמו במקדש בפסולי דרבנן קידושין דרבנן באע"ז (סימן מ"ב) ובתוס' חולין (דף ע"ג) והובא לקמן (סי' שי"ג) עיי"ש בזה. מ"מ הרמב"ם לא ס"ל זה. מהא דמבואר דעתו (פט"ו מהל' מאכלות אסורות) דחמץ איסורו במשהו משום דהוי דבר שיש לו מתירין. ואף דגם לאחר הפסח אסור מדרבנן כתב הר"ן ז"ל בפ"ב דפסחים. מ"מ כיון דמדאורייתא הוי דשיל"מ. דמדאורייתא מותר לאחר הפסח. וא"כ כשאסרו משום קנסא לאחר הפסח לא באו להקל עליו אלא להחמיר עליו. וע"ז כתב הר"ן ולא נהירא. שאילו הי' מה שאנו אומרים אפילו באלף לא בטיל מדאורייתא. יפה הם אומרים אבל ודאי משמע דחומרא דרבנן הוא. שלא לבטלו מעכשיו כיון שהוא עתיד להיות ניתר. וכיון שהם אסרו לאח"ז אין ראוי שיחמור עליו חומרא זו בתוך זמנו ע"כ. ולהנ"ל בלא"ה קשה דנימא ממנ"פ. אי ניזל בתר דאורייתא שמותר לאחה"פ. הא מדאורייתא גם דשיל"מ בטל. ואי ניזל בתר דרבנן דהחמירו בייל"מ. הא מדרבנן אסיר לאחה"פ ואין לו מתירין, אלא ודאי דמחלקינן דמתחילה החומרא דדשיל"מ הגם דהוא מדרבנן נעשה כדאורייתא. ומדאורייתא הא יש לו מתירין לאחר הפסח וליכא ממנ"פ. ולכך להרמב"ם לשיטתו מייתי שפיר מדרב גידל דחמץ דרבנן אינו ברשותו. ומקשה שפיר אשטר. וא"כ גם דינו של הש"י הנ"ל ליתא לרמב"ם עצמו דלא ס"ל דאמרינן ממנ"פ. אך מצאתי למהרי"ט (ח"ב סי"א) שתירץ קושיית הר"ן בפסחים באופן אחר. ולדבריו גם הקושיא זו דממנ"פ ג"כ ניחא. עיי"ש בדבריו:

אבל השגת הגרע"א ז"ל אין זה השנה. דבאמת תמוה לכאורה מאי ראי' מקידושין שאני קידושין מאחר דרבנן אסרוהו לא יהיב לה מידי. אבל לענין ביטול מאחר דמדאורייתא מותר בהנאה שפיר י"ל דמהני. וביותר לפמש"כ רש"י דאיך אתי איסור דרבנן ומפקע קידושין דאורייתא דמקדש אדעתא דרבנן מקדש והפקר ב"ד הפקר והם הפקירו ממונו וא"כ אין ראי' לביטול. ויש לומר עפ"מ שכתבו התוס' בב"ק (דף ע"ב) דבתקרובת עכו"ם אי הוי דרבנן אמרינן מכי שחט בה פורתא אסרה אידך לאו דמרי' קטבח. ובחולין בעזרה

אי הוי דרבנן לא אמרינן לאו דמרי' קטבח. אלא אי הוי דאורייתא דבתקרובת שהחמירו בכל הנאות אפילו לקידושין. ע"כ אפילו אי הוי דרבנן לאו דמרי' הוי משא"כ בחולין בעזרה אי הוי דרבנן מהני בקידושין לכן הוי דמרי' עיי"ש. וברשב"א קידושין (דף נ"ח) דיש מקומות שהחמירו שיהא כדאורייתא ויש מקומות שלא החמירו כ"כ. ומעתה יבוא על נכון דמשני כיון דאיסורא דרבנן עליו כדאורייתא דמיא ולאו ברשותי' קיימא ולא מצי מבטל ומייתי ראי' דלא הוי ברשותי' בשביל איסור הנאה דרבנן מהא דאמר רב גידל אר"ח בר יוסף אמר רב המקדש משש שעות ולמעלה אפילו בחיטי קורדנייתא אין חוששין לקידושין. וא"כ כיון שהחמירו בכל הנאות אפילו לקידושין וצ"ל משים חומרא דחמץ עיין ברשב"א קידושין (דף נ"ח) וא"כ לא הוי דמרי'. וא"כ לאו ברשותי' קיימא ולא מצי לבטל וע"ז בא רש"י והקשה דלמה באמת החמירו כ"כ לקידושין לאפקועי קידושי תורה (עיין תוס' חולין דף ד' דבקידושין הקילו משום מצוה עיי"ש) ותי' דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ומשום חומרא דחמץ ראו להחמיר בכל הנאות שבעולם. אפילו לענין קידושין וא"כ לא הוי דמרי' ואינו ברשותו לבטל ג"כ:

ומהשתא ניחא שפיר קושיית הגרע"א ז"ל דמייתי מרב גידל דאפילו לקידושין ג"כ החמירו וא"כ שאסור בכל דבר א"כ לא הוי ברשותו ולא מצי לבטל ג"כ. ומיושב שפיר הא שהקשה מאי מייתי ראי' מרב גידל דפשיטא דאסור בהנאה כדאיתא בפסחים (דף כ"א) ולהנ"ל ניחא דעיקר הראי' מהא דהחמירו בקידושין ג"כ:

(מבן המחבר בדו"ח להגאון רע"א ז"ל נסתפק בדעת רש"י בב"מ (דף מ"ח) בד"ה קאי באבל וכו', שכתב שם רש"י הנ"מ בין ר"ל ובין ר"י דלר"י דמדאורייתא קנה הוי כדידי' ויכול לקדש בו ולר"ל לא הוי קידושין ונסתפק הגרע"א ז"ל בכוונת רש"י אי הפי' דהלוקח יכול לקדש בהחפץ או המוכר בהדמי' והעלה דהלוקח אינו יכול לקדש בהחפץ כיון דהמוכר יכול לחזור מתקחז"ל הויא כמו אינו ברשותו. והפנ"י כתב בפשיטות דהמוכר בדמי המקח יכול לקדש. וכן נסתפק במחנה אפרים בה' מכירה (סי' כ') ושוב ראיתי לאאמו"ר הגאון הכ"מ בתשובה שהאריך שם בזה. והעלה שם להלכה דדוקא המוכר יכול לקדש ולא הלוקח והביא תשובת הרשב"א שכתב בח"ה (שאלה מ"י) מפורש דהחפץ הוי ללוקח):

סעיף י"א דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי. כתב הב"י ונ"ל דהיינו דוקא כשהיתה הורתם ולידתם שלא בקדושה. אבל אם לידת שניהם בקדושה אעפ"י שהורתם שלא בקדושה הרי הן אחין מן האם ופסולין מדרבנן, ואפשר דכיון דעדות לב"ד מסורה כאן ולישנא דנתגייר שייך אפילו נתגיירה אמו כשהיא מעוברת. והד"מ כתב ע"ז וז"ל ובפי' ר"ש

סוף מס' שביעית מוכח בהדיא דלשון נתגיירו לא משמע אלא בגר שהיתה לידתו שלא בקדושה עכ"ל. ותימה קא חזינא הכא דהא כתב הר"ש שם ואכתי קשה איך מתוקמא מתני' מלידתו בקדושה. הא נתגיירו בניו עמו קתני עכ"ל הרי להדיא דדוקא משום דקתני נתגיירו עמו הוא דמשמע דלידתו שלא בקדושה אבל היכא דקתני נתגיירו לחוד גם לידתו בקדושה משמע. [והא דקשה על דברי ר"ש מקידושין (דף י"ח) דמוקי ברייתא דאין רוח חכמים נוחה הימנו לפירושו בלידתו בקדושה ואפי"ה קתני שם נתגיירו בניו עמו כבר כתב הר"ן שם דעדיפא לי' לדייק לישנא דמתניתין מלישנא דברייתא עיי"ש].

ולענין הלכה כתב הש"ך דבלידתן בקדושה פסולין לעדות:

סעיף י"ב ונתרחק כשר בפרק ז"ב דרש ריה"ג ובאת אל הכהנים וגו' אשר יהי' בימים ההם. וכי תעלה על דעתך שאדם הולך אצל שופט שלא הי' בימיו אלא זה שהי' קרוב ונתרחק. ובר"ה (דף כ"ה) דרש שם מזה הא אין לך לילך אלא אצל שופט שבימיך ע"ש וכבר הקשה כן הטורי אבן עיי"ש מה שתירץ בזה. ולעד"נ דתרי קראי כתיבי (דברים י"ז) ובאת אל הכהנים וגו' אשר יהי' בימים ההם ושם י"ט ועמדו שני האנשים אשר להם וגו' לפני הכהנים והשופטים אשר יהי' בימים ההם. וא"כ חד אתא לקרוב ונתרחק. וחד אתא דאין לך לילך אלא אצל שופט שבימיך והא דנקטי פסוק דובאת משום דהוא מוקדם בתורה. ובספרי מבואר הני שני דרשות דקרוב ונתרחק ואין לך אלא שופט שבימיך על הני תרי קראי יעוי"ש בזה. ואגב להעתיק מה שביארתי במ"א לפי פשוטו על השנות הדבר פעמים באזהרת אשר יהי' בימים ההם והנה בפרש"י (דברים י"ז) כתב וז"ל ואל השופט אשר יהי' בימים ההם אפי' אינו כשאר שופטים שהיו לפניו אתה צריך לשמוע לו אין לך אלא שופט שבימיך עכ"ל, ושם (י"ט) כתב וז"ל אשר יהי' בימים ההם יפתח בדורו כשמואל בדורו צריך אתה לנהוג בו כבוד עכ"ל:

וביאור הדבר הוא כי כאשר בעלי הריב יבאו לפני השופטים מחוייבין בשני דברים הא' מחוייבין להציע טענתם לפני השופטים באימה ולנהוג כבוד בדיינים לעמוד לפניהם כעבדא קמי' מרא. הב' לשמוע את אשר יגידו להם השופטים ולקבל עליהם את הדין באהבה וזהו השנות הדבר ע"י ב' בחינות הנ"ל. כי שם (י"ז) אמר כי יפלא ממך דבר וגו' ובאת וגו' ועשית ושמרת כל אשר יאמרו לך תעשה והוא מבואר על קיום הדבר ושם (י"ט) ועמדו שני אנשים שצריכין לנהוג כבוד בדיינין וזהו לפני ד' ופרש"י כאלו עומדין לפני ד'. ולפני הכהנים וגו' וזה מבואר היטיב בפרש"י כי בתחילה כתב אפילו אינו כשאר שופטים שהיו לפניו צריך אתה לשמוע לו והיינו דשם מיירי בקיום הדבר ובפיר' ועמדו כ' יפתח בדורו כשמואל בדורו צריך אתה לנהוג בו כבוד כי העמידה לפני

הדיינים הוא מכלל כבודך וכמוש"כ בזה. וכיוצא בו מבואר בתשובת הרשב"א הובא בב"י (סי' שפ"ח) דהא דמבואר בסנהדרין פ"ב בעובדא דינאי דזהו מכלל כבוד הדיינין עיי"ש בדבריו: רמ"א מיהו אם נפסק הדין כשהי' קרוב לא יוכל לחזור ולתבעו בעדות זה שנתרחק. דהואיל ונפסק הדין נפסק. וכתב הש"ך בשם בעל העיטור. דעיקר הטעם משום דעביד אינש לאחזוקי' דבורי' ובודאי יאמר כדבריו הראשונים שלא יהא נראה כשקרן יעויי"ש, וכבר האריכו בזה המחברים. ואנכי ב"ה מצאתי כי כן מבואר במרדכי פ"ב דקידושין שכ' וז"ל בסי' תק"י בסוגיא דהאומר לשנים וא"ת ויפטור הלוה העדים ויהי' נאמנין מהשתא כדאמרי' בחזקת הבתים ליסלקו בי תרי נפשייהו ולידיינו גבי בני העיר שנגנב ס"ת שלהם. וי"ל למה הכא יפטרם גם הם חייבין לו ועוד תי' דאפילו הי' פוטרין הלוה הי' נוגעים בעדותן כיון דעד שלא פטרם הוזקקו לומר פרענו השתא נמי אתו לאחזוקי שקרייהו עכ"ל הרי להדיא היכא דהעדים בעת שהיו פסולין לעדות אם העידו אין מועיל עדותן לאחר שנעשו כשרים משום דאתו לאחזוקי שקרייהו ומבואר מכאן דגם אם הוא נוגע בדבר לא יכול להעיד שנית לאחר שנסתלקה נגיעתו דעביד לאחזוקי שקרי' דהא התם נוגעין בעדותן הן. ובשו"ת רמ"א (סי' פ"ו) כתב ג"כ דנוגע שהעיד אינו יכול להעיד לאחר סילוק נגיעתו ותלי' ליה בפלוגתא דרמ"ה ומהר"ם ארוך אי מי שהעיד שלא בפני בע"ד יכול לחזור ולהעיד בפני בע"ד וה"נ י"ל דזה תליא בשני תירוצי מרדכי הנ"ל דלתירוץ קמא נוכל לומר דבאמת יכול להעיד שנית לאחר סילוק נגיעתו אלא דבכאן למה יפטרם גם הם חייבים לו. ובהרשב"א ובר"ן הקשו ג"כ דיפטרם הלוה משבועה ותירצו דאינן נאמנין משום הנאה דפוטרם משבועה א"כ לא ס"ל דעבידא לאחזוקי אבל לתירוץ בתרא מבואר דאינו יכול לחזור ולהעיד משום דעביד לאחזוקי שקרי'. ומזה מבואר כרמ"ה וזהו דעת מהרש"ל ג"כ (בסי' י"א) והביאו הט"ז לעיל (סי' כ"ח) דעדים שהעידו שלא בפני בע"ד אינם יכולים לחזור ולהעיד מחדש משום הך טעמא דעביד אינש לאחזוקי דבורי':

ומעתה מה שכתב הנוב"י (באהע"ז סי' כ"ז) דתרתי בעינן עדות ונפסק הדין אבל כשלא נפסק הדין יכולים להעיד שנית. לע"ד ליתא. דהא להדיא מבואר במרדכי גם בשלא נפסק הדין אינם יכולים להעיד שנית משום דעביד אינש לאחזוקי דבורי' וכן נראה באו"ת שאינו מחלק בזה:

לכן לענ"ד העיקר דמחלוקת הפוסקים בזה ואי תפס לא מפקינן מיני' ומצי לומר קים לי כתירוץ קמא דמרדכי ומהר"ם ארוך דל"א עביד לאחזוקי דהוי סד"ד בזה. ומעתה ליתא ג"כ למש"כ הנתיבות דלא אמרינן עביד אינש לאחזוקי אנח היכא דעבדי איסורא בעדותן

ומירי הכא שב"ד לא ידעו מקורבתם אבל היכא דעדותן אינו מועיל כלל לא אמרינן עביד אינש לאחזוקי. דהא התם בקידושין אינו מועיל כלל עדותן דהא הם נוגעין ואפי"ה לא מהימני. ועוד נסתר בזה הרבה דברים ממחברים ולא אביתי להאריך בזה ועיין ב"ב (דף נ"ה) שאילתינהו לספרי דרבא ואמרו לי הלכתא כר"ה ברי' דר"י ולא היא לאוקמי מילתא הוא דאמר אלמא דלא מהימני אח"כ דרוצים לקיים מעשיהם הראשונים שעשו וה"נ כן:

סעיף יג:

מאחר שתחילתו וסופו בכשרות. נסתפקתי הא דבעינן בעדות תחלתו וסופו בכשרות אם זה דוקא בפסול דאורייתא אבל לא בפסול דרבנן או דילמא לא שנא והספק בזה הוא עפי"מ דאמרי' ביבמות (ד' כ"ח) ואלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן בקיום שטרות וכתובה ותרומה ותחומין מאחר דרבנן נינהו אלמא דבדרבנן לא בעי תחלתו וסופו בכשרות, א"כ י"ל דה"ה אם העדות אינם אלא פסולי דרבנן ג"כ לא (כדבר שלב"ל א"כ קשה להשב יעקב דהמקדש בקידושי כסף לפני קרובי אם ממנ"פ לא הוי קידושין. דאי אזלית בתר דאורייתא ועדותן כשרים מדאורייתא ל"מ קידושי כסף א"כ ה"נ שייך ומר כן דהאיך יכול לקדש המוכר בהמעות הא ממנ"פ לא הוי קידושין אי אזלת בתר דאורייתא והוי המעות דמוכר לר"י והוי קידושין. הא מדאורייתא ל"מ קידושי כסף. והאיך יכול המוכר לקדש הא ממנ"פ לא הוי קידושין. והנה על רש"י גופא י"ל דלשיטתי' לא קשה מידי. דסבר להדיא בכתובות (דף ג') בד"ה שויוה וכו'. דקדושי כסף דאורייתא. אבל תמוה מאד השב יעקב הנ"ל דהמגיד משנה כתב שם בריש ה' אישות דמש"כ הרמב"ם ובכסף מדברי סופרים אינו תקנת חכמים אלא מכלל תורה שבע"פ והוא דבר הנאמר למשה ולא נכתב בפירוש בתירה אלא שנאמר בגזרה שוה ולזה נקרא דברי סופרים אבל דברי תורה כדין תורה ממש ועיין ג"כ בכ"מ בזה שם בארוכה:) בעי תחילתו וסופו בכשרות. או דילמא שאני התם דגוף הדבר הוי דרבנן משא"כ הכא דגוף הדבר הוי דאורייתא אלא דבדרבנן הוי בעדים. ומצאתי בהג"ה אשרי פ' שבועות העדות (סי' ט"ו) וז"ל וגבי בני העיר שנגנב להם ס"ת דאין דנין אותן בדייני אותה העיר ופריך וליסלקו בי תרי ולידיינו אע"ג דאין תחילתו בכשרות אין לדמות פסול מחמת שנוגעים בעדות פסול דקירבה או לשאר פסולי עדות מה"ת ע"כ. הרי להדיא דלא בעינן תחילתו וסופו בכשרות אלא בפסולי עדות מה"ת ולא בפסולי עדות דרבנן וזה נכון:

אמנם צל"ע מהא דבתוספתא סנהדרין פרק חמישי הי' יודע עדות כשהיה סוחר שביעית ואח"כ חזר פסיל הי' יודע עדות עד שלא נעשה סוחר שביעית ונעשה סוחר שביעית

וחזר בו כשר הואיל ותחילת וסופו בכשרות ע"כ. והרי סוחרי שביעית כתבו התוס' בר"ה (דף כ"ב) ובסנהדרין (דף כ"ד) דאינו אלא פסולי דרבנן. והנה בתוספתא משמע דקאי אסוחרי שביעית דמתני' דמיירי בפסול דרבנן ואפי"ה בעי' תחילתו וסופו בכשרות ועוד להסוברים דקרובי אישו' אינו אלא מדרבנן. וא"כ אמאי בהי' יודע לו עדות עד שלא נעשה חתנו. לא משום דבעי תחילתו וסופו בכשרות בב"ב (דף קכ"ח) הא בדרבנן לא בעי' תחילתו וסופו בכשרות א"ו דגם בדרבנן בעינן תחילתו וסופו בכשרות:

וכן משמע מהא דכתבו התוס' בכתובות (דף י"ח) ת"ר אינן נאמנין לפוסלו דר"מ וחכ"א נאמנים בשלמא רבנן כי טעמייהו הפה שאסר הוא הפה שהתיר. אלא ר"מ מאי טעמי' בשלמא פסולי עדות מלוה גופי' מעיקרא מידק דייק ומיחתים. ולרבנן אפילו מלוה ע"פ לא הוי בעינן תחילתו וסופו בכשרות. והרי פסולי עדות כתב רש"י משחק בקוביא וכ' הרא"ה וכשעשה תשובה דאז בדרבנן משים עצמו רשע וא"כ אמאי לא הוי מלוה ע"פ הא בדרבנן לא הוי תחילתו וסופו בכשרות א"ו דגם בדרבנן בעי' תחילתו וסופו בכשרות לכן הדבר צריך בירור:

והרי"ף פ"ג דסנהדרין הביא ראי' דבעדות בעינן תחלתו וסופו בכשרות. וז"ל ותנן נמי בהדיא העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו קטנים היינו פסולי עדות היינו הרי אלו נאמנים אלמא כל היכא דפסולים מעיקרא אע"ג דהשתא כשרים נינהו לא מקבלין סהדותא בההיא סהדותא הואיל ומעיקרא כד איתמסר להון ההיא עדות לאו בני עדות הוי ע"כ. אלמא דפסילי עדות היינו ועכשיו כשרים. ולרש"י דזהו משחק בקוביא ומבואר דגם פסול דרבנן בעיא תחילתו בכשרות:

ויותר נ"ל דתיבת "מה"ת" שכ' בהג"ה אשרי מאחר דבתוס' שם (דף ל"ג) נאמר כל הגהת אשרי ושם ליתא לתיבת מה"ת אלא ז"ל אין לדמות פסיל דמחמת שנוגעין בעדות לפסול דקורבה או לשאר פסולי עדות. ולדידהו י"ל דאין חילוק בין פסולי דאורייתא לפסולי דרבנן. גם הג"ה אשרי ס"ל כן ומה"ת לאו דוקא. ובהיות כן ליתא למש"כ בתשובת עבה"ג (סי' מ"ו) שהוציא מזה דהג"ה אשרי ס"ל דקרובי אישות מה"ת דלפמש"כ אין ראי' מזה דתיבת מה"ת לאו דוקא. וכן יש ראי' מהא שכתב רש"י בגיטין (דף ט') דעכו"ם פסול לעדות מדרבנן וכמבואר בירושלמי פ"ק דשבת. וכמבואר בתוספתא פ"ג דסנהדרין דעכו"ם שנתגייר פסול משום דבעינן תחילתו וסופו בכשרות:

סעיף ט"ז:

רמ"א קרובי הנרצח יכולין להעיד על הרוצח וגם הנרצח עצמו יכול להעיד כמו שהובא בסמ"ע. ולענ"ד מבואר כן להדיא בספרי זוטא הובא בילקוט פ' מסעי. מכה נפש לפי

עדים מניין שאף הגולה לפי עדים ת"ל מכה לפי עדים. דיני גלות ודיני מלקות מניין ת"ל כל מכה נפש לפי עדים. עד שהוא כשר להעיד. מניין אף עד שאינו כשר להעיד ת"ל עד ועד לרבות בע"ד [ושמה הגהתי דצ"ל דיני מלקות לבד מאחר דכבר אמר מניין אף הגולה לפי עדים] ומלקות ידעינן מכל מכה דהוא בחובל בחברו שאין בו שוה פרוטה דלוקה והדר קאמר אף אינו כשר להעיד דהי' קרוב הנרצח והגולה והמוכה וכן הבע"ד עצמו ג"כ מהימן בזה. וכן פי' סוף הספרי הנ"ל בזית רענן דקאי על קרובי הנרצח והרוצח וא"כ מבואר דגם במלקות כן דהרי קאי אדלעיל דמרבינן מלקות מכל מכה ושפיר למד הרמ"א דקרובי המוכה יכולין להעיד על המכה לגרשו מביה"כ והוא דומיא דמלקות. ובסמ"ע כתב דמורם קיצר משום דאינו נוהג דיני מיתה ומלקות. ומיהו גם בזמן הזה נפ"מ לפוסלו לעדות דמהימני מאחר דאינו נוגע זה לקרובים וכשרים להעיד על זה גם כן:

סימן לד

סעיף א':

רשע פסול לעדות ואפילו עד כשר שיודע בחברו שהוא רשע ואין הדיינים מכירים רשעו אסיר לו להעיד עמו אעפ"י שהיא עדות אמת. הרמב"ם (בפ"י מהלכות עדות ה"א) מסיים על זה. שנאמר אל תשת ידך עם רשע. וכתב הכסף משנה בפרק שבועת העדות (דף ל') מניין לעד שיודע בחברו שהוא גזלן שלא יצטרף עמו ת"ל מדבר שקר תרחק. כו' וצ"ע אמאי לא מייתי רבינו מהיכא דמייתי לי' בגמ' דהיינו מדבר שקר תרחק עכ"ד. ובטור כתב ג"כ כלשון הרמב"ם שהשית ידו עם רשע ותמה שם הב"י כמו שתמה בכס"מ ונשאר ג"כ בצ"ע. ונראה דבתוספתא פ"ה דשבועות איתא הי' טוענו מנה עפ"י עד אחר וכפר בו לא יאמר לאחד בא אני ואתה ונעידנו ונוציא גזילה מתחת ידו, ת"ל אל תשת ידך עם רשע ומפרש שרוצה ליקח עוד אחד לצרף להעד האמת שיש לו דבזה אסור משום אל תשת ידך עם רשע דונעידנו אין הכוונה שהבע"ד יעיד אלא הפי' שאם תעשה כן יהי' לי עדות. וכהתוספתא כן הוא במכילתא (סי' קצ"ז) וא"כ ה"ה שהעד אינו רשאי לעשות כן. משום אל תשת ידך עם רשע והרמב"ם עדיפא מזה נקט דאיכא גם לא תעשה. וגם הברייתא דשבועות ס"ל הך דרשא. אלא משום דקחשיב עוד דברים דאיכא משום מדבר שקר תרחק. נקט נמי דבר זה אף דבזה איכא גם ל"ת. וכמוש"כ התוס' בשבועות שם ד"ה ורואה דדרך הש"ס בכמה דוכתי כן:

הש"ך כתב שצע"ג בדין זה. שהוא רחיק מסברא שיודע שהענין אמת ולא יעיד וכתב שני תירוצים ע"ז והעיקר כתירוץ השני מאחר דשלשה עדים שנמצא אחד מהן קרוב או פסול בטלה כל העדות אף שנשארו שני עדים כשרים דגזה"כ הוא. א"כ ה"נ אעפ"י

שהענין אמת גזה"כ הוא כיון שיש עד פסול בטלה העדות ואסור להעיד עמו ועיין תוס' גיטין (דף ד') ד"ה מודה דאעפ"י שהדבר אמת אין לעשות אלא בעדות כשר וכן הכנה"ג העתיק רק תירוץ השני שבש"ך:

ונ"ל שיוצא לו להרמב"ם וכן רש"י בשבועות (דף ל) כן מהא דאמרינן בסנהדרין (דף כ"ג) אר"י א"ר אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ יודעין מי חותם עמהן תניא נ"ה כך הי' נקיי הדעת שבירושלים עושין לא היו חותמין אא"כ יודעין מי חותם עמהן. ולא היו יושבין בדין אא"כ יודעין מי יושב עמהן. ופרש"י בד"ה אא"כ יודעין מי חותם עמהן שמא יחתמו עמהן עד פסול ומבטל עדות כולם ונמצאו בושין ע"כ. וא"כ ביודע מתחילה דהוא פסול שאין להעיד עמו. ומבואר בתנא דבי אלי'. (פ' כ"ט) לא תשא שמע שוא אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס וכו' וכן אם אומר אדם לחברו פלוני חברי חייב לי מאתים זוז והרי יש לי עד אחד ותצטרף עמו וטול אתה מנה אמר לו כך מודיע אני לך שאפילו אתה נותן לי כל כסף וזהב שבכל העולם כלו בשעה אחת אין אני מבקש בשביל להעיד שקר ואיך אתה אומר לי כך. וכן אנשי ירושלים הי' עושין כן כו' ואין חותמין על הגט עד שיודעין מי הוא שיחתום עמהן. [דשטר נמי קרי גט כמוש"כ התוס' ריש גיטין] אמר ר' נתן והלא עד זומם הוא זה ועד רשע הוא זה, שנאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו אלא ללמדך על הגזלנין ועל החמסנין שפסולי עדות הן. ופירשו המפרשים דתמיהת ר' נתן הוא על מה דקאמר שגם אנשי ירושלים הי' עושין כן ולא הי חותמין. ואי איירי בכה"ג שהעד המצטרף לא ראה ולא ידע מההלואה מאי רבותייהו ולכך משני דקאי על הגזלנין והחמסנין שאומרין אמת אלא לפי שהם פסולי עדות ויתבטל כל העדות. ושנו בזה. אלא דר' נתן מתמה על מה שאמר תחילה דהכתוב דאל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס מיירי שמבקש להצטרף להעיד שקר דזה פשיטא מאחר דאינו יודע מאומה עד זומם הוא ועד רשע הוא. שנאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו אלא ללמדך על הגזלנין ועל החמסנין שפסולי עדות הן. וע"ז הזהיר לעד כשר שלא יצטרף עם הפסולין אף שהענין אמת, והן הן דברי הרמב"ם ז"ל שהביא הא דר' נתן. ומסיים ואצ"ל עד כשר שיודע בעדות לחברו ויודע שהעד השני שעמו עד שקר. משום דהא פירושא דת"ק דר' נתן שם דמפרש דאל תשת ידך עם רשע. הוא במבקש שיעיד שקר ומסיים וכן אנשי ירושלים אין חותמין אא"כ יודעין מי חותם עמהן. האי וכן. הוא פירושא ג"כ דאל תשת ידך עם רשע שיודע בחברו שהוא שקר. וע"ז תמה ר' נתן ואומר על הראשון עד זומם הוא ועד רשע הוא מאחר דאחד מהן שקר. אלא מיירי שלא יצטרף עם פסולים אפילו

אם הענין אמת. לכן כתב הרמב"ם ואצ"ל. ולא כתב גם במבקשו להעיד שקר דזה כבר הביא בסוף הלכות טוען ונטען עיי"ש וזה נכון:

ובמכילתא פ' משפטים מבואר ג"כ כהתנא דב"א אבל שם בנוסחא אחרת. ולפי מה שביארנו התנא דב"א שפיר כתב הרמב"ם כן. ונתבאר היטיב פירוש התנא דב"א על נכון. וכן הוא במדרש איכה. דהא דיקירי ירושלים לא הי' חותמין אא"כ היו יודעין מי חותם עמהם. משום אל תשת ידך עם רשע עיי"ש על הפסוק בני ציון היקרים:

בשו"ת חוות יאיר נסתפק באם יודע בעצמו שהוא פסול אם יכול להעיד ובאורים (סימן כ"ח) הביאו וכתב דבקרוב לא יעיד אבל מחמת עבירה כיון דאין ידוע אלא לו. ואין נפסל עפ"י עצמו יעיד עיי"ש. ולא הבנתי דבעבירה הרי יכול להרהר בתשובה והוא צדיק גמור כדאמרינן בפ"ב דקידושין דע"מ שאני צדיק מקודשת אפילו הוא רשע גמור דחיישינן שמא הרהר תשובה בלבו ודיני בע"ת שצריך לעינוי אינו אלא על עבר אבל להבא הוא צדיק גמור בהרהור תשובה בלבד דמדאנו דנין על איש כזה אי יכול לילך ולהעיד וא"כ לאו בשופטני עסקינן. וא"כ הלא יכול להעיד בפשיטות בהרהור תשובה. ואולי מיירי ברשע דחמס ולא החזיר החמס עדיין כי אין לו כעת. וע"ז הוצרכו לומר דכשר מאחר דאין ידוע לב"ד ג"כ. אלא לפענ"ד מאחר דלאו בשופטני עסקינן בממנ"פ אם יש לו לשלם ואינו משלם בודאי לא יחוש אם כשר להעיד או לאו. ואם אין לו לשלם ומהרהר בתשובה וכשישיג ידו ישלם. בודאי כשר להעיד ועד כאן לא אמרינן במס' ברכות עד דמהדר ממונא למארי' אלא ביש לו לשלם ולא כשאין לו ואנוס הוא. וגם אם נודע לב"ד שחמס ואין לו לשלם אלא שמתודה ומקבל על עצמו לכשישיג ידו ישלם בודאי יכשירו אותו לכן לא ידעתי מקום לדבריהם הק' בזה:

סעיף ב':

איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבים עלי' מלקות כו' הנה בקרא (שמות כ"ג) כתיב אל תשה כו' רשע להיות עד חמס וחלקו חז"ל בסנהדרין (ד' כ"ז) לשתי בחינות אל תשת רשע עד. אל תשת חמס עד. וביאר הרמב"ם (פ"י מהל' עדות) כי יש שפסולין משום רשע ויש שפסולין משום חמס. ואלו הן כי הרשע הוא מי שמחוייב מלקות. דמצינו דנקרא רשע והי' אם בן הכות הרשע. וגונב וגוזל שאינו לוקה ולא מצינו בקרא שנקרא רשע פסולו משום עד חמס וכ"כ בפי' המשניות ואלו הן הפסולין בפ' זה בורר עיי"ש. והא דמייתי ברמב"ם מכי יקום עד חמס באיש ולא מאל תשת חמס עד משום דבזה מבואר דעד חמס פסול ולכן הוצרכו חז"ל לדרוש האי קרא דאל תשת רשע עד. דהוי כמו אל תשת חמס עד. ויצא לנו כן מהמכילתא פ' משפטים (סי' קצ"ז) ר"י אומר אל תשת רשע

עד אל תשת חמס עד להוציא את הרשעים (כהגהת הגר"א ז"ל) ואת הגזלנין שהן פסולין לעדות שנאמר לא יקום עד חמס באיש. [וט"ס וצ"ל כי יקום עד חמס באיש] הרי דהא דדריש אל תשת חמס עד הוא משום דכתיב בהדיא כי יקום עד חמס באיש לכן הביא הרמב"ם מקרא זה דכי יקום עד חמס באיש דבזה מבואר היטיב פסולו לעדות. ושוב ראיתי שכן הקשה הלח"מ הא דמייתי רמב"ם מכי יקום עד חמס באיש ולא מייתי מאל תשת רשע עד ונשאר בקושיא והרי הדבר במכילתא כן. והא שפירש רש"י בסנהדרין (דף כ"ד) בפסול משחק בקוביא משום דדמי לגזילה ואל תשת רשע עד. וכן פירש שם (דף כ"ה) גזלן דאורייתא משום אל תשת רשע עד לא פליגי ארמב"ם דיש לומר דגם רש"י מודה כיון דאינו לוקה א"כ לא מצינו דנקרא רשע ופסולו משים חמס והא דנקט אל תשת רשע עד רישא דקרא נקטו וכוונתו על סופא דקרא להיות עד חמס. ולכאורה קשה הא גם בגזילה מצינו דנקרא רשע ואפילו בגוזל על מנת לשלם כדאיתא בב"ק (דף ס') דמייתי מקרא דחבול ישיב רשע גזילה ישלם ומצאתי למהרי"ט חאהע"ז (סי' מ"ג) שכתב דרשע דדברי קבלה לא חשיב רשע לענין מה שפסלה תורה לעדות:

ובזה ניחא לי ג"כ הא דהוצרך בסנהדרין לחלק אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד למידרש למלוי בריבית והא בב"מ (דף ס"א) דריש ק"א דיכין רשע וצדיק ילבש לענין ריבית. א"כ תיפוק לי' משום אל תשת רשע עד. ובמ"א תירצתי משום דאינו מפורש כ"כ דמיירי לענין ריבית. [אבל קשה דהא (ביחזקאל י"ח) כתיב נשך ותרבית לא לקח וגו' צדקת הצדיק עליו תהי' ורשעת הרשע עליו תהי'. אלמא דמלוה ברבית רשע מיקרי בד"ת] אבל להנ"ל בלא"ה ניחא דרשע דדברי קבלה לא מיחשב רשע לענין מה שפסלה תורה לעדות:

וראי' לזה שפרשתי דגם רש"י מודה להרמב"ם דפסולו דגזלן הוא משום עד חמס. והאי דנקט אל תשת רשע עד רישא דקרא נקט. דבר"ה (דף כ"ב) כתב אמלוי ברבית לאו גזלן דאוריתא הוא למיפסלי' משום אל תשת עד חמס. דהא מנפשי' יהיב לי' משמע דפסולא דגזלן הוא משום עד חמס. וע"כ הא דפי' בסנהדרין משום אל תשת רשע עד הוא משום דרישא דקרא נקט וכמו שפירשתי. וע"כ הא דאמרינן במס' סנהדרין (דף כ"ז) אל תשת רשע עד. אל תשת חמס עד אלו הגזלנין ומלוי ברבית. אין אנו צריכין לפרש דאל תשת רשע עד קאי אגזלנין ואל תשת חמס עד אמלוי ברבית. אלא דאל תשת חמס עד קאי גם אגזלנין וכמו שנתבאר דפסולין משום עד חמס. והש"ס אינו אלא מבאר כוונת הקרא דהוי כמו דכתיב אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד. ולכן גם גזלנין ומלוי ברבית פסולין משום עד חמס ואז נקרא רשע וכן צ"ל בהא דקאמר בסנהדרין (דף כ"ד) בלוה ברבית

רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד אף דלוה בריבית אינו לוקה כמש"כ הרמב"ם בפ"ד מהלכות מלוה וא"כ פסולין משים חמס שרוצה ללות ובשביל הממון עושה איסור א"ו דרישא דקרא נקט ועיקר הכוונה לסיפא דקרא דבחמס נעשה רשע וכמו שכתבנו:

ונ"ל להביא ראי' להמהרי"ט דרשע דד"ק לא הוי רשע מהא דאמרינן בפסחים (דף מ"ט) ת"ר ששה דברים נאמרו בעמי הארץ כו' ואין מקבלין ממנו עדות וכו', וי"א אף אין מכריזין על אבידתו. ות"ק זימנין דנפיק מיני' זרעא מעליא שנאמר יכין רשע וצדיק ילבש ומאחר דע"ה נקרא רשע דד"ק אמאי אינו פסול לעדות אלא מדבריהם כמבואר בסי"ז הא מדאורייתא צריך להיות פסול דהוי רשע, א"ו דרשע דד"ק אינו פסול אלא מדרבנן. ולא מדאורייתא גם כן:

נתבאר בזה דרשע לא מיקרי אלא בר מלקות דהתורה קראו רשע והי' אם בן הכות הרשע וכל היכא דלא קראתו התורה רשע לא מיפסל מדאורייתא ובגונב ע"מ לשלם לא מקרי רשע אלא מדברי קבלה. ואינו פסול מדאורייתא. ולפי"ז צ"ל הא דכתב הרא"ש בפ"ק דב"מ (סי' ט"ו) וז"ל אבל ממון חברו דתפס אינש אע"ג דאפשר בחזרה דנקרא רשע אע"ג דדעתו לשלם דכתיב חבול ישיב רשע גזילה ישלם. והוא חשוד ע"ז אע"ג דאפשר כחזרה פסול לעדות ולשבועה עכ"ל דזהו מדרבנן:

ולע"ד נראה כן דרשע דדברי קבלה אינו פסיל מדאורייתא מהא דכתיב (ביחזקאל י"ח) אשר לא טוב עשו בתוך עמיו ודרשו בפ"ד דשבועות זה הבא בהרשאה או הקונה שדה שיש עלי' עסוקין ואפ"ה קאי ע"ז הוא דצדקת הצדיק עליו תהי' ורשעת הרשע עליו תהי' אלמא דמקרי רשע. והנה ודאי אין פסולין מדאורייתא וכן הא דדרשו בתענית (דף ז') כל אדם שיש בו עזות פנים מותר לקרותו רשע כו' וזה ודאי אינו פסול מדאורייתא וש"מ דרשע דד"ק אינו פסול מדאורייתא לעדות. וכן הא דכתב הרמב"ם (פ"י מהלכות מתנות עניים ה"ג) דאינו נותן צדקה נקרא רשע מהא דרחמי רשעים אכזרי. בודאי אינו פסול מדאורייתא:

ונראה לי הטעם לפי"מ דמבואר במ"ר פ' חקת תורה יעקב איש כפר נבוריא בצור על בר ישראל שהוליד בן מארמית שנימול בשבת שמע ר' חגי שלח ואייתי' א"ל מנא לך הא א"ל מדכתיב ויתילדו על משפחותם לבית אבותם א"ל ארבעיני' דילקי כו' א"ל מן הקבלה את מלקיני כו' אלמא במידי דד"ק אין לוקין. והרי בפסולי עדות בעינן דוקא רשע שיהי' בן מלקות דכתיב והי' אם בן הכות הרשע וא"כ בד"ק אפילו כתיב רשע כיון דאין לוקין לא הוי רשע לערות:

ומזה נ"ל ראי' למש"כ הר"ן פרק כלל גדול במעביר ד' אמות בר"ה דאין לוקין על הלכה למ"מ. מאחר דאין לוקין על ד"ק ובסנהדרין (דף כ"ב) אמרינן עד דאתא יחזקאל מאן אמרה. אלא גמרא גמירי ואתא יחזקאל ואסמכינהו אקראי. וכיון דד"ק הם הלמ"מ ואין לוקין על ד"ק ש"מ דאין לוקין על הלמ"מ ג"כ. והא דמבואר ברא"ש פ"ג דסנהדרין (סי' י"ג) ונראה דהלכה כר"נ דהחשוד על העריות כשר לעדות דלא נחלק דב ששת בהדיא אלא כמתמי' על דבריו ארבעין בכתפי' וכשר מכשרת לי' ואין תימא כ"כ דלא מלקינן לי' אלא על לא טובה השמועה ופי' הפ"ח שאינו לאו דאורייתא אלא מדברי קבלה ע"כ אלמא דמשום ד"ק לא ניפסל ומשמע מזה דגם מדרבנן כשר. ובאמת פסיל מדרבנן מיהא כמוש"כ שם וצ"ל דעל לא טובה השמועה קילא משאר דברי קבלה. ולא החמירו לפסול לעדות בזה. ומעתה מה שתמה בשאילת יעב"ץ (שאלה קס"ו) על הד"מ שכתב דהבא עה"ג מיפסל רק מדרבנן דהוא אינו אלא מגזירת ב"ד דהל"מ דחייב מיתה וכן בקבלה בעזרא ומסיים ע"ז והל"מ וד"ק כד"ת דמי. דלפימ"ש הא ליתא והלמ"מ בעדות אינו אלא דרבנן: ונ"ל ראי' להר"ן ז"ל דאין לוקין על הלמ"מ מהא דאמרינן במועד קטן (דף ג') יכול ילקה על תוס' שביעית דנפקא לן מבחריש ובקציר תשבות כדבעינן למימר קמן וק"ל דלמאי הוצרך לומר דנפקא לי' מבחריש ובקציר תשבות. הא אף אי הוי הלמ"מ איכא למימר כן. ולמאי נפ"מ אמר כאן מהיכא נפקא ליה תוס' שביעית. אלא ודאי דאי הוי תוס' שביעית הלמ"מ לא שייך לומר יכול ילקה. דאין לוקין על הלמ"מ. לכן קאמר דנפקא לי' מבחריש ובקציר תשבות. וזה ברור. [ובירושלמי נזיר פ"ט ה"א אר"מ לוקין על הלכה וכו' עיי"ש] וכן מבואר בתוס' שבועות (דף ט"ז) בד"ה מה"מ דליכא מלקות על הלמ"מ עיי"ש. ובאהע"ז (סי' ו') בכהן שנשא גיורת להר"י והתוס' הוא משום זונה. ולהראב"ד הוא מד"ק ועיי"ש בב"ש נ"מ בספק. ולפימש"כ הוא לפסול לעדות ולהראב"ד אינו פסול אלא מדרבנן לבד:

ובזה נסתר מש"כ התוי"ט פ"נ דסוכה לתרץ קושיית התוס' בסוכה (דה ל') ל"ל לכם למעוטי גזול תיפוק לי' דהוי מצוה הבאה בעבורה. די"ל דמהב"ע לא ידעינן אלא מד"ק וצריך לימוד מדאורייתא ולהנ"ל י"ל דשפיר הקשו התוס' דהא ד"ק הוי הלמ"מ וא"כ מאחר דאיכא הילכתא קרא ל"ל וכדפריך כיוצא בזה בסוכה (דף כ"ח ודף כ"ד כן) ועפ"י דברינו הנ"ל יש לתמוה על האחרונים ז"ל שכתבו בהא דמכות (דף כ"א) יש חורש תלם אחד וחייב משום שמונה לאוין וקחשיב נזיר וכהן. דאיך חייל איסור נזירות אאיסור כהונה למאי דמסיק שם (דף כ"ב) דהאי תנא כולל לית לי' ותי' דמיירי במדיר אביו את בנו בנזיר לכשיגדל חלו בב"א וסתרו תירץ זה מטעמם עיי"ש והלא בלא"ה א"א לומר כן

דהא הא דמדיר את בנו אינו אלא הלכה כדאיתא בנזיר (דף כ"ח) ואיך קתני חייב הא אין לוקין על הלכה כמוש"כ:

ועוד נ"ל ראי' לזה מהא דאמרינן בבכורות (דף ט"ז) מניין לחמש חטאות מתות ת"ל ממפריסי הפרסה טמא ופריך חמש חטאות מתות הילכתא גמירי לה כו' ואיצטריך קרא ואיצטריך הלכתא. דאי מקרא הו"א לרעיי' קמ"ל הלכתא למיתה ואי מהלכתא הו"א היכא דעבר ואכל מהני חמש חטאות איסורא איכא לאו ליכא קמ"ל דאיכא לאו. הרי להדיא דהלמ"מ אינו אלא איסורא ולא לאו, וא"כ איצטריך קרא למלקות. וא"כ דאין בזה מלקות אין פסולו אלא מדרבנן. וכ"ה בירושלמי (פ"ט דנזיר ה"א) א"ר מנא לוקין על הלכה כו' ובנזיר מבואר (בדף כ"ה) דהלמ"מ קיל מעשה כדאמרינן שם אי מהלכתא הו"א הלכתא ואי אקרבי' לא ליחייב עליו ולא כלום קמ"ל דאי אקרבי' קאי עלי' בעשה וכיון דביארנו דבעשה אינו ניפסל מדאורייתא א"כ גם בהלמ"מ כן. ובטיו"ד (סי' רצ"ד) מבואר דספק הלמ"מ מותר כספק דרבנן וא"כ הרי הוא כדרבנן ולכן אינו פסול אלא מדרבנן:

וכ"ה בכסף משנה (פ"ב מה' שחיטה ה"ג) וז"ל וי"ל דלעולם אימא לך דחשב"ע מתסרי מדאורייתא וז"ש ודברים אלו כולם דברי קבלה הם דהיינו שנאמרו מסיני כמ"ש שאינו ענוש אלא מכת מרדות היינו מפני שלא נאמר בהם לאו ע"כ [אלא שבגוף דברי הכס"מ יש לומר דאין מוכרחים דמש"כ הרמב"ם ודברים אלו כולן דברי קבלה הן דקאי גם אמש"כ שם הלכה א' דחובע"ז ילפינן מכי ירחק ממך המקום וכו' כמוש"כ לקמן סי' רע"ו דבכמה דוכתי דרכו של הרמב"ם לכתוב דברי קבלה הן אף דיש סמך במקרא עיי"ש באריכות בזה וא"כ אינו הלל"מ לבד אלא הא דאין לוקין משום דאינו אלא לאו הבא מכלל עשה בריחוק מקום ולא בקירוב מקום וכמ"ש המ"ל בפ"ד מה' יסודי התורה עיי"ש בזה:

ועי' רמב"ם (פ"ו מה' ביאת מקדש הלכה ח') לפיכך ערל שעבד חלל עבודתו ולוקה כזר שעבד ע"כ. וכתב הכסף משנה וז"ל ברייתא בס"פ הנשרפים (דף פ"ג) ערל אונן ויושב אינן במיתה אלא באזהרה כו' ובגמ' ערל מנ"ל אמר רב חסדא דבר זה מתורת משה רבינו לא למדנו עד שבא יחזקאל בן בוזי ולמדו כל בן נכר ערל לב וערל בשר לא יבא אל מקדשי לשרתני. ופרש"י והיינו אזהרה מדברי קבלה בעלמא ולא לקי עלי' ורבינו שכתב שלוקה טעמו מדאמרינן בפ"ב דזבחים עד דאתא יחזקאל מאן אמרה ואסיקנא גמרא גמירי לה ואתא יחזקאל ואסמכי' אקרא וכיון דגמרא גמירי לה דלא יבא לשרת לא לקי לא משום אזהרה דדברי קבלה לקי אלא משום אזהרה דגמ' ועכ"ז רצה רבינו שיהא נרמז בתורה קצת ולפיכך כתב שהוא כזר ע"כ. והוא תמוה כמו שביארתי דאין לוקין על הלל"מ וכמוש"כ הכס"מ בעצמו בפ"ב מה' שחיטה. אלא דדעת הרמב"ם הוא

דמאחר דהלל"מ דאסיר בעבודה וא"כ הרי הוא כזר. וזר לוקה וזהו שכתב הרמב"ם כזר שעבר ואין צורך למש"כ הכסף משנה דרצה שיהא נרמז בתורה אלא דכתב זה להיות לוקה על זה גם כן:

התוס' במס' ע"ז ד' נ"ב בד"ה תנהו כ' דאיסור תקרובת עכו"ם גמרא גמירי לה ודוד אסמכינהו אקרא ולפי"ז דאינו אלא הלכה למשה מסיני אין לוקין על זה להר"ן הנ"ל דאין לוקין על הלל"מ. אך הרמב"ם בס' המצות קצ"ב וכן הרמב"ן שם כתבו דלוקין על זה וכ"ה ברמב"ם בפ"ז מה' ע"ז בזה ועי' תוס' ע"ז (ד' י"ב) דחקרו אי לוקין אשלא כדרך הנאתן בתקרובת ע"ז ואף דכתיב אכילה דברי קבלה הוא ע"ש בזה משמע דאיכא מלקות על זה ונ"מ לדידן בפסול לעדות אי הוי דאורייי' או דרבנן:

[ובכו"פ סי' פ"ז הקשה למה לי קרא בע"ז (דף כ"ט) לאסור יין נסך מישתו יין נסיכם ותקרובת עכו"ם מזבחי מתים ותיפוק לי' מלא תאכל כל תועבה דאין לך תועבה יותר מזה ונשאר בצ"ע עיי"ש. ולהרמב"ם רמב"ן דלוקין על יין נסך ותקרובת עכו"ם מיושב בפשיטות דמלא תאכל כל תועבה אין לוקין על לאו שבכללות כמוש"כ המזרחי משא"כ השתא דילפי' מישתו יין נסכים ומזבחי מתים לוקין גם כן]:

ובספר דברי אמת בענין דברי סופרים כ' ראי' להרמב"ם מהא דמבואר בהוריות (דף י"א) דשותה יין נסך הוי מומר וא"כ פסול לעדות ובעדות אינו פסול אלא בלאו שיש בו מלקות ע"ש. ואין זה ראי' כלל דהרי התם בהלהכעיס מיירי ומבואר ברמב"ם דאסור להצילו דליכא בי' משום לא תעמד ע"ד רעך דאפיקורוס הוא וא"כ אינו בכלל אחיו כמבואר בע"ז (דף כ"ו) דלהכעיס לאו בכלל אחיך הוא וא"כ בלאו הכי פסיל לעדות משום דלאו אחיו הוא כמבואר בב"ק (דף פ"ח) דהיכא דלאו אחיך הוא פסול לעדות וע"כ מבואר בסי' זה דאפיקורוס פחות מעכו"ם ופסילים לעדות. ולהדיא מבואר בת"ש ופמ"ג יו"ד סי' ב' דלא בעינן לאו שיש בו מלקות בזה והוא מה"ט דכתיבנא בזה:

ולפי"ז יש לחקור בכהן שאכל נבלה אם פסיל לעדות לפי"מ דמבואר במנחות (דף מ"ה) נבילה וטריפה לא יאכלו הכהנים וכו' איצטריך סד"א הואיל ואשתרי מליקה לגבייהו נבילה נמי אכלי קמ"ל וזהו חידש לן יחזקאל ועד דאתא יחזקאל לא ידענו אלא מהילכתא וכדאמרי' בסנהדרין (דף ס"ב) ועוד דוכתי עד דאתא יחזקאל מאן אמרה אלא הילכתא ואתא יחזקאל ואסמכי' אקרא. וכיון דבכהנים לא הוי אלא הלל"מ ואין לוקין על הלל"מ וא"כ אינו פסול מדאורייתא אלא מדרבנן. ומסתימת הפוסקים לא משמע כן וצ"ל דהילכתא הוא כמו גילוי מילתא דהכל בכלל לא תאכלו כל נבילה וא"כ גם הכהנים לוקין ע"ז ופסולין לעדות. וכיוצא בזה כ' הר"ן פ' כלל גדול במעביר ד"א בר"ה דמהלל"מ

לא היו עונשין אלא מאחר דהוא בכלל הוצאה עונשין ע"ז. ויש להביא ראי' לזה מהא דאמרי' בב"ק דף מ"א) ת"ר ממשמע שנאמר סקול יסקל השור איני יודע שהיא נבילה ונבילה אסורה באכילה מה ת"ל ולא יאכל את בשרו מגיד לך הכתיב שאם שחטו לאחר שנגמר דינו אסור באכילה וק"ט דילמא איצטריך לכהנים דמהל"מ אין לוקין על נבילה. ואתא לא יאכל את בשרו לאסור לכהנים ולוקין גם כן. א"ו דבלא"ה לוקין על נבילה [אלא דבלא"ה ק"ל שם לר"י דס"ל ביומא (דף ל"ו) דנבילה הוי נל"ע. א"כ דילמא אתא לא יאכל את בשרו שיהא לוקה גם כן ומנ"ל דשחטו לאחר שנגמר דינו אסור וצ"ל דהעיקר כתי' הש"ס דאת בשרו אע"ג דעבדי' כעין בשר דשחטי' אסור ובזה י"ל כמה קושיות ואין כאן מקומו בזה.]: וי"ל מהא דאמרינן בסוכה (דף מ"ד) לולב דאורייתא עבדינן שבעה זכר למקדש ערבה דרבנן לא עבדינן שבעה זכר למקדש ופריך למאן כו' אי לרבנן הלכתא גמירי לה. ומתרץ ערבה דל"ל עיקר מה"ת בגבולין לא עבדינן שבעה ואמאי לימא לרבנן ואפילו אי הלכתא גמירי לה מ"מ קיל מדאורייתא ומבואר מזה דהלמ"מ הוי שוה לדאורייתא. והא דפריך במועד קטן (דף ג') בתוס' שבועות דהלמ"מ מקראי נפקא מבחריש ובקציר תשבות ולא מתרץ דאיצטרך לעשה ג"כ. דזה אינו דא"כ הלכתא ל"ל משא"כ בנזיר שפיר איצטריך הלכתא לרעיי' כמבואר בבכורות (דף ט"ז) ובנזיר לא הובא הצריכותא וזה ברור:

הש"ך כתב דהא דעבר עבירה שיש בו מלקות פסיל לעדות לאו דוקא בהתרו. אלא אפילו לא התרו כל שיש על איסור זה מלקות אם הי' מתרין בו פסול לעדות וראי' לזה נ"ל מהא דאמרינן בסנהדרין (דף כ"ז) מומר להכעיס אביי אמר פסיל דהו"ל רשע ואל תשת רשע עד ורבא אמר כשר דרשע דחמס בעינן והרמב"ם (פ"י מהלכות עדות) כתב דחייבי מלקות פסולין משום אל תשת רשע עד ומי שמחויב מלקות נקרא רשע דכתיב והי' אם בן הכות הרשע וחייבי מיתה מדכתיב רשע למות ול"ל כ"ז ואמאי הי' הו"א דכשר תיפוק לי' דאינו אחיך מדאמרינן במס' מכות ונקלה אחיך כיון שלקה הרי הוא כאחיך מכלל דקודם לכן אינו אחיך. וכ"ש חייבי מיתות והוא כמו דאמרינן בחולין (דף מ"א) התרו בו מאי א"ל כיון שהתיר עצמו למיתה אין לך מומר גדול מזה. ומומר לאו אחיך הוא כמבואר ביו"ד סי' רנ"א ובב"ק (דף פ"ח) מבואר דאינו כשר לעדות אלא אם הוא אחיך מדפריך שם אלא מעתה לרבנן יהי' עבד כשר לעדות עד שקר ענה באחיו ע"ש א"ו דאפי' בלא התרו בו פסול לעדות ומשו"ה הוצרך לומר משום דהוי רשע דלרבא כשר דרשע דחמס בעינן אלא דלפי"ז י"ל מנלי' להרמב"ם דאפילו בלא התרו הוי רשע הא

מהא דמייתי אם בן הכות הרשע ואשר הוא רשע למות אינו אלא בהתראה אבל שלא בהתראה לא הוי רשע:

ואפשר לומר דהא והי' אם בן הכות הרשע מוקי בריש מכות לעדים זוממין וקיי"ל דעדים זוממין אין צריכים התראה כמבואר בכתובות (דף ל"ג) אלמא דגם בלא התראה הוי רשע וא"כ כ"ש למחוייבי מיתות ב"ד ופירוש הרמב"ם כך הוא שכתב שם איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עלי' מלקות שהרי התורה קורא למחוייב מלקות רשע שנאמר והי' אם בן הכות הרשע א"כ ממילא ידעינן גם בעלמא כן. והדר מסיים ואצ"ל מחוייב מיתות ב"ד שהוא פסול כאן כתב מחייבי מיתות ב"ד ולא כתב עבירה שחייבין עלי' מיתות ב"ד משום דאין זה ראי' מאשר הוא רשע למות בפ' מסעי דשם מיירי בהתראה גם כן לכך כתב ואצ"ל מחוייבי מיתות ב"ד באמת שהוא רשע משום שנאמר אשר הוא רשע למות וזה דמחוייבי מיתות ב"ד ולא התרו לא הוצרך לכותבו כלל דכ"ש הוא מחייבי מלקיות אלא דנקט מחוייבי מיתות ב"ד באמת משום דמצינו בהם רשע ג"כ:

אם עבר להכעיס זהו כאביי בפ' זה בורר דלא בעינן רשע דחמס. בתוס' בכורות (דף ל"ו) ורא"ש שם מבואר דאנן קיי"ל דמומר לדבר אחד לא הוי מומר לכה"ת והא דלהכעיס פסול לעדות הוא משום אל תשת רשע עד וא"כ בעינן דוקא שהוא מומר בדבר שיש בו מלקות משא"כ אם אין בו מלקות דאינו בכלל אשר הוא רשע למות אינו פסול אלא מדרבנן כמש"כ הרמ"א. וכן אם הוא להכעיס בעשה אינו נפסל וזהו כרשב"א בטור יו"ד (סימן ב') דמומר לדבר אחד אינו מומר לכה"ת. משא"כ לדעת הר"ן ביו"ד שם (ס"ה וסי' קנ"ח) דהוי מומר לכה"ת א"כ גם בעשה ולאו שאין בו מלקות פסול מדאורייתא דהוי כגוי וכל שמונח לפניו היתר ואיסור ומניח ההיתר ולוקח האיסור הוי כגוי כמוש"כ הר"ן. ולדעת המג"א (בסי' ל"ט ס"ק ג') מבואר דזהו כשעושה כמה פעמים כן עיי"ש:

כתב הפמ"ג ביו"ד (סימן ב') ק"ל דכאן פסק המחבר בס"ב מומר להכעיס הוי מימר לכה"ת כדמוכח בדוכתי טובא בהר"מ ז"ל א"כ איך כתב בח"מ (סי' ל"ד ס"ב) עבר עבירה שיש בה מלקות בין להכעיס או לתיאבון פסול לעדות ואיך כללם יחד דלהכעיס אף שאין בו מלקות כמו מ"ע שופר סוכה תפילין וכדומה. דינו כע"ג ופסול מה"ת ע"כ. ודברי המחבר נכונים עפמש"כ הבכור שור במס' ע"ז (דף כ"ו) דלהכעיס דפליגי בסנהדרין (דף כ"ז) אי כשר לעדות. הוא היכא דאיכא איסורא והיתרא ולא קפיד בין האי להאי. אבל לא להכעיס גמור עיי"ש. וכ"כ בספר אמרות טהורות להרמ"ע מפאנו ז"ל. וא"כ המחבר דקאי לפסוק כאביי שם בסנהדרין דלהכעיס פסול לעדות הא מיירי בלא קפיד בין איסור

להיתר ובזה ודאי בעינן שיש בו מלקות ג"כ. ובזה ניחא הא שהקשה הש"ך ביו"ד (סי' רנ"א ס"ק ב') על הסמ"ק שם:

שאין בו מלקות פסול מדרבנן כתב ב"י באהע"ז (סי' מ"ב) דהיכא דהוי התראת ספק דאינו לוקה אינו פסול לעדות עיי"ש [ובזה ניחא קושיית התיו"ט בפ"ת ברא"ש פ"ג דמכות שהקשה דלאיזה תכלית הביאו הרי"ף והרא"ש פלוגתא דקיימו ולא קיימו בטלו ולא בטלו כיון דהאידנא אין נפ"מ למלקות. אבל להב"י ניחא כיון דמבואר בפ"ג דמכות (דף ט"ז) דהך פלוגתא תליא אם התראת ספק שמה התראה או לא. וא"כ שפיר נפ"מ לדינא דאי שמה התראה לוקה ופסול לעדות ואי לא שמה התראה אינו לוקה ואינו פסול לעדות]:

כתב האו"ת ואחריו הנתיבות דלאו הניתק לעשה כיון דמשכחת בביטלו נפסל לעדות אך במל"מ (פ"ד מהלכות עדות) מבואר דבלאו הניתק לעשה אינו פסול לעדות ולזה הסכים הקצוה"ח (סי' נ"ב). וניחא בזה קושיית התוי"ט הנ"ל לאיזה תכלית הביאו הרי"ף והרא"ש פלוגתא דקיימו ולא קיימו וכו' כיון דהאידנא אין נפ"מ למלקות. דנפ"מ לפסולי עדות דאי קיי"ל קיימו ולא קיימו תיכף כשלא קיים העשה פסול מדאורייתא. אבל אי קיי"ל כמ"ד ביטלו ולא ביטלו אינו נעשה פסול דאורייתא אלא כשביטלו ולא קודם לכן:

ואין להביא ראי' לזה דאינו נפסל בלאו הניתק לעשה עד שיבטל העשה מהא דאמרינן בחולין (דף קמ"א) לא צריכא דעבר ושקלה לאם דלאו עברי' עשה הוא דאיכא ליתי עשה ולידחי עשה קמ"ל הניחא למאן דתני קיימו ולא קיימו אלא למאן דתני ביטלו ולא ביטלו כל כמה דלא שחטי' לא עברי' ללאו הרי חזינן דכל כמה דלא ביטל לעשה לא עבר ללאו וע"כ אינו נפסל לעדות ג"כ. הא לאו מילתא היא דודאי תיכף כשנטל האם עבר ללאו. והא דקאמר כמה דלא ביטל העשה לא עבר ללאו היינו דלא עבר הלאו לגמרי וכן משמע מרש"י מכות (דף ט"ז) כשמבטל העשה אז הוא מבטל הלאו לגמרי דאז הוא גמר הלאו וא"כ עדיין איכא עשה ול"ת:

ולכאורה משמע כהמל"מ מהא דמבואר ביומא (דף פ"ה) דתשובה מכפרת על עשה ול"ת הניתק לעשה. אבל ל"ת גמורה לא. וא"כ לאו הניתק לעשה קיל דדמי לעשה. וכמו דבעשה אינו נפסל לעדות כן בל"ת הנל"ע אך בתוס' שבועות (דף י"ב) מבואר שם דעשה מוחלין מיד לגמרי. אבל לאו הנל"ע אין מוחלין לגמרי אלא מקילין עמו עיי"ש [וכן משמע מש"כ התוס' במס' מכות (דף י"ג) שהקשו כיון דאין לוקין על לאו הנל"ע למה ניכתב הלאו בתורה ותירצו דנכתבו לעונש יתירא עיי"ש. וקשה מאי מקשו הא איצטריך למיכתב להודיע האיסור. וצ"ל דקושייתם הוא למה ניכתב בלשון ל"ת ניכתוב בלשון

עשה. ולזה תירצו דנכתב לעונש יתירא א"כ מבואר דאזהרת נל"ע חמיר מעשה וא"כ כיון דמשכחת מלקות בביטלו שפיר יש לומר דפסול לעדות גם כן ועיין ריטב"א ב"מ (דף ל"א) שכ' וז"ל א"נ דהאי לאו דשילוח הקן לא מקרי לאו. דלאו הנל"ע הוא ע"כ משמע מזה דאינו נפסל לעדות ג"כ אלא דבלא"ה תמוה דמסוגיא דחולין אינו מבואר כן:

ובספר יד המלך תירץ לקושיית המפרשים שהקשו למאי נפ"מ פלוגתא דב"ש וב"ה בריש ביצה אי חמץ בכזית או בככותבת דללקות אינו לוקה דלאו הניתק לעשה וחצי שיעור בלא"ה אסור מה"ת ולכן כתב דבלאו הניתק לעשה כיון דליכא הך טעמא כיון דחצי לאיצטרופי למלקות חצי שיעור מותר מה"ת והוא חמוה דהא התוס' כ' להדיא בשבת (ד' צ"א) דתרומה טמאה דאינו אלא בעשה חצי שיעור אסור מה"ת וא"כ כ"ש בלאו הניתק לעשה דחצי שיעור אסור מה"ת. ולבר מן דין הא כ' הרמב"ם (בפ"א מה' גזילה) דאסור לגזול כל שהוא דין תורה ומבואר בסמ"ע (סי' שנ"ט) דהוא מטעם חצי שיעור דאסור מה"ת והרי גזל לאו הנל"ע הוא ואפי"ה חצי שיעור אסור מה"ת ולא מסתבר לחלק דגזל שאני דהוא בין אדם לחברו]:

(מבן המחבר ולפענ"ד יש לעיין בראי' זו. דהנה סברת יד המלך ע"כ הוא לאו דבעינן שיהי' חזי לאיצטרופי למלקות דוקא. אלא כוונתו דבעינן דבהצטרפות יבוא לאיזה חיוב כגון באוכל כזית נבילה דבאכילת חצי שיעור. דבהצטרפות עוד חצי שיעור יהי' בחיוב מלקות. אבל בב"י לא יבא גם בהצטרפות לשום חיוב כיון דנל"ע. אבל בגזל דאיכא חיוב תשלומין במקום מלקות להשיב את אשר גזל. שפיר שייך בזה חצי לאיצטרופי. ואם יגזול תיכף עוד חצי פטרוה ויהי' בהצטרפות פרוטה ויבא לחיוב תשלומין. א"כ אף דאין עליו חיוב תשלומין בגזל פחות משו"פ. אבל חשוב לענין איסור לגזול כבאיסור אכילה. בזה דחזי לאיצטרופי בגזילת עוד חצי פרוטה. וחשוב גם בגזילת פחות משו"פ לממון לענין דאסור לגזול כ"ש כבאכילת חצי שיעור איסור. אף דפחות משו"פ מחיל אינש. א"כ לא חזי לאיצטרופי. כיון דכבר מחל על חצי הפרוטה הראשונה שגזל, ואין כאן חיוב ממון נם בהצטרפות גזילת עוד חצי פרוטה. ובאמת בלא"ה יש לתמוה כן על הסמ"ע שפירש דעת הרמב"ם דאסור לגזול כ"ש ד"ת הוא משום דחזי לאיצטרופי הא כיון דפחות משו"פ מחיל אינש. א"כ לא חזי לאיצטרופי: ולפענ"ד י"ל הא דפחות משו"פ מחיל אינש זהו בגזל רק פחות משו"פ או בגזל מאחד אפי' כמה פעמים רק גזל בעתים רחוקים בזה י"ל דעל כל פחות משו"פ מחל. אבל לא בגזל תיכף עוד חצי פרוטה דאיכא בהצטרפות פרוטה בודאי אין דרך אינש למחול ע"ז. והאיך יעלה על הדעת לומר אם יבא אחד ויגזול מחברו כל היום פחות פחות משו"פ יהי' פטור מתשלומין בזה דעל כל

פחות משו"פ מחיל אינש ובודאי אין דרך אינש למחול ע"ז וזה לא ניתן לומר כלל וכלל לחלק בגוזל פרוטה בב"א מגוזל פרוטה בלקיחת שתי פעמים ומה לי אם נוטל בב"א מבזה אח"ז כיון דנוטל תיכף עוד חצי פרוטה ושפיר שייך חזי לאיצטרופי בעוד חצי פרוטה באם יקח תיכף וזה פשוט וברור לפענ"ד. ועיקר חידושו של היד המלך קשה להבין דמה"ת נימא לחלה בזה כיון דחזי לאיצטרופי לאיסור לאו ג"כ. אמאי לא נימא כן. (ואין ת"י לעיין טעמו בזה)):

ועיין תוס' מכות (דף י"ד) בד"ה מלקות בחייבי כריתות ליכא שהקשו דא"כ ל"ל קרא. דהא קרבן לא בעי אזהרה ותירצו דניכתב לעונש יתירא מידי דהוה אלאו שבכללות ולאו הנל"ע ולהתומים והנתיבות הנ"ל הא שפיר יש נפ"מ בלאו הנל"ע דפסול לעדות [דאי הי' ניכתב בלשון עשה כמוש"נ התוס' כיוצא בזה שם (דף ו') בלא תחסום דהו"מ למיכתב האכל שור בדישו לא הי' פסול לעדות דאין בו מלקות] ויש לומר דלכאורה לאו הנל"ע הא לוקה למ"ד קיימו ולא קיימו כשלא קיים. ולמ"ד ביטלו ולא ביטלו כשמבטל העשה כמבואר במכות (דף ט"ז) וע"כ צ"ל דכתבו כן בלאו הניתק לתשלומין דלעולם ליכא ביטלו ולא ביטלו דאיכא בתשלומין כמבואר במכות שם (ד' ט"ז) דלא משכחת ביטלו ולא ביטלו במה דאיתא בתשלומין וא"כ ל"ל הלאו כלל כמו גזילה דכתיב העשה דוהשיב בלבד וע"ז שפיר כתבו דניכתב לעונש יתירא דבזה ליכא למימר דהנפ"מ שיהי' פסול לעדות דבדבר דאיכא חימוד ממון אף באינו אלא עשה לבד פסול כמו שכתב' לקמן ומצאתי כן בריטב"א פ"ב דר"ה באיסור שביעית דפסול מדאורייתא משום דאיכא חימוד ממון. עיי"ש:

ובקושיית תוס' במכות (דף י"ד) שהקשו בלאוין דאין לוקין ל"ל הלאו פי' דהי' סגי אם הוי כתיב העשה לבד לפימש"כ המפרשים דר"י דס"ל דסומא פטור מן המצות אינו אלא בעשה אבל בל"ת חייב א"כ איצטריך הלאו דנפ"מ לסומא דאסור וצ"ל דקושייתם לרבנן דר"י דס"ל דחייב בכל המצות שבתורה ולרבנן דר"י דס"ל בפסחים (דף כ"ז) דחמץ השבתתו בכל דבר אתי שפיר דליכא ביטלו ולא ביטלו כמוש"כ הגינת וורדים דאי זרקו לים או האכילו לכלבים זהו ביעורו. אבל יותר נ"ל כמוש"כ דקאי אלאוין דאיתנייהו בתשלומין, וכן צ"ל בהא שכתבו התוס' בכתובות (דף ל"ב) בד"ה א"כ ביטלת דלאו הנל"ע לאו בר מלקות הוא דקאי אלאוין דאיתנייהו בתשלומין. דשאר לאו הנל"ע בר מלקות הוא אי קיימו ולא קיימו או ביטלו ולא ביטלו וזה נכון:

ונ"ל ראי' לדברי המל"מ דלקמן (סי' צ"ז סעיף י"ד) כתב בשו"ע דאם אבד המשכון או נשרף לוקה. וצריך לומר דאף דהאידנא ליכא מלקות כתב זה דנפ"מ דפסול לעדות

כמוש"כ מפרשי השו"ע כיוצא בזה בדוכתי טובא. והרי הא דאינו לוקה כשהמשכון בעין הוא משום דהוי לאו הנל"ע כמבואר בסמ"ע שם וא"כ ש"מ דבלאו הנל"ע לא הוי מיפסל לעדות דאי ס"ד דמיפסל לעדות בלאו הנל"ע א"כ בלא"ה פסול אפילו שהמשכון בעין ולמאי כתב דלוקה כשנאבד או נשרף ובשלמא להרמב"ם דדרכו למיכתב אף מה שאין נוהג האידנא ניחא אבל להשו"ע קשה למאי נפ"מ דלוקה. א"ו דבלאו הנל"ע אינו פסול לעדות ולכך כתב דלוקה להורות דפסול לעדות. ובריטב"א ב"מ (דף ל') כתב דלאו הנל"ע קיל דעשה דוחה לו"ע א"כ מבואר דקיל משאר ל"ת אך הריטב"א תמוה מסוגיא דחולין ואכמ"ל:

ולכאורה יש להביא ראי' להתומים דפליגי אביי ורבא באוכל נבלות אי פסול לעדות ולמה נקטו נבילה דלר' יוה"ג ביומא (דף ל"ו) הוי נל"ע ולא נקטו ל"ת אחרינא ואליבא דכו"ע א"ו דלאו הנל"ע פסול לעדות וא"כ אין נפ"מ בין הך ל"ת דנבלה לשאר ל"ת. אמנם אין זה ראי' דאביי ורבא לשיטתייהו אזלי דאביי ס"ל ביומא (דף ל"ו) דגם לר"י הגלילי הוי נבלה לאו הנל"ע וכן רבא בחולין (דף ק"א) מוקי הא דאר"י האוכל גיה"נ של נבלה ר"מ מחייב שתים וחכמים אינם מחייבין אלא אחת דחכמים היינו ריה"ג דלית לי' כולל ואמאי לא קאמר כפשוטו דנבלה הוי לאו הנל"ע ולכך אינו חייב אלא אחת משום גיה"נ. א"ו דס"ל דגם לריה"ג לא הוי נבלה לאו הנל"ע ולכך נקטו נבלות משום דלדידהו גם נבלה אליבא דכו"ע כשאר ל"ת דעלמא:

ואם עבר על עשה כיון דאין בזה מלקות אינו פסול אלא מדרבנן. ובס' חוט השני (סי' י"ח) כתב דלא מצינו שיהא נפסל כלל אם אינו עושה ציצית או אינו מניח תפילין וכשר לגמרי. ובנה"מ חילק בין שוא"ת אינו נפסל ובין קום ועשה נפסל ועיין רמב"ם (בפ"ו מה' סנהדרין ה"ז) כל הדן וכו' ה"ו רשע כו' שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם ולא לפני כו' ולאו הבא מכלל עשה עשה ואפי"ה ה"ז רשע ואל תשת רשע עד מדרבנן לפחות והוא כהנה"מ בזה:

ולפע"ד נראה עפימש"כ הרמב"ם ז"ל (בפ"י מהל' עדות ה"ב) איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עלי' מלקות כו' ושם ה"ג עבר עבירה שחייבין עלי' מלקות הרי זה פסול מן התורה ואם הי' החיוב שבה מדבריהם ה"ז פסול מדבריהם ע"כ ומבואר דהא דה"ג הוא פירושא להא דה"ב שכ' שאין פסול אלא בעבירה שיש בה מלקות ומבאר דאם המלקות מה"ת פסול מה"ת ואם הי' החיוב שבה מדבריהם פי' החיוב מלקות מדבריהם דהיינו מ"מ פסול מדרבנן אבל היכא דאינו לוקה כלל אף לא מ"מ אינו פסול כלל אפילו מדרבנן כיון דעיקר רשע ידעינן מן והי' אם בן הכות הרשע ורבנן כעין דאורייתא תקון ואינו

פסול אלא היכא דאיכא מ"מ והרי הרמב"ם בסה"מ כתב דעבר על עשה אין לוקין אפילו מ"מ וכ"כ הרשב"א בכתובות (דף פ"ו) והריב"ש (בסי' צ') וא"כ כיון דאפי' מ"מ ליכא לכן כשר:

והרי הרמב"ם (בפ"א מה' א"ב ה"ח) כתב הבא על אחת מחייבי לאוין במזיד הוא לוקה וכו'. והבא על אחת מהשניות במזיד מכין אותו מ"מ מדבריהם אבל הבא על אחת מחייבי עשה אינו לוקה ואם הכו אותו ב"ד מ"מ כדי להרחיק מן העבירה הרשות בידם ע"כ. א"כ מבואר דעל חייבי עשה בקום ועשה לוקין מ"מ. והמ"מ שם כ' וז"ל ובחייבי עשה ג"כ כ"ש הוא שאם רצו ב"ד שיש שם מכין אותו מ"מ ובביאור אמרו במ"ע כגון סוכה איני עושה ולולב איני ניטל מכין אותו עד שתצא נפשו וכ"כ הרדב"ז בתשובה (שני אלפים קכ"ו) להדיא דאיכא בעשה מ"מ עיי"ש בזה. ונראה דיצא לו כן מהא דיומא (דף פ"ז) לא' שאכלה פגי שביעית והתם אינו אלא עשה דלאכלה ולא להפסד וש"מ דלוקין מ"מ בקום ועשה וכמוש"כ הריב"ש (סי' פ"ה) דבלוקה מ"מ איירי התם. וכיון דנתבאר דחייב מ"מ על עשה אם עשה בקום ועשה לכן פסול לעדות בעבר על עשה בקום ועשה:

וכללו של דבר דאין פסול משום רשע דרבנן אלא באיכא מ"מ מדרבנן משא"כ בעשה דשוא"ת דליכא מ"מ כלל וזה ברור. וכן מבואר להדיא ברדב"ז בלשונות הרמב"ם ז"ל (סי' רכ"ט) שכתב להדיא דמשום תפילין וציצית אינו נפסל עיי"ש בזה. ומה"ט אף דגם בעשה נקרא רשע אם אינו מקיים. כמבואר בקידושין (דף ל"ג) אטו ברשיעי עסקינן שאינו רוצה לקיים והדרת. ושם כל שאינו עומד בפני רבו נקרא רשע. אפי"ה כיון דאין לוקין ע"ז ליכא פסול ג"כ. ובתשב"ץ (ח"ג סי' ש"ט) ומי שאינו רוצה לקיים מצות תפלה רשע הוא ופסול לעדות ואינו עולה למנין עשרה ע"כ וא"כ מכ"ש בדאורייתא. ואולי התשב"ץ מיירי בפורק עול לגמרי ממצות תפלה אבל בלא"ה אינו נפסל לעדות בזה. ובכתובות (דף ק"ה) לא רצו אטו ברשיעי עסקינן אף דאינו אלא עשה מה אני בחנם אף אתם בחנם. ובד"ק אמת קנה ואל תמכור:

ונראה ראי' דבעבר על עשה בקום ועשה לוקה מ"מ דהא התוס' בשבועות (דף כ"ג) כתבו דעל חצי שיעור חל שבועה ולא על עשה וכן הוא ביו"ד (סי' רל"ח) וכיון דהרמב"ם בפ"א מה' חו"מ כתב דלוקה מ"מ על חצי שיעור כ"ש על עשה וכ"מ להדיא ברדב"ז (שאלה קכ"ו) דעשה חמיר מח"ש במ"מ במכ"ש עיי"ש:

ובזה י"ל הא דאיתא ביו"ד (סי' ס') בבהמה שאכלה כו מותרת משום טריפה ואסורה משום סכנות נפשות דנפ"מ לענין פסול לעדות דמשים סכ"ג לא מיפסל אלא מדרבנן

לפי"מ דמבואר לקמן (סי' תכ"ז) דבדבר שאין בו אלא משום סכ"נ משא"כ משום טריפה הי' פסיל מדאורייתא וזה נכון:

ומזה ראי' למש"כ המהרי"ט (סי' מ"ג) דרשע דד"ק לא חשיב רשע דלפי"מ שביארנו דאינו נפסל על עשה ואמאי הא אמרינן בקידושין (דף ל"ג) דמי שאינו עומד בפני רבו נקרא רשע שנאמר וטוב לא יהי' לרשע אע"ג דאינו אלא עשה גרידא א"ו דרשע דר"ק לא הוי רשע שיהי' פסול לעדות ג"כ. וכמוש"ל:

וכן ראי' מהא דסנהדרין (דף כ"ו) אר"נ החשוד על העריות כשר לעדות כו' עני מרי ארבעין בכתפי' וכשר ופי' הרא"ש והמרדכי דמיירי ביחוד בעלמא ושם הוא איסור עשה מכי יסיתך אחיך וכמוש"כ מהרי"ו בתשובה קכ"ח ומוכח דפסול מיהא מדרבנן בזה:

והנה מש"כ להוכיח מהרמב"ם דהל' סנהדרין הנ"ל דאינו נפסל אא"כ במידי דאיכא מ"מ ע"ז נראה דיצא לו כן מהא דסנהדרין הנ"ל אר"נ החשוד כו' עני מרי ארבעין בכתפי' וכשר. ופרש"י דאיירי בלא התראה ומלקין משום אל בני כי לא טובה השמועה. והרא"ש פי' דמיירי בקול דעלמא וא"כ הא דמלקין אינו אלא מדרבנן ואפי"ה קאמר ארבעין בכתפי' וכשר. הא אי לא הי' מ"מ הי' כשר אלמא דבלא מ"מ כשר. ובאהע"ז בסי' מ"ב כ' הח"מ להדיא דחשוד עה"ע אין פסולו אלא מדרבנן. וכבר הביאו הפוסקים ראי' מכאן דמ"מ הוא בארבעים. וא"כ מבואר דדוקא אי איכא חיוב פסול לעדות ואי לא הוי' כשר. אמנם הרמב"ם (פכ"א מה' א"ב ה"ב) פי' החשוד על העריות שהוא חו"נ וכמוש"כ המ"מ שם ולוקה מדאורייתא וא"כ אין ראי' מכאן. אבל לשיטת רש"י יש ראי' מכאן:

ובלאו שאין בו מעשה אף דאינו לוקה איכא מכת מרדות משא"כ בעשה בשוא"ת וכמ"ש. ונ"ל ראי' לזה מהא שכתבו התוס' בעירובין (דף צ"ו) בהא דהשמר בעשה עשה דאפילו לר' יוחנן דס"ל דהמניח חפילין לאחר שקיעת החמה איכא לאו מודה הוא שאם לא הניח ביום דאינו לוקה. דהשמר בעשה עשה. דומיא דפסח עיי"ש. והוא תמוה לכאורה דהא בלא הניח תפילין בלא"ה אינו לוקה דהוי לאו שאב"מ וקיי"ל לאו שאב"מ אין לוקין עליו ור' יוחנן גופי' ס"ל הכי בשבועות (דף כ"א). א"ו דמיירי לענין מכת מרדות. דמטעם עשה אף מ"מ ליכא. משא"כ מטעם לאו שאב"מ. וזה נכון וברור:

הפמ"ג כ' בפתיחה כוללת הא דמבואר ברמב"ם (פ"א מהל' חו"מ ה"ב) המניח חמץ ברשותו ולא ביערו אעפ"י שעבר בשני לאוין אינו לוקה מה"ת מפני שלא עשה מעשה. מ"מ מלקין אותו מ"מ. א"כ ה"ה בעשה בשוא"ת דלוקין מ"מ [וכ"כ הפמ"ג בשושהע"מ כלל ט' עיי"ש בזה]. והא כתבנו דל"ת שאין בו מעשה חמיר מעשה וא"כ אין ראי' מזה ואדרבא הא ביארנו דאין מ"מ בזה ואין נפסל לעדות ג"כ:

וק"ל מהא דאמרינן בנזיר (דף כ"ג) ובהוריות (דף י') ארב"ח אר"י מאי דכתיב כי ישרים דרכי ד' צדיקים ילכו בם ופושעים יכשלו בם. משל לשני בני אדם שצלו את פסחיהן אחד אכלו לשם מצוה ואחר אכלו לשם אכילה גסה זה שאכלו לשם מצוה וצדיקים ילכו בם וזה שאכלו לשם אכילה גסה ופושעים יכשלו בם א"ל ר"ל האי רשע קרית לי' נהי דלא קעביד מצוה מן המובחר פסח מיהא קעביד משמע דאי לא עביד פסת כלל נם ר"ל מודה דהוי רשע וא"כ בודאי פסול לעדות ג"כ. ואין לומר דשאני עשה דפסח דחמירא דאיכא כרת בלא עביד פסח כלל דמ"ש:

הש"ך (בסי' ע"ג) כתב דמכת מרדות לא בעי התראה. ונ"ל ראי' לזה מהא דקידושין (דף פ"א) מר זוטרא מותיב אפסרי' אכתפי' ומקרי אל בני. והרי פירש"י בשבועות (דף כ"א) דבהתראה צריך להתרות הלאו כמו לא תשא עיי"ש ובעת המלקות צריך לקרות אם לא תשמור כמבואר במכות (דף כ"ג) וא"כ כבר התרו בו משום אל בני. ואמאי קרי בעת המלקות אל בני. א"ו דאין צריך התראה. וקרי בעת המלקות. דזה אינו אלא בדרבנן לבד: ובלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כתב התומים (סק"א ובסי' כ"ז) דפסול דהא דאין לוקין הוא משום חומרא. והפמ"ג דעתו דאף בלאו שניתן לאזהרת מיב"ד אינו פסול. בתוס' סנהדרין (דף מ"א) בד"ה א"נ שזינתה מקרובי' דא"כ מצי למימר לפוסלו לעדות באנו דבא על העריות פסיל לעדות עיי"ש. ועיין בת"ח שם והרי לאו שניתן לאזהרת מיב"ד הוא. ואין לוקין ואינו פסיל לעדות ומבואר דפסול לעדות אך י"ל כמוש"כ הרמב"ם (פ"י מה' עדות) דגזלן אעפ"י שאין לוקין פסול משום דהוי רשע דחמס. והרי התוס' כתבו לחד תירוצא בסנהדרין (דף ט') ד"ה לרצוני. דבא על עריות הוי כמו רשע דחמס. וא"כ שפיר פסול לעדות אף דאין לוקה. ובסנהדרין (דף פ"ו) כתבו התוס' בד"ה גניבה אתחלתא דמכירה דהא מצי למימר לפוסלו לעדות באנו. עיי"ש והרי התם ג"כ לאו שניתן לאזהרת מיב"ד הוא ואין לוקין ואפי"ה פסול. וי"ל ג"כ דהוי רשע דחמס שגנבו את האדם. ובזה י"ל קושיית תוס' בסנהדרין (דף ס"ג) בד"ה משים דהוי לאו שבכללות תימא תיפוק לי' דהוי לאו שניתן לאזהרת מיב"ד. ולהנ"ל י"ל דלכך קאמר משום דהוי לאו שבכללות ולא קאמר משום לאי שניתן לאזהרת מיב"ד דאי משום לאו שניתן ואזהרת מיב"ד הי' פסול לעדות. לכך קאמר משום דהוי לאו שבכללות דאינו פסול לעדות:

ואפשר לומר דבר חדש. דע"כ לא אמרינן דלאו שבכללות אין לוקין עליו אלא בלאו שכולל כמה איסורים וא"כ מאחר דאינו לוקה אינו פסול לעדות. אבל היכא דהלאו כולל גם לאו שניתן לאזהרת מיב"ד דחמור הוא שפיר י"ל דפסיל. [ולהדיא מבואר בריב"ש (סי' רס"ה) דלאו שניתן לאזהרת מיב"ד פסול לעדות בהוכחשו ולבסוף הוזמו וי"ל בזה] וא"כ

שפיר הקשו התוס' דמה בכך שהוא לאו שבכללות מ"מ מאחר דחמור הוא פסול ג"כ. ובזה מיושב קו' תוס' בסנהדרין (דף י') וב"ק (ד' ע"ג) ובמכות (דף ד') אהא דפריך ותיפוק לי' מלא תענה ומשני משום דהוי לאו שאב"מ ואין לוקין דה"ה דהומ"ל משום לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ולהנ"ל ניחא דעדיפא מיני' נקט דמשום לאו שניתן לאזהרת מב"ד היו נפסלין מדאורייתא משא"כ השתא דהוי לאו שאב"מ אין נפסלין אלא מדרבנן ונ"מ באם לא הרשיעו דליכא מלקוח בזה כמבואר ברמב"ן בסנהדרין פ"ג וליכא אלא משום לא תענה דאין נפסלין אלא מדרבנן:

ובנוב"י מסתפק במחלל שבת בחצי שיעור אי אמרינן בזה חצי לאצטרופי בב' שבתות אי באמת מצטרף בב' שבתות. אלא דאין נפ"מ לדידן. עיי"ש ולהנ"ל שפיר יש נפ"מ דבח"ש אין פסול לעדות אלא מדרבנן וכשהוא מצטרף פסול מדאורייתא:

הפמ"ג בפתיחה כוללת ובשושה"ע (כלל ט') חקר וז"ל ואני מסופק עבר עבירה שיש בה מיתה שוגגין וגם הזיד מכת מרדות אם פטור ממכת מרדות כמו מלקות תורה עם מיתה שוגגין דפטור או דילמא מרדות תמור ולא פטר לי' מיתה שוגג. ונפ"מ לעדות דרבנן פסיל אם חייב מכת מרדות. גם בשל תורה צ"ע. די"ל כיון דבעצם חייב מלקות רק מיתה שוגג פוטר רשע הוא כמו בלא התרו דפסול ת"מ ל"ד וצ"ע עכ"ד והוא תמוה. דהא להדיא אמרינן בחולין (דף פ"א) אלא לפעמים שאפילו שחט ראשון לשלחנו ושני לעכו"ם חייב כגון דאתרו בי' משום אותו ואת בנו ולא אתרו בי' משום עכו"ם וכ"כ הרמב"ם (בפי"ב מהל' שחיטה ה"ז) ואם התרו אותו משום אותו ואת בנו ולא התרו משום עכו"ם לוקה ע"כ. אלמא דקי"ל חייבי מיתות שוגגין אינו פוטר ממלקות וה"ה למ"מ דכעין דאורייתא תיקנו וא"כ פשיטא דפסול לעדות ג"כ:

[וגם מש"כ לספק באם מ"מ פוטר מתשלומין נ"ל פשוט דפוטר מהא שכ' הרשב"ש תס"א בעדים שהעידו וחזרו והעידו דלוקין ומחייבין לשלם מדד"ג ואי דאין לוקה ומשלם. זה אינו. דהתשלומין על הגרמי. ומלקות על עדותן ע"ש. וכבר כ' בסי' זה דאין כאן מלקות דאורייתא אלא דרבנן. ומוכח דגם מ"מ פוטר מתשלומין. אלא שתירוצו צ"ע דע"כ לא אמרי' שלא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין אלא לר"מ אבל לחכמים לעולם אין לוקה ומשלם ויתבאר במ"א בזה]:

ומי שהרג בשוגג אם כשר לעדות, ומהא דאמרינן במכות (דף י"א) ואינו יוצא משם לא לעדות ממון וכו' אין ראי' די"ל דמיירי כשעשה תשובה בעיר מקלטו אבל כשלא עשה תשובה י"ל דפסול ונ"ל דפסיל מדרבנן עפי"מ דאמרינן במס' מכות (דף י') כאשר יאמר משל הקדמוני מרשעים יצא רשע. במה הכתוב מדבר, בשני בנ"א שהרגו את הנפש

אחד הרג בשוגג ואחד הרג במזיד. לזה אין עדים. ולזה אין עדים. הקב"ה מזמנן לפונדק אחד. זה שהרג במזיד יושב תחת הסולם וזה שהרג בשוגג יורד בסולם ונופל עליו והרגו וכו' ועפירש"י שפירש רשעים ההורג והנהרג אלמא דגם ההורג בשוגג נקרא רשע. וא"כ אל תשת רשע עד, ואף די"ל דרשע דד"ק לא מקרי רשע וכמוש"כ המהרי"ט וביארנו כן בכ"ד בזה הסימן. מ"מ פסול מדרבנן מיהא הוי:

שוב מצאתי בשבו"י (ת"ג סי' קמ"ז) שכ' דהרג בשוגג כשר. והביא ראי' מהא דאינו יוצא לא לעדות ממון. וזה אינו דהתם י"ל דמיירי כשעשה תשובה בעיר מקלטו אבל אם לא עשה תשובה דהוי רשע פסול לעדות מדרבנן מיהא. וכמוש"כ לעיל וע"כ מבואר באו"ח (סי' נ"ג) דש"ץ שהרג בשוגג ועשה תשובה כשר משום דבלא תשובה הוי רשע ופסול להיות ש"ץ ג"כ, ומההוא דמכות (דף ה') ועוד דוכתי טובא שהביא השבו"י שם דקאמר חייבי מלקיות מנלן אתיא רשע רשע. חייבו גלות מנין אתיא רוצח רוצח משמע דחייבי גלות לא הוי רשע אין זה ראי' כלל כמבואר:

והא שכ' הריטב"א במכות (דף י"ב) דבהרג בשוגג עושה מעשה עמך הוא. ואי הוי רשע אינו עושה מעשה עמך הוא כדמשמע מהגה' מיימ' (פ"ו מה' ממרים) דהא דאיצטריך קרא שלא ישמע לאביו לחלל את השבת הוא דלא נעשה רשע בזה. י"ל דהתם מדאורייתא עושה מעשה עמך הוא. משא"כ הכא בפסולי עדות מדרבנן מיהא פסול בזה. ואהא דמרשעים יצא רשע כתב דאין למדין מדברי הגדה. ועיין תוי"ט פ"ה דברכות. והפר"ח בס' מים חיים כתב. דלא כהתוי"ט דלא נאמר זה אלא דאין למדין מהגדה לפסוק כמו' אבל מידי דלא מתפרש בש"ס מצינו כמה פעמים דלמדין מהגדה ג"כ. ובהא דפריך ביבמות (דף כ"ב) וחייב על מכתו וקללתו אמאי הא אינו עושה מעשה עמך הוא. דילמא מיירי בשוגג שנתחלף לו שהבן ממזר והוא עושה מעשה עמך הוא. וצ"ל דעדיפא מיני' קמשני דעשה תשובה ע"ז:

ומעתה אין אנו צריכים לספיקו של הפמ"ג הנ"ל אי חייבי מיתות שוגגין פוטרין ממכת מרדות. דזה אינו. דבלא"ה פסול מדרבנן משום חייבי מיתה דשוגג ג"כ:

נ"ל ראי' לזה מהא דאמרינן בזבחים (דף ז') עולה דורון היא היכי דמי אי דליכא תשובה זבח רשעים תועבה ואי דאיכא תשובה והתניא עבר על עשה ושב אינו זז משם עד שמוחלין לו. אלא ש"מ דורון הוא. וקשה הא כל הקרבנות על שוגג הוא בא. וא"כ עולה י"ל ג"כ דבא על שוגג ולא שייך זבח רשעים תועבה. מאחר דבשוגג עשה אלא ש"מ דבשוגג הוי ג"כ רשע. וברמב"ן פ' ויקרא משמע דעולה מכפרת על עול"ת שניתק לעשה במזיד הוא מדכתיב ונרצה ושוגג א"צ ריצוי עיי"ש א"כ י"ל דבאמת שוגג א"צ

כפרה וא"כ ראי' להרמב"ן מהסוגיא הנ"ל דמבואר להדיא כן. ומהאי סוגיא משמע דלא כהמפרשים דס"ל דבשוא"ת בעשה לא הוי רשע דאל"כ לא הוי מקשה מידי מהא דזבח רשעים תועבה. דהא עולה באה על עשה דשוא"ת כמו סוכה ותפילין כמוש"כ התוס' ביומא (דף ל"ו) וש"מ דזה הוי נמי רשע וזה תמוה שלא הביאו הך סוגיא כלל:

ולכאורה יש להביא ראי' דהוי רשע מהא דאמרינן בנזיר (דף כ"ג) מאי דכתיב כי ישרים דרכי ד' כו' לשני בנ"א שצלו את פסחיהן כו'. פסח מיהא קא עביד. אלא לשני בנ"א זה אשתו ואחותו עמו במטה וזה אשתו ואחותו עמו במטה לזה נזדמנה לו אשתו ולזה נזדמנה לו אחותו כו' אלמא דאף בשוגג הוי רשע. ואולי דעריות שאני. וראיתי לאורח מישור שכ' דלכך הוי רשע דמסתמא עשה תחילה עבירה והוי רשע מעיקרא. דהקב"ה אין מביא תקלה לצדיקים. וזה אינו דאל"כ מאי קאמרי התוס' בב"מ (דף ג') ושאר דוכתי בלא אכלתי חלב דאיך יכול לומר מזיד הייתי דאין אדם משים עצמו רשע והא הוי בלא"ה רשע דאי הוא צדיק לא הי' ניפסל באכילת שוגג ובאכילה הא כתבו התוס' בכמה דוכתי דאין הקב"ה מביא תקלה לצדיקים, א"ו דהא ליתא כי אף אי אינו צדיק מ"מ רשע לא הוי והוא מן הבינונים. והמהרש"א כתב דמיירי דנתכוין לאחותו ונזדמנה לו עיי"ש א"כ אין ראי' מזה: באחד שאכל כ"ש איסור. לפ"מ דקי"ל דח"ש אסור מן התורה אף דאינו לוקה פסיל מדרבנן. כן הי' נראה לכאירה. אך ברמב"ם (פ"א מה' חו"מ ה"ז) כתב האוכל מן החמץ עצמו בפסח כל שהוא ה"ז אסור מה"ת שנאמר לא יאכל. ואעפי"כ אינו חייב כרת או קרבן אלא על כשיעור שהוא כזית. והאוכל פחות מכזית במזיד מכין אותו מ"מ עכ"ל. וכתב הכס"מ ק"ל ל"ל פחות מכזית דהא אאוכל כ"ש קיימינן ונ"ל שלפי שבראש הבבא כתב אוכל מן החמץ כ"ש אסור מה"ת. ומשמע דאפילו כ"ש מעט מן המעט שאין בו הנאה כלל. אתא לאשמועינן דנהי דאיסורא איכא. אבל מכת מרדות ליכא עד שיהא דבר הראוי ליהנות ממנו קצת דהיינו דבר הראוי להקרא פחות מכזית. אך קשה דמה גבול יש בין זה לזה. ועוד דמנ"ל לפלוגי בהכי וצ"ע עכ"ל. ונ"ל דס"ל דלפי שאמרו בגמ' ח"ש אסור מה"ת דוקא ח"ש דהיינו חצי זית בעינן ויצא לו כן מדאמרינן במנחות (דף נ"ח) ת"ר שאור בל תקטירו אין לי אלא כולו מקצת מניין ת"ל כל כו' מאי קאמר אמר אבייי הכי קאמר שאור בל תקטירו אין לי אלא כזית אני זית מניין ת"ל כל. ופרש"י מאי שיעורא דקאמר כולו ומקצתו ע"כ. וע"ז קאמר דמקצת הוא חצי זית. אלמא דשיעור מקצת דמרבינן בהקטרה מכל הוא חצי זית. וה"נ חצי שיעור דמרבינן מכל חלב הוא מחצית ואינו לוקה מ"מ אלא בפחות מכזית שיהא קרוב להנאה קצת אבל כ"ש שאין נהנה כלל אין מכין איתו מ"מ. וא"כ אינו פסול אפי' מדרבנן ולפ"מ שביארנו בכמה

דוכתי בסימן זה דאינו פסול אפילו מדבריהם אלא במקום דאיכא מ"מ. אלא דמסתימת הפוסקים לא משמע כהכס"מ לחלק בחצי שיעור בין כל שהוא ובין כחצי זית ויתבאר במ"א בזה. ועיין רש"י יומא (דף ע"ג) בד"ה חצי שיעור כלומר פחות מכשיעור כו'. א"כ ש"מ דלא כהכס"מ בזה. וכן מבואר בתוס' פסחים (ד' מ"ד) דחצי זית לאו דוקא אלא מקצת ג"כ. עיי"ש:

ובאחד שאכל כזית ספק חלב ספק שומן. אי הוי פסול דאורייתא או דרבנן או כשר לגמרי. ולהרמב"ם דס"ל כל הספיקות מה"ת מותר וחכמים הוא דאסרום לא הוי אלא פסול מדרבנן. ולהראשונים דס"ל דמדאורייתא לחומרא הוי פסול מדאורייתא. אף דמספיקא לא מלקינן לי' ואנן בר מלקות בעינן מ"מ העבירה יש בו מלקות וספיקו לחומרא, אמנם זה אינו דמוקמינן לי' בחזקת כשרות ואמרינן דהיתרא אכל וכשר לגמרי כמו בהא דסכ"ג דאם לא ידעינן אם הי' קודם או אח"כ דמוקמינן לי' אחזקתו אמנם בסד"ד אם החתיכה אסורה או מותרות אז גם להרמב"ם דס"ל דספק מותר מה"ת. הכא אזלינן לחומרא מדאורייתא לפמש"כ המפרשים דבאיקבע איסורא גם הרמב"ם מודה דמדאורייתא לחומרא. והרי כתב בח"ש דסד"ד הוי כמו איקבע איסורא. ולאוקמי אחזקה ג"כ לא שייך בספיקא דדינא דבשביל חזקה לא ישתנה הדין כמבואר בפוסקים אחרונים בזה. וכ"כ להדיא במל"מ (פ"ד מה' מלוה ולוה) דבסד"ד פסול. ולא מוקמינן לי' אחזקי':

ובש"ך יו"ד (סי' ט"ז ס"ק י"ז) כ' ונפ"מ לדידן אי לוקין בפסול לעדות מה"ת עיי"ש ובהגהות רעק"א ז"ל חולק ע"ז דאפילו אי הוי ספקי פסול כמו בפסק חלב דפסול מספק עיי"ש. והנה הש"ך שכ' דפסול מספק ודאי כן. דהתם בספיקא דדינא איירי. אבל מש"כ באכל ספק חלב צריך להיות כשר דאוקי אחזקי' ואולי ספק תלב מספיקא דדינא קאמר. אבל יש לתרץ בפשיטות דאף לפ"מ שביארנו דבסד"ד פסול מ"מ אינו אלא פסול מספק ואם לא מהני עדותן להוציא ממון אבל להחזיק ודאי מהני ואם תפס בעדים לא מפקינן מיני' וא"כ שפיר יש נפ"מ במה שכ' הש"ך שם דנפ"מ בפסול לעדות אי ודאי לוקה. משא"כ בספק. דהא נפ"מ להחזיק ולתפיסה. דבידאי לא מהני. ובספק מהני. ודברי הש"ך נכונים בזה. אמנם מצאתי להשע"מ (סי' ל"ד) שלא ברירא הך מילתא בספק פסול אי מהני להחזיק די"ל דאין ספק מוציא מידי ודאי: ועוד נבאר מה דיש להסתפק במי שהי' לו ספק בחתיכה אי חלב או שומן ואכל מספיקא ואח"כ נודע לו שהוא ודאי חלב אי הוי כשגגה ומביא קרבן ע"ז דשב מידיעתו הוא. דאי הוי ידע שהוא ודאי חלב. לא הי' אוכל או דזה לא מיחשב שגגה ואינו מביא קרבן. והנה באשם תלוי אינו מביא אלא במסתפק לאחר שאכל. אבל אי מספקא לי' מעיקרא אינו מביא אשם תלוי. כמבואר

ברש"י בכריתות (דף י"ז) וברע"ב שם. וכן מוכח מהא דאיתא שם (דף י"ח) אכל את הראשונה בשוגג והשני' במזיד חייב. ופירש"י שידע שהוא ספק וחייב אקמייתא. והרי הרמב"ם (בפ"ח מהל' שגגות) כ' כל שחייב חטאת חייב אשם תלוי בספק. וא"כ ש"מ דאם מספקא לי' מעיקרא פטור מחטאת דאי הוי חייב גם באשם תלוי הוי חייב:

אמנם בפסחים (דף ע"ב) כתבו התוס' להדיא דבמספקא לי' אי נדה אי לא חייב חטאת. אלמא דזה מיחשב לשגגה. ולדידהו גם באשם תלוי חייב אף במספקא לי' מעיקרא וכמוש"כ השיטה בכתובות (דף כ"ב) ומהתוס' הנ"ל ראי' לזה. וכיון דזה מיחשב לשגגה. הרי כתב השבו"י (ח"ג סי' קמ"ז) דבשוגג לא הוי רשע וכשר לעדות. אך לפמש"כ. דלא ברירא לי הר מילתא דשבו"י ועכ"פ מדרבנן י"ל דפסול ולרש"י מבואר דזה לא נחשב לשגגה א"כ עכ"פ פסיל מדרבנן מיהא הוי:

ואף די"ל דהעיקר כדברי השבו"י דבשוגג כשר אפילו מדרבנן לפ"מ דביארנו לעיל דבאיסור דרבנן צריך שידע שהעושה דבר זה פסול לעדות. ומעתה אפילו אי הוי רשע מאחר דבשוגג עשה לא ידע שנפסל בזה. ועוד לפ"מ דכתבו הפוסקים דבשוגג לא שייך אין אדם משים עצמו רשע כמבואר בנ"י פ"ח דב"ב ובתוס' ב"מ (דף ג') ובכריתות (דף י"ב) ובקידושין (דף נ') ואי הוי רשע דרבנן נם במזיד הי' משום עצמו רשע כמוש"כ הישו"ש בפ"ת דב"ק (סי' כ"ג) דבעבד איסור ואיתרע חזקת כשרותו אדם משים עצמו רשע ועיין או"ח סי' זה שכתב בשם הפ"מ דאפילו באיסור דרבנן איתרע חזקת כשרות וכ"כ במנחת יעקב א"ו דבשוגג לא הוי רשע כלל. וע"כ מסוגיא דמכות (דף י') מרשעים יצא רשע שכתבנו להוכיח דבשוגג הוי רשע אין למדין דדבר שהוא מהסברא אין למדין מאגדה היפוך הסברא. וע"כ אפילו בדרבנן כשר. וגם אפשר לומר דהא דמכות דבשוגג הוי רשע רוצח שאני. אבל בעלמא בשוגג לא הוי רשע. ובזה אפשר לתרץ קושיית מהרש"א במכות (דף ב') אהא שהקשו תוס' דאיך יכולין עדים לחייב גלות הי' יכול לומר מזיד הייתי. והק' המהרש"א הא אין אדם מע"ר. ולפי הישו"ש הנ"ל דאם הוא בלא"ה רשע דאיתרע חזקת כשרותי' אדם מע"ר. וכאן דאף בשוגג הוי רשע א"כ שפיר יכול לומר מזיד הייתי ולא שייך א"א מע"ר בזה:

ועיין במכות (דף י') תלמיד שגלה הרב גולה מכאן שלא ישנה אדם לתלמיד שאינו הגון ופירש"י שלא יביאוהו עינו יו לידי הריגה בשוגג דאמרינן לקמן שאינו מצוי אלא ברשעים ע"כ. וא"כ שפיר אמרינן אדם משים עצמו רשע בזה:

ועיין בש"ג פ"ק דב"מ בסוגיא דשבת שכתב וז"ל ועוד צ"ע אם לגבי פסלות דגזלן פסלינן שוגג וכו' ע"כ. ואפשר דחק. אי הוי פסול מדרבנן דמדאורייתא מסתבר שיהא כשר. מ"מ מאחר דספק הוא אם זה נחשב לשגגה פסול מדרבנן מיהא הוי בזה:

גם בהא דמצינו דבר חדש בתוס' פסחים (דף ע"ב) במסתפק לי' מעיקרא חייב קרבן הוא לר' יוחנן לשיטתו בשבת (דף ס"ט) דס"ל דחיוב קרבן הוא כיון ששגג בכרת אעפ"י שהזיד בלאו וא"כ גם זה נחשב לשגגה ששגג בספיקו מותר. אבל לענין עדות כיון שידע והודיעו לו שהוא איסור פסיל מספק בזה. אמנם התוס' בכריתות (דף י"ז) בד"ה ספק אכלו וכו' כתבו וז"ל מיירי בשעה שאכל הי' סבור שהוא שומן דאי הי' יודע שהוא ספק חלב היכי מייתי קרבן הא לא שב מידיעתו ע"כ. וא"כ ה"ה לקרבן ודאי. וא"כ הרי זה לא כמוש"כ בפסחים דכאן כתבו דלאו שב מידיעתו הוא וא"כ אינו חייב קרבן ודאי ג"כ:

ומש"כ בשושהע"מ (כלל ט') במי שהי' סבור שהוא חלב ואח"כ נודע שהוא שומן. דלהרמב"ם (פי"ג מה' נדרים) בנדרה ולא ידעה שהיפר לה בעלה דאיכא פסול מדרבנן. אך להתוס' בנדרים (דף כ"א) שהביאם המל"מ שם דליכא מ"מ גם מדרבנן כשר עיי"ש.

ועיין בפסקי תוס' מו"ק (סי' נ"א) שכ' וז"ל דכר שהוא מותר והעושהו סבור שהוא אסור ואפי"ה עושהו מקרי עבריין ע"כ והוא דבמו"ק (דף י"ב) אמרינן ר"י נשיאה נפק בחומרתא וכו' שמע ר' אמי איקפד. והקשו בתוס' שבת (דף מ"ו) ובעירובין (דף ס"ט) מהא דאמרינן בעירובין שם. ההוא דנפיק בחומרתא דמדושא כיון דחזי לר"י נשיאה כסיי' וא"ת הא ר"י נשיאה גופי' נפק בחומרתא דמדושא ותי' שם כמה תירוצים והפסקי תוס' תי' דהתם דחזי לר"י נשיאה וכסיי' הרי דהי' סבור שהוא אסור ואפי"ה נפיק. אף דבאמת מותר. ע"כ אמר כגון זה מבטל רשות לר"י. אבל באמת מעיד והתוס' שלא תירצו כן לשיטתייהו אזלי דס"ל דאינו עושה איסור כלל דבלא"ה מבטל רשות:

סעיף ג:

היתה העבירה שעבר מדרבנן פסול מדרבנן הנה הרשב"א בשבועות (דף ל"א) כתב דבפסולי עדות מדרבנן מהני עדותן. דאי תפס לא מפקינן מיני'. וז"ל שם. אבל משחק בקוביא מדאורייתא מיחזי חזי. ורבנן הוא דפסלוהו. ותמי' לי' מ"מ כיון דפסלוהו רבנן ואפי' יגיד לא יתחייב הלה ממון למה יגיד והלא לא חייבתו תורה אלא במפסיד לתובע ממון בכפירתו. ומתוך הדחק י"ל דמשתק בקוביא ופסולין דרבנן אעפ"י שאינן יכולין להוציא ממון בעדותן מהני עדותן דאי תפס ואפי' בעדים לא מפקינן מיני'. ומההיא שמעינן להאי. וא"נ אפשר כו' עכ"ל אלמא דפסולי דרבנן מהני עדותן דאי תפס בעדים לא מפקינן מיני':

והנה בב"ב (דף קס"ה) אמרינן ואלא קשי' מתניתין (גט פשוט עדיו ב' ומקושר ג') הא קמ"ל דשנים במקושר כעד אחר בפשוט מה התם פסול דאורייתא אף ה"נ פסול מדאורייתא. וכתב הרא"ש וז"ל וכתב רב אתא משבתא דאפי' תפס מפקינן מיני'. עכ"ל וכ"ה בבעה"ת (שער ט' ח"ג) ואפי' תפס במאי דכתיב בשטרא מפקינן מיני. הואיל וכפר בו לוה וטוען דלא מחייב לי' מידי ע"כ משמע להדיא דאי עד אחד בשטר לא הי' אלא פסול דרבנן הי' מהני תפיסה והוא להדיא כהרשב"א ז"ל דהיכא דאין פסולו אלא מדרבנן מהני תפיסה בעדים. וכבר ביארנו בזה לעיל (בסי' כ"ח):

אלא דקשה לי ע"ז מהא דאמרינן בסנהדרין (דף כ"ז) ובר"ה (דף כ"ב) זה הכלל כל עדות שאין האשה כשרה לה אף הן אינן כשרין לה. ובפסולי דרבנן קאי התם. והשתא אי ס"ד דפסולי דרבנן מועיל עדותן לענין תפיסה. א"כ אין זה כללא דכל עדות שאין האשה כשרה לה אף הן אינן כשרין לה דהא איכא נפ"מ לענין תפיסה דאין עדות אשה כשרה, ועדות פסולי דרבנן כשרה. א"ו דגם עדות פסולי דרבנן לא הני לתפיסה. והנה לסברת הרשב"א דמועיל לתפיסה כ"ש דעדותן מועיל להחזיק לפטור הנתבע. וראיתי להטו"א בר"ה דף כ"ב) שכתב לדבר פשוט דאין עדות פסולי דרבנן מועיל להחזיק ג"כ. היפוך דעת הרשב"א ז"ל. אך הטו"א כתב שם נהי דלא מועיל עדותן לפטור הנתבע דבממון הפקר ב"ד הפקר וכיון דפסלינהו רבנן אף להחזיק אין נאמנין. אבל נאמנין להציל. כגון ב' אומרים הרג ושני פסולי דרבנן אומרים לא הרג דמהני עדותן שלא יהרג. והקשה הא איכא עדות בדיני נפשות להקל ולהציל דאשה אינה כשרה לה ואלו כשרין ונשאר בקושיא [עיי"ש שכ' וי"ל בדוחק] ואולי י"ל קצת דלא תנא זה הכלל באופן זה לענין תפיסה להציל או להחזיק את הנדון ולא מיירי אלא בעדות מעליא שאין האשה כשרה אף הן אינן כשרין לה. והרי ביארנו דדעת הראשונים ז"ל אינו כן דס"ל דבפסולי עדות דרבנן מהני תפיסה וכ"ש דמועיל עדותן להחזיק:

רמ"א וי"א בדבר מדבריהם בעינן שעבר עבירה משום חימוד ממון בסנהדרין (דף כ"ו) הנהו קבוראי דקבור נפשא ביו"ט ראשון של עצרת שמתינוהו רב פפא ופסלינוהו לעדות. ופירש"י ופסלינוהו לעדות דמשום שכר ממון עוברים על דת והוו להו כרשע דחמס עכ"ל. ומדקדקין ע"ז הא דלקמן שם (דף כ"ז) איפסקא הילכתא כאביי דלא בעינן רשע דחמס. ותירצתי עפמש"כ הרמב"ן והרשב"א דכל צורכי מת הוי מלאכה שאין צריכה לגופה. וביאר הרשב"א בשבת פרק האורג דהא דאמרינן בכמה דוכתי דאין קבורת מ"מ דוחה שבת. הוא אינו אלא לר"י דמחייב במלאכה שא"צ לגופה. אבל לר"ש מותר דבר תורה דהוי מלאכה שאינה צריכה לגופה. וא"כ אינו אלא איסורא דרבנן וכמו דקאמר

להדיא בשבת (דף צ"ד) דלר"ש איסורא דרבנן מיהא איכא. וא"כ לא מיבעיא אי ס"ל לרש"י כהפוסקים שפסקו הילכתא כר"ש דמלאכה שאצל"ג פטור וא"כ לא עבוד הני קבוראי אלא איסורא דרבנן. ובאיסורא דרבנן בעינן חימוד ממון. לכך שפיר פירש"י משום חימוד ממון. אלא גם אי ס"ל דאין הלכה כר"ש. מ"מ הא הב"י באו"ח (סי' תצ"ו) כתב דהשמתא דר"פ הי' על שעברו איסור דרבנן עיי"ש ולכן שפיר פירש משום חימוד ממון דבעבירה דרבנן בעינן חימוד ממון וא"ש:

וכן משמע דס"ל לרש"י כן מהא שפירש בסנהדרין (דף כ"ה) ד"ה סוף ועברי אתקנתא דרבנן מחמת חימוד ממון עכ"ל ועיי"ש (דף כ"ו) בד"ה אוכלי ד"א והחשוד דמשמע נמי כן. וכ"כ בט"ז. והנה בר"ה (דף כ"ב) תנן אלו הן הפסולין המשחק בקוביא ומלוי ברבית ומפריחי יונים וסוחרי שביעית ועבדים. ופירש"י בד"ה וסוחרי שביעית. ולפי שנחשדו כל אלו לעבור על דת מחמת ממין חשודים להיות מעידים שקר ע"י ממון ושוחד. ועבדים פסולין מדאורייתא הוא ק"ו מאשה כדאמר בב"ק עכ"ל. והוא תמוה לכאורה שכ' דלא כהילכתא דזה אינו אלא לרבא ואנן קיי"ל כאביי דלא בעינן רשע דחמס וכבר הקשה הטו"א כן. ולהנ"ל ניחא לפ"מ שביארתי דס"ל לרש"י כדעת הי"א דבעבירה דרבנן בעינן חימוד ממון. והרי התוס' בר"ה שם ד"ה ואלו הן הפסולין דבגמ' משמע שכל הפסולין במתניתין דרבנן דאמר עלה זאת אומרת גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה ולכך שפיר הוכרח לפרש משום חימוד ממון והא דכתב רש"י דסוחרי שביעית עושין סחורה בפירות שביעית דרחמנא אמר לאכלה ולא לסחורה ומשמע דס"ל דמיירי בשביעית דאורייתא ולא בשביעית בזמה"ז דרבנן. אין זה ראי' דהכי כוונתו לפרש היכן מצינו אסור בפירות שביעית. ולזה כתב משום לאכלה ולא לסחורה. אבל לעולם המתניתין מיירי בשביעית דרבנן וכפי' התוס' שם. וכן משמע מלשון רש"י שהעתקנו לעיל דס"ל דמתניתין איירי בפסולי דרבנן שכ' ועבדים פסולין דאורייי' משמע הא אינך פסולין כגון מלוי ברבית וסוחרי שביעית פסולין מדרבנן וכן פירש"י בעירובין (דף פ"ב) בשביעית דהוא משום חימוד ממון ומטעם הנ"ל דבפסולי דרבנן בעינן חימוד ממון גם כן:

אך בסנהדרין (דף כ"ד) כ' רש"י בסוחרי שביעית דהואיל דחימוד ממון מעבירו על ד"ת הוי לי' כרשע דחמס ופסול לדון ולהעיד שנוטה אחרי הבצע עכ"ל. הרי להדיא שפירש בשביעית דאורייתא. ואפי"ה לא פסל לי' אלא משום חימוד ממון. וקשה דזהו דלא כהילכתא דקיי"ל כאביי דלא בעינן חימוד ממון בפסול דאורייתא. ואפ"ל כיון דקי"ל בס"ב עבר עבירה שאין בה מלקות אינו אלא פסול דרבנן וכיון דאיסורא דשביעית אינו

אלא לאו הבאה מכלל עשה ואינו לוקה לא הוי אלא פסול דרבנן ומשום חימוד ממון נעשה פסול דאורייתא:

ובמס' שבועות (דף מ"ה) תנן הי' אחד מהן משחק בקוביא ומלוי ברבית ומפריחי יונים וסוחרי שביעית וקאמר שם (בדף מ"ז) דזהו פסולי דרבנן. הרי להדיא דסוחרי שביעית פסולין דרבנן ועכצ"ל כמוש"כ בזה. וכ"כ מהרי"ט חאהע"ז (סי' מ"ג) דבאיסור דאורייתא וחימוד ממון פסול מדאורייתא ג"כ:

והנה דעת הרמב"ם ז"ל שהעובר על דברי חכמים עובר על לאו דלא תסור ודעת הרמב"ן ז"ל שאין בכלל לאו דלא תסור אלא מה שאמרו בפי' התורה כגון דברים הנדרשים בי"ג מדות וכיוצא בזה. אבל דברי חכמים אינן נכללין בכלל לאו זה. וקשה להרמב"ם אמאי משחק בקוביא וכדומה אינו אלא פסיל דרבנן הא עברי על לא תסור ואיכא משום אל תשת רשע עד. ומצאתי לזהר הרקיע שתמה כן על הרמב"ם ז"ל וסבור הייתי לומר כיון דלא תסור הוי לאו שבכללות ואין לוקין עליו אינו פסול מדאורייתא. אבל לפ"מ שביארנו דגם היכא דליכא מלקות כיון דהוא איסור תורה וחימוד ממון הוי רשע דחמס הדרא קושיא לדוכתא דמשחק בקוביא וכדומה דאיכא חימוד ממון יהא פסול מדאורייתא. ומשמע מזה כהפמ"ג בפתיחה כוללת דגם הרמב"ם ז"ל לא אמר כן אלא במצוה כמו מגילה וחנוכה אבל לא בסייג:

העולה מזה דבחייבי מלקיות דהוא רשע נעשה פסול דאורייתא. ובאיסור תורה ואין בו מלקות ויש בו חימוד ממון פסול דאורייתא משום חמס. ואם הוא איסור דרבנן. לא מיפסל גם מדרבנן אלא בדאיכא חימוד ממון אז נעשה פסול דרבנן:

באו"ת סי' זה כתב ובועלי גוי'. פסילים ג"כ מדרבנן סמ"ע ואם בפרהסי' או לקחה דרך אישות פסול מה"ת דעבר על לאו דלא תתחתן בם עכ"ל ולא ידענא מה שייך בפרהסי' לא תתחתן בם, הא מסקינן בפ"ב דמס' עכו"ם (דף ל"ו) דלא תתחתן בם אינו אלא דרך אישות אבל זונה הוא הלכה למשה מסיני. ואולי איזה חסרון יש כאן (וכבר כתבתי לעיל דמהלל"מ אינו נפסל אלא מדרבנן] ובפסקי תוס' קידושין (סי' ל"ח) הבאה על הכותית אפי' פנוי' אית בה עשה דאורייתא ודוקא בצנעא אבל בפרהסי' קנאין פוגעין בו ע"כ. ולא ידענא מאי עשה דאורייתא אית בי' בפנוי' ובצנעא. והתוס' בקידושין (דף כ"א) כ' דאיתא עשה באית לה בעל ולא בפנוי' ואולי ט"ס יש כאן ואפשר לומר דאית בי' עשה עפ"מ שכתבו התוס' לקמן (דף ע"ה) שם דאיסור ביאה בעכו"ם הבא על ב"י היא משום הוציאוה ותשרף דבית דינו של שם דהוי עשה כמוש"כ שם. וא"כ י"ל דה"ה איפכא בישראל בכותית. אבל אין זה במשמע של פסקי התוס' דלקח דבריו מהתוס' שם

(דף כ"א) ואין זה ענין לכאן. ובפסקי תוס' יבמות (דף ע"ו) שנדפס כעת. כתבו בהיפוך דבצנעא קנאין פוגעין בו ולא בפרהסי' ואולי ט"ס יש שם בזה:

סעיף ה':

העובר על השבועה אחד שבועת שוא ואחד שבועת שקר של ממון וביטוי פסול. והוא מהברייתא דסנהדרין (דף כ"ז) אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד. אלו הגזלנין ומועלי בשבועות. והא דקאמר שם מאי לאו אחד שבועת ממון ואחד שבועת שוא ולא קאמר גם ביטוי. דלא בעי אלא שיש בהן מלקות או חמס דומיא דנבלות משא"כ ביטוי דאיכא גם קרבן והשו"ע והרמב"ם נקטי האמת דפסולין גם בשבועת ביטוי. אלא דצ"ע דלקמן (סי' צ"ב) בחשוד על השבועה נקט שבועת הפקדון ושבועת העדות שבועת שוא וביטוי ואמאי לא נקט גם הכא שבועת העדות ושבועת הפקדון. וכמו כן י"ל על הרמב"ם בה' טוען ונטען בחשוד על השבועה כ' גם שבועת העדות ושבוה"פ ובה' עדות לא כתב כן. לכן ברור דשבועת הערות ושבועת הפקדון לא נפסל לעדות דבשבועות (דף ל"ז) איבעיא אי איכא מלקות בשבועת הפקדון ופסק הרמב"ם בפ"ז מה' שבועות דאינו לוקה ובלח"מ שם תמה הא הוי בעיא דלא איפשטא. אמנם י"ל דדעת הרמב"ם דאינו לוקה הוא מהתוספתא פ"ד דשביעות חומר בשבועת ביטוי וכו' וחייבין על זדונו מכות וכו' משא"כ בשבועת הפקדון וכן בשבועת העדות מבואר בתוספתא פ"ד שם דאינו לוקה. דקתני התם שבועת ביטוי וכו' וחייבין על זדונו מכות. משא"כ בשבועת העדות ועיין רש"י ותוס' בשבועות (דף ל"ז) דלא שייך בשבועת העדות עיי"ש ומאחר דאינו לוקה אינו נפסל לעדות ג"כ. ובשלמא בשבועת הפקדון איכא למימר דנפסל משום רשע דחמס. והוא בכלל שכ' אחד שבועת שוא ואחד שבועת שקר של ממון. דהוי רשע דחמס. אבל שבועת דות אינו נפסל דלא היי רשע דחמס. ואין לוקה ואינו פסול אלא מדרבנן וכן מצאתי בשו"ת תפארת צבי שכ' דבשבועת עדות אינו נפסל לעדות. ולשבועה פסול דהוי חשוד לאותו דבר ולפמש"כ תוס' בב"ק (דף ק"ח) דהחשוד אינו פסול לשבועה אלא מדרבנן אין נפ"מ בין שבועה לעדות דגם לעדות פסול מדרבנן. וזהו שכ' התוס' בב"מ (דף ה') דכל הפסול לשבועה פסול לעדות. ואין נפ"מ אלא להסוברים דחשוד לשבועה פסול לשבועה מדאורייתא ג"כ. שוב ראיתי בתומים (סי' צ"ב) סק"ב שכ' דבשבועת העדות דמפסיד ממון הוי כמו רשע דחמס או דקרבן במקום מלקות קאי. אלא דהק' ע"ז דהרמב"ם כללא כייל כל שיש בו מלקות עיי"ש. אבל יעוין בפירוש המשנה פ"נ דסנהדרין שכ' דאיכא מעט היוצא מהכא עיי"ש:

בנ"י פז"ב כ' אהא דשבועת שוא דפסלו משים דרשע הוא. ומסיים וז"ל אבל בעלמא בשאר איסורין דלא שייך עדות דאפילו עד אחד כשר ואפי' אשה ליכא למיפסלי' ע"כ. וכ' הנתה"מ לקמן (סי' מ"ו) דלא קי"ל כהנ"י בזה. כמבואר באהע"ז (סי' מ"ז) דכל פסול דאורייתא פסיל לעדות אשה ע"כ. והוא תמוה דהא מבואר להדיא ביו"ד (סי' קכ"ז) דפסולי עדות מהימני באיסורין וזה כ' גם הנ"י. והנתיבות בספרו קהלת יעקב תמה ג"כ מהא דנ"י אהא דאהע"ז הנ"ל. והכלל שהוא מפרש דהנ"י מיירי בעדות אשה וכמוש"כ גם הקצוה"ח (בסי' מ"ו) דרשע דאינו חמס כשר בעדות אשה. וזה אינו כל רשע דאורייתא פסול. אבל הנ"י מיירי באיסורין לבד וזה פשוט. ומיושב ג"כ מה שהק' במשובב נתיבות שם על הנ"י עיי"ש. ובחי' רעק"א בזה ובגליון יו"ד סי' קכ"ז הובא דהישועות יעקב חקר בפסול מחמת עבירה אי מהימן והוא מבואר בנ"י כמוש"ל בזה:

סעיף ו':

טבח שיצאתה נבלה או טריפה מתח"י פסול לעדות כ' הסמ"ע דמיירי בהכשיר לעצמו אבל לאחרים דליכא אלא לפני עור לא מיפסל. ביאור הדבר בזה לפ"מ שנתבאר אצלינו בסעיפים הקודמין דעבירה שאין בה מלקות אינו פוסל אלא מדרבנן וביש בה חימוד ממון כיון דהוא איסור תורה פסול משום עד חמס מדאורייתא. ולכן לאחרים כיון דאין לו הנאה מזה לא מיפסל מדאורייתא ואינו אלא פסול דרבנן. משא"כ לעצמו פסול מדאורייתא. ומעתה לק"מ מה שתמה בנתיבות דאמאי בהכשיר לאחרים אינו פסול משום לפני עור דהא צריך להיות פסול מדרבנן ככל מידי דאין בו מלקות דפסול מדרבנן. דזה אינו. דהכא דכתב הטבח לפוסלו לעדות. משמע דפסול מדאורייתא לכן כתב דמשום לפני עור לא מיפסל. אבל זה ודאי דגם דעת הסמ"ע דפסול מדרבנן. וכן מבואר במהרי"ט חאהע"ז (סי' מ"ג) ע"ש. ובח"מ באהע"ז (סי' קט"ו סק"ל) כ' בעוברת על דת שהכשילה בעלה דאיכא לפני עור לא מיפסלא בזה לשבועה. ולא ידעתי למה לא מיפסלא לשבועה מדרבנן כמו לעדות. דשבועה ועדות חדא נינהו. כדמשמע מתוס' ב"מ (דף ה'). ואולי כיון דלא התרה בה מקודם לא מיפסלא בזה והנכון כתי' שכתב שם דבדת יהודית לא מיפסלא בזה: והנה המהרי"ט באהע"ז הנ"ל כ' שם במקלל אביו ואמו בלא שם וכינוי דאין בו מלקות אלא איסור גרידא כמבואר ברמב"ם ופוסקים דאף דלכאורה אינו נפסל משום דהוי בכלל ארור מקלה אביו ואמו ואמרינן ארור בו קללה בו שבועה ב נידוי. ומגופה ילפינן לה דכתיב אלה יעמדו על הקללה בהר עיבל וקי"ל עיבר על החרם פסול מד"ת עכ"ל. וק"ל דלפי"ז היכא דעבר על לפני עור ג"כ יהא נפסל משום דכתיב ארור משגה עור וגו' ואחרי מופלג דאיתי שהקשה כן המל"מ (פ"ד מה' מלוה ולוה וכתב

ואפשר לומר דס"ל דקרא דמשנה ע מיירי כפשוטו ולא במטעה חברו לאיסור עיי"ש. ועיין סוטה (דף ל"ז) דרש ריב"נ מתורגמני' דרשב"ל כל הפרשה כולה לא נאמרה אלא בנואף ונואפת ופרש"י מקלל אביו ואמו היינו הבא על אשת איש היינו מזלזל באביו שגידלו גידולין רעים משגה עור מפתה א"א שהוא סומא בדבר ואינה יודעת עונשה כמוה עיי"ש. וא"כ אפ"ל דלא מיירי במקלל אביו ואמו וכן בלפני עור שמטעה את חברו לאיסור ולכן לא נפסל. ואולי לדינא קי"ל כוותי' דרשב"ל דכל הפרשה כולה לא נאמרה אלא בנואף ונואפת:

אבל העיקר בזה נראה דהא דקי"ל עובר על החרם פסול מד"ת כמבואר בס"ה סימן זה. היינו דוקא היכא שגזרו בחרם שלא לעשות איזה דבר. או לעשותו והעובר ע"ז ועושה היפוך תקנתם מקרי עובר על החרם ופסיל לעדות ולשבועה משא"כ אם לא גזרו בכה"ג אלא שגזרו מי שיעשה דבר זה או לא יעשה יהא בחרם. העושה היפוך תקנתם לא מקרי עובר על החרם בעת מעשה אלא שנלכד בעונש החרם ואינו פסול כלל לא לעדות ולא לשבועה וכיון דבקללות לא נאמר לא ישגה עור בדרך אלא משגה עור וכן מקלה אביו ואמו הכוונה מי שיעשה כן יקים בארור ואי האי גברא בעי למיקם בעונש ארור לא מקרי עיבר על שבועה. וזהו שכתב רש"י בשביעות (דף ל"ו) ארור בו נידוי בו קללה שצריך לפרוש מהם עיי"ש. ובהא דארור האיש שיגדל חזרים מבואר להדיא בתוס' בב"ק (דף פ"ב) ובמנחות (דף ס"ד) שכתבו דאי ר צה למיקם בארור לא מקרי עבריין בהכי וע"כ לא מיפסל משום עובר על החרם משים הני הארורים האמורים בפרשה ודו"ק היטיב בזה כנ"ל נכון: סעיף ז:

גנב וגזלן שהחזירו אם כשרין לעדות אף שלא עשו תשובה או אין כשרין אלא בשעשו תשובה, והנה דעת הרמב"ם (בפי"ב מה' עדות) דגנב וגזלן פסולין לעדות אעפ"י שהחזירו עד שיעשו תשובה וכמוש"כ הכ"מ שם וע"כ כתב בשו"ע ס"ז דפסולין אע"פ שהחזירו עד שיעשו תשובה. ובבה"ג פי' אעפ"י שהחזירו מעצמם וכ"כ לקמן סכ"ט. אבל דעת הטור דוקא בשלמו בכפיית ב"ד. אבל מרצונם למה לא יוכשרו אחר שהחזירו הממון. ובד"מ כתב דזה דוקא באקראי. אבל ברגיל בעינן תשובה ג"כ בדבר המותר כמו ברבית וכ"כ בהגה"ה לקמן סכ"ט:

(מבן המחבר לפענ"ד יש לבאר להטור דבהשבה לחוד יוכשר לעדות האיך הוא הדין בעכו"ם שגזל ואח"כ השיב בגיורותו אי צריך להשיב את הגזלה ולא מתכשר אלא עד שישיב הגזלה מת"י. וגם אפי' אם ישיב יש לחקור אם מהני השבה שלו. וביאור הספק בזה הוא. דהנה זה פשוט בעכו"ם שגזל מישראל דאזהרתן זהו מיתתן בודאי לא מהני

השבה דידי' לפטור מעונש מיתה ככל חייבי מיתות. וכן להשיב את הגזלה אשר גזל אפשר לומר דב"נ חייב אפי' שתי רשיעות. דקרא דכדי רשעתו לא נאמר אלא לישראל ולא לב"נ. אבל בנתגייר יש לחקור טובא אי מחויב אז בהשבה כדין ישראל, וגם יש לחקור אפי' אם ישיב אם מהני בזה להתכשר לעדות לפמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ע"א ע"ב) אף דגר שנתגייר דנשתנה דינו נשתנה מיתתו ודנין השתא בדיני ישראל ופטור מחיוב מיתה. אבל בחיוב ד"ש עומד גם לאחר שנתגייר ולא מפטר בזה שנתגייר. עיי"ש בזה. א"כ מהשתא שפיר יש להסתפק אי מהני לי' בהשבה לחוד להתכשר לעדות כבישראל להטור כיון שיש עליו עדיין חיוב מיתה בד"ש ואין לפוטרו בתשלומין מחיוב מיתה ד"ש. דהתורה לא פטרה בהשיב את הגזלה אשר גזל אלא מעונש מלקות אבל לא מעונש מיתה בד"ש. וא"כ כיון דלא מהני לי' השבה הוי רשע ופסול לעדות. אבל להרמב"ם (בפי"ב מה' עדות) דאף אם החזיר הגזלה פסול לעדות. אלא עד שיעשה תשובה ג"כ על עין הלאו דגזל עיי"ש בנ"מ בזה. א"כ אין כאן ספק כלל לחלק נר מישראל בעשה תשובה על עון הלאו דגזל. ובודאי לענין לפטור מעונש ד"ש מהני תשובה גם לב"נ. ונ"ל דאפי' במשיכה לא מהני ג"כ. אלא עד שירצה לאחר השבת הגזילה על מה שציערו בשעת שגזל. דב"נ חייב על צערא לחוד כמבואר בסנהדרין (דף נ"ז ע"א) ע"ש בזה):

ובריטב"א ב"מ (דף ס"א) כ' וז"ל למורא ניתן ולא להישבון כו' ואין לו תקנה בהשבה כמו שאנו אומרים בגזילה דכיון שהשיב הגזילה הוי לאו מתוקן לגמרי כאילו לא גזל. דברבית אעפ"י שהשיב הממון לא נתקן הלאו וצריך לעשות תשובה ע"כ. הרי להדיא דס"ל דבגזילה א"צ תשובה כלל וחזרתו הוא תשובתו וכאלו לא גזל כלל, [ומזה משמע דבכל לאו הנל"ע מאחר דקיים העשה והוי כאילו לא עבר כלל. א"צ תשובה. וכ"מ ממש"כ רש"י במכות (דף ד') תקנתו זהו כפרתו. ובשבועות (דף ג') ד"ה אחר זה עונשו ותקנתו. וכ"מ ברש"י פסחים (דף פ"ד) ובמהרי"ט ח"ב שאלה צ'] והוא כדעת הטור. ולא כדברי הנוב"י במהדו"ת סי' קל"ו והארכתי במ"א בזה: ועיין רש"י בכתובות (דף כ"ב) אהא דאמרינן שם לעולם ערער דגזלנותא וקאמרי הני ידעינן בי' דעבד תשובה וז"ל דעבד תשובה והשיב הגזילה ע"כ. ומדלא כ' שהשיב את הגזילה משמע דתרתי בעי השבה ותשובה. וכן משמע מהא דאמרינן בסוטה (דף מ"ג) ולא תוכו פרט לגזלן לימא דלא כריה"ג דאי ריה"ג הא אמר ורך הלבב זה המתייירא וכו' אפי' תימא ריה"ג כגון דעבד תשובה ויהיב דמי. ומשמע דתרתי בעי תשלומין ותשובה דאין חילוק אם השיב הגזילה עצמה או שילם. ומבואר דתרתי בעי. ומזה סיוע להרמב"ם דאפי' החזירו מעצמן ל"מ עד שיעשו תשובה ג"כ:

ובזה מיושב הא שכ' התוס' בפסחים (דף כ"ט) דהמשהה חמץ ע"מ לבערו אינו עובר ותמה הש"א מהא דאמרי' בב"ק (דף פ') חבל ישוב גזילה ישלם. אעפ"י שמשלם רשע הוא. אבל להנ"ל ניחא דממון שאני דאפי' אי מתקן מ"מ תשובה בעי. ולכן אסור לכתחילה ורשע הוא. משא"כ בשאר לאו הנל"ע דכשמתקן הרי הוא כלא הי' לכן אם עושה אדעתא דהכי מותר:

וכ"ז בגנב וגזלן אבל במסור פסק הרמ"א בסכ"ב אפילו מחל לו הנמסר פסול עד שישוב בתשובה ולא כ' ברגיל בכך משמע אפי' בפעם אחת. והוא דס"ל דגם הטור מודה לזה דבעי תשובה משום דאינו אלא מדרבנן לכן החמירו בו. משא"כ בגנב וגזלן וכמוש"כ תוס' כיוצא בזה במס' ע"ז (דף כ"ו) לחלק בין רועי בהמה דקה לגזלן עיי"ש:

הט"ז כתב רבים מקשים על תמיהת הטור על הרמב"ם בזה במ"ש ואינו יודע למה לא יוכשרו כו' דהא כתב הטור עצמו סוף ס"ז שצריך שיעשה תשובה ונ"ל דהני פסולים הוא מן התורה כו' ע"כ. תמה עליו אמאי לא יוכשרו עכ"פ מה"ת כמ"ש (סוס"י ש"ס) דגזילה הוי לאו הנל"ע כשיחזיר הגזילה וע"ז תי' דכיון דהחזיר ע"י כפיי' לאו שמי' חזרה ע"כ. ובהגהות אמרי ברוך תי' דיש חילוק בין אם מחזיר הגזילה עצמה ובין אם משלם הגזילה. דבמחזיר הגזילה הוי ניתק לעשה ולא הוי רשע. משא"כ כשאינו מחזיר הגזילה עצמה דאין לוקה משום דניתן לתשלומין. וא"כ הרי גוזל ע"מ לשלם הוי רשע עיי"ש. וז"א דלהדיא מבואר ברא"ש פ"ק דב"מ דאפילו בחפץ אם נוטל ע"מ להשיב הוי רשע והיש"ש בב"ק פ' הכונס כתב מעצמו כן: ונ"ל דהרמב"ם והטור לטעמייהו אזלו. דאמרינן בב"מ (דף כ"ו) ואמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר בכולן משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהיב לי' ואיסורא דעבד עבד. והתוס' בד"ה מתנה בעלמא הוא דיהיב לי'. וא"ת והלא לאו דלא תגזול מקרי נל"ע בחולין (דף קמ"א) א"כ כיון דלענין גזילה לא מיקרי מתנה גם השב תשיבם למה לא תיקן. וי"ל דלא קאי אלא אלאו דלא תוכל להתעלם. שעבר שלא החזיר קודם יאוש ע"כ. אבל ברמב"ם (פי"ד מה' גזילה ואבידה ה"ו) כ' וז"ל ואפי' החזיר לו הדינר לאחר שנתייאש מתנה היא זו. וכבר עבר על האיסורים ע"כ. וכ' הלח"מ ונ"ל טעמו שאעפ"י שמתקן אח"כ הלאו דלא תגזול בהשבת גזילה כדכתיב והשיב את הגזילה מ"מ כבר עבר על לא תגזול וכן האיסור של והשב תשוב שהי' לו להחזיר קודם יאוש ואח"כ הוא מתקן שכל מי שעובר לאו ואח"כ קיים העשה שנתקו הכתוב לא בשביל כן מקרי שלא עבר לאו וצריך תשובה גמורה עכ"ל והטור (בסי' רנ"ט) כתב כהתוס' דבהשבה מתקן הלאו לגמרי, וא"כ הרמב"ם לשיטתו דבהשבה אינו מתקן

הלאו וצריך תשובה גמורה לכן פסול לעדות עד שישוב. משא"כ הטור לשיטתו דא"צ תשובה ובחזרה מתקן לגמרי לכן ס"ל דכשר לעדות בלא תשובה. אבל לפי"ז ק"ל על הב"י שבשו"ע (סי' רנ"ט כ' דאינו עובר אלא על לא תוכל להתעלם וכהתוס'. וא"כ ס"ל דא"צ תשובה כלל. וא"כ אמאי בסימן זה פסק כהרמב"ם דפסול לעדות עד שישוב ואז כשר. ואפשר דלעדות החמיר. אבל ז"א דהא יוצמח מזה קולא לענין קידושין וגיטין ויהא ניתר א"א לעלמא:

[ובזה י"ל הא שכתבו התוס' בפסחים (דף כ"ט) דהמשהה חמץ ע"מ לבערו אינו עובר הוא משום דכשמקיים העשה בכל לאו הנל"ע א"צ תשובה והרי כאילו לא הי' ולכן כשעושה לכתחילה ע"מ לקיים ודאי אין איסור כלל וכמוש"כ המל"מ שם דבמלקות לעולם אינו לוקה וכשעושה ע"מ כן יכול לעשות לכתחילה כן]:

ובתוס' סנהדרין (דף כ"ו) בד"ה סתם גבאי כשר. פ"ה והא דהוסיפו הגבאין בדחזי דשקלי יתירתא וקא אתי לאשמועינן דאעפ"י שהחזיר הגבאי להמוכס פסול. ולא דמי לשאר גזלנים שהחזירו דלא ידע למאן נהדר ע"כ. הרי דס"ל דגזלן שהחזיר בחזרה כשר והוא דלשיטתייהו אזלו דס"ל בב"מ (דף כ"ו) דבהשבה מתקן הלאו לגמרי ולכך כשר בחזרה לבד. ובמהרי"ט ח"ב (שאלה צ') כ' דאפילו להב"י דצריך תשובה בהחזיר בלא כפיי' הוא כשהי' עדים בדבר זה. משא"כ כשלא הי' עדים כלל ומעצמו השיב השבה מעליא חשיבא: ובכפי' דעת הב"ח דמהני השבה בלא תשובה. אבל המהרי"ט שם כ' דלא מהני דאף בלאו הנל"ע כשקיים העשה לא לקי. א"כ בגזילה אעפ"י שניתק לעשה לא תיקן את הלאו בכך. ומשעת גזילה נפסל ואף לאחר שהחזיר לא הוכשר אלא א"כ עשה תשובה מדעתו ע"כ. וכן עיקר בזה. ועיין רמב"ם (פי"ב מה' מטמאי משכב ומושב הי"ד) הגבאים והגנבים שעשו תשובה והחזירו לא מחמת יראה ואמרו לא נגענו בכל מה שהי' בבית כשנכנסנו הרי אלו נאמנים ע"כ. הרי להדיא דאם לא החזירו מחמת עצמן הרי הוא בחזקת משקר ואין נאמנים והוא מהש"ס דחגיגה (דף כ"ו) כשעשה תשובה דיקא נמי והחזירו את הכלים ופרש"י כשעשו תשובה ומחמת תשובה החזירום. הלכך לא משקרי ע"כ. אבל אם החזירום מחמת תשובה אין נאמנים דמשקרי וה"ה לד"מ כן:

והא דאמרינן בב"ק (דף נ"ט) חבול ישוב רשע גזילה ישלם אע"ג דגזילה ישלם רשע הוא. הוא בלא החזיר אבל כשהחזיר מעצמו פשיטא דכשר. וכ"כ המהרי"ט שם. אבל ברמב"ם (פ"א מהל' תשובה הל' א') שכ' וכן החובל בחברו והמזיק ממונו אעפ"י ששילם לו מה שהוא חייב לו אינו מתכפר עד שיתוודה וישוב ע"כ. משמע דאפילו שב מעצמו בעי

תשובה ואפשר לומר דלענין עדות שאני, אבל בהגה' הכס"מ שם מבואר להדיא דמפרש דאף שמשלם רשע הוא. אפילו:

(והנה אי מחויב בהשבה ראיתי שוב בתשובת חו"י תשובה ע"ט. שנסתפק ג"כ בגר שנתגייר אי מחויב בהשבה. וז"ל רק דאפשר לומר הואיל דבאינו בתורת ישראל ליתא במצות חזרה רק חיוב מיתה. לכן גם אחר שנתגייר לא רמיא עלי' מצות חזרה דאינו מצוה רק לישראל ע"ש. ומסיק והכי מסתבר אף בכה"ג ישראל מגוי חייב דמ"מ מצות חזרת גזל על ישראל הוא וחייב להחזיר אף לגוי עכ"ד. ותמוה לי מאד האיך נעלם ממנו שהוא מחלוקת רש"י ותוס' בעירובין (ד' ס"ב ע"א) דזהו באמת שיטת רש"י דב"נ פטור דקלב"מ. אבל כבר כתבו התוס' שם דבב"נ לא אמרינן קלב"מ וחייב לשלם. א"כ לא פקע חיובו דקודם גיורותו לאחר גיורותו ומחויב בהשבה. ואם לא השיב בודאי פסול לעדות. וגם לספקינו הנ"ל שפיר הסברא נותנת לומר דאפי' אי השיב פסול לעדות. כיון דחייב בד"ש. ולא מתכשר אלא עד שישוב לגמרי על העין הלאו ג"כ אפי' להטור):

לאחר ששילם. וא"כ פשיטא דפסול לעדות ג"כ ואפילו בלא עדים אלא די"ל דזה אינו פסול אלא מדרבנן ובפרט לפמש"כ דרשע דד"ק לא הוי רשע שיהא פסיל מדאורייתא ג"כ:

באחד שגזל ובעל החפץ גילה דעתו מראש שאינו מקפיד אם יטול מה ממנו. ואם אזלינן בתר מעשה לא הוי גזלן וכשר לעדות אך אם אזלינן בתר מחשבתו א"כ הוי רשע דחמס וחשוד למישקל ממונא לאסהודי שיקרא. ועיין מנחות (דף ס"ד) פירש מצודה להעלות דגים והעלה תינוק ודגים רבה אמר פטור ואביי אמר חייב. רבה אמר פטיר זיל בתר מעשיו ורבא אמר חייב זיל בתר מחשבתו ופסק הרמב"ם בפ"ב מהל' שבת כרבה דאזלינן בתר מעשיו. וא"כ ה"נ אי אזלינן בתר מעשיו כשר לעדות דעצם המעשה אינו גזילה. או שאכל נבלה ונמצא כשרה דעצם המעשה אינו נבלה וכשר. אבל אי אזלינן בתר מחשבתו הי' פסול אלא דאנן קי"ל דאזלינן בתר מעשה וכשר. אף דיש לחלק דמ"מ חשוד הוא לאסהודי שיקרא. מ"מ נראה מאחר דבעצם לא עשה מעשה רשע לא שייך בזה אל תשת רשע עד ואל תשת חמס עד. אלא די"ל דמ"מ מדרבנן מיהא פסיל עד שיעשה תשובה. לפי"מ דאמרינן בנזיר (דף כ"ג) מי שנתכוין לעלות בידו בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה טעון כפרה וסליחה. עיי"ש. וא"כ י"ל דלעדות נמי כן:

שוב ראיתי בשושה"ע (כלל ט') שכתב בקצרה במי שהי' סבור שהוא חלב ונודע שהוא שומן. דלהרמב"ם בפי"ב מהל' נדרים בנדרה ולא ידעה שהפר לה בעלה ואיכא מ"מ פסול דרבנן. אך להתוס' בנזיר (דף כ"א) שהביאם המל"מ שם דליכא מ"מ ע"ז גם מדרבנן

כשר עיי"ש בזה. ובתוס' סוטה (דף כ"ח) כתבו דחייבי עשה חמיר ממי שהי' סבור שהוא ספק חלב ואח"כ נודע שהוא שומן עיי"ש:

בגונב מעכו"ם כתב הרדב"ז (סי' ת"ח) דפסול מה"ת ובח"א סי' ר"ה הכשיר מטעם דלא משמע לאינשי איסורא. ועיין חכ"צ (סי' כ"ו) שכ' מאחר דגזל עכו"ם פסול מה"ת פסול לעדות ולשבועה. וצ"ל דמיירי בהודיעו שהוא איסור תורה ועיין לקמן (סי' שמ"ח) שביארתי דיש חילוק בין גניבה לגזילה. דבגניבה אסור מה"ת ובגזילה אינו אלא איסורא דרבנן. ועיי"ש שהבאתי בהוכחה שכן דעת הרמב"ם והר"ן ז"ל. ומעתה בהודיעו שהוא איסור בגניבה פסיל מדאורייתא. ואי עשה תשובה אי מועלת בלא השבת הגניבה לפמש"כ הנתיבות שם דאינו חייב בהשבה אלא משום קד"ה יש לומר דאינו מעכב ומועיל תשובה אבל אי נימא דבעי השבה ודאי מעכב. ועיין תוספתא פ"י דב"ק הגוזל את העכו"ם חייב להחזיר לע"ג. חמור גזל ע"ג מגזל ישראל כו' מפני ח"ה ע"כ. משמע דבעי השבה מדינא. ולפי"ז מעכב. ואינו כשר עד שישוב ג"כ. ומעתה י"ל דגם בלא ידע שהוא איסור ומודיעין לו כעת שהוא איסור צריך תשובה והשבה. דמה בכך שלא ידע מעיקרא שהוא אסור מאחר דמודיעין לו כעת. וכן בגזל שהוא איסור דרבנן פסול מדרבנן עד שישוב ג"כ:

סעיף ח':

ועד זומם דפסול לעדות מבואר ברמב"ם (פ"ז מהלכות עדות הל' ד') ובכס"מ שם. דפסולו משום עד חמס כמו גנב וגזלן. וכ"ה במהרי"ק (סי' קכ"ו) ולבאר זה יותר אעתיק מש"כ הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה פ"ג דסנהדרין וז"ל אמנם עד זומם פסול לעדות לפי שפעמים יהי' מחוייב מלקות ופעמים יהי' מחוייב ממון כמו שנתבאר בפ"ג דכתובות עכ"ל. והוא דמבואר בכתובות (דף ל"ג) דעדות בן גרושה וחלוצה לוקין. וא"כ פסולין משום עד רשע כמו אוכל בשר בחלב וכדומה. ואם העידו להפסיד ממון ומשלמין משום כאשר זמם פסולין משים עד חמס כמו גנב וגזלן. ונכלל עד זומם בב' בחינות הנ"ל. או דפסולו משום אל תשת רשע עד. או אל תשת חמס עד ולפי שלא הי' זה למראה עיני מחברים ושגו בזה כתבתי זה:

ובב"ק (דף ע"ב) רבא אמר מכאן ולהבא הוא נפסל עד זומם חידוש הוא וכו' הלכך אין לך בו אלא משעת חידושו ואילך. וכ' התוס' וז"ל אי"ל מנ"ל דמהימני המזימין לפוסלו נימא דאין לך לרבויי אלא חידושו ועשיתם לו כאשר זמם אבל אין נפסלין דודאי כיון דמשלמין ממון ונהרגין כ"ש דנפסלין דלא הימנינהו רחמנא לחצאין עכ"ל. וקשה לי ע"ז מה שהקשו מנ"ל דמהימני המזימין לפוסלן הא כיון דכתיב כי יקום עד חמס באיש

לענות בו סרה. ודרשו השופטים היטיב והנה עד שקר העד ועשיתם לו כאשר זמם. הרי דהכתוב קראו עד חמס וכתיב אל תשת רשע להיות עד חמס ודרשינן אל תשת חמס עד. א"כ מבואר דנפסלין. ואם העידו על בן גרושה ונמצא זוממין דלוקין מדכתיב והצדיקו וגו' והי' אם בן הכות הרשע. הרי דנקרא רשע וכתיב אל תשת רשע עד אלמא דמהימני המזימין גם לפסול לעדות. ובמכות (דף ה') יליף משקר העד ולענות בו סרה שזהו הזמה והכתיב קראו עד חמס. וא"כ ממילא פסול משום אל תשת עד חמס. וי"ל בזה:

[על ההיא דסנהדרין (דף כ"ז) להכעיס אביי אמר פסול רבא אמר כשר אביי אמר פסיל דהוי' לי' רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד ורבא אמר כשר רשע דחמר בעינן וק"ל לפי דנתבאר במס' ע"ז (ד' כ"ו) דאבידת מומר להכעיס אינו בכלל השבה משום שאינו בכלל אבידת אחיך וכפי המבואר שם בתוס' בד"ה אני שונה וז"ל כיון דאין אתה מצוו' להחיותו אינך מצוו' להלוותו בלא רבית דלא קרינא בי' וחי אחיך עמך עיי"ש. ובב"ק (דף פ"ח) מבואר דלר' יהודה דס"ל דעבד אינו בכלל אחיו משו"ה פסול לעדות משום דכתיב עד שקר העד. עד שקר ענה באחיו. ומבואר שם בתוס' דלכך עכו"ם פסול לעדות משום דאינו בכלל אחיו. וכן מבואר ברמב"ם פ"ט מה' עדות ולקמן נבאר בזה. ומעתה תקשה לא מבעי' לרבא דמכשר אמאי מכשיר הלא אינו בכלל אחיו דומיא דעכו"ם. אלא גם לאביי גם כן קשה ל"ל למימר משום דהו"ל לרשע תיפוק לי' דאינו בכלל אחיו]:

כתב השער משפט עדים שהעידו ואח"כ חזרו והעידו חילוף דבריהם הראשונים אף דלא מהימנינן להו משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. מ"מ נפסלין מכאן ולהבא דממנ"פ העידו פעם אחת שקר. והביא ראי' מהא שכתב בהגמ"ר דעדים שהעידו חילוף דבריהם הראשונים מלקין אותם וכיון דמלקין אותם נפסלין לעדות. ואין זה ראי' דנוכל לומר דהאי מלקין היינו מכת מרדות וכדמצינו בזה בפוסקים בכמה דוכתי כמ"ש לקמן (סי' ת"ק). ולהדיא מבואר בתומים (סי' ל"ג). ובכללי מיגו (ס"ק נ"ב) דאין נפסלין עיי"ש (ועמש"כ בסי' כ"ט). והוא תמוה מאוד שרצה לפרש דהאי מלקין מלקות דאורייתא. דמאיזה טעם ילקו אי משים לא תענה הא אין לוקין. דלאו שאין בו מעשה הוא וליכא מלקוח בעדים אלא משום והצדיקו את הצדיק והרשיעו את הרשע והני כיון דלא פעלו מאומה בחזרתן דלא מהימנינין להו לא קעבדי מידי ולמה ילקו. וכמבואר להדיא ברמב"ן בסנהדרין (דף פ"ו) דהיכא דלא פעלו מאומה בעדות דאין לוקין ע"ז ע"ש. ואי שהודו שמעיקרא העידו שקר הא אין לוקין עפ"י עצמן אך במכת מרדות לוקין עפ"י עצמן כמבואר בפ"ק דכתובות (דף י') אסבוהו כופרי עיי"ש בזה:

ולכן מסתבר כהתומים לכאורה. אך בתשובת הגאונים מבואר להדיא כשער משפט דממנ"פ העידו פעם אחת שקר והם פסולין עיי"ש. וכן מבואר בתשב"ץ (סי' א') עיי"ש כזה. וצריך לומר דאינן אלא פסולין מדרבנן. לפ"מ שביארתי דהכא ליכא מלקות דאורייתא ובמידי דאין לוקין הא מבואר לעיל ס"ב דאינו אלא פסול דרבנן. כנ"ל ברור בזה. ומבואר בתשב"ץ (שאלה א') דבשני שטרות שחתמו עדים והאחרון סוחר לראשון דנפסלין משעת האחרון לעדות. דכנחקרה עדותן בב"ד ונפסלין גם כן:

סעיף י:

ואחד הלוה ברבית. הא דלוה ברבית פסול מדאורייתא אף דבעינן רשע דחמס. והוא אדרבה נותן ולא לוקח. מצאתי במהרי"ק (שורש קכ"ו) שכ' וז"ל נלע"ד דכיון דעבירת לקיחת הממון דמלוה ע"י הלוה נעשית ואי אפשר מבלעדו חשיב חמס. ולע"ד היינו דקתני במתניתין מלוה בריבית ולא. קתני מלוה ולוה. והיינו דמשני תלמודא שם מלוה הבאה ברבית. כלומר שהלואת הרבית נעשית ע"י הלוה והמלוה וא"א לה זולתה. ומשו"ה בחדא מחתי מחית להו תנא דמתניתי' עכ"ד. וכבר כתב הרא"ש פ"ג דסנהדרין סי' ז' טעם אחר בזה. וז"ל וגם הלוה משום חימוד ממון שצריך למעות לעשות בהן צרכיו הוא עובר על לאו דלא תשיך ע"כ. והובא בלח"מ פ"י מהל' עדות. וכ"כ הנ"י בפרק זה בורר לוה ברבית פסול לעדות דקיי"ל המלוה והלוה פסול לעדות וכיון דחימוד ממון מעבירו על דת אע"ג דלאו רשע דחמס הוא דלא מקרי רשע דחמס אלא מי שהוא רע לשמים ורע לבריות. ורבא רשע דחמס בעינן ס"ל בעלמא. מ"מ הכא פסול משום כפין אכיל. כפין מסהיד. כדאמרינן שמומר אוכל נבילות לתיאבון דמודה בה רבא אע"ג דלאו רשע דחמס הוא ע"כ. הרי דלוה ברבית דפסול אע"ג דלאו רשע דחמס הוא מ"מ משום חימוד ממון איכא והוא כמוש"כ הרא"ש ז"ל. אלא די"ל על הנ"י דמשמע דלא ק"ל אלא דרבא אדרבא. דאמאי ס"ל לרבא לוה ברבית פסיל לעדות הא ס"ל דבעינן רשע דחמס. ובאמת גם לדידן ק"ט מאחר דליכא מלקות אינו פסול אלא משום חמס. וצ"ל משום חימוד ממון. ועוד יתבאר בזה: נמצא דג' מיני פסולות יש. הא' אם חייב מלקות או מיתה מטעם רשע. והב' בנוטל שאינו שלו מטעם חמס, והג' משום חימוד ממון. ובחימוד ממון באיסור דאורייתא פסול מדאורייתא וכמו שמבואר בזה. וכמו שמשמע גם כן מדברי הנ"י פ' ז"ב. דסוחרי שביעית פסולין משום חימוד ממון. והא דאינן פסולין אלא מדרבנן משום דלא משמע לאינשי איסורא ע"ש. אבל בלא"ה פסולין מדאורייתא ג"כ. [וז"ל השאלתות (שאלתא מ"ג) ביון דצריך לממון רשע הוא דנכית איסורא לחברי' והוי עד חמס ע"כ.

ואפ"ל דב' טעמים קאמר הא' כהרא"ש דצריך לממון והב' כהמרי"ק דהלואה א"א בלעדו והמלוה קעביד ע"י הלוה]:

דעת הפוסקים דערב ועדים כשרים משום דלא תשימון לאינשי במלוה ולוה משמע ועיין בחוות יאיר (סוף סי' ק"ד) שכתב דבישנן לפנינו שיילינן להו. והנה המל"מ בפ"ה ממלוה ולוה נסתפק היכא שהעדים אומרים ידענו שיש איסור ואעפי"כ חתמנו מי נימא אין נאמנין דא"א משים עצמו רשע או דילמא לא דמי להיכא שהוא מהווה האיסור אז אינו נאמן אבל היכא שהאיסור ראינו בעינינו ולא מפיו אנו חיין אלא שהיינו תולין שמא לא ידע שהמעשה הזה אסור אז אפשר דנאמן:

ובשו"ת חכם צבי כתב להדיא (בשאלה ג') דעד כאן לא אמרינן אין אדם מע"ר אלא כשאין אנו יודעין שום דבר מעשה. אבל כשיש ריעותא לפנינו אף שיכול להתנצל בזה לא אמרינן אין אדם מע"ר ומהימן הרי דמיפשט פשיטא לי' דהיכא דיש ריעותא לפנינו אלא שיכול להתנצל א"ע בזה אדם משים עצמו רשע. ולא משמע בן מהיש"ש (והובא לעיל) פ"ח דבב"ק סי' כ"ג שכתב וז"ל ע"כ נראה מי שחובל בחברו דרך מריבה והכאה ודעתו שיצא דם ויחלוש כנגדו אז הוי שפיר מלאכה שצריכה לגופה וא"ל מנא ידעינן אם דעתו לכך. וכן כשצריך לכלבו. וי"ל דמודה. ואע"פ שאין אדם משים עצמו רשע לומר שמחלל השבת מ"מ בנידון זה כבר נעשה רשע שהכה את חברו ואיתרע חזקת כשרותו ע"כ. ולא תירץ בפשיטות משום דאיכא ריעותא לפנינו. אלא דיש לו התנצלות שלא כיוון לכך שפיר יוכל לעשות עצמו רשע. א"ו דגם בכה"ג אין אדם מע"ר. ולכן הוצרך לומר דבלא"ה נעשה רשע בהכאה. וכן מבואר להדיא ממש"כ התוס' בב"מ (דף ג') אהא דאמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דפטור משום דמצי למימר מזיד הייתי. דמה מגו היא זה הא אין אדם מע"ר. אלא אף דאיכא ריעותא לפנינו שאכל חלב מ"מ לא מהימן לומר במזיד לשוי' נפשי' רשיעא. וכן כתב בספר דברי אמת בענין חשוד עיי"ש שהוכיח כן מהר"ן פרק כל הנשבעין וכ"כ מהרי"ט (חאהע"ז סי' מ"ג) עיי"ש ומזה סייעתא למש"כ מהר"מ לובלין בתשובה (סי' פ"א) היכא דהוחזק כפרן ע"י דבריו שעדים עדו עליו כן. והוא אומר להד"ם. אף דבמה שהעידו העדים עי"ל התנצלות מ"מ כיון במה שאמר להד"ם הוחזק כפרן לא אמרינן גם בכה"ג אדם מע"ר ע"ש. דהא היכא שיש לו התנצלות אף שיש כאן מעשה איסור לא מהימן לשוי' נפשי' רשיעא. א"כ לא עדיפא מה שאמר להד"מ מאילו הודה דלא מהימן ג"כ:

פסולין מה"ת ודעת התוס' בסנהדרין (דף כ"ד) דמלוה ברבית פסול מדרבנן משום דלא משמע לי' לאינשי איסורא בהכי כשהלוה יהיב מדעתי' וכיוצא בזה כתבו התוס' לקמן

(דף כ"ה) דאמאי הוסיפו עליהן חמסנין תיפוק לי' מלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו. פי' ויהא פסול עכ"פ מדרבנן כמוש"כ המהרש"א שם. ובאמת קשה מהא דלקמן שם (דף כ"ו) הנהו קבוראי דקברי ביו"ט של עצרת שמתיניהו ר"פ ופסלינהו לעדות ואכשרינהו רב הונא ברי' דר"י משום דסברי מצוה קא עבדי. הרי דאם טועה בדין כשר לגמרי ולא מיפסל אפילו מדרבנן [ומש"כ האו"ת בסי' זה דהתוס' שהקשו דאפילו מדאורייתא מפסלי הוא משום דהשתא דהוסיפו א"כ איתרע חזקתי' ולא תלינן לומר דלא ידע. והוא תמוה. דהא התוס' הקשו כן בתחילת דבריהם מעיקרא סבור דמי קיהיב קודם שהוסיפו ואפי"ה הקשו בתחילת דבריהם דיהא פסול מדאורייתא]:

לכן נראה לע"ד דע"כ לא כתבו התוס' דאפי' אי לא משמע לאינשי איסורא מ"מ מיפסלי מדרבנן. אלא באיסור דאורייתא אבל אי לא משמע לאינשא איסורא באיסור דרבנן אז לא מיפסל כלל. והרי הראשונים בשבת בפ' האורג כתבו וגם הרשב"א שם דכל צורכי המת בשבת הוי מלאכה שאיצל"ג ולא הוי אלא איסור דרבנן לכן כיון דסברי מצוה קעבדי כשרין אפי' מדרבן וא"ש: וכדעת התוס' מבואר שבועות (דף מ"ה) תנן הי' אחד מהן משחק בקוביא ומלוי ברבית ושם (דף מ"ז) הא תו ל"ל כו' וקתני פסולא דרבנן. וקשה לכאורה מהא דאמרינן בסנהדרין (דף כ"ז) אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד אלו הגזלנין ומלוי ברבית דמשמע דהוא מדאורייתא. ודוחק לומר במלוי ת"ח שיודעים איסורא דרבית דאז שפיר פסולין מדאורייתא. ומצאתי בתפארת שמואל שהקשה כן והובא בט"ז עיי"ש] אך לק"מ לפי"מ שביארתי לעיל בס"ב דגזלנין ג"כ פסולין משום עד חמס ואל תשת עד חמס אגזלנין ג"כ קאי. א"כ נקט מלוה ברבית באשגרת לישנא אף דמלוי ברבית אין פסולין אלא מדרבנן:

וכן צ"ל ברש"י בסנהדרין (דף פ"ט) בעדים כתיב והנשארים דלאו כולי עלמא חזו לסהדותא, וז"ל שיש גזלנין ומלוי ברבית שהן פסולין לעדות והתם אקרא קאי. ופי' מלוי ברבית. אף שכתב בעצמו בר"ה (דף כ"ב) דמלוי ברבית כיון דמנפשי' קיהיב לי' איני פסול מדאורייתא דאינו דומה לגזלן והוא כמו שפי' שם במשחק בקוביא דגזלן אינו אלא דומיא דויגזול את החנית. וע"כ צ"ל דאשגרת לישנא נקט מלוי ברבית ג"כ. וכמוש"כ התוס' רפ"ג דמס' מכות כיוצא בזה:

במל"מ פ"ד מהל' מלוה ולוה. הביא ספק בשם מהרא"ש אי לוה ברבית עובר על הלאו קודם נתינה או לאחר נתינה דשמא לא תשימון לא שייך אלא במלוה וערב ועדים לא בלוה ע"ש. ולע"ד הדבר מפורש בתוס' ב"ק (דף ל') וב"ב (דף צ"ד) שכ' להקשות לחכמים דסברי דגובה את הקרן משמע שגובה עפ"י השטר דלמה השטר כשר כיון שהעדים

עוברים על לאו דלא תשימון. וכתבו וז"ל וי"ל דלא תשימון לאינשי כמלוה ולוה וערב משמע להו ולא עדים ע"כ. הרי להדיא דגם בלוה איכא לאו דלא תשימון. ואף שבתוס' ב"מ (דף ע"ב) ד"ה שטר כתבו דשמא לא תשימון לאינשי במלות משמע. ולא עדים. ולא כתבו לוה. אין זה דקדוק להיפוך דבלוה ליכא לא תשימון. דהא לא כתבו גם ערב. וערב בודאי עיבר על לא תשימון כדאיתא בס"פ א"נ. אלא חדא מינייהו נקטי. וכן משמע בתוס' ב"ב (דף צ"ד) ד"ה קונסין וז"ל והקשה ריב"ם דאם יפסיד כל חובו כו' א"כ מצינו לוה חוטא נשכר. וכן כתבו בב"ק שם מאי אינו עובר עד שעת נתינה הא עדיין לא חטא ודוחק לומר משום לפני עור דמלוה. אח"ז ראיתי בב"י (סי' ט"ז) למה בתוס' ב"ק לא השמיטו ערב ובתוס' ב"מ לא הזכירו ערב עיי"ש. אבל זה ודאי דגם בלוה איכא לא תשימון וחדא מינייהו נקטי כמש"ל בזה. ולכך כתבו דבלוה איכא שלא יהי' חוטא נשכר דזה משמע קצת שיודע האיסור כמוש"כ תוס' ביבמות (דף צ"ב) בד"ה נותן הוא משום דכתבו דבלוה פסול. דלא תשימון ידעי אינשי דהלוה ג"כ עובר:

סעיף י"ג העובר על גזל מדבריהם כו' כתב בש"מ בב"ק פ' הכונס בשם הרב המאירי ז"ל כ' גדולי המאורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסיל הוא לעדות עד שישיב והדברים נראין דמאחר שהוא חייב להשיב תורת גזילה חל עליו עד שישיב עכ"ל. ולפ"ז פסיל גם לשביעה דלא שנא דכל מידי דפוסל בכל דוכתא לעדות פוסל גם לשבועה כמוש"כ התוס' בפ"ק דב"מ (דף ה') עיי"ש ובתשובת מהר"י מינץ סי' ק' מבואר דחייב בד"ש מותר לקרותו רשע וא"כ הוא כהמאירי דפסול לעדות ג"כ:

ונלע"ד דאין כן דעת התוס' בב"ק (דף נ"ו) דכתבו שם אהא דקאמר התם הכופף קומתו של חברו בפני הדליקה חייב בד"ש דשוי' טמון באש ואיצטריך לאשמעינן דחייב בד"ש דמ"ד אנא כסוי' כסיתי' ניהלך ובד"ש נמי לא ליחייב קמ"ל. והקשו שם בתוס' דהלא גלוי וידוע למקום אם לטובה נתכוין או לרעה נתכוין. והשתא אי נימא דהיכא דחייב בד"ש פסול לעדות ולשבועה עד שישיב. א"כ מאי מקשים התוס'. והא קמי שמיא גליא. דילמא הא קמ"ל דסד"א אף דבאמת לא היתה כוונתו לטובה מ"מ היכא שנתחייב שבועה מצי פטר נפשי' בשבועה משום דהוא מוחזק ומצי אמר אנא כסוי' כסיתי' ולטובה נתכוונתי. ואני כשר לשבועה לפ"מ שנתבאר לקמן סי' צ"ב דמספק אינו פסול לשבועה. וכ"ש הכא דאמר קי"ל שאני כשר לשבועה. וכמו כן לעדות דמבואר לקמן סכ"ח דמספק פסול ואין מוציאין ממון על ידו מ"מ להחזיק מהני וכ"ש בכה"ג שטוען אני כשר לעדות דמוקמינן גברא אחזקתי'. לכך קמ"ל דבד"ש חייב. ופסול לעדות ולשבועה. א"ו דגם היכא דחייב בד"ש אינו פסיל לעדות ולשבועה. וא"כ שפיר הקשו התוס' דמאי נפ"מ הא קמי שמיא

גליא אם לטובה או לרעה נתכוין, וא"כ הוא ראי' גדולה דלהתוס' לא מיפסל היכא דחייב בד"ש. אף היכא שלא החזיר עדיין. וכזה הוכיח הישׁ"ש מהתוס' דחייב לציי"ש לא מהני תפיסה. דאי מהני תפיסה א"כ יש נפ"מ לענין תפיסה. דאי לטובה נתכוין פטור. קמ"ל דאפי"ה חייב. ואי תפס אין מוציאין. ושפיר תמה בתומים (סי' כ"ח) דאי י"ל שמא לטובה נתכוין איך יועיל תפיסה מספק והלה טוען ברי שלטובה נתכוין ופטור. משא"כ הא שהוכחתי ראינו פסול משום חיוב ד"ש לעדות ולשבועה אתי שפיר. וא"כ יש ראי' ג"כ דאין לקרותו רשע דאל"כ יש נ"מ לזה ג"כ:

ועוד נ"ל ראי' דאין לקרותו רשע מהא שכ' הגה' מיימוני (בפ"ו מה' ממרים) וז"ל בפ"ק דיבמות ובפ' אלו מציאות יכול אמר לו אביו היטמא או שא"ל אל תחזיר כו'. מכאן למדנו שבדבור אין נחשב רשע דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין שאם הי' נחשב רשע בדיבור פשיטא שלא ישמע לו ולא הי' צריך פסוק לזה ולא מצינו עונש בדבור אלא למסית בלבד ס"ה ע"כ וכ"ה בסמ"ג עשין קי"ב. והרי אף דאין שלד"ע דדברי הרב ודברי התלמיד וכו' מ"מ חייב בד"ש כמבואר בקידושין (דף מ"ב) ואפי"ה לא הוי רשע דאי הי' רשע לא הי' לשמוע לאביו בלא קרא משום דאינו עושה מעשה עמך. ומבואר דגם אי חייב בד"ש אין לקרותו רשע. ומאחר דלא הוי רשע אינו פסול לעדות. ואפ"ל דהסוברים (בסי' ל"ב) דשוכר להעיד עדי שקר חייב בד"ש דדוקא שכרן אבל בלא"ה פטורין. יצא להם כן. מהא דאיצטריך קרא דלא ישמע לאביו אף דאיני עושה מעשה עמך וש"מ דפטור מד"ש משום דלא עשה מעשה ואינו אלא כשוכר לבד. וכמו שביארנו (בסי' ל"ג) עיי"ש:

השבו"י ח"ג סי' קמ"ח כתב דמשלח לדבר עבירה פסול לעדות משום ל"ע ומדברי הגה' מיימוני הנ"ל לא משמע כן והוא מבואר להדיא בריב"ש (שאלה רס"ו) דחולק עם גנב אע"ג דשלחו לגנוב כיון דאין שלד"ע אינו נפסל לעדות וכ"ה ברמ"א בס"ז ס"ו:

ועיין רמב"ם פ"ה (מה' חובל ומזיק הי"ג) האומר לחברו שבור כליו של פלוני ע"מ שאתה פטיר ועשה ה"ז חייב לשלם כו'. ואעפ"י שהעושה הוא חייב לשלם הרי זה האומר לו שותפו בעון ורשע הוא שהרי הכשיל עור וחיזק ידי עוברי עבירה ע"כ. והרי הכא אין שליח לד"ע הוא וכמו שמבואר. ואפי"ה מאחר שעשה עפ"י ציוויו ה"ז רשע. ואין לומר דשאני הכא דא"ל ע"מ לפטור. דמ"מ לא הי' לו לעשות איסור להפסיד ממון חברו. אך ממש"כ הרמב"ם שהרי הכשיל עוד וחיזק ידי עוברי עבירה. משמע דהעיקר הוא משום דא"ל ע"מ לפטור. ואיכא לפני עור לא תתן מכשול לכן הוי רשע משמע בעלמא לא. מיהו בכל אין שלד"ע לא ימלט מבלי חיזוק ואיכא לפני עור וע"כ הוי רשע בזה. ובת"כ מבואר דנותן עצה הוגנת. דבאינה הוגנת איכא לפני עור. ואין אינה הוגנת גדול מזה:

אחד רועי בהמה דקה. כתב הסמ"ע דרועי בהמה דקה לא מעלין מיירי אפילו ברועה בהמות אחרים ע"ש. והוא תמוה דהתוס' פ"ק דמס' עכו"ם (דף י"ג) אהא דרועי בהמה דקה לא מעלין ולא מורידין כ' וז"ל שלהן אבל של אחרים לא דאין אדם חוטא ולא לו כדאמרינן בפ"ק דב"מ (דף ה') גבי ההוא רעיא ע"כ. הרי להדיא דדוקא בשלהן ומצאתי להשע"מ שכתב דלא כהסמ"ע מהתוס' דמס' עכו"ם (דף כ"ו) עיי"ש:

בתשובת החכ"צ שאלה י"ג דרועי בהמה דקה מאחר דלא מעלין לא הוי אחיך ומותר להלוותו ברבית ע"ש וצ"ע דהא בתוס' ע"ז (דף כ"ו) מבואר דפסולין לעדות דרבנן ולעדות אשה כשרין והא דלא מעלין היא למיגדר מילתא. וא"כ היתכן דלקולא עשאו חז"ל ג"כ שיהא מותר להלוותו ברבית. ונראה מאתר דאינו אלא מדרבנן ומדאורייתא אחיך הוא אסור להלוותו ברבית. ומהחכ"צ משמע שם דמדאורייתא הוא דאין מעלין מדכ' וז"ל ועליי' דידהו נמי לא תסה תורה שהרי אין מעלין אותו מן הבור ע"כ. אבל באמת אינו אלא מדרבנן וא"כ ודאי לא להקל על דברי תורה באו. והתוס' שם כתבו דלמיגדר מילתא עשו כן. דב"ד מכין ועונשין שלא מה"ת, והרי מבואר בסנהדרין (דף מ"ו) שב"ד מכין ועונשין שלא מה"ת ולא לעבור על ד"ת. לכן פשיטא דאסיר להלותן ברבית וגם בכותים דעשאום כע"ג הא כ' כמה פוסקים דזה אינו לקולא:

סעיף טז:

מפני שחזקתן שגוזלין יונים של אחרים. וכ"ה ברמב"ם (פ"י מהל' עדות ה"ד) וכתב הכ"מ שם וכמ"ד ארא. וכן לקמן (סי' ש"ע) מבואר כן בשם הרמב"ם ג"כ. ומוכח בגמ' דזהו כמ"ד שור מין בהמה. ולפי"ז הרמב"ם לטעמי' שפסק כמ"ד שור מין בהמה כמו שמבואר בב"י יו"ד (סי' פ') דלא כרשב"א שם וכן המחבר לטעמי' שפסק ביו"ד שם כן ע"ש אלא דלפי"ז יתעורר קושית הש"ך שם (ס"ק ג') דלמה לא הגיה הרמ"א שם כמו שהגי' בסי' כ"ח די"א שהוא מין חי'. וא"כ ההכרח לפי"ז לפסוק כמ"ד אי תקדים יונך ליוני וארא אינו פסול דאינו אלא דרכי שלום בעלמא כמבואר בגמ' ולומר דהרמ"א סמך עצמו אמש"כ ביו"ד (סימן כ"ח) כמש"כ הש"ך שם לענין כיסוי. דזה לא שייך הכא דהתם משום דעיקר דין כיסוי הוא בסי' כ"ח כמו שמסיים הש"ך בעצמו שם אבל הכא דהענייניים נפרדים. וכן משמע ביו"ד (סי' רצ"ו). לכן נראה דלא כהכס"מ. ודבריו תמוהים שם. שכתב דלמ"ד אי תקדים יונך ליוני ס"ל דארא אינו אלא משום דרכי שלום בעלמא ולא מיפסל דזה אינו אלא קודם שהוסיפו עליהן הגזלנין דהיינו מציאת חש"ו. אבל לבתר דהוסיפו על מתני' גם מציאת חש"ו. א"כ גם מה דאינו אלא משום דרכי שלום ג"כ מיפסל וכמוש"כ לעיל (סי' י"ג). וא"כ גם למ"ד מין חי' דלדידי' מוכח פירושא דמתני' או תקדים יונך ליוני ג"כ

פסול. ובביאור הגר"א כתב להדיא דלא כהכס"מ ולכן שפיר הסכים רמ"א להשו"ע ולא הגי' מידי. וכ"ז בישראל אבל בשל עכו"ם כיון דאינו אלא מפני דרכי שלום מותר כמבואר בב"ב (דף כ"ג) ולכן גוזלי מציאות חש"ו של עכו"ם דאינו אלא מפני דרכי שלום כשרים: הרמב"ם (פ"ו מה"ג) כתב דמשחק בקוביא הוי גזלן והוא כרמב"ח בסנהדרין (דף כ"ד) וכ' המ"מ טעם לזה משום דבמס' שבת (דף קמ"ט) משמע כן לכן פסק כן ולע"ד נראה ג"כ מהא דבר"ה (ד' כ"ד) ואלו הן הפסולין המשחק בקוביא ומלוי ברבית ומפריחי יונים ושם אר"מ זאת אומרת גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה. אלמא דסתמא דמשחק בקוביא לא משום שאין עסוקין בישובו של עולם בלבד הוא אלא דהוי גזלן ג"כ. ובמש"כ (בסי' צ"ב) דהא דאמרינן בשבועות (דף מ"ו) קתני פסולא דאורייתא וקתני פסולא דרבנן. דרבנן פי' משחק בקוביא. דלפ"מ שכתבו התוס' בב"ק (דף ק"ח) דחשוד על השבועה פסול מדרבנן לשבועה. א"כ שכנגדו חשוד על השבועה נמי אינו פסיל מדאורייתא. ואפי"ה קאמר פסולא דאורייתא. דהפי' פסולא דאורייתא היינו איסור דאורייתא. ופסולי דרבנן איסור דרבנן. א"כ מבואר מסתמא דגמ' כמ"ד דאסמכתא לא קניא. דלמ"ד שאין עסוקין בישובו של עולם גם איסור דרבנן ליכא כמוש"כ הריב"ש בתשובה (סי' רל"ב). אלא דבחי' הר"ן בסנהדרין (דף כ"ד) מבואר דגם למ"ד לפי שאין עסוקין בישובו של עולם איכא איסור דרבנן עיי"ש שהוכיח כן משבת (דף קמ"ט) אבל להתוס' שם אין ראי' משם עיי"ש. ולקמן יבואר בזה:

סעיף י"ז מי שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ הרי זה בחזקת רשע ופסול מדבריהם וכו' אא"כ הוחזק כו' ויש בו ד"א אע"פ שהוא ע"ה ואינו לא במקרא ולא במשנה. נ"ל לפי מה שכתב הרמ"ה בחי' ב"ב (דף ז') דמי שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בד"א. אסור לרחם וא"כ אינו בכלל אחיך בלא"ה פסול לעדות. אלא די"ל דמודה באם ימות דמחויב להחיותו כמבואר בטוש"ע יו"ד (סי' רצ"א) סי"א. לכן פסיל משום דרשע הוא. אבל בכלל אחיו הוא. הא דהויא בחזקת רשע הוא דמפרש דהא שאמרו בפ"ק דקידושין אינו מן היישוב אלא בכלל רשעים. ועיין בתוס' חולין (דף קכ"ז) בד"ה הני דמפרשי נמי כן:

אא"כ הוחזק שעוסק במצות וגמ"ח ונוהג בדרכי ישרים ויש בו ד"א. עיין ביאור הגר"א ז"ל שכתב וז"ל כ"ז נכלל בד"א כמש"כ המפרשים דלא כסמ"ע שדחק בזה ע"כ ועיין מדרש רבה פ' נשא פי"ג. בלילה בשמן זו התורה שצריכה לבלול במע"ט כההיא דתנינן יפה ת"ת עם ד"א וכו' ע"כ הרי להדיא דדרך ארץ הוא מע"ט וא"כ מבואר דכל הני מילי מעליותא שעוסק במצות ובגמ"ח ונוהג בדרכי ישרים הכל בכלל דרך ארץ:

ובזה מיושב שיטת ר"ת הובא בתוס' ישנים יומא (דף פ"ו) דת"ת שפל לגבי ד"א. מדקתני יפה ת"ת עם ד"א כו' אבל לא הי' נראה להר' אלחנן לומר כי תורה אינה עיקר דהא קאמר בתר הכי וכל תורה שאין עמה מלאכה אדרבא תידוק איפכא מבתרייתא. ואמרינן נמי בפ' כיצד מברכין (דף ל"ה). ראשונים עשו תורתן קבע ומלאכתן ארעי ותנן נמי במ"ח דברים התורה ניקנית במיעוט ד"א וכו' ע"כ ולפי המ"ר פ' נשא דתורה עם ד"א הוא מע"ט א"ש דתורה טפל וכמו שפירש"י בב"ק (דף י"ז) דמעשה עדיף מלימוד. וגם לשיטת ר"ת שם ה ביארו בתוס' קידושין (דף מ') דלימוד עצמו מעשה עדיף והא דאמרינן ת"ת גדול הוא ללמד לאחרים עיי"ש:

והרמב"ם בשמונה פרקים כ' המעשים הטובים הוא דרך המיצוע שבמדות. עיי"ש באריכות בזה. ובמאירי כתב איזהו דרך ישרה שיבור לו האדם הוא דרך המיצוע. וכיון דלהמדרש ד"א הוא מע"ט. ובכלל מע"ט הוא דרך המיצוע והוא דרך הישר א"כ שפיר כתב הרמב"ם כאן ובשו"ע ונוהג בדרכי הישרים שהוא בכלל ד"א ג"כ:

או י"ל פי' ונוהג בדרכי ישרים הוא כמש"כ הרמב"ם בפי' המשניות סופ"ק דקידושין ש הי' חבורה טובה בנחת ובמוסר דזהו ד"א נ"כ. ויש ראי' להרמב"ם מהא דמבואר במ"ר (פ' צו פ"ט). מימי לא שמעית מלה בישא וחזרתי למרה ולא חמית תרין דמתרחשין דין עם דין ולא יהבית שלמא ביניהון א"ל כל הדא דרך ארץ גבך וכו' אלמא דורך ארץ היא בעל חבורה טובה שאינו מרגל ומשים שלום בעולם:

סעיף י"ח:

כגון אלו שהולכים ערומים בשוק וכתבו המפרשים דהוא מב"ק (דף פ"ו) ערום בר בשת הוא. ובתוס' ב"מ (דף ל') מבוא דאין לך גנאי גדול מזה] ולפ"ז הא שכ' תוס' בזבחים (דף ל"א) דשוחט ערום כשר דלא הלכות א"י שהחמיר בזה וכ"ה בטוש"ע יו"ד דאין העיכוב אלא מצד הברכה דכ"ז הוא בערום בעלמא. אבל בהולך בשוק דפסול לעדות שחיטתו פסולה גם כן: רמ"א הנוטל שכר להעיד עדותו בטילה כתב השע"מ גם מה שנראה מהב"י אף בהתרת אשה עגונה. וכ"פ המ"ב בתשובה צ"ח אינו לפענ"ד כו' ומצאתי און לי בתשו' מהריב"ל ס"ד שפסק בנטל שכר להבאת הגט דנאמן לומר בפני נכתב ובפני נחתם דכל הפסולים דרבנן כשרים להבאת הגט ע"כ. וזה אינו דהרי המהריב"ל עצמו בח"א (דף כ"ה) נסתפק בנוטל שכר להעיד אי נאמן בעדות אשה. וע"כ בהבאת הגט שאני דכתבה מוכיח כמוש"כ בס' עזר"נ עיי"ש בזה: ואם החזיר הממון דינו ועדותו קיימין וכתב הנתיבות דא"צ לאזור ולהעיד מחדש וזה אינו דאף דמשמע כן מהרמ"א אבל כבר כתב בשו"ת מ"ב (סי' צ"ח) דצריך להעיד מחדש וכמבואר להדיא ברשב"א ור"ן בשם

רמב"ן ספ"ב דקידושין כן. וכן הוא במשרים (נ"ב ח"ו) שכתב וז"ל הנוטל שכר להעיד עדותו בטילה ואם נטל שכר להעיד ואח"כ החזיר הממון לבעליו וחזר והעיד עליו באותו עדות עדותו קיימת ע"כ הרי להדיא דצריך לחזור ולהעיד מחדש ודלא כהנתיבות:
אבל מי שאינו מחוייב להעיד. בשע"מ נסתפק בע"א כיון דאין חיובו להעיד אלא מדרבנן אפשר דדמי לשכר פיסוק טעמים. וכל דבר שנתקן מדברי סופרים דמבואר ביו"ד (סי' רמ"ו ס"ה) דנוטלין שכר ע"ז. או דשאני התם דעיקרו מדרבנן ונשאר בצ"ע. ולעיל (סי' כ"ח) כתבתי דזה נתבאר מהא דמבואר בנדרים (דף ל"ט) דאין נוטלין שכר על בק"ח אף דהוי מדרבנן כמוש"כ הרמב"ם (בפי"ב מהל' אבל) אלא ודאי כיון דאיכא משום ואהבת לרעך הוי כדאורייתא וה"נ בע"א כן עיי"ש מש"כ בזה:
סעיף י"ט:
עכו"ם ועבד פסולין לעדות. הרמב"ם (פ"ט מהלכות עדות ה"ד) כ' עבדים פסולים לעדות מן התורה שנאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו מכלל שאחיו כמוהו. מה אחיו בן ברית. אף העד בן ברית ק"ו לעכו"ם אם עבדים שהן חייבין במקצת מצות פסולין העכו"ם לא כ"ש ע"כ. הרי דס"ל להרמב"ם דעכו"ם פסול לעדות מן התורה מאחיו. וכ"כ התוס' בגיטין (דף ט'). והנ"י פ"ק דבב"ק דיליף פסיל עכו"ם מילפותא דעבד ממה הצד מגזלן וקטן עיי"ש. ואולם דעת רש"י בגיטין (דף ט') דעכו"ם אינו פסול לעדות אלא בגיטין דלאו בני כריתות נינהו אבל לשאר עדות כשרין מן התורה דבני נח מצווין על הדינין עיי"ש. וכן הובא דעת הר' יקר כן בהג"א שם דאין פסולין אלא משום דלא מהימני ואם מוחזקין לנאמנים כשרין לעדות. ומה דאיתא בב"ק (דף ט"ו) בני ברית למעוטי עכו"ם הוא מדרבנן וכדאיתא בירושלמי פ"ק דשבת גזרו על עדותן. והוא בלא ידעינן לנו לנאמנים: ועוי"ל כיון דעיקר טעמא דנאמנים הוא משום דבני נח מצווין על הדינים ובני עדות נינהו. א"כ הא דמבואר בסנהדרין (דף נ"ז) דאיכא תנא דבי מנשה דס"ל דב"נ לא נצטוו על הדינין. וא"כ בכל מילי לאו בני עדות נינהו וא"כ אתי' הא דב"ק כהך תנא דס"ל דב"נ לא נצטוו על הדינין ולכך פסולין לעדות. והראשון עיקר ועיין ב"י סימן זה ע"ש:
ומעתה נ"ל דהא דפריך בגיטין (ד' י') והא לאו בני כריתות נינהו דבמידי דשייך בהו בני עדות נינהו. ובתוס' שם כתבו דהומ"ל לאו בני עדות נינהו. ולטעמייהו אזלי שכ' דפסולין לעדות מאחיו. להרמב"ם לשיטתו אא"ל דהא דשטרות העולין בערכאות כשרים כפרש"י משום דבני עדות נינהו דהרמב"ם (פ"ט מהל' מלכים) כתב דהא דב"נ נצטוו על הדינים היינו להושיב דיינים לדון על שש מצות אבל בדינין לא נצטוו. וא"כ לא שייך בהו דיני שטרות. וא"כ צ"ל להרמב"ם כמוש"כ התוס' בגיטין (דף ט') דתקנתא דרבנן הוא

ולכך שפיר ס"ל דעכו"ם פסול לעדות מאחיו. ובפרט להרמב"ם אא"ל דשטרות העולים בערכאות כשרים משום דב"נ נצטוו על הדינין דהא כ' הרמב"ם (בפ"ג מה' עדות) דשטר לא מהני כלל אלא מד"ס. וא"כ לא שייך זה בב"נ ולכך צ"ל דגם זה תקנתא דרבנן הוא:

ונראה קצת ראי' לרש"י מהא דב"ק (דף י"ד) עפ"י עדים בני חורין למעוטי עבדים. בני ברית למעוטי עכו"ם. ולהרמב"ם שכתב דעכו"ם פסולין לעדות יותר מעבדים. הו"ל למנקט עכו"ם תחלה קודם עבדים. וכה"ג כ' תוס' בפסחים (דף ד') ד"ה הימנוהו ע"ש. א"ו דעכו"ם אינו אלא פסיל דרבנן ועדיף מעבד משום דיש לו חייס:

ונראה דהש"ס דילן דלא סבר כהירושלמי הוא משום דתניא בתוספתא דשבועות פ"ב המשביע את העכו"ם כו' פטור שנאמר והוא עד בראוי להוציא ממון. ושם המשביע בפני נכרים פטור. והרי בשבועות (דף ל"א) אמרינן ואינה נוהגת אלא בראויין להעיד לאפוקי מאי אמר ר"פ לאפוקי מלך. רב אחא ב"י אמר לאפוקי משחק בקוביא כו'. ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי. ורבנן הוא דפסלוהו. והשתא אי ס"ד דפסול נכרי אינו אלא מדרבנן תקשה לר' פפא אמאי משביע את הנכרי פטור הא מדאורייתא מחזי חזי וקרינן בי' והוא עד. א"ו דגם מדאורייתא פסול. וע"כ מבואר ביבמות דנכרי פסול לעדות אשה אף דפסולי דרבנן כשרים לעדות אשה כמבואר בר"ה (דף כ"ב). א"ו דפסיל עכו"ם הוא פסיל דאורייתא ואפשר לומר דמאן דס"ל ביבמות דלהעיד נכרי נאמן היינו דס"ל כהירושלמי דאין פסולו אלא מדרבנן. אבל לדידן דפסול מדאורייתא לכן אינו נאמן לעדות אשה, וכמש"כ הפוסקים באע"ז (סי' י"ז ס"ג). דלכן פסול עכו"ם לעדות אשה. משום דפסולו מדאורייתא וכמו שנתבאר:

ויש להקשות לשיטת רש"י דעכו"ם כשר מדאורייתא. הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימו. דהא קיי"ל בסנהדרין (דף ע"ח) דבעינן שיהי' בזוממי זוממין. והכא הא ליתא בזוממי זוממין. דהא אם יוזם בדיני נפשות פטורין המזימין כשיוזמו דהא בלא"ה פטור בהורג עכו"ם כמבואר בסנהדרין (דף ח') ובשבועות (דף ל"ד) ואם בדיני ממונות הא מזיק ממונו פטור. דלא יהא ממונו חמיר מגופו. וי"ל בזה לפמש"כ לקמן (סי' שמ"ח) דלמ"ד גזילת נכרי אסור חייב בהשבה. א"כ נהי דבגופו פטור דלא שייך בי' השבה אבל בממונו דאפשר בהשבה חייב להשיב וא"כ ה"נ במזיק ממונו כן. וא"כ מש"כ רש"י אינו אלא בממון ולא בד"נ. ומשום דלא מיירי אלא בשטרות. ומש"כ דמצווין בדינין אינו אלא בד"מ. והעיקר כמוש"כ (סימן ל"ח) דעדים זוממין חידוש הוא דאפילו במקום שעשו בידים פטורים אם עשו כן בעדותם חייבים. כמו דמבואר במכות (דף ב') שהרי לא עשו מעשה ומשלמין. ה"נ כן. ול"ד לטרפה בסנהדרין (דף ע"ח) דהוי עדות שאאילה"ז, דגברא

קטילא בעו למקטל משא"כ עכו"ם בקיים ז' מצות דינו מסור לשמים כמבואר במכילתא והובא בכס"מ (פ"ב מה' רוצח). אמנם גם בטרפה איכא חיוב ד"ש כדמוכח מהרמב"ם ממש"כ (בפ"ט מה' מלכים) דב"נ נהרג עליו וכבר כתבנו (בסי' ל"ב) דכללא הוא דכל מה שב"נ נהרג עליו חייב בד"ש. וא"כ ליתא לתי' זה. וצ"ל מאחר דכתיב כאשר זמם לעשות לאחיו, וא"כ מוכח דכאשר זמם לא עליו קאי. והיכא דמוכח דכאשר זמם לא עליו קאי לא בעינן עדות שאילה"ז כמוש"כ התוס' בתי' ב' בפ"ג דמכות. אמנם לפי"ז מאי פריך בב"ק (דף פ"ח) אלא מעתה לרבנן זוממי עבד לא יהרגו. הא לא שייך בי' כאשר זמם ושוב מצאתי בנ"ב ע"ש:

וגם בלא"ה איכא למיפרך כדפריך בב"ק (דף ל"א) אלא מעתה לנ"י זוממי עבד לא יהרגו דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו. וא"כ בפשיטות הו"ל עדות שאאילה"ז דליכא בהו הזמה. וצ"ל מאחר דרש"י לא חייש אהא דכתיב בעיקר העדות אחיו ה"נ לא חייש על אחיו דכאשר זמם. וא"כ ליתא להאי תירוצא. לכן העיקר דבד"נ ליכא אלא בנתגיירו ובפני ב"ד בלא"ה חייב משום ובערת כמבואר בסנהדרין (דף ע"ח) שם ובד"מ כישראל בכל הדברים. ואפ"ל כשנתגיירו העדים אחר הגדתן ובעת הזמה הרי הם ישראלים שאז הוי עדות שאילה"ז ומהני בד"נ ג"כ. וא"ל כמוש"כ התוס' בסנהדרין (דף פ"א) הואיל ואי בעי מוזמי קמאי הוי עדות שאילה"ז ה"נ הואיל ואי בעי גיירו. דזה לא שייך הואיל. וגם תי' השני בסנהדרין שם לא ס"ל כן: והנה טעמא דעכו"ם פסול מבואר בב"ק (דף פ"ח) הנ"ל משום דכתיב לאחיו. (ועיין רמב"ם הנ"ל). וכתבו התוס' אבל אין למעט מדכתיב אנשים. דגוי בכלל איש הוא. וכ"כ הרא"ם בפ' משפטים בפסיק וכי יכה איש עיי"ש. ונ"ל ראי' לזה מהא דתנן בסוטה (דף כ"ד) ע"י כל עריות מקנין חוץ מן הקטן ומי שאינו איש ואמרינן שם (דף כ"ו) חוץ מן הקטן איש אמר רחמנא ולא קטן. ושאינו איש למעוטי מאי אילימא וכו' ואלא למעוטי עכו"ם והאמר רב המנונא עכו"ם מקנין על ידו כו'. הרי דס"ד דאיש ממעט עכו"ם ודחה דמקנין. וא"כ מוכח דבכלל איש הוא מדלא ממעטינן לי' מדכתיב ושכב איש. ועוד ראי' מהא דאמרינן בסנהדרין (דף נ"ב) אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן. אשת רעהו פרט לאשת אחרים. והשתא אי ס"ד דגוי לאו בכלל איש הוא אמאי צריך רעהו למעט אשת אחרים הא כשם דממעטינן אשת קטן מדכתיב אשר ינאף את אשת איש הכי נמי נוכל למעט עכו"ם מדכתיב את אשת איש. איו דמאיש אין למעט עכו"ם אלא בכלל איש הוא. הרי מבואר מכל זה להדיא כדעת התוס' דמאנשים אין למעט עכו"ם משום דהוא בכלל איש:

ועיין בכתובות (דף ע"ג) ברש"י בד"ה קטן וז"ל אין קידושיו כלום דלאו בר קיחה היא כי יקח איש כתיב עכ"ל, וקשה לי דאמאי לא קאמר דאין קידושי קטן כלום מהא דדרשינן בסנהדרין (דף נ"ב) הנ"ל אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן דמוכח מזה דאין קידושין לקטן. כמוש"כ רש"י שם על הא דדרשינן אשת רעהו פרט לאשת אחרים דמכאן מוכח דאין קידושין לעכו"ם וכ"כ רש"י ז"ל בחומש (פרשה כ') להדיא דמדכתיב אשר ינאף את אשת איש ילפינן דאין קידושין לקטן וא"כ מדוע שינה טעמו בכתובות וכתב משום כי יקח איש. דלפי טעם זה קשה ל"ל קרא דאשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן הא ממילא ידעינן כיון דאין קידושי קטן כלום א"כ לאו אשת איש היא. [מיהו בקידושין (דף י"ט) מבואר דאיצטריך קרא דאשר ינאף ליבם בן תשע דמהו דתימא כיון דמדאורייתא חזי' לי' ליחייב משום א"א קמ"ל והוכיח רש"י כן דממעטינן מכי יקח איש מדפריך שם בפשיטות דל"ל קרא למעט פרט לאשת קטן וע"כ מכי יקח] וזה אינו קשה למה לי קרא דאשת רעהו פרט לאשת אחרים הא ממילא ידעינן מדכתיב כי יקח איש ועכו"ם לאו בכלל איש הוא. דרש"י ז"ל ס"ל כמוש"כ התוס' בב"ק והמזרחי דעכו"ם בכלל איש אבל בקטן קשה וצ"ע:

וכן משמע במכילתא משפטים פי"ב דעכו"ם בכלל איש מדאמרינן שם שור איש להביא שור של אחרים ע"ש. ולכן נסתפקו התוס' בקידושין (דף ג') אי מהני קנין חליפין בעכו"ם ולא איפשט להו מהא דכתיב ושלף איש נעלו ומבואר לקמן (סי' צ"ו) דלא מהני קנין חליפין בקטן ומבואר שם בסמ"ע הטעם משום דכתיב ושלף איש נעלו איש ולא קטן וא"כ ה"נ נימא איש ולא עכו"ם. משום דלשיטתייהו איש בכלל עכו"ם הוא. ולכן נסתפקו שם בזה. וכן מבואר מהא דאמרינן ביבמות (דף מ"ת) אמר רבא מ"ט דרשב"א דכתיב וכל עבד איש מקנת כסף עבד איש ולא עבד אשה. אלא עבד איש אתה מל בע"כ. ואי אתה מל בן איש בע"כ. ופרש"י דהאי איש אנכרי קאי. וה"ק עבד שלקח מן הנכרי אתה מל בע"כ של עבד. ואי אתה מל בן נכר בעלמא דלאו עבד בע"כ. הרי להדיא דמקרי איש ובכלל איש הוא. אלא דזה יש לדחות קצת דשאני הכא דהאי איש מיותר הוא כמוש"כ רש"י שם וע"כ מרבינן מיני' נכרי. והוי דומיא דאמרינן בכמה דוכתי איש מת"ל איש איש לרבות העכו"ם ויובא לקמן:

ועדיין צריך להתיישב בזה. דאינו דומה להתם דמרבינן מאיש גם עכו"ם להכא דלאו לרבויי נכתב. אלא דמיירי בעכו"ם. ומיהו בלא"ה יש לדחות קצת דבאמת מקרי איש היכא דלא מיירי אלא בעכו"ם וכמו דמשמע בכמה מקראות. אלא דאנן איירינן אי הינא דמיירי בישראל אי יש למעטו מאיש או בכלל הוא. והנה רש"י ז"ל פי' שם פי' אחד עבד

איש ה"ק עבד שהוא איש אעפ"י שהוא גדול ובן דעת ומלתה אותו בע"כ. ואי אתה מל בן שהוא איש גר הבא להתגייר אין לו כת למול בנו גדול בע"כ. וא"כ ללשון זה יהא ראי' לכאורה דגם עבד בכלל איש וכמו שיתבאר לקמן אלא דיש לדחות קצת וכמו שכתבנו לענין עכו"ם כנ"ל בזה:

אמנם קשה על זה מהא דאמרינן בסנהדרין (דף נ"ו) איש מה ת"ל איש איש לרבות העכו"ם שמוזהרים כו' כישראל וכן אמרינן שם לענין עריות. ובמנחות (דף ע"ג) איש מת"ל איש איש לרבות העכו"ם שנודרין נדרים ונדבות כישראל וקשה אי וכלל איש הוא. למה לי מיתורא דאיש איש לרבויי כל הנך בחד איש נמי סגי. וכבר הקשה כן בס' לימודי ד' לימוד כ"ד עיי"ש, וי"ל דשאני כל הני דכתיב בהו בתחילת הליווי אל בני ישראל. וא"כ אי לאו יתורא דאיש שני היה ממעטינן להו מבני ישראל כדפסלינן להו לציצית מבני ישראל ובנזיר (דף ס"ב) ובזבחים (דף מ"ה) ונדה (דף ל"ד) [ועיין תוס' סנהדרין פ"ו] ולכן צריך לרביניהו מיתורא דאיש שני. משא"כ עדות דלא כתיב בתחילת דינו דהציווי אל בני ישראל שפיר הוי גוי בכלל איש. אלא דבזה לא יתיישב הא דהבאנו לעיל מסוטה (דף כ"ד) דהוא בכלל ושכב איש אף דהתם ג"כ כתיב בתחילת הפרשה בני ישראל:

עוד ראיתי להאריך קצת במש"כ התוס' שם בב"ק (דף פ"ח) בד"ה יהא עבד כשר לעדות תימא הא בכל דוכתא ילפינן גז"ש לה לה מאשה כו' וי"ל דכי גמרינן לה לה מאשה היינו להחמיר על העבד. לעשותו כישראל לחייבו לכה"פ במצות שהאשה חייבת אבל לגרע מאיש ולפוסלו לעדות כאשה לא נלמוד. דמן הדין כשר לעדות הוא דכתיב ועמדו שני האנשים והאי איש הוא. עכ"ל. וכדקאמר שם בגמ' מה להצד השוה שבהן שכן אינו איש תאמר בעבד שהוא איש. וכן משמע במכילתא פ' משפטים והובא ברש"י שם וכי יכה איש את עבדו. והלא הוא בכלל מכה איש ולמה יצא לומר לך עיי"ש. ובספרי פ' פנחס איש לפי פקדיו יצאו עבדים ונשים וטומטום ואנדרוגינס ומשמע מזה דאינו איש. נראה דלא גרסינן שם עבדים. וממטות אבותם ממעטינן עבדים כמוש"כ רש"י שם בפירוש החומש עיי"ש:

ולכן בקידושין (דף ח') ממעטינן דעבד אינו נקנה בחליפין מכסף מקנתו. ולא מאיש משום דבאמת בכלל איש הוא. וכן ראי' מהא דאמרינן בגיטין (דף כ"ג) דחש"ו לאו בני שליחות נינהו משום דלאו בני דעה נינהו. ופירש רש"י דגבי שליחות איש בעינן ולא קטן. דשליחות נפקא לן מויקחו להם איש שה לבית אבות אחד לוקח לכולן ואס"ד דעבד לאו בכלל איש הוא. א"כ איך תנן בפסחים (דף פ"ת) אמר לו רבו צא ושחוט עלי הפסח אלמא דעבד נעשה שלית לשחוט הפסח. וכן מבואר בתוס' קדושין (דף מ"ב) ד"ה ודילמא

דמטעם שליחות הוא ע"ש. וכן בגיטין (דף כ"ג) דיכול העבד לקבל שטר שיחרור עבור עבד אחר. משים דנעשה שליח במילתא דאיתא בנפשי' ובב"מ (דף מ"ב) אמר לעבדו ולשלוחו. וכן הוא בטוש"ע (סי' קפ"ח) ואמאי דהא עיקר שליחות נפקא לן מויקחו להם איש וכ"כ רש"י בקדושין (דף מ"ב) דאין שליחות לקטן דגבי ושלח ושלחה איש כתיב וכן בב"מ (דף ע"א) מתרומה דכתיב בי' איש. וא"כ נמעט גם עבד אינו בשליחות. א"ו דגם עבד בכלל איש. ולכן שפיר נעשה שליח. ועיין רע"ב פ"ב דזבים ודו"ק]: אלא דק"ל מהא דאמרינן בזבחים (דף ק"ג) ת"ר עולת איש אין לי אלא עולת איש עולת גרים ונשים ועבדים מניין ת"ל עור העולה ריבה. הרי להדיא דעבד לאו בכלל איש הוא. וא"ל דע"כ לא קאמרינן עבד בכלל איש אלא גבי עדות דאין תלוי בנאמנות שהרי משה ואהרן דאין מעידין לאו משום דלא מהימני אלא גזיה"כ הוא. לכך היכא דגלי גלי והיכא דלא גלי לא גלי. וע"כ מסתבר דעבד בכלל איש היא. וכעין זה כתבו תוס' שם בזבחים ד"ה אין לי. אבל זה לא מסתבר כלל לתרץ בזה קושיא הנ"ל דעכ"פ מוכח מברייתא דזבחים דעבד לאו בכלל איש הוא. ועוד דהרי כבר הראינו לדעת דגם לבד עדות ג"כ עבד בכלל איש. וכמו שביארנו למעלה:

ובכללו של תוס' דב"ק הנ"ל יתיישב היטיב מה דאיתא בברכות (דף כ') נשים ועבדים קטנים פטורין מק"ש. וחייבין בתפלה ובמזוזה וברהמ"ז. ובמזוזה פשיטא. מ"ד הואיל ואיתקש לת"ת קמ"ל. וביומא (דף י"א) ת"ר ביהכ"נ ובית האשה ובית השותפין חייבת במזוזה. פשיטא. מהו דתימא ביתך ולא ביתה. ביתך ולא בתיהם קמ"ל. ומקשים אמאי לא קאמר כן בברכות מ"ד ביתך ולא ביתה. וקאמר משום דאיתקש לת"ת. ולהנ"ל ניחא כמו דלא אמר ביומא הטעם הואיל ואיתקש לת"ת משום דאינו מספיק בשותפין לכן לא קאמר גם בברכות משום ביתך ולא ביתה משום דזה אינו מספיק בעבדים. ואי משום דניליף בגז"ש דלה לה מאשה. כיון דאשה פטורה ממזוזה משום דכתיב ביתך ה"נ בעבד. זה אינו. דלא ילפינן להקל בגז"ש דלה לה מאשה כמוש"כ התוס' בב"ק (דף פ"ח) דלא ילפינן בגז"ש דלה לה להקל כיון דהוא בכלל איש ה"נ כיון דעבד בכלל ביתך לא ילפינן בגז"ש להקל ולכן קאמר משום דאיתקש לת"ת. דטעם זה מספיק גם בעבד וכמו שכתבנו וא"ש ודו"ק. [והסוגיא קאי למ"ד בקדושין (דף כ"ג) דמהני ע"מ שאין לרבו רשות בו. או כגון שנתנו לו בית ע"מ שאין לרבו רשות בו. ומה שתרצה תעשה בו. דמהני לדעת הש"ך ביו"ד סי' רס"ז ס"ק ל"ט]:

הנה הכס"מ תמה על הרמב"ם שלמד דעבד פסיל לעדות מלאחיו וז"ל בפ' החובל (דף פ"ח) מייתי לה מגזלן וקטן או אשה בהצד השוה ואיכא מאן דמייתי לה מדרשא דלא

יומתו ודרשא זו שכתב רבינו ליתא התם וצ"ע היכא איתא, והלח"מ תמה עוד דבפ' החובל שם מבואר דרבנן ס"ל דעבדים איתנייהו בבשת. והא דכתיב כי ינצו אנשים עבד אחיו היא במצות וקיי"ל כוותי'. וא"כ איך ממעטינן עבדים מלאחיו. ורבים תירצו בזה ורחוק מדרך האמת:

אמנם דברי הרמב"ם נכונים עפי"מ דאמרינן בב"ק שם (דף פ"ת) החובל בעבד כנעני של אחרים חייב וכו' מ"ט דר"י אמר קרא כי ינצו אנשים יחדיו איש ואחיו במי שיש לו אחיה יצא עבד שאין לו אחוה. ורבנן אחיו הוא במצות כו'. אלא מעתה לרבנן יהא עבד כשר לעדות דכתיב הנה עד שקר העד שקר ענה באחיו. אמר עולא עדות לא מצית אמרת. אתיא עדות בק"ו מאשה ומה אשה שהיא ראוי' לבוא בקהל פסולה לעדות עבד שאין ראוי לבוא בקהל וכו' הצד השוה שבהן שכן אינן בכל המצות ופסולין להעיד אף אני אבוא את העבד שאינו בכל המצות ופסיל להעיד אלא תיתי מגזלן ומחד מהנך. ופרש"י והצד השוה שבהן אינם זהירין בכל המצות זה מפני רשעו וזה מפני שלא נצטוה ע"כ. פי' אף אני אביא את העבד שאינו בכל המצות ופסול. מתבאר מזה דרבנן ס"ל דעבד אחיו הוא במצות וחייבין על בשתו. ופריך א"כ יהא כשר לעדות דבכלל אחיו הוא. ומשני עדות לא מצית אמרת פי' דאחיו דכתיב בעדות אין עבד בכלל. משום דילפינן במה הצד דבעינן שיהא בכל המצות. משא"כ עבד דאינו בכל המצות. ומבואר ממה הצד דפירושו דאחיו בעדים פי' שהוא אחיו בכל המצות. ומבואר בגיטין (דף כ"ג) אר"א אר"י אין העבד נעשה שליח לקבל גט אשה מיד בעלה לפי שאינו בתורת גיטין וקדושין כו' מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית ופירש"י מהולים ובאו בברית מצוה אף שלוחכם בני ברית לאפוקי עכו"ם. אבל עבד בן ברית הוא דכתיב מחטב עציך וכו' ע"כ וכ"ה בב"ק (דף ט"ו) בני חורין למעוטי עבדים בני ברית למעוטי עכו"ם משמע דעבדים בני ברית נינהו ועיין מש"כ לקמן סי' קנ"ו בזה. והן הן דברי הרמב"ם ז"ל שכתב עבדים פסולין לעדות מן התורה שנאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו. מכלל שאחיו כמוהו. פי' דהאי אחיו בעינן בן ברית כמוהו. פי' שיהא חייב בכל המצות כישראל דאף דעבד בן ברית הוא אבל אינו בן ברית כישראל ופסק כעולא דמייתי במה הצד שיהא אחיו כמוהו בכל המצות ולא כמאן דיליף מלא יומתו. ולכן כתבו התוס' דלכן לא יליף דממזר פסול במה הצד דמה להצד שאינן בכל המצות. ומבואר מזה דהאי לאחיו מורה שיהא בכל המצות:

ובזה מבואר היטיב הא שכ' הרמב"ם שם (הלכה ה') מי שחצי עבד וחצי ב"ח פסול לעדות וכתב הכס"מ זה דבר פשוט דכיון דאינו כשר פסול הוא ע"כ. ולפמש"כ א"ש

בפשיטות דהרמב"ם הולך לשיטתו דפסק כעולא דבעינן שיהא בכל המצות וחצי עבד וחצי ב"ח אינו בכל המצות דעדיין עבד הוא. וכן ניחא הא שכ' הרמב"ם שם (בהלכה ו') כל מי שנשתחרר והרי הוא מחוסר גט שחרור פסול עד שיגיע גט לידו ויעשה מכלל בני ברית ואח"כ יעיד ע"כ. וכתב הכס"מ גיטין פ' השולח (דף ל"ט) אמר עולא המפקיר עבדו יצא לחירות וצריך גט שיחרור כלומר יצא לחירות משום דזכה בעצמו וצריך גט שיחרור להתירו בבת ישראל. וא"כ כיון דאינו בן ברית גמור אין ראוי להעיד ע"כ. ולפמש"כ א"ש בפשיטות דלשיטתו דפסק כעולא דבעינן שיהא ראוי בכל המצות. א"כ מעוכב גט שיחרור דאינו בכל המצית אינו ראוי להעיד וזהו שמדייק עד שיגיע גט לידו ויעשה מכלל בני ברית. פי' שיהא חייב בכל המצות כישראל. ומקום הניחו לי בזה:

ובמה דס"ל לרמב"ם דלעדות בעינן שיהא בכל המצות יתבאר היטב דעת הרמב"ם (פי"ב מה' איסורי ביאה הלכה י"א) לפיכך השפחה אסורה לבן חורין וכו' מדברי סופרים שהרי מפורש בתורה שהאדון נותן שפחה כנענית לע"ע והיא מותרת לו שנא' אם אדניו יתן לו וכו'. [ובזה מתורץ קושיית המיל בה' עבדים שהקשה כשגזרו על שפחה למה לא גזרו גם בע"ע אף שהוא מ"ע כמו עשה דאנוסה שגזרו דבשניות מד"ס אסור גם באנוסה ע"ש. ולפמש"כ הט"ז בסי' ב' דבדבר המפורש בתורה לא גזרו והכא נמי מפורש בתורה לא גזרו בזה] והוא דלא כתרגום אונקלוס ע"ש במפרשים. והדבר תמוה דמנ"ל דלעדות בעינן שיהא אחיו בכל המצות וא"כ מאי איריא דקאמר בב"ק (דף ט"ו ודף פ"ח) דעבד כנעני פסיל לעדות אף עברי נמי יהא פסול לעדות. דאינו בכל המצות דמותר בשפחה א"ו דלכו"ע מותר. וא"כ לא יצא ע"ע מן הכלל ונוהג בכל המצות ולכך כשר לעדות גם כן: וחצי עבד וחצי ב"ח ומעוכב גט שיחרור נמי יש להביא במה הצד מגזלן וקטן. מה גזלן שראוי לבוא בקהל פסול לעדות. חצי עבד וחצי ב"ח דאינו ראוי לבוא בקהל דלישא בת חורין אינו יכול אינו דין שפסול לעדות. וכן מעוכב גט שיחרור דצריך גט להתירו בבת ישראל כדאמרינן בגיטין (דף ל"ט) אלמא דאינו ראוי לבוא בקהל אינו דין שפסול לעדות. מה לגזלן שכן מעשיו גרמו לו קטן או אשה תוכיח הצד השוה שבהן שאינן בכל המצות אף אני אביא חצי עבד וחצי ב"ח ומעוכב גט שיחרור שאינן בכל המצות ופסולין לעדות. ולהטור באהע"ז (סי' ד') דמעוכב גט שיחרור מותר לבוא בקהל וא"כ ליכא האי במה הצד. אבל מ"מ אינו בכל המצות כמו שיתבאר לקמן בעזרת הש"י:

והרמב"ם לשיטתו אזיל שכתב (בפ"ב מהל' חגיגה) מי שחצי עבד וחצי ב"ח. פטור מפני צד עבדות שבו, הרי דס"ל דגם למשנה אחרונה דכופין לאו כמשוחרר דמי ופטור מראי'.

וכן כתב (בפ"ב מה' ק"פ) מי שחציו עבד וחציו ב"ח לא יאכל משל רבו ולא משל עצמו. ולכן גם מדרבנן אינו בכל המצות ופסול לעדות. אבל לשיטת רש"י דמשנה אחרונה הרי כמשוחרר וחייב בראי' כמוש"כ בחגיגה (דף ב') וכן דעת התוס' בפסחים (דף פ"ז) וכן דעת הראב"ד בהשגות דחצי עבר וחצי ב"ח חייב בכל המצות כיון דהוי כמשוחרר וא"כ הוי בכל המצות ואפ"ה פסיל לעדות ואודי לי' הראב"ד בזה. י"ל כיון דאיכא אידך דרשא דלא יומתו דגם חצי עבד וחצי בן חורין פסול לכן שתיק לי' בזה. אבל הרמב"ם לשיטתו דלא מבעי למשנה ראשונה בוודאי פטור מכל המצות וממילא פטור מכל דבר. דפסול לעדות אלא אפי' למשנה אחרונה הא ס"ל דלא עבדו תקנתא לחייבו בפסח וראי' כדי שימהר לשחררו. וכמוש"כ הר"א שם לכן גם השתא אינו בכל המצות ופסיל לעדות. וכ"ז שייך במעוכב גט שיחרור דחדא מילתא היא:

ועונ"ל דאפי' אי נימא דחצי עבד וחצי ב"ח דחייב במצות מ"מ פסול לעדות משים שאינו בכל המצות עפמש"כ הרשב"א והובא בשיטה אהא דמייתי לפסולא דעבד במה הצד מגזלן וקטן דאינן בכל המצות משום דגזלן פסיל לדון לכן אינו בכל המצות. וא"כ חצי עבד וחצי ב"ח דפסיל לדון וכן מעוכב גט שיחרור דאפילו משוחרר גמור פסול לדון כמוש"כ הרמב"ם (סופי"ז מהל' עדות ה"ו) דלא קרינן בי' מקרב אחיך. א"כ אינו בכל המצות ופסיל להעיד. מיהו יש לדחות כיון דגר דן את חברו גר כמבואר בסי' ז'. א"כ ה"ה משוחרר. וא"כ ה"ה חצי עבד ב"ח לחצי עבד ב"ח. וא"כ ישנו במציאות בדין. ושפיר נוהג בכל המצות קרינן בי':

ונראה להביא ראי' לזה מהא שהק' בשיטה תיתי מק"ו דגר ומשוחרר יפסלו לעדות. ומה אשה שבאת מטיפה כשרה פסולה לעדות וכו' ואי פרכת מה לאשה שכן אינה במילה גזלן יוכיח. מה לגזלן שכן מעשיו גרמו לו. אשה תוכיח הצד השוה שבהן שאינן עושין כל המצות ופסולין לעדות אף אני אביא גר ומשוחרר שאינן עושין כל המצות כקריאת ביכורים דמביאין ואינן קורין שיפסלו לעדות. ותי' דאיכא למיפרך מה לאשה וגזלן. שאינן עושין כל המצות הנוהגות בחו"ל ושלא בפני הבית עכ"ל. ולהרשב"א דס"ל דמי שפסול לדון אינו נוהג בכל המצות קרינן בי' א"כ הדרא התמי' לדוכתא דיפסול גר ומשוחרר דאינן בכל המצות דפסולין לדון כמוש"כ הרמב"ם (סופט"ז מהל' סנהדרין). א"ו כיון דיכולין לדון חבריהם נוהגין בכל המצות קרינן בי':

ובזה י"ל מה שהקשו התוס' בב"ק (דף פ"ח) דל"ל ק"ו למיפסל עדות תיפוק לי' מגז"ש דלה לה. ולהנ"ל ניחא דאיצטריך לחצי עבד וחצי ב"ח דלא ילפינן מגז"ש דלה לה כמבואר בחגיגה (דף ד') עיי"ש בזה:

ועוד נ"ל שלמד הרמב"ם דין דחצי עבד וחצי ב"ח דפסול מהא דאמרינן בחגיגה (דף ה') אמר רבינא לא נצרכא אלא למי שחצי עבד וחצי ב"ח. דיקא נמי דקתני מתני' ועבדים שאינם משוחררין מאי שאינן משוחררין אילימא שאינם משוחררין כלל ליתני עבדים סתמא אלא לאו שאינם משוחררין לגמרי ומאי ניהו חצי עבד וחצי ב"ח. ובר"ה (דף כ"ב) תנן א"ר יוסי מעשה בטובי' הרופא שראה את החודש בירושלים הוא ובנו ועבדו משוחרר וקבלו אותו ואת בנו ופסלו את עבדו וכשבאו לפני ב"ד קבלו אותו ואת עבדו ופסלו את בנו. ומדאשמועינן שהי' עבדו משוחרר. א"כ אתא לאפוקי שלא הי' חצי עבד וחצי ב"ח דזה נקרא אינו משוחרר. ושם תנן אלו הן הפסולין המשחק בקוביא ומלוי ברבית ועבדים כו'. וקשה להרמב"ם דס"ל דחצי עבד וחצי ב"ח פסול לעדות אמאי לא נקט ועבדים שאינן משוחררין לאשמועינן דגם חצי עבד וחצי ב"ח פסול כמו בחגיגה. וצ"ל דסמך אמאי דנקט לעיל במתני' ועבדו משוחרר דמבואר מזה דבעינן שיהא משוחרר לגמרי לאפוקי חצי עבד וחצי ב"ח. וראי' לזה דהיכא דתני עבדים משוחררים לגמרי משמע ואין חצי עבד וחצי ב"ח בכלל זה. מהא דאמרינן בר"ה (דף כ"ט) ת"ר הכל חייבין בתקיעת שופר כהנים ולוים וישראלים גרים ועבדים משוחררים וטומטום ואדרוגינוס ומי שחצי עבד וחצי ב"ח אלמא אע"ג דתני עבדים משוחררים תני בתר הכי חצי עבד וחצי ב"ת. מיהו י"ל דמשם סיפא נקט הכי. דחצי עבד חצי ב"ח אינו מוציא לא את מינו ולא את שאינו מינו [באו"ח סי' קמ"ג אין קורין בתורה פחות מעשרה גדולים בני חורין ועיי"ש באחרונים שנסתפקו בחצי עבד וחצי ב"ח עיי"ש דמלישנא דבני חורין משמע שיהי' משוחרר כולו יעוי"ש]:

ומש"כ הרמב"ם עוד דמעוכב גט שיחרור פסיל לעדות. בטור אהע"ז (סי' ב') כתב ולאחר ששיחררו רבו או הפקירו וכו' הרי הוא כישראל לכל דבר ועיי"ש בב"י דמותר לביא בקהל אף דמעוכב גט שיחרור וא"כ להרמב"ם אינו כישראל לכל דבר ופסיל לעדות. לכ' צ"ל דלאו דוקא לכל דבר אלא לקבל בלבד:

הנה הי' ק"ל בכ"ד בש"ס דנקט ח"ע וחצי בן חורין מדוע לא נקט הרמב"ם מעוכב גט שיחרור גם כן והא ניחא לשמואל דס"ל דהמפקיר עבדו יוצא לחירות א"צ גט שיחרור. אבל לאידך ק"ט אמאי לא תנא מעוכב גט שחרור גם כן וצ"ל דחדא מניי' נקט. אמנם באמת מבואר בתוס' בבא קמא (דף צ') בד"ה איש ובבא בתרא (דף נ') דמעוכב גט שחרור הוא ג"כ ח"ע וחצי בן תורין וא"כ בכלל ח"ע וחצי ב"ח מעוכב גט שחרור גם כן:

ועוד נראה לי ראי' להרמב"ם מהא דתנן בב"ק (דף י"ד) עפ"י עדים. בני חורין בני ברית ומפרש בש"ס בני חורין למעוטי עבדים. בני ברית למעוטי עכו"ם. ויש להקשות אמאי

האריך בלשונו בני חורין ובני ברית למעוטי תרווייהו ליתני עפ"י עדים ישראלים או בני ישראלים דידעינן למעוטי תרווייהו עבדים ועכו"ם. אלא דאי הוי תני כן לא הוי ידעינן למעוטי חצי עבד וחצי ב"ח דמבואר בסנהדרין (דף פ"ו) בני ישראל מבני ישראל חד למעוטי עבד. וחד למעוטי מי שחציו עבד וחציו ב"ח. אלמא מחד מיעוטא לא הוי ממעטינן אלא עבדים ולא חצי עבד וחצי ב"ח. [אבל קשה לי הא דקאמר מבני חורין ובני ברית. בני חורין למעוטי עבדים. בני ברית למעוטי עכו"ם מאי איריא דתני הני פסולין ולא קחשיב שאר פסולי עדות. ובירושלמי ראיתי וז"ל עפ"י עדים שאין שמין אלא עפ"י עדים בני חורין ובני ברית. יצאו עכו"ם ועבדים ופסולי עדות. הרי דגם פסולי עדות ממעט. ונראה דהירושלמי מפרש הכי למתני' עפ"י עדים זהו שראויים להעיד. למעוטי שאר פסולים וכיוצא בזה בשבועת העדות (דף ל"ו) ואינו נוהגת אלא בראוין להעיד וזהו שמפרש מסיפ' לריש' יצאו עכו"ם זהו בני ברית. ועבדים זהו בני חורין. ופסולי עדות זהו עדים. וי"ל דגם הש"ס דילן סובר הכי. אלא דק"ל למה דקתני כאן הכי ולהכי קאמר סיפא איצטריך לי' בשביל בני חורין ובני ברית ואלו קתני הכא כמו שכ' הרמב"ם בפי' המשנה דס"ד לפי שאצל נזקין תמיד מצוים עבדים ועכו"ם ואין עדים כשרים מצוים לכן נאמינם קמ"ל דלא. אבל פסולי עדות קרובים ורשעים אין רבותא בזה וצ"ל איידי ומשום סיפא ומזה מבואר כמוש"כ הת"ה שאלה רל"ח דכל מקום שמבואר עדים סתם הם כשרים והרי מבואר בירושלמי כן]:

וכן מוכח מהא דאיצטריך בחגיגה (דף ד') למעוטי חצי עבד וחצי ב"ח מראי'. מי שאין לו וכו'. ולא ממעט מדכתיב בבא כל ישראל דממעטינן מיני' עבדים כמוש"כ הרמב"ם בפ"ב דחגיגה אלמא דמישראל לחוד אף דממעטינן עבדים וכמו שמבואר ג"כ בפ"ב דגיטין (דף כ"ג) ואפ"ה לא ממעטינן חצי עבד וחצי ב"ח. וא"כ שפיר תני באריכות בני חורין ובני ברית למעוטי חצי עבד וחצי ב"ח דבעינן שיהא כולו משוחרר וזה נכון. וא"ל דאי הוי תנא ישראל. הוי ממעטינן גר ומשוחרר ג"כ. כמוש"כ התוס' בסנהדרין שם. דזה לא מסתבר כלל דמהי"ת נימא כן ורק במידי דגזה"כ איצטריך ריבוי לגר ומשוחרר:

הנה בכותי לא נכתב כאן מה דינו. וצ"ל דהרא"ש כתב בפ"ק דגיטין (סימן ט') אהא דכל גט שיש עליו עד כותי פסול חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים והאידנא כל עד כותי פסיל בין בגיטי נשים בין בשיחרורי עבדים בין בשאר שטרות דגרסינן בפ"ק דחולין (דף ו') לא זזו משם עד שעשאום כעכו"ם גמורין וכו' וכ"ש לענין עדות דדינו כעכו"ם ע"כ וא"כ מאחר דכ' ביו"ד (סי' רס"ז) דפסולין לגיטי נשים ושיחרורי עבדים לא הוצרך

לכתוב כאן. ובכלל עכו"ם הם. ואפילו להחזיק אינן נאמנין כמוש"כ הש"ך ביו"ד (סי' קנ"ט) דבין להקל ובין החמיר הם כעכו"ם גמורים ובמ"א הארכתי בזה:

ובמס' מכות (דף ח') עבד וכותי גולה ולוקה ע"י ישראל וישראל גולה ולוקה ע"י כותי ועבד. בשלמא עבד וכותי גולה ולוקה ע"י ישראל. גולה דקטלי'. ולוקה דלטיי'. אלא ישראל גולה ולוקה ע"י כותי בשלמא גולה דקטלי'. אלא לוקה אמאי. ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך. אלא אראב"י כגון שהעיד בו והוזם דכוותי' גבי עבד שהעיד בו והוזם עבד בר עדות הוא. וי"ל דאמאי לא פריך ג"כ וכותי בר עדות הוא. ומ"ש דנקט לעבד ושבק כותי. ובשלמא בתחילה דנקט כותי ולא עבד כתבנו בסי' כ"ז דבעבד איכא לא תאור אבל הכא מ"ש דשבק כותי. ומשמע מזה דאף דהכא מיירי בכותי שקלקל מדפריך דאינו עושה מעשה עמך. וכמו שכתב הריטב"א והוי עכו"ם גמור. מ"מ בנאמן בר עדות הוא וכרש"י והר' יקר שהבאנו לעיל:

ולהסוברים דהוא דאורייתא צ"ל דחדא נקט דפריך מעבד וה"ה לכותי. ומשום דעבד נקט ברישא פריך מעבד. ובפרט להריטב"א שפי' בהא דפריך אכותי דאינו עושה מעשה עמך שכ' וה"ה לעבד, ה"נ הכא מעבד וה"ה לכותי. [ומילתא חדתא ראיתי להכס"מ (פי"ו מהל' סנהדרין) שכ' וז"ל ותניא בפ"ב דמכות עבד ועכו"ם גולה ולוקה ע"י ישראל. וישראל גולה ולוקה ע"י עכו"ם. ומשמע דלרבותא נקט עכו"ם שישראל לוקה ע"י וכ"ש שהוא לוקה ע"י עבד שהוא מקיים מצות ע"כ. ומשמע דלא הי' לו כלל הגירסא מכותי. וא"כ י"ל דלכך נקט חדא הכא בגולה ולוקה ע"י ישראל. דרישא דמילתא נקט וה"ה לכותי] אבל לשיטת רש"י והר"י נכון מאוד הא דנקט עבד לבד ולא לכותי ג"כ:

ויותר נראה דהרמב"ם (בפ"ה) השמיט להך ברייתא דכותי ולא כתב אלא להא דעבד בלבד. ולכן נראה דהרמב"ם לטעמי' שכתב (בפ"ה) דברכות בפי' המשנה דבכ"מ שנאמר כותי הוא קודם שגזרו עליהן והיו גרי אמת. אבל עכשיו עשו איתם כעכו"ם גמורים. ולכן הרמב"ם השמיט מה שנאמר במשנה ולכן הא דמס' מכות אף דקלקלו מ"מ קודם גזרה הוי ולכך יש להן דיני ישראל משא"כ השתא דעכו"ם גמורים הם לא שייך זה. וא"כ לא פריך על כותי בר עדות הוא. דבאמת בר עדות הוא. דגרי אמת הן וכמוש"כ במ"א בזה. והצדוקים שבזמה"ז ג"כ פסולין לכל עדות כמוש"כ הש"ך ביו"ד (סי' רס"ז) ס"ק נ"ט ועיין שם בסי' קנ"ט בזה יעוי"ש:

ובגר תושב פשיטא דפסול לעדות דלאו בכלל אחיך הוא כדמוכח מהא דב"מ (דף קי"א) מאחיך פרט לאחרים, מגרך זה גר צדק. בשעריך זה אוכל נבלות. אלמא דלאו בכלל אחיך הוא. מיהו י"ל דאין ראי' מזה כמוש"כ התוס' שם בד"ה מגרך דהוה ממעטינן

אפילו גר צדק, דמאחיך משמע ממובחר שבאחיך ולא כל אחיך. אמנם יש ראי' מהא דמבואר ברמב"ם (פ"ה מהל' מלוה ה"א) העכו"ם וגר חושב לוין מהן ומלוין אותן ברבית שנאמר לא תשיך לאחיך. לאחיך אסור ולשאר העולם מותר. וכ"כ הבעה"ת ובגדו"ת שם וא"כ פסול דאורייתא ג"כ. גם י"ל דיליף מק"ו כמו דיליף בב"ק (דף פ"ח) בעבד וכמוש"כ הנ"י בעכו"ם בפ"ק דב"ק וה"נ בגר תושב כן:

סעיף כ"א פצוע דכא כשר לעדות. מבואר בתוס' זבחים (דף ט"ז) ובתוס' ב"ק (דף פ"ת) דפצוע דכא וכרות שפכה כשרין לעדות וכ"ה בשו"ע אהע"ז (סי' ק"ל ס"א) בהג"ה ויש מחמירים שלא יהי' בע"מ. וכ"ה בסדר הגט שם. והוא רק חומרא לכתחילה. והוא דברי מהרי"ל הובא בד"מ שם (אות ט"ו) שאמר שבע"מ לא יתיר א"א לעלמא. וכבר חתרו המפרשים למצוא טעם ולא מצאו טעם נכון לזה:

ונראה עפ"מ דאיתא בזהר פ' אמור איש מזרעך לדרתם אשר יהי' בו מום אמר ר' יצחק. בגין דאיהו פגים. ומאן דאיהו פגום אסור לשמשא והא אוקמי' דב"נ דאשתכח פגום לית בי' מהימנותא וההיא פגומא אסהיד עלי' כן רבי' אליעזר הוה יתיב בקסטרא דבי' חמו' והוא הוה אמר זולגא דבקסטירא בעינא שכיח אדהכי עבר חד בר נש פגום מעינא חד אמר חמוי נשאל להאי אמר פגום הוא ולאו מהימנא אמר נשאל בהדי' אתו שאלו לי' כו' א"ר אלעזר במלוי אישתמע דלאו מהימנא גבי' ולאו בר מהימנא הוא ע"כ אלמא דבעל מום לית בי' הימנותא כל כך אלא דאפ"ה הכשירו התורה לעדות ולא פסל אלא לסומא בב' עיניו מדכתיב או ראה. אבל משום דהוי בע"מ אינו פסול. אבל לעד הגט דאפשר באחרים חש המהרי"ל משום חומרא דא"א ליקח עדים שאינם בע"מ כיון דבע"מ לית בהו הימנותא כ"כ. פן לפעמים יצא איזה שקר על ידם ויצא תקלה על ידם. אף שלשאר עדות כשרים כנ"ל נכון בזה. ועיין במג"א או"ח (סי' נ"ג) שלא למנות ש"ץ שהוא בע"מ עפ"ד הזהר הנ"ל לכן אין רחוק שלענין גט חשש לכתחילה לזה:

ולפי דעת המהרי"ל בסידור הגט שלא יהי' העד בע"מ בגט הי' נ"ל מזה בהמיר ושב שלא יהי' עד בגט לפמש"כ התוס' בסוטה (דף ל"ט) ד"ה וכי דהמיר ושב דמי לבע"מ וי"ל בזה. וכ"כ הבכ"ש לענין ש"ץ דאין למנותו מה"ט. וגם לפ"מ דאמרינן בבכורות (דף מ"ה) ת"ר איטר בין ביד בין ברגל פסול ופי' הר"ן בפ' גה"נ די"מ משום דהוי בע"מ [ובאהע"ז ה' חליצה כתב הרמ"א דנוהגין כסברא ראשונה וזהו כהי"מ בזה] א"כ לפ"ז אין למנותו לעדות הגט והדבר תמוה ואין נוהגין כן:

וראי' לדבריהם מסוגיא דזבחים (דף ט"ז) דזר מחלל מק"ו מיושב מה יושב שאוכל אם עבד חילל זר שאינו אוכל אינו דין שיחלל ופריך מה ליושב שכן פסול לעדות ומסיק

שם דיליף מיושב ומחד מהנך פי' רש"י בע"מ. ואי בע"מ פסול לעדות הא איכא למיפרך מה להצד שבהן שכן פסולים לעדות וכן לעיל שם יליף ק"ו מבע"מ ולא פריך מה לבע"מ שכן פסול לעדות. א"ו דכשר וזה נכון:

ערל שמתו אחיו מחמת מילה כשר לעדות. וקשה הא כיון דעדות אינו אלא בגדול. וא"כ ודאי נבלע בו דמו. או נפל בו דמו וליכא חשש סכנתא בזה. וניחא עפמ"ש תוס' בחולין (דף ד') אהא דהכל שוחטין אפילו כותי אפילו ערל האי ערל ה"ד. אילימא שמתו אחיו מחמת מילה האי ישראל מעליא הוא. וז"ל שמתו אתיו מחמת מילה שנימולו כשהן גדולים ומתו דאי בשמיני משום דלא נבלע בהם הדם וכו' א"נ אפי' בשמיני כגון שהציצו בהן וראו שנבלע בהם הדם. עכ"ל והיינו משום דקשיא להו ג"כ כיון דשוחט א"כ הוא גדול ולא שייך בי' שלא נבלע בו. לכך כתבו דגם אחיו נימולו כשהן גדולים ומתו או שהציצו בהן וראו שנבלע בהן דמן ואפ"ה מתו ונתחזק שבניהם מתו מחמת מילה. וה"נ מיירי כן. אבל זולת זה אמרינן דאחיו מתו מחמת מילה הוא משום שלא נבלע בהן הדם. והוא מחוייב למול א"ע כשרואין שנבלע בו הדם. וכשאינו מל הוי מומר לערלות ושחיטתו פסולה. וכן לעדות. ובהג"א פ"ק דב"ק מייתי שם שיטת ר"ת דמי שאינו מל מחמת פחד בעלמא כשר ג"כ לעדות ושיטתו מובא ג"כ בתוס' זבחים (דף כ"ב) וברשב"א ר"פ הערל עיי"ש בזה:

בסמ"ע כתב וז"ל דרחמנא פטרי' מדכתיב וחי' בהם עיין ביו"ד הלכות מילה עכ"ל. וכוונתו דשם (בסי' רס"ה) מבואר הטעם דמילה אפשר להמתין אחר זמן. ובאמת קשה דל"ל טעם זה תיפוק לי' מוחי בהם ומבואר במ"א: סעיף כב:

המוסרים פסולין לעדות. הנה עיקר איסורא דמסור כ' הב"י באו"ח (סי' ל"ט) דהוא משום לא תעמוד על דם רעך עיי"ש, ולפ"מ דמבואר לקמן (סי' תכ"ו) דלא תעמוד על דם רעך אינו אלא בנפשות ולא בממון. א"כ במוסר ממון לא שייך זה. אמנם לפ"מ דאיתא בספרא דיודע עדות לחברו שצריך להעיד משום לא תעמוד. א"כ גם בממון שייך זה. ואפשר דגם בהרחקת נזיקין ג"כ שייך זה. ואח"כ מצאתי בשו"ת ח"ס בחיו"ד דפשיטא לי' כן: ואינו מובן לי דמאי שייכות דלא תעמוד על דם רעך למסירה דהרי אזהרה זו אינו אלא שמחוייב להציל את חברו אם ראה שטובע בנהר או ליסטים באין עליו ויכול להצילו שלא יעמוד עצמו מלהצילו. אבל מוסר חברו אינו ענין לזה אלא הוא בכלל כל מזיק חברו בממונו. ולא מצינו במזיק ממון חברו שעובר בלאו דלא תעמוד על דם רעך. ואי משים דהדברים ק"ו דאם עיבר בלאו זה כשיכול להציל ממון חברו ולא הציל, מכ"ש במזיק ממון חברו הא אין מזהירין מן הדין. לכן נ"ל דט"ס הוא בב"י שם וצ"ל משום

לא תלך רכיל ובויקרא (י"ט) כתיב לא תלך רכיל בעמך ולא תעמוד על דם רעך ונתחלף בין רישא דקרא לסיפא דקרא וכ"ה בחינוך סו' רל"ו שכ' באזהרה דלא תלך רכיל דיני מסור עיי"ש. אמנם במס' דרך ארץ ס"פ בתרא ר' יצחק אומר קורצין ה"ז משופכי דמים שנאמר לא תלך רכיל בעמך וכוונתו גם לסיפא דקרא ולא תעמוד על דם רעך וכמו שהגי' הגר"א ז"ל שם. אלמא דאמסור שיכול לבוא לידי סכנה וע"ד שאמרו בב"ק (דף קי"ט) אין מרחמין עליו איכא משום לא תעמוד על דם רעך ג"כ:

ובהיות כן נלע"ד דמוסר פסול לעדות מדאורייתא לפמש"כ מהרי"ט בחאה"ע (סי' מ"ג) דהיכא דאיכא איסור דאורייתא וחימוד ממון הוא פסול מדאורייתא. וה"נ במסור כיון דהוא רע לבריות גם לרבא דס"ל בפ' זה בורר דבעינן רשע דחמס. פסול לעדות. כיון דרע לבריות שמוסר ממונם. יעיד שקר ג"כ ואי משום דאין לוקין על לאו דלא תלך רכיל כמוש"כ בחינוך שם. הא מ"מ איסור לאו דאורייתא ליכא והיכא דאיכא חמס ג"כ דהוא רע לבריות פסול מדאורייתא. ולכאורה הי' אפ"ל דבמסור אי לאו דניתן להשבון הי' לוקה על לאו זה ג"כ משום דמסור בדבורי' קמתעביד מעשה וכמוש"כ בעה"ת דעדיף מחסמה בקול דלוקה לר' יוחנן בב"מ (דף צ') דקיי"ל כוותי' משום דבדיבורא קעביד מעשה ואי משום דניתן להשבון הא גזלן פסול לעדות אף דניתן להשבון כיון דאיכא לאו וחמס. כמ"ש הרמב"ם (בפ"י מהלכות עדות) וה"נ במסור. אלא דזה אינו לפמש"כ התוס' בשבת (דף פ"ה) וחולין (דף פ"ב) דלכך אינו לוקה בזורע כלאים משום לא תשיג גבול כיון דאינו לוקה על קרקע דניתן להשבון עיי"ש. וה"נ כיון דאין לוקה על לא תלך רכיל משום לאו שאין בו מעשה אינו לוקה גם על מסור] אלא שבשו"ת מהרי"ק (סי' קכ"ו) משמע דס"ל דמסור כל שלא הוחזק אין פסולו אלא מדרבנן. וכ"כ בשו"ת פנים מאירות (ח"ב שאלה צ') דלמאן דס"ל דד"ג אינו אלא מדרבנן אין פסולו אלא מדרבנן ולפענ"ד צל"ע בזה וכמוש"כ: והד"מ ביו"ד סימן ב' כתב בשם הש"ג פ"ק דחולין דמסור הוי כמומר לכה"ת כולה ע"ש. וא"כ ודאי דצ"ל דפסול מדאורייתא לערות לדידי'. ונראה דזה תלוי במחלוקת רבוותא באו"ת (סי' ל"ט) אי מסור מדאורייתא אינו בר קשורה או אינו אלא מדרבנן עיי"ש בזה ובסי' (שפ"ח ס"ח) ואין משביעין את המוסר כו' מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר מזה והוא מהרמב"ם (פ"ז ה"ח) מדכ' ואין לך פסול יותר מזה. משמע דפסול מדאורייתא. ומזיק ממון חברו לא מצינו שיהא פסול לעדות. וכ"כ הישש"ש פ"ו דב"ק סי' ל'. וכ"כ הפ"י בב"ק (דף ס"ב). ועיין בהג' הגרע"א (סי' צ"ג) בזה. והיינו משום דלא מצינו אזהרה למזיק ממון חברו בכל ד' אבות נזיקין. ומסיר שאני דאיכא אזהרה דלא תלך רכיל כמוש"כ בזה. ועיין רמב"ם (בפ"ז מהל' דעות ה"א) המרגל בחברו עובר

בל"ת שנאמר לא תלך רכיל בעמך ואעפ"י שאין לוקין על לאו זה. עון גדול הוא וגורם להרוג נפשות רבות מישראל לכך סמך לו ולא תעמוד על דם רעך צא ולמד מה נאמר על דואג האדומי ע"כ. ויצא לו כן ממס' ד"א הנ"ל וזה ברור:

ובספר התשב"ץ (סי' תקס"ט) תלמיד מהר"ם מרוטינברג נמצא בספר חפץ הכי קאמר רב פלטוי ראש ישיבה מזיק פסול לעדות ולא מבעי מזיק גמור ומפורסם אלא אפילו אינש דסני לחברי' ואמר בפני עדים מזיקנא לך הוי רשע והא דאמור רבנן לא נחשדו ישראל על כך ה"מ דסני לי' ושתיק אבל היכא דצווח בפרהסי' פסול לעדות וה"ה לשבועה וכן נפסק דודו בשתי ישיבות ע"כ הרי להדיא דמזיק פסול לעדות ולשבועה ג"כ. והר"ן פ"ק דב"מ בשנים טוענים על חפץ מבורר ואמר הדיין לאחד צא תן לו והלך זה ואבדו בידים חשוב גזלן משמע מזה ג"כ דפסול לעדות ובב"ח סי"ב הביא דהמרדכי בשם ה"ר יקר דמזיק ממון חברו אעפ"י שדעתו לשלם פסול:

ולפי מש"כ הפמ"א הנ"ל דמסור אינו אלא מדרבנן משום דד"ג אינו אלא מדרבנן וכמוש"כ השיך (סי' שפ"ו) ומסור נמי אינו אלא דד"ג עיי"ש [ועיין מש"כ בסי' כ"ו ובסי' ל"ב מזה עיי"ש] יש להקשות מאי פריך בב"ק (דף ה') וליתני מסור. הא י"ל דכל כ"ד נזיקין דקחשיב התם ר"ח הוא משום דכולן הוי דאורייתא. דמטמא ומדמע ומנסך קסבר היזק שאינו ניכר שמי' היזק והוי דאורייתא. משא"כ מסור דאינו אלא מדרבנן לא קמיירי. ובמפגל הוצרך לומר דבקדשים לא קמיירי. ולא קאמר משום דבדרבנן לא קמיירי. דמפגל אינו גרמי אלא היזיקא דבידים כמוש"כ התוס' בב"ק (דף ק') ורמב"ן בדד"ג, אבל במסור שפיר י"ל דבדרבנן לא קמיירי. וי"ל דה"ה דהומ"ל כן אלא דעדיפא מיני' מתרץ בדיבורא לא קמיירי וכמוש"כ התוס' שם כיוצא בזה בהא דפריך אר' אושעיא אמאי לא תני מטמא ומדמע ומנסך דה"ה דהומ"ל דלא תני להו משום דפטורין בשוגג. ובזה מתורץ מה שהקשה ברשב"א שם אמאי לא תני כל דד"ג מראה דינר לשולחני ומוחל שטר דמזיק שעבודו עיי"ש. ולהנ"ל י"ל מאחר דד"ג אינו אלא מדרבנן ומדרבנן לא קמיירי. גם י"ל דלא מסתבר להש"ס לומר משום דאינו אלא מדרבנן לא תני להו:

אמנם בתוס' סוטה (דף ל"ב) מבואר דשפיר י"ל דבדרבנן לא קמיירי עיי"ש. וכ"כ בתוס' קדושין (דף ל"ז) שם כד"ה והרי. ובע"ז (דף ל') ד"ה ומטמא משקין. וכן הא דקאמר אי היזק שאינו ניכר ל"ש היזק הו"ל קנסא ובקנסא לא קמיירי. הומ"ל דאינו אלא מדרבנן כמוש"כ רש"י בגיטין (דף נ"ג) ובדרבנן לא קמיירי. שוב מצאתי בש"מ שהקשה כן ותי' כיון דכולן חייבין ל"ש דרבנן ול"ש דאורייתא:

רמ"א מומר שחזר בו וקבל עליו תשובה כשר מיד. בסמ"ע מבואר הטעם כיון שהוא בין האומות שיש להם תאות עוה"ז והוא מבדיל עצמו מהם להדבק בדת אמת ש"מ לבו שלם עם ה'. ולכן מיד שחזר בו כשר. ולפ"ז אינו אלא במומר לע"ז ולא בשאר עבריינים. אבל הש"ך כתב דגם בשאר עבריינים כן משום דהאי דינא דמומר יליף לי' מהרי"ק מהא דבכורות. הנושא נשים בעבירה נודר ועובד ומגרש ש"מ דגם בשאר עבריינים כן. ובאו"ת כתב כהסמ"ע משום דהאי לימוד מדהנושא נשים בעבירה אינו אלא אסמכתא בעלמא משום דהתם אינו אלא קנסא דמדאורייתא אינו נפסל מעבודה ונשיאת כפים דלא נתחלל קדושתו בזה וכיון דמדרבנן הוא הם אמרו והם אמרו דבקבלה לחוד סגי. משא"כ הכא דמדאורייתא נפסל לא מהני בקבלה לחוד. ע"ש. ובזה ניחא קושיית הת"ש ביו"ד סי' ב' על שי' רשב"א דס"ל דחשוד על הדבר אינו נאמן בשבועה משום דחשוד על השבועה דמושבע ועומד. דמ"ש מהא דנודר ע"ש. ולהנ"ל ניחא דשא"ה דאינו אלא קנסא דרבנן ועי' חכ"צ תי' אחר על זה ואכמ"ל בזה. והנה אף כי כן משמע בהמג"א (סי' קכ"ח) דאינו אלא קנסא. אבל בתשובת הרא"ם ח"א סי' נ"ט מבואר להדיא דמדאורייתא נפסל מעבודה ומנשיאת כפים משום דכתיב וקדשתו ודרשינן בפ' האשה רבה וקדשתו דב"ד יקדשו בעל כרחו. ופירש"י בחומש שאם נשא נשים פסולים יכפנו ב"ד להוציא ש"מ מלשון זה כל זמן שלא כפוהו אינו מקודש וממילא מובן שאין הפרש בזה בין שירות או ברכה או כל דבר שבקדושה ע"ש. הרי להדיא דמדאורייתא פסול וכן מבואר במהרי"ק כן ושפיר יליף לי' ממשנה דנודר ועובד ומגרש. ובחזרה בעלמא סגי:

סעיף כ"ג:

והפסול מדבריהם שהעיד קודם שהכריזו עליו כשר. בשו"ת עה"ג (שאלה ס"ז) כתב דהפסול דרבנן אפילו מחמת אסור דאורייתא. ואינו פסול אלא מדרבנן. משום שאין בו מלקות ג"כ צריך הכרזה עיי"ש. ותמיהני שכ"כ בפשיטות ואדרבא במהרי"ט חאהע"ז (סי' מ"ג) כ' דבאיסור דאורייתא א"צ הכרזה. וכ"כ המל"מ (בפ"ד מה' מלוה ולוה) אלא שמהרא"ש סי' י"ט לא ס"ל כן עיי"ש בזה:

הנ"י כתב דלאותו עדות שנפסל בשבילו א"צ הכרזה. ועש"ך (ס"ק כ"ב) שכתב דלדינא לא קיי"ל הכי עיי"ש. והאו"ת חיזק דינו של הנ"י וכתב דדין זה מוכח בתוס' ב"מ (דף ה') ד"ה בלי דמי שהקשו איך ישבע שבועה שאינו ברשותו הא עכ"פ הוי חמסן. וחמסן פסיל מדרבנן לעדות. וכל הפסול לעדות פסיל לשבועה. וקשה מה הקשו התוס'. הא אף אם נימא דפסול מדרבנן. מ"מ הא פסיל דרבנן צריך הכרזה. א"ו כסברת הנ"י דלאותו

עדות שנפסל א"צ הכרזה. והביא דהרשב"א בב"ק פ' הכונס. תי' על קושי' תוס' דב"מ הנ"ל דמיירי שלא הכריזו. א"כ ס"ל דגם לאותו עדות צריך הכרזה:

ובאמת גם התוס' כהרשב"א. בב"ק (דף ס"ב) ד"ה חמסן. וז"ל ועוד דחמסן דרבנן כשר הוא. ואינו פסיל עד שיכריזו עליו עכ"ד. ומעתה כיון דחזינן דדעת התוס' בב"ק דלא כהנ"י אלא דסברי דגם לאותו דבר שנפסל צריך הכרזה. י"ל דגם דעת התוס' בב"מ כן. והא דלא כ' דאינו פסול לשבועה משום חמסונתא משום דבעי הכרזה. י"ל דסברי דאף דלעדות צריך הכרזה. מ"מ לשבועה לא בעי הכרזה. וכמוש"כ המרדכי בב"מ גבי ההוא רעיא ופריך הש"ס ותיפוק לי' דהוה רועה ואמר ר"י סתם רועה פסול. והקשה הא רועה מפסולי דרבנן הוא ובעי הכרזה. ותי' דלשבועה לא בעי הכרזה (וזה לא הי' נראה לפני כמה אחרונים) וכ"כ הר"ן בחי' סנהדרין פ"ג בשם י"א דלעדות הוא דבעי הכרזה. ולא לשבועה ודעת התוס' בב"ק שם דגם לשבועה בעי הכרזה וכמוש"כ המרדכי להדיא שם. ומה שהביא האו"ת ראי' מתוס' דב"מ (דף ע"ב) ד"ה שטר. כבר הוכיח כן המל"מ (בפ"ד ממלוה ולוה) ודחה בטוב טעם. ועוד הביא המל"מ שם רבים החולקין על הנ"י בזה יעוי"ש: רמ"א מוקמינן גברא אחזקתי'. בס' קצה"ח דמ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר דהטהרות טמאין למפרע מטעם דאיכא תרתי לריעותא דהעמד טמא על חזקתו, והרי חסר לפניך והכא נמי איכא חזקת ממון והרי פסול לפניך ותי' הנה"מ דשאני התם בטהרות. דשני החזקות הם מבוררות ומצטרפין לברר שנחסר מקודם. משא"כ חזקת ממון דלאו חזקה המבררת היא. רק שאין יכולין להוציא מיד המוחזק בלא ראי' מטעם סברא או מקרא כמבואר בב"ק ר"פ שור שנגח ולכן לא חזו אותן שני החזקות לאיצטרופי: ונראה לי להביא ראי' לזה דחזקת ממון לא מהני לאיצטרופי לחזקה אחרת למהוי תרתי לריעותא. מהא שכ' התוס' בכתובות (דף ע"ה) ד"ה אבל וז"ל ומיהו תימא לר"י דהיכי מצי למימר דאי לאו חזקת ממון דהכא הוי אזיל ר"י בתר חזקת הגוף והא הוי חדא במקום תרתי. דאית לן למימר העמידנה בחזקת פנוי'. וכ"ת אדרבא נעמיד אותה בחזקת שלימה והשתא הוא דנעשה מום. הרי מום לפניך דכי ה"ג חשבינן תרתי לריעותא גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר כו' עכ"ל. והדבר תמוה לכאורה מאי איריא דנקטי קושייתם אליבא דר' יהושע דהיכא דליכא חזקת ממונא מודה דאזלינן בתר חזקת הגוף. ועל זה תירצו דחזקת פנוי' לא חשיבא חזקה כלל נגד חזקת הגוף. עדיפא מזה הו"ל להקשות גם לר"ג דס"ל דלעולם אזלינן בתר חזקת הגוף אף היכא דאיכא חזקת ממון כנגד חזקת הגוף. דא"כ הוי תרתי לריעותא. דאיכא חזקת ממון והרי מום לפניך. א"ו דחזקת ממון דלא הוי חזקה המבררת לא מצטרף לחזקה אחריתא למהוי תרתי לריעותא, (והא דלא מקשי גם

לר"ג מחזקה דחזקת פנוי'. היינו משום דמילתא דפשיטא הוא דלא חשיבא הך חזקה דחזקת פנוי' נגד חזקת הגוף כיון דלדידי' גם חזקת ממון לא חשיבא נגד חזקת הגוף]:
ועוד נ"ל להביא ראי' לכלל זה מהא שכ' תוס' בב"מ (דף ק') וז"ל וא"ת ואמאי קאמר הא מני סומכוס לוקמא אפי' כרבנן והכא לית לן למיזל בתר מרא קמא דאיכא חזקה אחרת כנגדה דאוקמה בחזקת מעוברת והשתא היא דילדה. וי"ל דחזקת מרא קמא חשיבא טפי עכ"ל. ויש לדקדק דלמה הוצרכו לומר דלכך אית לן למיזל בתר חזקת מרא קמא משום דחשיבא טפי מחזקת מעוברת. תיפוק לי' דלכך מסתברא למיזל בתר חזקת מרא קמא משום דהעמד ממון על חזקת מרא קמא. והרי ילדה לפניך והוי תרתי לריעותא ומשו"ה אמרינן דאזלינן בתר חזקת מרא קמא. ואף דהשתא גם כשילדה לפניך לא הוי ודאי ריעותא. ולא דמי למקוה דהרי חסר לפניך בוראי, מ"מ כיון דבמה שילדה איתרע חזקת מעוברת מצרפינן לחזקה אחריתא למהוי תרל"ר. וכמוש"כ כיוצא בזה המהרי"ט בחי' כתובות (דף ע"ו) עיי"ש. א"ו הוא הדבר אשר ביארנו דחזקה שאינה מבררת כמו חזקת מרא קמא. דהוי חזקה שאינה מבררת כמוש"כ בקונטרס הספיקות. רק שאין יכולין להוציא מחזקת מרא קמא משום דהוי כמוחזק לא מצטרף בהדי ריעותא דהשתא למהוי תרתי לריעותא: שוב ראיתי במהרי"ט שם מש"כ על דברי התוס' דכתובות הנ"ל. והיוצא מדבריו שם מתבאר דבברי לגבי שמא טענת ברי מחזק דלא מצרפינן חזקה דהשתא למהוי תרל"ר עיי"ש. וא"כ יש ליישב גם קושי' הקצה"ח בזה. דהכא ג"כ כיון דמסתמא העד טוען ברי שקודם לכן לא הי' פסול. אף בחרתי לריעותא מהני ברי דידי' לאוקמי גברא אחזקתי'. ומדעת מהרי"ט שם מבואר דגם חזקת ממון דלא הוי חזקה המבררת מצטרף לתרתי לריעותא. ולפי שיטתו אין ראי' מתוס' כתובות הנ"ל. אכן מתוס' ב"מ הנ"ל שפיר יש ראי' דחזקת ממון או חזקת מרא קמא לא חשיבא להצטרף לתרתי לריעותא וזה נכון היטיב:
סעיף כ"ד אבל אם ראוהו עובר על דבר שקרוב העושה להיות שוגג צריכים להזהירו ואח"כ יפסל. כיצד ראוהו קושר או מתיר בשבת צריכים להודיעו שזה חילול שבת וכו' וכן המשחק בקוביא תמיד או מי שנעשה מוכס או גבאי שמוסיף לעצמו צריכים להודיעו שהעושה דבר זה פסול לעדות ע"כ. ויש לחקור אם הא דמסיים שהעושה דבר זה פסול לעדות הוא דוקא בפסולי דרבנן כגון משחק בקוביא וכדומה. אבל באיסור דאורייתא אין צריכין להודיעו שהעושה דבר זה פסיל לעדות. אלא ההודעה הוא שזה איסור דאורייתא. או דילמא ל"ש. ומלשון הש"ע שכ' דההודעה הוא שהעושה זה פסול

לעדות. כתב בפסולי דרבנן. ולא כתב כן בפסול דאורייתא. משמע דבפסול דאורייתא לא בעינן שידע שהעושה דבר זה פסול לעדות:

אך ממש"כ התוס' בסנהדרין (דף כ"ד) בד"ה ואלו הן הפסולין לא משמע כן. שכ' שם וז"ל וכל פסילי דמתני' פסולי דרבנן נינהו. משחק בקוביא אפילו למ"ד אסמכתא היא דאסמכתא לא קני' מ"מ אינו מדאורייתא כיון שאינו סבור לעשות איסור לבוא לידי פסיל דאורייתא עכ"ד. [ומזה מבואר דס"ל דאסמכתא מדאורייתא לא קני' כהש"ך לקמן (סי' כ"ז) ולכך הוי פסול דאורייתא אי לאו משום שאינו סבור לעשות איסור לבוא ליד פסול דאורייתא] הרי משמע דגם בפסול דאורייתא בעינן שידע שעושה איסור שיבוא לידי פסול דאורייתא. אך בשו"ת רעק"א (שאלה צ"ו) כתב לחלק בין איסור דאורייתא למשחק בקוביא ומוכסן. דבשבת כל שמודיעים אותו שהוא מלאכה יודע ממילא שהוא פסיל לעדות. אבל במשחק בקוביא ומוכסן. דהרבה נמצאים ורואים שאין ב"ד מוחים חישב דכשר לעדות ע"כ. וא"כ ניחא דבאמת אין חילוק בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן. אלא דמסתמא באיסור דאורייתא יודע שפסול לעדות וא"כ באיסור דאורייתא שאינו יודע שיפסל בזה לעדות צריכין להודיעו שיפסל בזה לעדות. וא"כ שפיר כ' התוס' דמשחק בקוביא אפי' אי הוא איסור דאורייתא מאחר דהרבה נמצאים ואין מוחין חושב דכשר לעדות. וא"כ צריך שידע שיפסל לעדות. ובנתיבות השיג על הסמ"ע דס"ל דגם באיסור דאורייתא צריך להודיעו שיפסל בזה. וכתב דבאיסור דאורייתא לא צריך אלא באיסור דרבנן דהם אמרו והם אמרו עיי"ש. וזה אינו דמתוס' בסנהדרין (דף כ"ד) משמע דגם באיסור דאורייתא צריך שידע שיפסל אלא דאין חילוק בין דאורייתא לדרבנן. אלא דעיקר החילוק הוא בהרבה נמצאים או לא וכמו שביארנו בזה:

הפמ"ג באו"ח (סי' שמ"ג) כתב חקירה דעושה מלאכה בשבת ד"ת לא יהי' פסול לעדות מ"ה וביו"ט פסול לעדות מ"ה. והוא דאיסי ס"ל בשבת (דף נ) דכל המלאכות זולת הוצאה כולן בספק סקילה משום דאיכא חדא דלא מיחייב סקילה ומלקות איכא דהוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד. משא"כ ביו"ט דלוקה על כולם. משא"כ הבערה ממ"נ אי סקילה ואי לאו הלא מבואר הלאו בפ"ע עיי"ש. ושם בפתיחה כ' דמהרמב"ם פ"א דשבת משמע דלא ס"ל כאב"י ע"ש. ולכאורה מבואר דלא כאיסי בב"ק בפרק מרובה גנב וטבח בשבת פטור ועוד כמה דוכתי בש"ס. וא"ל דגם ספק קלב"מ פטור דהא כ' הפמ"ג בפתיחה לה' שבת דספק קלב"מ חייב. וכן מבואר ברש"י ב"ק (דף ל"ה) בד"ה ומנא ידעינן והארכתי במ"א בזה. וגם אפי' מספקא לן צריך להיות פסול מספק דבסד"ד ל"א אוקי גברא אחזקתי' כמוש"כ במק"א בזה. ומהרמב"ם בהלכות עדות וכן ממש"כ

השו"ע כאן כיצד ראוהו קושר ומתיר מבואר להדיא כן: סעיף כ"ה שאין אדם משים עצמו רשע. המפרשים הביאו דעת הריב"ש (סי' שצ"ו) דגם במקום דלא נפסל לעדות אין אדם מע"ר. מיהו נ"ל דכ"ז בקים ועשה אבל בשב וא"ת משוי אינש רשיעא בזה. וכן משמע בב"י (סי' כ"ט) שכ' וז"ל ועוד דכשהעיד אינו יכול לחזור בו משום דמשוי נפשי' רשיעא דלא דק מלהעיד עדות שקר אבל כי אמר אינו יודע כו' לא משוי נפשי' רשיעא שהרי לא עבר שום עבירה ואעפ"י שנושא עון דלא יגיד מ"מ שב וא"ת הוא ע"כ. הרי להדיא כמש"כ דבשוא"ת משים עצמו רשע בזה. ובעיקר טעמו של הב"י כבר מבואר לעיל בסי' כ"ט מזה יעויי"ש:

בברכי יוסף (סי' ל"ד) כ' דמהר"ש בן הרשב"ץ כ' דהא דאין מע"ר אינו אלא לעדות ולא לשארי דברים. והביא ראי' מהא דפ"ק דכתובות אסבוהו כופרי ואיך לקה עפ"י עצמו א"ו דל"א א"א מע"ר בזה. והאריך להשיג ע"ז עיי"ש והוא תמוה הא להדיא כ' רש"י ביבמות (דף כ"ה) בד"ה אאמע"ר וז"ל אבל לקנס ולעונש מלקות וליפסול לא. הרי להדיא דהא דאין לוקין הוא משום דאין אדם מע"ר ג"כ. והא דכתובות שאני דלמיגדר מילתא או מטעמא אחרינא כמוש"כ שם הברכי יוסף בזה:

אם במידי דרבנן אדם מע"ר מרש"י בכתובות (דף י"ח) שכ' פסולי עדות היינו קרובים ומשחק בקוביא. והא אין אדם מע"ר. א"ו דמדרבנן אדם מע"ר. אמנם ממש"כ הרא"ה שם דעשו תשובה אין ראי' מזה. ובתומים (סי' מ"ו) הביא מסקנת הרא"ה דבדרבנן משים עצמו רשע. אמנם לא מצינו לו חבר עיי"ש בזה. ושמעתי ראי' על זה מהא דאמרינן במס' כתובות (דף י"ד) ההוא ארום וארוסתו דאתו לקמי' דר"י היא אמרה מיני' והוא אמר אין מינאי אמר ר"י למאי ניחוש לה חדא דהא קא מודה. ועוד הא אמר ר"י א"ש הלכה כר"ג. והרי אסורה לבעלה כנדה ואין אמע"ר. א"ו כיון דלא הוי אלא איסור דרבנן מע"ר. ול"נ דר"י לשיטתי' אזיל דס"ל אדם מע"ר בסנהדרין (דף ט') לרצוני רשע הוא ואל תשת רשע עד ורבא אמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם מע"ר. פי' ואינו נאמן בהודאתו ליפסל כמ"ש במס' יבמות (דף כ"ה). אבל לדידי' מהימן. וא"כ שפיר קאמר דהא קא מודה, אך יש ראי' מהפוסקים שפסקו להא דקא מודה גם אליבא דידן דקיי"ל אאמע"ר: והנה כוונת רש"י שכ' פסולי עדות היינו קרובים או משחק בקוביא. כוונתו דאמאי מהימני פסילי עדות היינו הא אין אדם מע"ר. וע"ז כתב שאומרים קרובים או משחק בקוביא. והרמב"ם לא כתב אלא קרובים לבד. ולרש"י לא ניחא בקרובים לבד. דא"כ הו"ל למיתני קרובים הייני כמו קטנים היינו. והא דפרש"י לקמן (דף מ) בשלמא רבנן כי טעמייהו דפסולי עדות היינו קרובים ועבדים היינו ועכשיו משוחררים ולא כתב משחק בקוביא משום

דאמרינן אלא ר"מ מ"ט בשלמא פסילי עדות מלוה גופי' מעיקרא מידק דייק ומחתים. וזה לא שייך אלא בקרובים או בעבדים ולא במשחק בקוביא דאינו אלא משום שאין עסוקין בישובו של עולם דאין אדם מדייק ע"ז. משא"כ אליבא דאמת יותר ניחא לפרש במשחק בקוביא מבמשוחררים וזה ברור:

גם נ"ל דמשחק בקוביא אפילו איסור דרבנן לא הוי דהא מבואר בסנהדרין (דף כ"ד) דאינו אלא משום שאינו עוסק בישובו של עילם. ושכ"כ להדיא הריב"ש בתשובה והובא בב"י יו"ד (סי' רכ"ח) וז"ל כתב הריב"ש בתשובה (סי' רל"ב) דלדבר איסור אפילו דרבנן אין מתירין לו וראי' מהירושלמי הנזכר שהרי משחק בקוביא נראה בפ' זה בורר (דף כ"ד) דאפי' איסור דרבנן אין בו אלא לפי שאינו עוסק בישובו של עולם ואפ"ה לא התיר לו ע"כ. וכ"ז הוא דלא כהרמב"ם (בפ"ו מהל' גזילה) שכ' להדיא דהוי גזל מדבריהם (וכבר כתבנו בסט"ז מזה עיי"ש בזה) ואין זה אלא לרש"י והטור דס"ל דאין עוסקין בישובו של עולם ופסולים לעדות משום דאינם ירא חטא ועיין סמ"ע לקמן סס"ז דהעיקר כדבריהם בזה. וע"כ רש"י לשיטתו שפיר פירש אליבא דידן דקיי"ל אין אדם מע"ר דפסילי עדות היינו משחק בקוביא. ובזה אין אדם מע"ר דגם איסור דרבנן לא הוי וא"ש:

ועיין באהע"ז (סי' קנ"ב) בב"ש שם (ס"ק י"ג וכ"ח) שכ' בהא דעד נאמן לומר שהבעל לא ציווה לחתום משום דלא נעשה רשע אלא כשהוא רשע דחמס. ודבריו תמוהין. דהא איכא איסור דאורייתא וא"צ רשע דחמס. ואפשר כיון דאיכא עדי מסירה הוי חתימות רק איסור דרבנן ע"כ ואי אין אדם מע"ר גם בדרבנן אין זה מספיק וגם משמע מהב"ח ומהב"ש הנ"ל דאין אדם מע"ר רק אי מיפסל לעדות. והאחרונים נסתפקו בזה לכן העיקר כמוש"כ הב"ש שם משום דעבידי למטעי עיי"ש:

והרמב"ם בפי' המשניות בכתובות כ' וז"ל לפי שהעיקר אצלנו שאין אדם משים ע"ר וכשאומרים שהם הצילו ממונם בממון חבריהם היא רשעה וכמו כן כשפסלו עצמם בעבירה אינם נאמנים אבל נאמין אותם בכאן באמרם פסולי עדות היינו כשפסלו עצמם מחמת קורבה כגון שיאמרו קרובים היינו באותה שעה ולא היינו ראויין לעדות זה השטר. ע"כ. ולא כתב גם משחק בקוביא. משום דהרמב"ם לשיטתי' (בפ"ב מהל' גזילה) דס"ל דמשחק בקוביא הוי אסמכתא ולא קני'. ולכן גם בזה אין אדם מע"ר, ולכן פי' משום קרובין היינו וא"ש ונכון:

והר"ן בפ"ב דכתובות כ' פסולי עדות קרובים ולא כ' כרש"י גם משחק בקוביא משום דלשיטתי' אזיל שכ' בפ"ג דסנהדרין כהרמב"ם. והוסיף שם דאפילו אי אין עוסקין בישובו ש"ע איכא איסורא דרבנן ואאמע"ר לכן כתב קרובים לבד, יצא לנו מזה. דגם

בדרבנן אין אדם משים ע"ר ובמשחק בקוביא אדם משים ע"ר לרש"י אלא לשיטת הרמב"ם אין אדם מע"ר גם בזה וכמוש"כ:

קי"ל דנשבע על מלוה ונמצא שקר דפסול לעדות ואיכא דמכשרי מטעם שמא מלוה ישנה יש לו עליו. ונסתפק בספר דברי אמת בקונטרס חשוד אי הודה שלא הי' מלוה אי אמרי' בזה אין אדם משים עצמו רשע. והעלה דאין משים עצמו רשע ע"ש. ובשיטה ב"מ (דף ה') כתב להדיא דהא דהכופר במלוה כשר לעדות אפי' נקיט זוזי וכמוש"כ תוס' שבועות (דף מ') דאמרי' אישתמוטי קא מישתמיט ושמא צריך לשלם למלוה אחר דאם הודה דא"צ לשלם למלוה אחר נפסל לעדות וא"כ מבואר דל"ש אאמע"ר בזה:

בגוף הדבר דאין אדם מע"ר חידש באו"ת (סי' פ"ז ס"ק כ"ו) שהוא מטעם גזה"כ והוא משום די"ל בזה ב' טעמים. או משים דאדם קרוב אצל עצמו. או משים דגזה"כ דלא נעשה חשוד אלא בב' עדים. והוכיח מהא דהיא אחר מצטרפין להורגו. וק' ממנ"פ דהלה אם אומר כדבריו שהוא לרצונו. א"כ ממילא יבטל העדות אם הוא משקר. איך נסמוך על עדותו. ואם אמת מעיד הלא מעיד שחברו הוא רשע ואין כאן ב' עדים. א"ו כל כמה שלא העידו בפני ב"ד לא הוי חשוד. וי"ל מאחר דאין אנו צריכין לדעת מי הוא הנרבע מה בכך שהוא משקר שפ' אין זה כלום. ולהדיא מבואר ברמב"ם (פ"ב מה' קדה"ח) אהא דאיתא בר"ה (דף כ"ד) מעשה שבאו שנים ואמרו ראינוהו שחרית במזרח וערבית במערב כו' כשבאו ליבנה קיבלן ר"ג דהטעם שמה שאמרו ראינוהו בשחרית אין אנו אחראין לראיית שחרית. ומהי"ט כתב החכ"צ (שאלה מ"ד) במי שהודה שממנו. אלא שלא קודם החתונה. וא"כ ליכא ז' חדשים. דמאחר שהודה שממנו אין אנו אחראין למה שאמר שלא הי' קודם החתונה עיי"ש. וה"נ מאחר שמעיד פ' רבע לרצוני אין אנו אחראין מי הי' אז הנרבע. וכמוש"כ וזה פשוט וברור:

מי שחשוד על עריות וכו' חוץ מלעדות אשה. בגט מקושר (סי' ז') נסתפק אי הוי דאורייתא או דרבנן. ולהדיא מבואר באהע"ז (סי' מ"ב) בח"מ (ס"ק י"ד) וכ"ה בב"ש (ס"ק כ') דאינו אלא מדרבנן יעוי"ש בזה:

סעיף כ"ו:

אעפ"י שעושה עצמו רשע פלגינן דיבורא. הרא"ש בפ"ק דמכות כתב בשם הראב"ד ז"ל הא דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מחמת פסול קורבה ולא אמרינן פלגינן דיבורא. דהא לא פליג בהו רחמנא דאמר מה שנים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה אף שלשה אלמא לא פלגינן עדותם. והא דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם מע"ר. היינו דוקא כשמעיד על עצמו שאין זה עדות כלל אלא כמי שאינו דמי שאין אדם נקרא

לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ודמיא להא דאמר לעיל במקיימי דבר הכתוב מדבר דכי היכי דכשנמצא אחר מן העדים קרוב או פסול עדותן בטילה ה"נ כשנמצא לאחר מהן קרוב או פסול שהרי מקצת עדותן בטילה מחמת קורבה. וכי שאין ההורג פוסל את שאר העדים מפני קורבה שאין אני קורא בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ה"נ כשמעיד על עצמו ועל אחר בכלל אין אני קורא בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לפי שאין עליו שם עד כלל ע"כ:

ובזה א"ש הא דקאמר בסנהדרין (דף ט') פ' רבעני לרצוני רבא אמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם מע"ר [פי' אלא פלגינן דיבורא). וי"ל למה קאמר תרתי אדם קרוב אצל עצמו ואאמע"ר. ולמה לא קאמר בקצרה אין אדם מע"ר כדקאמר בכתובות (דף י"ח) בעדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו מחמת ממון אין אדם מע"ר. והא דקרוב אדם אצל עצמו למותר הוא [בתשובת הרשב"א בח"א שאלה קנ"ט מבואר דהי' הגירסא בכתובות ג"כ אדם קרוב אצל עצמו אבל לפנינו ליתא. וכן מבואר בתוס' סנהדרין עיי"ש]. אך לשיטת הראב"ד ניחא. דהאי אדם קרוב אצל עצמו הוא פי' ג"כ למה לא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ומאחר דלא מהימן על עצמו לא מהימן על אחר. לכך קאמר, דאדם קרוב אצל עצמו דהוא בעל דבר. ואין עליו שם עד כלל. לכן ל"א בזה עדות שנטלה מקצתה בטלה כולה [דאדם קרוב ממש ולא כמו שארי קרובים (חסר)] משא"כ בהא דכתובות (דף י"ח) דמיירי בקיום שטרות דרבנן וכבר כתב הב"י בתשובה. דבפסולי דרבנן ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. וה"נ י"ל בקיום שטרות דרבנן ועמש"כ לקמן (סי' נ"א) בזה עיי"ש. לכן הוצרך להקדים הא דאדם קרוב אצל עצמו לתרץ הא דלא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכמ"ש:

ובשו"ת נוב"י (שאלה ע"ב) בד"ה מסתעף לנו מזה דין חדש כ' וז"ל וכן האי דהרגתיו שמשיאין את אשתו היינו דוקא כשמעיד על עצמו שהוא בעצמו הרגו פלגינן דיבורא אבל אם אמר אחי או קרובי הרגו לפלוני אין משיאין ע"פ כנ"ל וברור עכ"ל. והוא תמוה. דהא משנה שלימה ביבמות (דף קי"ח) אשה שבאה ואמרה מת בעלי היא תנשא ותטול כתובתה. וצרתה אסורה. אלמא דלא אמרינן בעדות נשים עדית שבטלה מקצתה בטלה כולה. מאחר דגם קרובים ופסולין כשרים. וא"כ גם אם אמר אחי או קרובי משיאין על פיו. ואח"ז רב מצאתי שהנוב"י בעצמו (שאלה מ"ה) כתב שבעדות נשים ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ממתני' הנ"ל, וא"כ התמי' ביותר שסותר משנתו משם לכאן וי"ל בזה. ולהדיא כתב התשב"ץ (ח"ג שאלה קצ"א) באחד שראה אחיו דבר מכוער

דאעפ"י שהוא אחיו ואין נאמן עליו. נאמן הוא עלי' כדאיתא וכו' ע"כ. וע"כ משום דלא שייך התם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. דאפילו פסולי עדות נאמנין בזה:

אמנם בחי' הר"ן לסנהדרין (דף י') אחר שהביא שיטת הראב"ד כ' וז"ל ואמרינן נמי בכתובות (דף י"ח) העדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים דאין אדם מע"ר ופלגינן דיבורא ומאמינין אותם במה שאמרו כת"י הוא זה. והשטר כשר. אבל לא במה שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון. ול"א עדות שבטלה מקצתה וכו' דלגבי עצמן לא שייך עדות וכדכתיבנא ע"כ. הרי להדיא דגם בקיום שטרות דרבנן אמרינן עדות שבטלה כו'. וכן מבואר מהא שהביא שם הא דגיטין (דף ח') וכמבואר גם ברא"ש פ"ק דמכות עיי"ש בזה:

הרשב"א כתב דבאומר אני זניתי עם, אשתך לא פלגינן דיבורי'. והביא ראי' מהא דאמרינן בפ"ק דסנהדרין פלוני רבעני ולא נקט רבעתי לפלוני. ותמה בנוב"י (מה"ק סי' ע"ב) דהרי נקט שם פלוני רבעני לאונסי נאמן. וזה לא שייך ברבעתי. דאין קישוי אלא לדעת, ולק"מ דהא יצוייר כגון שנתקשה לאשתו והדביקוהו עליו לא הוא. וראיתי במהדו"ת שכן השיבו לו חכמי בראד. וכתב ששגו בזה. לפ"מ דמבואר ברשב"א שם דבזה דלא שכיחא לא פלגינן דיבורא וא"כ איך סבר רבא לרצונו פלגינן דיבורא הא ברבעתי א"א למצוא אלא בגוונא דלא שכיחא. ובזה לא פלגינן דיבורא, ותימה גדולה קחזינא הכא. דע"כ לא כ' הרשב"א דליכא פלגינן דיבורא ברבעתי. אלא במילתא דלא שכיחא. היינו לפי האמת דסובר דלא פלגינן דיבורא באני זניתי עם אשתך. וה"ה ברבעתי לומר שאינו הוא אלא אחר. אבל למה שאנו דנין ע"ז גופא ונאמר דמהימן גם בזה ופלגינן ולא הוא אלא אחר שפיר הוי מצי למינקט רבעתי לאונסי מהימן ולרצוני רשע. ורבא סובר דגם בלרצוני פלגינן דיבורא ואמרינן לא הוא אלא אחר. א"ו מדלא נקט הכי ש"מ דבזה לא שייך למיפלג דיבורא ולומר לא הוא אלא אחר. ולא משכחת למיפלג דיבורא אלא במילתא דלא שכיחא, לכן לא פלגינן דיבורא בזה. וזה ברור. ובחנם השיג על הרשב"א ז"ל בזה:

עוד תמה הנוב"י מהא דפ"ק דגיטין (דף ח') עבד שהביא גיטו וכתוב בו עצמך ונכסי קנויין לך עצמו קנה נכסים לא קנה. כל נכסי קנוין לך. פליגי אביי ורבא. וידוע דהלכה כרבא. הרי להדיא דלא כרשב"א ע"כ. וי"ל דהרשב"א לשיטתו דכ' בגיטין שם. דפ"ר דכל נכסי אינו שייך כלל לפ"ד דעלמא. דאפילו אי בעלמא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה שאני הכא שלא נתבטלה עדות נכסים אלא שמחוסר קיום. עיי"ש וזה נכון:

אמנם אין לפסיק כהרשב"א מאחר דהרבה ראשונים חולקים עליו. התוס' בסנהדרין בפ"ק. והרא"ה והריטב"א בש"מ פ"ב דכתובות. והתומים כתב שגם הרשב"א מודה דנאסרת דפ"ד לומר שוגג הייתי וכ"כ הנוב"י שם עיי"ש בזה: התה"ד (סי' רכ"א) הקשה בהא דפריך הש"ס ביבמות (דף כ"ה). הרגתיו הרגונוהו לא ישא את אשתו. הוא ניהו דלא ישא. הא לאחר תנשא. והאר"י פלוני רבעני כו' לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס. וכ"ת שאני עדות אשה דאקילו בה רבנן. והא"ר מנשה גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה. גזלן דדברי תורה פסיל. דילמא מיירי מתניתין בדעבד תשובה. ותי' וז"ל אלא ע"כ משמע לי' לתלמודא מתני' בסתמא דלא עשה תשובה כלל א"נ לגבי רשע במזיד ברציחה כה"ג בעינן תחילתו וסופו בכשרות ע"כ. וביאורו דנוקמי דמיירי בדעבד תשובה שאומר שעשה תשובה. דבלא"ה אין לומר מעצמנו שעשה תשובה מאתר דמשים עצמו רשע. מסתמא הי' אומר שעשה תשובה גם כן:

סעיף כח:

שנים שהעידו כו' ה"ז ספק פסול. רבים מקשים מ"ש משני כתי עדים דמוקמינן כל כת בחזקת כשרות ולא פסלינן מספיקא. וזהו קושיית תוס' בכתובות דף כ"ב) ד"ה תרי ותרי נינהו דפי' הקונטרס וכי אמרי לא גזל הוי לי תרי ותרי ולא מתכשר בהכי. וקשה דהכא אליבא דרב הונא קיימינן דאית לי' זו באה בפ"ע ומעידה. דאית לן למימר. אוקי גברא אחזקתי':

והנה הרא"ש שם כתב דתרי ותרי הוי ספיקא ולא מוקמינן אחזקה. וכתב האו"ת דלכך לא תי' תוס' כן משום דהא התוס' בכתובות (דף כ"ו) כתבו דתרי ותרי כיון דאינו אלא ספיקא דרבנן בתרומה דרבנן אזלינן לקולא. ומוקמינן אחזקה. וה"נ בקיום שטרות דאינו אלא מדרבנן שפיר כתבו דניזל בתר חזקה. והרא"ש ס"ל דאין לחלק בין עדות לעדות דכיון דלשארי עדות פסולין גם בקיום שטרות דרבנן פסולין:

ולפע"ד נראה לומר דלכך לא תירצו התוס' כהרא"ש דתרי ותרי ספיקא הוה ולא מוקמינן אחזקה. עפ"מ דאיתא בעירובין (דף ל"ו) רבא אמר התם תרי חזקה לקולא. הכא חדא חזקה. פי' דבתרי חזקה גם בתרי ותרי לא הוי ספיקא ומוקמינן אחזקה גם מדרבנן:

והנה המהרי"ט (בח"א סי' י"ז) כ' וז"ל דלענין לחוש לזיוף ודאי לא חיישינן שנעמיד הגט או השטר על חזקתן ונעמיד את האדם בחזקת כשר ולא זייפו דחזקה דאורייתא לאחזוקי ריעותא לא מחזקינן ומדרבנן הוא דאצרוך עכ"ל נמצא דהא דקיום שטרות מדרבנן הוא משום חזקת כשרות. וא"כ אתי שפיר בתרי אמרי גזל ותרי אמרי לא גזל דמוקמינן אחזקה בקיום שטרות. דהכא איכא תרי חזקה. חזקת כשרות דבעל השטר שלא זייף

וחזקת כשרות דהדין ולכך מוקמינן אחזקה ומהני קיום בזה. (ובסי' מ"ו) כתבתי דאין לומר כלל בקיום שטרות להקל בספיקו אם לא כמוש"כ דאיכא תרי חזקה: במל"מ (פ"ו מהלכות עדות ה"ז) כתב דה"ה היכא דאיכא פליגתא דרבוותא אם הוא כשר או פסול ה"ז פסול מספק. ואפי' לדעת ר"ח והרז"ה דס"ל בתרי ותרי דאוקי גברא אחזקתי' וכשר מודו הכא דלא שייך אוקי אחזקתי' בדבר שכבר נעשית ואיך נאמר דמשום חזקתו אותה הפעולה מותרת. וכיוצא בזה כתב כנה"ג יו"ד (סי' ח"י) והובא בפמ"ג (סי' ק"י) דפלוגתא דרבוותא ל"א אוקי' אחזקתי' דבשביל חזקה לא ישתנה הדין. וזהו כוונת התוס' בחולין (דף פ"ז) שכ' דלרבנן ספוקי מספקא להו אי מקלקלין או לא. ולכך לא מהני חזקת אבר מן החי עיי"ש. ובמל"מ (פ"ד מה' מלוה ולוה) כ' דבספיקא דדינא אי עדים נפסלין משעת חתימה משום לא תשימון לר"ח ולרז"ה אוקי אחזקתי' וכשרין אין זה סותר א"ע למה שכ' בהלכות עדות. דבהדיא מבואר שם בה' מלוה ולוה. דכתב כן לפי שיטת התוס' בב"ב (דף ל"ב) שכ' דדוחק לחלק בין ספיקא דדינא. לספיקא דתרי ותרי אבל ספד"ד דמי לתרי ותרי ולכן כמו בתרי ותרי מוקמינן אחזקת כשרות כן בסד"ד מוקמינן אחזקה לדעתם. אבל להרשב"ם שם דספד"ד שאני מתרי ותרי והכי קי"ל כמש"כ הרא"ש בתשובה (כלל א') שפיר כתב המל"מ בה' עדות דלא מוקמינן אחזק' ודו"ק היטיב. וכן דעת האו"ת (בס"ק כ"ז) בזה: כתב האו"ת (ס"ק י"ב) בשם תשובת פני משה (ח"ב סי' ק"ה) דעבר אאיסורא דרבנן תו ליכא למימר אוקי אחזקת כשרות דאיתרע חזקתו, וכן מסייע לו סברא דעבר איסורא דרבנן חשוד לשבועה. אף שהוא איסור תורה. ש"מ דאיתרע חזקת כשרותו ונחשד לאיסור תורה עיי"ש:

סעיף כ"ט הרמב"ם (פי"ב מה' עדות ה"ד) כתב כל מי שנתחייב מלקות בין שעשה תשובה בין שלקה בב"ד חוזר לכשרותו ע"כ. וכתב הכס"מ ובפ"ב מהל' טוען כתב דאם הי' עליו עדים שלקה ועשה תשובה יחזור לכשרותו בין לעדות בין לשבועה. ונ"ל ביאור דבריו שאם לקה ועודנו לא נכנע לבבו לא חזר לכשרותו עד שתצטרף תשובה עם המלקות ע"כ. עוד כתב דהא דכיון שלקה חזר לכשרותו הוא מהא דמכות (דף כ"ג) ונקלה אחיך כיון שלקה הרי הוא כאחיך. ושם בפירוש המשנה כתב הרמב"ם. וכבר ידעת שהמלקות עם התשובה מכפר הכרת ע"כ. הרי דתרתי בעי ולאו דוקא כרת אלא בכל חייבי מלקות כן. ועיין באגרת הסמיכה לרלב"ח בזה. ובב"ב (דף פ"ח) ואלא מאי עודפייהו (פי' מדות מעריו') התם אפשר בתשובה והכא לא אפשר בתשובה. ופרשב"ם ואמרינן נמי במכות (דף כ"ג) כל חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן וכו' משמע דגם הוא ס"ל דתרתי בעי:

ואפשר לומר דהא דבעינן תרתי. ותשובה לחוד לא מהני דהא דחייבי מלקיות פסול לעדות ביאר הרמב"ם בפ"ט משום דכתיב אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס. אל תשת רשע עד. ומחוייב מלקות הוי רשע מדכתיב והי' אם בן הכות הרשע. א"כ כ"ז דלא לקה הוי רשע. וביותר ביאור י"ל דהא דכתיב ונקלה אחיך לעיניך כיון שלקה הרי הוא כאחיך. ובאמת אטו אם הוא מחוייב מלקות לאו אחיך הוא לענין רבית וצדקה. ועוד הרבה דברים וע"כ לא ממעטינן לענין רבית וצדקה ועוד דברים אלא מומר. ולא אם אכל תלב וכדומה. והא שכ' רש"י בפסחים (דף מ"ט) וי"א אף אין מכריזין על אבידתו ועם הארץ לאו אחיך הוא דאינו עושה מעשה עמך. ע"כ. אלמא דבאינו עושה מעשה עמך לאו אחיך הוא. והרי אינו עושה מעשה עמך אפילו בחדא מילתא כמבואר בכ"ד. זה אינו אלא בעם הארץ דאינו עושה מעשה עמך כי האי לאו אחיך הוא. אבל ודאי אף באינו עושה מעשה עמך אחיך הוא. וע"כ צ"ל דבמלקות גלי קרא דתשובה לחוד לא מהני עד שילקה ויהי' כאחיך לגמרי. אבל ודאי לענין רבית וצדקה ושאר דברים הרי הוא אחיך במקצת. ואחיך במקצת הוי ג"כ אחיך. כמו בב"ק (דף פ"ת) דעבד הוי אחיו במקצת אף שאינו חייב בכל המצוות [מיהו בסמ"ג עשין ס"ב והובא בתשובת רמ"א (שאלה ס"ב) דכ"ז שלא לקה אינו אחיך לענין צדקה אלא לרבית לבד]: ומעתה לפ"מ שביארנו בשיטת הרמב"ם (בפ"ט מהל' עדות) דפוסל עבד לעדות משום דלא הוי אתיו וע"כ דס"ל דבעדות בעינן שיהא אחיו בכל המצוות וא"כ אף שעשה תשובה ולא הוי רשע. מ"מ אינו אחיו בכל המצוות עד שילקה ג"כ ואז הרי הוא כאחיך וחוזר לכשרותו גם כן:

הש"ך (בס"ק ל"ג) כ' דהפסולין בעבירה שחזרו בתשובה כשרים ולא בעינן בזה תחילתו בכשרות עכ"ל. אבל בסי' ל"ה חוזר בו ודעתו נוטה דאף בפסול משום רשעה בעי תחילתו בכשרות. ונראה לי ראי' לזה מהא דאמרינן בסוטה (דף כ"ד) דכוותה גם שומרת יבם דבא עלי' בבית אבי'. שומרת יבם קרית לי' אשתו מעלייתא היא וכו' והקשו האחרונים ז"ל למש"כ הש"ג הובא בב"ש (סי' קס"ב) דבעינן עדים. א"כ משכחת בלא עדים דלא קנחה. ותירצו דא"כ מנא ידעינן דקדמה השכיבת יבם. והשתא אי ס"ד דבפסול מחמת רשעות לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות הא משכחת שבא לפני עדים פסולין מחמת רשעות ועשו תשובה ואומרים שקדמה שכיבת היבם ולא קנאה דאז הי' פסולין. א"ו דגם בזה בעינן תחלתו וסופו בכשרות. אלא דקושיית האחרונים כבר מבואר בתשובת הרשב"א ח"ד (שאלה שכ"ח) ותי' דא"כ לא קדמה שכיבת בעל דאכתי לאו בעל הוא. שהרי לא קנאה. וא"כ אין ראי' מזה:

והנה התוס' ביבמות (דף מ"ז) הקשו וז"ל יש לך עדים וכו' לבין עצמך ותימא מיהא אי הא דבעינן ג' היינו דוקא לכתחילה אבל דיעבד חד נמי כשר. א"כ אם יש לו עדים לאו בינו לבין עצמו הוא עכ"ל. והשתא אי כהש"ך כיון דבפסולי עבירה לא בענין תחילתו וסופו בכשרות. מיושב תמיהתם בפשיטות דמשכחת שהעדים הי' פסולי עבירה כשנתגיירו. וא"כ לא הי' ראויים לב"ד. ואח"כ חזרו בתשובה. וזהו ששאל אם יש לו עדים בזה דמהימני להעיד מה שראו אז דלא בעינן בעדים תחילתו בכשרות. ואפ"ה הוי הגירות בינו לבין עצמו. כיון דהיו פסולין אז. אלא מדלא חי' הכי ש"מ דס"ל דגם בעדים כאלה בעינן תחילתו בכשרות:

ויש להביא ראי' לזה מהא דפריך בב"ק (דף מ"א) וכי מאחר דמתם קטלינן לי' מועד היכי משכחת לה ומשני בזוממי זוממין. וקשה הא יש לאוקמי בכהי"ג שעל ב' נגיחות ראשונות הי' עדים פסולים מחמת עבירה ולכן לא העידו לפני ב"ד והתרו בבעלים. ובודאי דגם התראתן מועלת דאפילו לענין מיתת הבעלים אמרינן במכות (דף ו') מתרה שאמרו אפי' מפי עצמו כו'. ובנגיחה שלישית חזרו בתשובה. וכיון דלא בעינן תחילתו בכשרות בעדים פסולים כאלה עדותן מועלת גם על נגיחות ראשונות ונעשה מועד. א"ו מדלא משני הכי ש"מ דגם בפסול עדים כאלה לא מהני ובעינן תחילתו בכשרות: מיהו אין זה ראי' כלל דהניחא לייעוד תורא משכחת לה בכהי"ג. אלא אי לייעודי גברא בעינן שיעידו על כל נגיחה. והרי בנגיחות הראשונות הי' פסולי עדות ולא העידו וכדפריך שם כיוצא בזה הניחא וכו' לכן הוכרח לאוקמי בגווני אחריני בזה:

כבר ביארנו לעיל דלא כהשבו"י שכתב דבשוגג לא בעי תשובה ועיין בתשובת או"ז (שאלה קי"ב) שכתב וז"ל ודאי אי הי' הורג נפש במזיד אפילו אם אין גואלי הנהרג מונעין מלהתפלל עמו הציבור עצמם צריכין להתרחק ממנו כמוש"כ רב שרירא גאון זצ"ל ההורג את הנפש בזמה"ז אין בידינו לעשות לו מאומה לא להורגו ולא לחובטו ולא להגלותו אלא לימנע ממנו שלא להתערב עמו ואסור להתפלל עמו כו' ופסול לכל עדות שבעולם ע"כ. וא"כ ליתא לכל מה שכ' השבו"י דהא דמבואר באו"ח בש"ץ דבשוגג בעי תשובה הוא משום דבעינן פרקו נאה דהרי מבואר דלאו דוקא בש"ץ אלא בכל אדם נמנעין ממנו עד שיעשה תשובה וא"כ לפחות מדרבנן פסול עד שיעשה חשובה ודוק בתשובה שם עיי"ש בזה:

ובזה יש לבאר הא דאיתא בברכות (דף כ"ב) הי' מתפלל ונמצא כו' א"ל רבא זבח רשעים תועבה וכו' וכ' התוס' דדוקא אם התפלל במקום שמצוי אבל במקום שאינו מצוי יצא. ועיי"ש ברא"ש שהביא ראי' לזה. ולענ"ד הוא כפשוטו דמדקרי לי' זבח רשעים תועבה

אי הוי בשוגג לא שייך זבח רשעים וע"כ מיירי במקום שמצוי דהי' לו לאסוקי אדעתי' והוי כפשיעה דמבואר בלשון הרא"ש שם. אבל אי אינו מצוי לא שייך זה. וזה נכון אלא מדלא כתבו כן משמע מזה דלא כהשבו"י בזה:

סימן לה

סעיף א':

קרן פסול מבואר בב"ב (דף קנ"ה) מדכתיב ועמדו שני האנשים. והקשו תיפוק לי' דלאו בני דיעה נינהו. וניחא עפמש"כ הרשב"א בחולין (דף י"ב) בשם רמב"ן דהא דממעטינן חליצת קטן מאיש ולא משום דאינו בן דעת. דאפי' ביש לו דעת. כגון שהגיע לעונת הפעוטות פסול. וה"נ בעדות כן. ולכן כתב הרמב"ם בקטן אפילו דעתו נכונה ועיין לקמן ס"ת בזה: והנה בדברי הרמב"ן שם שכ' דמידי דליתא בשליחות לא מהני גדול עומד ע"ג ליתא להאי תירוצא שכתב התומים דנפ"מ במעיד גדול עמו דהוי כעע"ג. דהא עדות ליתא בשליחות דעד מפי עד לא מהני. וכזה נסתר ג"כ מש"כ הטו"א בר"ה (דף כ"ט) אהא דתנן שם דחש"ו אין מוציאין משום דכל שאין מחוייב בדבר אין מוציא את הרבים י"ח דל"ל משום דכל שאין מחוייב בדבר תיפוק ליה דלאו בני כוונה נינהו. ובעינן שיתכוון שומע ומשמיע. ותי' דנפ"מ בגדול עומד על גביו וקמייתי כן מסברא נפשאי אך לשיטת הרמב"ן אינו מספיק דהא שמיעת שופר ליתא בשליחות. אמנם לשיטתו יתרץ כמו שתי' בתשובה. דנפ"מ בבן דעת דאין מוציא משום דאין מחוייב בדבר. והא דאמרינן בכל דוכתי דחש"ו פטורין ממצוות ופסולין לכתיבת הגט דילפינן מחליצה ומעדות ומשביע על טענתם מכי יתן איש בשבועות (דף מ"ב) ולא הוי ג' כתובים ואכמ"ק להאריך בזה:

והנה המפרשים העלו דלא בעינן י"ג שנים שלימות רק מקצת היום ככולו גם בזה. והב"ש באהע"ז (סי' קנ"ה) סק"ה כתב דכל היכא דתני ויום אחד בעינן מעל"ע וז"א אלא העיקר כמו"ש הסמ"ע והש"ך והט"ז והמ"א באו"ח (סי' נ"ג) [ותמיהני על הב"ש על סתימתו בזה] והכי נהוג אצלינו: ואם נולד בסוף ר"ה כשנכנס ליל ר"ה בי"ג ה"ז גדול. ויש לעיין מהא דמבואר בפסחים (דף נ"ה) רבינא אמר לעולם ביהוד' ובהשרשה חד מקצת אמרינן תרי מקצת היום ככולו לא אמרינן. וא"כ אנן דנקטינן תרי מקצת היום ככולו הוא דלא כרבינא. ואף דשאר אמוראים רבא ור"ש ור"א דלא אמרי הכי משמע דלא ס"ל הא דרבינא. הא כ' הרא"ש בפ"ב דקידושין גבי חיישינן שמא נתרצה דהלכה כרבינא אפילו נגד רבים משום דהוא בתרא. וגם לגבי רב אשי הא כ' הרא"ש בפ"ק דקידושין דיש פוסקין כרבינא לגבי רב אשי. וגם יש פוסקין כרב אשי לגבי רבינא. לכן עבדינן לחומרא עיי"ש. וא"כ עכ"פ מידי ספיקא לא נפקא. וא"כ לענין דאורייתא כמו לעדות צריך למיזל

לחומרא מספיקא ואינו גדול בתרי מקצת היום ככולו. וי"ל דדוקא בהשרשה אמר כן ולא בשאר דוכתי, מדקאמר ובהשרשה חד מקצת כו' דהאי ובהשרשה למותר. א"ו דבשאר דוכתי אמרינן גם תרי מקצת היום ככולו. וגם מאחר דבעינן י"ג שנים שלימות ולזה הוא דבעינן יום אחד. דממילא כשהוא בן י"ג דוקא בתחילת ליל ר"ה דהוי בזה מקצת ככולו כמוש"כ רש"י בפסחים (דף פ"א) כיוצא בזה. וא"כ הוי י"ג שנים ויום אחד. א"כ לא שייך בזה תרי מקצת ככלו דאנן בעינן י"ג שנים שלימות. אלא דממילא איכא יום אחד גם כן: ונ"ל דאם בדקו לאחר י"ג ולא מצאו שתי שערות דנאמן להעיד להחזיק והוא משום דאמרינן בנדה (דף מ"ו) בקטנה שהגיעה לכלל שנותי'. אם בעל לאח"ז חוששין שמא נשרו ולא תמאן. א"כ הוי ספק פסול בהגיע לכלל שנותיו דחוששין שמא נשרו. וה"נ דלהחזיק י"ל כיון דהוי ספק פסול מהימני. ועיין תה"ד (שאלה קנ"ה) דלאו דוקא בקטנה חיישינן שמא נשרו אלא הוא הדין בקטן. ומהי"ט פסק בהגיע לכלל שנותיו דמחוייב להשלים מטעם ספק איסור דאורייתא. וה"ה הכא אינו אלא ספק פסול. ואינו ודאי פסול אלא בגוונא שכ' התה"ד. כגון דבדקו כולי יומא דנישלם הי"ג דלא אתי שערות. דכהי"ג ליכא למיחש שמא נשרו ואין אנו בקיאין בזה אבל בלא"ה אינו אלא ספק פסול ושפיר י"ל דמהימני להחזיק בזה ועדיין צ"ע בזה:

וגם י"ל לפ"מ דקי"ל ביבמות (דף פ') כרב דנמצא סריס דנעשה גדול למפרע. א"כ אם מעיד להחזיק מאחר דבממון אין הולכין אחר הרוב יכול המוחזק לומר אולי ימצא סריס והוא כשר להעיד גם עתה. ולא עוד אלא דהוי ספק השקול דאף דרוב אינן סריסין. מ"מ מאחר דלא הביא ב' שערות אין לומר בזה דאזלינן בתר רובא. וכמוש"כ הב"ש באהע"ז (סי קנ"ה ס"ק י"ט) עיי"ש:

ולולא דברי הב"ש הייתי אומר דהריעותא דלא הביא ב' שערות מורה שהוא קטן עדיין ולא חיישינן לסריס. אבל מאחר דהב"ש ס"ל דהוי ספק הני נקטינן. ומעתה י"ל בהא דאמאי לא כתב התה"ד שם (בשאלה קנ"ה) בי"ג שלא הביא ב' שערות דחייב בתענית משום ספיקא. דשמא ימצא סריס ויעשה גדול למפרע ולא כ' רק הטעם דנשרו, ומזה משמע דס"ל דלא כהב"ש דלא הוי ספק השקול דיותר יש לתלות בקטנות מלומר דהוא סריס. אבל בנידון דידן ודאי המוחזק יכול לטעון ועמש"כ באהע"ז בסי' מ"ד בזה:

בבן נח לא ידענו שיעורו לעונשין וביערת דבש ח"א כתב דב"נ דינו לעונשין עד שיהא בן עשרים דומיא דעונשין של מעלה. דלישראל ניתנה תורה ונתחדשה הלכה מבן י"ג. אבל ב"נ מבן עשרים ע"כ. ולע"ד ז"א כדמשמע מהרמב"ם (פ"י מהל' מלכים ה"ב) שכ' ולעולם אין עונשין מהן לא קטן ולא חרש ולא שוטה לפי שאינן בני מצות ע"כ משמע

דבחייב במצוה אז עונשין ג"כ וזה ודאי דשיעורין לבר מצוה הוא משהוא בר דעת ולא בן עשרים. ולפחות מי"ג כמבואר ברש"י נזיר (דף כ"ט) דיליף משמעון ולוי דנקראים איש והיו בני י"ג עיי"ש הרי דגם קודם מתן תורה בני חיוב מצוה מבן י"ג. וא"כ ה"ה לעונש ג"כ:

בחזקת גדול משעה שהי' לו י"ג שנה ביבמות (דף ס"ז) תנן העובר והיבם כו' פוסלין ולא מאכילין ספק שהוא בן ט' שנים ויום אחד ספק שאינו. ספק שהביא ב' שערות ספק שלא הביא. ובגמ' שם (דף ס"ח) מוקי בפסולי כהונה למיפסל בביאתו. ושם בתוס' בד"ה רישא הקשו. וא"ת ספק בן ט' איך פוסל בביאתו נוקמי' אחזקה קמייתא דהוי פחות מבן תשעה. והקשה המהרש"א דלמה לא הקשו כן אבבא דספק הביא ב' שערות ספק שלא הביא דזה ודאי לענין תרומה איירי ולא ליוחסין ובזה ודאי דמהני חזקה עיי"ש. ולפ"מ דמבואר כאן דעת תשובת הרא"ש דהיכא דבדקו לאחר י"ג ומצאו שערות מחזקינן לי' בגדול למפרע אתי שפיר. דמזה לא הי' יכולים התוס' להקשות דאפשר לפרש הך דספק הביא ב' שערות מיירי בכהי"ג שבדקו אח"כ ומצאו בו ב' שערות. אלא דהספק הוא אם הי' לו מקודם לכן. וא"כ לא שייך בזה נוקמי אחזקתי' דאדרבא איכא חזקה דרבא דמסתמא הי' לו ב' שערות. ולכך פוסל ולכן הוצרכו התוס' להקשות מספק בן ט' וא"ש ונכון ודו"ק: סעיף ב':

רוב שנותיו. כתב הסמ"ע דהוא ל"ו שנה וכ"כ המג"א באו"ח (סי' נ"ה סק"ו) ותמה ע"ז הפמ"ג שם מהא דמבואר ברמב"ם (פ"ב מה"א) דהוא בן ל"ה שנה ויום אחד. וכן הוא באהע"ז (סי' קנ"ה) וכן השיג שם על המג"א בס' נזירות שמשון עיי"ש. ועיין פרישה באהע"ז שם דהטור כתב שם ג"כ ל"ו שנה וכתב הפרישה וז"ל ונראה דלאו דוקא. דבל"ה ויום אחד נמי הוי רוב שנותיו ע"כ. הרי דהסמ"ע עצמו שכתב ל"ז שנה גילה דעתו שם דל"ד. ולק"מ עליו. א"כ גם על המג"א י"ל כן. ועיין ריב"ש סי' תס"ח שהביא דעת הרמב"ם ל"ה ויום אחד. ודעת הרמ"ה ל"ה ושלשים יום. ועיין ברי"ף בעין יעקב ביומא:

סעיף ג':

בן י"ג שנה ויום אחד. בתשובת הרא"ש כתב דזמן גדלות בקטן י"ג ויום אחד ובקטנה י"ב ויום אחר הוא מהלכה למ"מ עיי"ש. וכ"ה במהרי"ל סי' נ"א שכן עיקר ונראה דהתוס' חולקין ע"ז. דכ' בסנהדרין (דף ס"ט) בד"ה בידוע שאין לו גואלין וז"ל וא"ת דמשמע דקטן בידוע שאין לו גואלין משום דאינו מוליד וכן בפ' אין בין המודר (דף ל"ה) זאת תורת היולדת בין גדולה בין קטנה ופריך קטנה בת לידה היא ומאי קושיא. הא אמרינן לקמן בשמעתין דורות הראשונים היו מולידין בח' שנים. וי"ל דאעפ"י שבדורות הראשונים

נתנו חכמים סימן להבאת שערות לקטנה בת י"ב שנה ויום אחד ולקטן בן י"ג שנה ויום אחד. בדורות הראשונים שהיו ממהרים להביא שערות הי' זמן גדלות מקודם הרבה ע"כ. הרי שכתבו להדיא דחכמים נתנו סימן זה ומשמע דלא הוי הלכה למ"מ אלא דחכמים נתנו סימן זה. וכ"כ רש"י בערכין (דף י"ח) ד"ה דומיא והנהו שנים דיוצא דופן כולהו דרבנן עכ"ל. הרי דס"ל דזמן גדלות הוא דרבנן. מיהו בנדה (דף מ"ח) בד"ה דומיא כ' דהלמ"מ הם אהנך דיוצא דופן. וא"כ ש"מ דהא דכ' בערכין דהוא דרבנן נושים דלא כתיבא באורייתא קרי' לי' דרבנן. וש"מ דהלמ"מ נקרא דברי סופרים ומבואר במ"א בזה. וא"כ גם התוס' שכ' נתנו חכמים נמי ס"ל דהלמ"מ הוא. וא"כ אדרבא מבואר מזה מרש"י דנדה דהלמ"מ הוא כהרא"ש. ואע"ג דבנדה מסיים בת עשרים. מ"מ הא בערכין כ' בחדא מחתא גם לי"ג וא"כ מבואר דלא כמפרש בנזיר ובמ"א עוד נבאר מזה: ועיין בדעת זקנים לבעלי התוס' בפ' מקץ על הא דויעש האיש כאשר אמר יוסף דזה מנשה ולא הי' אז יותר מט' שנים עיי"ש. ומבואר דנקרא איש אף קודם י"ג שנה. אלא שצ"ע מהא דמבואר במדרש רבה (פ' ס"ג) ויגדלו הנערים ר' לוי אמר משל להדס ועצבוניות שהי' גדלים זע"ז וכיון שהגדילו והפריחו זה נותן ריחו וזה נותן חוחו כך כל י"ג שנה שניהם הולכים לבית הספר. ואחר י"ג שנה זה הולך לבתי מדרשות וכו' אלמא דגם בדורות הראשונים זמן גדלות הוא י"ג שנה ואכמ"ל בזה:

וכן תמוה לי מהא דכ' רש"י בנזיר (דף כ"ט) דהא דבעינן י"ג לכל דבר ילפינן מדכתיב בשמעון ולוי איש ובן י"ג היו והרי בדורותיהם גם קודם י"ג שייך בהו איש. וא"כ י"ל דלעלמא גם בן י"ג לא הוי איש וי"ל ודו"ק ועיין תיו"ט באבות:

סעיף ד':

ויש דברים שסומכים בהם על עדות שמעיד כשהוא גדול כשראה בקטנות. ונ"ל דזה דוקא כשהי' קטן כבר שית כבר שבע כדמצינו לקמן (סי' רל"ה ס"א) דמשש ואילך תיקנו חכמים שיהי' מקתו מקח וממכרו ממכר וכן מבואר בהג"ה אשר"י פ"ב דברכות לענין נטילת ידים דהוא דוקא משש ושבע ופסק כן הרמ"א (באו"ח סי' קנ"ט סי"א) [ובגליון שם כתבתי דצ"ל פחות מבן שש דינו כקוף ולא כבשו"ע אחרים שכתב ז' אלא דומיא דלקמן (סי' רל"ה) דמבואר שש וה"נ כן]. וא"כ מאחר דפחות מבן שש דינו כקוף. א"כ לא מהימן לומר מה שראה אז. כן נלע"ד בזה. וכן מבואר באהע"ז (סי' י"ז) בב"ש דנאמנות הקטן בעגונה הוא משהגיע לעונת הפעוטות:

בס' מחנה אפרים (בה' עדות סט"ו) נסתפק אי עד המסייע שהוא קרוב ונתרחק מהני לפטור משבועת היסת מאחר דאינו אלא מדרבנן לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ככל

אלו הדברים שנאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן או לא עיי"ש ולכאורה יש להביא ראי' מהא דפריך בשבועות (דף מ"א) מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן. ולא קאמר הנפ"מ דבשבועה דאורייתא בעינן תחלתו וסופו בכשרות. משא"כ בשבועה דרבנן. אמנם זה אינו דכבר ביארתי לקמן (סי' ע"ה) באריכות. דפרכת הש"ס מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן. הוא בישנם שניהם הנ"מ שביניהם ולא בליכא שבועה כלל עיי"ש בזה:

סעיף ה':

ונאמן לומר זכורני באשת פלוני שנעשה לה מנהג הבתולות כשנשאת. בגמ' מבואר הטעם משים דרוב נשים בתולות נשאת גילוי מילתא בעלמא הוא ולכך נאמן להעיד בגדלותו מה שראה בקטנותו. ואי בעינן גדול עמו. דעת הפוסקים דגם בזה בעינן גדול עמו ובדעת הרמב"ם אין הכרע עיי"ש בכס"מ. והא דבעינן קטן וגדול אף דרובא דאורייתא הוא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב. ואף לבעל המאור בריש פ"ב דכתובות. דהיכא דאיכא גם חזקת הגוף הולכין בממון אחר הרוב. מ"מ שאני הכא דאיתרע רובא. וכדאמר בריש פ"ב שם משום דכל הנשאת בתולות יש להן קול. וזו הואיל ואין לה קול איתרע רובא וכ"כ סמ"ע והתשב"ץ (ח"א סי' פ"ג). ולכן בעינן קטן וגדול. ומהימן משום רובא אף דאינו רוב גמור וגם משום דכתובה דרבנן לכן מהימן כמש"כ הרמב"ם בה' עדות עיי"ש: ובתוס' בד"ה וזו הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא כתבו וז"ל וי"ל דרוב נשים בתולות נישאת עדיף מרוב נשים הנישאות בתולות יש להן קול. דכי אין לה קול לא יתרע כ"כ רוב דבתולות נישאת שלא יועיל עדות דראה בקוטנו ואחר עמו עכ"ל. ויש להסביר הא דרוב נשים בתולות נישאות עדיף מרוב נשים הנישאות יש להן קול עפ"מ שכ' הריטב"א בפ"ב דקידושין (דף נ') לא צריכא דמסבלי והדר מקדשי מהו דתימא לא ניחוש למיעיטא. וז"ל ואי קשיא לך הא קיי"ל כרבנן דלא חיישי למיעיטא אפי' לחומרא דהתם הוא ברובא דבחיוב. וטבע שאינו תלוי ברצון כגון הא דקטן וקטנה שחולצין ומייבמין ולא חיישינן לסריס ואיילונית וכהאי דאמרינן רוב נשים מעוברות יולדות ומיעוט מפילות. אבל ברוב התלוי במנהג שאינו חיוב וכל אדם שרוצה יכול לנהוג כמנהג המועט. ודאי חוששין למיעוט לחומרא. שהרי כיון שהדבר תלוי בדעת פעמים שאדם נוהג כמנהג המועט עכ"ל. וה"נ רוב נשים בתולות נשאת הוא רוב בחיוב וטבע. משא"כ רוב נשים הנשאות יש להן קיל תלוי בדעת וברצון האדם ולפעמים נשאת בלא קול. וע"כ לא הוי רוב מעליא וא"ש:

ובזה יתבאר ג"כ הא דכ' התוס' בקדושין (דף פ') בד"ה סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לי' רובא פי' והוי רוב כמאן דליתא. וקשה דביבמות (דף קי"ט) אמרינן גבי האשה שהלך בעלה למדה"י וצרתה עמו ושמעה האשה שמת בעלה רמ"א לא תנשא ולא מתיבמת לפי דרוב נשים מתעברות ויולדות ואיכא למימר שהצרתה שהלכה עמו ילדה והוי האשה שנשארה פטורה מן היבום ומיעוט מפילות ילדיהן וקאמר ר"מ דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה שהרי היתה בחזקת זקוקה ליבום כשהלך בעלה למדה"י ולא הי' לו בנים והו"ל פלגא ופלגא ולא תנשא ולא תתייבם וכמו בן אית לן למימר הכא כו' וי"ל שאין רוב זה חשוב אלא רוב גרוע ולכך מרעי לי' מיעוטא וחזקה עכ"ל: ולפ"מ שכתבנו מבואר היטיב. דרוב תינוקות מטפחין הוא רוב התלוי ברצון. לכן לא הוי רוב מעליא. משא"כ רוב מתעברות ויולדות הוא דבר התלוי בטבע וחיוב ולכן הוי רוב מעליא. ולא מרעי לי' מיעוטא וחזקה וא"ש:

ובזה מבואר הא שכ' התוס' בעירובין (דף ל"ב) דחזקה דשליח עושה שליחותו לא הוי אלא לחומרא ולא לקולא. אלמא דלא הוי חזקה מעליא. הוא דכמו דרוב התלוי ברצון האדם לא הוי רוב מעליא כשאר רובי כן י"ל דגם חזקה התלוי ברצון אדם גרע משאר חזקות. וא"כ חזקה שליח עושה שליחותו דתלוי ברצון האדם לא הוי חזקה מעליא כשאר חזקות ולכן לא מהני אלא לחומרא ולא לקולא:

והנה אי ברוב גמור מהני עד אחד בהדי רובא להוציא ממון. ראיתי להמחנה אפרים (בה' עדות סי' י"ח) שכ' וז"ל וכתב יד היוצא על היתומים ועד אחד מעיד שלא נפרע נראה מדברי רש"י בפ' יש בכור אמתני' דלאחר ל' יום בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה. ופירש"י ובאמירה סגי בלא עדות גמורה דהך חזקה דמחזקינן בחזקת שנפדה לא הוי חזקה גמורה. דרובא דאינשי לא עבדי למפרע חובו מיד. כמו כן י"ל בכתב ידו ולא עבר זמן רב עכ"ל ואל תתמה על לשון אמרו לו דמשמע שנים דכן מצינו בכריתות (דף י"א) דתנן התם אמרו לו אכלת חלב מביא חטאת ובגמ' איכא דאמרי אמרו לו חד נמי קרי לי'. ע"ש. ובפי' המשנה להרמב"ם כתב וז"ל אמרו לו אינו ר"ל שנים אלא אפי' אחד כשיאמר לו עיי"ש וע"כ שפיר כתב רש"י. דבאמונה סגי בלא עדות גמורה [וכיוצא בזה דייק המהרי"ו בתשובה (סי' ט') מדקתני במתני' ביבמות (דף קכ"א) אפי' שמע מן הנשים שאמרו משמע שלא הי' רק אמירה בעלמא. מדלא קתני שהעידו ואפי לא אמר הראשון בפני ב"ד ומשום ענונה אקילו עיי"ש] ומבואר מזה דרוב עם עד אחד מהני להוציא ממין:

ובזה נ"ל לבאר הא דתנן בכתובות (דף ט"ו) היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאתה בהינומא וראשה פרוע כתוב' מאתים. ושם (דף ט"ז) פריך בגמ' וכיון, דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתו עדים מאי הוה כו' אלא אמר רבינא רוב הנשאת בתולה יש לה קול וזו הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא ע"כ. וכתבו התוס' לרב פריך דאית לי' הולכין בממון אחר הרוב. ובעהמ"א כתב דגם לשמואל פריך משום דאיכא חזקת הגוף ג"כ:

ולפ"מ שנתבאר דעד אחד בהדי רובא מהני להוציא ממון. יש לומר דהכי פרכת הש"ס הוא וכיון דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתו עדים מאי הוי דמדקתני. אם יש עדים משמע דבעינן דוקא שנים. ואף שכ' הרא"ש בפ"ק דב"מ דהיכא דקתני עדים לאו דוקא שנים וגם עד אחד משמע. דעדות המועיל קאמר ע"ש. וכ"כ התיו"ט במתני' דיבמות (דף קי"ט) וכוונתו לתרץ קושיית הב"ש באהע"ז (סימן קנ"ח) עיי"ש. מ"מ הכא לא שייך זה כמוש"כ האו"ת בכללי מגו (אות פ"ז) עיי"ש. וע"כ לטעמי' כתב (בסי' זה סק"ד) דבעינן בעדי הינומא. אחר עם הגדול שמעיד מה שראה בקטנותו. משום דעדים משמע שנים. משום דהכא לא שייך לומר דעדות המועיל קאמר. וע"כ פריך הש"ס כיון דאיכא רוב נשים בתולות נשאות למה בעינן ב' עדים. גם בעד אחד תסגי בזה. וע"כ משני דלא הוי רוב גמור דאיתרע לה רובא. משא"כ להס"ד דהוי רוב גמור שפיר פריך דתסגי בע"א ג"כ:

וטעמו של דבר נ"ל דלכך מהני עד אחד בהדי רובא להוציא ממון. עפמש"כ הבעל המאור בפ"ב דכתובות הובא לעיל. דחזקה בהדי רובא מצטרף להוציא ממון גם כן. [ובזה יש ליישב קושית הט"ז באהע"ז (סי' ס"ז) במה שכ' התוס' בכתובות (דף ט') בד"ה אי למיתב לה כתובה. דאמאי מפסדת כתובתה תגבה כתובתה מטעם ספק ספיקא שמא אינו בקי בפתח פתוח ועוד ספק שמא באונס. וא"כ נראה מדבריהם דס"ס עדיפא מרוב דאף דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב. מ"מ בס"ס מוציאין ממון. ובאותה סוגיא מדבריהם נראה שאינו כן. שהקשו שם בד"ה ואבע"א על הא שכ' שם דרובא רצון מחמת שאין לה קול. וא"ת א"כ בס"ס נמי תיאסר כיון דרצון הו"ל רובא. ומאי קושיא הא ס"ס עדיף מרוב. אמנם לבעהמ"א דחזקת הגוף בהדי רובא מהני להוציא ממון. אתי שפיר. די"ל דלעולם ס"ל להתוס' דס"ס לא עדיף מרוב. והא שכתבו דבס"ס מוציאין ממון אף דאין הולכין בממון אחר הרוב. היינו דהתם בהדי הס"ס איכא חזקת הגוף דבתולה היתה. וא"כ חזקה שלא הי' בקי בפתח פתוח. ולכן אפי' אי ס"ס הוי מטעם רוב מוציאין ממון בצירוף חזקת הגוף:

ולכן מה שהאריכו האחרונים דבס"ס מוציאין ממין. מהתוס' בכתובות (דף ט') הנ"ל. אין ראי'. דשא"ה דאיכא חזקה ג"כ. ורוב וחזקה מהני אפי' בממון. משא"כ אי ליכא חזקה דמסייע ס"ס לחוד לא מהני דאין הולכין בממון אחר הרוב:

י"ל דלכך ברוב וחזקה גם בממון הולכין אחר הרוב. לפ"מ דמבואר ביבמות (דף קי"ט). ובתוס' נדה (דף ל"ב) ד"ה ר"ג דברוב וחזקה מסייע לרובא הוי המיעוט מיעוטא דמיעוטא. וא"כ גם בממון אינו חשיב לסמוך לחזקת ממון בזה. והרי בקדושין (דף ס"ג) אמרינן נאמן ליתן גט. חזקה אין אדם חוטא ולא לו. א"כ בכל עד איכא חזקה דאין אדם חוטא ולא לו. וכמוש"כ מהרי"ט (ח"א סי' קנ"א). וכיוצא בזה כתב הטור (בסי' קנ"ו) בנאמנות השליש דהוא משים הך חזקה דאין אדם חוטא ולא לו ע"ש. וא"כ כיון דאיכא חזקה בהדי רובא לכן מהני להוציא ממון. ועיין תוס' ב"ב (דף צ"ב) ד"ה ולחזי דאף דאין הדמים ראי' מ"מ אי מסייע לרובא אזלינן בתר רובא להוציא ממון עיי"ש. א"כ ה"ה לחזקה אי מסייע לרובא אזלינן בתר רובא בממון ג"כ:

אמנם זה אינו דלכאורה י"ל ראי' להיפך דע"א עם רוב לא מהני. דהנה התוס' בבכורות (דף כ') ד"ה ור"י סבר כתבו וז"ל וא"ת הא קא מסקינן לקמן דר"י לא תייש למיעוטא כדדייק ממתני' דיצתה מליאה ר"א אינה חוששת, וא"כ היכי חייש לה הכא למיעוטא דמטנפות. ועוד דבכה"ג דהכא אפי' ר"מ לא חייש כדאמר ביבמות (דף קי"ט) דהיכא דאיכא רובא וחזקה הוי המיעוט מיעוטא דמיעוטא והכא איכא רובא דאין מטנפות וחזקה שהיא בחזקת שלא ילדה. וי"ל דמ"מ לא הוי ודאי בכור שניתן לכהן דאיכא חזקת ממונא דעדיפא. והמוציא מחבירו עלי' הראי'. ואפי' לרב דאזיל בממונא אחר הרוב בההיא דמוכר שור לחברו ונמצא נגחן בב"ק (דף מ"ו) היינו משום דאמר קים לי' בנפשאי שאני מן הרוב עכ"ל. ומבואר מדברי' אלה דהיכא דאיכא חזקה המסייע לרוב ג"כ ס"ל לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב. דכתבו דלכך פטור מבכור משום מיעוטא דמטנפות אף דאיכא רובא דאין מטנפות וחזקה שלא ילדה. משום חזקת ממון. ולא מיבעי לשמואל דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב. אלא גם לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב מודה בזה. משום דלא מצי למיטען קים לי בנפשאי שאני מן הרוב. וא"כ מבואר דחולקים על הבעל המאור. וס"ל דגם חזקה בהדי רובא לא מהני להוציא ממון. והרי ביו"ד (סי' קכ"ז) הובא דעת הרבה פוסקים דס"ל דעד אחד לא מהימן לגבי חזקת איסור. א"כ חזינן דחזקה עדיף מעד אחד. וכיון דחזקה בהדי רובא לא מהני בממון מכ"ש עד אחד בהדי רובא:

(מבן המחבר הנה לכאורה יש להקשות לפי האי כללא דחזקה עדיף מעד אחד. א"כ מאי קא מיבעי להו בב"ב (דף ה') אי אמרינן מגו במקום חזקה. הלא כתב הרא"ש בפ"ק דב"מ דעד המסייעו פוטר משבועה ומגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כמבואר בריש פ' כל הנשבעים אלמא דעד אחד עדיף ממגו. וא"כ הרי כש"כ הוא דמה עד אחד דעדיף ממגו ל"א במקום חזקה מכ"ש מגו במקום חזקה דגרוע אפי' מעד אחד בודאי ל"א מגו במקום חזקה. א"כ מאי איבעי להו. אבל באמת אין כאן אפי' התחלת קושיא לפמ"ש הקצוה"ח בסי' פ"ד הא דעד אחד מחייב שבועה אף דהוא נגד החזקה. משום דעד אחד לחייב שבועה הרי הוא כשנים. (ועי' תוס' בב"ב דף ל"ד) ומסיק שם דחזקה דתוך זמנו אינו פוטר משבועה ועד המסייעו פוטר דהוא כשנים לאפטורי. וא"כ לא קשה מידי דדוקא לענין שבועה האמינה התורה לעד אחד כשנים:

ונראה לי להוכיח כהקצוה"ח. דהנה לכאורה קשה דהאיך נאמן עד המסייעו לאפטורי משבועה הא יש להתובע חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו כמבואר בשבועות (דף מ') ואין עד אחד נאמן נגד החזקה ואי דלהנתבע יש לו חזקה דאין אדם מעיז. הא כיון דיש לו עד המסייעו א"כ שפיר י"ל דמעיז וליכא חזקה דאין אדם מעיז. ואין לומר משום דאיכא תרתי למעליותא חזקת ממון ועד המסייעו. משא"כ להתובע ליכא אלא חדא למעליותא דהא בליכא עד המסייעו דחייב שבועה אף דאית לי' להנתבע חזקת ממון. וגם חזקה דאין אדם מעיז ואמאי קי"ל באיסורין היכא דאתחזק איסורא עד אחד אינו נאמן. א"ו דלאפטורי משבועה הוא דעד אחד נאמן. וזה נכון ע"ד הפלפול):

וי"ל דאין סתירה מהתוס' דבכורות די"ל דטעמו של בעהמ"א וכן הרמב"ן שם דפי' דס"ל להירושלמי דברוב וחזקה מוציאין ממון. הוא משום דמבואר בפ"ק דכתובות (דף י"ב) דקי"ל כר"ג באומרת משארסתני נאנסתי דנאמנת משום דאיכא ברי ושמא וחזקה דחזקת הגוף. ושם (דף ט"ז) מבואר כיון דרוב נשים בתולות נישאות כברי ושמא דמי. וע"כ ברוב וחזקה דהרוב משוי לברי ושמא דמהני בצירוף חזקה. ומבואר שם דר"י פליג ע"ז וס"ל דברי ושמא בצירוף חזקה לא מהני להוציא ממון. וא"כ התוס' דקאי הכא לר"י ולשיטתו שפיר כתבו דאיכא חזקת ממונא. ולא מהני רובא וחזקה דלדידי' לא מהני ברי ושמא וחזקה להוציא ממון. וא"כ כ"ש דלא מהני רובה וחזקה לפ"מ שיתבאר לקמן דברי ושמא עדיף מרובא, ולהמסקנא אף דהפוסקים פסקו כר' יהושע ופסקו כר' גמליאל הא איכא למימר כמו שתירצו לרב דהכא ממון שאין לו תובעין הוא. או משום דלא הוי רובא מעליא אפילו לאיסור דרוב בהמות מתעברות כשמגיעות לזמן שראוין להתעבר כו' וע"כ לא מהני חזקה ג"כ. ומתוס' בכורות הנ"ל מבואר להדיא דברוב גמור הוא דמהני חזקה

להא מיעוטא דמיעוטא ולא ברוב שאינו גמור וכמו שנבאר עוד לקמן בזה: והנה במ"א כתבתי להקשות לשיטת בעל המאור הנ"ל דחזקה בהדי רובא מהני בממון. מהא דב"ב (דף צ"ג) פריך לרב דס"ל דהולכין בממון אחר הרוב. מהא, דחנן שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה ואינו ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה ילדה. משלם חצי נזק לפרה ורביע נזק לולד ואמאי לימא הלך אחר הרוב ורוב פרות מתעברות ויולדת. והא ודאי מחמת נגיחה הפילה ולשיטת הרז"ה מאי איריא דפריך לרב. וכמו שמשמע מסוגיא שם. ובמה שפי' רשב"ם שם. הא גם לשמואל דאית לי' אין הולכין בממון אחר הרוב תקשה כן דהא איכא נמי חזקת מעוברת כמוש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו) וב"מ (דף ק') [ומזה ראי' להמגיני שלמה בביצה (דף ד') שכ' בביצה שנולדה אוקי אחזקה ראשונה שלא ילדה עד עכשיו ובחנם השיג עליו הפרי תבואה (שאלה י"ג) עיי"ש] והיכא דחזקה מסייע לרוב כו"ע מודו דמוציאין ממון בזה. ותירצתי עפ"מ שכתב מהרש"ל בב"מ (דף ק') דלדעת רשב"ם לית לי' הך חזקה דמעוברת. וא"כ י"ל דכן ס"ל לרז"ה ותוס' לטעמייהו דאית להו חזקה דמעוברת לכן ס"ל בבכורות דגם חזקה בצירוף רוב לא מהני להוציא ממון. ולכן אינו פריך אלא לרב ולא לשמואל. אמנם זה דוחק קצת: ויותר נ"ל לחלק בין החזקות דעד כאן לא כתב הרז"ה דחזקה עם רובא מהני בממון אלא בחזקת הגוף דאלים וכמוש"כ התוס' בכתובות (דף ע"ה) דחזקת פנוי' לא חשיבא לגבי חזקת הגוף עיי"ש. משא"כ חזקת מעוברת וכה"ג כתבו התוס' בקדושין (דף פ') דחזקה דתינוקת מטפחין לא הוי חזקה גמורה עיי"ש. וכן בעירובין (דף ל"ב) דחזקה דשליח עושה שליחותו לא מהני אלא לחומרא אבל לא לקולא עיי"ש. ומעתה י"ל דאין כאן מחלוקת בין תוס' לרז"ה. וגם התוס' מודים בחזקת הגוף דאלים דמצטרף בהדי, רובא להוציא ממון. משא"כ חזקה שלא ילדה דלא הוי חזקה אלימתא כ"כ. ולכן מבואר בתוס' כתובות (דף ע"ו) דחזקת מרא קמא לא מהני בהרי רובא בממון עיי"ש שכתבו דשמואל לא אזיל בתר רובא ולא מוקמינן בחזקת מרא קמא. והיינו משום דאין כל החזקות שוות. וחזקת מרא קמא ג"כ לא אלים כ"כ גם עם רובא להוציא ממון. וא"כ עד אחד דלא מהימן נגד שום חזקה מרא קמא וכדומה. וכיון דלא מהני רובא וחזקה להוציא ממון מכ"ש דלא מהני עד אחד עם רובא:

ועוד ראי' דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו לא אלים כ"כ כמו חזקת הגוף להצטרף בהדי רובא בממון. מהא דאמרינן בכתובות (דף י"ב) איתמר מנה לי בידך והלה אומר א"י כו' ור"נ ור"י אמרי פטור כו' אמר לך ר"נ כו' ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאמרינן אוקמה אחזקה אבל הכא מאי חזקה אית לי' להאי. מתבאר מזה דחזקה בהדי ברי מהני בממון.

והנה בב"ב (דף קל"ד) תנן האומר זה בני נאמן זה אחי אינו נאמן ונוטל עמו בחלקו ושם (דף קל"ה) מוקי בגמ' דהאחים אומרים אין אנו יודעין. אמר רבה זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור. וקשה אמאי פטור הא איכא ג"כ חזקה דאין אדם חוטא ולא לו. לפ"מ דמתבאר מסוגיא דשבועות (דף מ"ב) דחזקה זו שייך אפי' באבא לגבי ברי'. וכן מתבאר בטור (סי' נ"ו) דנאמנות השלישי אפי' קרוב הוא משום הך חזקה עיי"ש. וכן מבואר מיבמות (דף נ"ו) שם וכולן לבניהן ובודאי ג"כ מטעם חזקה זה. וא"כ כיון דאיכא חזקה בהדי ברי ליחייב. וכ"כ הש"ך (בסי' צ"א) לענין פועלים דמצטרף חזקה דשליח עושה שליחותו בהדי ברי להוציא ממון עיי"ש. ואף דלא הי' להאחים למידע. א"כ אין השמא גרוע. מ"מ הא גם שם בכתובות לא הי' לו להבעל למידע. ואפ"ה מהני ברי בהדי חזקה להוציא ממון. וא"כ אמאי פטורין. א"ו דחזקה זו דאין אדם חוטא ולא לו היא קילא מן חזקת הגוף וגם מחזקת שליח עושה שליחותו. ולכן אינה מצטרפת לברי בממון ועוד יתבאר לקמן בזה:

עוד ראי' דאין עד אחד נאמן גם ברוב המסייע לי'. מהא בב"י אהע"ז (סי' קנ"ו) לפי הסוברים דאין עד אחד נאמן ביבמה דאין נאמן לומר דכלו לו חדשיו ג"כ. והרשב"א בתשובה (סי' אלף רנ"ב) כתב דהאיבעיא דעד אחד ביבמה הוא גם כן בניתן בן. אף דאיכא רוב המסייע כמש"כ הב"ש שם עיי"ש:

ונ"ל עוד ראי' לזה בהקדם חקירה אחת. כתבתי במ"א, אם בברי ושמא ועד אחד מסייע להברי מהני להוציא ממון מהשמא המוחזק. והנה מטעם דבעד איכא חזקה דאין אדם חוטא ולא לו. דיהא מצטרף לברי כמו חזקת הגוף בכתובות וחזקת שליח עושה שליחותו לברי. כבר כתבנו דליתא. ומהא דאמרינן בב"ק (דף מ"ו) אפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המוציא מחברו עליו הראי'. ג"כ אין ראי' דנוכל לפרש ראי' בעד אחד. וכמו כן לפי מה דמוקי שם בזה כלל גדול בדין המוציא מחברו ע"ה. דקאי אהא דאין הולכין בממון אחר הרוב. ג"כ אין ראי' דרובא עם עד אחד לא מהני מדבעי ראי'. דשפיר נוכל לפרש ראי' בעד אחד:

[ובזה פירשתי לשון הש"מ בב"ק (דף י"א) יביא עדים תימא לפר"ת דפי' דע"א פוטר משבועה א"כ ל"ל עדים בע"א סגי. וליכא למימר דלאו דוקא נקט עדים דהא כ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים עד שיפרש לך הכתוב אחד עכ"ל הרא"ש ז"ל עכ"ל. והנה הא דלא דקדק מלשון הש"ס דנקט עדים והוצרך לדקדק מהא דכ"מ שנאמר עד אף דלא כתיב בפירוש אלא מדרשא אתי'. היינו משום דהרא"ש לטעמי' בפ"ק דב"מ דעדים עדות המועיל קאמר. אך אמאי לא הביא ראי' דבעי שנים מהא דב"מ פ"ג הא יש רואה יביא

דאי' ויפטר וראי' משמע שנים. ואף דבתוס' ב"ק שם מבואר דהי' להם הגירסא עדים. מ"מ הא הרא"ש בפרק השוכר את האומנין כתב הגירסא יביא ראי' ויפטר. א"ו דגם ראי' יש לפרש בעד אחד ועדות המועיל קאמר]:

וכן אין להביא ראי' מהא דלא קאמר בשבועות (דף ל"ב) הכל מודים בעד אחד כה"ג בברי ושמא עם עד אחר והוצרך לומר בנסכא דר"א. היינו משום דכיון דלא מהני אלא בהדי ברי לא שייך בעד אחר. וכמו כן צ"ל אי עד אחד ברוב מהני להוציא ממון הא דלא קאמר הכל מודים בכה"ג, משום דכיון דלא מצטרף אלא בהדי רובא לא שייך בזה הכל מודים בעד אחד. דמאן דס"ל ברי ושמא ברי עדיף דמהני ברי להוציא ממון סובר דמהני רובא. וכיון דאביי הוא דקאמר הכל מודים בעד אחד. ואיהו ס"ל בב"ב (דף קל"ה) דברי ושמא ברי עדיף א"כ לדידי' רוב לחודא ג"כ מהני להוציא ממון. ולכן לא קאמר הכל מודים בעד אחד עם רובא. אך בתוס' ב"מ (דף צ"ז) כתבו להדיא דאביי ס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב:

אך לענין הא דלא קאמר הכל מודים בעד אחד בברי ושמא. אתי שפיר לשיטתי' דס"ל דברי ושמא ברי עדיף וא"כ בלאו עד אחד מהימן. וזה נ"ל יותר ממש"כ לעיל כיון דאינו בא אלא ע"י ברי לא חשיב. דלהסוברים דאין ע"א מחייב שבועה אלא כשהתובע טוען ברי. ויתבאר לקמן (סי' ע"ה). אין מספיק זה דלדידהו הא דהכל מודים בע"א דר' אבא ג"כ מיירי בטענת ברי דתובע ואפ"ה קאמר הכל מודים בע"א. וא"כ ה"מ למימר ג"כ היכא דהלה טוען שמא. ואין ל מר דשאני זה כיון דאין מתחייב אלא במה שהלה טוען שמא לא חשיב בעד אחר א"כ בנסכא דר"א נמי לא מתחייב אלא במה שטוען טענה גרוע דידי' חטף. אבל אי הוי טען להד"ם הי' מהימן. לכן תי' שני עיקר:

אמנם יש להביא ראי' דעד אחד המסייע להברי לא מהני בממון להוציא מהשמא המוחזק. מהא דלהסוברים דעד אחד אינו מחייב שבועה אלא בצירוף טענת ברי דהתובע. א"כ למה כתבו בעד אחד אומר לחברו מנה לי בידך והלה אומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דמחוי"ש ואיל"מ תיפוק לי' דעד אחד בלא"ה מהימן בהדי ברי וכמו שהקשו התוס' בכתובות (דף י"ב) כה"ג למ"ד ברי ושמא ברי עדיף איך משכחת מחוי"ש ואיל"מ. ותירוצם לא שייך בזה. א"ו דעד אחד עם ברי לא מהני להוציא ממון. וש"מ דחזקה דעד משום דאין אדם חוטא ולא לו קילא מחזקת הגוף וכמו שנתבאר:

ובמ"א ביארתי עוד לחלק דהא דמבואר בכתובות דחזקה בהדי ברי מהני להוציא משמא. היינו דלהברי איכא ג"כ חזקה דאין אדם חציף לתבוע דבר שאינו שלו. אך זה אינו ויותר נראה כמש"כ דהך חזקה קילא מחזקה דחזקת הגוף. וגם אין לומר מטעם חזקת כשרות

דעד. (עש"ך סי' מ"ו) דחזקה זו אלים דלעומת זה יש גם להבע"ד חזקת כשרות וכדקיי"ל דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא ולכן אין עד אחד קם רק לשבועה. נתבאר מזה דברי עם עד אחד לא מהני להוציא מהשמא:

ומעתה יש ראי' גדולה דגם ברובא לא מהני עד אחד דהא התוס' בב"מ (דף צ"ז) לכ"מ דקאמר בריש הפרה דזה כלל גדול בפי' המוציא מחברו עליו הראי' דאתא. דאפי' ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא. אז דאתא דאין הולכין בממון אחר הרוב דלמאן דאית לי' ברי עדיף אתא להא דאין הולכין בממון אחר הרוב. וא"כ חזינן דברי עדיף מרובא דבברי אית לי' דמהני. ורובא לא מהני. וכן משמע בכתובות (ד' ע"ז) ודקארי לה מק"ל. כיון דרוב נשים בתולות נשאות כברי ושמא דמי עיי"ש דלהמסקנא אינו כן. וכיון דברי עם אחד לא מהני בממון. כן רובא עם עד אתר לא מהני דגרע מברי ושמא:

לכן אחר שהראנו פנים לכאן ולכאן. נ"ל דכמו שחלקנו לעיל בין חזקה לחזקה. כמו כן יש לחלק בין רובא לרובא וכמוש"כ תוס' בכתובות (דף ט"ז) וב"ב (דף צ"ג) דרוב נשים בתולות נשאות עדיף מרוב הנשאות בתולות יש להן קול. וכה"ג כ' תוס' בסנהדרין (דף ג') דרובא לרדיא ובני לא חשיב כשאר רובא. וא"כ עד כאן לא כתב המחנה אפרים דרובא עם עד אחד מהני אלא כההוא רובא דלא עבדי אינשי למיפרע מיד דהוי רוב גמור. משא"כ היכא דאינו רוב גמור כמו בעד אחד ביבמה דמיעוט נפלים מצוי כמוש"כ בנדה (דף מ"ד) בתוס' שם. לכן לא מהני עד אחד בזה. וע"כ מאן דאית לי' ברי עדיף מוקי להא דהממע"ה בשור שנגח את הפרה לרובא דרדיא דלא הוי רוב גמור. משא"כ ברוב גמור שפיר י"ל דמודה דאזלי בתר רוב כמו לשמואל דברוב מעליא מודה דאזלינן בתר רובא וכיון שביארנו דבחזקה אלימתא עם רובא מהני בממון. א"כ גם עד אחד ברוב גמור מהני. דבזה ליכא ק"ו דלעיל אם חזקה בהדי רובא לא מהני כ"ש עד אחד דגרע מחזקה. דבחזקה אלימתא בהדי רובא ג"כ מהני. וא"כ ה"ה בע"א עם רוב גמור מהני ג"כ:

סעיף ז:

אינו נאמן. הש"ך ברשע ועשה תשובה אי לקטן מדמינן לי' ומהימן בקיום שטרות. או לעבד ועכו"ם מדמינן לי' ואף בדרבנן לא מהימן, ומסיק דפסול משום עבירה כמו גזלן אינו נאמן וחזר בו ממש"כ (בסי' ל"ד). וכן הסכימו לזה המפרשי' ונ"ל ראי' לזה ג"כ ממש"כ המרדכי בפ"ק דגיטין דנכרי' כשרין לעדות דלא בעינן ישראלים בעדות. וכ"כ בהג"ה אשר"י בפ"ק דגיטין שם. וז"ל אהא דאמרינן בגיטין (דף ט') כל השטרות העולין בערכאות כשרים קא פסיק ותני ל"ש מכר ול"ש מתנה בשלמא מכר מכי יהיב זוזי קמיי' הוא דקני ושטר לראי' בעלמא הוא. אי לא יהיב זוזי קמייהו לא הוי מרעי נפשייהו וכתבי

לי' שטרא. וא"ת א"כ משה ואהרן אמאי לא מהימני הא ודאי לא מרעי נפשייהו וי"ל דעכו"ם אינם פסולים מה"ת אלא מטעם שהם גזלנים והני דידעי בנפשייהו דלא מרעי נפשייהו מהימני ע"כ. וכיון דפסול עכו"ם אינו אלא מטעם שהם גזלנים וכיון דעכו"ם לא מהימן ש"מ דגזלן לא מהימן ג"כ בזה. ובתשב"ץ (ח"א סי' ע"ח) כתב דעכו"ם פסולים מה"ת משום דסתמן רשעים. דאפי' ישראל מיפסל משום אל תשת רשע עד. ולכן א"צ קרא לפוסלן. ומעתה אם הם לא מהימני ה"ה ברשע ועשה תשובה ג"כ לא מהימן:

ועל המרדכי הנ"ל דס"ל דבמוחזקים לנאמנים מהימני וכן היא שיטת רש"י בגיטין (דף ט'). דכיון דמצווין על הדינין בני עדות נינהו. קשה מהא דתנן בנדה (דף נ"א) יש שכשר להעיד ואינו כשר לדון ומוקי בסומא בא' מעיניו דלא כהלכתא. נוקמי בעכו"ם מוחזקים לנאמנים דכשרין להעיד ופסולין לדון משום דאפי' גר אינו יכול לדון. ונ"ל דלפ"מ שגזרו על העכו"ם שלא להעיד גם על הנאמנים גזרו משום לא פלוג. ורק על ערכאות לא גזרו. ובזה ניחא הא דאמרינן בגיטין (דף י"א) רב הונא סכר לאכשרי' בכנופיתיא דארמאה א"ל ערכאות תנן. והוא דהי' סבור כל דמוחזקים לנאמנים כשרים א"ל ערכאות תנן דגזרו על כולם זולת על ערכאות דלא גזרו:

ועוד נראה דלכאורה קשה ג"כ הא דלא קאמר שם בנדה (דף נ"א) ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון דהיינו גר ומשוחרר דכשרין להעיד ופסולין לדון. ונראה דהתוס' שם בנדה (דף נ') כתבו וא"ת אמאי קאמר לאתויי סומא ופליג אסתמא דסנהדרין נימא לאתויי אוהב ושונא דכשרין להעיד ופסולין לדון כדאמר בפרק ז"ב לרבנן דר"י. וי"ל דלא פסיקא לי' שהרי לכל העולם כשרין ע"כ. וא"כ כיון דאיתא ביבמות (דף ק"ב) דגר דן את חברו דבר תורה, עליך הוא דבעינן מקרב אחיך. אבל לא על גר חברו וא"כ משוחרר ג"כ דן חברו משוחרר. וא"כ לכך לא קאמר לאתויי גר ומשוחרר דאין כשרין לדון משום דלא פסיקא להו דכשרין לדין חבריהם. שוב מצאתי כן בריטב"א פ"ק דקדושין (דף י"ד) ובחי' הר"ן סנהדרין (דף ל"ו) עיי"ש:

עוד תי' א"נ מתני' לא מתוקמא כרבנן. דהא קתני כל הכשר לדון כשר להעיד. והרי סומא בשתי עיניו לרבנן דכשר לדון כו' ואלו להעיד פסול עיי"ש. וא"כ א"ש דלכך לא קאמר גר ומשוחרר וקאמר בא' מעיניו וכר"מ. משום דבלא"ה לא אתיא כרבנן מרישא דמתניתין. וא"כ ניחא ג"כ דלא קאמר בעכו"ם נאמנים:

והרמב"ם בפירוש המשניות כ' וז"ל ואשר חייב שלא שם הש"ס זאת המשנה באוהב ושונא אשר הוא כשר להעיד כפי סברת חכמים ופסול לדון כו' להיותו ענין נעתק במהרה. והוא שישוב השונא אוהב וישוב תיכף על ענין האמצעות ואין בכחו אלא

שיאמר ויש שהוא כשר להעיד ואינו כשר לדון ע"כ. ולדידי' צ"ע מהא דלא קאמר גר ומשוחרר כיון דלא ס"ל הנך תירוצים דלעיל. ולהדיא כ' הרמב"ם (ס"פ ט"ז מה' עדות) ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון האוהב והשונא והגר והמשוחרר ע"כ. בהא דמסיים הרמב"ם שם וכן הזקן וממזר דכשרין להעיד ואינן כשרין לדון דיני נפשות. דאינו אלא בדיני נפשות. וכשרין לדון ד"מ. אבל גר ומשוחרר דפסולין גם לד"מ הו"ל לאתויי. אלא כיון דלא שייך בהו האי תירוצא דכ' באוהב ושונא להענין נעתק. וי"ל דניחא לי' יותר לאוקמא דלא כהלכתא ולאתויי דיש כשר להעיד בבא מישראל ולא בבא מאינו ישראל: ויותר נראה דמדקאמר לאתויי מאי אהא דיש מי שכשר להעיד ואינו כשר לדון דמשמע דקאי אירישא דכל הכשר לדון כשר להעיד דמרבה בזה הכלל מידי דרבותא ולכן קאמר דלאתויי בא' מיניו וכר"מ דאיכא רבותא בזה. וא"כ ה"פ דיש מי שכשר להעיד ואינו כשר לדון הוא גר ומשוחרר והכלל מרבה רבותא דאחד מיניו. ולזה הקשו דנימא דזה הכלל מרבה באוהב ושונא דהוא ג"כ רבותא דלא כר"מ ותירצו מה שתירצו ולרש"י דעכו"ם כשר לעדות משום דבני דינין נינהו ולא קאמר לאתויי עכו"ם דהוי רבותא. דהא איכא מ"ד דאין ב"נ מצווין על הדינים כמבואר בסנהדרין (ד' נ"ו) ותירץ כתירץ התוס' דלעיל. והרמב"ם דלא ס"ל תי' התוס' דלעיל לשיטתו אזיל דס"ל דפסול לעדות מדאורייתא מאחיך. או י"ל כיון דאין כשרים לעדות אלא בז' מצות ולא בגיטין וקדושין ולא בכל מילי דאין שייכים לכן לא פסיקא לכוללם במי שכשר להעיד כמוש"כ תוס' דאין לכלול באינו כשר לדון אוהב ושונא כיון דלשאר עדות כשרים. ה"נ אין לכלול בכשר להעיד את שאינו כשר לכל עדות. או דאין לכלול עכו"ם כיון דאיכא בהם מין דאינם כשרים אם הם אינם מוחזקים לנאמנים וא"ש:

הב"י בסי' זה הקשה על שי' רש"י בגיטין (דף ט) והמרדכי הנ"ל דנכרים כשרים לעדות אם הם מוחזקים לנאמנים מהא דתנן ב"ק (דף ט"ו) עפ"י עדים בני חורין בני ברית למעוטי עבדים ועכו"ם. ונראה דאדרבה מכאן סייעתא לדבריהם ז"ל. דהרמב"ם בפי' המשניות הק' מאי איריא דתני כאן למעט עכו"ם ולא בשאר מקומות דבעינן עדים. וחי' דס"ד כיון דבנזקין אין מצוין שם עדים כשרים גם עכו"ם ליתכשרי קמ"ל. והטור בסי' ת"ח תי' דקמ"ל דגם לעכו"ם בעינן עדות כשרים עיי"ש. והנה הפ"י בגיטין שם כתב דהא דכ' רש"י דבד"מ כשרים נכרים לעדות אינו אלא בממון דמהני הודאת בע"ד ולא אברי סהדי אלא לשקרי. א"כ הדבר מסור לב"ד דהיכא דהוחזקו דלא משקרי נאמנים. וא"כ בקנס דלא מהני הודאה אין נאמנים. והרי התוס' בב"ק (דף י"ד) כתבו. דגם למ"ד תנא שור לרגלו אשמעינן גם במידי דלא איירי בי' דהיינו קנס ע"ש וא"כ לכך תנא כאן דנכרים

פסולים. משא"כ בעלמא כשרים. אבל הרמב"ם לשי' שכתב (בפ"ט מה' עדות) דפסולין מאחיך לכן תירץ תירוץ אחר כנ"ל בזה:

ועוד:

נראה דהרי טעמו של רש"י דכשרים לד"מ כ' בגיטין (דף ט') משום דמצווים על הדינים. והרי בסנהדרין (דף נ"ז) אמרי' אמר רבא לא נצרכא אלא לדיני קנסות. ופרש"י דבני נח לא הוזהרו על כך. וא"כ לאו בני בני דינים נינהו בקנסות. ופסולין להעיד ולכן כאן פסולין. לכן הרמב"ם לשי' דיליף דינים בבני נח מויקרב ולא מויצו כמוש"כ בס"א ובס"ז וא"כ מצווין בקנסות גם כן לכן תי' תירוץ אחר כנ"ל. ולא הבנתי מה שהק' בתשב"ץ הנ"ל להסוברים דמה"ת כשרים לעדות היכא דלא משקרי דא"כ אמאי פסולין בגיטין דהרי מבואר להדיא ברש"י גיטין (דף ט') דלאו בני כריתות נינהו אלא די"ל דבחולין (דף י"ג) אמר מר שחי' עכו"ם נבלה וליחוש שמא מין הוא. ומסיק דאין רוב מינין בעכו"ם אלא מנהג אבותיהם בידיהם. ומבואר שם בתוס' בד"ה שחי' דמין עכו"ם גרע ממומר ישראל. ומבואר בסכ"ב סי' ל"ד דמומר ישראל פחותים מעכו"ם. ובודאי דפסול מדאורייתא גם כן. וא"כ איך כשר לד"מ ניחוש שמא מין הוא ובממון אין הולכין אחר הרוב. וסברת הפלאה בכתובות מאחר דאזלי' בשארי דברים בתר רובא מהני גם בממון. לאו כ"ע ס"ל כן. ולתוס' סנהדרין (דף ג') דברוב מעליא אזלי' בתר רובא ניחא. אבל לתוס' ב"ק (ד' כ"ז) צ"ל דהאי מיעוט הוי מיעוטא דמיעוטא דלא חיישי' בממון כמוש"כ בסי' י"ח בזה:

סעיף ח:

שוטה פסול. וכ"ה ברמב"ם (פ"ט הלכה ט') שכתב וז"ל השוטה פסול לעדות מה"ת לפי שאינו בן מצות. וכתב הכס"מ זה פשוט ומבואר בכמה מקומות. ומש"כ לפי שאינו בן מצות צ"ע היכא איתא. ובתוספתא דשבועות פ"ד איתא או ידע להוציא את השוטה. ור' עקיבא יליף מודרשת וחקרת וכי יש חוקרין לשוטה ולקמן נעתיק התוספתא כולה מזה: והא שכתב הרמב"ם לפי שאינו בן מצות נראה דלמד כן מהא דאיתא בב"ק (דף פ"ח) דיליף פסול דעבד לעדות מגזלן וקטן או אשה שאינן בכל המצות. זה מפני רשעו וזה מפני שלא נצטווה. [ושם (דף ט"ו) ואי אשמעינן עכו"ם משום דלא שייך במצות. הרי דזה טעם מספיק לפסול לעדות. וה"ה שוטה דאינו בן מצות דפסול לעדות] לכן כיון דשוטה פטור מן המצות פסול לעדות. משא"כ לקמן (הלכה י"א) שם בחרש לא סגי בטעמא דאינו בר מצוה לבד. אלא משום דאין ראוי להגיד בב"ד ג"כ. דנפ"מ בשומע ואינו מדבר דבר דעת הוא אלא דפומייהו הוא דכאיב להו. כדאיתא ביבמות (דף ק"ד)

עיי"ש, וחייב במצות כמבואר בכ"ד ובגיטין (דף ע"ח) כפקחין לכל דבריהם לכן פסולו משום הגדה בלבד:

והרמב"ם שם (הלכה ז') כתב הקטנים פסולין לעדות מה"ת שנאמר בעדים ועמדו שני האנשים. אנשים ולא קטנים. וכ"ה בב"ב (דף קנ"ה) וברש"י ב"ק (דף פ"ח) עיי"ש. ומעתה י"ל דהא דכתב הרמב"ם בשוטה לפי שאינו בן מצות הוא משום דכיון דחזינן דהתורה מיעטה קטנים מעדות. וע"כ משום שאינם בני מצוה א"כ ה"ה לחרש ושיטה. וכמש"כ שם (הלכה י"א) דחרש ג"כ פסול משום שאינו בן מצות עיי"ש. וכיוצא בזה כתב רש"י בגיטין (דף כ"ג) דמויקחו להם איש ממעטינן שליחות לקטן והיינו משום דאין להם דעת. לכן ממעטינן גם חרש ושוטה משום דלאו בני דיעה נינהו. וכמש"כ רש"י להדיא בגיטין (דף ה') ד"ה חוץ דכקטנים הם בלא דעת. וכן בשבועות (דף ל"ח) תנן אין נשבעין על טענת חש"ו וקאמר שם בגמרא (דף מ"ב) מ"ט א"ק כי יתן איש. ואין נתינת קטן כלום. וכתב רש"י דהא איש כתיב והחרש והשוטה כקטנים הם בלא דעת ע"כ. וא"כ ה"נ בעדות כן. הארכתי קצת בזה לפי שראיתי שיבוש במחברים בזה:

ומכל האמור נתבאר דמאיש ליכא למעוטי חרש ושוטה. וכן בירושלמי ריש מס' תרומה את כל איש פרט לקטן. אשר ידבנו פרט לחרש ושוטה. ולא ממעט מאיש וכן ביבמות (דף ק"ד) משום דלאו בני קריאה נינהו. ולא משום דכתיב איש בפרשה. ובירושלמי דקדושין (פ"א ה"ג) הגע עצמך שהי' חרש א"ל איש הגע עצמך וכו'. ופי' הפ"מ א"ל איש כתיב בזכי' ואפי' חרש ע"כ. הרי להדיא דחרש בכלל איש הוא. ומכל אשר ביארנו נתבאר דיפה פירש הפ"מ שם כן ואכמ"ק לזה:

ומה שהקשה הלח"מ דלמה כ' הרמב"ם משום שאינן בני מצוה ולא משום דלאו בני דיעה נינהו. נראה פשוט לפ"מ שכתב הרשב"א בחולין (דף י"ב) בשם הרמב"ן דהא דממעטינן חליצת קטן דפסול מאיש ולא משום דאינו בן דעת הוא. משום דאפי' ביש לו דעת כמו בהגיע לעונת הפעוטות ג"כ פסול. [וכ"כ הר"ש פ"א דתרומות הא דממעט מאיש אשר ידבנו פרט לקטן ולא קאמר משום דאין לו דעת דנפ"מ בהגיע לעונת נדרים דיש לו דעת ואפ"ה גזה"כ גדול ולא קטן עיי"ש] וה"נ בעדות כן. וזהו שדייק הרמב"ם וכתב בקטן אפי' דעתו נכונה. והיינו דממעטינן מאיש דאינו בן מצות. ולכן כ' גם בחרש ושוטה משום דלא בני מצות נינהו. והא דכ' רש"י בכל הנך דוכתי שהבאנו לעיל בקטן משום דלאו בן דעת הוא. אף דמאיש ממעטינן קטן גם ביש לו דעת. היינו דסתמא דמילתא אין להם דעת. אבל גם ביש להם דעת ממועט מאיש משום דאינו בן מצות. וה"ה לחרש ושוטה כן ועמש"כ לקמן סי' תכ"ה עיי"ש:

וק"ל על התוספתא דמפיק שוטה מאו ידע לפוסלו לעדות תיפוק לי' דהוי עדות שאאילה"ז דהרי הוא מהני דפגיעתן רעה דהן שחבלו באחרים פטורים. וי"ל כמוש"כ לקמן (סי"ב) דנפ"מ דאינו בגדר עד כלל דאם היו בין כשרים דאינו מבטל עדות הנשארים. או דאם נשתפה בשעת עדותו דאז מצינן לקיים בי' כאשר זמם. אפ"ה פסול דבעינן תחלתו וסופו בכשרות. ועיין לקמן (סי"ב) בזה. או לעדות בן גרושה וחלוצה:

ולא שוטה שהוא הולך ערום ומשבר כלים וזורק אבנים בלבד. אלא כל מי שנטרפה דעתו. נראה דלמד כן מהא דפריך בנדה (דף י"ג) ושנטרפה דעתו היינו שוטה עיי"ש. ואח"ז ראיתי שכוונתי ב"ה להגר"א ז"ל שכתב כן: סעיף ט':

הנכפה בעת שהוא בריא כשר. אחד הנכפה מזמן לזמן. ואחד הנכפה תמיד בלא עת קבוע. באהע"ז (סי' קכ"א ס"ג) מבואר מי שהוא עתים חלים ועתים שוטה כשהוא חלים הרי הוא כפקח לכל דבריו ואם גירש באותה שעה גיטו גט ואפילו חלים בעלמא שאינו שפוי' לגמרי עכ"ל, וכ' הב"ש עתים חלים היינו כשידוע הזמן כשהוא חלים ואז דינו כפקח ע"כ. וכהב"ש מבואר בב"י שם שהביא דרבינו ירוחם בנתיב ב' הביא בשם הרמ"ה אם אין אנו יודעים בודאי הזמן שעומד בו והזמן שהוא שוטה ה"ז ספק ע"כ. אבל באמת בכאן בעדות מבואר דאפילו אין ידוע הזמן כשר. וכהב"ש מבואר באו"ז (סי' תשע"ח) שהשיב על אשה שהיא עתים שוטה ועתים חלומה כי לית לה תקנתא להתגרש וכו' ואם עניינה כך לפעמים יום או יומיים שוטה. ופעמים שבוע אחת חלומה. ושבוע אחת שוטה ואין לה עתים קבוע מספקא לי' וכו' ולשון הירושלמי משמע כן דקאמר עתים חלומה דמשמע זמן קביע ע"כ. והוא הירושלמי פ' חרש מובא בתוס' יבמות (דף קי"ג) ד"ה יצאת. ובנוסח הירושלמי שלנו פעמים. אבל באמת הוא ברייתא בר"ה (דף כ"ח) מי שהוא עתים חלים ועתים שוטה כשהוא חלים הרי הוא כפקח לכל דבריו וכשהוא שוטה הרי הוא כשוטה ע"כ. וא"כ מבואר דלשון עתים משמע שהוא זמן קבוע וכהב"ש בזה:

סעיף י':

הפתאים ביותר שאין מכירין דברים הסותרין זא"ז כו' ה"ז בכלל שוטים יחשב. בחגיגה (דף ג') אמרינן ח"ר איזהו שוטה היוצא יחידי בלילה והלן בביה"ק והמקרע כסותו. ודעת הרמב"ם דלאו דוקא באחד מאלו נקרא שוטה וה"ה בשאר דברים. אבל דעת ר"א כהן ור"ש משפירא הביאם הב"י באהע"ז (סי' קכ"א) דדוקא מאחד מאלו הוי סימני שוטה. אבל בדבר אחר של שטות לא. וכן משמע דעת הרמ"ה בב"ב (דף קנ"ה) שכ' וז"ל ודוקא שהגיע לכלל שנותיו והביא סימנין ואע"ג דלא ידע בטוב מו"מ. והוא שלא נראו בו סימני שטות המפורשים בחגיגה ע"כ. ובישו"ש פ"ק דחולין (סי' ד') פסק כהרמב"ם ז"ל בזה.

ובטיו"ד (סי' א') כתב וז"ל ושוטה היוצא יחידי בלילה או מקרע כסותו או לן בביה"ק או מאבד מה שנותנים לו אפי' באחד מאלו אם עושה אותו דרך שטות נקרא שוטה ע"כ. והמפרשים כתבו בזה ליישב לשון הטור שכתב אפי' באחד מאלו אם עושה אותו דרך שטות נקרא שוטה הא כבר כתב או. או. א"כ למה לי' למיכפל ולכתוב אפי' באחד מאלו עיי"ש בפרישה וט"ז וש"ך מש"כ בזה:

ולענ"ד נראה לפרש בפשיטות דהטור דעתו לפסוק כהרמב"ם ז"ל דשוטה נקרא לאו דוקא בהני דקתני בחגיגה אלא גם בדבר אחר של שטות ה"ז בכלל שוטה. אלא דקשה לפ"ז למה דנקט הברייתא בחגיגה הני דוקא ולא אחריני ולזה י"ל דהרי בחגיגה שם פריך התם אדרב הונא דס"ל דהא דקתני היוצא יחידי בלילה והלן בביה"ק והמקרע כסותו עד שיהא כולן בב"א. היכא דמי אי דעביד להו דרך שטות. אפילו בחדא נמי ואי דלא עביד להו דרך שטות. אפילו כולהו נמי לא. ומשני לעולם דעביד להו דרך שטות. והלן בביה"ק אימר כדי שתשרה עליו רוח טומאה הוא דקא עביד. והיוצא יחידי בלילה אימר גנדריפס אחזי'. והמקרע כסותו אימר בעל מחשבות הוא כיון דעביד לכולהו הוי' לי' כמי שנגח שור וחמור וגמל ונעשה מועד לכל. וא"כ לר"י דס"ל דאפי' בחדא נמי נקרא שוטה צ"ל דוקא דקא עביד דרך שטות דאל"כ איכא למיתלי בהני אימור דקאמר הגמ'. וכן הא דתניא התם איזהו שוטה המאבד מה שנותנים לו בעינן ג"כ דרך שטות משום דאיכא למימר אימור קנביקיס הוא. כמבואר בירושלמי. וא"כ שפיר ניחא הא דקתני בחגיגה הני דלאו דוקא נקטי שם הברייתות הני אלא לרבותא. לא מיבעיא במי שיש לו שאר סימני שוטה. דשוטה הוא. אלא אפילו הני דאיכא למיתלי במילתא אחריתי אפ"ה אי עביד להו דרך שטות נעשה שוטה:

וזהו שכ' הטור ושוטה. היוצא יחידי בלילה. או מקרע כסותו. או לן בביה"ק. או מאבד מה שנותנין לו ולפי הבנת המפרשים דהטור ס"ל דדוקא בהני נעשה שוטה. א"כ הי' לו לומר ושוטה זהו היוצא יחידי וכו' אלא דקדק וכתב היוצא. וכוונתו הכי הוא דלא מיבעיא בשוטה שדעתו משובשת תמיד דשוטה הוא. אלא אי מתרמי שוטה כזה היוצא יחידי. או מקרע. או לן. או מאבד. אפי' באחד מאלו (דאיכא למיתלי באומר כמו דאמר בגמ') אם עושה אותו דרך שטות נקרא שוטה ופי' כיון דמ"מ עושה דרך שטות נקרא שוטה גם בהני. ולכן שפיר הוצרך לכפול משום זה להורות דס"ל דאפי' בהני נעשה שוטה. ומכ"ש בשאר דברים דס"ל כהרמב"ם. וכלשון הטור כתבו בשו"ע שם. וא"כ מבואר דדעתו כהרמב"ם ולטעמי' אזיל שפסק כן בחו"מ כהרמב"ם וא"ש ונכון:

[ואח"ז בא לידי תשובת מהר"י ווייל וראיתי שכ' (בסי' נ"ב) וז"ל דודאי הא דפליגי ר"ה ור"י פרק קמא דחגיגה איזהו נקרא שוטה היינו אעפ"י שלא ראינו בו שטות אלא מקרע כסותו כו' דאטו אי אינו מקרע כסותו ואינו לן בביה"ק ואינו יוצא יחידי בלילה ובשאר כל דרכיו הוא עושה שטות דלא נקרא שוטה אתמהה. א"ו הא דפליגי היינו דוקא שלא ראינו בו שום שטות אלא זה. ואפ"ה הוי שוטה ואעפ"י שמשיב כהוגן עכ"ל. וא"כ לפ"ז מיושב שפיר הא דלא נקט בברייתא אלא הני דלרבותא נקט אפי' הני. ולזה י"ל דנתכוון גם הטור. אכן פי' הראשון שכתבתי לעיל נ"ל עיקר] מבואר מזה דאין חילוק בין עדות לאיסורין. דלא כי"א דהרמב"ם לא כתב כן אלא לענין עדות. וראי' לזה מהיש"ש פ"ק דחולין (סי' ד') (ולכך כ' הרמב"ם דשכור שנתבלבלה דעתו דינו כשוטה. משמע מזה דעתו דאין לחלק בין עדות לאיסורין וכמ"ש:

וכתב המהרי"ט (ח"ב סי' ט"ז) דזהו דוקא בעדות דצריך להעיד על מה שעבר אבל בגיטין קדושין מכי מסברי לי' וסבר שפיר דמי. ובח"ס (ח"ב סי' ב') כ' דלאו דוקא בעדות. והביא ראי' מהא דבכל דוכתי לא הוזכר מהפתאים. וגם הרמב"ם לא הזכירו בכ"מ אלא בה' עדות. וע"כ הוא משום דהוא בכלל חרש משום שאין בו דעה. ורק בה' עדות הזכירו. משום דבעדות פסול החרש הוא משום שאינו ראוי להגיד ואינו בדרישה וחקירה כמבואר ברמב"ם שם ע"כ הוצרך לכתוב הפתאים בפירוש. וק"ל דלפ"ז בחליצה דפסול חרש הוא משום שאינו בואמר ואמרה כמבואר ביבמות (דף ק"ד). וא"כ הי' לו לרמב"ם לכתוב בה' חליצה את הפתאים בפירוש כמו שעשה בה' עדות. גם מה שהק' שם דלמה תני בכ"מ שוטה אצל חרש דידעינן במכ"ש מחרש דגרוע מחרש. והביא מתוס' גיטין (דף כ"ב) דגרוע מחרש עיי"ש. [וכן משמע בשבת דף קנ"ג] לזה י"ל דהא דסתם חרש מיירי באינו מדבר ואינו שומע הוא דוקא אם הוא נישנה אצל שוטה. כמבואר ברש"י חגיגה (דף ב') וירושלמי הובא בראשונים ביבמות שם. א"כ לכך תני שוטה ג"כ לאורויי דגם חרש דכוותי' ולא צריך לפרש דאינו מדבר ואינו שומע דלעולם ישנה אדם לתלמידו דרך קצרה כמבואר בכמה דוכתי כיוצא בזה. וברשב"ם ב"ב (דף קכ"ח) ונתחרש מחמת חולי היינו נמי שוטה דחרש דומיא דשוטה ע"כ. והוא דמשוטה ידעינן פירושו של חרש ג"כ: ובזה יובן היטיב הא שפירש רש"י בנדה אהא דחרש שדברו חכמים בכ"מ אינו מדבר ואינו שומע ופי' בכ"מ להוציא מכלל בן דעת ע"כ. ואינו מובן מאי בעי בזה. ולהנ"ל ניחא דזהו שכתב בכ"מ דקתני לאינו בן דעת דהיינו דומיא דשוטה. אבל ודאי איכא חרש דאינו מדבר ושומע. או שומע ואינו מדבר אי לא מיירי להוציא מכלל בן דעת דהיינו אי

לא קתני אצל חש"ו. ומזה מבואר כמוש"כ הבכור שור במס' גיטין (דף נ"ט) והנה"מ (ס' רל"ה) עיי"ש:

ועיין ב"י באהע"ז (סי' מ"ד וקכ"א) שהביא מש"כ ר"י בשם הרמ"ה וז"ל ומי שדעתו צלולה ומבין ומשיג הדברים על בוריין אעפ"י שדלה וחלושה קידושיו קדושין גמורים וכן גירושיו ואם אינו משיג שום דבר על בוריו ה"ז בחזקת שוטה ואין קידושיו קדושין גמורים ע"כ. מדכתב אינו משיג שים דבר על בוריו משמע דאם משיג איזה דבר על בוריו אעפ"י שבשאר דברים משובש קידושיו גמורים. וזהו שלא כדברי הרמב"ם שכתב דאם דעתו משובשת בדבר אחד אעפ"י שהוא מדבר ושואל כענין בשאר דברים ה"ז בכלל שוטה וי"ל דל"פ ארמב"ם. דיש לומר כמש"כ האחרונים לחלק דהרמב"ם מיירי בעושה בידים. משא"כ כשהוא בשוא"ת. ויותר נראה דהרמ"ה לשיטתו דמשמע דס"ל בב"ב (דף קנ"ה) כשיטת ר"א ור"ש דאין שוטה אלא בהא דמבואר בחגיגה ולכך אי משיג באיזה דבר על בוריו דיו בזה:

והנה רבים תמהו מאין הוציא הרמב"ם כן דהפתאים ביותר הם בכלל השוטים. ובח"ס תמה דלא מצאנו בשום מקום זכר מזה. וכן מה שמסיק הרמב"ם וכן המבוהלים והנחפזים בדעתם והמשתגעים ביותר הרי אלו בכלל השוטים לא ידענו מאין הוציא הרמב"ם כן:

אמנם לע"ד כל דבריו נכונים דאיתא בסוטה (דף כ"ד) ואלו שב"ד מקנין להם מי שנתחרש בעלה. או נשתטה. או שהי' חבוש בבית האסורים. ושם בגמ' האי איש איש מאי עביד לי'. מיבעי לי' לרבות אשת חרש ואשת שוטה ואשת שיעמום. וכן הוא בברייתא לקמן (דף כ"ז) [ובמדרש פ' נשא עיי"ש וכ"ה בר"ן נדרים פ"א] ופרש"י שעמום לקוי בתמהון לב ע"כ. ובכתובות (דף נ"ט) שהבטלה מביא לידי שעמום פרש"י שגעון. והיינו הך דתמהון לב. כמו דכתיב (דברים כ"ח) בשגעון ובעורון ובתמהון לבב. וכתב אבן עזרא שם שלשתן בלב. ורש"י פי' שם אוטם הלב אשטורדישין בלע"ז ע"כ. ובב"מ (דף כ') תרדא פרש"י משועמם ובב"ק (דף ק"ה) תדורא פי' אין לב. והיינו הך. כמוש"כ. ובכריתות (דף י"ח) פרש"י תרדא שוטה. ובזבחים (דף כ"ה) פרש"י שוטה בהול. וכן פי' הרמב"ם בפי' המשניות בכתובות מלשון בהלה עיי"ש. ובתרגום אונקלוס בדברים שם תרגום על בשגעון בטפשותא. וכ"ה בת"י שם. ומעתה הן הן דברי הרמב"ם דמצינו בסוטה (דף כ"ד) דמדמה שיעמום לשוטה. לכן כתב הפתאים ביותר שהוא בכלל שגעון שהוא טפשותא דלבא וכן המבוהלים הנחפזים בדעתם שהוא בכלל תמהון לב שהוא שוטה בהול. וע"כ פסולין לעדות:

אמנם הרמב"ם (פ"א מה' סוטה) כתב ב"ד מקנין למי שנתחרש בעלה. או נשתטה והשמיט הך דשיעמום. משום דמתניתין ג"כ לא תני זה. ורק הש"ס נקט כן משום דכן איתא בברייתא שם (דף כ"ז). וגם בכ"ד לא תני שיעמום רק חרש ושוטה ודוחק לומר דפליגי אהך ברייתא. אלא ש"מ דהכל נכלל בכלל שוטה. וכיון דתני שוטה שיעמום בכלל. וחדא מילתא היא. ובספרי (סי' קע"ז) איתא להביא את החרש ואת השיעמום. שב"ד מקנין ולא קאמר שוטה כלל. והוא משום דחדא מילתא היא, וא"כ שפיר כתב הרמב"ם דכל אלו בכלל השוטים וכמבואר בהאי סוגיא דסוטה. והא דכתב כן בה' עדות ולא כתב בשארי דוכתי הוא משום דבכלל שוטה ושיעמום הכל בכלל. ולכן לענין עדות דצריך דעת יפה ועיין בנ"י פמ"ש דס"ד באינו יודע בטיב משא ומתן אף במטלטלין לא מהני דצריך בעדות דעת טוב קמ"ל דמהני. ביאר כל הפרטים. משא"כ בגיטין וקדושין י"ל דבמסברי לי' וסבר סגי. ולדעת הר"א והר"ש דשוטה אינו אלא הג' דברים שבחגיגה. י"ל כמוש"כ מהרי"ק דבדומה לזה מודו דהוי שוטה. וא"כ יפרשו הא דסוטה ג"כ כיוצא בזה. [וכמו דבמתניתין לא קתני אצא חבוש בבית האסורין ולא קתני הלך למדה"י כמו דתני בברייתא ובמדרש שם משום דהכל הולך למקום אחד שאינו בכאן. וה"ה לשוטה ושיעמום דחדא מילתא היא וזה ברור]:

או דמפרש"י דסוטה שאני. דגם בשיעמום על הב"ד לקנא מאחר דאין הבעל מקפיד ע"ז. ודמיא להלך למדה"י. אבל בכל הדברים לא הוי כשוטה. או דיש לומר דמיירי באין מבין שום דבר על בוריו דכו"ע מודים בזה. וכמוש"כ הרמ"ה כנ"ל בזה. וכ"ז מיירי בעדות. אבל לא בגיטין וקדושין. וכמוש"כ המהרי"ט וכ"מ מהב"י (סי' קכ"א) דכתב דהרמב"ם לא ס"ל כהר"א ור"ש. דשוטה הוי כארבעה דברים דחגיגה. מהא דכתב בה' עדות בדבר מהדברים ולא הביא ראי' מהא דכ' מהפתאים וכדומה ג"כ. א"ו דוה פשיטא ולא קאי אלא אעדות:

והנה מש"כ הרמב"ם ולא הולך ומשבר כלים וזורק אבנים בלבד הוא דזהו בחינה היותר גדולה. וכמו דמשמע במדרש שוח"ט והובא בילקוט (שמואל א' כ"א) מה הנאה בשוטה הזם אדם מהלך בשוק וקורע את בגדיו כו' שהוא דומה למשבר כלים. ולכן כתב בדבר מהדברים. אבל גם זה אינו דיש פסקים דאינו אלא בעדות ולא בשארי דברים והאריכו בזה בס' אור הישר ובאור ישראל ע"ש:

ובב"מ (דף פ) שפחה זו שוטה הי' נכפית הי' משועממת וכו' ופרש"י משוגעת. והרמב"ם (פט"ו מה' מכירה ה"י) כתב שוטה נכפית היא והשמיט משועממת. משום דלטעמי' אזיל דהכל בכלל שוטה. וכאן בה' עדות סידר כלשון הברייתא דב"מ בתחילה כתב

שוטה ואח"כ נכפית ואח"כ כתב הפתאים וכל המשתגעים שפורט והולך והוא שיעמום כמבואר הכל באר היטיב בדברינו בזה. וברמב"ם שם הי"ג כתב או שהי' נכפה או משועמם ה"ז מום מפני שמבטלו ממלאכתו ולא כ' שוטה. דשוטה שהוא בחינה ראשונה בודאי ה"ז מום. אלא אפילו נכפה ומשועמם שהוא בבתי' השני' הוי ג"כ מום משים ביטול מלאכה. וע"כ כתב הרמב"ם כאן ג"כ כסדר הברייתא שם ולא כסדר התוספתא שהובא בתוס' שם:

ועיין תשב"ץ (ח"ב קל"ח) וז"ל והשוטה הוא הלן בביה"ק והיוצא יחידי בלילה והמקרע את כסותו דעביד לכולהו כדאמרינן פרק הכל חייבין בראי' ע"כ. נשמע מזה דס"ל כהסוברים דווקא באלו. אלא שזה תמוה שכ' דעביד לכולהו וזהו כר"ש שם. אבל ר"י הא פליג שם וס"ל דאפילו בחדא מזה. וכן פסקו כל הפוסקים והוא פסק כר"ה. ואולי סמך על הירושלמי שהביאו התוס' שם דמסתברא כר"מ במאבד מה שנותנין לו. מכלל דבאינך כר"ה דכולהו בעינן בזה. וא"כ יש סמך גדול לצרף במקום עיגון לשאר קולות בזה: אמנם יותר נראה דחסר שני תיבות בתשב"ץ וצ"ל דעביד לכולהו דרך שטות כדאמרי' וכו'. ובס' מנוח לה ר"ה ה"א כתב ושוטה המקרע את כסותו ועביד דרך שטות כדמפרש התם בחגיגה דלא מחייבו ע"כ. וא"כ משמע דס"ל כר"ה לכך לא הביא אלא הך דמקרע כסותו דגם ר"ה הדר בי' כמבואר שם בחגיגה (דף ד') דדמי למאבד מה שנותנין לו וכהירושלמי בזה וא"כ גם התשב"ץ ס"ל כן:

ועוד נ"ל ראי' להרמב"ם דלעדות כל הפתאים בכלל שוטה מהא דחנן בנדה (דף נ') כל הכשר לדון כשר להעיד. ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון ואמרינן שם לאתויי מאי לאתויי סומא באחת מעיניו. הרי הפתאים ודאי פסולין לדון וכמו דאמרי' בכתובות (דף ק"ה) ת"ר כי הפחד יעור עיני חכמים ק"ו לטפשין. ויסלף דברי צדיקים ק"ו לרשעים מידי טפשים ורשעים בני דינא נינהו וכו' [וטפשים בלשון מקרא הוא אויל וכדאיתא בפסחים (דף צ"ט) יפה שתיקה לחכמים ק"ו לטפשים שנאמ' גם אויל מחריש ח כם יחשב ובת"י (משלי י"ח) תרגם על אויל שטיא] וא"כ אי ס"ד דהפתאים כשרין לעדות. א"כ אמאי לא קאמר לאתויי טפשים דכשרין להעיד ואינן כשרים לדון ואתיא אליבא דכו"ע. משא"כ סומא באחת מעיניו אינו אלא כר"מ. א"ו דהפתאים פסולין להעיד ג"כ. ומה גם לפמש"כ בשיטה מקובצת בב"ק (דף פ"ח) דהרשב"א מפרש דגזלן אינו בכל המצות שפסול לדון א"כ כיון דהפתאים פסולין לדון א"כ אינן בכל המצות ופסולין להעיד ג"כ: סעיף י"א:

חרש פסול אחד מדבר ואינו שומע. או שומע ואינו מדבר ודעתו נכונה מפני שצריך להעיד בב"ד בפיו ושיהי' ראוי לשמע דברי הדיינים והאיום שמאיימין עליו. וכ"ה

ברמב"ם (פ"ט הי"א), וכתב הכ"מ שהוא מברייתא דגיטין (דף ע"א) אם לא יגיד פרט לאלם ומשמע לרבינו דה"ה למדבר ואינו שומע דכתיב ושמע קול אלה. ובאמת הוא מפורש כן בתוספתא דשבועות (פ"ד) ושמע להוציא את החרש או ראה להוציא את הסומא או ידע להוציא את השוטה אם לא יגיד ונשא עונו להוציא את האלם ר"ע אומר ודרשת וחקרת וכי יש דורשין לחרשין ויש חוקרין לשוטים ת"ל משפט אחד יהי' לכם כדיני נפשות כך ד"מ מה ד"נ בדרישה וחקירה כך ד"מ בדו"ח ע"כ. וזה שמצטרף רמב"ם דברי הת"ק ור"ע וכתב צריך שיעיד בפיו ויהי' ראוי לשמוע הדיינים ואיום שמאיימין עליו וזה דו"ח. אח"כ ראיתי שכן כתב התומים סיי"ש: ומכאן מבואר דגם שומע ואינו מדבר נכלל בכלל חרש. ומש"כ הסדרי טהרה סי' קצ"ו דזה לא שמענו כו' בשו"ע שם. הרי מבואר גם כאן כן. ועמש"כ לקמן (סי' מ"ו) בזה. וכן מבואר בהתוספתא דשבועות הנ"ל דקאמר וכי יש דורשין לחרשין וקאי גם על שומע ואינו מדבר ג"כ. וביבמות (דף ק"ד) החרש כו' לפי שאינו בואמר כו'. וכן בגיטין (דף נ"ט) עיי"ש: ובתוס' דגיטין שם בד"ה אמר ר"ז וי"מ דאמתני' ל"ק לי' דאיכא למימר דהא דאמר פרט לאלם שאינו יכיל להגיד היינו אלם שאינו שומע דהיינו חרש. אבל אלם לא משמע הכי ע"כ. והוא תמוה הא מבואר להדיא בתוספתא דשבועות הנ"ל ושמע להוציא את החרש כו' אם לא יגיד ונשא עינו להוציא את האלם. והוא בודאי הברייתא דתניא הכא אם לא יגיד פרט לאלם. א"ב איך אפשר לפרש דאלם היינו חרש. דהא זה ידעינן מושמע. ולא מצאתי מי שתמה בזה:

סעיף י"ב הסומא וברמב"ם הלכה י"ב מבואר דזה מאו ראה. וכתב הכס"מ צ"ע היכא איתא. ובהג"ה שם הביא שכן הוא בערכין (דף י"ח). ובאמת מבואר כן בתוספתא פ"ד דשבועות העתקתי לעיל עיי"ש בזה. ולכאורה קשה ל"ל קרא לר' יהודא דס"ל סומא לאו בני דינים ומשפטים הן בב"ק (דף פ"ז). וא"כ הוי עדות שאאילה"ז. דגם אם יוזמו לא יתחייבו מכאשר זמם. ולתי' השני של תוס' ברישׁ מס' מכות דבעדות בן גרושה ובן חליצה לא בעינן אתה יכול להזימן. וא"כ איצטריך או ראה למעט דעדות דסומא לא מהני גם לעדות בן גרושה וחלוצה. אמנם לתי' הא' שם דמשום מלקות מקרי יכול להזימן. א"כ בסומא דלדעת הרבה פוסקים פטור גם ממצות ל"ת. א"כ הוי עדות שאאילה"ז. וי"ל דהרי קיי"ל נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה וכתבו המפרשים דקטן ואשה אינם מבטלים עדות הכשרים דאינן בגדר עד. וא"כ מצד עדות שאאילה"ז הי' מיחשב כפסול והי' מבטל עדות הכשרים [כמבואר ברש"י ותוס' סנהדרין (דף מ"א) דעדות שאאילה"ז

דמי לקרוב או פסול דמבטל כל העדות עיי"ש בזה]. לכך איצטריך קרא דאינו בגדר עד ואינו מבטל עדות הכשרים:

ובזה ניחא מש"כ רש"י בב"ק (דף פ"ח) ד"ה פסולה דקטנים פסולין לעדות משים דכתיב אנשים ולא קטנים. ועוד דעדות שאאילא"ז היא. ועמדו המפרשים דל"ל קרא לקטנים כיון דבלא"ה פסולין משום עדות שאאילה"ז. ועיין תשובת הגרע"א (סי' קע"ו) שכ' נפ"מ בזה. ולפ"מ שנתבאר שפיר איכא נפ"מ לנמצא קטן בתוך הכשרים. דמצד עדות שאאילה"ז הי' מבטל עדות הכשרים. משא"כ מצד דאינו בגדר עד אינו מבטל עדות הכשרים:

ולפ"ז יתיישב ג"כ הא דאיתא בב"ק (דף ט"ו) לימודים דהשווה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה. וכתב הש"מ בשם תלמידי הר"פ להקשות ל"ל קרא דאשה חייבת בעונשין תיפוק לי' מדאיצטריך קרא בשבועות (דף ל') למפסל אשה לעדות מועמדו שני האנשים. א"כ ממילא ידעינן דחייבת בעונשין דאי אינה חייבת בעונשין א"כ בלאו קרא נמי ידעינן דאשה פסול לעדות משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה דלא מצינן לקיים בזה כאשר זמם מאחר דאינה בת עונשין. ולפי הנ"ל ניחא דמטעם עדות שאאילה"ז מבטלת עדות הכשרים. משא"כ השתא דאינה בגדר עד לא מבטלת העדות:

עוד י"ל הא דאיצטריך או ראה לפסול סומא ולא סגי בטעם דהוי עדות שא"א ילה"ז. לס"מ דאיתא לקמן סי"ג דאם הי' סימא בשעת ראיית העדות. ואח"כ הבריא דפסול משום דבעינן תחלתו וסופו בכשרות. וא"כ מטעם עדות שאאילה"ז הו"א דאם הי' סומא בשעת ראיית העדות. ובשעת הגדה הבריא תהא עדותו עדות כיון דאז הוא בר עונשין. לכן כתיב או ראה דבעינן שיהא בריא בעת הגדה ג"כ. וכעין זה כתיב בתשובה שם (סי' קע"ו) דנפ"מ בקטן דאם העיד בגדלותו מה שראה בקטנותו כשר דהא בער הגדה הוא בר עונשין. משא"כ השתא דממעטינן מאנשים ולא קטנים עיי"ש: סעיף י"ג אי מהני בעגונה עדים פסולין ובעת הגדת כשרים. אי מהני אף שלא הי' תחלתן בכשרות. או אפילו בזה בעינן תחילתו בכשרות. בזה האריכו האחרונים ועיין אהע"ז (סי' י"ז) דמהני מאחר דעבד ושפחה וקרובים מהימני לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות וכמוש"כ התוס' בגיטין (דף כ"ג) וכמו שביאר במה"צ בזה:

וכן נ"ל גם בעד סוטה דקיי"ל באהע"ז (סי' קע"ח) דגם קרוב ואשה מהימני דלא בעינן תחילתו וסופו בכשרות. ואפי' רשע דאורייתא דפסיל כמבואר ברמב"ם (פ"א מהל' סוטה) דלא מהימן אלא פסיל בדברי סופרים. מיהא בעשה תשובה מהימן [י"ל מדוע השמיט בשו"ע סי' קע"ח הא דפסיל מדברי סופרים מהימן]:

וי"ל מהא שכ' הרשב"א (סי' תקנ"ב) בעד אחד נאמן לומר שנטמאת עמו ופלגינן דיבורא שלא הי' הוא אלא אחר ע"ש. ול"ל למימר בכה"ג הא י"ל דאף דאין משים עצמו רשע, אמרינן דעשה תשובה. וברובע הוא דאמרינן פלגינן דיבורא משום דאפילו עשה תשובה אח"כ לא מהני דבעינן תחילתו וסופו בכשרות. משא"כ הכא דמהני תחלתו וסופו בכשרות יותר הי' נכון לומר שעושה תשובה ואינו רשע מלומר פלגינן דיבורי' שלא הי' הוא אלא אחר. וי"ל דלא מבעיא להטוש"ע (בסי' מ"ו סל"ז) דערים אין נאמנים שהיו פסולין אף שעשו תשובה. דאמרינן אף בכה"ג אין אדם מע"ר שהי' כבר. אלא אפילו להר"י מיגאש בש"מ כתובות (דף י"ט) דבאומרים שעשינו תשובה מהימני. מ"מ אי לא פלגינן דיבורי' אי משים עצמו רשע ולא אומר שעשה תשובה איך נימא שעשה תשובה. א"ו דאין מע"ר ולא הוי זה אלא אחר כנ"ל בזה:

סעיף י"ד אשה פסולה. כתב הרמב"ם (פ"ט מהל' עדות ה"ב) נשים פסולין לעדות מה"ת שנאמר עפ"י שנים עדים לשון זכר ולא לשון נקיבה עכ"ל. וכ' הכס"מ והראי' שהביא אינה נוחה לי. שהרי כל התורה בלשון זכר נאמרה עכ"ל. ונראה דהרי מיעוט עדים משמע שנים. וא"כ כיון דכתיב עדים ממילא ידעינן דהוי שנים. וא"כ האי שנים מיותר. ובאמת מקשה כן בירושלמי שבועות פ"ד ל"ל שנים הא מיעוט עדים שנים ע"ש. והנה התוס' ביבמות (דף ע"ב) ד"ה ונתן כתבו וז"ל קרא יתירא קדרישו ולא דריש מדכתיב ונתן ולא ונתנה שהרי כל התורה בלשון זכר נאמרה עכ"ל. וכ"ה בתוס' יומא (דף מ"ג). הרי להדיא דהיכא דמיותר לגמרי שפיר דייקינן מדכתיב בלשון זכר ולא לשון נקיבה. וא"כ ה"נ כיון דהא שנים מיותר לכן שפיר כתב הרמב"ם רמזה ידעינן דנשים פסולין לעדות:

ובזה ניחא לי ג"כ הא שכ' הרמב"ם (פ"א מהל' מלכים ה"ה) אין מעמידין אשה במלך שנאמר עליך מלך ולא מלכה. והוא מהספרי. וקשה הא כל התורה בלשון זכר נאמרה. אלא דהוא כמוש"כ התוס' דהיכא דמיותר שפיר ממעטינן מדכתיב בלשון וכר. והאי מלך מיותר הוא דכבר מיירי במלך ואשימה עלי מלך. ולא הו"ל למיכתב אלא שום תשים עליך מקרב אחיך ואתי שפיר: וראי' לזה מהא דאמרינן ביומא (דף י"א) ת"ר ביה"כ ובית האשה חייבת במזוזה כו' פשיטא מ"ד ביתך ולא ביתה קמ"ל ופי' התוס' משום דכתיב ביתך בלשון זכר ע"כ. וקשה הא כל התורה בלשון וכר נאמרה. א"ו משום דהאי ביתך מיותר ס"ד כן. ולפי האמת דחייב שפיר פריך אלא ביתך ל"ל. וכן אמרינן שם מ"ד ובא אשר לו הבית, לו ולא לה. קשה ג"כ כנ"ל א"ו משום דהאי לו מיותר הוא לגמרי ס"ד כן. ולפי האמת פריך האי לו ל"ל. ובתשובת מהר"ח או"ז (שאלה י"א) כ' דבר חדש דהא דנשים פטורין מלמול את בניהם הוא כשיש להן אב משא"כ כשאין להן אב חייבין והא

דממעטינן בקדושין (דף כ"ט) מאותו אין זה מיעוט לגמרי דכה"ת בלשון זכר נאמרה ע"ש. ולהנ"ל ניחא די"ל דאותו מיותר לגמרי דהו"ל למיכתב כאשר צווה אלקים. אותו ל"ל. ולכן סתמו הפוסקים וכ' דלעולם פטורין אף כשאין להן אב ג"כ:

באו"ת הקשה בהא דאמרינן בשבועות (דף ל') ועמדו שני האנשים בעדים הכתוב מדבר אתה אומר בעדים או אינו אלא בבע"ד. דאיך ס"ד דבבע"ד איירי דא"כ מאי איריא אנשים אפי' נשים נמי. ותי' דאנשים למעוטי קטנים דאין נזקקין לטענת קטן עיי"ש. והוא תמוה דהא להדיא אמרינן שם לקמן תניא אידך ועמדו שני האנשים בעדים הכתוב מדבר א"א בעדים א"א אלא בבע"ד. אמרת וכי אנשים באין נשים אין באין לדין ואם נפשך לומר כו' מאי ואנ"ל וכ"ת אשה לאו אורחה משום כל כבודה וכו' נאמר כו' הרי להדיא אי בבע"ד משתעי הא דכתיב אנשים משום דאורחא הוא:

והא דלא קאמר הש"ס הטעם דאנשים אתא למעוטי קטן הוא משום דזה כבר יליף בשבועות (דף מ"ב) דאין נשבעין על טענת חש"ו מ"ט א"ק כי יתן איש אל רעהו. ואין נתינת קטן כלום, וא"כ לכך קאמר משום דאורחא הוא. גם מש"כ דמאנשים אין למעט תרווייהו נשים וקטנים. הרי בב"ב (דף קנ"ה) ממעט אנשים וקטנים. ול"נ דאף דמסתברא דאין למעט מאנשים אלא קטנים מ"מ ממעטינן מאנשים נשים נמי דומיא דאמרינן בסוכה (דף כ"ח) דממעטין נשים מהאזרח. וה"נ כן:

הנה הש"מ בב"ק (דף ט"ו) הקשה ל"ל קרא דואלה המשפטים אשר תשים לפניהם להשוות אשה לאיש לכל דינים שבתורה תיפוק לי' מדאיצטריך למעוטינהו מעדות אלמא שייכי בדינים דאל"כ ל"ל קרא אנשים ולא נשים למעוטינהו מעדות תיפוק לי' דהוי לי' עדות שאאילה"ז. וי"ל דסד"א דמיעוט דעדות איצטריך לעדות בן גרושה וחליצה שאינו בתורת כאשר זמם ואיצטריך למעוטי מעדות. תלמיד הר"ר פרץ ז"ל עכ"ל. ואין לתרץ דהא אשה חייבת בבשת כדכתיב וקצותה את כפה ממון כמבואר בב"ק (דף כ"ח). וא"כ איצטריך למעוטי מעדות שמעידין על בשת דבזה חייבין. די"ל דאף אם מביישי' חייבין מכל מקום בהעידו בזה פטורין דאינם בפרשת עדים זוממין: וי"ל עפ"מ דאיתא בב"ק (דף ס"ז) ר"י אומר סומא אין לו בשת מ"ט דר"י גמר עיניך עיניך מעדים זוממין מה התם סומין לא אף הכא סומין לא. והקשו בתוס' וא"ת אי מה להלן גזלנים ועבדים לא אף גבי בשת ליפטרו. ותי' כיון דעיניך עיניך גמר אע"ג דעיניך אגזלן קאי סברא הוא דלענין דבר התלוי בראי' נתנה גז"ש. ובשיטה כתב ולא מסתבר כלל לפטור גזלן. דא"כ מצינו חוטא נשכר וקרובים נמי בני עדות נינהו לענין רחוקים הלכך מוקי גז"ש דעיניך בדבר התלוי בראי' להקל. ואע"ג דבספרי דריש דבשת משלם ממיטב מגז"ש דעיניך

עיניך מעדים זוממין. מ"מ לענין ליפטור פסולי עדות מבשת מסתבר דדריש דוקא בדבר התלוי בראי' עכ"ל. הרי דהגז"ש דעיניך קדרשת גם לענין שאר דברים אלא דלענין פסולי עדות לא דרשינן אלא בדבר התלוי בראי'. וי"ל דגם רבנן אית להו הך גז"ש לענין מיטב אלא דלא מסתבר להו לדרוש לפטור סימא מבשת כיון דאית להו דחייב בכל המצות. ומעתה א"ש דאי לאו קרא דואלה המשפטים דמצווין בדינים הו"א דפטורין מנזקין. והא דאיצריך למעוטי מעדות כיון דפטורין גם על היזק בידים כ"ש על עדות. ז"א דהו"א דבעדות שהוזמו חייבין דגמרינן מגז"ש דעיניך עיניך דאין גז"ש למחצה מבשת וכמו דחייבות בבשת כן חייבות בעדות שהוזמו אף דפטורין מדינים וא"ש:

ולפמש"כ (בסי' ל"ח) דעדי פרעון הוי עדות אפי' אם הוי עדות שא"א ילה"ז דהטעם דעדות שא"א ילה"ז לא הוי עדות משום דאנו חושדין למשקרים אם לא יענשו כהזמה. וכ"ז דוקא להוציא דמספיקא אין מוציאין. אבל להחזיק אמרינן שמא אמת מעידין. ואין להוציא מספק מהמוחזק. א"כ י"ל דאיצטריך קרא בכה"ג דפסולין להעיד להחזיק. ובפשיטות י"ל דשפיר איצטריך קרא לדינים. ואי דא"כ ל"ל קרא דנשים פסולים לעדות תיפוק לי' דהוי עדות שא"א ילה"ז. די"ל דאנשים אתא למעוטי במעידין על אחד שהוא חייב מלקות דבזה חייבין דזה ידעינן מכל חטאת האדם ופרש"י בקדושין (דף ל"ב) עונשין לאוין ומלקות ולכן איצטריך ואלה המשפטים דגם בדינין מצווין וי"ל בזה דאין מצווין כלל בעדים זוממין:

ובזה ניחא לי מה דק"ל ל"ל קרא דהשווה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבתורה. הא נוכל לידע מדאיצטריך בריש פרק שבועות העדות ועמדו שני אנשים למעוטי נשים דפסולין לעדות מוכח דבכ"מ שווין לאיש. דלכאורה קשה ל"ל מאנשים תיפוק לי' מדכתיב עפ"י שנים עדים או שלשה עדים דהוא לשון זכר. וע"כ צ"ל דאין ראי' מזה דכל התורה בלשון זכר נאמרה. והרי המ"א באו"ח (סי' מ"ז) כתב דהא דאמרינן דכה"ת בלשון זכר הוא משום דהשווה הכתוב אשה לאיש. ולכן אף דנאמר בלשון זכר גם נשים בכלל והביא ראי' מסנהדרין (דף פ"ב) מתוס' ד"ה איש עיי"ש:

ובאמת כן מבואר בתוס' ב"ק (דף ט"ו) שם ד"ה דהא דאיצטריך קרא דהשווה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבתורה. הוא לדברים דנאמרו בלשון זכר. וא"כ זהו אליבא דאמת דאיכא קרא דהשווה הכתוב אשה לאיש. אבל אי ס"ד דאין שווין וכל דנאמר בלשון זכר אין אשה בכלל. א"כ שפיר נוכל למילף דנשים פסולין לעדות מדכתיב בלשון זכר עפ"י שנים כו' יקום דבר. ול"ל לקרא דועמדו שני אנשים. א"ו דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבחורה אף דנאמרה בלשון זכר. ולפמש"כ א"ש דשאני עדות דילפינן

מגז"ש מבשת. או דלהס"ד לא הוי דרשינן כלל לנשים אלא הוה דרשינן לקטנים וכנ"ל:
ובב"ק (דף מ"ד) תנן שור היתומים שור האשה כו' ומפרש שם בגמ' דשבעה שור כתובין בפרשה. ובירושלמי לא ביאר מידי בזה. ונראה דהירושלמי לטעמי' אזיל. דהתוס' שם בב"ק (דף ט"ו) כ' דלמה איצטריך לרבויי שור אשה. הא קיי"ל מאלה המשפטים אשר תשים לפניהם דהשוה הכתוב אשה לכל דינים שבתורה. וא"צ רבוי אלא היכא דכתיב איש בפרשה. ותירצו דאיצטריך משים דמקשינן מיתה לנגיחה ובנגיחה כתיב כי יגוף שור איש. וכ"ז אי הך דאלה המשפטים לא מהני אלא היכא דכתיב בלשון זכר לרבויי דגם אשה בכלל, אבל אי הך דאלה המשפטים מרבה גם אי כתיב איש אז לא איצטריך לרבויי אשה. וע"כ שבעה שור דכתיב בפרשה אורחי' דקרא הוא, כמו לר"י דס"ל דגר והקדש פטורין וע"כ שור דכתיב בפרשה אורחי' דקרא הוא: והרי בירושלמי (פ"א דב"ק ה"ג) אמרינן ונשים בכלל הנזק לפי שלא תפס הכתוב אלא את האיש צריך לרבות את האשה תני ר' ישמעאל ואלה המשפטים אשר חשים לפניהם ומשמע דאע"ג דכתיב כי יגוף שור איש. כיון דכתיב בריש הפרשה ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם הכל בכלל וא"כ שור במיתה אע"ג דכתיב בעליו ומקשינן מיתה לנזקין הכל בכלל, וא"כ לא איצטריך שור לרבויי שור אשה. וע"כ אורחי' דקרא הוא ואינך שור היתומים מסברא ידעינן כמו לר"י ולכן לא פי' הירושלמי להך מתני' כמו בש"ס דילן. אלא דצ"ע למה לא יליף הש"ס דמחוייבין בדינים מבשת דממונא הוי וי"ל ואכמ"ל:
הרמב"ם (פ"ה ה"ג) כתב וז"ל וכ"מ שעד אחד מועיל אשה ופסול כמו כן מעידים חוץ מעד אחד של שבועה שאין מחייבין שבועה אלא בעדות כשרים הראויים להצטרף עם אחר ויתחייב זה הנשבע ממון ע"פ ע"כ. וכתב הכס"מ איני יודע מהיכן הוציא רבינו דין זה. אם לא מדאמרינן לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה. משמע דבראוי לעדות עון וחטאת בצירוף אחר עסקינן ע"כ. ונראה דטעמו של הרמב"ם ז"ל עפ"מ דאמרינן בשבועות (דף מ') ותניח כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה מכלל דהיכא דב' עדים אין מחייבין ממון. אין ע"א מחייב שבועה וכיון דב' עדים פסולין אין מחייבין ממון. אין ע"א מחייב שבועה:
ונראה דיצא לו כן מהא דאמרינן בב"ב (דף ל"ד) א"ל אביי מי דמי התם סהדי לאורועי קאתי. כי אתי אחרינא בהדי' מפקינן לי' מיני'. הכא לסיוע קא אתי כי את אחרינא מוקמינן לי' בידי'. הרי דכח עד אחד אינו אלא משום דכי אתא אחרינא ויצטרף לזה ואז חזינן אם הי' מחייבין ממון יחדיו. אז גם כשהוא יחידי מחייב שבועה. וכל כשיצטרף עד אחר אין חיוב ממון בזה. גם חיוב שבועה ליכא. הרי דדברי הרמב"ם מבוארין בתלמוד

כן: אבל עדיין לא ידענו רמז בקרא. ובטו"א ר"ה (דף כ"ב) הקשה דלפ"מ שהעלה שם דאשה בכלל עד הוא אלא דנתמעטה משום דכתיב ועמדו שני האנשים. דא"כ אמאי פסולה לשבועה דמלא יקום עד אחד דילפינן דע"א קם לשבועה. אי אשה בכלל עד תקום נמי לשבועה. ותי' מדכתיב לא יקום. ע"א לכל עון דמשמע אבל שנים יקימו כדכתיב בסיפי' דקרא עפ"י שנים עדים יקום וכיון דאין אשה קמה ומצטרפת לב' עדים דכבר מיעטה הכתוב מהאנשים ולא נשים לא קמה נמי לשבועה בתורת עד אחד ע"כ. והרי מבואר ברמב"ם. והוא מהש"ס כן דאינו כשר אלא באם יכול להצטרף לב' עדים. ותמיהני שלא הביא להא דרמב"ם וכס"מ. ואיך שיהי' גם התי' של הטו"א נכון דידעינן מסיפי' דקרא כן:

טומטום ואנדרוגינס פסולים מספק. המפרשים לא ביארו דבר זה. והוא מבואר בפ"ד בתוספתא דבכורים באנדרוגינס שוה לנשים דפסול לעדות. וק"ל הא אינו שוה לנשים כיון דאינו אלא ספק. להחזיק מיהו מהימן. וצ"ל דהוי עדות שא"א ילה"ז דאם יוזמו יאמרו דילמא הם נשים ופסולין היו. אלא דמתוס' ב"ק (דף ע"ב) שכ' דלר"ת דס"ל בהדי סהדי שקרא ל"ל ושתי כיתי עדים שהוכחשו זא"ז פסולין מספק. דמ"מ להחזיק נאמנין אלמא דס"ל דלא איכפת לן בהא דהוי עדות שא"א ילה"ז. וכבר כתבנו דלהחזיק לא בעיא עדות שאתה ילה"ז. וצ"ל דשוה לנשים לאו דוקא לכל מילי. אלא בהא דאין מוציאין. אבל להחזיק נאמנין. אח"ז מצאתי להשער משפט (סי' ל"ד) כ' דמסתימת הרמב"ם וטוש"ע משמע דאף להחזיק פסולין וכמבואר בסמ"ע (ס"ק כ"ט). וא"כ י"ל דלמדו כן מהתוספתא דקאמר דשוה לנשים:

הרמב"ם (פ"ט מה' עדות ה"ג) כתב הטעם דהם ספק זכר ספק נקיבה. אין מוציאין ממון על ידיהם ואין עונשין על פיהם. ועיין רמב"ם ה' סוטה (פ"ב ה"ג) אשת אנדרוגינס אינה שותה משום דכתיב והביא האיש את אשתו לאפוקי אנדרוג' שאינו איש. וכתב הכס"מ שם וז"ל ותו דרשינ' איש ודאי לאפוקי אנדרוגינס ע"כ. [ויתר דברי הכס"מ לא הבנתי שכ' ומש"כ וקטנה אשת הגדול וגדולה אשת הקטן ואשת אנדרוגינס. נ"ל שהטעם משום והביא האיש וגו' איש לאפוקי קטן אשתו לאפוקי קטנה. ותו דרשינן איש ודאי לאפוקי אנדרוגינס עכ"ד. והוא תמוה דהא הרמב"ם שם (ה"ג) מבאר אשה פרט לקטנה תחת כו' פרט לאשת קטן ואשת אנדרוגינס שאינו איש ע"כ. הרי דלכל אחד יש לימוד בפני עצמו ולא מוהביא האיש וכו' לבד נפקא. ולפמש"כ. לקמן מבוארין היטיב דברי הרמב"ם שהוצרך לכל אחד לימוד בפ"ע והוא נכון] וכן הוא בספרי פ' פנחס. איש לפי פקודיו. איש למעוטי נשים וטמטום ואנדרוגינס. והא דלא כתב הרמב"ם גם כאן בלשון זה משום

ועמדו שני אנשים לאפוקי טומטום ואנדרוגינס שאינן אנשים. יתבאר זה עפ"מ דאמרינן בנדה (דף כ"ח) מזכר עד נקבה תשלחו. זכר ודאי נקבה וראית. ולא טומטום ואנדרוגינס ופריך וכל היכא דכתיב מזכר ועד נקבה למעוטי טומטום ואנדר ג' הוא דאתא. והא גבי ערכין דכתיב הזכר ותניא הזכר ולא טומטום ואנדרוג' וכו' טעמא דכתיב הזכר כו' הא לא"ה מזכר עד נקבה לא ממעט. ההוא מיבעי' לי' לחלק בין ערך איש לערך אשה. מבואר מזה דהיכא דזכר ונקבה אינו מיותר לא ממעטינן טומטום ואנדרוגינ' אלא מהא דהזכר. וכ"ה בפ"ק דערכין וכן משמע בת"כ ריש ויקרא זכר תמים יקריבנו כשהוא אומר למטה זכר שאין ת"ל זכר למעוטי טומטום ואנדרוג'. הרי דוקא במיותר ממעטינן אנדרוגי'. וע"כ שפיר כ' הרמב"ם דאשת אנדרוגי' אינה שותה משום שאינו איש משים דכתיב והביא האיש את אשתו לכן מהא דהאיש ממעטינן טומטום ואנדרוג' ודרשינן איש ודאי ולא אנדרוג'. כמו דדרשינן הזכר ודאי זכר ולא טומטום ואנדרוג'. וכמו כן איש לפי פקודיו דאיש מיותר לגמרי לכן אמר הספרי איש למעוטי נשים ואנדרוגי'. אבל בעדות אף דכתיב ועמדו שני האנשים איצטריך למעוטי קטנים ומה' דהאנשים לנשים כמוש"כ. לכן כתב בלישנא דאין מוציאין ממון מספק ודו"ק. וכן משמע מרש"י ב"ק (דף פ"ת) דעל נשים כתב מהאנשים וקטנים כתב מאנשים לבד. עיי"ש:

ובפ"א דבכורים (מ"ה) והאנדרוגינס מביאין ולא קורין. וכ' הרע"ב וכתוב איש לפי פקודיו עד שיהי' ודאי איש. ותמה התיו"ט דבכל דוכתא ממעטינן מכח ספק ע"כ. ובתוס' חדשים תי' דנפ"מ דא"צ לכל התנאים דב"ב פ"א דמביא מספק. ובמח"כ ז"א דק' התיו"ט אינו דל"ל קרא. אלא דאיך ממעטינן להו מטעם ודאי. הא בכל דוכתא לא ממעטינן להו אלא מספק. ומש"כ לעיל דאיש לפי פקודיו מיותר אינו מספיק דהא איצטריך למעוטי נשים וע"כ לא ממעטינן להו אלא מספק. וכן עיקר:

ולהנ"ל מיושב שיטת ר"ח בקדושין (דף כ"ד) בד"ה אלא. שכ' דאצטריך מואם גאל יגאל איש ממעשרו לרבות נשים דבמעשר כתיב למען תלמד ולאו בני לימוד נינהו. וכ' תוס' דלא הי' צריך לזה אלא משום דהוה ממעטינן מאיש כמו קטן. ולהנ"ל ניחא דלא הי' ידעינן מאיש תרווייהו ולא הוה ממעטינן אלא קטן. וע"כ לא ממעטינן אלא אם כתיב האיש. ולכך קאמר משום למען תלמד. אבל ודאי תוס' לא ס"ל זה. ולעולם ממעטינן תרווייהו דהי מינייהו מפקח. וא"כ מבואר דליתא להאי כללא כנ"ל בזה:

ומש"כ התומים דמסתבר למעוטי טפי קטנים מנשים כדחזינן בכל התורה דכתיב איש כי יעשו ונשים בכלל וקטנים פטורין. עיין בתוס' קדושין (דף ל"ד) בד"ה טפלים חייבין נשים לא כל שכן עיי"ש:

וכל מי שהוא ספק כשר וספק פסול הרי הוא פסול. ומסיים הרמב"ם (פ"ט מה' עדות ה"ג) שאין העד בא אלא להוציא ממון או לחייב על פיו ואין מוציאין ממון מספק ואין עונשין מספק דין תורה עכ"ל. וכתב הכס"מ ואין מוציאין ממון מספק וכו' מוסכם בכל הגמ' דמספיקא לא מפקינן ממונא וכ"ש דאין עונשין עכ"ל. והנה גם אין עונשין מספק מבואר בכמה דוכתי ספק נפשות להקל בפסחים (דף י"ב) וכתובות (דף ט"ו) וב"ב (דף נ') וחולין (דף י"א) וה"ה למלקות. ונראה דכוונת הרמב"ם ז"ל הוא לפ"מ דאמרינן בב"ק (דף מ"ו) מנין להמוציא מחברו ע"ה שנאמר מי בעל דברים יגש עליהם יגיש ראי' עליהם מתקיף לה ר"א הא ל"ל קרא סברא הוא מאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לגבי אסיא אלא לנזקקין לתובע תחילה. הרי דהא דאין מוציאין ממון מחברו מספק ידעינן זה מסברא. והוא דאורייתא. והנה בב"ב (דף נ') בהא דרי"א שניהם ישנם בדין יום או יומים כו' שהוא תחתיו וזה מפני שהוא כספו. כו' וספק נפשות להקל. ופרשב"ם משום דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה. אבל התוס' שם הקשו ע"ז. וכ' ואין נראה דבלא"ה נמי לא קטלי' מספיקא. דאפי' ממונא לא מפקינן מספיקא עכ"ל. והנה שיטת הרמב"ם כפרשב"ם דספק נפשות להקל ילפינן מושפטו העדה והצילו העדה. וכ"ה בפסחים (דף י"א) ואנן ניקום וניקטול מספיקא ורחמנא אמרה ושפטו העדה והצילו העדה עיי"ש. וזהו שכ' ואין מוציאין ממון מספק. ולא מקרא ואין עונשין מספק דין תורה פי' זהו דבר תורה. א"כ מש"כ הכס"מ דאין עונשין מספק הוא מכ"ש מממונא זה אינו אלא כמוש"כ דיליף זה מושפטו העדה והצילו העדה כנ"ל נכון:

או י"ל דמה שכ' הרמב"ם ז"ל דין תורה קאי גם על אין מוציאין ממון מספק. ויליף זה מקרא דמי בעל דברים יגש. ולשיטתיה שהשמיט הא דנזקקין לתובע תחילה מהטעמים המבוארים בהמפרשים שם, וא"כ הא דאין מוציאין מספק ואין עונשין מספק שניהם דבר תורה הן. ולפי שהרמב"ם בחיבורו ב' שכל הספיקות אינן אלא מדבריהם לכן לשיטתו כתב כאן דמה דאין מוציאין ממון מספק ואין עונשין מספק דאורייתא הוא ודו"ק:

וכן מוכח בב"ק (דף ז') דאין מוציאין ממון מספק מדאורייתא דפריך רבא ומה אלו ידעינן דכחושה אכל לא משלם אלא כחושה השתא דלא ידעינן אי כחושה אכל אי שמינה אכל משלם שמינה הממע"ה. והתם אדאורייתא קאי. וזהו שכתב רש"י בגיטין (דף מ"ח) אהאי סוגיא הממע"ה ודאורייתא היא בב"ק (דף מ"ו) מי בעל דברים יגש אליהם יגיש ראי' אליהם עכ"ל. והוא משום דהתם אדאורייתא קאי. אלמא דאין מוציאין ממון מספק מדאורייתא הוא וכמוש"כ הרמב"ם ז"ל בזה. ומש"כ התם רש"י מבעל דברים אף דלא

קיימא החם במסקנא. אלא מסברא דרכו של רש"י לכתוב הס"ד ולא המסקנא וכמוש"כ בכ"ד בזה. ובירושלמי פ"ג דסנהדרין יליף דהממע"ה מקרא דמי בעל דברים יגש עיי"ש: ובספק פסול אין העד מחייב שבועה דספק בשבועה הוי כספק בממון דאזלינן לקולא. כמו שמתבאר מהא שכ' התוס' בשבועות (דף מ"א). ד"ה ומאן דמתני דאזלינן בתר המיקל עיי"ש:

רמ"א וכל אלו הפסולין. פסולין אפילו במקום דלא שכיח אנשים כשרים להעיד ועיין ברמב"ם הלכות ממרים (פ"ה ה"ה) ובכס"מ שם. והנה בס' שב יעקב חאהע"ז (סי' י"ג) כ' אלמלא דמסתפינא הייתי אומר דנשים כשרות להעיד מדינא דהא בב"ק (דף מ"ד) דקתני במשנה בני חורין ובני ברית וקעביד הגמ' צריכותא דעבדים לית להו חייס, וגוים אינם בני מצות. הא אשה דיש לה חייס והיא בכלל מצות מעידה. והתומים הביאו. והביא ראי' לזה. דא"כ הא דחנן שבועת העדות אינה נוהגת בנשים. הא נוהגת בנזיקין וגם הא דעבד פסול הוא מק"ו דגזלן ואשה. ואם כשרה אשה נימא דיו אלא ברור דפסולה. והא דלא קתני במשנה גם למעט נשים. משום דלא שכיחי בארוות סוסים וח"ו שיהי' נשים במקום משכן גוים ועבדים הפרוצים. וכ"כ הוא בעצמו ונכון עכ"ד:

[והנה ראי' שני' מהא דעבד פסול מק"ו דגזלן ואשה ואי אשה כשרה נימא דיו יש לומר דאי נימא דעבד מק"ו דגזלן ואשה הוי אמרינן דיו. אבל בב"ק (דף פ"ח) איכא עוד ילפותא מלא יומתו אבות על בנים. לכן עבד פסול לעדות אף דאשה כשרה משום דעבד אין לו חייס. משא"כ אשה דיש לה יחוס. וצ"ל דכוונתו דלעולא דיליף שם מק"ו דגזלן ואפה איך יפרש המשנה דקתני בני חורין למעוטי עבדים. אך לפמש"כ הרמב"ם בעצמו (פ"ט מה' עדות ה"ד) דפסול עבד ילפינן מאחיו שפיר יש לחלק בין עבד לאשה]: ונ"ל עוד ראי' לזה מהא דתנן בר"ה (דף כ"ב) זה הכלל כל עדות שאין האשה כשרה לה אף הן אינן כשרין לה. ובגמ' שם הא אשה כשרה לה אף הן כשרין לה. והרי התם קתני עבדים ואי אשה כשרה להעיד בנזיקין. א"כ תיקשה הא איכא עדות שהאשה כשרה להעיד ועבד פסול והיינו נזיקין [וכיוצא בזה דייק בסנהדרין (דף כ"ז) להיפוך מזה דעד זומם בד"מ פסול לד"נ, דאי כשר הא איכא דיני נפשות שאין האשה כשרה לה והן כשרים]. א"ו דגם אשה פסולה להעיד. וכן עיקר. וכן לפ"מ דאמרינן בבכורות (דף ל"ו) דכל מקום שאשה כשרה להעיד גם עד מפי עד כשר. ואי אשה כשרה בנזיקין גם עד מפי עד יהא כשר וזה לא שמענו ועיין לקמן (סי' ע"ה סי"ז) בזה. מיהו לפמש"כ הח"ש דהאי כללא דמבואר בבכורות דכיון דאשה כשרה גם עד מפי עד כשר. אינו אלא בעדות בכור דלא מהימנינן

לי' משום קנסא בעלמא. אבל בעלמא גם היכא דאשה מהימני אפ"ה עד מפי עד פסול אין ראו' מזה:

ונראה לי ראי' דגם אם א"א לברר אלא ע"י נשים ולא אנשים ג"כ אין נאמנות מהא דאמרי' בנדה (דף מ"ח) ת"ר כל הנבדקות נבדקות עפ"י נשים. וכן הי' ר"א מוסר לאשתו ור' ישמעאל מוסר לאמו. רי"א לפני הפרק ולאחר הפרק נשים בודקות אותן כו' אלא לאחר הפרק ל"ל בדיקה והאמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותי' אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנים כי אמר רבא חזקה למיאון אבל חליצה בעיא בדיקה. תוך הפרק אין נשים בודקות אותן. ולאחר הפרק דאיכא חזקה דרבא סומכין אנשים ובדקי. והרי הכא אין דרך לבדוק באנשים וכדקתני כל הנבדקות נבדקות עפ"י נשים. ואפ"ה אין נאמנות אלא לאחר הפרק ומשום דאיכא חזקה דרבא ובתוך הפרק לא מהימני. וכן שם (דף מ"ט) לר"ש גם לאחר הפרק לא מהימני משום דליכא חזקה דרבא. א"ו דאין עדות להן גם במקום דא"א לברר ע"י אנשים כ"כ ואין מצויין בזה. וכיון דלא מהימני בחליצה אלא משום חזקה ה"ה לענין ממון כן. דחליצה הוי דבר שבערוה ואיכא גז"ש דדבר דבר. ורק עפ"י תקנה מהימני וסמכו מהא דקדושין (דף ע"ג) דנאמנת חי' וכו'. ולענין דינא אין ראי' משם. דשאני התם בהכרת בכור דמעידין קודם שבא לחלוקת ירושה. דוגמא לזה כ' הרמב"ם (פט"ז מה' סנהדר') דהאיסור עצמו בע"א יוחזק, עוד סמך מהא דב"ק (דף קי"ב) דשליח ב"ד מהימן לשמתא כבי תרי כן משמע בנימוקי מהר"ם מרוטנבורק עיי"ש בזה. וכן משמע מהא שכ' הרמב"ן בפ"ק דגיטין דלא ילפינן מנדה דעד אחד נאמן באיסורין משום דא"א להיות עדים ע"ז. וא"כ במקום דא"א להיות עדים יש להאמין אף אלו שאינן נאמנות ג"כ:

ביש"ש פיק דב"ק (סי' מ"א) כתב לפר"י דפי' הא דקתני עפ"י עדים לאשמועינן דגם בגוים אין מוציאין עפ"י עדיהם אלא בעדים כשרים. והא דל"א לי' כך דינכם כמו בב"ק (דף קי"ג) דל"א כן להוציא:

אמנם בתוס' גיטין (דף י"ג) מבואר דגם להוציא אמרינן כן. שכ' דבמ"ג אם הנותן עכו"ם קנה מאחר דבדיניהם מהני ואמרינן לי' כן דינכם. וכ"ה בטוש"ע לקמן (סי' קכ"ו). וכן מבואר בש"ג סוף פרק גט פשוט דקונין בכסף לבד מהם. דאומרים לו כך דינכם. הרי להדיא דגם להוציא אמרינן כן:

סימן לו

סעיף א':

עדים רבים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה (מכות דף ו') ר"ע אומר מקיש שלשה לשנים מה שנים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה אף שלשה נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה. אר"י בד"א בדיני נפשות אבל בד"מ תתקיים העדות בשאר ר' אומר בד"א שהתרו בהן אבל בזמן שלא התרו בהן מה יעשו שני אחין כו'. ושם בגמ' שמואל אמר הלכה כר"י ור"נ אמר הלכה כרבי. וכתבו הפוסקים דהלכה כרבי דהלכתא כותי' דר"נ בדינא:

ונ"ל להביא ראי' לזה מהא דאמרינן בב"ק (דף מ"א) ת"ר בעל השור נקי מחצי כופר כדברי ר"א א"ל ר"ע אין דינו אלא כשהמית עפ"י עד אחד או עפ"י בעלים קסבר כופרא כפרה. והשתא לר' הא איכא נפ"מ לאוקמי בכה"ג שנמצא בעדים קרוב או פסול. דאין עדותן בטלה:

הש"ך (ס"ק ח') הביא הגהות סמ"ק שכ' וז"ל צריך לברר עדים בגיטין וקדושין דאל"כ רגילות הוא ששם עומדים קרובים ועדותן בטלה וכן פירשו רבותינו וכן נהגו העולם עכ"ל. ומסיים הש"ך ואולי גם בזמן הש"ס נהגו כן ע"כ. וי"ל דהמנהג הלז יסודתו בהררי קודש ברות (ד). ויאמר בעז לזקנים וכל העם עדים אתם היום כי קניתי וכו' וגם את רות המואבי' אשת מחלון קניתי לי לאשה להקים כו' עדים אתם היום ויאמרו כל העם אשר בשער והזקנים עדים וכו'. והוא כי מסתמא הי' שם קרובים בין העם. ולכן ייחד ואמר עדים הראויין להעיד. שלא יתבטל העדות. כי עדים היינו הראויים וכשרים להעיד. והשיבו עדים. והוא כהמנהג שלנו שהעדי קדושין אומרים עדים אנחנו וזה נכון. והא דאמר עדים אתם היום שני פעמים. הא' על הגאולה. והב' על קנין רות. ועל דיני ממונות נמי ייחד עדים. דילמא יתכוונו להעיד הקרובים ג"כ:

הכנה"ג (בסי' זה וסי' ז' וכ"ח וכ"ט) כתב דה"ה בדיינים אם נמצא אחד מהן קרוב או פסול דינן בטלה ובמל"מ (פט"ז מה' עדות) פקפק ע"ז]. וכן משמע מהא שכ' הנ"י יבמות (דף ק"ד) וכמוש"כ בביאור הגר"א אהע"ז (סי' קס"ט). ועיין תומים (סי' מ"ו ס"ק כ"ח). וראב"ד פי"א (מהל' סנהדרין) הביאו ריב"ש (סי' תי"ג). ובמרדכי קדושין (סי' תקס"ט) מצאתי שכתב הר' חיים בר שמחה להדיא דבדיינים גם כשהיו ארבעה ונמצא אחד מהן קרוב או פסול מבטל. וכ"מ דס"ל הר' אביגדור שם כן ע"ש בזה היטיב. ובתשב"ץ (ח"ג שאלה דע"ז) כ' בקיום ב"ד אם נמצא אחד מהדיינין פסול דבטל הקיום וי"ל דבקיום אם היו חתומים ארבעה תתקיים בשאר לפמש"כ הב"י (סי' ל"ו) דבפסול דרבנן לא אמרינן בטלה כולה. ה"נ בקיום דרבנן ג"כ ל"א בטלה כולה עיי"ש בזה:

כתב הנוב"י באהע"ז. ועוד אחרונים דבעדות אשה אם נמצא גזלן אינו מבטל העדות דהטעם דנמצא אחד קרוב או פסול בטלה כל העדות היא משום דהוי גזה"כ והוי כשאר פסול וכיון דפסול מהימן בעדות אשה לא שייך בזה שיהא מבטל העדות. ובזה מיושב קושיית תוס' בשבועות (דף ל"ה) אהא דתנן החם או שהי' אחד מהן קרוב או פסול פטורין. והקשו הא כבר ידעינן לה מהא דאינו נוהג אלא בראוין להעיד יתי' דקמ"ל בג'. ואכתי קשה הא גם זה ידעינן דנמצא קרוב או פסול בטל כל העדות ואינן ראוין להעיד. ולהנ"ל ניחא דמיירי בעדות אשה דראוין להעיד ומ"מ פטורין משבועת העדות דאין שם עד עליהם כמוש"כ המפרשים אהא דאינו נוהג בקרובים הגם דיכולין להעיד בעדות אשה מ"מ לא מקרי עד:

אבל אם לא נתכוונו להעיד תתקיים העדות בשאר. כתב הכס"מ (פ"ה מהל' עדות ה"ג) וז"ל ופסק שמואל כר"י ור"נ כרבי וידוע דהלכתא כר"נ בדיני ואע"ג דשמואל רבי' הוה. מ"מ הלכה כר"נ דהא רבינא דהוא בתרא כו' עיי"ש. ועיין ש"ך לקמן (סי' ס"ו) שהוכיח דבלא"ה אין הלכה כשמואל רבי' ולעולם הלכה כר"נ ועמש"כ שם בזה:

ואם היו כל העדים כשרים וכו'. מזה מבואר דלא בעינן בעדות שיכוונו להעיד. ובכריתות (דף י"ב) אמרינן אמר אביי ומודה ר"מ לחכמים באמרו לו שנים אתה יודע והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכוונתי בעדות. וכ' בתוס' ישנים שם מכאן א"ר ודן הלכה למעשה דעדים ששמעו הדבר מהבעלי מעשה אך לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לעדות אין בעדותן כלום. והוא דלא ככל הפוסקים וכבר כ' בתשובת מהרי"ט (ח"א סי' י"ד) דכוונת הש"ס משום דיכול לומר שכחתי עיי"ש. ובאמת תמה כן בש"מ שם בשם הרא"ש דלא מצינו כוונה לעדות אלא בהודאה שצריך שיאמר אתם עדי מזה משמע דס"ל להרא"ש דבעדי הודאה בעינן כוונת להעיד ובטוש"ע לקמן (סי' פ"א ס"ט) מבואר להדיא דגם בעדי הודאה לא בעינן כוונה לעדות איך שיהי' עכ"פ תמה הרא"ש על התוס' בזה. ובתי' רבי' גרשום כתב להדיא בביאור הש"ס דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות ולכך אינו יודע כעת. והוא ככל מילתא דלא רמיא עלי' דאינש דלאו אדעתי', ולכך אינו יודע כעת וזה נכון. ובעיקר הדבר מבואר להדיא דכל הפוסקים ס"ל דלא בעינן כוונה לעדות וכן עיקר:

סעיף ב':

ומחייבו שבועה. מבואר מזה דבנמצא קרוב או פסול אין הכשר מחייב שבועה וצריך טעם למה אין הנשאר מחייב שבועה. ועיין ריטב"א מס' מכות מש"כ בזה עי"ש. והתיו"ט שם בד"ה עדותן בטלה כתב וז"ל נ"ל שזה מכלל אומרם ה"ז בא ללמד ונמצא למד והיינו

דמקשינן שלשה לשנים מה שנים אם נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה דאין מוציאין ממון עפ"י הכשר אף שלשה אם נמצא אחד מהן קרוב או פסול אין מוציאין ממון עפ"י שני הכשרים הנשארים. והדר מקשינן וילפינן משלשה מה שלשה אין הכשרים הנשארים מועילים למה שהיו מועילים אם היו לבדם. אף שנים אין הכשר מועיל למה שהי' מועיל אם הי' לבדו. וזה לא מסתבר:

לכן נ"ל עפמש"כ הרמב"ם (בפ"ה מה' עדות ה"ג) וז"ל וכ"מ שעד אחד מעיד כמו כן אשה ופסול מעידים חוץ מעד אחד של שבועה שאינן מחייבין שבועה אלא בעדות כשרה הראוי' לצרף עס עד אחר ויתחייב זה הנשבע ממון על פיו עכ"ל. וא"כ כיון דנמצא אחד מהן פסול. א"כ שוב א"א להצטרף עדות הכשר עם אחר להתחייב ממון דגם שלשה אם נמצא מהן אחד פסול עדותן בטלה לענין ממון. א"כ גם שבועה אינו מחייב דאין מחייבין שבועה אלא בעדות הראוי להצטרף עם אחר להתחייב ממון ונכון:

סימן לז

סעיף א':

כל עדות שיש לאדם הנאה בה לא יעיד. הע"ש פירש הטעם דפסול נגיעה הוא משום דלא חשדינן לי' למשקר אלא משום קורבה. והסמ"ע השיג עליו. ועיקר ראי' שלו הוא משום דקי"ל קרוב פסול להעיד אפי' לחובה. ונוגע כשר. וכתב הש"ך וז"ל ואעפ"י שאפשר לקיים דברי הע"ש ולומר דהיכא דיש לו הנאה ומקרי נוגע חשוב כקרוב. אבל במעיד לחובה לא נוגע הוא. ולא חשוב כקרוב מ"מ אין זה עיקר עכ"ל. ואנכי מצאתי להר"י אבן מיגאש בב"ב (דף מ"ה) כהע"ש וכמש"כ הש"ך לקיים דבריו דהיכא דיש לו הנאה ומקרי נוגע חשוב כקרוב. משא"כ אם מעיד לחובה לאו נוגע הוא. עיי"ש בזה. וקצת ראי' לסמ"ע וש"ך דפסול נגיעה הוא משום דחשוד לשקר דהוי כמו בע"ד עצמו ולא משום קורבה. מהא שנ' הרמב"ם (פ"ז מה' נדרים) באחד שנדר עצמו מעירו דא"י להתירו משום דנוגעים בדבר. ויעויין שם בכ"מ ומל"מ. ואי נוגע מטעם קרוב אמאי אין יכולין להתירו הא קרובין כשרין להתרת נדרים כמבואר ביו"ד (סי' רכ"ח). א"ו דמטעם בע"ד הוא. ולכן א"י להתירו כמו דאינו יכול להתיר עצמו ודו"ק:

סעיף י"א והי' שמעון אחד מעידי המחנה פסול. בבעה"ת (שער נ"א סי' ז') הביא מ"ד דס"ל דראובן שיש לו שט"ח על שמעון ונתנו ללוי בכתיבה ומסירה והי' שמעון אחד מעדי המתנה דהשטר כשר ולא אמרינן דשמעון נוגע משום דהשני נוח לי. והביא ראי' מההוא דפ' חזקת הבתים דקאמר כגון דאתו תרי ואמרי אנן אגרינן מיני' ודיירנא בי' ואוקמינא כגון דנקיטא אגר ביתא בידייהו ואמרו למאן נתבי' אלמא כי הם חייבין ליתן

השכירות. והם מעידים כי זה זכה בו ולא האחר. לא פסלינן להו משום דנוגעים בדבר והשני נות להם. ובעה"ת דחה זה. ופסק דשפיר הוי נוגע משום דהשני נוח לו עיי"ש. ואפ"ל עוד דאין ראי' מהא דפ' חזה"ב. לפמש"כ הש"ך לקמן (סי' קכ"ג ס"ק כ"ד) דלא אמרינן השני נוח לו אלא לענין שהעד בא להוציא. אבל לא כשהעד חייב. וקשה הא מבואר להדיא דמשום דהשני נוח לו פסיל גם כשהעד חייב. מהא דהכא דאם שמעון הי' אחד מעדי המתנה פסול וצ"ל כמוש"כ הש"ך שם לפסול ללוה לעדות על ערב משים דלגבי ערב לא מקרי לוה רשע כיון דלא לוה ממנו. משא"כ לגבי מלוה הוי לוה רשע. לכן ניחא לי' יותר שיהא חייב לערב מלמלוה. ע"ש. א"כ ה"נ ניחא לי' יותר לשמעון להיות חייב להקונה כיון דלא לוה ממנו אינו נקרא לוה רשע. משא"כ נגד המלוה דמקרי לוה רשע וכ"כ להדיא הנוב"י מהדו"ת (שאלה י'). וא"כ אין ראי' מהא דפ' חזה"ב. דהתם אין נפ"מ במה דהשני נוח לו כשהעד חייב ולוה רשע לגבי תרווייהו מקרי' בעד שכירות הבתים. או לגבי תרווייהו לא מקרי לוה רשע כיון דלא לוה מעות מזומנים. לכן שפיר לא פסלינן להו משום דהשני נות לו וזה נכון. [והבעה"ת שלא נחית לזה מבואר דס"ל דגם כשהעד חייב איכא נגיעה דהשני נוח לו ודלא כהש"ך והנה"מ שכ' ליישב דעת הש"ך. אינו מספיק נגד דעת בעה"ת בזה]: ולכן באחד שלקח סחורה בהקפה ועל הסחורה יצא ערעור אין הלוקח נאמן להעיד משום השני נוח לי והראשון קשה הימנו. וכן מבואר בחי' הרשב"א פ"ק דגיטין שכ' שם דהך סברא דמשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך אינו. דזהו דעת הלוה דמאי הנאה יש לו בזה. והא איכא בזה משום השני נוח לי. וכמו דאמרינן כן בערכין (דף כ"א) ל"ל למימר ע"מ ליתן לבע"ח בחובו ולאשה בכתובתה. דאיכא דניחא להו בבע"ח דמיקל בזוזי. ואיכא דניחא לי' באשה דשקלא יד על יד. א"כ בין איש לאשה איכא נגיעה ולא יעיד מהי"ט דמבואר בערכין. וא"כ ה"ה בין גברא לגברא אין דעות בני אדם שוין ושייך השני נוח לי:

סעיף יז:

רמ"א שהודה על הדבר. כתב הט"ז א"ל אמאי לא יוכל לומר אח"כ שלא הודיתי אלא שלא יקחנה המערער וכההיא (דסי' מ"ז) בשטר אמנה שיכול לומר לדחות בע"ח כו'. י"ל שאני התם כיון שהשט"ח בידו הסברא נוטה דלא נפרע עדיין והוא אומר כדי לדחות בע"ח שלו ע"כ. ולע"ד נראה לומר דשאני הכא דאי הי' כוונתו שלא יקחנה המערער הי' לו לומר שאינו של המערער. ולמה הי' לו להודות שהוא של ראובן. א"ו דנתכווין להודאה גמורה. ולא כדי שיקחנה המערער בלבד:

בהא שמכיר בה שהיא חמורו הקשה רמב"ן בב"ב דילמא בשביל כך הודה כדי להכשיר לראובן לעדות. ולכן פי' דמיירי דאמר מקודם בפני עדים שהוא חמורו קודם שבא המערער. וכ"כ בתומים (ס"ק י"ד). אמנם ז"ל הרמ"ה שם דכי פסלינן לי' לנוגע בעדותו משום דאית לי' הנאה לדידי' בההוא סהדותא ממילא ואין אדם נאמן ע"י עצמו אבל למיחשדי' דמכוין למשקל ממונא מחברי' או הנאה מחברי' כדי לאסהודי לי' לא חיישינן. דא"כ כולהו עדות דעלמא נמי ליחוש דילמא אגרא יהבו לי' לאסהודי ע"כ. פי' ואמרינן דאמת שהוא מכיר ולא חיישינן שיאמר הלה בשביל שאומר שהוא מכיר דלאו טובה עביד לו מאחר שהוא באמת כן. ולשמא משקר לא חיישינן. דא"כ נחשוד לכל עדות שאומר בשביל אגרא. וא"כ לא דמי כלל להא דמבואר (בסי' קכ"א) דאם פטר את השליח משבועה דאינו נאמן דחיישינן דמשום הנאה דמחילה יעיד שקר. דהתם חזינן התועלת. משא"כ הכא דאינו אלא חששא לא חיישינן כמו דלא חיישינן בכל עדות דעלמא דאגרא קשקלי ולכך מעידים. אלא אמרינן דבאמת מעידים. וה"נ אמרינן דהאמת הוא כן. וזה נכון:

סימן לח

סעיף א:

ובאו שנים והכחישום או הזימום ה"ז פטור. ובטור אפי' מאה. דתרי כמאה ומאה כתרי. והוא במכות (דף ה') מקיש שלשה לשנים. וכ' הריטב"א דמהכא ילפינן בכל דוכתי דתרי כמאה ומאה כתרי. וכתב הרמב"ם (בפי"ח מה' סנהדר' ה"ג) וזו שהאמינה תורה עדים האחרונים על העדים הראשונים גזה"כ הוא אפי' הי' העדים הראשונים מאה כו' וכן בשתי כדי עדים המכחישות זא"ז אין הולכין אחר הרוב אלא דוחין את שתיהן. מבואר מזה דס"ל דתרי כמאה ומאה כתרי גזה"כ. וכ"כ הנוב"י בחלק אהע"ז מהדו"ת (סי' נ"ז) עיי"ש. והטעם לחלק מ"ש בעדות דגזה"כ הוא דאין הולכין אתר הרוב ובדיינים הולכין אחר הריב. הוא דעדות מתורת נאמנות הוא ולכן מה לי תרי מה לי מאה. משא"כ בדיינים דאין בזה משום נאמנות. אלא מילתא דתליא בסברא לכן כיון דאיכא רובא אז אזלינן בתר רוב. או משום דרוב הוא המברר שכן הוא הסברא או משום דהרוב משוי להמיעוט כמו שאינו כמבואר בפוסקים בזה:

אבל אין לומר הא דתרי כמאה ומאה כתרי הוא משום קביע. משים דכבר כתב המרדכי הא דבדיינים לא הוי קבוע משים דהדיבור שלהם הוי כפירש. וה"נ בעדים כן. ועוד דכ' הפ"ח (ביו"ד סי' ק"י) דקבוע לא שייך אלא באינו ניכר. משא"כ הדיינים הא ניכרים הרובים בפני עצמן והמועטים בפני עצמן. וה"נ כן. ועוד דאי משום קבוע התינח שהעדים

המכחישים זא"ז שניהם עומדים בפני ב"ד אבל אי אין שני הכתות עומדים בפני ב"ד דקי"ל ג"כ דתרי כמאה ומאה כתרי דאז לא שייך קבוע. ולכן שפיר כתב הרמב"ם בזה דגזירת הכתוב הוא:

התוס' בב"ק (דף ע"ג) בד"ה דאסהידו בי' תרי' בחד ותרי בחד משמע לפי שיש ב' מזימים על כל אחד ואחד לא הוי חידוש. ותימא מה בכך הא תרי כמאה הוי ע"כ. וראיתי להפנים מאירות שתירץ בפשיטות עפ"מ דמבואר במכות (דף ה') עפ"י שנים או שלשה עדים וכו' אם מתקיימת עדות בשנים למה פרט הכתוב בשלשה אלא להקיש שנים לשלשה מה שלשה מזימין את השנים אף השנים יזימו את הג'. ומנין אפילו מאה ת"ל עדים. הרי דעפ"י הסברא מבחוץ יש להאמין הרבים יותר מהמועטין מדקאמר מה שלשה מזימין את השנים. וא"כ בשיש ב' מזימים על כל אחד ואחד לא הוי חידוש. ולכאורה הוא פלא על התוס' שלא תי' בפשיטות כן. ולכאורה הי' אפ"ל דהא דקאמר שלשה מזימין את השנים אינו עפ"י הסברא דרבים נאמנים יותר ממועטין. אלא מאחר דמצינו דגזה"כ הוא בעדים זוממין דהמזימין אף שהם שנים נאמנים נגד המוזמין. א"כ ה"ה לשלשה נגד שנים. וע"ז קאי ההיקש דגם שנים נגד שלשה נאמנים ופרט הכתוב שלשה להההיקש דשנים נגד שלשה ג"כ נאמנים. אלא דהנ"י במכות שם כתב אהא דמה שלשה מזימין את השנים דהא רובא נינהו ע"כ. אלמא דמסברא הוא ולא משום גזה"כ הוא:

לכן נראה דהרי הא דתרי כמאה מבואר בריטב"א שם וז"ל ומנין אפילו הם מאה ת"ל עדים וכו' והא דאמרינן בעלמא תרי כמאה מהכא הוא דנפקא לן ע"כ. והשתא א"ש דהא דקאמר במתני' תחילה מה שלשה מזימין את השנים הוא עפ"י הסברא דרבים נאמנים יותר ממועטים. אבל זה הוא כל כמה דלא ידעינן תרי כמאה. אבל לבסוף דמייתי הלימוד מעדים דתרי כמאה. א"כ אזדא בעדות הסברא מבחוץ להאמין את המרובים מהמועטים דגזה"כ מבטל את הסברא מבחוץ. וא"כ שפיר הקשו התוס' הא תרי כמאה דמאחר דגלי לן קרא דתרי כמאה אין להאמין את המרובים יותר ממועטים. וא"כ אכתי הוי חידוש. וזה ברור ונכון:

ובזה יבואר היטיב לשון הרמב"ם ז"ל שהשנים כמאה ומאה כשנים. די"ל למאי הוצרך לכפול ומאה כשנים. והלא די במאי דאמר שהשנים כמאה. ולפי הנ"ל מבואר היטיב דאתא לאשמעינן דלבתר דגלי לן קרא שהשנים כמאה אין יתרון על המרובים ממועטים דגזה"כ אפקי' מהך סברא דרובא אלא שניהם שוין דגם מאה כשנים. ויצא לו כן מהא דאמרינן בשבועות (דף מ"ב) ההוא דא"ל לחברי' מהימנית לי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא אזל ופרעי' באפי תלתא אר"פ כבי תרי הימני' כבי תלתא לא הימני' מתקיף

לה ר"ה ברי' דר"י תרי כמאה ומאה כתרי הרי מבואר גם שם כפל הלשון. והוא להורות דאין יתרון זע"ז:

ועפ"י הנ"ל יש לבאר דבזה פליגי ר"פ ור"ה ברי' דר"י. דלכאורה תמוה הכי לא ידע ר"פ מתניתין דפ"ק דמכות דשנים מזימים אפילו מאה דתרי כמאה. אלא דר"פ סבר דלעולם נאמנות הרבים נגד המועטים הוא מהסברא. ונאמנות המועטים הוא מגזה"כ. ולכן בנאמנות מסתברא דכבתרי הימני' כבי תיתא לא הימני'. אבל ר"ה ברי' דר"י סבר דשניהם שוין בעדות ואין חשוב זע"ז דגזה"כ אפקי' מהך סברא וגלי לן בעדות דנאמנות המרובים אין לו חשיבות כלל לגבי מועטים. לכן קאמר תרי כמאה ומאה כתרי בנאמנות. וזהו שאמר כשם דתרי כמאה והוא ממתניתין דפ"ק דמכות. כך מאה כתרי ג"כ: עדותם הראשונה קיימת דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. כתב הב"ח דוקא אם אומר עדות שקר העדנו דמשום א"ע רשע. אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד משא"כ הועדנו והוזמנו בב"ד פלוני דאין מע"ר. ובב"י (סי' כ"ט) כתב מחלוקת בזה בטעמא דכיון שהגיד שום אינו חוזר ומגיד אי הוא משום דאינו משים עצמו רשע. או משום דגזה"כ הוא. ועיי"ש מש"כ דהעיקר דגזה"כ הוא:

רמ"א קנסא. כ"כ הטור דעדים זוממין קנסא. וכ"ה ברמב"ם (פי"ח מה' עדות). והנה במכות (דף ד') מבואר דר"מ דס"ל עדים זוממין לוקין ומשלמין דיליף ממוציא שם רע ופריך מה למוציא ש"ר שכן קנס סבר לה כר"ע דאמר עדים זוממין קנסא. וא"כ קשה דהא אנן פסקינן דאין עדים זוממין לוקין ומשלמין וכמוש"כ הטור (סימן זה ס"ב). וא"כ איך קיי"ל דעדים זוממין אין לוקין ומשלמין. כיון דקיי"ל עדים זוממין קנסא. נילף ממוש"ר דלוקה ומשלם:

ומזה ראי' למש"כ הריצב"א בתוס' כתובות (דף ל"ב) בשם הירושלמי דמאן דאית ליה לוקין ומשלמין ע"כ ס"ל דעדים זוממין קנסא. אבל מאן דס"ל עדים זוממין קנסא אינו מוכרח לסבור דעדים זוממין לוקין ומשלמין דאיכא למיפרך מה למוציא ש"ר שכן חידוש. או כמוש"כ התוס' שם משום דכדי רשעתו משמע בממון ומלקות. ולכך לא ילפינן ממוציא ש"ר. אבל לאינך תירוצים שם לא יתיישב זה. לכן נראה דלהפוסקים נראה לעיקר תי' ריצב"א וכמש"כ תוס' שם ראי' לזה. לכן פסקו כן. שוב מצאתי כן בח"א להרשב"א (שאלה רפ"ח) שנשאל ע"ז ותי' כן. והוא כמוש"כ הריצב"א הנ"ל בזה. והפ"י במס' מכות ג"כ עמד בזה. והנה כבר מבואר ברשב"א כן: עדים זוממין שהוזמו בב"ד בטלה עדותן בהזמה. וכאשר זמם אין מקיימין בזה הפסק גופא. אלא צריך פסק אחר. וכדמשמע מהש"ס דפ"ק דמכות (דף ג') באומר הועדנו והוזמנו בב"ד פלוני וחייבין

ממון. משמע דאם לא הי' חייבין ממון אכתי הי' יכולין להודות וליפטר אחר הזמה לבד. כל שלא חייבום ממון. ור"ע דס"ל משלמין עפ"י עצמן. פרש"י במכות (דף ב') שהודו בב"ד אחר. לאו דוקא. אלא אפילו באותו ב"ד. וכן מבואר להדיא ממש"כ תוס' שאנץ בחי' מכות שם. וז"ל באומר הועדנו והוזמנו בב"ד של פלוני וחייבנו ממון שהבע"ד תבענו לדין. אבל מילתא דר"ע מיירי שלא הספיק הבע"ד לתובעם בדין אחר שהוזמו עד שהלכו להם לב"ד והורו דאכתי אינם מתחייבים עד שיתבעם. וצ"ע לפרש"י שפי' שהלכו לב"ד אחר והודו דאפילו בב"ד שהוזמו כל כמה שלא תבעם בע"ד דלא מיחייבו עדים אי מודה מיפטר ע"כ. הרי להדיא דאע"ג דהוזמו. מ"מ אין משלמין אלא בתביעת הבע"ד. ואי הודו קודם התביעה אפילו באותו ב"ד שהוזמו פטורין. וא"ת א"כ לעולם לא הוי עדות שאילה"ז דאחר הזמה יודו ויפטרו. י"ל דאין אדם מע"ר ברצון וניחא לי' יותר לשלם מלשווי' נפשי' רשיעא. אבל י"ל אהא דקאמר במכות (דף ג') אר"י א"ר עד זומם משלם לפי חלקו מאי משלם לפי חלקו וכו' באומר הועדנו והוזמנו בב"ר פלוני כמאן דלא כר"ע דאי כר"ע האמר אף אינו משלם עפ"י עצמו, אלא באומר העדנו והוזמנו בב"ד פלוני וחייבנו ממון. הא איכא לאוקמי בפשיטות כר"ע וקודם שחייבים ממון שלא תבעם הבע"ד עדיין. והא דמשלם לפי חלקו מיירי שהודה אחד מהם דהוא פטור. והשני שלא הודה חייב ומשלם לפי חלקו. ואין לומר מאחר דהעמיד אותם ברין אח"כ. א"כ הוי באו עדים אח"כ ומודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב. דהא הכא לרב קיימינן והוא ס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור. והכי קי"ל ואפילו במידי דלא מחייב עצמו במידי כמו שפסק הישש בפ"ו דב"ק. וי"ל לפ"מ דקיי"ל כר' נתן בב"ק (דף נ"ג) והוא לקמן בטוש"ע (סי' ת"י) דכל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי, וא"כ מאחר שהודה אחד וליכא לאישתלומי מיני' צריך השני לשלם כולו. וא"כ אינו לפי חלקו לבד. לכן אוקמי בחייבם ממון דהוי אידך שאינו מודה כברח דמבואר לקמן (סי' ת"י הנ"ל) דאינו משלם כולו ובמקום אחר הארכתי בענין זה:

ומעתה ליתא למש"כ הקצוה"ח (בסי' ש"נ) דבעדים זוממין לא משכחת מודה בקנס פטור אלא בב"ד. אחר דבתוס' שאנץ מבואר להדיא דאפילו באותו ב"ד פטורין ולא חשוב לבאו עדים ואח"כ הודה. אלא במודה ואח"כ באו עדים דזה תביעה אחרת ולכן אפילו באותו ב"ד פטור. ובאמת שיטת רש"י י"ל דמאחר דבאותו ב"ד הוי כבאו עדים תחילה. אבל לתוס' שאנץ אין חילוק דמה לי אותו ב"ד או ב"ד אחר. לכן לעולם הוי מודה בקנס. ורש"י לשיטתי' אזיל שפירש כן בשבועות (דף ל"ג) בד"ה והודה מפי עצמו וז"ל בב"ד

זה שהוציא שם רע בב"ד אחר ע"כ. הרי דדייק וכתב בב"ד אחר משמע הא באותו ב"ד לא מהני הודאתו דהוי כבאו עדים ואח"כ הודו:

התוס' בב"ק (דף ד') כתבו דדעת ריב"א דבממון לא אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. דממון אפשר בחזרה. ור"י אמר דלא הי' צריך לזה כיון הא דהרגו אינן נהרגין מבואר במכות (דף ה') משום דאין עונשין מן הדין, אבל בממון עונשין מן הדין. והנה התוס' ריש ב"ק (דף ב') כתבו דממתניתין מבואר דבממון עונשין מן הדין. ובמכילתא דריש אם על הפתיחה חייב על הכריי' לא כ"ש ללמדך שאין עונשין ממון מן הדין. וכן כתבו שם (דף מ"ט) דהש"ס דילן לא סבר כהמכילתא אלא בממון עונשין מן הדין. והנה הרשב"א בב"ק כתב לפרש המכילתא דאע"ג דבממון עונשין מן הדין שאני בור ברה"ר דחידוש הוא דאינו ברשותו ועשאו הכתוב כאלו ברשותו. ולכן לא עבדינן בזה ק"ו דאין לך בו אלא חידושו עיי"ש. והריטב"א כתב במכות (דף ה') דהא דהוצרך לומר בה גי אינן נהרגין משום דאין עונשין מן הדין אינו אלא לפלפולא בעלמא. אבל לפי האמת אין זה ק"ו דעד זומם חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו. וע"כ תוס' לשיטתם דס"ל דהמכילתא כפשוטו דבממון אין עונשין מן הדין. ולא ס"ל משום דבור הוי חידוש. ולכן לא עבדינן ק"ו. אלא דגם בחידוש עבדינן ק"ו. ולכן גם בהא דכאשר עשה הוי ק"ו מעליא ורק משום דאין עונשין מן הדין. משא"כ בממון עונשין מן הדין. אבל הריטב"א דס"ל דלא עבדינן ק"ו בחידוש. וא"כ גם בממון לא אמרינן שישלמו אם כבר נעשה מעשה. ולכן לשיטתו ס"ל דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. ועיין מש"כ לקמן (סי' ת"י) בביאור מכילתא הנ"ל:

ובזה יתבאר היטיב הא דאמרינן בפ"ק דמכות (דף ב') בר פדא אמר ק"ו ומה המחלל אינו מתחלל הבא לחלל ולא חילל אינו דין שלא יתחלל מתקיף לה רבינא א"כ בטלת תורת עדים זוממין מה הסוקל אינו נסקל הבא ליסקל ולא סקל אינו דין שלא יסקל אלא מחוורתא כדשנינן מעיקרא. ופירש"י הסוקל אינו נסקל הרגו אין נהרגין. והקשו התוס' דשאני הכא דגלי קרא מכאשר זמם ולא כאשר עשה. ולהריטב"א י"ל דהסוגיא דהכא קאי לפ"מ דס"ל שם דאין עונשין מן הדין והכא כו"ע מודים משום דחידוש הוא. ולכן אמר אי עבדת ק"ו בעדים זוממין. א"כ בטלת תורת עדים זוממין. אלא אמאי קי"ל דהרגו אין נהרגין משום דחידוש הוא. א"כ גם במחלל לא עבד ק"ו משום דחידוש הוא. וכ"כ תוס' זבחים (דף צ') ד"ה תקדים דהא דחטאת העוף קודם לעולה חידוש לא גמרינן בק"ו שתהא קודמת למעשה עיי"ש בזה. ובזה יתפרש ג"כ המכילתא פ' משפטים אם על הטביחה חייב על המכירה לא כ"ש הא למדת שאין עונשין מן הדין. היינו ג"כ משום

דקנס חידוש הוא. כמוש"כ רש"י בכתובות (דף ל"ח) וקדושין (דף ג'). ומכות (דף ד'). לכן לא עבדינן ק"ו בזה. וכרש"י מבואר בירושלמי (דתרומות פ"ו) ורבנן אמרי לחידושו יצא מוציא שם רע. דבר שהוא יוצא בחידושו אין למדין ממנו:

ולשיטת התוס' דבחידוש לא עבדינן ק"ו ק"ל מהא דמבואר בתו"כ פ' אמור יאמר אמו ולא יאמר אביו. ואני אומר מה אמו שהיא מתחללת מטמא לה אביו שאינו מתחלל אינו דין שמטמא לו. והרי הרשב"א בתשובה (שאלה כ"ז) כתב דטומאת כהנים לקרובים חידוש הוא. וא"כ בחידוש לא שייך ק"ו. וי"ל כמוש"כ הריטב"א הנ"ל דהא דהרגו אינן נהרגין דהש"ס אינו אלא לפלפולא בעלמא ובלא"ה לא עבדינן ק"ו דע"ז חידוש הוא. וא"כ גם על התו"כ י"ל כן:

אלא דק"ל אכלל זה מהא דאמרינן בב"ק (דף ס"ג) א"כ עצמו מנ"ל וכ"ת ליתי בק"ו מטוען טענת גנב פי' לשלם כפל אף דקנס הוא ג"כ. ושם (דף ס"ד) לא ליכתוב כו' וליתי בק"ו מטוען טענת גנב אף דקנס הוא: ומהא דשבועות (דף כ"ז) דקא עביד ר"י ב"ב ק"ו בנשבע לקיים ולא קיים דחייב קרבן שבועה. והרי שם (דף כ"ו) מבואר דשבועת ביטוי דמייתי קרבן הוי חידוש דמייתי קרבן אלאו וכן הוא בשבת (דף ס"ט) ואפ"ה עביד ק"ו וגם רבנן הוצרכו לדחות הק"ו מטעם אחר ולא מטעם זה. [אלא דק"ל מהא דאמר רבא בב"ק (דף ה') וכולהו כי שדית בור בינייהו אתי' במה הצד. ומבואר בפרש"י שם דבתחילה אתי בק"ו ומה בור שאין דרכו לילך ולהזיק חייב אינך לא כ"ש. והא בור חידוש הוא ואיך רוצה להביא בק"ו אך במה הצד שאני מאחר דאיכא יוכיח בזה. ואם נפרך מה לבור שכן חידוש הוא אידך יוכיח הצד השוה שבהן. וזה פשוט]:

ונראה דאין הענינים שוין בזה. וכדמשמע לי מהא שכ' התוס' בב"מ (דף צ"ו) ד"ה ונשאל לו אחד מהן וז"ל תימא מאי קא מיבעי לי' דכיון דאם נשאלו לו כל הבעלים פטור מהכל השתא יפטר מחציו כדאמרינן במרובה (דף ע"א) חמשה בקר אפי' ה' חצאי בקר. וי"ל דהתם סברא הוא שישלם לפי מה שגנב אבל שאילה בבעלים אין סברא לפטור והוי כחידוש ואין לך בו אלא חידושו עכ"ל. וקשה דהא בחמשה חצאי בקר הוי ג"כ חידוש כמוש"כ רש"י בכתובות ועוד דוכתי כמושכ"ל דקנס הוי חידוש. א"ו דשאילה בבעלים הוי חידוש יותר מחידושא דקנס. א"כ מבואר דאין לדמות הענינים בזה. ועיין פ"ק דב"מ דיליף דעדים מחייבין שבועה מק"ו דקנס אף דקנס הוי חידוש כמש"ל בזה. ולקמן (בס' ע"ה) מבואר תי' פשוט בזה:

ויש סמך גם כן ממש"כ הריצב"א בתוס' כתובות (דף ל"ב) דאף דס"ל עדים זוממין קנסא מ"מ קי"ל דאין לוקה ומשלם משום דחידוש הוא במוציא ש"ר דלא קא עביד מעשה. ואע"ג דעדים זוממין ג"כ חידוש הוא מ"מ מוציא ש"ר חידוש יותר עיי"ש:

וי"ל בהא דמכות דס"ל לר"מ דלוקה ומשלם ממוציא ש"ר דלוקה ומשלם ופריך מה למוציא ש"ר שכן קנס ומתרץ דס"ל כר"ע דקסבר עדים זוממין קנסא והרי התוס' בפסחים (דף כ"ה) כתבו דק"ו אלים ממה מצינו. וא"ב אם ק"ו אין עושין בקנס כ"ש מה מצינו. וא"כ איך יליף עדים זוממין ממה מצינו ממוציא ש"ר דלוקה ומשלם הא בדבר שהוא חידוש אין עושין מה מצינו. ובגיטין איכא פלוגתא דרב ושמואל אי ילפינן קנסא מקנסא. וכן פליגי בזה כמה פוסקים כמבואר בש"ך (סי' שפ"ה ס"ק א'). אבל כ"ז בדרבנן. אבל מדאורייתא לכו"ע ילפינן קנסא מקנסא כדמשמע מהך סוגיא דמכות הנ"ל. ואמאי נימא אין לך בו אלא חידושו וצ"ל דהוא גילוי מילתא בעלמא. וכמו שאכתוב לקמן:

ובנדרים (דף ד') מסיק הש"ס דנזיר הוי חידוש לרבנן דנזר מחד מנהון הוי נזיר ולר"ש דס"ל עד שיזיר מכולן הוי חידושא דאם גילח על אחד משלשתן יצא. ואפ"ה יליף בק"ו מנזיר דטעם כעיקר לכל איסורין שבתורה בפסחים (דף מ"ד). מיהו בזה יש לחלק דלא עביד הק"ו על נזיר גופא וכן צ"ל בחולין (דף י"א) דיליף דאזלינן בתר רובא מעדים זוממין ולא אמרינן דעדים זוממין חידוש הוא. אלא כיון דילפינן מעדים זוממין על מידי אחרינא לא שייך בזה פירכא דחידוש הוא. אלא דזה אינו דהא בחולין דשקיל וטרי מנ"ל דאזלינן בתר רובא קשה דאמאי לא ילפינן מהא דקי"ל דחלב בהמה טהורה מותר ושל בהמה טריפה אסור. וא"כ איך חלב בהמה טהורה מותר דילמא טריפה היא. אלא משום דבפ"ק דבכורות (דף ז) מבואר דחלב הוי חידוש דאבר מה"ח ומותר. ולכן ס"ד דגם טריפה מותר כדאמר שם בבכורות דהו"א דגם של בהמה טמאה מותר אי לא קרא דגמל. ולכן לא ילפינן מזה ובהדיא אמרינן (דף מ"ד) דטעם כעיקר מנ"ל יליף מבב"ח ופריך דמבב"ח לא נוכל למילף דחידוש הוא. אלמא גם במידי דיליף על דבר אחר ולא על אותו דבר פריך דחידוש הוא. וא"כ קשה כנ"ל איך יליף דאזלינן בתר רובא מעדים זוממין ואכמ"ק ליישב זה. ולהדיא כתב המרדכי בפ"י דב"ק דלא ילפינן מעדים זוממין לקבל עדים שלא בפני בע"ד משום דחידוש הוא עיי"ש. וכן קשה מהא דב"מ (דף צ"ה) ואשכחן לחיוב לפטור מנ"ל כו' במאי גמר אי במה מצינו והרי התוס' שם (דף צ"ו) ד"ה נשאל כתבו דשמירה בבעלים הוי חידוש ואפ"ה יליף במה מצינו. אבל זה יש לומר לחלק בק"ו במידי דחידוש דמזה ילפינן לדבר אחר אף דלאותו דבר אמרינן אין לך בו אלא חידושו. ובקל יש לחלק בין ק"ו לבנין אב. או מה מצינו: וכן אין להקשות מביצה (דף ז') לכתוב

רחמנא חמץ ולא בעי שאור. והא חמץ אינו ברשותו והוי חידוש. ואין לך בו אלא חידושו ושאור ולא חמץ. ועיין מש"כ לקמן (סי' ת"י) בזה די"ל כמוש"כ דלכך עבדינן בזה ק"ו ולא אמרינן אין עונשין מן הדין משום דחמץ בכלל שאור. וא"כ גם לענין אין לך בו אלא חידושו אמרינן כן דלא שייך בזה לומר אין לך בו אלא חידושו דחמץ בכלל שאור ולמדין שפיר בק"ו:

ועוד דאמרינן ביבמות (דף ק"ג) שאני התם דאמר קרא ושרף את הבגד אפילו בשעת שריפה קרוי בגד וליגמר מיני' איסורא מטומאה לא ילפינן. ופרש"י דכל הלכות טומאה חידוש הוא. ושם בד"ה חליצה כשרה כתב וז"ל מוחלט כדאמרן שאפילו בשעת שריפה קרוי בגד ולאו מילף הוא אלא גילוי מילתא בעלמא עכ"ל. א"כ מבואר דגם במידי דאתי מחידוש כיון דאינו אלא גילוי מילתא בעלמא ילפינן מיני'. וא"כ א"ש דיליף שאור מק"ו דחמץ דאינו אלא גילוי מילתא. אלא דקשה לשיטת הר"ש בטבול יום דטעכ"ע אינו אלא גילוי מלתא בעלמא ולכך עונשין מן הדין. ואפילו הכי קאמר בפסחים שם דמבב"ח לא יליף דחידוש הוא:

[הפ"י הקשה למה לא יליף דחמץ אסור בהנאה מק"ו דנותר שאינו בב"י וב"י אסור בהנאה חמץ שהוא בב"י וב"י אינו דין שהוא אסור בהנאה. ונראה דלעשות ק"ו שיהא חידוש זה ודאי לא עבדינן כיון דחמץ אסור בהנאה אין סברא שיעבור. אלא דהכתוב עשאו כאלו הוא ברשותו ולכן לא עבדינן ק"ו בזה]:

ואי נימא דבדבר שהנלמד בכלל הלמד ג"כ אין לך בו אלא חידושו. יתיישב היטב הא דמבואר בספרי פ' חקת כל הבא אל האהל וכל אשר באהל דאם מקצת טמא כולו לא כ"ש. אלא שאין עונשין מן הדין. ותמה באה"ח מאי אין עונשין מן הדין שייך הכא. דלא מצינו אין עונשין מן הדין אלא במיתה או מלקות עיי"ש. ואין לומר דכשיטמא ויכנס במקדש יהי' חיוב מלקות. בזה יש הרבה סוברים דלא אמרינן בזה אין עונשין מה"ד מאחר דהשתא מיהא לא הוי עונש. וצ"ל דזהו גופא הוי עונש שטמא ולא מצי לאכול קדשים ושארי דברים. אלא דלא מצינו שיהא שייך בזה אין עונשין מה"ד. אבל יש לומר לפי מה שמבואר ביבמות (דף ק"ג) דהל' טומאה חידוש הוא. ולא עבדינן ק"ו בזה וא"ש גם להך מ"ד דס"ל עונשין מה"ד. וכן הא דדריש בספרי שם ק"ו לנוגע ממאהיל אלא שאין עונשין מה"ד הוא ג"כ עד"ז דחידוש הוא. ומזה מבואר דאפילו אי הדבר הנלמד בכלל הלמד אין לך בו אלא חידושו. דבכולו גם מקצת בכלל והאי תנא דספרי סבר כן. אבל אידך תנא דספרי דדריש לדרשא אחריתי יש לומר דבזה ל"א אין לך בו אלא חידושו ועבדינן ק"ו בזה:

ולכן נ"ל דכמו שכ' הריטב"א דפלפול הגמ' שם אינו אלא לפלפולא בעלמא. אבל לפי האמת לא שייך בזה ק"ו דאין לך בו אל חידושו. כן ס"ל לכמה סוגיות בסוגיא דמכות לעשות ק"ו במידי דחידושא. ועיין מו"ק (דף ז') במאי קמיפלגי ריב"י סבר גלי רחמנא בימי סיפורו וכ"ש בימי חלוטו ומר סבר מאי דגלי גלי ודלא גלי לא גלי. והקשו תוס' דאמאי דלא גלי לא גלי. הא יש לעשות ק"ו דאדם דן ק"ו מעצמו ושמא אית לי' פירכא, או שמא מצורע חידוש הוא. הרי דלחד תירוצא ס"ל דלא עבדינן ק"ו בחידוש וכסברת הריטב"א והרשב"א ה"ל. והתוס' בב"ק שכתבנו דס"ל דגם במידי דחידוש עבדינן ק"ו ס"ל כתירוצא דאית לי' פירכא. עכ"פ חזינן דלהתוס' שכתבו דמר סבר דלא גלי לא גלי ולא עבדינן ק"ו בחידושא. א"כ ריב"י דסבר דעבדינן ק"ו היינו משום דבחידוש עבדינן ק"ו. אך לפמש"כ לעיל דהיכא דהנלמד בכלל הלמד לא שייך בי אין לך בו אלא חידושו דבכלל מאתים מנה. א"כ בכלל חלוטו גם ימי סיפורו. ואפי"ה מר סבר דלא גלי לא גלי. ולא עבדינן ק"ו במידי דחידושא גם בזה. ולפ"מ דקי"ל דימי סיפורו ולא חלוטו. א"כ מבואר דגם במידי דהנלמד בכלל הלמד לא עבדינן ק"ו צ"ל ליישב הא דביצה כמוש"כ לקמן (סי' ת"י) אך יותר נראה ימי חילוטו לא מקרי בכלל מאתים מנה כיון דימים נפרדים הם. וא"כ ריב"י דסבר דעבדינן ק"ו במידי דחידושא וכסוגיא דמכות והרגו לא גרע מימי חלוטו. דהרגו יש ג"כ בכלל מאתים מנה ואפי"ה כתב הריטב"א דאמרינן אין לך בו אלא חידושו. וע"כ כיון דלא הוי בבת אחת אין הנלמד בכלל הלמד. וה"נ ימי חלוטו. משא"כ בחמץ ושאור דכשהוא שאור עדיין טעם חמץ יש בו וק"ל. ועכ"פ איך שיהי' זה מבואר דלאו כללא הוא דלא עבדינן ק"ו במידי דחידוש וסברות חלוקות יש בזה וסוגיות חלוקות בזה:

ומעתה מיושב היטיב הא דיליף בחולין דאזלינן בתר רובא מעדים זוממין הגם דעדים זוממין חידוש הוא. דס"ל להך סוגיא כהך סוגיא דמכות וריב"י במו"ק דגם באותו דבר עבדינן ק"ו במידי דחידוש ולא אמרינן אין לך בו אלא חידושו. מכ"ש בדבר אחר. והא דלא יליף מחלב מבואר במ"א ואין מקומו כאן. [אבל כבר כתבתי במ"א דאף דאמרינן עדים זוממין חידוש הוא מ"מ בטריפה פטורין מאחר דלא עבדי מידי דגברא קטילא קטלי. וא"כ שפיר יליף מעדים זוממין דאזלינן בתר רובא. ולא חיישינן דילמא הך דאסהדו בי' טריפה הוי ולא מהני חידוש בזה. אבל יש לומר מאחר דחידוש הוא אזלינן בתר רובא בזה. אבל ז"א דאין להן לחייב יותר מרוצח כמוש"כ הרמב"ם (פ"ה מה' עדות ה"ג) עיי"ש בזה]:

וכן ניחא ג"כ לפ"מ דאיתא בנדרים (דף ד') דנזיר הוי חידוש. ואפי"ה בעי למילף ביבמות (דף ה') מנזיר דעשה דוחה ל"ת. אלא דשם בלא"ה שפיר מדחה דנזיר ישנו בשאלה אף דאי הי' מפני חידוש הוא הי' ניחא גם לב"ש דס"ל אין שאלה בנזירות במס' נזיר (דף ט'). [וע"ד הפלפול י"ל דהא התוס' שם (דף ו') הקשו כיון דאיכא קראי דעשה דותה ל"ת א"כ ל"ל קרא לכלאים בציצית. ותירצו דהו"א דשאני כלאים בציצית. דאין העשה שוה בכל דנשים פטורין מציצית וזה כר"ש במנחות (דף מ"ג) דנשים פטורין מציצית, וא"כ הסוגיא דבעי למילף מנזיר קאי לר"ש ואזדא האי סוגיא לשנויי גם להאבע"א בנדרים שם (דף ד') דנזיר לא הוי חידוש אלא לרבנן. אבל לר"ש דאית לי' דאינו נזיר עד שיזיר מכולן לא הוי חידוש. וא"כ לשיטתו הוצרך לומר משום דישנו בשאלה]:

תנן בנגעים (פ"י) שער צהוב מטמא כו' הפוך ושלא הפוך דברי ר"י רש"א אינו מטמא אלא הפוך. אר"ש ודין הוא ומה אם שער לבן שאין שער אחר מציל מידו אינו מטמא אלא הפוך. שער צהוב דק ששער אחר מציל מידו אינו דין שלא יטמא אלא הפוך. ר"י אומר כ"מ שצריך לומר הפוך אמר הפוך. אבל הנתק שנאמר בו לא הי' שער צהוב מטמא הפוך ושלא הפוך. ונ"ל דר"י לשיטתו אזיל במו"ק (דף ז') וביום הראות בו יש יום שאתה רואה בו ויש יום שאי אתה רואה בו מכאן אמרו חתן שנולד בו נגע נותנין לו ז' ימי המשתה לו ולביתו ולכסותו וכן ברגל נותנין לו ו' ימי הרגל דברי ר"י רבי אימר אינו צריך הרי הוא אומר וציוה הכהן ופינו את הבית אם ממתינין לו לדבר הרשות לכ"ש לדבר מצוה. כו' ור"י מהתם לא גמרינן דחידוש הוא דהא עצים ואבנים בעלמא לא מטמא והכא מטמא: והנה התוס' שם בד"ה מאי דלא גלי כתבו דמצורע דגופו הוי חידוש וגם רבי לא דריש ק"ו. וצ"ל דהכא דדריש ק"ו משום דהחידוש הוא לחומרא. והוא לומד מהקולא. אבל התם תרווייהו לחומרא לכך לא עביד ק"ו עיי"ש. וא"כ ר"י ס"ל דאפי' אם החידוש לחומרא לא עבדינן ק"ו. וא"כ לשיטתו שפיר ל"ל כאן ק"ו דשער צהוב אינו מטמא אלא הפוך מק"ו דשער לבן. מאחר דמצורע חידוש הוא לא ילפינן אף לקולא משא"כ ר"ש ס"ל כרבי שם. דלקולא שפיר ילפינן אף מחידוש ג"כ. או דס"ל דאף בחידוש עבדינן ק"ו: ובזה י"ל דר"י ור"ש לטעמייהו אזלי שם (במשנה ט') הראש והזקן אין מעכבין זה את זה דברי ר"י ר"ש אימר מעכבין זה את זה. אמר ר"ש ודין הוא ומה אם עור הפנים ועור הבשר שיש דבר אחר מפסיק ביניהם מעכבין זה את זה. הראש והזקן שאין דבר אחר מפסיק ביניהן א"ד שיעכבו זא"ז ור"י לא השיב ע"ז הק"ו כלום והוא דר"י לשיטתו דאפילו לקולא לא עבדינן ק"ו בחידוש שהוא חומרא. מכ"ש הכא דלחומרא דלא עבדינן ק"ו בחידוש. משא"כ ר"ש לשיטתו דעבדינן ק"ו בחידוש לכן אמר ק"ו זה. וזה נכון:

במס' סנהדרין (דף נ"א) אמרינן היא בשריפה ואין זוממי' בשריפה ושם ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו לאחיו ולא לאחותו. ותמהו שתוס' שם דלמאי איצטריך הני תרתי דרשות. ותירצו שם דטעמא בעי למה ר"י נקט לאחיו ובברייתא מהיא ולא זוממי'. ואפשר לומר דהברייתא מוכרת להביא הדרש מהיא ולא זוממי' כי הטעם בעדים זוממ' אם הרגו אין נהרגין מבואר במכות (דף ה') או משום דכתיב כאשר זמם לעשות לאחיו. ועדיין אחיו קיים. או משום דפשטי' דקרא כאשר זמם לעשות. ולא כאשר עשה. ואי משום ק"ו אין עונשין מן הדין. והנה בסנהדרין (דף ע"ד) תניא רשב"י אומר עץ"ז ניתן להצילו בנפשו מק"ו. ומה פגם הדיוט ניתן להצילו בנפשו פגם גבוה לא כ"ש. וכי עונשין מה"ד סבר עונשין מה"ד. וא"כ רשב"י דסבר עונשין מה"ד. ע"כ דסבר הרגו אין נהרגין מלאחיו. ואכתי הא איצטריך לאחיו ולא לאחותו. וצ"ל לדידי' מהוא ולא זוממי'. וא"כ הברייתא שם דמוקי כר"ש כמבואר שם. לכן נקט מהיא ולא זוממי'. משא"כ ר"י ס"ל אין עונשין מה"ד ולא איצטרך אחיו להרגו אין נהרגין ואייתר ללא לאחותו: ובזה נוכל לומר דלכך סבירא לי' לרשב"י ביבמות (דף ס"א) קברי עכו"ם אין מטמאין באהל דלטעמי' אזיל בזה. לפ"מ דמבואר בספרי פ' חוקת למה נאמר נוגע והלא דין הוא. אם מטמא באהל נוגע לכ"ש. מכאן שאין עונשין מה"ד. וא"כ לרשב"י תקשה. למה נאמר נוגע. והלא נדע במכ"ש ממאהיל. ול"ל דס"ל דאין עונשין מה"ד. דהא אדרבא ס"ל עונשין מה"ד. ולכך לשיטתו ס"ל דקברי עכו"ם אין מטמאין באהל. ומסיק רבינא שם דבמגע מטמא ע"ש. וא"כ איצטריך נוגע משום עכו"ם דלא ידעינן מכ"ש ממאהיל. דקברי עכו"ם אינם מטמאין באהל. וזה נכון:

אמנם כל זה לפלפולא בעלמא. דלפמש"כ הריטב"א כו"ע מודו דלאו מלאחיו דרשינן זה. דגם אינו קיים בכלל אחיו הוא. אלא העיקר מכאשר זמם נפקא ע"ש בזה. ומהרמב"ן מכות (דף י"ח) משמע דלכ"ע ס"ל אין עונשין מן הדין ורשב"י גילוי מילתא בעלמא הוא עיי"ש דלא ברירא הך מילתא וי"ל בזה: אם בעונש כדת שייך עונשין מה"ד או לא. דדילמא לא שייך אין עונשין מה"ד אלא בעונש ב"ר מיתה. או מלקות ולא בעונש כרת. והנה בתוס' חילין (דף קט"ו) בד"ה מה לחמץ בפסח שכן כרת. וכרת גופא לא מצי למילף שאין עונשין מה"ד ע"כ. הרי להדיא דס"ל דגם בעונש כרת אין עונשין מה"ד, אמנם ברש"י זבחים (דף מ"ד) מבואר דאינו כן שכ' בד"ה חוץ לזמנו הפוסל וכו' ומיהו כרת גופא לא נפקא לן בו מינה דהא ק"ו מכח שלא לשמה קאתי ודיו לבא מה"ד להיות כנדון ע"כ. אלמא דס"ל דגם בכרת עונשין מה"ד. מיהו י"ל דהרי התם קאי לר"ש דס"ל דליכא כרת בחטאות הפנימיות אלא פסול בלבד. וע"ז כתב רש"י דליכא כרת דאין עונשין מה"ד.

והרי רש"י ס"ל בסנהדרין (דף ע"ד) דעונשין מה"ד. לכן לשיטתו כתב משום דיו וכו'. מיהו לפמש"כ הרמב"ן בס' הזכות אין ראי' משם:

הנה הנ"י פרק חוקת הבתים הקשה בשם הריטב"א בהא דאמרינן דעדים מעידים שאכל ג' שנים בשדה והוזמו משלמין. דהוזמו אימת אי קודם ג' שנים הא אין חייבין עד שיגמר הדין ואי נגמר הדין הא הרי הוחזק בשדהו והו"ל כאשר עשה. ותי' דמיירי דאין יושב בתוך שדהו והו"ל מחוסר מעשה להורידו לתוך שדהו עכ"ל. אלמא דס"ל דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. והקשה האו"ת ע"ז. א"כ מהתורה דאף בד"מ בעינן דו"ח. וא"כ עדות שאאילה"ז פסול. א"כ לא יועיל להלוה עדי פרעון או שובר דהו"ל עדות שאאילה"ז דאימא יוזמו קודם גמ"ד אינם חייבין. ולאחר גמ"ד דהלוה פטור. א"כ נאמר כאשר עשה. ואין כאן הזמה כלל במציאות וא"כ לא הוי עדות מעולם ונשאר בצ"ע ע"ש:

והנה לפענ"ד נ"ל נכון לתרץ זה. דבעיקר טעמא דבעינן עדות שאילה"ז יש לי לחקור אם זהו גזה"כ מדכתיב ודרשו השופטים היטב והנה עד שקר העד ועשיתם לו כאשר זמם דמדכתיב ודרשו ידעינן דבעי שבע חקירות באיזה יום ובאיזה שעה דבזה אפשר להזימן ולקיים ועשיתם לו כאשר זמם ואז הוי עדות. משא"כ אם אינם יודעים בשבע חקירות. דא"א להזימן לא שמי' עדות. וכמוש"כ רש"י בפסחים (דף י"ב). או דהטעם הוא דעדות שאאילה"ז לאו שמי' עדות משום דאנו חושדין דמה שמעידים העדים דילמא לאו הכי הוה אלא כשאפשר להזימן ולעונשן אמרינן ודאי קושטא קאמרי דלמה להם לשקר מאחר דיכולין לבוא להזמה ולעונש. משא"כ אם אי אפשר להזימן דאז אין יראים מהזמה ומעונש איכא למימר דלאו קושטא קאמרי:

ונ"ל כהצד השני שכתבתי, דהיכא דאפשר להזימן אז אמרינן דקושטא קאמרי. משא"כ היכא דא"א להזימן לא ידעינן דקושטא קאמרי. וכן מבואר ממש"כ תוס' ריש מכות (דף ב') ד"ה מעידין וז"ל תימא כיון דאם הוזמו אין נעשין בן גרושה וחלוצה א"כ גם בשלא הוזמו איך יעשה על פיהם בן גרושה דהכי הוא האמת ואמאי הא הוי עדות שאאילה"ז ואין זה עדות עכ"ל. הרי להדיא דאי עדות שאאילה"ז לא הוי עדות הוא משום דאמרינן מי ימר דאמת כעדותם. וראי' לזה מהא דאמרינן בב"ק (דף ע"ה) אלא בעדות שאילה"ז קמיפלגי כגון דאתו סהדי ואמרו לי' גנבת וא"ל גנבתי וטבחתי ומכרתי. מיהו לא בפניכם גנבתי אלא בפני פלוני ופלוני ואייתי סהדי ואזמינהו דלא באפייהו גנב ואתו פ' ופ' ואסהידו בי' דגנב וטבח ומכר דבהא קמיפלגי דרבנן סברי הוי לה עדות שאאילה"ז וכל עדות שאאילה"ז לא הוי עדות וסומכוס סבר עדות שאאילה"ז הוי עדות והא קיי"ל דעדות שאאילה"ז לא הוי עדות ה"מ היכא דלא ידעי באיזה יום באיזה שעה דליכא לעדות כלל

אבל הכא סיוע הוא דקמסייע לי'. ופרש"י היכא דאמרי לא ידעינן באיזה יום באיזה שעה דאיכא למימר דלהכי עבדי דמסתפי דלא ליתי סהדי דלזמינהו והלא באותה שעה עמנו הייתם ועדים שקרנים הם. אבל הכא דהא דא"א להזימה היינו משום דקושטא קמסהדי מכ"ש דעדותן עדות דסיוע קמייסעו להו עכ"ל. הרי להדיא דהא דעדות שאאילה"ז לא הוי עדות הוא משום דחשדינן להו למשקרי אבל היכא דקושטא קאמרי לא איכפת לן. ות"ק סבר דנהי דסיוע קמסייע להו מ"מ דא"א להזימן לאו שמי' עדות דאפשר דמשקרי ולדידהו שוה כל עדות שאאילה"ז ואין אנו יודעים באיזה יום באיזה שעה דחושדין להו למשקרי:

ומעתה א"ש כיון דכל ענין דעדות שאאילה"ז לאו שמי' עדות הוא משום כיון דא"א להזימן חשדינן להו למשקרי ומי יימר דהכי הוא האמת כ"ז הוא לחייב מיתה או ממון דמספק אין לחייב ואין להוציא ממון. אבל לפטור ממון אמרינן דילמא הכי הוא האמת ומספק אין להוציא מהלוה המוחזק אלא פטור. וא"כ בלפטור להלוה עדי פרעון או שובר גם אי הוי עדות שאאילה"ז מהני וא"ש:

ולפ"ז מספקא לי בעדי פרעון אי אין יודעים בז' חקירות מהני עדותן דדילמא אמת מעידים וכדבריהם כן הוא. או דילמא שאני הכא דנימר טפי דמשקרי כמוש"כ רש"י בב"ק הנ"ל דעבדי הכי כדי שלא יוזמו. אבל נראה דאין חילוק ולעולם אמרינן דאינו אלא ספק אי משקרים או לא. ומהימני לפטור המוחזק כמו שתי כתי עדים המכחישים זא"ז דפסולין מספק לר"ח ואפי"ה מהימני להחזיק ללוה כמוש"כ תוס' בב"ק (דף ע"ב) עיי"ש: ויותר נראה דהא דעדות שאאילה"ז ל"ש עדות. כתבו התוס' בריש מס' מכות דילפינן מדכתיב כאשר זמם וא"כ בעדי שובר או עדי פרעון דהוי כאשר עשה לא בעינן עדות שאילה"ז כלל. וכמוש"כ תוס' שם כיוצא בזה. וז"ל ועוי"ל דגבי עדות בן גרושה ובן חלוצה לא חיישינן כלל באתה ילה"ז דמהיכא נפקא לן דבעינן עדות שאילה"ז מכאשר זמם והא מוכח בגמ' דכאשר זמם לא נכתב לגבי עדות דבן גרושה ולא קאי עלי' כלל בשום צד שבעולם עכ"ל. וה"נ כיון דכתיב כאשר זמם אבל לא כאשר עשה. וא"כ לא בעינן בזה עדות שאילה"ז ולתי' ראשון שם שכתבו דמקיים כאשר זמם במלקות והוי עדות שאילה"ז. ה"נ בעדים המעידים להחזיק ודאי דלוקין משום לא תענה אף דהוי כאשר עשה ואין משלמין ממון. מ"מ לוקין משום לא תענה והוי עדות שאילה"ז בזה:

מיהו לפמש"כ תוס' לקמן דבמעידים לחייב מיתה לא מיקיים כאשר זמם במלקות. משום דכתיב נפש בנפש. ה"נ בממון דכתיב גם בי' לא מיקיים כאשר זמם במלקות. לא יתיישב

זה. אבל להריטב"א ל"ק דס"ל כתי' השני דעיקר דין עדות שאילה"ז ידעינן מכאשר זמם והיכא דליכא כאשר זמם לא בעינן עדות שאילה"ז:

והאחרונים הקשו מהא דבכריתות (דף כ"ד) א"ר יוחנן שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בהן זכה. דאיך משכחת ערים זוממין בשור הנסקל דהטעם דכל המחזיק זכה. הוא משום דבעל השור הוא מתייאש עצמו תיכף. וא"כ הוי כאשר עשה לשיטת הנ"י דגם בממון אמרינן ולא כאשר עשה ואין חייבין עדים לשלם וא"כ הוי עדות שאאילה"ז כיון דלא מתקיים בהו כאשר זמם ואיך מקבלין אותם בתחילה ואף דמדרבנן לא בעינן בממון עדות שאילה"ז. מ"מ תקשה איך משכחת מדאורייתא רובע ונרבע שיסקלו עפ"י עדים וכן שור שנגח והמית אדם דכתיב בקרא השור יסקל. ותירצו עפי' תי' ראבא"ן שבתוס' מכות (דף ב') דהיכא דא"א להתקיים בהן כאשר זמם לא בעינן עדות שאילה"ז ומעתה בשור הנסקל כיון דלא אפשר להתקיים בהן כאשר זמם לא בעינן עדות שאילה"ז: ובזה ניחא הא דאמרינן בסנהדרין (דף ע"ח) ואמר רבא שור טרפה שהרג חייב ושור של אדם טריפה פטיר וכתבו התוס' שור טריפה שהרג חייב אע"ג דבשילהי פרק דו"ה פטרינן לר"ש שור שנתכוין להרג את זה והרג את זה מטעם דכמיתת בעלים כך מיתת השור לא דמי דהתם הטעם שוה לשניהם. אבל הכא באדם שיש לפטור מטעם עדות שאאילה"ז ובשור לא שייך דאם הוזמו עדים משלמין דמי טריפה לבעלים הרי להדיא דאף בכאן התייאש עצמו בעל השור והוי כאשר עשה, ואפ"ה חייבין מכאשר זמם והיינו דתוס' לטעמייהו בב"ק (דף ד') דבממון לא אמרינן כאשר עשה, ולכן משלמין הערים. אבל להנ"י דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה וא"כ לא עבדינן בעדים כאשר זמם. וא"כ מתורץ היטיב קושיית התוס' דלכך שור טריפה שהרג חייב אף דאדם טריפה שהרג פטור היינו טעמא משום דבאדם בעינן עדות שאילה"ז ולכך פטור ובשור לא בעינן עדות שאילה"ז משום דלא אפשר לקיים בהו כאשר זמם. אך באמת כדברי התוס' דבשור הנסקל שהוזמו עדיו משלמין מכאשר זמם. מבואר כן בסנהדרין (דף י') שורו של פלוני והוזמו נהרגין ומשלמין ממון. ממון לזה ונפשות לזה, וכן הוא ברמב"ם (ה' עדות פ"י). ולכן ליתא לתירוצם של האחרונים. ודבר קושייתם יתבאר במ"א תירוץ לוה: אי בעינן בממון עדות שאילה"ז מצינו ג' שיטות בזה. א' דמדאוריית' בעינן גם בממון עדות שאילה"ז. אבל מדרבנן שתיקנו ולא בעינן דו"ח בממון משום נעילת דלת ה"ה דלא בעינן עדות שאתה ילה"ז. הב' דעת הש"ך (בסי' לג) דגם מדרבנן בעינן עדות שאתה ילה"ז נהי דלא בעינן דו"ח מ"מ אם חקר ואמר א"י עדותו בטלה. והאו"ת השיג עליו והסכים לשיטה הא', הג'. דעת הנוב"י דגם מדאורייתא לא בעינן

בממון עדות שאילה"ז: והנה רש"י בב"ק (דף פ"ח) כתב דלכך קטנים פסולין לעדות משום דכתיב אנשים ולא קטנים. ועוד דהוי עדות שאאילה"ז דאינם בני עונשין עיי"ש. והרי גם בממון קטנים פסולין לעדות מדאורייתא והתם אדאורייתא קאי דיליף לפסול גזלן לעדות מקטנים. ומבואר דעכ"פ מדאורייתא בעינן עדות שאילה"ז בממון. אמנם י"ל לאידך גיסא. דאדרבא אי גם מדאורייתא לא בעינן עדות שאילה"ז בממון יתיישב היטיב הא דאיתא בב"ב (דף קנ"ה) לפסול קטנים לעדות מועמדו שני אנשים. ולא סגי בטעמא דעדות שאילה"ז. משום דהתם איירי לענין ממון כמבואר שם ובממון לא בעינן עדות שאילה"ז. לכן מייתי מועמדו שני אנשים ולא קטנים. אלא דמלשון רש"י משמע שכ' ועוד משום עדות שאאילה"ז משמע דאיירי גם בממון דאי לא הוי סגי האי טעמא גם בממון מאי שייך ועוד. הא טעמא קמא דאנשים ולא קטנים מספיק גם בממון ועדיף מטעם שני:

ועוד מתבאר ממש"כ השיטה בשם הר' פרץ בב"ק שם דמדאורייתא בעינן עדות שאילה"ז בממון ג"כ. וז"ל וא"ת ל"ל קרא לרבינהו לדינים תיפוק לי' מדאיצטריך למעוטינהו מעדות אלמא שייכי בדינים דאל"כ ל"ל קרא אנשים ולא נשים למעוטינהו מעדות ת"ל דהוי עדות שאאילה"ז וי"ל דסד"א דמיעוט דעדות איצטריך לעדות בן גרושה וחליצה שאינו בתורת כאשר זמם ואיצטריך למעוטי מעדות. תלמיד הר' פרץ ז"ל עכ"ל. והשתא אס"ד דבממון לא בעינן עדות שאילה"ז הא בפשיטות איצטריך למעוטינהו מעדות ממון. א"ו דגם בממון בעינן עדות שאילה"ז. וברדב"ז (ח"א סי' של"א) מבואר דבממון לא בעינן עדות שאילה"ז מדאורייתא. עיי"ש:

הנוב"י (שם סי' ע"ג) אסברא לן טעמא דלא בעינן בממון עדות שאילה"ז וז"ל ואומר אני. דבכל עדות שא"א הדבר להתקיים כי אם עפ"י עדים כמו חייבי מיתות ומלקות ובן גרושה ויתר הפסולים שאפילו הי' מודה בעצמו לא הי' מתחייב שאין אדם נהרג עפ"י עצמו ולא נפסל ולא נלקה עפ"י עצמו שפיר בענין עדות שאילה"ז. אבל אם אין יכול להזימה אף שמ"מ שני עדים הם ונאמנים יותר והכחשתו לאו כלום שאין דברים של אחד במקום שנים מ"מ דין עדות אין להם כיון שאאילה"ז. ואף שהכחשתו נגדן לאו כלום הוא לא יהי' אלא מודה בעצמו וג"כ לאו כלום הוא שאינו מתחייב עפ"י עצמו וגזה"כ דבעינן עדים ובעינן ג"כ עדות שאילה"ז וכן בקנס מודה בקנס פטור. אבל בכל חייבי ממון שאינו קנס ליכא למימר שגזה"כ הוא כנ"ל דהרי הוא מתחייב בעדות עצמו כיון שכן אף שהוא מכחיש אם שני מעידין אף שאאילה"ז מ"מ הכחשתו נגדו לאו כלום הוא. וה"ז כמו שאמרו לא תהא הודאת פיו גדולה וכו' ע"כ:

ובזה יש לתרץ קושיית הרמב"ן בחי' מכות שהקשה אהא דאין עדים זוממין משלמין את הכופר ואין לוקין ג"כ. דא"כ עדות שאאילה"ז הוא עיי"ש. ולהנ"ל ניחא דהא דאין משלמין את הכופר מבואר במכות (דף ב') משום דכופרא כפרה והני לאו בני כפרה נינהו. והרי בכופר חייב במודה מעצמו וכדאמרינן בב"ק (דף מ"א) עפ"י בעלים מודה בקנס הוא קסבר כופרא כפרה. וכיון דחייב במודה מעצמו אף דאין אתה ילה"ז עדות מיהא הוי ולא תהא הודאת פי' גדולה מהעדאת עדים. וזה נכון. אלא דהרמב"ן דהקשה ולא תי' כן מבואר דס"ל דאף במקום דמודה עפ"י עצמו מתחייב. בעינן עדות שאילה"ז. וע"כ גם בממון דמתחייב עפ"י עצמן בעינן ג"כ עדות שאתה ילה"ז:

ובברכי יוסף האריך כאן בזה. והדבר פשוט כמוש"כ. דהא אינו לוקה אא"כ הי' התראה ואפילו בהודה שהי' שם עדים והתרו או נגמר דינו בב"ד פלוני אינו לוקה משום דאין משים ע"ר וכמבואר להדיא כן ברש"י יבמות (דף כ"ה). ע"ש:

גם חידש בנ"ב סי' ע"ב שם דבעדות נשים לא בעינן עדות שאילה"ז ואם אמר א"י כשר. ובתוס' ישנים סוף יבמות כתב וז"ל ר"ע ור"ט אומרים בודקין וא"ת לדידהו אמאי לא בעי חקירה דאיזו יום ואיזו שעה ותי' הק' דדרישה וחקירה דאיזה יום אינו בשביל לעמוד על הבירור העדות שראו מעשה מה מהניא הך בדיקה אלא אינה אלא כדי שיבאו עדים לידי הזמה ודוקא בדיני נפשות הוא דבעינן לי' כדי להציל הנדון. אבל בעדות אשה כי בעינן נמי דו"ח כמו בדיני נפשות היינו מגוף העדות לבוא לידי אמת כמו כליו שחורים וה"ה בלשון שהעיד בו כמו הכא אבל איזה יום לא צריך ע"כ. הרי להדיא כהנב"י שם דלא בעינן בעדות נשים עדות שאילה"ז. וגם מהא דכתב דבדיני נפשות הוא דבעינן משמע דגם בד"מ לא בעינן עדות שאילה"ז. וזה ודאי דבד"ק בעינן עדות שאילה"ז כמו שהביא הש"ך מהא דב"ק (דף ע"ה). ואולי הא דכתב בדיני נפשות הוא להוציא ד"מ לאחר התקנה שתיקנו דלא בעי דו"ח וה"ה להזמה גם כן. ונ"ל דהתו' מפרשי דלא כרש"י שם שפי' דרישה בדיקות כהי"ג לכוין את דבריו. וחקירה באיזו יום אלא דדרישה הוא אם דבריו מכוונים וחקירה הוא באיזה כלים אף דבעלמא קרי להו בדיקות גם כן:

גם מה שהביא הנוב"י ראי' מהא דהקשו התוס' במכות (דף ו' אמאי עדות מיוחדת כשר בד"מ נילף ממשפט אחד יהי' לכם. ותי' דעד אחד מועיל לשבועה. וא"כ בעד אחד שלא בעינן עדות שאילה"ז דליכא מלקות גבי' דלא הרשיע מידי מאחר דאינו בא אלא לשבועה. וא"כ גם בב' עדים לא בעינן עדות שאילה"ז דליכא למילף ממשפט אחד יהי' לכם. ולא ידעתי הא בממון דבעינן עדות שאילה"ז מכאשר זמם נפקא ושם בפרשה כתיב

יד ביד דהוא ממון כדרשינן בפ"ג דכתובות ולא צריכין כלל למילף ממשפט אחד. אכן י"ל כמוש"כ תוס' בסנהדרין (דף ג') דעדים זוממין שאני ולא הי' ידעינן מזה לד"מ. ע"ש: גם י"ל לפמש"כ הש"ך (בסי' ל"ח) להרז"ה דאין בשטר הזמה אף דהוי עדות שאאילה"ז דמ"מ הוי עדות שאילה"ז מה שנפסל לעדות. ואף דכ' שם דבממון אינו מספיק זה דומיא דמיתה משום דכתיב נפש בנפש וה"ה בממון דכתיב יד ביד, מ"מ עד אחד דאתי לשבועה הוי שאתה ילה"ז במה שנפסל לעדות. וממילא אזדא גם ראיי' שני' שכ' שם מעדות מיוחדת דהא כל אחד יכול לומר לחייב שבועה באתי. דג"כ הוי עדות שאילה"ז במה שיפסל לעדות: והא דקאמר בב"מ (דף ד') מה להצד השוה שכן אינו בתורת הזמה פי' עד אחד אינו בתורת הזמה. ולפמש"כ הא איכא בהזמה שנפסל לעדות. י"ל דמ"מ אינו ככל עדים שמשלמין ואז הוי כאשר זמם גמור. משא"כ בנפסל לבד: ומה שכ' שם (שאלה ע"ג) בהא דיכול לומר לחייב שביעה באתי. אף דמה חיוב שייך בזה דהלה ישבע דאכתי יכול לומר לחייב שבועה ואח"כ הוא עם אחר או הבע"ד יפסלנו לשבועה. לפמש"כ התוס' בב"ק (דף ק"ח) דהחשוד על השבועה אינו פסול לשבועה אלא מדרבנן. וא"כ מדאורייתא הי' כשר לשבועה. וא"כ מדאורייתא א"י לומר לחייב שבועה באתי, וא"כ אינו מוכח דמדאורייתא לא בעינן עדות שאילה"ז ואף לפמש"כ הר"ן בפרק כל הנשבעין דמדאורייתא פסול שבועה נאמר כתי' הראשון שכ' בזה. אולם יש לקיים דבריו דמש"כ לשבועה הוא לאו דוקא אלא דיפסלנו לעדות דפסול מדאורייתא ג"כ:

ובעיקר הדבר שכ' שם (שאלה ע"ב ושאלה נ"ז) דהזמה ודו"ח תרי מילי נינהו דדו"ח ילפינן מדרשת וחקרת והזמה מכאשר זמם. ולכן אף דבעינן דו"ח בממון עדות שאילה"ז לא בעינן בממון. לא משמע כן מהא שכ' רש"י בפסחים (דף י"ב) בד"ה דהוי לי' עדות שאאילה"ז וז"ל דרחמנא אמר ודרשו השופטים היטיב והנה עד שקר העד וגו' ועשיתם לו כאשר זמם לעשות וגו' עדות שאתה יכול לקיים בה תורת הזמה הוי עדות ואי לא לא ע"כ. ולמה הוצרך רש"י להביא הך דודרשו היטב ולא סגי במה שהביא אח"כ אידך קרא דועשיתם כאשר זמם לעשות. וצ"ל כמוש"כ תוס' ברישׁ מס' מכות (דף ב'). וצ"ל דהא דבעינן עדות שאילה"ז נפקא לן מהא דבעי דו"ח כדי שיבוא להזמה דבלא ז' חקירות א"א להזימם. ומהכא נפ"ל דבעינן עדות שאילה"ז. וא"כ מבואר דהזמה ודרישה וחקירה חדא מילתא היא מאחר דכתיבי סמוכים בפרשה. ומאחר דבממון. בעינן דו"ח בעי' גם עדות שאילה"ז. וכן כתב רש"י בסנהד' (דף מ"א) בד"ה לאו שמה עדות הואיל וא"א לקיים בו ודרשת וחקרת היטיב ודרשו השופטים והנה עד שקר וגו' ע"כ. הרי להדיא דהזמה

מכלל דו"ח ומאחר דבממון בעי דו"ח גם עדות שאילה"ז בעינן מבואר מכל זה דעדות שאילה"ז מדרשת וחקרת ילפינן ולא מכאשר זמם לבד:

התו' בגיטין (דף י"ז) הק' מפני מה תקנו זמן בשחרור. וי"ל דהפ"י הק' מאי פריך הש"ס מפני מה תיקנו זמן בגיטין נימא דצריך זמן כדי שיהא עדות שאילה"ז דבלא זמן הוי עדות שאאילה"ז ותי' דלא שייך כאן הזמה וביאר בנוב"י דאם נמצאו זוממין לא שייך בזה כאשר זמם שיגרשו נשותיהם וכ"ז בגיטין אבל בשחרור דאם נמצא זוממין משלמין העבד שרצו להפסיד לבעה"ב שלו ושפיר בעינן עדות שאילה"ז ולכך תיקנו זמן בשחרור וזה נכון. אלא דלפ"ז ק"ט מהא דאיתא ביבמות (דף ל"א) דלא תיקנו זמן בקידושי שטר משום דאיכא דמקדשי בכספא. ופריך משטר שחרור דאיכא בכספא ואפ"ה תיקנו זמן ומאי פריך והא בשטר שחרור איכא למימר דבעינן עדות שאילה"ז משא"כ בקידושין דלא שייך זה דמאי כאשר זמם איכא בזה. וראי' מזה דלא בעינן בממון עדות שאילה"ז מדרבנן מיהא. וא"כ ל"ש דיתקנו זמן משום הכי. ודלא כש"ך דס"ל דבעינן עדות שאילה"ז בממון גם כן. ובחו' רי"ד גיטין כתב דהא דכותבין המקום בשטרות ובגיטין כדי שיהא עדות שאילה"ז דעדות שאאילה"ז לא הוי עדות. ע"ש בזה:

השע"מ הקשה לפי"ד הש"ך הנ"ל דבעינן בממון עדות שאילה"ז איך מקבלין עדות כעת הא הוי עדות שאאילה"ז דאם יוזמו אין אנו מחייבין אותן דקנס הוא ואין דנין דיני קנסות כעת. וגם לאחר תפ סה בקנס איך דנין הא הוי עדות שאאילה"ז וי"ל לפמש"כ הש"ך בסוף סימן זה. דלהרז"ה דבשטר אף דאם הוזמו אין נענשין. מ"מ נפסלין. ובזה הוי עדות שאילה"ז וא"כ אף לדידן דאין דנין דיני קנסות ואין העדים נענשין מ"מ נפסלין לעדות ושפיר הוי עדות שאילה"ז בזה:

ובזה הי' אפשר ליישב כמה קושיות בש"ס אלא שלפע"ד לא מהני זה בד"מ דהרי בד"נ ודאי לא מהני שיהא עדות שאילה"ז במה שיהי' נפסלין לעדות. דהרי אפילו במלקות לא הוי עדות שאילה"ז בד"נ כמוש"כ התוס' ברישׁ מס' מכות (דף ב') משום דכתיב נפש בנפש. וא"כ כ"ש במה שיהיו נפסלין. וא"כ ה"ה בד"מ דכתיב יד ביד לא הוי במלקות שאילה"ז כמוש"כ במ"א. וא"כ כ"ש במה דנפסלין. לכן צ"ל דהוי עדות שאילה"ז אם יעמדו סמוכים. ועיין בנתיבות (ס"ק ד') דמשמע נמי כן:

בש"ך סוס"י זה כ' דלעדות אין נפ"מ במה שיהי' נפסל, וי"ל דנפ"מ לפי מה דמבואר (בסי' ל"ד) דיכול ליטול שכר קודם שיהי' עד. וא"כ אי יפסול לעדות לא יכול ליטול שכר. ועוד שאר נפ"מ בזה:

כלל בהזמה דמאחר דאפשר להתקיים בשום פעם הזמה קרינן בי' עדות שאילה"ז בזה:

התוס' בב"ק (דף נ"ג) בד"ה ואיפוך אנא הק' דא"כ ל"ל רעהו למעוטי הקרש. ותירצו דאיצטריך להקדש שנגח שור של הדיוט. וק"ל דבב"מ (דף כ"ו) ממעטינן דהקדש אין לו אונאה מדכתיב לא תונו איש את אחיו אחיו ולא של הקדש וא"כ בעדים זוממין דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ג"כ נימא אחיו ולא הקדש. וא"כ איך אפשר לומר דאיצטריך למעוטי הקדש שנגח של הדיוט תיפוק לי' דבלא"ה א"א לחייב הקדש שנגח של הדיוט דהוי עדות שאאילה"ז דכשיוזמו העדים יהיו פטורין מלאחיו כמו דפריך בב"ק (דף פ"ח) אי עבד אינו בכלל אחיו. זוממי עבד לא יהרגו דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו. ופירש"י ותוס' שם וא"כ גם העבד לא יהרג דהוי עדות שאאילה"ז. וה"נ בהקדש שנגח של הדיוט הוי עדות שאאילה"ז. ותי' הש"ס דב"ק ובערת הרע מקרבך לא שייך אלא בד"נ ולא בד"מ. ובד"מ לר"י זוממי עבד אין משלמין ואין מקבלין עדותן על עבד דהוי עדות שאילה"ז והניחא אי פלגא נזקא ממונא משכחת כשהודה ואעפ"כ פטור משום רעהו. אבל אי פ"נ קנסא וקי"ל הכי. א"כ א"א בלא עדים והוי עדות שאאילה"ז דפטורין משום דלאו אחיך הוא:

וי"ל כמוש"כ תוס' בסנהדרין (דף פ"א) אהא דמי שנתחייב שתי מיתות נידון בחמורה דהא הוי עדות שאאילה"ז דהא גברא קטילא בעי למיקטל. ותי' דמיירי בב"ד דלא בעינן עדות שאילה"ז ועוד דאי מתזמי קמאי חייבין הוי עדות שאילה"ז וא"כ ה"נ י"ל לתי' קמא דמיירי בב"ד. ולתי' בתרא דאמרינן הואיל בעדות הזמה. ה"ג הואיל ואי בעי מתשיל ומיירי בהקדש שלא באו ליד הגזבר דמהני שאלה דאמרינן הואיל ואי בעי מיתשל ושפיר הוי עדות שאילה"ז. וזה נכון:

ובזה י"ל ג"כ דאיך מקבלין עדים על עכו"ם כמו שמבואר בטור (סי' ח"ח) וכן על מומר הא א"א לקיים בהו כאשר זמם דעכו"ם לאו אחיו הוא. וכן מומר לכמה פוסקים כמבואר בהלכות ריבית. וא"כ הוי עדות שאאילה"ז. אבל לפמש"כ תוס' בסנהדרין (דף פ"א) דאמרינן הואיל בהזמה א"ש דהא הוי עדות שאילה"ז בעכו"ם הואיל ואי בעי מנייר ובמומר ג"כ הואיל ואי בעי שב. אלא דאינו מספיק דבעת הגדה כעת לאו אחיו הוא אף דאפשר שבעת הזמה שיתגייר או ישוב אחיו הוא מ"מ בעינן כאשר זמם לעשות לאחיו בעת הגדה ג"כ. אלא צ"ל בפשיטות דבעכו"ם כיון דנהרג בע"א ואפי' בקרוב לא בעינן עדות שאילה"ז וכן במומר דמורידין ולא מעלין לא בעינן בזה עדות שאילה"ז:

וכבר הבאתי ראי' מהא דמבואר בתוס' ב"ק (דף כ"ד) דעדי נגיחה כת א' יכולין להעיד על כל הנגיחות. וק"ל הא הוי עדות שאאילה"ז דאם יוזמו על הראשונה. אישתכח דבנגיחה שני' פסולין הוו וכמו דאמרינן כה"ג בב"ק (דף קי"ג) דמכי הותזמו אנגיבה אישתכח

דבשעת טביחה פסולין הוו. א"ו הואיל ואי לא אתזמי אראשונה מתקיים הזמה הוי עדות שאתה ילה"ז. וכמוש"כ:

ויש להביא ראי' מהא דאמרינן בחולין (דף י"א) רבינא אמר אתיא מעדים זוממין דרחמנא אמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו וליחוש דילמא הך דאסהידו בי' טרפה הוה. וכ"ת דבדקינן לי' והתניא ברבי אומר הרגו אין נהרגין. וקשה למה הוצרך לומר מדתניא הרגו אין נהרגין הא מיני' ובי' ליכא למימר דבדקינן לי'. דא"כ איך דנו אותו תחילה דהא הא דעדים שהעידו על הטריפה אינן נהרגים היא משום דהוי עדות שאאילה"ז. כמבואר בסנהדרין (דף ע"ח). א"כ הא בעינן עדות שאתה ילה"ז ושמא טריפה הוא והוי עדות שאי אתה ילה"ז. והניחא לתי' קמא שבתוס' בד"ה וכ"ח דבדקינן לי' דאין להביא ראי' מהא דדנין את הרוצח דאזלינן בתר רובא וביאורם הוא דממנ"פ אי בריא הוא חייב. ואי טרפה הוא. אף דאין הורגין אותו לכתחילה הוא. מ"מ גברא קטילא הוא. אבל לתי' בתרא דהוי עדות שאאילה"ז קשה כנ"ל אלא ודאי מאחר דהוי עדות שאילה"ז אולי ימצא בריא. לכן מקבלין אותן. וע"כ שפיר הוצרך להביא מהא דהרגו אין נהרגין וזה נכון: והרמב"ן פ"ק דמכות כ' איכא דק"ל והרי העדים שאמרו אשתו של פ' זינתה שמפסידין כתובתה ממנה והיא נהרגת ונמצאו זוממין נהרגין ואין משלמין ממון ואיך מקיימין כאשר זמם במקצת ולפימש"כ התוס' בסנהדרין הנ"ל דהואיל ואי מתזמי קמאי חשוב עדות שאילה"ז וה"נ דאף דקלב"מ מ"מ אי תפיס מהני כמוש"כ רש"י בב"מ (דף צ"א) הוי אתה יכול להזימם. מיהו להמהרש"ל שכתב דאם עבדינן החומרא לא מהני תפיסה לא יתיישב זה. וצ"ל כתירוץ הרמב"ן שם המובא בהריטב"א עיי"ש:

דעת הרז"ה דבשטר גם אם העדים אומרים בזמנו כתבנוהו אין מקיימין בהם הזמה דהזמה חידוש היא ואין לך בו אלא חידושו בע"פ ולא בשטר. וקשה מהא דאמרינן במכות (דף ג') אמר ר"י אמר רב עד זומם משלם לפי חלקו מאי משלם לפי חלקו כו' וקשה דלוקמי בכה"ג לפי"מ דקיי"ל לקמן סי' נ"א) דעד אחד בכתב וע"א בע"פ מצטרפין. וא"כ מיירי שהעיד אחד בכתב ואחד בע"פ והוזמו אח"כ דהעד שבשטר אין משלם ומשלם העד שבע"פ לפי חלקו. וי"ל דס"ל כהאומרים לקמן (בסי' ח"י) דאם שנים הזיקו ואחד לאו בר חיובא משלם השני כל הנזק משום דהיכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. וה"נ כיון דהעד שבשטר פטור וליכא לאישתלומי מיני' משלם כולו, וא"כ איך קאמר משלם לפי חלקו. ולכן הוצרך לאוקמי באומר הועדנו והוזמנו בב"ד פלוני וחייבנו ממון דכיון דלדבריו השני בר חיובא הוא אלא דאינו מודה הוי כברח דלא אמרינן בזה כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי ולהסוברים שם דגם בברח או אי אין

לו לשלם משלם כולו הא דבכאן אינו משלם אלא לפי חלקו, צ"ל דס"ל משום דעדים זוממין קנסא לא קנסו בכה"ג לשלם כולו. ולדידהו קשה למה לא מוקי בפשיטות עד זומם משלם לפי חלקו בכה"ג שהלה ברח או אין לו מה לשלם וקמ"ל דלא קנסו לשלם כולו. ובמ"א יתבאר בזה:

בב"מ (דף ד') מבואר דבע"א לא שייך תורת הזמה שאם הוזם אינו משלם דאינו בא אלא לחייב שבועה. ולפי"ז י"ל דגם בב' עדים שאינן מחייבין אלא שבועה ולא ממון דאם הוזמו אין משלמין. ובהעדאת עדים דר"ת בב"מ שם ולקמן (סי' ע"ה) דמחייבין שבועה אם הוזמו אין משלמין. ולפימש"כ המפרשים דבע"א לא בעינן עדות שאילה"ז משום דלא מתקיים בו כאשר זמם י"ל דגם בהעדאת עדים דר"ח לא בעינן עדות שאילה"ז. או י"ל כיון דהעדאת עדים דר"ח יליף מקנס וע"א וכבר ידוע מש"כ התוס' והרא"ש בפ"ק דב"ק דמילתא דאתיא במה הצד יש לו כל דין מה הצד ע"ש. וא"כ צריך להיות דומיא דקנס ובקנס הא בעינן עדות שאילה"ז. אף דיליף גם מע"א ובע"א לא בעינן מ"מ הא צריך להיות גם דומיא דקנס. ולפימש"כ (בסי' ע"ה ובסי' צ') דהאי מה הצד אינו אלא גילוי מילתא י"ל דלא בעינן שיהא דומיא דקנס והוי דומיא דע"א כיון דאין מחייבין אלא שבועה לא בעינן עדות שאילה"ז וצ"ע בזה. ומה שנסתפקו הקצוה"ח בע"א דר' אבא כיון דמחייב ממון אי הוזם צריך לשלם. הנה מבואר להדיא ברמב"ם (פכ"א מהל' עדות ובפ"א דה' סוטה) דע"א המחייב ממון אי הוזם צריך לשלם: הנה קי"ל דהתשלומין של עדים זוממין שייך למי שהעידו עליו כמבואר בב"ק (דף ע"ג) ורש"י ותוס' מס' מנות (דף ג') ורמב"ם פכ"א מה' עדות בכמה הלכות עיי"ש ובטור וכ"ה בפוסקים בכ"ד, והנה הרדב"ז (בח"ג סי' תרכ"ד) נשאל מהר"א ממיץ. מנין שהממון ניתן למי שהעידו עליו. מאחר שהוא קנס יתנו ב"ד למי שירצו כדתנן בחומש ש' תרומה ניתן קרן לבעליו וחומש לכל מי שירצה. והשיב משום דזה דמי לכפל דמשלם למי שמשלם הקרן והיינו משום שנצטער בגנבתו. וה"נ נצטער שהעידו עליו שקר עיי"ש. והי' יכול לדמותו למוציא ש"ר ג"כ וכן לחומש דכופר בפקדון ונשבע דמשלם למי שהקרן שלו והכל משום צער חברו. משא"כ בתרומה דלא שייך זה לכן יוכלו ב"ד ליתן למי שירצו. והנה לבסוף כ' שם הרדב"ז ואי לא דמסתפינא לדרוש בכתוב מה שלא נמצא בדברי חז"ל הוי דרישנא לי' מקרא יתירא דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ואחיו יתירא הוא. וה"ק ועשיתם לו כאשר זמם לעשות. והאי עשיי' תהי' לאחיו ויש בתלמוד כיוצא בדרשה זו ותפוס טעם זה עד שתמצא טוב ממנו כי כן אעשה גם אני עכ"ל:

ולפע"ד נראה עפי"מ דאמרינן בב"ק (דף ל"ד) מתיב ר"ז ואלו נערות שיש להן קנס וכו' ועל הכותית ואס"ד קניס ר"מ בממונם ה"נ ניקנוס שלא יטמעו בהן אמר אביי כדי שלא יהא חוטא נשכר ונתבי' לעניים אר"מ משום דהו"ל ממון שאין לו תובעים. וכ' הש"מ וקשה דהא אנן יד עניים אנן ויתבעו בב"ד כדאמרינן בריש פרקין. וי"ל דה"ק כיון שאין לו תובעים אין מי שיטרח להביא עדים שנאנסה או שפיתה לא האשה ולא עניים ולא ב"ד אין מי שיפשפש אחר המעשה. וא"כ נמצא חוטא נשכר כו' עיי"ש, וה"נ אי אין שייך לאחיו לא יביא עדים זוממין ואין מי שידרוש אח"ז ונמצא חוטא נשכר. ולכן לאחיו. משא"כ חומש לעולם אינו חייב בהודה:

הרמב"ם (פ"כ מה' עדות) כתב נהרג זה שהעידו עליו ואח"כ הוזמו אין נהרגין מה"ד שנאמר כאשר זמם לעשות ועדיין לא עשה כו'. והנה נראה בזה מלישנא דהרמב"ם דהא דממעטינן עדים זוממין בשכבר נעשה מעשה על פיהם לאו מדכתיב כאשר זמם דמשמע דעל המחשבה לחוד חייבין ולא על המעשה. די"ל דכאשר זמם בא להורות דדוקא אם המעשה נעשה כפי מחשבתם אז חייבין אבל אם לא נעשה כמחשבתם פטורין כמו דאמרינן בפ"ה דסנהדרין יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ושם (דף פ"ו) לפוסלו לעדות באנו. אבל לא ממעט היכא דנעשה מעשה על פיהם, והא דממעטינן בשכבר נעשה על פיהם היינו מדכתיב לעשות ואמרינן בשבת (דף נ"ו) דלעשות היינו ביקש לעשות ולא עשה וכיוצא בזה בקדושין (דף מ"ט) דייקא נמי דכתיב לבנות לה בית בארץ שנער ופרש"י מדכתיב לבנות משמע ביקש לבנות ולא בנה. וה"נ מדכתיב לעשות משמע ביקש לעשות ולא עשה ויש להעמיס זה בלשון הרמב"ם שכתב שנאמר כאשר זמם לעשות ולא עשה כן נ"ל:

האו"ת בסימן זה ד"ה ודע יצא לידון בדבר החדש דאף דקיי"ל בסנהדרין (דף מ"א) דבעינן שיתיר עצמו למיתה היינו שיאמר ע"מ כן אני עושה מ"מ זהו דוקא בד"נ אבל במלקות לא בעינן שיתיר עצמו ויאמר ע"מ כן אני עושה. משום דהא דילפינן דבעינן שיתיר עצמו למיתה היינו מדכתיב יומת המת עד שיתיר עצמו למיתה מזה לא ידעינן אלא לחייבי מיתות ב"ד ולא לחייבי מלקות. והוכיח זה מהא דאמרינן בכתובות (דף ל"ג) בעדים זוממין נתרי בהו וקשה דאיך שייך בהו התראה דבעינן שיתיר עצמו ויאמר ע"מ כן אני עושה ואיך שייך שיאמרו ע"מ כן אנו מעידים הרי הודו שמעידים שקר ואין כאן עדות כלל ואם אמרו אנן יודעים שהאמת אתנו והרי אנו מחייבים עצמנו אם נהי' נמצאים זוממין להתחייב מיתה אין זה בגדר התרת עצמו למיתה כי לפי דבריהם לא פעלו און והרי זה נדע מאם השיב יודע אני ומ"מ אני עושה דאינו בגדר התראה. א"ו דבמלקות לא

בעינן שיאמר ע"מ כן אני עושה. ובכתובות קאי התם לענין מלקות עכ"ד. וכ"כ בחוט השני (סי' י"ז) ע"ש. ועיין בתמורה (דף ז') בתוס' ד"ה אלא בתם וז"ל וקשה להר"ר מר היכי מצינו למימר דלא אסיק אדעתי' לאקרובי' והלא התרו בו לא תקריב בעל מום למזבח והלא קיבל התראה ואמר ע"מ כן אני עושה דבלא"ה לא לקי כו' עכ"ל. הרי להדיא דגם למלקות בעינן שיאמר ע"מ כן אני עושה. וזה שלא כדעת האו"ת והחוט השני הנ"ל: ומה שהביא מהא דכתובות דאיך שייך בעדים שיתירו עצמן ויאמרו ע"מ כן אנו עושים. י"ל דהסוגיא קאי אליבא דמ"ד התיר עצמו למיתה כמוש"כ האו"ת בעצמו אלא שנראה לו דוחק והשתא בע"כ צריכין לומר כן. וכ"כ הלח"מ (בפי"ב מה' סנהדרין ה"ב) וכתב שכ"כ הרמב"ם ז"ל בפירוש (בפי"ח) וכוונתו למש"כ שם הרמב"ם (בפ' י"ח ה"ה) מי שעבר על איסור כרת או מיתות ב"ד והתרו בו והרכין בראשו או שתק ולא קיבל עליו התראה אין הורגים אותו כמו שביארנו ואין מלקין אותו. הרי להדיא דאין מלקין אותו עד שיקבל עליו התראה, וכיון דדין זה הוא בסנהדרין (דף פ"א). א"כ מוכח להדיא מהגמרא דבעינן שיקבל עליו התראה במלקות וכמו שביארנו:

ועיין תשובת הרשב"א (ח"ד שאלה ק"ט) וז"ל ומה שהוקשה לך אם אדם נאמן לומר אנוס הייתי איך לאו דשבועה מסור לב"ד שלעולם יאמר אנוס הייתי כו'. ועוד כי באמת אין מלקות בלא עדים והתראה. ואם זה התרו בו ולא חשש להם לומר בשעת התראה וכ"ש כשאמר אעפי"כ ודאי אינו נאמן ע"כ הרי מדכתב וכ"ש כשאמר אעפי"כ משמע דבלא זה ג"כ סגי בזה. ודי בשתיקה לבד: וי"ל מהרמב"ם (פ"ב מה' שבועות הי"ב) וכן אם התרו בו ואמר מעולם לא נשבעתי אלא על דבר זה ואחר שהעידו עליו שנשבע או נדר אמר כן הי' אבל כו' אין שומעין לו ולוקה ע"כ. והוא מטעם כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי כמוש"כ הש"ך ביו"ד (ס' רל"ב). והרי הכא כשנשבע שלא יאכל ואכל והתרו בו ואמר להד"ם הרי לא התיר עצמו ואפי"ה לוקה וזהו דלא כמוש"כ הלח"מ הנ"ל בשם הרמב"ם. וי"ל דהא דבעינן שיתיר היינו אם אפשר אבל אם לא אפשר סגי בקבל התראה לבד. ומעתה גם בעדים זוממין כן מאחר דא"א בע"א די בהתראה גרידא וכמוש"כ האו"ת בעצמו. וה"נ בשבועה כן: בברכות (דף י"ח) והמתים אינם יודעים מאומה אלו רשעים שבחייהם קרויים מתים שנאמר ואתה חלל רשע נשיא ישראל ואבע"א מהכא עפ"י שנים עדים או שלשה עדים יומת המת חי הוא אלא המת מעיקרא. ולכאורה תמוה דהו"ל להביא תחילה מד"ת והדר מד"ק ובמדרש קהלת מייתי מהחפוץ אחפוץ במות המת ולא מייתי כלל מד"ת מיומת המת. ונראה דהא בסנהדרין (דף מ"א) אמרינן התיר עצמו למיתה מנלן א"ק יומת המת עד שיתיר עצמו למיתה הרי דאיצטריך המת להא דיתיר

עצמו ולא ידעינן מזה דבחייהם קרויים מתים. והאבע"א ס"ל כריב"י דלא בעי שיתיר עצמו כמוש"כ תוס' בסנהדרין שם. ולכן במדרש קהלת לא מייתי מהא דיומת המת דלא ידעינן כלל מזה ומייתי מקרא דד"ק וזה נכון ומעתה סייעתא למש"כ התוס' בסנהדרין דאיכא מחלוקת בזה ושפיר י"ל דהסוגיא קאי אליבא מ"ד זה וכמושכ"ל בזה:

ותמוהין לי מש"כ הלח"מ (בפ"א מה' ק"פ) אמש"כ הרמב"ם שם הלכה ה' דשוחט פסח על חמץ שברשותו אעפ"י שאינו באזהרה לוקה. דלכאורה הוי התראת ספק. ותי' דמיירי שאמר בפירוש אעפי"כ אני עושה דלא הוי התראת ספק דלא יכול לומר שוגג הייתי. והוא תמוה לפמש"כ בעצמו בה' סנהדרין דגם במלקות בעי שיתיר עצמו. א"כ כל התראה כן. ואפ"ה אמר בפסחים (דף ס"ג) דהוי התראת ספק אם אינו בעזרה. וי"ל הרמב"ם דהסוגיא קאי כריב"י דאמר שלא בעי שיתיר עצמו משא"כ כפ"מ דקי"ל כרבנן באמת לא הוי התראת ספק לכך חייב אפילו אינו בעזרה. ומזה ג"כ סייעתא לפי' קמא בסנהדרין (דף מ"א) שם:

וברדב"ז בלשונות הרמב"ם ז"ל (סי' רפ"ט) הביא תשובת הרמב"ם שנשאל על שנתגרשה בפסולי עדות דאורייתא והלכה ונשאת וילדה אם בני' ממזרים. והשיב ז"ל אם נתברר על אלו עדים דבר ממה שזכרתי בעדים והתראה בשעת מעשה והוא שיאמרו העדים להעד לא תעשה מה שאתה עושה או מה שאתה רוצה לעשות ואם תעשה אתה מתחייב מלקות או כרת והשיב כבר ידעתי זה ואעפ"כ אני עושה ועשה אחר ההתראה הנה העד פסול והגט בטל ובני' ממזרים ע"כ. אלמא דס"ל דגם במלקות בעינן שיאמר על מנת כן ומשום דאינו נפסל עד שיהא מחוייב מלקות לכן כתב הכא תנאים האלה:

הרא"ש פ"ק דמכות (סי' א') ותיפוק לי' מלא תענה משום דהו"ל לאו שאין בו מעשה וכל לאו שאב"מ אין לוקין עליו וכן לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין לוקין עליו וכתב הפ"ח כ"כ הרי"ף וליתא הכא בפרקין אלא בר"פ אלו הן הלוקין. ותמיהני דאע"ג דאיכא למימר דנקטי איידי ולא נפ"מ האידנא. קשיא אמאי שיירי אינך דאין לוקין ולא תנא להו איידי כו' עכ"ל. ובאמת כוונת הרא"ש בפשיטות דהא דקתני לאו שניתן לאזהרת מב"ד לאו איידי נקטי' אלא דכיון למש"כ תוס' בסנהדרין (דף י') וכן בפ"ק דמס' מכות (דף ד') ד"ה ורבנן דהא דקאמר הש"ס ותיפוק לי' מלא תענה ומשני משום דהוי לאו שאין בו מעשה ה"ה דהומ"ל משום דהוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד. וזהו שכ' הרא"ש וכן לאו שניתן לאזהרת מב"ד אין לוקין עליו דוה עוד טעם על מה דאין לוקין משום לא תענה. וה"ה דהו"מ הש"ס לשנויי הכי:

והפ"י תירץ על מה דלא קאמר הש"ס דהוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד דבעדים לא שייך דהוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד דהא לקמן בפ"ג מבואר דהא דלאו שניתן לאזהרת מב"ד אין לוקין עליו ולאו שניתן לאזהרת כרת לוקין דמיתת ב"ד בעי התראה וכרת לא בעי התראה. ומעתה דעדים זוממין לא בעי התראה כמבואר בכתובות (דף ל"ג) א"כ לא הוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד ולכך צריך לומר דהוי לאו שאב"מ עיי"ש. והוא תמוה דהא להדיא אמרינן בב"ק (דף ע"ד) דעדים שהוכחשו בנפש ואח"כ הוזמו אין לוקין משום דהוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד והא דמבואר בפ"ג דלאו שניתן לאזהרת כרת אין לוקין משום דלא צריך התראה, האי התראה לאו התראה דעדים אלא התראה דתורה והיינו אזהרה וכדקאמר שם ודילמא אזהרה לקרבן וכמו שמבואר בריטב"א שם. וא"כ למאי נכתב הלאו וע"כ למלקות. וא"כ מה בכך דעדים לא בעי התראה. מ"מ בעי אזהרה דאין עונשין אא"כ מזהירין. משא"כ כרת דלשמים לא בעי אזהרה כלל וזה ברור:

במכות (דף ד') ברש"י ד"ה עדים זוממין אין צריכין התראה וז"ל בכתובות (דף ל"ג) אמרינן טעמא נהרי בהו אימת כו'. וקשה דהא בכתובות שם דחה טעם זה. ומסיק דהטעם משום דאינהו בעי למיקטלי בלא התראה ובסנהדרין (דף מ') בד"ה שכן צריכין התראה כ' רש"י בעצמו וז"ל משא"כ בעדים זוממין דכתיב כאשר זמם וזה חשב להרגו בלא התראה עכ"ל. הרי דכתב להדיא הטעם משום דחשב להרגו בלא התראה. ומזה ראי' למש"כ בכמה דוכתי עיין לקמן (רס"י קכ"ט) דדרכו של רש"י ז"ל להביא תחלת הסוגיא אף דבמסקנא לא קאי הכא:

ומש"כ התומים בביאור הרמב"ם שכ' לפיכך א"צ התראה משים דאין העבירה שלהם נגמר אלא כשהב"ד גומרין דינו של הבע"ד עפ"י עדותן אלו באו עדים זוממין קודם שיוגמר הדין לא מתחייבין מיתה ואלו מצאו לו זכות פטרוהו א"כ אין בו מעשה בשעה שהעידו. וא"כ אין שייך בזה התראה ג"כ. וגרע משאר התראת ספק מאחר דבעת שהעידו לא הי' כאן בירור אלא אחר שנגמר הדין. וליכא התראה תוכ"ד עיי"ש. וקשה ע"ז דהא מוציא ש"ר הוי כמו הגדת עדים שמעיד על בת ישראל. וא"כ לא שייך ג"כ התראה תוכ"ד דהא עדיין אין כאן בירור דהא מוציא ש"ר צריך שיביא עדים לב"ד חוקרין ודורשין אם אמת נמצא הדבר כמבואר ברמב"ם (פ"ג מה' נערה). ואפ"ה צריך התראה וכדמוכח ממכות (דף ד') דבעי למילף דלאו שאין ב"מ לוקין עליו ממוציא שם רע ופריך מה למוש"ר שכן לוקה ומשלם והדר בעי למילף מעדים זוממין ופריך מה לעדים זוממין שכן אינן צריכין התראה ולא פריך כן על מוש"ר ש"מ דמוש"ר צריך התראה כמו בכל איסורין, א"כ ליכא למימר בביאור הרמב"ם כנ"ל. ומ"ש עדות משום דלחיובי קאתו ואין

החיוב נגמר אלא אחר גמ"ד כן במוש"ר לחייב מיתה קאתו ואינו נגמר אלא עד אחר גמ"ד ואם אינו מחייב מיתה שאין לו עדים או שלא הביא עדים פטור או שמאליהן באו פטור כמבואר ברמב"ם שם דאין חיוב דמוש"ר אלא בבא לחייב סקילה וא"כ מבואר מזה כתי' הלח"מ בזה:

גם י"ל פי' אחר בהרמב"ם. והוא כמוש"כ תוס' בסנהדרין (דף ס"ה) בד"ה יצאו עדים זוממין שאין בהן מעשה. תימא ל"ל למעוטי עדים זוממין מקרבן הא אפילו בשוגג מיקטלי דלא בעו התראה. וי"ל דמשכחת לה שהוזמו קודם גמר דין. א"נ כגון שחזרו מעצמן ואמרו מבודים אנחנו ע"כ. וקושיית התוס' הי' קשה גם לרמב"ם דל"ל למעוטי עדים זוממין מקרבן תיפוק לי' דאפילו בשוגג מיקטלי דלא בעו התראה. ובכתובות (דף ל"ג) איכא פלוגתא אי בעינן התראה בעדים זוממין או לאו. וא"כ בלא קרא הו"א דבאמת צריכין התראה וכשלא התרו צריכין להביא קרבן. דאי א"צ התראה לא משכחת קרבן. ומשום הוכחה הלז היינו אומרים דבאמת צריכין התראה, אבל השתא דאימעטו מקרבן שפיר י"ל דא"צ התראה ומטעמא דמסיק בכתובות שם מי איכא מידי דאינהו בעו למיקטל בלא התראה ואינהו בעו התראה, וזהו שכתב הרמב"ם ואין לעדים זוממין שגגה לפי שאין בהן מעשה כפי' התומים דמיירי בקרבן ולפיכך א"צ התראה פירוש לפיכך ניחא הא דעדים זוממין אין צריכים התראה מאחר דאין חייבין בקרבן בשוגג שפיר חייבין מיתה דאי היו חייבין בקרבן לא משכחת שוגג במיתה דתרתי לא עבדי כקושיית התוס'. אכל השתא דאימעטו מקרבן שפיר חייבין מיתה בשוגג וזה נכון: וי"ל לפמש"כ תוס' בסנהדרין (דף ס"ה) דבעדים זוממין שחייבין מיתה בשוגג ליכא קרבן. דא"כ ל"ל קרא בסנהדרין (דף מ"א) לחייבי מיתה דצריך התראה תיפוק לי' דא"כ לא משכחת קרבן אי אפילו בשוגג חייבין. וי"ל ביודע ששגג ומביא מעצמו בלא עדים דאין אדם נהרג עפ"י עצמו והתוס' לא הקשו כן אלא אלשון עדים זוממין דאיכא עדים בדבר אבל באמת אפשר שמביאין קרבן בעצמם דליכא קטלא בזה. ובתי' השני כתבו באמת שחזרו מעצמן ואמרו מבודין אנחנו ולא דייקי לישנא דעדים זוממין. דמ"מ איצטריך קרא בחוזרין מעצמן דאין מביאין בזה:

אם עדים שהיו שוגגין כגון שהיו אומרים מותר אי חייבין לשלם. והנה ממש"כ הרמב"ם (פ"כ מה' עדות ה"ד) ואין לעדים זוממין שגגה משמע דחייבין בשוגג ג"כ וכמוש"כ הכס"מ שם. אך לפמש"כ התומים והאמת כן דמיירי התם בקרבן אין ראי' מזה. אמנם נראה לע"ד דחייבין בתשלומין מהא דתני ר' חייא בפ"ק דבב"ק י"ג אבות נזיקין ושם (דף ה') המטמא והמדמע דממונא הוא ליתני כתבו התוס' דהומ"ל דלא תני להו משום דלא

מחייבי בשוגג ע"כ. ואמאי לא כ' תוס' שם אהא דפריך שם עדים זוממין דממונא הוא ליתני. דהומ"ל דלא תני להו משום דלא מחייבי בשוגג. א"ו דבאמת חייבין אף בשוגג. אמנם י"ל דכ"ז אי עדים זוממין ממולא הוא משא"כ לפ"מ דקי"ל עדים זוממין קנסא י"ל דלא קנסו בשוגג ופטורין: ומש"כ הרמב"ם הנ"ל ואין לעדים זוממין שגגה לפי שאין בהן מעשה לפיכך אין צריכין התראה ע"כ. תמה הראב"ד זה הטעם לא ידעתי מהו ואם מפני שאמר הכתוב תורה אחת יהי' לכם לעושה בשגגה. א"כ מגדף לדעת חכמים לא יהא צריך התראה ע"כ. וכבר מבואר בכס"מ (פ"ב מה' עכו"ם) שהביא סוגיא דסנהדרין (דף פ') דמשמע דבעי התראה ע"כ ועיי"ש מה שכ' בזה. וק"ל ג"כ מהא דאמרינן במכות (דף ד') מכלל דר"י סבר לאו שאב"מ לוקין עליו מנ"ל וכו'. גמר מעדים זוממין מה עדים זוממין לאו שאב"מ ולוקין עליו אף כל לאו שבא"מ לוקין עליו מה לעדים זוממין שכן אין צריכין התראה ואי הא דעדים זוממין א"צ התראה משום דאין בו מעשה מאי פירכא הוא מה לעדים זוממין שכן אין צריכין התראה הא זה גופא דא"צ התראה הוא משום דאב"מ. ועוד דלמ"ד לאו שאב"מ לוקין עליו א"כ לא יהי' צריך התראה בלאו שאב"מ. וא"כ פשיטא דלאו פירכא הוא דמה בכך דעדים זוממין דא"צ התראה דהא ע"ז גופא אנו דנין שאב"מ לוקין וגם בכ"מ לא יהי' צריך התראה. ועוד דבמכות (דף ט"ז) קאמר דשבועה שאוכל היום ולא אכל דר"י קאמר דאינו לוקה משום דהתראת ספק לאו שמי' התראה ולא משום לאו שאב"מ דס"ל לאו שאב"מ לוקין עליו ומה בכך דהתראת ספק הוא הא לא בעינן התראה כלל. וזה י"ל דראוי מיהא להתראה בעינן. אבל קמייתא קשה: וכן י"ל מנביא השקר דאין בו מעשה ואפ"ה צריך התראה ג"כ. וכן י"ל ממ"ש בכתובות (דף ל"ב) מה לעדים זוממין שכן אין צריכין התראה ואי ממונא לקולא שכן לא עשו מעשה. הרי דמשום דאין בו מעשה מקילינן בי' ואיך שייך לומר דמשום דאין בו מעשה מחמרינן בי'. ולפמש"כ התומים לתרץ קושיית הראב"ד עיי"ש. יתיישב גם זה נכון. ולא קשה ג"כ ממקלל אביו ואמו דאימעוט מקרבן כמובא בתו"כ הובא ברש"י סנהדרין (דף ס"ה) וגם במסית לפי התוס' סנהדרין (דף ח'). אלא דהרמב"ם סבר באמת א"צ כמוש"כ (בפ"ה מהלכות עכו"ם) עיי"ש בזה:

הרמב"ם (פי"ח מה' עדות ה"ב) כ' וז"ל ומה בין הכחשה להזמה הכחשה בעדות עצמה זאת אומרת הי' הדבר הזה וזאת אומרת לא הי' הדבר הזה. או יבא מכלל דברים שלא הי'. וההזמה בעדים עצמן ואלו העדים אינם יודעים אם נהי' הדבר או לא הי'. כיצד עדים שבאו ואמרו ראינו זה שהרג הנפש או לוה מנה לפלוני ביום פלוני במקום פלוני ואחר שהעידו ונבדקו באו שנים אחרים ואמרו ביום זה ומקום זה היינו עמכם כו' ולא

הי' דברים מעולם. לא זה הרג זה ולא זה הלוה לזה הרי זו הכחשה וכן אם אמרו להם איך אתם מעידין כך וזה ההורג אז הנהרג הי' עמנו ביום זה במדינה אחרת הרי זו עדות מוכחשת שזה כמו שאמר לא הרג זה את זה ולא זה הלוה את זה. שהרי עמנו הייתם. וכן כל כיוצא בזה. אבל אם אמרו להם אין אנו יודעים אם זה הרג זה בירושלים כמו שאתם אומרים או לא הרגו ואנן מעידים שאתם עצמיכם הייתם ביום זה בבבל הרי אלו זוממין ונהרגין או משלמין הואיל והעדים שהזימום לא השגיחום על עצמם של עדות כלל אם אמת הי' או שקר ע"כ. והבינו האחרונים ז"ל דעיקר החילוק בין הכחשה להזמה בין אם המעשה יכולה להיות אמת או לא. ועפ"ז הקשו כמה קושיות מפלוני רבעני דהוי עדות שאאילה"ז דאם יוזם בטל המעשה ועוד הרבה קושיות כמבואר בספריהם:

אבל הנכון כמוש"כ הפני יהושע בפ"ק דמכות דעיקר החילוק של הרמב"ם כך הוא דהזמה דילפינן מלענות דבעינן שתסרה גופה של עדות הוא דוקא באומרים שאין אתם יודעים מהמעשה כלל כי לא תוכלו לידע שהרי ביום זה הייתם עמנו במקום פלוני. וא"כ לא ידעתם מאומה מהמעשה. משא"כ כשאומרים שההורג או הלוה ג"כ הי' עמהם הרי יוכלו לידע מהמעשה. וא"כ הוי הכחשה כשנים אומרים כך ושנים אומרים כך. ומה שאלו אומרים כי במקום אחר הי' ההורג או הלוה אינו אלא הכחשה במקום. וא"כ שוב אמרינן מאי חזית אבל כשלא יוכלו לידע מהמעשה כלל א"כ הוי כמעידין שאתם מחללי שבת. וה"נ כאשר לא תוכלו לידע המעשה ושקר העדתם. א"כ פסולין אתם ומהימנינן להו עיי"ש. ובזה מיושב שפיר כל הקושיות שהקשו על הרמב"ם ז"ל בזה:

טור סי"ב ואם הוכחשו ואח"כ הוזמו לוקין או משלמין שהכחשה תחילת הזמה הוא עיי"ל מש"כ על תוס' דב"ב (דף ל"ב) ד"ה וזו באה בפני עצמה ומעידה תימא בין לרב הונא ובין לר' חסדא נהימנינהו לבתראי במיגו דאי בעי הי' פסלי' לקמאי בגזלנותא ומיהו במגו דאי בעי מזמי להו לא מהימנינן להו דיראים להזימם פן יוזמו גם הם עכ"ל. וקשה דהא במ"ק (דף ע"ג) קאמר רבא דהכחשה תחילת הזמה ואם הוזמה כת המכחשת חייבת מכאשר זמם. א"כ שפיר איכא להימנינהו במגו דאי בעי הוי מזמי להו. ואי משום דיראים להזימם פן יוזמו גם הם ויצטרכו לשלם הא גם השתא דמכחשי אי מזמי להו יצטרכו לשלם ועיין תוס' סנהדרין (דף ט') ד"ה וקא מיפלגי דמצינו הומה על הכחשה. וצ"ל דהתוס' כתבו כן לרווחא דמילתא גם לאביי בב"ק שם דהכחשה לאו תחילת הזמה היא ובנ"י בב"ב שם הקשה ג"כ קושיית תוס' דלהימנינהו לבתראי במגו דאי בעי פסלי לקמאי בגזלנותא או מזמי להו. ולא דחה כלל להא שדחו התוס' דיראים להזימם פן יוזמו גם הם. ונראה דטעמו כמוש"כ משום דהכחשה תחילת הומה. אבל נראה לתרץ דעת התוס'

כיון דהזמה אינו אלא עמנו הייתם במקום פלוני וכיון דהעדים המכחישים באמת לא היו במקום פלוני אלא במקום בעלי דינים אין שייך מגו דשמא יבאו עדים ששמעו שהעידו שהיו במקום פלוני ויזימו שהי' במקום אחר לכן ניחא להו יותר להכחישן מלומר שהיו במקום שלא היו ויפול על זה הזמה:

בטור סי"ד אין חייבין עד שיוזמו כלום והוא שהעיד כל אחד ואחד תוך כדי דיבור של חברו. וכתב הר"ר ישעי' כו' ודוקא בשאר העדים בעינן שיעידו תוכ"ד לצרפם עם ב' הראשונים. אבל בשנים הראשונים אעפ"י שהפסיקו בין זה לזה אין בכך כלום. וכתב בפרישה הטעם דבשני עדים לא בעינן שיעידו תוך כדי דיבור משום דבשני כתות אפשר שתתקיים בשנים הראשונים לכך הא דאין נעשין זוממין עד שיזומו כולן היינו שהעידו כולן תוכ"ד. אבל בשנים הראשונים אעפ"י שהפסיקו שניהן צריכין זה לזה דעד אחד אינו כלום. ולכן מצטרפין אעפ"י שיש הפסק ואין נעשין זוממין עד שיזומו כולן. ולפ"ז בעדי חזקה דהן עדות אתת להזמה כדאמרינן בב"ב (דף נ"ו) י"ל דדמי לב' עדים וגם בהעידו זאח"ז הן עדות אחת להזמה: ונראה לי ראי' לזה מהא דאמרינן בב"ק (דף כ"ד) איבעי להו שלשה ימים דקתני ליעודי תורא או ליעודי גברא כו' ת"ש אין השור נעשה מועד כו' העידוהו שנים בראשונה ושנים בשני' ושנים בשלישית הרי כאן ג' עדיות והן עדות אחת להזמה. נמצאת כת ראשונה זוממת הרי כאן ב' עדיות והוא והן פטורין כו' [ופרש"י מתשלומין נגיחה שלישית ואעפ"י שהן היו גורמים לו לשלם עלי' נ"ש פטורין שאין העדים משלמין ממון עד שיוזמו כולן. אי אמרת ליעודי תירא שפיר אלא א"א ליעודי גברא לימרו הנך קמאי אנן מי הוה ידעינן דבתר ג' ימים אתו הני ומייעדי לי' כו'. רבינא אמר במכירין בעל השור ואין מכירין את השור ע"כ. פי' דרבינא מוקי שבאו זה אחר זה בג' ימים ולא קשה אנן מי הוה ידעינן דבתר ג' יומי אתו הני ומייעדי דכיון דאין מכירין את השור ע"כ לא באו אלא לחייבי' נזק שלם. דהיינו לעשותו מועד. כ"ה שיטת תוס' שם בזה עיי"ש. וקשה דלפי"ז איך קתני והן פטורין משום דאין נעשין זוממין עד שיוזמו כולן כפירש"י. הא העידו שלא בתוכ"ד אלא בזה אחר זה בג' ימים וגם מתחילה לא ראו ביחד. א"ו כיון דעדות כולן צריכין זה לזה לעשותו מועד שפיר מצטרפי זע"ז אעפ"י שיש הפסק ביניהם. וה"ה בשנים כיון דצריכין זה לזה מצטרפין אעפ"י שיש הפסק ביניהם והן עדות אחת להזמה:

הב"י הביא דעת התוס' במכות (דף ו') ד"ה אמר רבא לענין נמצא קרוב או פסול לא בעינן תוכ"ד. אכן התוס' בסנהדרין (ד' ל"א) ד"ה שב"ש ובכתובות (דף ל"ג) ד"ה ונתרי. דעתם דגם בנמצא קרוב או פסול אינו מבטל העדות אלא בתוכ"ד עיי"ש בזה:

כתב הכנה"ג הרמב"ם (בפ"ב מה' עדות) כתב וכמה הוא תוכ"ד כדי שאילת שלום התלמיד לרב שלום עליך רבי ומורי וכו' ותמה ע"ז דרש"י פי' בכדי דיבור שלום עליך רבי לבד. ובאמת ברמב"ם שלנו אינו נמצא בפ"ב מה' עדות כלל וגם (בפ"כ מה' עדות) לא כתב אלא כדי שאילת שלום תלמיד לרב ולא פי' כמה. אלא שתמיהני על הכנה"ג הא מבואר להדיא ברמב"ם (פ"ב מה' שבועות הי"ז) דתוכ"ד הוא כדי שאילת התלמיד לרב שלום עליך רבי לבד. וכשיטת רש"י בזה. ואפשר לומר דט"ס הוא בכנה"ג וצ"ל בפ"ב דשבועות ונוסחו הי' רבי ומורי. אבל בפי' המשניות (פ"ד דשבועות) כתב להדיא שלום עליך רבי לבד וכן כתבו התוס' ברפ"ג דנזיר שלש תיבות לבד וכן עיקר:

ומה שתמה שם הכנה"ג על רש"י בברכות (דף כ"ז) ושבועות (דף ל"ב) שכתב שלום עליך רבי לבד. ובאמת כן כתבו גם התוס' בתמורה (דף כ"ה) כרש"י עיי"ש. ובכנה"ג הביא מש"כ הרמב"ם (פ"ה מה' ת"ת) וכ"ה ביו"ד (סימן רמ"ב) שחילק הרמב"ם בין אם נותן לו שלום אומר שלום רבי לבד. ובין כשמחזיר לו שלום אומר רבי ומורי. ואפשר שיהי' זה שיטת רש"י ז"ל אבל אין הלשון משמע כן עיי"ש. וכשמחזיר לו שלום דאומר רבי ומורי מבואר כן בברכות (דף ג') א"ר יוסי פעם אחת וכו' בא אלי' זל"ט וכו' ואחר שסיימתי תפילתי אמר לי שלום עליך רבי ואמרתי לו שלום עליך רבי ומורי. הרי להדיא דיש חילוק בין נתינת שלום ובין החזרת שלום ובודאי הרמב"ם הוציא כן מהא דש"ס ברכות הנ"ל וזה נכון וברור:

ומעתה י"ל רש"י ג"כ דבאמת ס"ל דאין חילוק בין נותן ובין מחזיר ולעולם לכבוד הרב די באומר רבי לבד. אמנם מצינו מדריגות בכבוד הרב ויש מוסיפין ואומרים רבי ומורי. ויהושפט מלך יהודה אמרינן במכות (דף כ"ד) כשהי' רואה ת"ח הי' קוראו אבי אבי רבי רבי מורי מורי וחביבותא יתירא הוה לי'. אבל לדינא סגי ברבי לבד וכמו דמצינו במו"ק (דף כ"ה) באלישע שאמר אבי אבי דהיינו רבי רבי שם במלכים ולכן מאחר דמצינו בברכות (דף ג') דר' יוסי אמר רבי ומורי. לכן לשיטתי' שפיר קאמר הש"ס בב"ק (דף ע"ג) כי לית לי' לר' יוסי תוכ"ד כדי שאילת רב לתלמיד אבל תלמיד לרב שלום עליך רבי ומורי אית לי' משום תק"ה כמוש"כ תוס' שם והוא משום דאית לי' דצ"ל מורי ג"כ. משא"כ אליבא דידן סגי ברבי לבד וזה נכון אמנם ברמב"ם שלפנינו (פ"ב מה' עדות) ליתא כלל להאי שיעורא דתוכ"ד עיי"ש בזה:

כתב בס' משפטי שבועות לרבינו האי גאון שער ה' שבנשבעים ונוטלים וז"ל. ואמרו אין העדים נעשין זוממין עד שיזומו את עצמן כו' ולא תושלם ההזמה אלא בפני הני זוממין שיודו או ישתקו ואם אינו בפניהם או שלא שתקו אלא הכחשה ובטלה העדות ע"כ

ולכאורה הדבר תמוה מנ"ל לפרש כן וכל הפוסקים לא כ' כן וגם פשטא דש"ס במכות (דף ה') עד שיוסר גופה של עדות לא משמע כן:

ובח"ס (שאלה קמ"א) הקשה א"כ כל עדות לא יוכלו להזימן דאם ירצו לא יודו ולא ישתקו ולא מקיים בהו דין הזמה. וי"ל כמוש"כ תוס' בסנהדרין (דף פ"א) הואיל ואי מתזמי קמאי עדות שאילה"ז קרינן בהו. וה"נ ראוי להזימן כשיודו. וכיוצא בזה בהגהות מרדכי דקדושין והר' מרגשפורק כתב עדים החתומים על השטר וכת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנים לומר לא חתמנו. דאל"כ אין לך עדות בשטר כשר דעדות שאאילה"ז הוא ואין נראה ראייתו. דמ"מ יכול להזימה היכא שאומרים חתמנו ע"כ. וה"נ כן: ונ"ל שכתב כן מהתוספתא (פי"א) דסנהדרין וז"ל ר' יוסי אומר הוא שיתודה בעצמו פטור שנאמר לענות בו סרה שיחזרו בו אחרים ולא שיתודה הוא בעצמו ומדקאמר שיחזרו בו משמע דעל עדותן יחזור ופירוש לענות בו סרה שיסיר הדבר שיחזור בו דהיינו שיודה או ישחוק. ומאחר דבש"ס פ"ק דמכות (דף ה') מוקי האי סרה במזימין עד שתוסר גופה של עדות. ה"נ מוקי במזימין. ודריש שיחזרו בו על העד זומם ולא שיתודה בעצמו דאז פטור וזה נכון:

הש"ך הביא דעת הריב"ש דלפסול עדים מהני גם שלא בפני בע"ד עיי"ש. ובב"י אהע"ז (סי' מ"ב) הביא ג"כ דפסולי עדות שלא בפניהם לא מהני והובא בב"ש שם (ס"ק י"ט). שוב מצאתי בנוב"י (שאלה ע"ב) שהורה דלא כריב"ש עיי"ש:

עדים שהעידו והזימום. ואח"כ הוזמו הזוממין צריכין הזוממין לשלם כאשר זממו לחייב כת ראשונה וגם להמלוה דבמה שהוזמו כת ראשונה הפסיד המלוה. דלא כהאחרונים שכ' דיכולין לומר אנו לא באנו להפסיד למלוה רק לעדים אף שממילא יפסיד המלוה מ"מ פטורים כמו בנערה המאורסה פ' היו בודקין שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו אף שגם נהרג ממילא. ולא ראו מש"כ תוס' בסנהדרין (ד' ט') דלכך עדי האב משלמין ממון שרצו להפסיד לבעל ונהרגין משום עדי הבעל ואין יכולין לומר לא לחייב לעדי הבעל באנו אלא לחייב הבעל ממון קאתינא דומיא דפרק הי' בודקין למ"ד חבר א"צ התראה עדי נערה המאורסה אינן נהרגין מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו. דהכא שאני כיון שיודעים דבאים להרוג את האשה יודעים שיהרגו אותן אם הוזמו דלא אפשר להיות זה בלא זה אבל התם לא ידעי שהיתה חבירה א"נ לא ידעי דחבר א"צ התראה. והכא נמי כיון דא"א להיות זה בלא זה אין יכולין לומר לא באנו להפסיד למלוה רק לעדים. וכה"ג מבואר בתוס' ב"ק (דף ע"ג) ד"ה אמר וכי קתני נמצאו זוממין משלמין

דמי עין לעבד ה"ה דמי עין לקמא שהרי היו מחייבין אותם דמי עין לרב משום כאשר זמם עיי"ש:

הרמב"ם (פ"ב מה' עדות ה"א) כתב וז"ל אין עדים זוממין נהרגין ולא לוקין ולא משלמין עד שיהיו שניהם ראויין לעדות כו' ונמצא אחד מהן קרוב או פסול אין נענשין אעפ"י שהוזמו ונפסלו לכל עדות שבתורה עכ"ל. וכתב הכס"מ דהא שכ' הרמב"ם ז"ל דעדים זוממין פסולין אין נענשין ובעינן שיהיו ראויין לעדות שהוא מפ"ק דמכות (דף ה') מה שנים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטילה אף השלשה כן וכיון דעדותן בטילה פשיטא דאין נהרגין עכ"ל. ולענ"ד נראה שהוא מהא דאמרינן במס' מכות (דף ח') עבד וכותי גולה ולוקה ע"י ישראל וישראל גולה ולוקה ע"י כותי בשלמא גולה דקטלי' אלא לוקה אמאי דלטיי' ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך אלא אמר ראב"י כגון שהעיד בו והוזם דכוותי' גבי עבד שהעיד בו והוזם עבד בר עדות הוא וכו'. ומאי קושיא הא אף דעבד פסיל לעדות הא מ"מ אם העיד והוזם לוקה. א"ו דכל הפסול אם העיד והוזם אינו לוקה. וכיון דהפסול אם הוזם אינו לוקה. ה"נ בעדות שנמצא אחד פסול דכל העדות בטלה גם הכשר אינו לוקה כמו הפסול וזהו שכתב שיהיו שניהם ראוין אבל נמצא אחד מהן קרוב או פסול אין נענשין אעפ"י שהוזמו ונפסלו. פי' שניהם אין נענשין. הפסול. הוא כמו שהבאנו מהא דמכות דמבואר להדיא דאין בו הזמה. והכשר משום דנמצא פסול עמו:

והנה בתוס' כתובות (דף ל"ב) ד"ה דאין כתבו דעדים זוממין אין לוקין ומשלמין אפי' העידו ונתחייבו קנם כגון בשעה שהעידו טבחו או מכרו שור של גניבה. והקשה בס' הפלאה דהא פריך בב"ק (דף ע"ג) דלמאי דקי"ל דלמפרע הוא נפסל. עדים שהוזמו אטביחה ואח"כ אגניבה אגלאי מילתא למפרע דבעידנא דאסהדי אטביחה פסולים היו א"כ הכא בשחטו שור של גניבה ע"כ פסולים היו בשעת העדות משעת גניבה. וכ' וצ"ל דס"ל דנהי דאין בהן משום הזמה אפי"ה חייבין מלקות משום לא תענה עכ"ל. והוא תמוה דהיכא דלאו בר עדות הוא אין בו משום לא תענה וכמוש"כ:

הרמב"ם (פ"ד מה' רוצח ושמירת נפש ה"ו) כתב הכוהו י' בני אדם בי' מלקות ומת יבין שהכוהו בזה אחר זה בין שהכוהו כאחת כולן פטורין ממיתת ב"ד שנאמר כל נפש אדם עד שיהי' אחד שהרג כל הנפש וה"ה לשנים שדחפוהו או שכבשוהו לתוך המים או שהיו רבים יושבין ויצא חץ מביניהן והרג שכולן פטורין ע"כ. וק"ל דלפ"ז איך משכחת כאשר זמם בעדות שהעידו באחד שהרג את הנפש ואח"כ הוזמו דנהרגין ואמאי הא לא גרע מאלו דחפוהו או כבשוהו לתוך המים דפטורין משום דבעינן שאחד לבדו יכה

כל נפש. וה"נ אין עדות אחד בלי עדות חברו מועיל עד שיעידו שנים ולא הוי כי יכה כל נפש אדם. וא"כ מצינו אומר חמור מעושה מעשה דבעשו שנים פטורין ובאמירתן שחשבו לעשות חייבין. ובאמת בחי' רשב"א בב"ק (דף נ"ד) מבואר דלא כרמב"ם בזה. ואולי הוא מהאי טעמא דכתיבנא:

ולדעת הרמב"ם ז"ל צ"ל כיון דעדים זוממין חידוש הוא ולכן אף שאם עשו מעשה שניהם ביחד פטורין מ"מ בהעידו חייבין דחידוש הוא לחייב על עדותן אף שאם עשו מעשה פטורין. ובזה ניחא קושיות רבות ולא ראיתי להביאם ולהאריך בם וזה כלל גדול בדין הזמה ודו"ק:

ובזה מתורץ מה שמקשים הא דקי"ל הרגו אין נהרגין כיון דבעינן יד העדים. וא"כ נהי דפטורין משום הזמה אבל יתחייבו לפחות משום רציחה כשאר רוצח. ולהנ"ל ניחא כיון דליכא משום הזמה גם משום רציחה פטורין כשנים שהרגו פטורין אפי' בזא"ז ונכון:

(מבן המחבר הנה קושייתם צריכין אנו לפרש כגון דהעידו בדבר שחייב מיתת סקילה. דבזה שפיר מתקיים הקרא דועשיתם לו כאשר זמם ולא כאשר עשה. בזה דפטרינן לי' מסקילה מצד כאשר זמם, אבל מ"מ יש לחייבם מיחת סייף הקלה מטעם רציחה. דאל"כ לא משכחת הקרא דכאשר זמם. ואין לומר דהוי התראת ספק. דאין אנו יודעים אם מעידים שקר ועוברים בשעת ההתראה. הא כתבו התוס' בכתובות (דף ל"ג ע"א) בד"ה ניתרי בהו וכו' דהתראת עדים לא הוי התראת ספק. אלא כגון אל תותירו שאף למותרה עצמו הוי ספק שסבור שעדיין יש שהות ביום. אבל בעדים המותרין יודעים שמעידין שקר עיי"ש. וכן מבואר בתוס' פסחים (דף ס"ג) בד"ה התראת ספק. א"כ שפיר יהי' התראת ודאי אם נתרי בהו תוך כדי דיבור. כמו דמסיק הש"ס שם בכתובות ע"ש:

והנה לכאורה הי' נראה לתרץ. דלכך אין לחייבם על גוף הרציחה. משום דלאחר הגדתן בב"ד שנתחייב מיתה אף אם ירצו לחזור מעדותן באמרם עדות שקר העדנו עליו אין ב"ד משגיחים עליהם ואינן נאמנים. מטעם כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. (וכמעשה דשמעון בן שטח). א"כ לאחר הגדתם בב"ד יש לחושבם עתה בזה שבאין להרגו כאינש דעלמא דאם בא והרגו דפטור דגברא קטילא קטל. דלאחר גמר דין נעשה הפקר. כמבואר בסנהדרין (ד' פ"א ופ"ה). ובתוס' מכות (ד' ה' ע"א) בד"ה בעידנא וכו'. מבואר שם להדיא דההורגו פטיר. א"כ שפיר יכולין העדים הניזמין לפטור בהאי טענה דגברא קטילא קטלנו. ושו"ר שכבר עלה על דעת רב אחד לתרץ כן. ודחה אותו רב אחר המביאו בטוב טעם ואמ"ל בזה:

אבל אפשר לומר ביותר ביאור דא"א לחייבם מטעם רציחה כיון דאפילו אם יחזרו מהגדתם לא יאמין להם ב"ד כנ"ל. א"ר אנוסים הם בזה עפ"י ציווי ב"ד להורגו. ומה בידם לעשות שלא להרוג. ולכך שפיר אינם נהרגין על גוף, הרציחה:

ולפענ"ד נראה דבלא"ה לק"מ. דהנה באמת הא דאמרה תורה להאמין לעדים המזימין יותר מהניזמין הוא חידוש דהא תרי ותרי נינהו מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני וכמבואר בב"ק (ד' ע"ב). א"כ אין להאמין לעדים המזימין יותר מהניזמין אלא מה שגילה לן רחמנא להאמין את המזימין יותר מהניזמין. והוא רק לענין הזמה שבזה חידש לן הכתוב אם באו שנים ומזימין לקמאי נאמנים בתראי אף שהוא כנגד סברא החיצונית דמאי חזית. וכמו כן דגילה לן התורה מקרא דכאשר זמם ולא כאשר עשה דין דהרגו אין נהרגין אף שהוא כנגד הסברא החיצונית. דהסברא מבחוץ נותנת לומר דיש לחייבם יותר):

כתב הרמב"ם (פכ"א מה' עדות ה"ט) עדים שהעידו שגנב נפש מישראל והעידו שנים אחרים שמכרו בין שהוזמו עדי גניבה בין עדי מכירה כל כת שהוזמה נהרגין שגניבה תחלת חיובו של זה המיתה. והנה אף דאין עדים זוממין נהרגין עד שיוזמו כולן מ"מ כיון דעדי גניבה יכולין להעיר חצי דבר הו"ל עדות בפני עצמה. והא דמבואר בב"ק (דף כ"ד) בג' עדי מועד דאין נעשין זוממין עד שיזומו כולן. כ' האו"ת דשאני התם דאע"ג דבאו ג"כ לייעד מ"מ יש תועלת בעדותן לחייב ח"נ אבל כאן לא באו אלא להורגו לכן חייבין מיתה. וכ' דהתוס' בב"ק שם בד"ה במכירין לא ס"ל כן דהקשו דנוקמי בנגח שור של הפקר וכדומה. וא"כ אין יכולין לומר לחייב ח"נ באנו דאין כאן חיוב וקשה דא"כ איך קתני בברייתא דאין נעשין זוממין עד שיזומו כולן הא בזה גם כשהוזמה כת אחת תתחייב לשלם וכמוש"כ באמת הישׁ"ש כן. א"ו דתוס' לא ס"ל כן. ונראה דהתוס' לטעמייהו אזלי שפירשו הא דתנן בב"ב (דף נ"ו) בג' כיתות עדי חזקה והן עדות אחת להזמה דאין נעשין זוממין עד שיזומו כולן והרי בעדי חזקה כשהעידו על שנה הראשונה ושני' לא חייבו בעדותן מירי ובודאי להחזיק ביד המחזיק באו להעיד כשיחזיק שנה שלישית ולא לחיובי פרות באו להמחזיק כמוש"כ תוס' שם ואפי"ה יכולין להעיד על חצי דבר כמבואר שם ואפי"ה אין נעשין זוממין עד שיזומו כולן. א"כ ה"ה בג' כתות עדי מועד אף דהעידו על שור של הפקר ולא חייבו מידי בעדותן אין נעשין זוממין עד שיזומו כולן אבל הרמב"ם לשיטתו (בפכ"א מה' עדות ה"ז) שפי' להא דבחזקה עדות אחת להזמה היינו שמשלמין כולן. אבל לענין (בהרגו מאילו שלא הרגו. אלא ע"כ דכך הוא גזה"כ להאמין המזימין. א"כ אין להאמין המזימין יותר מהניזמין אלא, במה דגילה לן הכתוב כאשר זמם

להרוג דאיכא גזירת המלך דכאשר זמם. אבל בהרגו דמצד גזה"כ דכאשר זמם ליכא. א"כ על גוף הרציחה דהרגו נשאר הסברא החיצונית מאי חזית דהמזימין נאמנים והרגו עדים הניזמין להמחויב בחנם דילמא סמוך אהני ועדות אמת העידו והצדק אתם בהריגתם ויש לחושבם כעדים המכחישים זא"ז ומספק אין להורגם אף מטעם רציחה: עוד נראה לתרץ עפמש"כ הרמב"ן דלכך הרגו אין נהרגין משום דמסתמא כדין הרגו דאלקים נצב בעדת אל [עיין שו"ת ח"ס (חלק חו"מ סי' ל"ב) שכ' דגם לדידן דלא דרשינן טעמא דקרא צריכין לסברת הרמב"ן הנ"ל עיי"ש]. א"כ מהשתא לפי סברת הרמב"ן דאמרינן מסתמא כדין הרגו כנ"ל. ולכך שפיר אין להרוג אותם גם משום רציחה כיון דהרגו אמרינן כדין הרגו: עוד יש ליישב קושייתם עפ"מ שכתב התומים הטעם דהרגו אין נהרגין משום דהוי עדות שאאילה"ז דדילמא אי הוה חי הי' מודה לדברי העדים הניזמין דמבואר בב"ק (דף ע"ה) דבמודה לדברי העדים הוי עדות שאאילה"ז. אבל כשהוא חי ראינו שלא הודה עיי"ש ביותר ביאור. א"כ לפ"ז אין לחייבם על גוף ההריגה מטעם רציחה דאפשר אם הי' חי והי' רואה שעומדים להריגה הי' מודה לדבריהם. לכן אין להורגם מספק:

וע"ד הפלפול אפשר לתרץ קושייתם ואגב אקדים לתרץ שני קושיות חמורות הא'. מקשים העולם אהא דמבואר בסנהדרין (דף ע"ט. הנסקלין בנשרפין נידונין בסקילה שהשריפה חמורה, וחכ"א נידון בשריפה שהסקילה חמורה. ומקשים לשמואל דאית לי' נקטעה יד העדים פטור משום דבעי קרא כדכתיב. א"כ איך נידונים אפי' במיתה הקלה הא כיון דנתערב ואין אנו יודעים מי עדיהם מי העיד עליהם כיון שאין מכירין מי הם הנסקלין והנשרפין. א"כ אין אנו יכולים לקיים בהם יד העדים ויהי' פטורין לגמרי כבנקטעה יד העדים לשמואל. והנה לר"ש ניחא דסבר שם בסנהדרין (ד' מ"ה) גבי אין לו בהן יד ובהן רגל כו' דלא בעינן קרא כדכתיב. אבל לרבנן שם דקאמרי דאין לו טהרה עולמית משום דבעי קרא כדכתיב קשה, כנ"ל. ודחקו לתרץ דמיירי שהי' עדות אחת לכולן להנסקלין ולהנשרפין. הב' הקשה הגאון מהרי"א ז"ל אמש"כ בשו"ת הרשב"א (סי' שנ"ז) שיכולים ב"ד לצוות לעכו"ם לזרוק פתילה לתוך פיו שאין העכו"ם אלא שלוחו של ב"ד עיי"ש. והקשה הגאון הנ"ל, לשמואל דסבר נקטעה יד העדים פטור דבעינן קרא כדכתיב יד העדים וליכא. א"כ איך יכולים ב"ד לעשות ע"י העכו"ם הא לא הוי יד העדים: ולכאורה הי' נראה לתרץ בפשיטות דמש"כ הרשב"א דיכולין ב"ד לצוות לעכו"ם הוא דגם גוף מעשה העבירה הי' לפני ב"ד גופה דב"ד הורגים מטעם ובערת הרע וכו' כמבואר בסנהדרין (דף ע"ח ע"א) ובב"ד לא שייך כלל קרא דיד העדים. א"כ שפיר יכולים לעשות ע"י עכו"ם. ובע"כ צ"ל כן דהרשב"א מיירי דוקא דגוף המעשה הי' לפני ב"ד. דהנה

לכאורה דברי הרשב"א שכ' שב"ד יכולין לעשות שליח לעכו"ם תמוהין הא אין שליחות לעכו"ם. אבל בהא י"ל כמוש"כ השיטה מקובצת בכתובות דהא דזכין לקטן ומטבילין אותו על דעת ב"ד היינו דאף דזכי' מטעם שליחות ואין שליחות לקטן. מ"מ ב"ד שאני ויכולין לעשות שליח אפילו לפני קטן עיי"ש. וה"נ י"ל כן דהא שכ' הרשב"א דיכולין ב"ד לעשות שליח לעכו"ם הוא משום, דב"ד שאני אבל זהו דוקא אי אמרינן דהרשב"א מיירי דגוף המעשה הי' לפני ב"ד והם עושים השליח לעכו"ם להרוג שפיר אמרינן דב"ד שאני. אבל אי אמרינן דהרשב"א מיירי בכל גוונא אף דהמעשה הי' בעדים א"כ העדים צריכין לעשות שליח להעכו"ם ומכח העדים נעשה העכו"ם שליח להרוג דנוכל לקראותו יד העדים. הדר קושייתינו איך יכולים לעשות עכו"ם שליח. הא אין שליחות לעכו"ם. א"ו דדינו של הרשב"א מיירי דהמעשה גופה הי' בפני ב"ד וכנ"ל. אבל באמת להמעיין בתשובת הרשב"א שם דוחק לומר דמיירי דוקא בהי' המעשה בפני ב"ד. ובזה דהקשינו נוכל לומר כיון דכל ענין מעשה ההריגה הוא בפני ב"ד שפיר גם העדים יכולין לעשות שליח לעכו"ם כב"ד גופה. אבל מ"מ קשה לי לפ"מ שהקשה הרשב"א בקדושין (ד' מ"ב ע"א) אהא דאיתא שם והא קטנים לאו בני שליחות נינהו אלא כדאמר רבה בר"ה כו' ע"ש. והקשה הרשב"א ז"ל והא זכי' הוא מטעם שליחות עיי"ש. ותירץ המקנה שם עפ"י הש"מ הנ"ל דכיון דהחלוקה הי' עפ"י ב"ד שפיר מהני בקטנים אף דאין זכי' לקטן. א"כ הרשב"א שלא תי' כן משמע דלית לי' לסברא זו דב"ד שאני ויכולים לעשות שליח אפילו לקטן ועכו"ם:

והצעתי זאת לפני אאמו"ר הגאון הכ"מ בעודו בחיים חייתו והאיר עיני בתירץ אמתי והעתיק אותו בחיבורו בחלק השני אשר יודפס בעז"ה. וז"ל ג"ל לפרש דיש מצות שאין עשייתן בגוף האדם אלא דהחיוב הוא ההשתדלות שיעשה כך. ודוגמא לזה בתוס' ע"ז (דף כ"ז) במילה שהוא ההשתדלות שיהא מהול. ועיין מש"כ בזה (בסי' שפ"ב) וה"נ מעשה דד' מיתות ב"ד ובערת הרע מקרבך אינו בגופו של ב"ד אלא שעל הב"ד החיוב להשתדל בזה לבער הרע ולענוש בד' מיתות ב"ד. וע"כ לא בעינן שליחות בזה וגם ע"י מי שאינו בר שליחות יוכלו ב"ד להשתדל שיקויים העונש בד' מיתות ב"ד. וזהו שכתב הרשב"א שאין העכו"ם אלא שלוחו של ב"ד. ואין מיתות ב"ד צריך גופו של ב"ד. אלא השתדלותם לבד ואם הי' העכו"ם עושה מעצמו לא הי' מקיימין חיובן בזה. אבל עכשיו שהוא עושה עפ"י שליחותן ואין חיובן אלא שיקויים העונש לחייבי מיתות לכן יוצאין בזה וכן מצות מילה שהחיוב ג"כ על הב"ד. ועכ"ז אין החיוב שימולו בעצמן. וה"נ בחצות שריפה מקיימין אף ע"י מי שאינו בר שליחות עכ"ל שם:

ומעתה נלע"ד דע"כ צריכין לומר כנ"ל דהרשב"א מיירי דגוף הרציחה הי' בפני ב"ד. דאז שפיר יתיישב פי' הרשב"א וכפי' אאמו"ר זצ"ל דאין על הב"ד אלא ההשתדלות דהוא מצד ובערת הרע מקרבך ובאיזה שיהי' סגי כיון שיהי' מבוער) דנעשין זוממין גם אחד מהכתות שהוזמו חייבין. לכן ס"ל גם בעדי גניבה שחייבין וא"ש:

במכות (דף ג') מעידין אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובתה כו' אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה כו' ובתוס' שם וא"ת וליחייבו שאר כסות דהא מפסידין לאשה כו' ועוי"ל שאומרת גירשתני וא"כ מחלה אותן דברים עכ"ל. והנה תי' הראשון לכאורה תמוה דממנ"פ איך מיירי. דאם מודית שלא נתגרשה א"כ הודאות בע"ד כמאה עדים דמי. וא"כ איך נתחייב הבעל. ואם אומרת שנתגרשה איך תתבע שאר וכסות. וי"ל כגון ששלחה שליח לקבלה והשליח אמר לה שלא קיבל הגט ועדים מעידין שהשליח קיבל הגט והוי גרושה ממנו. וא"ל דמ"מ איך תתבע מהם שאר וכסות הא יכולין לומר מאי אפסדתיך דהא הבעל מכחיש שלא נתגרשה והלא גם אחר הגט תוכל להתקדש לו מחדש. ויתן לה שאר וכסות. די"ל דמיירי באשת כהן דא"א לעשות כן להתקדש לו אח"כ. וא"כ שפיר אפסידוה שאר וכסות וכמוש"כ. גם י"ל דמיירי בנתן הגט וספק קרוב לו וספק קרוב לה דא"י אם הי' קרוב לה. או לו. והעדים מעידים שהי' קרוב לה ולא נתן הכתובה:

הרמב"ם (פ"ב מה' קידוש החודש ה"ב) כתב וז"ל דין תורה שאין מדקדקין בעדות החודש שאפי' קידשו את החודש עפ"י עדים ונמצאו זוממין בעדות ה"ז מקודש לפיכך היו בראשונה מקבלין עדות החודש כו' משקלקלו כו' התקינו כו' ושיהי' דורשים וחוקרים בעדות עכ"ל. ועיין לח"מ שם דדעתו דמדאורייתא בעי דו"ח בעדות החודש עיי"ש. אבל האו"ת (בסי' ל' סק"ג) דעתו דמדאורייתא לא בעי דו"ח בעדות החודש דכל עיקר טעמו של דו"ח הוא כדי שיהי' עדות שאילה"ז ובעדות החודש לאחר שהעידו אין מקבלין הזמה דגם קודם שהעידו מאיימין על המזימין שיתבטל הזמתן כמוש"כ הרמב"ם (סופ"ג) מקידוש החודש עיי"ש:

ונראה לי עוד דלכך לא בעינן בקידוש החודש עדות שאילה"ז לפימש"כ תוס' בריש פ"ק דמכות (דף ב') להקשות אהא דקתני התם מעידין אנו באיש פלוני שהוא בן גרושה או בן חלוצה אין אומרים יעשה זה בן גרושה או חלוצה תחתיו אלא לוקה ארבעים דאיך הוא נעשה בן גרושה כיון דהעדים אינם נעשים בן גרושה הו"ל עדות שאאילה"ז ותירצו כיון דלא שייך כאן כאשר זמם לא בעינן עדות שאילה"ז. וא"כ בעדות החודש אם נמצא זוממין דלא שייך בזה כאשר זמם לא בעינן (הרע מן העולם. אבל אם הי' לפני עדים

דבעינן קרא כדכתיב שהעדים בעצמם יהרגוהו. א"כ ע"כ ההשתדלות לבד לא סגי ובעינן שיהי' העכו"ם שלוחו ממש. ואין שליחות לעכו"ם כנ"ל: ולפי"ז יתיישב שפיר מה שיש להקשות על הרשב"א כיון דיכולים לקיים מצות רציחה ע"י עכו"ם א"כ למה איצטריך קרא למילף ביבמות (דף ו') דלא דחי שריפת בת כהן לשבת תיפוק לי' דבלא"ה לא לידחי משום דאפשר לקיים שניהם ע"י עכו"ם. ואפשר לתרץ כמוש"כ כיוצא בזה התוס' בשבועות (ג') דאיצטריך קרא בליכא עכו"ם. אבל לפי"מ שביארנו דדינו של הרשב"א מיירי דגוף העבירה הי' בפני ב"ד. אבל בהי' לפני עדים גם הרשב"א סובר דאין יכולים לקיים מצות הריגה ע"י עכו"ם. א"כ ניחא שפיר די"ל דאיצטריך קרא בהי' העבירה כדין התורה לפני העדים דאז לא הוי אפשר לקיים שניהם ע"י עכו"ם. ואפי' למ"ד דלא בעי קרא כדכתיב ג"כ לא קשה ל"ל קרא דאין מיתת ב"כ דוחה שבת הא אפשר לקיים שניהם ע"י עכו"ם דהא אפילו מ"ד דלא בעי קרא כדכתיב סבר רק דאינו לעיכובא ובליכא יד העדים אינו מעכב דלפטור בזה וקטלינן לי' אבל באפשר שיד העדים יהי' בו גם לדידי' מצוה איכא ע"י העדים בעצמם. א"כ גם לדידי' לא חשוב אפשר לקיים שניהם ע"י עכו"ם ודו"ק:

אבל נלפע"ד ליישב קושיית הגאון מהרי"א הנ"ל דלא דמי לנקטעה יד העדים משום דהא קיי"ל דכל היכא דהוא מצי עביד שליח נמי מצי משווי. וכל היכא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משווי. א"כ ניחא שפיר דהא דבנקטעה יד העדים פטור הוא משום כיון דהעדים בעצמם אינם יכולין להרוג ולקיים בו יד העדים ממילא אינם יכולים לעשות שליח להרגו מטעם הנ"ל דקי"ל דכל היכא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משווי ולכך פטור לגמרי. אבל הכא שפיר יכולין לקיים בו יד העדים אם יעשו ע"י עכו"ם כיון דראוין ג"כ בעצמן להרוג דהא משום איסור שבת דאינם יכולין זהו לא הוי עיכוב דארי' הוא דרביע עלה המעכב מלעשות. ובאמת בזה כבר האריכו המפרשים (ועיין מש"כ באמו"ר הגאון הכ"מ בסי' כ"ז ובהגהה שלי שם בזה):

ומעתה לפי סברא הנ"ל ניחא נמי קושיית העולם. די"ל דבנתערב הנסקלין בהנשרפין דנדונים הא בעינן יד הערים וליכא. אבל להנ"ל שפיר יכולים לקיים גם בהתערובות בזה שיעשו שלוחין זה לזה והוי שפיר יד העדים וכאילו הרגו בעצמם ואין לדחות דכיון דאין יכולין להרוג מספק בלא שליחות א"כ י"ל שיהא חשוב אינם ראויין בעצמם. וא"כ שוב גם שליח לא יהי' מצי משווי וכבר הביא באמו"ר הגאון הכ"מ תוס' בזבחים (ע"ה) דגם בספק שייך הא דאמרינן בש"ס בכ"מ כל שאין ראוי לבילה בילה מעכבת בו. זה אינו די"ל דמיירי שעשו שלוחים זה לזה קידם שנולד ספק התערובות דהנסקלין והנשרפין

דבמינוי השליחות אז היו בעצמם ראויין לעשות וחשוב ראויין בעצמם גם השתא אע"ג דבגוף השליחות אינם ראויין לעשות בעצמם. ובאמת כבר חקר הקצה"ח (בסי' קפ"ב) עיי"ש בזה:

ובלא"ה נראה לומר דהכא כיון דמצד העדים עצמם ליכא עיכובא דבאמת הם ראויין בעצמותן אלא דנתהווה כאן ספק מי הם הנסקלין והנשרפין אין סברא לפוטרן דאפילו אם נקטעה יד העדים איכא מ"ד דחייב ולא פטרינן לי' משום דאינם ראויין בעצמן וכמוש"כ תוס' במנחות (דף י"ח) דאין לפוטרן משום דבעינן שיהא הוא בעצמו ראוי וכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו. א"כ גם בספק לשמואל אין סברא לפוטרן ומהני שליחותן זה לזה. ודו"ק היטיב:

שוב ראיתי להמל"מ (בפ"ט מה' אישות הלכה ו') דזהו מחלוקת רש"י ותוס' ביבמות (דף צ"ט) ושיטת רש"י הוא אף דהוא לא מצי עביד רק מחמת ספק. נמי לא מצי משווי שליח. ודעת התוס' כיון דהא דהוא לא מצי עביד אינו אלא משום ספק שפיר מצי משווי שליח עיי"ש:

ועפ"י כל הנ"ל יתיישב שפיר הקושיא קמייתא דיהי' נהרגין מטעם רציחה לשמואל דבעי יד העדים דוקא ונהרוג אותם משום גוף הרציחה. כיון דבראויין בעצמם להרוג אין החיוב דווקא על העדים בעצמם להורגו דאפילו אחר ההורגו עפ"י שליחותם מקויים ג"כ יד העדים תהי' בו בראשונה וכמו שביארנו. אבל עדיין יש להקשות לפי זה התירוץ. כיון דהוא בא בשליחות מהעדים א"כ הדרא הקושיא לדוכתא דשוב יהי' חייבין על גוף הרציחה ומטעם דשליח של אדם כמותו והוי כאילו הם בעצמם הרגוהו. ואין שליח לד"ע לא שייך הכא דהא השליח עשה הדבר בהיתר. ובאמת כבר נסתפק בזה בספר לימודי ד' (סי' ק"פ) בלאו שיב"מ אם עשה שליח לעבור עליו כגון דהשליח לאו בר חיובא הוא דמחייב שולחו. אי לקי ע"ז ג"כ כמו שעשה בעצמו והביא מחלוקת הכס"מ והלח"מ בזה עיי"ש. ובמקום אחר ביארתי הדברים בארוכה ואכ"מ. כ"ז כתבתי לפלפולא והעיקר נראה לי כהתירוץ הנ"ל) עדות שאילה"ז. אך בתוס' כתובות (דף כ"א) כתבו בשם י"מ דלכך אין עד נעשה דיין בקידוש החודש משום דבעינן עדות שאילה"ז והם לא יקבלו הזמה על עצמן. הרי להדיא דלהי"מ גם בעדות החודש בעינן עדות שאילה"ז. מיהו י"ל דנהי דלא בעינן עדות שאילה"ז מ"מ בעינן שיהא ראוי להזימן דאל"כ יעיד כל אחד מה שירצה ותצא משפט מעוקל ח"ו. והאו"ת לטעמי' שכ"כ (בסי' ל"ג) עיי"ש:

בסנהדרין (דף ע"ח) אמרינן ואמר רבא שור טריפה שהרג חייב ושור של אדם טריפה שהרג פטור מ"ט א"ק והשור יסקל וגם בעליו יומת כל היכא דקרינן בי' וגם בעליו יומת

קרינן בי' והשור יסקל וכל היכא דלא קרינן בי' וגם בעליו יומת לא קרינן בי' והשור יסקל ר"א אמר אפי' שור טריפה שהרג נמי פטור מ"ט כיון דאלו בעלים הוו פטורים שור נמי פטור. והנה הא דשור של אדם טריפה פטור מהיקישא דהשור יסקל וגם בעליו יומת דלא קרינן בי' וגם בעליו יומת משום דאדם טריפה שהרג מבואר לעיל דפטור משום דהוי עדות שאאילה"ז כמו כן שורו שהרג נמי פטור מה"ט וכן נראה מפרש"י שם בד"ה וגם שכ' וז"ל דכיון דאילו קטיל מרי' שלא בב"ד עפ"י עדים לא מיקטיל כדאמרינן לעיל כו' עיי"ש והוא מטעם דהוי עדות שאאילה"ז:

אבל ראיתי להרמב"ם ז"ל שפי' פי' אחר בזה. שכתב (בפ"י מה' נזקי ממון ה"ז) וז"ל. שור שהוא טריפה שהרג את הנפש או שהי' השור של אדם טריפה אינו נסקל שנאמר וגם בעליו יומת כמיתת הבעלים כך מיתת השור וכיון שבעלים כמת הם חשובים ואינם צריכין מיתה ה"ז פטור ע"כ. וביאור דבריו כך הם דעל שור טריפה פטור משום דכמיתת בעלים כך מיתת השור וכשם דבבעלים אי הוי טריפה פטור כך השור אי הוי טריפה פטור. ועל מה ששור של אדם טריפה פטור הוא משום דכתיב השור יסקל וגם בעליו יומת. כל היכא דקרינן בי' וגם בעליו יומת קרינן בי' והשור יסקל משא"כ בבעלים טריפה דלא שייך בי' וגם בעליו יומת דכופר תחת מיתה בא ובלא"ה כמת הם חשובים ולא צריך מיתה הרי השור נמי פטור ואינו נסקל. וזהו שפתח הרמב"ם שור שהוא טריפה או של אדם טריפה. ומפרש על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון שנאמר וגם בעליו יומת כמיתת בעלים כך מיתת השור. זהו טעם כשהשור בעצמו טריפה. אבל אם הי' הבעלים טריפה מפרש משום דלא שייך וגם בעליו יומת כיון דחשוב בלא"ה כמת ולכן פטור ולא ניחא לי' לפרש כפרש"י דכיון דאי האדם טריפה הרג בעצמו פטור מטעם עדות שאאילה"ז. ה"נ שורו שהרג אף שבשור איכא עדות שאילה"ז דהוא בריא וגם אי הוא טריפה לא שייך בי' עדות שאאילה"ז דאם יוזמו משלמין דמי שוויו כמוש"כ תוס' בסנהדרין מ"מ ליפטור מהיקישא דס"ל להרמב"ם דלא שייך כמיתת הבעלים כך מיתת השור אלא בשור טריפה כיון דאילו בעלים הוי פטורי משום עדות שאאילה"ז ה"נ בשור אף דהוי עדות שאתה ילה"ז מ"מ כיון דשוה בזה דהוא טריפה אהני היקישא להקישו לבעלים. אבל בשור בריא דליכא משום עדות שאאילה"ז וגם אינו טריפה מה בכך שהבעלים טריפה לא שייך היקישא בזה. לכן פירש דלא קרינן בי' וגם בעליו יומת. והוא פי' נכון:

ונראה דהוכרח לפרש כן משום דבסנהדרין (דף ט"ו) אמרי' שור הנסקל בעשרים ושלשה שנאמר השור יסקל וגם בעליו יומת כמיתת הבעלים כך מיתת השור והכא קאמר כל היכא דקרינן בי' וגם בעליו יומת קרינן בי' והשור יסקל ואמאי לא קאמר ג"כ כלישנא

דלעיל כמיתת בעלים כך מיתת השור ש"מ דזה לא מהני אלא אם השור טריפה אליבא דרב אשי. אבל אם האדם טריפה לא שייך זה. לכן קאמר משום דלא קרינן בי' וגם בעליו יומת פי' דלא שייך בי' בעליו יומת כיון דבלא"ה נמי חשוב כמת כמוש"כ וא"ש:

ובזה ניחא מה דרבא לא ס"ל היקישא דרב אשי בשור טרפה שהרג כיון דאית לי' היקישא. א"ו דבאמת לאו מהיקישא יליף אלא מוגם בעליו יומת. והא דאיצטריך באדם טריפה שהרג דפטור משום דהוי עדות שאאילה"ז ולא קאמר משום דלא שייך בי' מכה איש ומת מות יומת כיון דכמת הוא חשוב. משום דבפני ב"ד חייב משום ובערת הרע מקרבך. לכן קאמר דבעדים פטור ואינו חייב משום ובערת הרע מקרבך כיון דאין כאן עדות משום דהוי עדות שאאילה"ז:

ועפי"ז יתיישב מה דהוי ק"ל הא דאמרינן בב"ק (דף מ"ד) שור היתומים שור האפוטרופוס וכו' הרי אלו חייבין מיתה וברמב"ם (פ"י מנזקי ממון ה"ו) וכן כו' ושור היתומים ושור האפוטרופסין שהמיתו נסקלין ואין האפוטרופסין משלמין את הכופר שהכופר כפרה הוא ואין הקטנים והחרשים והשוטים בני חיובי כדי שיהיו צריכין כפרה ע"כ. ומבואר מזה דשור של חש"ו שהרג נסקל משום דביתומים תנן להדיא וחרש ושוטה דמי לי'. ועיין הה"מ שם. וקשה מהא דבסנהדרין (דף ע"ח) דשור של אדם טריפה אינו נסקל משום דאילו בעלים הרגו פטורי ה"נ הוא פטור. וה"נ נימא בחש"ו כיון דאילו הרגו פטורי דלאו בני חיובא נינהו. ואיש כי יכה פרט לקטן. וה"נ בחרש ושוטה דלאו בני דעת נינהו וכיון דהם פטורי גם שורם יהא נפטר. אבל להרמב"ם א"ש דע"כ לא אמרינן באדם טריפה ששורו אינו נהרג אלא משום דלא שייך בי' וגם בעליו יומת כיון דחשוב כמת. משא"כ בחו"ש נהי דלא קרינן בהו וגם בעליו יומת דאין משלמין את הכופר. מ"מ שייך בהו מיתה אלא דלאו בני חיובא נינהו וא"ש:

ולשי' רש"י דהטעם ששור של אדם טריפה אינו נהרג משום דאלו בעלים הרגו פטורי. ה"נ שורן פטור. הא דשור של חש"ו נסקל ול"א כיון דאלו בעלים הרגו פטורי ה"נ שורן פטור. י"ל כיון דהא דשור של יתומים חייב מרבינן משבעה פעמים שור דכתיב בקרא. א"כ גזיה"כ הוא וה"ה לחו"ש דדמי לקטן. או דלרש"י באמת אין חייבין חו"ש אלא קטן בלבד ורק הרמב"ם לטעמי' כתב חו"ש ג"כ:

והא דלא אמרינן דבשור של אדם טריפה חייב משום ובערת הרע מקרבך י"ל דשאני הכא דגלי קרא דלא קרינן בי' ובערת הרע מקרבך בזה. ועוד דהרמב"ם לשיטתי' שהראב"ד כתב דשור טריפה שהרג בפני ב"ד חייב והוא משום ובערת הרע מקרבך וה"מ כתב דיש לחלק דהאי קרא דובערת לא כתיב אלא באדם וא"ש. והא דאיתא בחולין (דף

ק"מ) דעוף שהרג את הנפש פטור משילוח משום דבעי לאתויי לבי דינא לקיומי ובערת הרע מקרבך. י"ל דסברת הה"מ הוא דלכך ליכא ובערת הרע מקרבך דבאדם יש לומר שיעשה עוד הפעם. משא"כ בהמה אפשר בשמירה. וכ"ז בבהמה שיש לה בעלים. אבל התם בשילוח הקן דאינו אלא מן ההפקר. דכי יקרא פרט למזומן. וגם כעת כשישלח הרי אין לה בעלים. וא"כ שפיר יש לחוש שיהרוג עוד הפעם. לכן איכא שפיר ובערת הרע מקרבך. ועיין רש"י סנהדרין (דף ל"ו) שכ' בלא תטה משפט אביונך בריבו אבל אתה מטה משפט של שור הנסקל משום ובערת הרע מקרבך. א"כ מבואר דס"ל דגם בבהמה שייך ובערת. וא"כ לשיטתו לא מצי לפרש כהרמב"ם משום דלא שייך בהו וגם בעליו יומת דאכתי יתחייב בי' משום ובערת. לכן פירש כיון דבעלים פטורי משום עדות שאאילה"ז ולא שייך בי' בכה"ג משום ובערת לכן השור נמי פטור. ואתי שפיר:

ונ"ל ראי' להה"מ דבבהמה ליכא ובערת הרע מקרבך על עצם הבהמה. וכל הטעם הוא משום שלא יהרוג פעם אחרת משא"כ בבהמה שיש להם בעלים. מהא דמבואר בב"ק (דף מ"ה) דרבנן סברי דשור שנגמר דינו שהחזיר לבעליו אינו מוחזר דא"ל אתפשתי' לתוראי בידא דלא יכילנא לאישתעויי דינא בהדי'. וקשה הא אדרבה מחוייב להביא לב"ד לקיומי' בי' ובערת הרע מקרבך. א"ו דבבהמה דיש לה בעלים לא אמרינן כן והוא כדברי הה"מ: בטור ס"כ לפיכך ג' אחין ואחד מצטרף עם כל אחד ואחד מהן. התוס' בב"ב (דף נ"ו) ד"ה הרי ג' עדיות כתבו וז"ל שהרי העד שהעיד בראשונה הוא עצמו יכול להעיד בשני' ולא אמרינן אדם קרוב אצל עצמו כמו כן איהו יכול להעיד כשנים עכ"ל. ובזה ניחא מש"כ הרמב"ם (פ"א מה' סוטה הי"ד) ואפי' אם הי' העד הטומאה בזה מעדי סתירה. וכתב הכס"מ מאי קמ"ל בזה דמאי גריעותא הוא זה משום שהי' מעדי סתירה. ולפ"ד התוס' הנ"ל א"ש דקמ"ל דל"א בזה אדם קרוב אצל עצמו. והרמב"ם ז"ל (פ"א מה' ממרים ה"ז) כתב וזו עדות האחרונה אפי' היו השנים הראשונים הם אחרונים. וכ' הכס"מ ואפשר שלמד כן מהא דתנן במרובה (דף ע"ב) גנב עפ"י שנים וטבח על פיהם או עפ"י שנים אחרים משלם תשלומי דו"ה עכ"ל. הרי דהתם חתר. למצוא מקור לזה. ובה' סוטה כתב איני יודע מאי קמ"ל בזה:

ולי נראה דלמד כן מהא דתנן בגיטין (דף ס"ג) האשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה שני כתי עדים שנים שאומרים בפנינו אמרה. ושנים שאומרים בפנינו קבל וקרע אפי' הן הראשונים והן האחרונים. והרי להדיא לשון הרמב"ם ז"ל בה' ממרים כלשון המשנה. וכבר כתבו התוס' שם בגיטין וז"ל וא"ת מאי אפילו. אדרבא הכי עדיף טפי דלא הוי חצי דבר וי"ל משום דבכת אחת דומה לשקר דהיכי מתרמי שהיו בשעת אמירה ובשעת

קבלה וגבי גט הוה לן למיחש שמא שכרם האשה כדאשכחן בסוף פרקין באומר אמרו שמא תשכור עדים עכ"ל. וה"נ הי' לן למיחש בעד טומאה דהיכי מתרמי שהי' אצל שני המעשים וכן גבי בן סורר ומורה בודאי הי' איכא למיחש דסהדי שקרי נינהו מאיזה טעם. אלא דהתוס' ס"ל דהא דלא תירצו כן בעלמא בשור המועד ובחזקה וכדומה הוא משום דבגיטין הי' איכא למיחש שמא שכרה העדים משא"כ בעלמא לא מצינו כן. כנ"ל:

הרמב"ם (פי"ז מה' סנהדרין ה"א) כתב כיצד מלקין את המחוייב מלקות כפי כחו שנאמר כדי רשעתו במספר וזהו שנאמר ארבעים שאין מוסיפין על הארבעים אפילו הי' בריא וחזק כשמשון אבל פוחתין לחלוש שאם יכה לחלוש מכה רבה בודאי הוא מת לפיכך אמרו חכמים שאפילו הבריא ביותר מכין אותו ל"ט שאם יוסיף לו אחת נמצא שלא הכהו אלא ארבעים הראויות לו ע"כ. ועיין הכס"מ שכתב ומדברי רבינו נראה שמה שאינו לוקה מ' שלימות הוא תקנת חכמים שכך כתב לפיכך אמרו חכמים. ולמד כן ממה שאמר רבה שם כמה טפשאי שאר אינשי דקיימי מקמי' ס"ת ולא קיימי מקמי' גברא רבא דאלו בס"ת כתיב ארבעים ואתו חכמים ובצרי חדא. הרי שחכמים הם עשו כן כו' ע"כ. ואינו מספיק דמנא לו להרמב"ם טעם זה דמכין אותו ל"ט משום שאם יוסיף לו אחת נמצא שלא הכה אלא ארבעים הראויות לו:

לכן נלפע"ד דדברי הרמב"ם המה מהמדרש רבה פ' קרח (פרשה י"ח) וכן הוא בתנחומא שם. ארבעים יכנו לא יוסיף כנגד מ' קללות שנתקללו נחש ואדם וחוה והאדמה. ופחתו חכמים אחד משום לא יוסיף ע"כ. וזהו שביאר לנו הרמב"ם עפ"י המדרש רבה הנ"ל דמדכתיב כדי רשעתו במספר ארבעים יכנו ולא כתיב ארבעים במספר משמע דנותנין לפי האומד וכמוש"כ הלח"מ. ולזה אמרו חכמים דאפילו הבריא ג"כ אינו אלא ל"ט כדי שלא יוסיף וזה נכון וברור:

ומעתה נכון לשון הרמב"ם שכתב שם (פט"ז הי"ב) אם מת תחת ידו פטור ואם הוסיף רצועה אחת על האומד ומת ה"ז גולה ואם לא מת הרי החזן עבר על מצות ל"ת שנאמר לא יוסיף ע"כ. ובמס' מכות (דף כ"ב) איתא סתמא ואם הוסיף רצועה אחת ה"ז גולה. והרמב"ם הוסיף על האומד ואולי הי' גירסתו כן בהגמ' כדמשמע שם ברש"י. ולהנ"ל דוקא על האומד. לפי שמסיים ואם לא מת איכא לא יוסיף דבזה דוקא באמדו לפחות הוא דשייך לא יוסיף. משא"כ אם בן ל"ט הוא לכתחילה דגבור הוא. ליכא לא יוסיף דאינו אלא תקנת חכמים. משא"כ באמדו לפחות דהוא דאורייתא משום כדי רשעתו שפיר איכא לא יוסיף. ובפשיטות י"ל דבבריא לא שייך הוסיף אחת ומת כיון דיכול לקבל יותר ולא שייך אלא באמדוהו לבד:

במכות (דף כ"ג) ת"ר מכה רבה אין לי אלא מכה רבה מכה מועטת מניין ת"ל על אלה א"כ מה ת"ל מכה רבה לימד על הראשונות שהן מכה רבה. ועיין פרש"י וריטב"א שם מש"כ בזה. ולענ"ד נראה דרש"י בכריתות (דף ב') כייל האי כללא דכ"מ שנאמר הרבה לא פחות משלשה ורבה והרבה אחת הוא, כמו שמבואר במפרש כאן שכתב על רבה הרבה ולעיל (דף כ"ב) תנן אין אומדין אותו אלא במכות ראיות להשתלש. ולכאורה אינו מבואר היכן רמיזא דבר זה. ואפשר לומר משום דתנן החם ומכה אותו שליש מלפניו ושתי ידות מלאחריו ומבואר שם (דף כ"ג) מדכתיב והכהו לפניו כדי רשעתו במספר רשעה אחת מלפניו ושתי רשעיות מלאחריו. אך אכתי הניחא אם יכול לקבל ל"ט אבל אם יכול לקבל עשרים דאין אומדין אותו אלא לי"ח כמבואר במשנה. וכ"כ הרמב"ם בפיהמ"ש. (ובה' סנהדרין פי"ז) מנלן שיהא בצמצום דבקרא לא כתיב אלא ארבעים וזהו שאמר בספרי והובא במפרש כאן. אין לי אלא בזמן שמוסיפין על מנין ארבעים על כל אומד ואומד שאמדוהו ב"ד מניין כו' פן יוסיף מ"מ מכה רבה. אין לי דחייב על לא יוסיף אלא בזמן שהכוהו מכות הרבה על האומד מכות מועטת אפילו שתי מכות או אפילו מכה אחת מניין דאסור להוסיף ת"ל לא יוסיף. לא יוסיף להכותו על אלה על מנין האומד עכ"ל. וזהו שאמר אח"כ א"כ מה ת"ל מכה רבה לימד על הראשונות שהן מכה רבה שהאומד יהא במכה רבה שהן ראויות להשתלש דסתם מכה רבה הן שלש וכמבואר במפרש הנ"ל ומאחר דעל אלה בא על האומד שלא יוסיף קאמר דהאומד הן מכה רבה שהי' מכה משולשת כל חדא הכאה דהיינו שליש מלפניו ושנים מלאחריו. וא"כ מבואר שפיר במקרא דאין אומדין אלא בראויות להשתלש, כן הי' נלע"ד לולי שהראשונים ז"ל לא פירשו כן:

סימן לט

סעיף א:

המלוה את חברו בעדים וכו' ואינו גובה מהמשועבדים כו', הרדב"ז (ח"ב סי' תר"י) נשאל הא דקי"ל פריעת בע"ח מצוה אי הוי מצוה דאורייתא כמו מצות שופר ולולב וכדומה או לא הוי אלא מצוה דרבנן. והשיב דלא גרע מצוה זאת משאר מצות ומחויב הלוה מדאורייתא במצוה זו. ונראה להוכיח שכן הוא דעת רש"י ז"ל בגיטין (דף ל"ו) ד"ה שב ואל תעשה. וז"ל הלוה הזה יושב ובטל ואינו עושה המצוה לפרוע את חובו ולא עקר לי' בידים וכי האי גוונא מותר לעקור דבר מן התורה כגון שופר ולולב ודומיהן ביבמות דף צ') דלאו עקירה בידים הוא עכ"ל. הרי דריהטא דלישנא של רש"י ז"ל מבואר דס"ל דפריעת חוב הוי מצוה דאורייתא דחשיב לי' דבר מה"ת. וכן ממש"כ רש"י בכתובות

(דף צ"א) בההוא עובדא דקטינא דאביי דלכך אין כופין את היורשים בלא הניח אחריות נכסים כיון דאינו אלא מדרבנן אין כופין מכלל דללוה גופא דכופין כמו דאמרינן בהכותב (דף פ"ו) לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי א"ל תנינא דכופין משום דהיא דאורייתא. וכן משמע בתוס' בהכותב שם. וכן משמע מהא דמבואר לקמן (סי' ע"ג) אם נשבע שלא לפרוע אין השבועה חלה משום דהוי נשבע לבטל את המצוה ואי הוי רק מדרבנן הי' השבועה חלה דומיא דח"ש לר"ל דאינו אלא דרבנן והשבועה חלה. כמבואר בפ"ג דשבועות (דף כ"ג) עיי"ש:

אך במרדכי פ' המקבל (סי' ת"ב) כתב וז"ל אלא ירדהו וינדהו עד שיפרע שפריעת בע"ח מצוה דרבנן עכ"ל. הרי להדיא דס"ל דמצות פריעת בע"ח אינו אלא מצוה דרבנן. ונראה טעמו דמפרש בהא דערכין (ד' כ"ב) דאמרינן שם דאין נפרעין מיתומים קטנים דר"ה בדר"י מפרש טעמא משום צררי ורב פפא מפרש משום דפריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו דר"ה דמפרש משום צררי לית לי' דפריעת בע"ח מצוה. ואינו אלא מצוה דרבנן ופסק המרדכי כוותי':

ואל תתמה ע"ז שכן מצינו דעת הש"ך (בסי' רנ"ה ס"ק ו') שכתב דפריעת בע"ח אי הוי מצוה הוא פלוגתא דאמוראי ר"ה ברי' דר"י ור"פ פליגי בזה עיי"ש. ומשטחיות דבריו שם משמע דלר"ה ברי' דר"י דקאמר משום צררי גם מצוה דרבנן ליכא עיי"ש ובש"ך סימן זה. אבל דעת המרדכי אינו כהש"ך. אלא דלר"ה ברי' דר"י עכ"פ מצוה דרבנן איכא. ולכן מה שכתב המרדכי דפריעת בע"ח הוי מצוה דרבנן הוא לר"ה ברי' דר"י כן נ"ל דעתו בזה. וכן המרדכי לטעמי' כתב בסוף פרק גט פשוט דשיעבודא לאו דאורייתא משום דס"ל דפריעת בע"ח אינו אלא מצוה דרבנן. והא דפריך בכתובות (דף פ"ו) א"ל רב כהנא לר"פ לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה אמר לא ניחא למיעבד מלוה מאי א"ל תנינא דכופין ומשמע דלר"ה בר"י דר"י פשיטא דכופין. ולפי"מ שביארנו דלר"ה ברי' דר"י דאינו אלא מצוה דרבנן פשיטא דאין כופין לרש"י בכתובות (דף צ"א). וצריך לומר דזה מודה ר"ה ברי' דר"י דלא אמרינן דאינו אלא מצוה בעלמא אלא דגם חיובא רמי עלי' אף דהשעבוד לאו מדאורייתא וכמוש"כ הש"ך בסימן זה. אך במרדכי פ' הכותב (סי' רכ"ב) מבואר דהוי דאורייתא ורק ביתמי לבד הוא מצוה דרבנן וסותר למש"כ בפ' המקבל:

והנה לפי"מ שהבאנו דדעת רבוותא הוא דהוא מצוה דאורייתא יש לבאר ג"כ היכן רמיזא זה בתורה. והנה מצינו דעת רש"י בכתובות (דף פ"ו) דהמצוה דפריעת חוב הוא מהן צדק ע"ש. והרמב"ן והריטב"א כתבו משום דכתיב יוציא אליך העבוט החוצה והמבי"ט (ח"א סי' נ"א) כתב ג"כ דהוא דאורייתא ושהרשב"ץ נפיק מקרא דוהאיש אשר אתה נושה

בו יוציא אליך העבוט החוצה יעוי"ש. אבל הרדב"ז כתב משום דדמי לגזילה דכתיב בו והשיב ושכ"מ מהרמב"ם (פ"ז מה' גזילה ואבידה) ע"ש שכתב וז"ל מ"ע של תורה דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל או את העשק אשר עשק או את הפקדון אשר הפקד אתו וכתב הרב (פ"ז מה' גזילה ואבידה) אחד הגוזל או הגונב או העושק או שהלוהו או שהפקידו אצלו כו' הרי שהשוה ז"ל הלואה לשאר דברים הנזכר בכתוב ובתחילת ההלכות כתב שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל זו מ"ע וכי היכי דהוי מ"ע להשיב את הגזילה ה"ה לכל הנזכר בכתוב והלואה בכלל ע"כ:

ובאמת אין אנו צריכין מדכלל הרמב"ם הכל בכלל לקרבן וחומש ה"ה להשבה. דכן אמרינן להדיא בב"מ (דף מ"ח) דתניא ר"ש אומר מנין ליתן את האמור למעלה (וכחש בעמתו וכו' ותשומת יד) למטה (בהשבה) דכתיב או מכל אשר ישבע עליו לשקר וא"ר אמר ר' אבוהו א"ר לרבות תשומת יד להשבון הרי להדיא דאיכא מ"ע דהשבה בהלואה ג"כ. ואפ"ל דלכך לא הביא הרדב"ז מהך סוגיא אלא מהרמב"ם דהא מבואר שם דלר"י דס"ל מעות קונות ומיירי ביחד לו כלי להלואתו ולר"ל דס"ל משיכה קונה שנטלו וחזר והפקידו אצלו וא"כ הוי כמו פקדון וגזילה משא"כ הרמב"ם דלא כתב הך דיחד לו כלל וכבר כתבו המפרשים מה שלא הביא זה ואפי"ה הלואה בכלל אלא דאכתי אינו מספיק דסוף כל סוף מבואר להדיא דמרבינן להשבון מכל אשר ישבע ולהרמב"ם דלא בעי יחד כלי מוכח דאיכא מ"ע דהשבה בהלואה ג"כ: והרמב"ם (פ"א מה' גזילה ה"ד) איזהו עשק זה שבא לתוך ידו ממון חבירו ברצון הבעלים וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו כגון שהי' לו ביד חברו הלואה או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה וע"ז נאמר לא תעשוק את רעך ע"כ. והרי במס' ב"מ אמרינן (בדף ס"א) לא תעשוק שכר שכיר לעבור בב' לאוין וא"כ הלואה דהוא ג"כ בלא תעשוק להרמב"ם הנ"ל איכא לאו דלא תגזול ג"כ וא"כ ממילא הוא שכלל והשיב את הגזלה או אח העשק. וי"ל על הרמב"ם דס"ל ולא תעשוק רעך הוא הלואה למה הוצרך למיכתב וכחש בעמתו תשומת יד הלואה הא כיון דכתיב עשק הלואה בכלל, ובשלמא לר"ל בב"מ (דף מ"ח) ניחא דאיצטריך למיכתב ברישא תשומת יד ולא בסיפא דהשבה לאורויי דמשיכה קונה אבל לר"י קשה כנ"ל וצריך לומר משום דחייב על כל אחת ואחת כדתנן בשבועות (דף ל"ו) דעושק שכר שכיר והלואה תרתי מילי נינהו. אלא דזה אינו דבאמת אינו חייב מדלא תנן התם עשק כלל, וצ"ל כמוש"כ התוס' בב"מ שם (דף מ"ח) דלר"י עשק לשום דרשא נכתב ה"נ תשומת יד ג"כ. ובתוס' ב"מ (דף קי"א) בלא"ה נשארו בתימא למה נכתבו שניהם או בגזל או בעשק ע"ש בזה:

ונ"ל ראי' להרמב"ם מהא דתנן בשבועות (דף ל"ו) תן לי פקדון ותשומת יד וגזל ואבידה שיש לי בידך שבועה שאין לך בידי אינו חייב אלא אחת שבועה שאין לך בידי פקדון ותשומת יד וגזל ואבדה חייב על כל אחת ואחת. ויש לדקדק הא בקרא כתיב גם עשק ומאי שנא דשיירי' במתני' א"י דעשק היינו הלואה ומשו"ה אינו חייב תרתי אתשומת יד ועשק ואפי' אי הוי שכר שכיר ג"כ אינו חייב אהלואה ושכר שכיר דהכל הלואה הוא וזה נכון. [מיהו לרבא בב"מ (דף קי"א) דגזל היא עשק אין זה ראי' דמאחר דקתני גזל עשק בכלל אלא דר מוקי בב"מ (דף מ"ח) הא דאשם גזילות בשכר שכיר (בב"מ שאח מוקי הא דלא תעשוק רעך בשכר שכיר גם כן. מיהו מהש": הלח"מ שם וכ"ה בהה"מ (פ"א מה"ג) דבכ"מ גזל ועושק תרי מילי נינהו מדחלק הכתוב גבי אשם גזילה ולא קאמר דחדא מילתא אלא גבי שכיר ע"ש וא"כ גבי אשם גזלות דחלקו בשתים אמאי לא מנה גם עושק ואף דבקרא כתיבי תרוויי' הוא דחייב אכל אחד מהן אם היו לבדו אבל כשכללן אינו חייב אתרוויי' אלא אחדא לבד]:

וכן משמע מהירושלמי ר"פ הנושא והובא ברא"ש פ"ב דכתובות תני. זנה חמש שנים הראשונות בין ביוקר בין בזול הי' ביוקר והוזלו אם הוא גרם נותן ביוקר ואם היא גרמה נותן בזול הי' בזול והוקרו בין שהוא גרם בין שהיא גרמה נותן בזול. פי' אם היו המזונות ביוקר בחמש שנים הראשונות ולא נתן לה ואח"כ הוזלו אם הוא גרם שעיכב מליתן לה צריך ליתן לה כשעת היוקר אבל אם היא גרמה נותן בזול. אבל אם הראשונות היו בזול אינו חייב לשלם ביוקר אלא דמי אותן שנים כעין שגזל עכ"ל הרא"ש. הרי להדיא דעיכוב פריעת החוב כגזילה הוי. וכן משמע בב"מ (דף נ"ה) ותנא דידן מ"מ לא תני ישיבת הדיינין חנא לי' גזל ופרש"י מכיון דתנא לי' בפרוטה ש"מ ממונא הוא וכפינן וישיבת הדיינין פרש"י שמודה אלא שדוחהו מלשלם וא"כ להרדב"ז מתפרש כפשוטו תנא לי' גזל דהלואה ג"כ בכלל: ולדעת הרמב"ם דס"ל דאיכא בפריעת חוב לא תעשוק את רעך ולהרדב"ז דהוא משום גזילה ק"ל מהא דאמר בכתובות (דף פ"ו) א"ל רב כהנא לר"פ לדידך דאמרת פריעת חוב מצוה אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי א"ל תניתוה בד"א במצות ל"ת אבל במ"ע כופין אותו עד שתצא נפשו [וק' דאפי' בלך ושוב כתב הרמב"ם (בפ"י מה' מלוה) ולוה דאיכא משום לא תאמר לרעך לך ושוב ומכש"כ באינו רוצה לפרוע כלל פשיטא דכופין] ואמאי הא איכא ל"ת דלא תעשוק ופשיטא דכופין. וכן ק"ל מהא דגיטין (דף ל"ו) דפריך ומי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטא שביעית ותקנו רבנן דתשמט אמר אביי שב ואל תעשה הוא ופרש"י דיכולין לעקור דבר בשוא"ת. שוא"ת שאינו עושה המצוה לפרוע חובו כשופר וסדין בציצית כמבואר ביבמות ואי

איסור עושק איכא מאי ענין מצוה לכאן. לכן נ"ל דהרמב"ם לשיטתי' דס"ל שעבודא דאורייתא בפי"א ממלוה לכן כתב דאיכא לא תעשוק אבל אי שעבודא לאו דאורייתא אינו אלא מצוה מאחר דליכא שעביד נכסים אלא דמצוה רמי על הלוה כמו כל מ"ע שבתורה והרי הראשונים כתבו דהא דס"ל לר"פ דפריעת חוב מצוה הוא משום דשעבודא לאו דאורייתא וא"כ שפיר פריך לר"פ לדידך דאמרת פריעת חוב מצוה והוא משום דשעבודא לאו דאורייתא ולא רמי אנכסי אלא אגברא דהוא ככל מצוה אי אמר לא ניחא לי למיעבד מצוה מאי: ומעתה י"ל דבגיטין (דף ל"ו) דפריך ומי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטא שביעית ותקנו רבנן דתשמט אמר אביי שוא"ת הוא. רבא אמר הפקר ב"ד הפקר דאביי ורבא כל חד אזיל לשיטתו דהרי הא דפריך ומי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטא ואמור רבנן דתשמט הוא משום דהוי איסור לא תעשוק וכמו שפירש"י שם בד"ה ואמור רבנן דתשמט ונמצא הלוה גזלן על פיהם ע"כ וס"ל דזהו עשק זהו גזל כבר"פ איזהו נשך ולכך כתב דהלוה גזלן על פיהם. וע"ז משני אביי שוא"ת הוא ולשיטתו דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכמוש"כ התוס' בגיטין (דף נ') בד"ה כיון ע"ש וזהו שפרש"י שוא"ת והלוה הזה שב ובטל ואינו עושה המצוה לפרוע חובו ע"כ. והיא דמשני דאין זה גזל אלא מצוה בעלמא ולכך הוי שוא"ת ויכולין רבנן לעקור מצוה בשוא"ת. משא"כ רבא דס"ל שעבודא דאורייתא וכמוש"כ התוס' בגיטין (דף נ') שם ולכך לשיטתו ליכא להאי תירוצא דשו"ת דלא מהני דהא איכא ל"ת דלא תעשוק. ולכך משני דאע"ג דאיכא איסור גזל מ"מ תקנו רבנן דתשמט דהפקר ב"ד הפקר וזה נכון ומדוייק היטב לשיט' רש"י ג"כ: ועיין במרדכי פ' הכותב שכתב וז"ל לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה תימא דאדרבה מחויב הוא שלא לגזול את חברו כו' ופר"ח ורא"ף וכן ריב"ק דהכא מיירי ביתומים דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ע"כ הרי דס"ל דהוי דאורייתא ורק ביתומים לבד הוי מצוה דרבנן:

ובשעה"מ הקשה דא"כ למה אמר אביי בגיטין (דף מ"ד) נקטינן טימא טהרות של חברו ומת לא קנסו בנו אחריו מ"ט היזק שאינו ניכר ל"ש היזק ולדידי' קנסו לברי' לא קנסו. תיפוק לי' דאפילו אי היזק שאינו ניכר שמי' היזק אינו גובה מבנו משום דשעבודא לאו דאורייתא ואינו גובה מן היורשים וכ' דצ"ע בזה. ונ"ל בפשיטות דהתוס' בב"ב (דף קנ"ז) כתבו דאפילו למ"ד מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים דשעבודא לאו דאורייתא מ"מ מצוה איכא אלא דאין כופין כן כתב הריטב"א פ"ק דקדושין דמצוה בעלמא איכא עלייהו ויתמי משום דלא להוי אביהם לוה רשע ולא ישלם משא"כ דקנס דלא קנסו בנו אחריו אפי' מצוה בעלמא ליכא כיון דגם דבהם פטור מדינא אלא מטעם קנס חייב

ולדידי' קנסו אשא"כ הם פטורים לגמרי מדלא כתבו הפוסקים דמצוה איכא ממש"כ (בסי' ק"א) במטלטלי דיתמי. א"ו דבזה פטורין לגמרי ככן קאמר מטעם קנס ולא קאמר מטעם שעבודא לאו לאורייתא דהנפ"מ דגם מצוה ליכא בזה. עוי"ל דס"ל לאביי דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא ולכך אי הוי היזק הוי בכלל כל נזקין דככתובה בשטר דמי' ושעבודא דאורייתא לכך קאמר דליש היזק ולא קנסו בנו אחריו: ולדעת הראשונים דפלוגתא דר"פ ורב הונא ברי' דר"י תליא אי שעבודא דאורייתא או לא י"ל הא דאמרינין בערכין (דף כ"ב) אר"י אמר רב אסי אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהן ור' יוחנן אמר אף לכתובת אשה ופריך ממתניתין דשום היתומים ועוד פרכות ומשני כשחייב מודה. והרי הך תירוצא אינו אלא לר"ה ברי' דר"י דס"ל משום צררי. ולכך כשחייב מודה גובין משא"כ לר"פ לא מהני חייב מודה וכמבואר שם בסוף הסוגיא וא"כ לר"י לשיטתו שפיר משני. כיון דר' יוחנן ס"ל בב"ב (דף קע"ה) שעבודא דאורייתא ולכך מהני כשחייב מודה וכן ס"ל לרב אסי דשעבודא דאורייתא בקדושין (דף י"ג) א"ר אסי אמר ר' יוחנן אע"ג שלא הפרישה מחיים אלמא קסבר שעבודא דאורייתא ואע"ג די"ל דרב אסי לא ס"ל אלא במלוה הכתובה בתורה מ"מ שפיר משני די"ל דס"ל שעבודא דאורייתא אף במלוה שאינה כתובה בתורה. והא דאמר ר"י אמר שמואל בקדושין שם (דף י"ג) והוא שהפרישה מחיים וכו' אלמא קסבר שעבודא לאו דאורייתא. ובערכין קאמר ר"י אמר רב אסי דאין נזקקין לנכסי יתומים א"כ לדידי' לא מהני כשהחייב מודה ומאי משני התם כשחייב מודה וצ"ל דהתירוץ אינו אלא לרב אסי ור' יוחנן אבל לר' יהודה באמת יתרץ כמו ר"ה ברי' דר"י שם בסוף הסוגיא בקיבל לזו ולא לזו ע"ש:

ובתוס' ב"ב (דף ה') הוכיחו מהך סוגיא דערכין דאין גובין מיתמי אפילו תוך זמנו ודלא משני בערכין דהך מתני' דמצינו דגובין מיתמי מיירי בתוך זמנו א"ו דאפילו בתוך זמנו אין גובין ומסיימי ואין לומר דההיא סוגיא סברה כטעמא דר"פ דהא במסקנא משני כשחייב מודה והאי טעמא ליתא אליבא דר"פ ע"כ. ואמאי לא הוכיחו דא"א לומר דאתיא כר' פפא בלי המסקנא דהא לר"פ שעבודא לאו דאורייתא. ור' יוחנן ור' אסי ס"ל שעבודא דאורייתא. וצ"ל דלא רצו כ"כ להאריך אבל שפיר יש הוכחה גם מהך דשעבודא דאורייתא דלא אתיא כר"פ וממילא מוכח דאין גובין מיתמי אפילו תוך זמנו:

ובהא דנחלקו רבוותא אי שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא. לכאורה יש ראי' דקיי"ל שעבודא לאו דאורייתא מהא דאמרינן בב"ב (דף קכ"ד) אר"י אמר שמואל אין הבכור נוטל פי שנים במלוה. והרי בב"ב (דף קע"ה) אמרינן ורבה אמר אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ גובה מנכסים בני חורין מ"ט שעבודא לאו דאורייתא ומי אמר רבה הכי והאמר

רבה כו' קרקע יש לו אלמא דשעבודא דאורייתא וכו' לטעמי' דבני מערבא קאמר ולי' לא סבירא לי'. דבני מערבא דס"ל דבכור נוטל פי שנים ס"ל שעבודא דאורייתא משא"כ לרבה דס"ל של"ד ואין בכור נוטל פי שנים. וא"כ שפיר אר"י אמר שמואל אין הבכור נוטל פי שנים לשיטתי' דס"ל בב"ב (דף קע"ה) של"ד. וא"כ אנן דקיי"ל כן דאין בכור נוטל פי שנים במלוה וכמבואר ברמב"ם ה' נחלות. ובטוש"ע (סי' רע"ח) א"כ מבואר דשל"ד ותמיהני לכאורה שלא הביאו ראי' מזה:

וי"ל דהא דבכור נוטל פי שנים לבני מערבא הוא בשטר דוקא כדמשמע מפרשב"ם בב"ב (דף קכ"ד) אהא דשלחו מתם בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית וס"ל דכגבוי דמי. וקרינן בכל אשר ימצא וא"כ שפיר פריך לרבה דאמר גבו קרקע יש לו וא"כ מאחר דכגבוי דמי שפיר הוי שעבודא דאורייתא. והוי המכירה שמכר ללקוחות כמכר דבר שאינו שלו. אבל לדידן דקיי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי בסוטה (דף כ"ה) אף דשעבודא דאורייתא מ"מ לא הוי מוחזק שיטול פי שנים. ואף שכתבו התוס' בסוטה שם דבחוב ברור לכו"ע הוי כגבוי הוא דהנתבע אינו מוחזק אבל לא הוי ברשות המלוה כ"ז שלא גבה וכמוש"כ (בסי' י"ב) בזה. וא"כ לא הוי מוחזק ולא שייך בכל אשר ימצא, וא"כ אין ראי' מזה דשעבודא ל"ד הוא: ובזה מיושב קושיית הפ"י בגיטין (דף נ') שהקשה איך כתבו תוס' שם דאביי ס"ל של"ד. והא איהו ס"ל דבע"ח למפרע הוא גובה בפסחים (דף ל"א) וא"כ בודאי שעבודא דאורייתא והוכיח כן מהא דב"ב (דף קע"ה) דפריך מהא דס"ל לרבה נבו קרקע יש לו ולהנ"ל ניחא. דהתם בבכור בעינן אשר ימצא והוא מטעם כגבוי משא"כ לדידן דלא הוי כגבוי אף דס"ל למפרע הוא גובה של"ד:

עוי"ל דיש חקירה אי שעבוד מטעם ערבות או מטעם קנין (עיין מש"כ לקמן מזה) ואם כן לא הוי מוחזק אלא אם הוא מטעם קנין לפי סברתם וע"כ פריך אי גבו קרקע יש לו א"כ כ"ש דגובה מלקוחות. משא"כ לדידן י"ל דהוא מטעם ערבות לכן אין הבכור נוטל פי שנים דאינו קנין ולא הוי בכל אשר ימצא ומתורץ קושיית הפ"י. ובזה מתורץ קושיית תוס' בב"ב (דף קכ"ו) דר"פ ס"ל דאין בכור נוטל פי שנים במלוה ואיהו ס"ל שעבודא דאורייתא דבכור שאני דאינו מוחזק שיהא שייך אשר ימצא:

והא דכתבו ז"ל דהא דס"ל לר"פ פריעת בע"ח מצוה הוא משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא זה אינו אלא לפי"מ שכ' התוס' בב"ב (דף קע"ד) ד"ה ואם דגם במלוה בשטר ס"ל כן ומש"ה לשיטתם כתבו שם (בדף ל"ג) דההיא עובדא דרבא בר שרשו' הוא דלא כר"פ אף דבמלוה בשטר מיירי. אבל לפי מש"כ הרשב"ם בב"ב (דף קע"ד) ד"ה דלהכי דבמלוה בשטר גם ר"פ מודה לפי"ז הי' צריך להיות דשעבודא דאורייתא ובאמת מבואר

ס"פ ג"פ דמאן דאית לי' של"ד גם בשטר שעבודא לאו דאורייתא וא"כ לא יתכן זה. ובודאי לדידי' אין זה ענין להך פלוגתא דשעבודא דאורייתא או לא וצ"ע בזה. ואפ"ל דהרשב"ם ס"ל כרש"י בקדושין (דף י"ג) דאיכא מ"ד דס"ל דבשטר שעבודא דאורייתא. וכמו שכתב תוס' ריי"ד שם וא"כ גם ר"פ דס"ל של"ד במלוה ע"פ במלוה בשטר מודה דשעבודא דאורייתא כן נ"ל:

והנפ"מ אי שעבודא דאורייתא או ל"ד מפורשת היא לענין אי גובין מהעבדים דאי שעבודא לאו דאורייתא אין גובין מהעבדים. וכתבו התוס' בב"ק (דף י"ב) וז"ל אע"ג דבכמה דוכתין אשכחן דכמקרקע דמי לענין אונאה ושבועה אור"י דהכא לא מיירי אלא במילי דרבנן. ולגבות מיתמי ומלקוחות וסבר שעבודא ל"ד עכ"ל מבואר מדבריהם אלה דאי אין גובין מהעבדים הוא משום דשל"ד ולענין מילי דרבנן עבדי כמטלטלי דמי ולכן אין גובין מהם. וכן משמע בתוס' כתובות (דף פ"ד) ד"ה ויתיב רבי אבא גבייהו. וז"ל משמע הכא דסבר ר' אבא דעבדי כמטלטלי דמי ואע"ג דבב"ב (דף קכ"ח) שלח ר' אבא הלכה גובין מן העבדים הא אמרינן התם במסקנא דאין גובין איתמר עכ"ל. הרי שכתבו דהא דאין גובין מן העבדים הוא משום דכמטלטלי דמי והרי הא בעלמא קי"ל דעבדי כמקרקעי דמי וע"כ כתירוצם בב"ק משום דשעבודא ל"ד ולענין מילי דרבנן עבדי כמטלטלי דמי ולקמן יתבאר דיש לפרש כוונת התוס' בכתובות הלז באופן אחר:

ועפ"י כלל זה הקשה הש"ך דברי הרא"ש אהדדי דס"ל שעבודא דאורייתא ואפי"ה פסק דאין גובין מהעבדים. ותירץ באו"ת דס"ל להרא"ש דגם אי שעבודא דאורייתא אין גובין מהעבדים. אף דלשאר מילי דאורייתא עבדי כמקרקעי דמי משום דהוי מקרקעי דניידי ויכול הבע"ח להבריחן ולא סמיך דעתו דמלוה עליהן עיי"ש ובאמת הש"ך בעצמו לקמן (סי' צ"ה וסי' שס"ג ס"ק ג') תי' כן לקושייתו על הרא"ש דעבדים שאני משום דלא סמכא דעתו דמלוה עליהן. וכן מבואר סברא זו ברשב"ם בב"ב (דף קכ"ח) וכן כתבו התוס' ביבמות (דף צ"ט) בד"ה הא מני וז"ל אע"ג דבכל דוכתא אמרינן עבדים הוקשו לקרקעות הכא יש לחוש בהם כמטלטלי דלא סמכא דעתו עילוייהו לפי שמתים ובורחים וללישנא דחשוב להו מקרקעי סבר דסמכא דעתו עילוייהו כמו קרקעות עכ"ל:

ובזה ניחא הא שכתבו התוס' בב"ב (דף מ"ד) ד"ה עשה עבדו אפותיקי ומכרו. וז"ל ואפי' אי סבר רבא עבדי כמקרקעי דמי נקט אפותיקי לאשמועינן בין בשטר בין בע"פ עכ"ל. וקשה לי על דבריהם אלה דמאי כוונתם בזה שכתבו אי סבר רבא עבדי כמקרקעי דמי אי נימא דספיקם הוא אי בכל מילי לענין אונאה ושבועה ס"ל לרבא עבדי כמקרקעי דמי וכדמצינו מחלוקת התנאים בב"מ (דף ק') לא ידענא מקום ספק בזה דהא להדיא

ס"ל לרבא לענין שבועה דעבדי כמקרקעי דמי וכדאמרינן בקדושין (דף כ"ח) עד היכן גלגול שבועה אר"י א"ר דא"ל השבע לי שאין עבדי אתה. ההוא שמותי משמתינן לי' כו' אלא אמר רבא השבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי האי טענתא מעליתא הוא ממונא אית לי' גבי' רבא לטעמי' דאמר רבא ע"ע גופו קנוי אי הכי היינו קרקע מהו דתימא קרקע הוא דעבדי אינשי דמזבני בצנעא אם איתא דזבין קלא אית לי' קמ"ל. ופרש"י בד"ה גופו קנוי ואינו טענת מטלטלין הרי להדיא דס"ל עבדי כמקרקעי דמי אפילו בעבד עברי וכ"ש בעבד כנעני. ואי נימא דמקום ספיקם הוא אי לענין זה סבר עבדי כמקרקעי דמי וכסברתם בב"ק (דף י"ב) דאע"ג דלענין שבועה עבדי כמקרקעי דמי מ"מ לענין גבייי' מן העבדים עבדי כמטלטלי דמי משום דשעבודא לאו דאורייתא ולענין מילי דרבנן עבדי כמטלטלי דמי. ולכן כתבו ואפי' אי סבר רבא עבדי כמקרקעי דמי היינו אי סבר שעבודא דאורייתא ומספקא להו אי ס"ל לרבא שעבודא דאורייתא. גם בזה לא ידעתי מקום ספיקם דהא להדיא כתבו התוס' בגיטין (דף נ') דרבא דס"ל שט"ח היוצא על היתומים אם כתוב בו שבח גובה מן העידית משום דס"ל שעבודא דאורייתא ולא ס"ל לחלק כמוש"כ הראשונים שם דהתם שאני דשעבדו בפירוש. דלטעמייהו אזלי שכתבו בב"ב (דף קע"ה) דאי ס"ל שעבודא לאו דאורייתא גם שיעבדו בפירוש לא מהני וא"כ רבא דס"ל דגובה מן העידית צ"ל דשעבודא דאורייתא וכ"כ הרשב"א בפ"ק דקדושין דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא מהא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בע"ח חוזר וגובה מהן ע"ש א"ו צ"ל כוונתם דעיקר ספיקם הוא דגם אי ס"ל שעבודא דאורייתא מ"מ לענין גובין מן העבדים יש לומר דס"ל דכמטלטלי דמי משום דלא סמכא דעתי' וזהו שכתבו ואפי' אי ס"ל דעבדי כמקרקעי דמי פי' גם לענין זה ס"ל כמקרקעי דמי משום דס"ל דסמכא דעתי' עלייהו כמו קרקעות וכמוש"כ תוס' ביבמות דמאן דס"ל גם לענין זה עבדי כמקרקעי דמי משום דס"ל דסמכא דעתי' עילוייהו. והא דצריך אפותיקי לאשמועינן בין בשטר בין בע"פ כן נ"ל נכון בזה:

וראי' לזה דאנו צריכין להך סברא דלא סמכא דעתי' בעבדים הוא מהא דהרשב"א בפ"ק דקדושין כתב דשעבודא דאורייתא מהא דס"ל לרב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בע"ח חוזר וגובה מהן. וזהו שיטת ר"ת בתוס' ב"ב (דף קכ"ה) ד"ה לטעמייהו דפי' הא דהקשה הגמ' על ר"נ דס"ל גבו קרקע אין לו מהך דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ת חוזר וגובה מהן ומשני הגמ' טעמא דבני מערבא קאמר ולי' לא ס"ל. דר"נ באמת ס"ל אם גבה קרקע או מעות יש לו מכח הך דיתומים שגבו קרקע עיי"ש. ולא ס"ל כפי' רשב"ם משום דלמסקנא אמרינן טעמא אחרינא אית בי' משום דמשתעבד מדר'

נתן וא"כ מוכח ע"כ דהך דיתומים שגבו קרקע תליא בהך אי שעבודא דאורייתא דאי אמרינן זהו אף למ"ד של"ד א"כ מאי פריך מיני' על הא דר"נ דאמר גבה קרקע אין לו. דהא י"ל דר"נ ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולכך גבה קרקע אין לו כמבואר בס"פ גט פשוט. ומ"מ ס"ל דיתומים שגבו קרקע וכו' דזהו לא תליא כלל בשעבודא דאורייתא. א"ו דגם הך תליא בשעבודא דאורייתא. ושפיר פרכינן אהדדי כ"כ בתומים וזהו ג"כ שיטת הרשב"א הנ"ל דהוכיח מהך דיתומים שגבו קרקע דשעבודא דאורייתא: ובזה אתי שפיר הא דמבואר בב"ב (דף קנ"ז) א"ל ר' נחמן זעירא חברין תרגמא מצוה על היתומין לפרוע חובת אביהן מתקיף לה רב אשי מלוה ע"פ הוא. ורב ושמואל דאמרי תרווייהו מלוה ע"פ אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות. די"ל דרב נחמן דלא חש להאי פירכא דמלוה ע"פ אינו גובה מן היורשין דלשיטתו אזיל דס"ל שעבודא דאורייתא וגם מלוה ע"פ גובה מן היורשים:

והא דאמרינן בגיטין (דף נ') אמר מר זוטרא ברי' דרב נחמן משמי' דרב נחמן שט"ח היוצא על היתומים אעפ"י שכתוב בו שבח אינו גובה אלא מן הזיבורית דכתבו התוס' שם דמבואר מזה דס"ל לרב נחמן דשעבודא ל"ד. י"ל דס"ל לר"ת ורשב"א כתי' שני בתוס' גיטין שם דלא פליג רבנן ביתמי ולעולם ס"ל לר"נ שעבודא דאורייתא וע"כ צ"ל כן להר"ן ז"ל בכתובות בפרק מי שהי' נשוי שכתב דמאן דס"ל בע"ח מאוחר מה שגבה לא גבה הוא משום דשעבודא דאורייתא וע"כ בע"ח ראשון קדים וא"כ רב נחמן דאמר דכו"ע סברי בע"ח מאוחר מה שגבה לא גבה ס"ל שעבודא דאורייתא וא"כ ליכא למימר כמוש"כ התוס' דס"ל לר"נ של"ד וע"כ צ"ל לדידי כתי' השני בתוס' דלא פלוג רבנן ביתמי וא"כ דלכל הני רבוותא ס"ל דר"נ ס"ל שעבודא דאורייתא א"כ ליכא למימר דהא דסבר רב נחמן אין גובין מהעבדים הוא כמוש"כ תוס' בב"ק דשעבודא ל"ד. ולענין מילי דרבנן עבדי כמטלטלי דמי וע"כ צ"ל משום דלא סמכא דעתי'. נתבאר מזה דהך סברא דלא סמכא דעתי' יש לו יסוד בראשונים ולכן שפיר יתיישבו דברי הרא"ש דאף דפסק שעבודא דאורייתא מ"מ אין גובין מעבדים:

והנה בב"ק (דף י"א) אמרינן אמר עולא אמר ר' אלעזר גובין מן העבדים כו' א"ל רבא לרב נחמן הא עולא הא ר' אלעזר כו' א"כ מבואר מזה דעולא לאו אליבא דר' אלעזר קאמר אלא דגם עולא בעצמו ס"ל כן דגובין מן העבדים ע"ש ברש"י וכדמשמע לישנא הא עולא הא ר' אלעזר. כו'. ולפ"ז דס"ל לעילא גובין מן העבדים ע"כ ס"ל שעבודא דאורייתא דאי לאו דאורייתא הא לענין מילי דרבנן כו"ע ס"ל עבדי כמטלטלי דמי ואמאי גובין. וא"כ בב"ב (דף קע"ה) דקאמר הגמ' איפוך דרבה לעולא ודעולא לרבה ופריך והאמר עולא

דבר תורה בע"ח בזיבורית פי' וא"כ מוכח דסבר שעבודא דאורייתא. ובאמת קושיית הגמ' אינו מובן. כמוש"כ התוס' שם דמיני' דידי' פשיטא דגובין ואמאי לא פריך הש"ס מהא דס"ל לעולא דגובין מן העבדים דשעבודא דאורייתא. ואפשר לומר דהא דקאמר הא עולא זה לפי האמת דמסיק שם הש"ס דעולא סבר שעבודא דאורייתא אבל הש"ס לא מצי פריך מינה משום דאיכא למדחי ולמימר דלר' אלעזר אמר כן ולדידי' לא ס"ל כן. ובתוס' יבמות (דף ס"ז) בד"ה בנכסים מועטין כתבו סוגיא דהכא סברי דעבדי כמקרקעי דמי כר"א דאמר בפ"ק דב"ק גובין מן העבדים ומיהו אין הלכה כן. והרי מזון האשה והבנות לכו"ע דרבנן ואפי"ה איכא דסבר דכקרקעי דמי:

והנה הרשב"א בפ"ק דקדושין שם כתב דהלכתא דשעבודא דאורייתא מהא דס"ל לרבא יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בע"ח חוזר וגובה מהן והוא כמוש"כ לעיל דס"ל כפי' ר"ת בתוס' ב"ב (דף קכ"ה) ד"ה לטעמייהו דלפי' רשב"ם לא מוכח מידי מזה. ע"ש:

ועוד ראי' נ"ל דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא מהא דס"ל בגיטין (דף נ') שט"ח היוצא על היתומים אם כתוב בו שבח גובה מן העידית דס"ל שעבודא דאורייתא. אלא דהראשונים בגיטין שם דחו זה. דלעולם נוכל לומר דשעבודא לאו דאורייתא ושאני החם דשיעבדו בפירוש לכן שעבידא דאורייתא. עיי"ש:

ובזה יתיישב היטב לשון רש"י ז"ל בפסחים (דף ל"א) ד"ה וזקפן עליו במלוה וז"ל שלא הי' מעות לשמעון שפסק על שדה זו וכתב לראובן שטר עליהן ושעבוד נכסיו לו עליהן עכ"ל. והוא תמוה לכאורה שהוצרך לפרש כל זה אשר כתב שטר ושעבוד נכסיו עליהן וכבר עמדו בזה המפרשים. אך לפ"מ שנתבאר לעיל יתיישב על נכון דדעת רש"י ז"ל פסוק כמ"ד שעבודא ל"ד וכדמשמע ממש"כ שם בפסחים (דף ל"א) בד"ה דינא וז"ל דמטלטלי דיתמי לא שיעבדוהו חכמים לבעל חוב עכ"ל ומשמע דהא דמיני' גובה הוא משום דחכמים שיעבדוהו למלוה ואף דיש לפרש כוונת רש"י עפ"י דעת הרשב"א בקדושין דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח הוא מדרבנן אבל מדאורייתא משתעבדי מ"מ קשה להעמיס כן בכוונתו ויותר נראה דס"ל דעיקר שיעבודא לאו דאורייתא וא"כ תקשה הא רבא דקאמר ואי פקח הוא וכו' דס"ל יתומין שגבו קרקע בחובת אביהן בע"ח חוזר וגובה מהן דשעבודא דאורייתא. וצריכין אנו לפסוק כרבא דהוא בתרא לכן פי' משום דמיירי בשעבדו בפירוש שכתב שטר ושיעבד נכסיו ורש"י לשיטתו בקדושין (דף י"ג) דשעבדו בפירוש שעבודא דאורייתא וא"ש:

וכן נ"ל דעת רשב"ם דבשיעבדו בפירוש שעבודא דאורייתא שפי' בב"ב (דף קע"ד) בהא דס"ל לר"פ פריעת חוב מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו דזהו במלוה ע"פ אבל

במלוה בשטר מודה ר"פ דגבינן מיחמי דלא אמרינן הכא מצוה אלא חוב ומוטלת עליהם לפרוע בע"כ עיי"ש ובתוס' הקשו עליו מהא דבערכין (דף כ"ב) משמע דגם במלוה בשטר ס"ל דאינו אלא מצוה עיי"ש לכן לשיטתם פירשו שם בעובדא דרבא בר שרשום דלא כר"פ אף דמיירי בשטר עיי"ש. אבל דעת רשב"ם נראה לפי מה שפירשו ראשונים דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולכן אינו אלא מצוה. וכיון דשעבודא לאו דאורייתא גס שטר לא מהני. וכמוש"כ הרשב"א בקדושין שם מהא דס"פ ג"פ:

ומה שתמהו בתוס' ע"ו דהא סוף סוף גובין מיני' ויש לתרץ דהא יש חקירה למ"ד שעבודא דאורייתא אי הוי מטעם ערבות או מטעם קנין שקנה בכסף ההלואה את הקרקע וגם במטלטלין ד"ת מעות קינות אלא שהתנה שאם יתן לו את כספו יחזיר לו הקנין וע"כ למ"ד שעבודא דאורייתא יליף מויוצא אליך את העבוט דכסף קונה וכו' אי מיירי בשעת הלואה דאז הוי כקנין משא"כ שלא בשעת הלואה דמלוה אינו קונה ורק מצוה לפרוע בע"ח וכופין ע"ז ככל מ"ע כמבואר בכתובות (דף פ"ו) ועד שאתה כופיהו בגופו יורדין לנכסיו. אבל שיעבדו בפירוש הוא מטעם ערבות וכדמשמע מרש"י גיטין (דף נ') בד"ה מדאורייתא ובכתובות (דף ק"ב) עיי"ש:

ועיין ערכין (דף ו') רבא אמר דכו"ע מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשין והיינו משום דשעבודא לאו דאורייתא. וקשה לתוס' גיטין (דף נ') שכתבו דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא ועיין רשב"א פ"ק דקדושין שהקשה כן וכתב דשמא גרסינן רבה ועוד כו"ע דההיא מתניתא קאמר ולי' לא ס"ל ויש לנו כיוצא בזה ביבמות פרק ר"ג דכו"ע יש תנאי בחליצה ואע"ג דקי"ל דאין תנאי בחליצה ויש אחרות בתלמוד כיוצא בזה ע"כ. ועיין תוס' סנהדרין (דף ו') ד"ה דכו"ע שכתבו כיוצא בזה. [ובכללים שלו הבאתי הרבה סוגיות כאלה] ולפ"ז מתורץ מה שהקשיתי לעיל מהא דאר"נ בכתובות דכו"ע בע"ח מאוחר מה שגבה לא גבה דמוכח מזה דס"ל שעבודא דאורייתא להר"ן שם דיש לומר דכו"ע דההיא פלוגתא קאמר ולי' לא ס"ל:

כתב הרשב"א שם וז"ל ולענין פסק הלכה קי"ל דשעבודא דאורייתא דהא רב ור' יוחנן ושמואל ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן עכ"ל מלשון זה מבואר דהלכה כר' יוחנן נגד רב ושמואל דהא תרווייהו רב ושמואל ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ומדלא הזכיר גם ר"ל דס"ל כוותי' דר' יוחנן מבואר מזה דאף ר' יוחנן לחודי' דהיכא דפליג עם רב ושמואל הלכתא כוותי'. ולשיטתו אזיל שכ"כ הר"ן בשמו בפ"ג דקדושין יעוי"ש:

אמנם הרא"ש (בפכ"ב דשבת סי' ד') כתב דהיכא דרב ושמואל בחדא שיטתא קיימי הוי ר' יוחנן חד. ואין דבריו של אחד במקום שנים עיי"ש. ובתוס' בכורות (דף כ"א)

כתבו בה"ג פסק כר' יוחנן ובביצה (דף ד') אמרינן רב ור' יוחנן הלכה כר"י. ובפ' מי שהוציאוהו אמרינן שמואל ור"י הלכה כר' יוחנן עכ"ל שם והרי התם לדברי רב ושמואל אין הבכור חולין וודאין ולית להו סברא דאודועי הוי מודע לי' ואעפ"כ הלכה כר"י לגבי רב ושמואל וזהו כשיטת רשב"א הנ"ל, והרא"ש לטעמי' כתב בבכורות שם (סי"ג) דאין הלכה כר"י משום דאין דבריו של אחד במקום שנים וכמוש"כ בשבת. ועיין תוס' כתובות (דף ד') ד"ה אבל שפסקו כר"י לגבי רב ושמואל ועיי"ש שפסקו כן בשם ה"ג והיינו דבה"ג לטעמי' אזיל שפסק כן בבכורות אלא דצ"ע דהרא"ש בכתובות שם ס"ל כתוס' וסותר למש"כ בשבת ובבכורות וכמוש"כ הרא"ש בכתובות שם. כ"כ בראשית הגז סי א' ועיין מעדיו"ט וברא"ש פ' במה בהמה (סי' ה') ובפ"ה דב"ק (סי' י"א) וכן בגיטין בפ' הזורק (סי' ו') ובפ"ק דב"מ ועוד דוכתי טובא דמבואר שם להדיא דעתו דהלכה כר"י לגבי רב ושמואל עיי"ש:

וכן נ"ל להוכיח מתוס' ב"ק (דף ק"ד) ד"ה ור"י שכתבו וז"ל ונראה דהלכתא כרב חסדא דשליח שעשאו בעדים הוי שליח. דהא ר' יוחנן ור"א קיימי כוותי' ואע"ג דשמואל קיימא כרבה קיי"ל דרב ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן וה"ה דלגבי שמואל הלנה כר"י עכ"ל ודבריהם תמוהין לכאורה שכתב' דאע"ג דשמואל קאי כרבה קיי"ל דרב ור"י הלכה כר"י וה"ה דלגבי שמואל הלכה כר"י והא הכא לא הוצרכו תוס' אלא להוכיח דהלכה כר"י לגבי שמואל א"כ למה הוצרכו לומר דהלכה כר"י לגבי שמואל מדהלכה כר"י לגבי רב. הא תלמוד ערוך הוא בפ' מי שהוציאוהו דהלכה כר"י לגבי שמואל א"ו דכוונת תוס' הכי הוא דנהי דהלכה כר"י לגבי שמואל מ"מ הא רבה ושמואל בתרא שיטתא קיימי ואין הלכה כתר במקום שנים לזה כתבו דהלכה הוא דרב ור"י הלכה כר"י וה"ה דלגבי שמואל הלכה כר"י פי' אם רב ושמואל בחדא שיטתא קיימא הלכה כר"י וה"ה אם רבה ושמואל בחדא שיטתא קיימא באופן דשיטתם הוא כמוש"כ בבכורות דהלכה כר"י לגבי רב ושמואל:

ובזה יש לבאר הא דכתבו התוס' בב"ב (דף קנ"ח) שכתבו דמסתמא לא יחלוק ר"י על רב ושמואל [דס"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו] והקשה הב"ח שם דאמאי לא אמרינן כן על ר"ל משום בר קפרא דמסתמא לא יחלוק על רב ושמואל. ולהנ"ל ניחא דאחר שהקדימו שם תחילה דהלכה כרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו ע"ז כתבו דמסתמא לא יחלוק ר"י על רב ושמואל דאי הוי חולק עליהם הוי קיי"ל כוותי' דאדם מוריש שבועה לבניו משא"כ על ר"ל משום בר קפרא אין זה הוכחה דאף דבר קפרא רבו של ר' יוחנן הי' כמוש"כ כרא"ש שם ובפ"ב דמס' ע"ז, מ"מ אין הלכתא כוותי' לגבי רב ושמואל דבכללים מבואר דלא משגחינן במה שחברו גדול ממנו כמוש"כ (הש"ך בסי'

ס"ו) דהלכה כר"נ בדיני גם נגד רבוותא. ולא ראיתי להביא ראיות לזה. כי הוא פשיט ומבואר בדוכתי טובא בזה:

ובתוס' ר"ה (דף ל') ד"ה לדידי' כתבו וז"ל והי' נראה דקי"ל כוותי' כו' אע"ג דפליגי עלי' רב ושמואל בפ' הקורא את המגילה למפרע (דף י"ח) דקי"ל כר"י לגבי רב ושמואל עכ"ל. הרי להדיא דהוא כשיטתם דלעיל שכתבו שם בזה. אכן אין זה ענין לנידון שלפנינו דכוונת התוס' שכתבו דהלכה כר"י לגבי רב ושמואל היינו או לגבי רב או לגבי שמואל דהא במגילה לא פליגי עליו רב ושמואל ביחד אלא דלחד לישנא פליג עליו רב ולחד לישנא פליג עליו שמואל וזה שכ' דלאיזה לשון שנאמר דחד מיהא פליג עלי' או רב או שמואל הא הלכה כר"י לגבי תרווייהו אבל לא מוכח דהיכא דפליגי בחד דהלכה כר"י לגבי תרווייהו. [ומש"כ תוס' שם ומיהו נראה כיון דר"א פליג הי' קצת נראה לפסוק כמותו דהוא בתראה תמה בעל כפ"ת הא ר"א תלמידו הוה ואין הלכה כתלמיד במקום רב כ"כ רא"ש בפ"ג דברכות סי' כ"ג עיי"ש]:

ועיין תוס' פסחים (דף ק') ד"ה אלא שכ' וז"ל וצריך לדקדק כמאן הלכה דאע"ג דאמר ר"י לעיל הלכה כר"י ובמי שהוציאוהו משמע דהלכה כר"י לגבי שמואל איכא תד לישנא דלא אר"י הכי ורב נמי סבר לקמן כשמואל וקאמר שבת קבעה נפשה ע"כ. משמע מזה מדכתבו דרב נמי סבר לקמן כשמואל כוונתם דלכך לא קיי"ל כר"י משום דרב ושמואל פליגי עלי' ודבריהם דהכא לכאורה סותרים למש"כ בכתובות ובבכורות בשם בה"ג דהלכה כר"י לגבי רב ושמואל. מיהו יש לדחות קצת דכוונתם הוא דלכך לא קי"ל כר"י כיון דאיכא חד לישנא דלא אר"י הכי וקיי"ל כשמואל. וכתבו דרב נמי סבר כשמואל לרווחא דמילתא. אכן משמעות דבריהם נראה כפי צד הראשון שכתבנו ועיי"ש ברא"ש (סי' ב') ובק"נ שם עיי"ש:

והמעיו"ט בבכורות שם הקשה דהרא"ש בעצמו בקדושין פרק האומר (סימן ב') כתב דהלכה כר"י אפי' לגבי רב ושמואל. ולק"מ דהתם הביא כן בשם ר"ח ור"ח ס"ל כן כמוש"כ תוס' בשבת (דף קמ"ה) בשם ר"ח. אבל הרא"ש בעצמו לא ס"ל כן ולרווחא דמילתא כתב התם דמטעמא אחרינא לא מסתבר כוותי' עיי"ש. ועיין שו"ת נוב"י מהד"ת (ח' חו"מ סי' ס') מש"כ בזה: ולפי מה שנתבאר בזה דבכמה דוכתי מבואר דהרא"ש ס"ל דהלכה כר"י לגבי רב ושמואל לכן לטעמי' פסק שעבודא דאורייתא. והתוס' שפסקו שעבודא לאו דאורייתא לטעמייהו בפסחים שכתבו דאין הלכתא כר' יוחנן לגבי רב ושמואל וכמו שנתבאר לעיל בזה:

התוס' בב"מ (דף ד') כ' למ"ד שעבודא דאורייתא ליכא מודה מקצת בשבועה אלא בלית לי' קרקע או במחל השעבוד. ותמהו בזה דא"כ ל"ל קרא בפ' כל הנשבעין שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דבמאי עסקינן אי דהניח אביהן קרקע בלא"ה ליכא שבועה דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ואי בלא הניח אלא מטלטלין הא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי. ולכאורה הי' נראה דמיירי בהניח אביהן מטלטלי אצל אחרים לפי"מ דאמר בכתובות (דף פ"ד) בהניח מלוה או פקדון ביד אחרים דינתן ליורשים דכולן צריכים שבועה ואין היורשים צריכים שבועה וא"כ מדאורייתא דא"צ שבועה שפיר משתעבדי מטלטלי דיתמי. אבל זה אינו דהטור (בסי' ק"ז) כתב להדיא דלא משתעבדי אף אם מופקדים ביד אחרים וע"כ דיורשים כמוחזקים ולא איכפת לן במה דמונחים ביד אחרים. לכן נ"ל די"ל לפי"מ דמבואר לקמן (סי' ק"ז) בסמ"ע דהפוסקים ס"ל דבכותב בפירוש מקרקעי ומטלטלי גובין ג"כ ממטלטלי דיתמי. ועיי"ש שהבאתי השיטה בפ"ק דב"ק וזה למ"ד שיעבודא דאורייתא וא"כ איצטריך קרא בכה"ג שטוען בפירוש התחייב אביהם מטלטלי בקנין לכן איצטריך קרא לפטור משבועה באיכא מטלטלין שהתחייב אביהם בתנאי וא"ש:

ועוי"ל לפי"מ דמבואר (בסי' צ"ה) די"א דבית הוי כמטלטלין לשבועה דתלוש ולבסוף חברו אינו כקרקע והא דגובין מעמלי דבתי הוא משום סמכא דעתי' עלייהו וכמוש"כ בביאור הגר"א ז"ל שם והרי בב"מ (דף ס"ז) כ' רש"י דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי הוא משום דלא סמך עלייהו. וא"כ בהניח בית ליורשים משתעבד לבע"ח דסמך ע"ז וליכא למימר בזה דשמא לאחר מיתה קנאום כמוש"כ רש"י בב"ק (דף י"ד) דהוא ג"כ משום דלא סמך עלייהו מאחר דיכולין לומר שמא לאתר מיתה קנאום ולא שייך זה בבית ואפי"ה איכא שבועה דהוי כתלוש לענין שבועה וא"ש ונכון. ולהי"א שם דס"ל דהוי כקרקע יתרצו כתי' הראשון בזה:

ובעיקר פלוגתא דאמוראי אי שעבודא דאורייתא יש לעיין למה לא הביאו בס"פ ג"פ דתנאי פליגי בזה בבכורות (דף מ"ח) וכעין שהקשה הרשב"א שם דאי ר"נ ורבנן פליגי בשיעבודא דאורייתא אמאי לא הביא הש"ס פלוגתא דתנאי בגט פשוט עיי"ש וצ"ע. ועיין סמ"ע לקמן (סימן ס"ט סק"א וסי' קי"א ס"ק ז') שפסק שיעבודא דאורייתא ועיין מש"כ לקמן (סי' תי"ט) בזה וכ"כ הסמ"ע (בסי' ק"ד סק"א) דשעבודא דאורייתא ודעת הש"ך דהוא ספיקא דדינא עיי"ש:

בב"ק (דף ק"ד) ל"צ דאיכא אחריות נכסים ופרש"י מפני כבוד אביהם. ותמה מהרש"א הא לקמן (דף קי"א) במסקנא מבואר משום דאישתעבוד נכסיו דאבוהון. וי"ל דלקמן

כתב אליבא דמ"ד שעבודא דאורייתא והתם קאי לרבא ורבת ס"ל שעבודא דאורייתא כמוש"כ תוס' בגיטין (דף נ') והכא קאי אליבא מ"ד של"ד ובפרט לתוס' ב"ק (דף י"ב) דר"נ ס"ל של"ד והסוגיא הא קאי הכא אליבי' ואינו גובה אליבי' אלא משים נעילת דלת והכא לא שייך זה וכמוש"כ ברשב"א בשם רש"י כן. אף דאינו ברש"י שלפנינו ואין זה שיטתו ועוד דהא הכא אדאו' קאי וכמשמע מהתוס' וגם הא איכא מ"ד דאינו גובה מן היורשים אפי' מתקנתא דרבנן וכמוש"כ התוס' כאן. ולדידי' פי' הא דהניח אחריות נכסים חייבין לשלם בעמד בדין ורש"י פי' כאן דלא מהני העמדה בדין לכן פי' משום כבוד אביהם כנ"ל ונכון:

ובגמ' שם וכי איכא אחריות נכסים מאי הוי מלוה ע"פ הוא ומלוה ע"פ אינו גובה מהיורשים וכתבו התוס' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא פריך דהכא משמע דמדאורייתא גובה מן היורשים ולפמש"כ תוס' לעיל (דף י"ב) בד"ה אנא מתניתא ידענא דאע"ג דבעלמא עבדי כמקרקעי דמי הכא כמטלטלי דמי דבמילי דרבנן הוי כמטלטלי ושעבודא ל"ד. ולכך אין גובין מן העבדים עיי"ש. א"כ מוכח דס"ל לר"נ שעבודא ל"ד. והרי הכא הסוגיא קאי לר"נ דמשני כאן שהודה כאן שלא הודה. לכן לשיטתו פריך שפיר מלוה ע"פ הוא ואינו גובה מן היורשים. וברשב"א כתב דר"נ תלמיד דרב ושמואל הוי והם ס"ל שעבודא ל"ד ולא כ' מהא דס"ל לר"נ דאין גובין מן העבדים מבואר דס"ל שעבודא ל"ד דלטעמי' אזיל שכ' בב"ק (דף צ"ז) דאפי' אי שעבודא דאורייתא אין גובין מן העבדים משים דתקנה התקינו שלא לגבות מהם מאחר שאפשר להבריחן דומיא דמטלטלי דיתמי דמדאורייתא משתעבדי אלא דתקנה התקינו שלא לגבות מהם מאחר דאפשר למזכרן ואין בע"ח סומך עליהם אבל לשיטת תוס' א"ש בפשיטות [עוי"ל דלרשב"א מבואר בש"ך סוף סימן זה דר"ה ס"ל של"ד א"כ הסוגיא דקאי לר"ה פריך שפיר אליבי' מלוה ע"פ הוא וכו'] :

הנה הנפ"מ שבין שעבודא דאורייתא לשעבודא דרבנן. לבד הנפ"מ שכתבנו יש עוד נפ"מ טובא:

א' הא דמבואר לקמן (סימן ק"ד ס"א) דבע"ח מאוחר שקדם וגבה לא גבה. הוא משום דשעבודא דאורייתא וכמוש"כ הר"ן בפרק מי שהי' נשוי עיי"ש: הב' להא דמבואר לקמן (סי' ק"ד סי"ג) אם מלוה ע"פ קודם למלוה בשטר דמלוה ע"פ קודם משום דשעבודא דאורייתא כמבואר ברשב"א הובא בסמ"ע שם לכן לשיטתו פסק הסמ"ע ובכמה דוכתי דשעבודא דאורייתא כמוש"כ (סק"א וסי' ס"ט וסי' תי"ט) והש"ך ס"ל שם דחולקין עיי"ש ולכך כתב הש"ך כאן דהוי ספיקא דדינא וכמושכ"ל:

הג' להא דמבואר (בסי' צ"ז סכ"ד) דמלוה קודם למזון האשה והבנות דדאורייתא קודם לדרבנן וכן נפ"מ לענין כתובה לפי"מ דקיי"ל כתובה דרבנן באהע"ז (סי' ס"ו) דנפ"מ לדיין שבא לפניו ד"ת לגבות מלקוחות וד"ת לגבות מעצמו דאי שעבודא דאורייתא איזה מהן שירצה יקדים משא"כ אי שעבודא דרבנן. הדאורייתא דהיינו מלוה גופי' קודם וכן קודם לכתיבה דרבנן:

הד' להא דמבואר (בסימן קי"א) דאם יש לו בני חורין בעיר אחרת לא מצי לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו ומבואר בתומים שם דזהו אי שעבודא דאורייתא:

הה' לדעת הבעל המאור בפ"ק דב"ק (דף ח') דבנזיקין לא אמרינן הנחתי לך מקום לגבות הימנו הוא ג"כ אי שעבודא דאורייתא או לא. כמוש"כ (בסי' קי"א) בזה:

הו' יש הבדל בנזקין דאי שעבודא דאורייתא והא דאין גובין במלוה ע"פ משום תקנתא דלקוחות זה לא שייך אלא במלוה דמן דיזיף בצנעא יזיף אבל נזקין אית לי' קלא. משא"כ אי של"ד ואינו גובה אלא בשטר משום נעילת דלת ובנזקין לא שייך זה ואינו גובה אלא בשעמד בדין כ"ז מתבאר מתוס' ב"ק (דף י"ד) ד"ה ש"מ ולקמן (סי' קי"ט) ועיין מש"כ שם בזה: ולענין דינא דעת התומים דשעבודא דאורייתא וכן דעת השו"ע בכמה דוכתי וכמו שכתב בביאור הגר"א ז"ל וכמוש"כ הסמ"ע בכ"ד בזה וכן פסק הרמ"ה ז"ל בחי' ב"ב סוף פ' ג"פ דשעבודא דאוריי':

אלא דק"ל מהא דאמרינן בכתובות (דף פ"ו) ואי לית לי' אלא חד ארעא ולא חזיא אלא לחד לבע"ת יהבינן לאשה לא יהבינן מ"ט יותר משהאיש ריצה לישא וכו' תיפוק לי' דקי"ל כתובה דרבנן כמבואר באהע"ז (סי' ס"ז) וחוב דאורייתא ולכך בע"ח עדיף ואפי' אי נימא דאמימר שם ס"ל של"ד או דכתובה דאורייתא מ"מ תקשי הלכתא אהלכתא דהרמב"ם פסק דשעבודא דאורייתא ופסק דכתובה דרבנן ואפי"ה כ' משום שיותר משהאיש רוצה וכו' [ואפשר לומר דה"ה דהומ"ל משום דדאורייתא קודם לדרבנן אלא דנקט דיהא א"ש גם למ"ד של"ד וכתובה דאורייתא או מתרי טעמי נקט וגם אפשר לומר מאחר דאמימר ס"ל של"ד וכתובה דאורייתא וצריך הטעם דיותר משהאיש רוצה לכן כתב גם הרמב"ם טעם זה וכן שאר הפוסקים:

הז' בעכו"ם שבא לגבות מלקוחות דאינו גובה, דאמרינן בב"ק (דף קי"ג) ישראל ונכרי שבאו לדין אם אתה יכול לזכותו בדינו אמור לו כך דינינו ואם לאו אמור לו כך דינכם והא בדינא דידהו אין גובין מלקוחות כידוע וכמבואר במהרי"ט (ח"ב שאלה ל"ח) ובלא זה י"ל דגם במלוה ע"פ גובה דהא עיקר טעמא דאינו גובה הוא מתקנת חכמים משום פסידא דלקוחות והוא אינו מחוייב לעמוד בתקנת חכמים (כמוש"כ בסי' ק"י)

וכמוש"כ הרמב"ם (בפ"ו מהל' נחלות) ובטוש"ע לקמן (סי' רפ"ב) אלא שהובא בס' בשמים ראש דבגוי לא אמרינן שעבודא דאורייתא ואין הספר הזה כעת אצלי וכ"כ הפ"י בפסחים (דף ל"א) עיי"ש. ובשו"ת ח"ס חיו"ד (שאלה ט"ז) פשיטא לי' דגם בנכרי שייך שעבודא מדאורייתא לגובה מישראל וישראל שבא לגבות מעכו"ם אינו גובה אפי' מלוה בשער כן כתב המהרי"ט ח"ב (שאלה ל"ת) מאתר דבדיניהם אין גובין מהלקוחות ל"ש אינהו דאפסידו אנפשייהו. וי"ל בזה וקצרתי: ולענין אי מטלטלי דיתמי משתעבדי כתב הרשב"א בפ"ק דקדושין למ"ד שעבודא דאורייתא גם מטלטלי דיתמי משתעבדי אלא דמדרבנן לא משתעבדי והא דב"ק (דף ק"ר) דמוקי שם הברייתא בהודה הבן דמשלם קרן ואינו משלם חומש בדאיכא אחריות נכסים דקרן משלם ואין משלם החומש משום דחומש הוא על השבועה ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות והרי הכא אדאורייתא קאי וא"כ מטלטלי דיתמי משתעבדי ואמאי הוי שעבור קרקעות. י"ל דמיירי בליכא מטלטלי אלא קרקע כדי שיהא ניחא הברייתא דאיכא קרן וליכא חומש כנ"ל:

עוד מבואר מהתוס' ב"ב (דף קכ"ו) והרא"ש שם דאם היו מטלטלי דיתמי מופקדין ביד אחרים גובין מהן אמנם הרא"ש פרק הכותב ובירושלמי שם מבואר דגם מופקדין ביד אחרים אין משועבדים וכמוש"כ המתנה אפרים הלכות גביית חוב (סי' ט') עיי"ש. ולפ"ז הי' אפשר לפרש הא דמוקי רבא בב"ק (דף ק"ה) הברייתא דבן משלם קרן ואינו משלם חומש כגון שהי' דסקי' של אביו מופקדת ביד אחר ופרש"י שהגזלה בתוכה דקרן משלם משא"כ חומש דלא ידע ואונס הוא וכן פירשו כל הראשונים ז"ל בש"מ שם דלפי"ד התוס' והרא"ש שאם המטלטלי דיתמי מופקדין ביד אחר משתעבדי דהכי קאמר מאתר שמופקדין ביד אחר לא צריך לאוקימתא דר"ה ברי' דר"י דאיכא אחריות נכסים. ומטלטלי ליכא דקרן משלם ואין משלם חומש דאדרבא יש לאוקמי במטלטלי אלא שמופקדים ביד אחרים דאז משתעבדי לבע"ח ושפיר משלם הקרן ואינו משלם חומש דלא ידע מהן כנ"ל נכון בזה]:

ולפי מש"כ דלהרשב"א מדאורייתא מטלטלי דיתמי משתעבדי צ"ל דליכא אלא קרקע ולא מטלטלי וצ"ל ג"כ לפמש"כ המרדכי בפ"י דכתובות וכ"ה בהג"א שם ובר"ן בשם ר"ח וכ"כ שם הרשב"א דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי אינו אלא בקטנים אבל בגדולים משתעבדי והכא בהודה הבן הא מיירי בגדול אלא דמיירי בדלית לי' מטלטלי אלא קרקע:

ומש"כ לעיל דאף דשעבודא דאורייתא מ"מ אינו אלא בקרקע ולא בעבדים משום דבעבדים לא סמכא דעתי' הוא משום דע"כ לא הוקשו לקרקעות מוהתנחלתם אלא

במידי דכתיב בקרא משא"כ הא דסמכא דעתא אינו מבואר בקרא לכן יש לחלק בין קרקע לעבדים וכן כתבו התוס' בב"מ (דף ס"א) בד"ה אלא וז"ל הא דקרקע אינה נגזלת אינו מן המקרא אלא משום דא"א לזווזה ממקומה אבל עבדים אע"ג דהוקשו לקרקעות יעבור בלא תגזול עכ"ל וה"נ לענין שעבודא דאורייתא כן:

דקי"ל אחריות ט"ס וכו'. כתב הט"ז קשה למ"ד שעבודא דאורייתא ל"ל הטעם דאחריות ט"ס הוא תיפוק לי' דאפי' במלוה ע"פ מן הדין הי' לגבות ממשעבדי ע"כ לא תקנו חז"ל אלא משום פסידא דלקוחות אבל בשטר ליכא תקנה וי"ל דקשה בל"ה מלוה ע"פ בעדים אמאי לא גבי ממשעבדי ע"כ משום דקים להו לרבנן דבעדים לחוד ליכא קלא ה"נ סד"א דתקנו רבנן למיכתב אחריות ובלא אחריות ליכא קלא קמ"ל עכ"ל ולא ידענא דמאי איריא דקשיא לי' למ"ד שעבודא דאורייתא הא גם למ"ד של"ד מבואר בס"פ גט פשוט דמשום נעילת דלת הי' גובה גם במלוה ע"פ אלא משום פסידא דלקוחות לא תקנו אלא בשטר אבל בשטר בלא אחריות לא שייך תקנה וכזה כתבתי לקמן (סי' קט"ז) ע"ש ועיקר קושייתו לק"מ לפמש"כ הרא"ש בפ"ג דב"ב וז"ל שם (בסימן ל"ח) ואפי' למ"ד אחריות לאו ט"ס הוא. ה"מ כשנזקק לשטר ולא פירש לו אחריות אימר כך הי' התנאי ביניהן עכ"ל וא"כ אי לא הוי אמרינן אחריות ט"ס הוי אמינא מדנזקק לשטר ולא פירש אחריות הי' תנאי ביניהם שהלואה יהי' בלא אחריות ועמש"כ לקמן (סי' קט"ז) בזה: ואם יש עדים שקנו מידו אפינו לא נכתב גובה ממשעבדי. והקשה הסמ"ע מלקמן (סי' מ"ג סט"ז) דכתב שם ואם לקח מיד בקנין אפי' לא חתם אלא לזמן מרובה כשר. דמשמע משם דכתיבה בעי. וחילק בין כשעדים לפנינו וזוכרין זמן הקני' או לא בעי כתיבה משא"כ כשאין לפנינו עי"ש ולכאורה הי' אפ"ל לפמש"כ בכתבי מהרא"י הובא בכנה"ג דאם הי דעתו מתחילה שלא יקנה אלא בכתובה דאז לא מהני קנין לחודא. א"כ י"ל דשם (בסי' מ"ג) מיירי שלא הי' מדעתו אלא שיקנה עד אחר הכתיבה אמנם ז"א דא"כ אמאי מסיים שם דאם זוכרין זמן הקנין יכתבו מאותו היום הא לא הי' דעתו אלא שיקנה עד אחר הכתיבה וא"כ לא יגבה ממשעבדי עד אחר הכתיבה דומיא דמאוחר דעד דמטא זמנו לא טריף. ובבאה"ג שם תירץ דהכא (בסימן זה) מיירי בשטר הלואה דאלים קניני' משום דזווזי משעבדי לי'. ובסי' מ"ג אייר בשאר קניינים שנתחייב בקנין. ועדיין אינו מספיק דמה יענה למש"כ הטור באהע"ז (סי' קי"ד) במתחייב לזון את ב"א דקנו מידו בלא שטר גובה ממשעבדי. אף דלא שייך דזווזי משעבדי' לי' לכן נראה דכו"ע סברי דקנין לבד מספיק למשעבדי. והא דכתב (בסי' מ"ג) אפילו לא חתמו אלא לזמן מרובה לרבותא כתב דס"ד דהוי כמו דמתנה בפירוש שלא יקנה אלא הכתיבה דאינו גובה אלא מיום הכתיבה

וא"כ ה"נ לא מפקי לקלא אלא עד אחר הכתיבה מאחר דמתחילה התנו שיכתבו ולא יגבו ממשעבדי אלא עד אחר הכתיבה קמ"ל דיכתבו מיום הקנין:

יש לחקור לפ"מ דקי"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות משום פסידא דלקוחות דלית לי' קלא אי ידעינן דידע הלוקח מזה דלא שייך הי"ט שפיר גובה או לא פלוג חז"ל בזה. ובשו"ת ח"י כ' (בשאלה ע"ח) דאפילו בא המלוה ע"פ וערער לפני קניית הלוקח וגם התרו בלוקח ג"כ אין להלוקח לחוש לזה. ובסוף התשובה מסיים וז"ל ואכתי איכא למידק על מה ולמה פשיטא לחז"ל דעמד בדין עדיף ממלוה ע"פ. שהרי חז"ל השוו דבריהם ולא חלקו שאפי' ידע הלוקח וגם התרו בו המלוה ע"פ וכמוש"כ ואפילו הלוה בפני עשרה דודאי מפרסמא מילתא וכו' וי"ל דלחזק כת ב"ד בצירוף דקלא אית לי' פשוט דאינו נכלל בתק"ח דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות משום פסידא דלקוחות דמילתא דלא שכיחא הוא ואזלא למ"ד שעבודא דאורייתא ע"כ. הרי להדיא דפשיטא לי' דלא פלוג חז"ל בזה. ומש"כ דאפילו בפני עשרה דמפרסמא מילתא משום לא פלוג. התוס' בגיטין (דף ל"ג) בד"ה ובי תלתא קלא אית לי' ואע"ג דמלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי. אפילו הלוהו בפני כמה עדים היינו משום דמאן דיזיף בצנעא יזיף כדאמרינן בב"ב (דף מ"ב) כו' אלא לכפור לכל השואלים ממנו ע"כ משמע מזה דהא דהלוהו ברבים כששואלין אותו אח"כ וכופר לא מהני משא"כ באיכא שטר דלא יוכל לכפור או מהני הא דשטר אית לי' קלא אבל קלא לבד לא מהני כיון שיכול לכפור משא"כ בידוע להלוקח ומכ"ש בהתרו בו דלא שייך זה גם במלוה ע"פ גובה ומיהו יש לומר כיון דהלוה יכול לכפור א"צ לחוש לדברי המלוה ולא משום לא פלוג ומעתה מתורץ היטב הא דעמד בדין מהני דהתם ג"כ אינו יכול לכפור והוי דומיא דשטר דאית לי' קלא ואינו יכול לכפור ומהני: והא דמבואר בטוש"ע לקמן (סי' קי"ז ס"ג) דעשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גובה ממנו משום דל"ל קלא אפילו בשטר ואפילו ידע הלוקח (ובסי' קי"ג) מבואר דאפילו אמרו ללקוחות שלא יקנו לא מהני משום לא פלוג בתקנתן והוא כמוש"כ הסמ"ע שם משום דמטלטלין אין חל עליהם שעבור כלל: סעיף ג':

סתם קנין לכתיבה עומד. הג"ה אשר"י בפ"ה דכתובות כתב דהא דקנין בפני שנים ואצ"ל כתובו היינו דלא כשמואל דאחריות ט"ס דאי אחריות ט"ס א"כ יגבה ממשועבדים והיינו דס"ל כהנ"י ויתר פוסקים דבקנין אין דעתו על משעבדי ע"כ. והוא תמוה דהרי בב"ב (דף מ') מבואר דהא דקנין בפני שנים ואצ"ל כתיבו רבא אר"נ קאמר לה. והרי בפ"ק דב"מ (דף ט"ו) מבואר דרבא ס"ל אחריות ט"ס הוא ודוחק לומר דרבא משמי' דר"נ קאמר לה ולי' לא סבירא לי'. איו דגם לדידן דקי"ל אחריות ט"ס איתא להאי דינא והיינו דגם בקנין

נשתעבדו נכסים ולכך כותבין כיון דבאמת שעבד עצמו לכך. וע"כ יפה כתבו הפוסקים להא דאצ"ל כתובו גם אליבא דידן דקי"ל אחריות ט"ס. ועיין כס"מ (פ"ח מה' עדות) שכתב דסתם קנין לכתיבה עומד אינו אלא בשנים אבל לא בעד אחד. והובא בש"ך לקמן (סי' נ"א סק"א) ועיין מש"כ לקמן (סי' פ"א) בזה:

בכנה"ג כתב בשם חכם אחד דזה דוקא בלוה שחייב בלאו הכי והקנין ליפו כח אז אמרינן דלכתיבה עומד אבל במתנה שלא הי' קנין אחר זולת זה הקנין סודר דאז הקנין לא ליפוי כח אלא לקנות עצם הדבר לא אמרינן לכתיבה עומד והביא שם לסתור דבר זה בשם קדמון אחד ע"כ. ובתומים (סי' קט"ז) כתב דבסתירת דבר זה אין כאן ראי' ברורה ואדרבא הדבר מוכרח כהחכם מהא דערב בקנין לאחר חיתום שטרות דאינו גובה אלא מבני חורין. ולפ"ז הי' אפשר ליישב ג"כ הא דהובא (בסי' קנ"ט ס"ו) דעת רב האי דערב לאחר מתן מעות דאינו משתעבד אלא בקנין דאינו גובה אלא מבני חרי וקשה הא סתם קנין לכתיבה עומד ויגבה גם ממשעבדי א"ו כון דהקנין בא לגוף הדבר ולא ליפוי כח לא אמרינן בזה לכתיבה עומד וכ"כ הכנה"ג בעצמו בהגה' הטור (סי' קכ"ט אות מ"ה) בשם קדמון אחד ע"ש:

אמנם אין ראי' מזה דבב"י מבואר טעמא אחרינא דערב שאני כיון דהחיוב הוא בעד זולתו לא אמרינן בזה סתם קנין לכתיבה עומד. ומה גם דלהחולקין שם (בסי' קכ"ט) וס"ל דממשעבדי גובה. מוכח דגם היכא דהקנין בא לגוף החיוב ולא ליפוי כח סתם קנין לכתיבה עומד וא"כ גם הפוסקים דס"ל שם דאינו גובה אלא מבני חרי איכא למימר דמודו לזה. אלא דערב שאני וכמוש"כ הב"י:

עוד כתב התומים שם ליישב הא דבב"מ (דף ט"ז) משני שמואל בשקנו מידו ואפי"ה צריך לכתוב והנה התוס' שם כתבו דשאני התם שאין הדבר בעין עיי"ש. א"כ אדרבא מבואר מזה דס"ל דגם היכא דאיני בא ליפוי כח סתם קנין לכתיבה עומד ומה שהביא ראי' (מסי' קט"ז) עיין מש"כ שם יישוב נכון לזה יעוי"ש:

ולדינא נראה כיון דלהפוסקים דס"ל (בסי' קכ"ט) דערב בקנין גובה ממשעבדי מבואר דס"ל דבכל גוונא סתם קנין לכתיבה עומד וכן משמע מהנ"י ס"פ גט פשוט שהקשה ג"כ אמאי ערב היוצא לאחר חיתום שטרות אינו גובה אלא מבני חרי ותירץ שם תירוץ אתר ולא כתב משום דהכא הקנין לגוף הדבר ולא ליפוי כח משמע דס"ל דאין לחלק בזה. וכן דעת התוס' בב"מ כמש"כ לעיל לכן אין לחלק בזה. ובמהרי"ט (שאלה ס"ה) כתב ג"כ לצדד סברא זו דלא אמרינן לכתיבה עומד אלא היכא דאינו אלא ליפוי כח מ"מ מבואר

שם דלאו בדרך החלט כתב כן ולפע"ד נראה כמוש"כ דאף היכא דהקנין לגוף הדבר ג"כ לכתיבה עומד:

סעיף ט':

אין כותבין ונותנין. הד"מ ובתשובת רמ"א (סימן ל"ח) כתב דהוא משום זילותא דבי דינא עיי"ש. ואף דקי"ל דלזילותא דבי דינא לא חיישינן בפ"ב דכתובות מ"מ זה אינו אלא בדיעבד אבל לא לכתחילה כמבואר בביאור הגר"א ז"ל (בסי' י"ז) עיי"ש. ועוד דאין תועלת כאן במה שיכתבו לו מאחר דנאמן לומר פרעתי ובכה"ג דאין תועלת פשיטא דלא חיישינן בזה: סעיף י"ג ויתן השטר ביד המלוה בפנינו כ"כ הרמב"ם. אבל התוס' כתבו דאליבא דכו"ע אם המלוה עמו לפני העדים תו לא חיישינן דודאי ימסרנו לידו מיד עכ"ל הסמ"ע. וכתב הש"ך ע"ז ולא ידעתי היכן כתבו התוס' כן. ובאמת בפרישה הראה לדעת כי הוא בתוס' גיטין (דף י"ז) ד"ה עד שעח נתינה. והוא תמוה דהרי לקמן (סי' מ"ג סט"ו) הובא דעת התוס' דגיטין הנ"ל דכל שטר הבא לפנינו אנו תולין שנמסר בזמן הכתיבה בו. וא"כ איך סתם בכאן כרמב"ם ולקמן כהתוס'. א"ו דשאני התם דלענין להביא ראי' אימת מטא שטרא לידי' א"צ דאמרינן מסתמא נמסר כהוגן. [וכה"ג ביו"ד (סי' רס"ד סמ"ד) שא"צ שיבואו עדים לפנינו שאנו תולין שכדין נמסר. וכ"ה באהע"ז (סי' קל"ג) עיי"ש] אבל אה"נ דצריכין העדים לידע שנמסר בפניהם ואין כאן מחלוקת בזה ושלום על ישראל:

הש"ך (בס"ק מ"ט) כתב וז"ל ועוד דא"כ לא הו"ל למימר ופליגא דר"א דהא אפשר דר"א סבר שיעבודא דאורייתא עכ"ל. ולע"ד מוכת כן להדיא דר"א סבר שיעבודא דאורייתא לפמש"כ תוס' בב"ק (דף י"ב) ד"ה אנא. דרב נחמן דס"ל אין גובין מהעבדים אע"ג דבכל דוכתא קי"ל עבדי כמקרקעי דמי היינו משום דסבר שעבודא לאו דאורייתא ולענין מילי דרבנן עבדי כמטלטלי דמי וכ"ה בראש שם ולפ"ז ר' אלעזר דסבר גובין מן העבדים ע"כ סבר שעבודא דאורייתא וע"כ גובין מהם משום דלענין מילי דאורייתא עבדי כמקרקעי דמי ועיין מש"כ בריש סי' זה:

סימן מ

הוו עלי עדים. בס' קצוה"ח כתב דהוא מטעם קנין אודיתא והעלה דבקנין זה לא אמרינן לא איברי סהדי אלא לשיקרא ואין קנין זה נגמר אלא בעדים ואתם עדי עיי"ש. ובזה ניחא מש"כ מהרש"א ומהר"ם בתוס' גיטין (דף י"ג) דהתוס' שם הוכיחו דמעמד שלשתן מהני אפי' בע"כ דאל"כ ל"ל קנין דמעמד שלשתן ליקני בקנין אודיתא. ותמהו המפרשים דא"כ גם למאי דמסקינן דמעמד שלשתן קונה גם בע"כ אכתי תקשה ליקני באודיתא דמהני

גם בע"כ כדמוכח מעובדא דאיסור גיורא גופא. ותי' מהרש"א ומהר"ם דכוונת תוס' הוא דכשאין הפקדון בידו תקנו אודיתא דלא שכיח אבל במידי דשכיח לא רצו לתקן אודיתא דטריחא מילתא דבעי עדים וזימנין דלא מתרמי לי' עיי"ש:

ותמה שם הפ"י על זה דממנ"פ אי חיישינן להכחשה א"כ במעמד ג' נמי בעי עדים אע"כ דלא איירי בהכחשה א"כ אפילו באודיתא נמי עיי"ש. ולהנ"ל ניחא דקנין אודיתא אינו נגמר כלל בלא עדים אפילו היכא דלא שייך כלל שלא להשביע משא"כ במעמד שלשתן מהני בלא עדים. ובנתיבות חולק ע"ז במש"כ הקצוה"ח כן מסברא דנפשי' אמנם כל דברי הקצוה"ח מבואר להדיא בגדו"ת (שער מ"ג ח"א) כן. והקדימו הריטב"א בב"מ (דף מ"ו) בזה: ואם כתב אודיתא בכת"י יש לומר דהוי כמו עדים דומיא דגט שכתב בכת"י ואין עליו עדים ועיין באהע"ז (סי' ק"ל) בב"ש שם:

כתב הרמב"ם (פי"א מה' מכירה הט"ו) המתחייב עצמו ממון לאחר בלא תנאי כלל אעפ"י שלא הי' חייב לו כלום ה"ז חייב שדבר זה מתנה הי' ואינה אסמכתא כיצד וכו' או מי שאמר בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר וכו' כמו שישתעבד הערב וכזה הורו רוב הגאונים ע"כ. אריכות הרמב"ם בזה הוא דמהא דאמר ר' יוחנן בכתובות (דף ק"ב) דחייב אני לך מנה בשטר דס"ל דחייב י"ל דלא קיי"ל הכי דהא הרי זה דומה לאסמכתא כיון דלא חייב לו כלום לא גמר ומקני כמוש"כ הב"י (בסי' ר"ז) ור' יוחנן דמחייב לשיטתו אזיל דס"ל בב"ב (דף קס"ח) דאסמכתא קניא לכן ביאר הרמב"ם דזה אינו אסמכתא מאחר דמחייב עצמו בלי תנאי ומנלן דיכול לחייב עצמו באינו חייב כלום. כתב דהרי זה כמו ערב דמשתעבד:

ודע דמחייב עצמו בשטר לא מהני אלא במתחייב לגדול אבל לקטן לא מהני כמבואר לקמן (סימן רמ"ג סי"ט) ומכ"ש בשוטה דאינו זוכה לעצמו ובחרש דזוכה לעצמו כמבואר שם י"ל ג"כ דלא מהני. דלפ"מ דמבואר שם דהא דפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר הוא משום כדי חייו ולא תקנו אלא כשהוא תח"י הקטן ולא כשאינו תח"י וא"כ חרש דהוא דומה לפעוטות שקנינו במטלטלין כמו קטן כמבואר בגיטין (דף נ"ט) דהוא ג"כ משום כדי חייו לא תקנו כשאינו תח"י ולכן במחייב את עצמו לו לא מהני אבל במזכה ע"י אחר מהני גם בח"ש וקטן כנ"ל:

נ"ל דיש לומר דדין זה דהוו עלי עדים וכו' לא שייך בעכו"ם לפמש"כ מהא דכתובות (דף ק"ב) דחיוב אינו אלא מדרבנן ובעכו"ם לא תקנו. [ועיין פ"י בפסחים (דף ל"א) דבעכו"ם לא שייך שעבודא דאורייתא עיי"ש] ומיושב בזה מה שהקשה בדו"ח בכתובות (דף צ') גר שנתגיירה אשתי עמו כתובתה קיימת שע"מ כתובתה הראשונה השיאה דל"ל שע"מ

כתובתה הראשונה. תיפוק לי' דמשועבד מעיקרא דהיכן מצינו שע"ג אינו יכול לשעבד עצמו ולהנ"ל ניחא דעיקר האי מילתא דיכול לחייב עצמו אינו אלא מדרבנן ולא תקנו אלא בישראל וזה נכון:

אלא דמסוגיא דגיטין (דף נ') משמע דגם במחייב עצמו הוי דאורייתא דאמרינן שם שט"ח היוצא על היתומים אעפ"י שכתוב בו שבת אינו גובה אלא מן הזיבוריות וכו' אלא הכא כיון דמדאורייתא דינו בעידית אפילו מיחמי נמי בעידית ופירש"י שהרי שיעבדה לו ונעשה קרקע זו ערב למלוה וערב משועבד מה"ת דכתיב אנכי אערבנו ע"כ פי' דהכא אין מחויב בעידית אלא בבינונית אלא שמחייב עצמו וא"כ אינו אלא משום ערבות ואפי"ה הוי דאורייתא וע"כ דהסוגיא דכתובות שם ר"ל הוא דס"ל לחלק בין ערב דעלמא. ובין מתחייב עצמו משא"כ אליבא דר"י דקיי"ל כוותי' דיכול לחייב עצמו הוי דאורייתא ג"כ. ואפשר לחלק דשם לא הי' חייב כלל משא"כ הכא דמחויב מיהא אלא דבעידית אינו מחויב ומחייב עצמו ע"כ הוי דאורייתא. ומיהו לא מסתבר לחלק כן. וע"כ כתב הרמב"ם (פי"א ממכירה) דחייב עצמו ה"ז כמו שישתעבד הערב וא"כ הוי דאורייתא:

ובסימן (צ"ז) מבואר דמלוה קודם למזון אשה והבנות דמלוה דאורייתא ומזונות דרבנן והקשה הב"י הא התחייב עצמו בשטר ויהי' גם מזונות דאורייתא אלמא דס"ל דמחייב אח עצמו הוי דאורייתא:

אם יש עוד חוב לזה. נ"ל דחוב גמור קודם לחוב זה שחייב את עצמו די"ל דבזה שעבודא ל"ד וכדאמרינן התם בכתובות (דף ק"ב) דר"ל מתרץ דע"כ לא קאמרינן התם אלא דשייך שעבודא דאורייתא [פי' ערב] אבל הכא לא שייך שעבודא דאורייתא וא"כ בע"ח דקי"ל שעבודא דאורייתא קודם. לפי מה דמבואר (בסי' צ"ז סכ"ד) דבע"ח קודם למזונות אלמנה משום דהוא דאורייתא ואלמנה דרבנן וה"נ בע"ח גמור קודם לזה שמחויב ע"י עצמו: ואין להאריך כאן במה שמבואר בפוסקים אחרונים אי אודיתא קנין דאורייתא או דרבנן דאפילו אי הוי דאורייתא מ"מ השיעבוד לכו"ע לאו דאורייתא ואפי' במקבל בק"ס אין זה אלא חיוב על גופו. אבל אין הנכסים משועבדין. דבין אי נימא דשיעבודא דאורייתא מקרא דויוציא אליך את העבוט החוצה הא לא מיירי אלא במלוה ולא במחייב עצמו ובין אם נימא דהוא מטעם דנכסי דבר אינש אינן ערבין בי'. ג"כ לא שייך במחייב עצמו וה"ז דומה לערב שלא בשעת מתן מעות דשלא על אמונתו הלוהו וה"נ כן. וא"כ שפיר כ' דשאר חוב דשעבודא דילי' דבר תורה קידם לזה דאינו אלא מדרבנן בלבד:

ולפ"ז במקבל מתנה באחריות שטרפו ממנו ובא בע"ח אחר עם המקבל מתנה לגבות מהנותן דהבע"ח אחר קודם. דבע"ח שעבודו דאורייתא משא"כ מקבל מתנה באחריות אינו אלא מדרבנן:

והנה בס' שער משפט הביא ראי' דבע"ח קודם מהא דאמרינן בכתובות (דף פ"ו) במי שיש עליו כתובת אשה ובע"ח ואין לו אלא קרקע אחת דלא חזיא אלא לחד לבע"ח יהבינן ולא לאשה. משום דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא. וכ"פ (הרמב"ם פי"ז מה"א ה"ד) וביאר הטעם שהבע"ח הוציא מעותיו והאשה לא הפסידה כלום. דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא כו' וא"כ ה"ה הכא כיון שלא לוה ממנו כלום אלא שחייב עצמו במה שאינו חייב ראי ליתן לבע"ח שהוציא מעותיו עכ"ד. וזה איני דהתם טעמא אחרינא משום דיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא. ומש"כ הרמב"ם שהבע"ח הוציא מעותיו והאשה לא הפסידה כלום לא קאי כלל אדין זה דאין לו אלא קרקע אחת. ואעתיק לך מש"כ הרמב"ם שם בתחילה (בפי"ז מה' אישות ה"ד) וז"ל מי שגירש את אשתו ועליו שט"ח ובא בע"ח והאשה לגבות והי' לו מעות וקרקע כדי החוב והכתובה בע"ח נוטל מעות והאשה נוטלת כתובתה מן הקרקע ואם אין לו אלא קרקע שאין בה כדי לגבות שניהם ולא הי' בה דין קדימה נותנין אותו לבע"ח ואם נשאר לאשה כלום תטול ואם או תדחה מפני בע"ח שהרי בע"ח הוציא מעותיו והאשה לא חסרה דבר שיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא ע"כ. הרי דכתב כאן ב' דינים בע"ח בזוזי וכתובה בקרקע. וגם אם אין לו אלא קרקע. לכן על הראשון כתב דלכך בע"ח בזוזי מפני שב"ח הוציא מעות והאשה לא חסרה דבר. ועל השני דאם אין לו אלא קרקע דמפסדת כתובתה משום דיותר משהאיש וכו' והדבר מבואר כן בכתובות (דף פ"ו) אמר אמימר האי מאן דאיכא עליו כתובת אשה ובע"ח ואית לי' ארעא ואית לי' זוזי. לבע"ח מסלקינן לי' בזוזי לאשה מסלקינן לה בארעא. האי כדינו והאי כדינו. [ופרש"י זה הלוה מעות וזו סמכה על שעבוד ארעא והיא לא נתנה כלום] והוא כהרמב"ם על הדין הראשון הנ"ל ואי ליכא אלא חד ארעא ולא חזיא אלא לחד לבע"ח יהבינן לי' לאשה לא יהבינן לה מ"ט יותר משהאיש וכו' וכ"ה ברי"ף ור"ן שם וא"כ גם הרמב"ם דעתו כן. ואולי ט"ס הוא ברמב"ם ואחר בע"ח נוטל מעות והאשה נוטלת כתובתה מן הקרקע צ"ל שבע"ח הוציא מעות והאשה לא חסרה דבר ואחר ואם לאו תדחה מפני בע"ח צ"ל שיותר משהאיש רוצה וכו' איך שיהי' אין משם ראי' כלל. והעיקר כמוש"כ בזה:

סימן מא

סעיף א':

כתב הרמ"ה שצריך לכתוב בהקיום שקרעו שטר הראשון דאל"כ פסול הוא דשמא ילך לב"ד אחר ויעשה קיום אחר ויגבה ויחזור ויגבה. וכתב הסמ"ע אע"ג דלא חיישינן לב"ד טועין. לשכחה חיישינן. דשמא שכחו לקרוע עיי"ש. ובאמת הרמ"ה ביאר בב"ב (דף קל"ח) אהא דכל טירפא דלא כתיב בי' קרענא לשטרא לאו טירפא הוא. משום דבדבר שאינו שכיח חיישינן לב"ד טועין. וא"כ הרמ"ה שלמד הך דצריך לכתוב שקרעו לשטר הראשון הוא מהא דטעמא. א"כ ה"נ חיישינן לב"ד טועין משום דאינו שכיח וזה נכון:

סעיף ג':

ואפילו נאבד בעדים. כתב הש"ך (ס"ק י"א) דכשהשט"ח ביד הלוה וכן הכתובה ביד הבעל הוא ראי' גמורה לפרעון ושוב לא תוכל האשה לגבות בעדי הינומא מן הבעל וכן המלוה בטופס. ובנתיבות המשפט תמה ע"ז דמאי ראי' הוא זה הא קי"ל דכותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו וכן כותבין כתובה לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו. וא"כ אפשר לומר דכתב לעצמו כמה כתובות וכמה שט"ח. ונשאר אחד בידו. וקיימתי זאת מסברא דנפשאי על שט"ח. אבל מש"כ על כתובה שכותבין לאיש אעפ"י שאין אשתו עצמו צ"ע. דהא תנן בב"ב (דף קס"ח) אין כותבין שטר אירוסין ונשואין אלא מדעת שניהם ופרשב"ם דהיינו כתובה. ובעיקר סברא זו יעויין במהרש"ל ובמהרש"א בכתובות (דף נ"ו) ובב"ש (סי' ק"י) ובבית מאיר שם. מש"כ בזה עיי"ש:

ונ"ל להביא ראי' לסברת המהרש"ל והש"ך מהא דאמרינן בגיטין (דף כ"ז) מצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה. וכתב רש"י בד"ה לא לזה ולא לזה לבעל לא יחזיר שמא כבר נתן לה וממנה נפל וכשיבוא לידו יחזור אחר עדי מסירה ויעידו שגירשה. וכשתתבע כתובתה יאמר פרעתיך שהוצאת הגט בב"ד ותנן הוציאה גט ואין עמה כתובה גובה כתובתה וחייבוני לפרוע ונתנו לי הגט כדי שלא תחזור ותגבה ולאשה לא יחזיר שמא תנשא בו. עכ"ל. הרי מבואר דכשהגט בידו אין יכולה לתבוע כתובתה. אף דקי"ל בב"ב (דף קס"ח) דכותבין גט לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו. וא"כ איכא למימר דילמא כתב כמה גיטין והניח אחד בידו. א"ו כיון דהגט בידו ואינו ביד האשה מוכח דזהו הגט עצמו שנתן לה תחילה ולא חיישינן כולי האי לומר שמא אבדה גיטה כמה שאמרה וזה גט אחר הוא. ה"נ לא חיישינן דילמא אבדה כתובתה כמה שאומרת והכתובה שביד הבעל אחרת היא. אלא כיון שהכתובה ביד הבעל אמרינן שהיא הכתובה עצמה שכתבה לה בעלה תחילה. ולכך אינו גובה

בעדי הינומא. דאמרינן דודאי פרע לה. וכן הדין בלוה ומלוה וגם מוכח מהך דגיטין דאין יכולה לומר דהגט נפל מידה והבעל מצאו ה"נ אין יכולה לומר דהכתובה נפל מידה והבעל מצאו וכן הדין בלוה ומלוה:

אמנם מתוס' ב"מ (דף י"ז) בד"ה לא אמר כלום משמע דלא כהש"ך שכתבו וז"ל אהא דטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום ולא מיבעיא במקום שאין כותבין כתובה או במקום שכותבין ויש עדים שנשרפה כתיבתה דאינו נאמן לומר פרעתי אם יש לה עדי גירושין. אלא אפי' במקום שכותבין כתובה ואינו מוציאה כתובתה אינו נאמן לומר פרעתי אפי' אם הוא מודה שהכתובה היא בידה וגם הגט בידה ופרעה בעדי הגט גרידא ואע"ג דבמה שנשאר שטר כתובה בידה הוא מפסיד שאם תחזור ותתבע הכתובה הוא יכתוב שובר שלא תגבה פעם שני' עכ"ל. וקשה למה בעי לכתוב שובר. הא כשתחזור הכתובה. יהי' זה גופא ראי' שפרע. א"ו דאין זה ראי' דדילמא כתב בעצמו הכתובה ולכן בעי שובר דוקא: ובכתובות (דף י"ז) וליחוש דילמא מפקא עדים בהאי בי דינא וגביא והדר מפקא לה לכתובתה בהאי ב"ד וגבי' בה א"ר אבהו זאת אומרת כותבין שובר וכתבו תוס' ואפילו ע"י עדי הינומא לא הי' לה לגבות עד שתחזיר לו הכתובה כיון שיכול לבא לידי הפסד במה שנשארה כתובה תח"י. כו' אפילו למ"ד דלא מצי טעין אחר מעשה ב"ד מפסיד במה שהכתובה תח"י שאם תתבענו פעם אחרת ולא יהי' לה עדי הינומא יהא נאמן לומר פרעתי מנה במגו דאי בעי אמר אלמנה נשאתיך וכו' והשתא שהכתובה בידה תוציא מאתים וכתב מהר"ם לובלין יש מקשי' מה צריכים התוס' לפירוש זה דהא פשיטא דאיכא נפקותא במה שתשיב לו הכתובה שאם תתבענו פעם אחרת אז יוציא הוא הכתובה שבידו שכבר פרע לה ולהנ"ל ניחא דאין הכתובה שבידו ראי' על הפרעון דשמא כתובה אחרת כתב לו לכן הוצרכו תוס' לפירושם כן: ועיין תוס' ב"ב (דף קס"ת) דרשב"ג דס"ל דמקח נקנה למוכר בחזרת השטר. אם הלוקח מוציא שטר אין ראי' מה שיש לו למוכר שטר כיון דכותבין שטר למוכר בלא לוקח:

סימן מב

סעיף ח':

אי תפס מטלטלין לא מפקינן מיני' אבל בקרקע לא מהני תפיסה משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת וכ"ה לקמן (סי' מ"ו סל"ז). ובספיקא דדינא אי מהני תפיסה דעת רשב"ם בפ' חזקת הבתים דמהני ולכך הלכתא כרבה בארעא. אבל התוס' שם כתבו ע"ז דדוחק לומר דבספיקא דדינא לא מוקמינן בחזקת בעלים וס"ל דגם בספד"ד לא מהני תפיסה בקרקעות. וכן דעת כמה רבוותא כמו שכ' בס' תקפו כהן (סי' נ"ח וסי' צ"ב). ובנ"י

בב"ב שם כתב כפירשב"ם ומשמע דס"ל דבסד"ד מהני תפיסה בקרקעות וקשה מהא שכ' הנ"י בפ"ק דב"מ וז"ל והלכתא מתנה כירושה דבכל דוכתי דפליג רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל הלכך מוקמינן בידי' דגזלן דהא איהו ודאי זבני' ואע"ג דתפיס לוקח חפיסה בקרקעות לא כלום ומשמע דס"ל להדיא דגם בספיקא דדינא לא מהני חפיסה בקרקעות ובזה י"ל הא שפסק בב"מ דמוקמינן ביד המוכר לטעמי' אזיל שכ' בב"ב כפי' התוס' שם:

ולתרץ דברי הנ"י נראה דס"ל כיון דקי"ל בפלוגתא דר"א ורבינא דהלכה כדברי המיקל לא מקרי זה ספיקא דדינא והילכך מוקמינן ביד הלוקח הגזלן דהא איהו ודאי קנאו והוי כמוחזק ושייך בי' לקולא ואע"ג דתפיס לוקח. ויש לומר לקולא אצל לוקח ע"ז כתב דלא מהני תפיסה בקרקעות ואתי שפיר וזה נכון:

ועוד יש לומר לפמש"כ המל"מ (פ"ז מה' שכירות) דהא דקי"ל כר"נ בהשכיר לו חדשים ושנה דמספיקא לא אמרינן אי תפסינן לשון ראשון או אחרון. ולא ידעינן דינא היכי הוי דמוקמינן קרקע בחזקת מרא קמא. משום דהספק הוא ספיקא דמציאות דלא ידעינן המציאות היכי הוה משום דכי אמרינן דתפסינן לשון אחרון הוא משום דאמרינן דמיהדר קא הדר בי' ואי תפסינן לשון ראשון אז אמרינן דלאו מיהדר קא הדר בי'. אלא שדבריו השניים הם בטעות וכיון דהספק הוא בכוונתו א"כ האי ספיקא דדינא ספק דמציאות הוא. וה"נ במתנה מספקא לן אי כוונתו היתה לאקנויי' ללוקח או לא. ולכן כיון דהספק הוא בכוונתו א"כ הוא כמו ספיקא דמציאות ולכן מוקמינן בחזקת מרא קמא ולא מהני תפיסה דלוקח ודו"ק:

שם ברמ"א וכ"ש שאומרים בשובר יד בעל השובר על העליונה הואיל והוא מוחזק. עש"ך שכתב דהשובר אינו בא אלא לבטולי שטרא. ונעשה תביעה בע"פ. ולכן בהא (דסי' ע"א) שהאמינו המלוה ללוה צריך שבועה דדל שטרא אכתי הוי תביעה בע"פ וגם הכא בשובר צריך שבועה. ולפ"ז משמע בכתב נאמנות ונתן ליד הלוה ג"כ צריך הלוה שבועה. אמנם הש"ך (סי' ע"א ס"ק מ"ז) כתב דלכך לא אמרינן שם יד בעל השטר על התחתונה משום דהנאמנות אצל המלוה. משמע דאם נתן ליד הלוה פטור משבועה. ועיין נתיבות שכ' דלטעם התומים משום מגו שבידו לשרוף השטר. דא"כ אם מסר כתב בפ"ע עם נאמנות להלוה וכל כה"ג הו"ל להפוסקים להשמיענו עיי"ש. והרי להדיא מבואר כן בהש"ך (בסי' ע"ה) וכמוש"כ ותמיהני דשם (רס"י ע"א) כ' בעצמו סברא דבידו. ובאם מסר להלוה פטור משבועה:

דלא כי"ח ואומרין ידו על התחתונה. עיין באהע"ז (סי' ק"ו) בספק מחילה דלהרא"ש הוי מחילה ולהרי"ף לא הוי מחילה. ואינו ענין לכאן דהתם סד"ד הוא ועמש"כ בסד"ד דהחיוב ודאי והספק בפטור בסימן ע"ה מזה עיי"ש: סעיף ט':

הש"ך (בס"ק כ"א וכ"ב) כתב דבמידי דפלוגתא אז לאו כו"ע ידעי משא"כ היכא דליכא פלוגתא. ועיין בתומים הקשה ע"ז מהא (דבסי' ל"ט) דמבואר דגם היכא דליכא פלוגתא אמרינן דלאו כו"ע ידעי האי דינא עיי"ש. ובאמת אין כל הדינים שווין בזה. דהרי בב"ק דף מ"ה) מבואר בתוס' שם דאין הכל בקיאין בדין שור הנסקל ולכך לא הוי מעות מתנה אף דליכא פלוגתא בזה. והיכא דהדבר אינו מצוי פשיטא דלאו כו"ע ידעי ועיין רשב"ם ב"ב (דף קל"ח) בהא דאין חולצין אא"כ מכירין ובקדושין (דף נ') בקטן שקידש אע"פ ששלח סבלונות לאחר מכאן וכו' ולא אמרינן אדם יודע שאין קדושי קטן כלום. ולשם קידושין שלח אלא מטעי קטעי ולשם קידושין הראשונים שלח. ומהרי"ט (ח"ב חלק חו"מ סי' נ"ב) הביא הא דקדושי קטן והא דפ"ק דקדושין בהא דשתיקה דלאחר מתן מעות דהא דלא שדתינהו משום דלא נמירי דינא ומבואר מזה דלעולם אמרינן מטעי קטעי. ודוקא בדבר הברור (כל כהא דאדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו שהרי דרשו אמור לחכמה כשם שברור לך כו' וכן הא דגיטין (דף ס"ג) אדם יודע שאין הבעל עושה שליח לקבלה הא ודאי מילתא דפשיטא הוה שהכל יודעים שאין יכול לעשות יד אחרים כיד אשתו עיי"ש שהאריך בזה:

ואף דהא דבשתיקה דלאחר מתן מעות י"ל דשאני התם כדאמר בקדושין (דף י"ג) אטו נשי דינא גמירי ונשי שאני מ"מ מהא דקידושי קטן מבואר להדיא כן דהיכא די"ל דמטעי קא טעי גם היכא דליכא פלוגתא אמרינן כן. ובכל דבר הכל לפי הענין ולפי האדם. ובגיטין (ד' כ' ע"ב) גברא שאני ע"ש: אבל יש ראי' להמהרי"ט דאין חילוק בין נשי לגברי מהא דקדושין (דף נ"ו) אשה יודעת שאין מעות מעשר שני מתחלל וכו' והרי בהמה טמאה וכו' חברה עסקינן. אלמא דמדמו אהדדי. וגם בדבר דליכא פלוגתא מסיק דאינו יודע ועיי"ש בתוס' ר"י הזקן:

והיכא דאיכא פלוגתא פשיטא דאין אדם יודע כמש"כ הריטב"א בקדושין (דף נ"א) וז"ל. ואין זה נכון דהא ודאי למדנו את וחמור לא קנה וכו' וכי כל אדם יודע שאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם הא פלוגתא דר"מ ורבנן וכו' וכמה תנאים סברי דקנה. ועוד איך נאמר שהמקדש הי' בקי בדרבה אטו כו"ע גמירי הא דרבה הא אנן נמי לא ידעינן לי' ולא ידע הא דרבה. וידע שאין קדושין בפחות משו"פ עכ"ל הרי להדיא כיון דאיכא מאן דאית לי' דמהני קנין בדבר שלבל"ע. לא אמרינן דאדם יודע דלא מהני קנין בדשלבל"ע.

אך קשה מהא דאמרינן בקדושין (דף מ"ה). הכל יודעין שאחות חלוצה דרבנן והרי ביבמות (דף מ"ד) מבואר דלר"ע דאורייתא וצ"ל דגם במידי דפלוגתא אין העניינים שווין והיכא דהוא דבר פשוט לכל אף דאיכא מאן דפליג ע"ז אמרינן לאחר שנקבע הלכה הכל יודעים. ועש"ך (סו' ע"ג ס"ק כ"ג) שכתב בשם מהריב"ל דהיכא דאיכא פלוגתא אי חייב ונשבע על זה פטור משבועה משום דיכול לומר סבור הייתי דחייב וכעת אני טוען קים לי דפטור אבל היכא דלכו"ע פטור א"י לומר שסבור הייתי שחייב. וברש"י ב"ק (דף ס"ט) כתב דלאו כו"ע ידעי דשנים לקט וג' אינן לקט התם משום דפלוגתא דב"ש וב"ה בזה דהא ב"ש במקום ב"ה אינו משנה ויש לעיין: העולה מזה דהכל לפי הענין ואם הענין אינו ידוע לכל גם במידי דליכא פלוגתא י"ל דקטעי וכמוש"כ המהרי"ט וכן משמע מהריטב"א הנ"ל שכתב דמנ"ל לומר כן. שיודע שאין קדושין פחות משו"פ. והא בזה כו"ע מודו דאין קדושין בפחות מזה. והיכא דאיכא פלוגתא בזה אזי אמרינן דמטעי קטעי משים פלוגתא והיכא דגלוי לכל לא איכפת לן במה דאיכא פלוגתא ואדם יודע דומיא דאחות חלוצה דרבנן כנ"ל ודו"ק:

סעיף י':

לפי דעת השומעים. כתב הסמ"ע בשם ריב"ש (סי' ר"ו) דבשטרות אזלינן בתר לשון בני אדם ועיי"ש בריב"ש דהיכא דאינו ידוע לשון בני אדם אזלינן בתר תורה עיי"ש. וכן משמע במס' יבמות (דף ע"א) בתוס' ד"ה הני דהיכא דאין לשון בני אדם ידוע ילפינן מקרא עיי"ש:

סעיף יב:

מפקינן מיני'. הג"ת הקשה מלקמן (סימן שי"ז) דמילתא דעבידא לגלויי לא מפקינן מיני' ולפ"מ שכ' הש"ך (שם ס"ק ח') דזה אינו אלא בתפס ברשות אבל שלא ברשות לא מהני מה דהוי מילת' דעבידא לגלויי אתי שפיר. דהלא הכא התפיסה שלא ברשות ועמש"כ לקמן (בסי' ע"ה) בזה:

סעיף ט"ו מי שמגדל יתום בתוך ביתו וכתב עליו בשטר כו' לא מיקרי מזוייף וכשר הואיל וגדלוהו ראוי לכתוב כך. וכתב הכנה"ג ונ"ל שאין דברים אמורים אלא שאין למגדל בנים. והוא תמוה דהרי התוס' במס' קדושין (דף כ"ב) ד"ה שלא יחלצנה במלחמה כתבו דתמר לא היתה בת דוד אלא שמעכה נתעברה מאחר ולכך היתה מותרת לאמנון בנו והא דכתיב על כן תלבשנה בנית המלך מעילים היינו משום שגדלה בבית דוד לכך היתה נקראת בת מלך ג"כ עיי"ש. וכ"כ תוס' בסנהדרין (דף כ"א) הרי להדיא דגם היכא דיש למגדל בנים שייך לקרותו בנו או בתו. וכ"מ מהא דבסנהדרין (דף כ') יליף שם

דהמגדל יתום בתוך ביתו כאילו ילדו. מהא דכתיב גאלת בזרוע עמך בני יעקב ויוסף וכו'. וכי יוסף ילד אלא יעקב ילד ויוסף כלכל אף דהי' ליוסף בנים וסרח בת אשר לא היתה בתו של אשר. אלא שגידלה בביתו כמבואר ברמב"ן פ' פנחס. הגם דהי' לו בנים זולתה. ובבראשית (מ"ו) ובנותיו כתב הראב"ע דנתגדלו בביתו של יעקב ולכך נקראו בנותיו עיי"ש. ובאורים תמה ג"כ על הכנה"ג מסברא וכתב דאולי כך פי' דבריו דאם יש לו בן ששמו כשמו של היתום ונכתב על היתום פלוני בני פסול דהוי שטר שיכול לזייף דיחשבו שהוא בנו ממש. ואף שהוא דוחק אבל זה ודאי דאם אין שם של היתום כשם בן הכשר אז כתב עליו בני דהואיל וגדלוהו ראוי ליכחד כך אף אם יש למגדל בנים:

ואומר אני דמי שמגדל יתום בתוך ביתו וכתבו בניו של המגדל על היתום אחי או אחותי כשר. וראי' מהא שכ' התוס' בקדושין (דף כ"ב) ובסנהדרין (דף כ"א) דתמר לא היתה בת דוד ולכך היתה מותרת לאמנון והא דכתיב על כן תלבשנה בנות המלך מעילים משום שגידלה בביתו והרי מבואר בשמואל (ב' י"ג) דאמר אמנון תמר אחותי וכן שם על אמנון אחיך אלמא דמשום דנתגדלה עמו נקראת אחותו:

או היתום כתב על המגדלו אבי או אמי לא מקרי מזוייף. עיי"ש בתשובת מיימוני (סי' מ"ח) ראי' לזה וכן קצת ראי' מהא דאמר אביי אמרה לי אם ומבואר בפ"ק דקדושין דמרבנתי' הוה. וברות (ד) ותקח נעמי את הילד וגו' ותהי' לו לאומנת ותקראנה לו השכנות שם לאמר יולד בן לנעמי משמע מזה דאומנת אם כתבה על הילד בן שפיר דמי. אמנם לפמש"כ המפרשים דהוא על צד יבום אין ראי' מזה אבל יש ראי' מהא דאמר אביי אמרה לי אם. ועמש"כ לקמן (סי' רמ"ז) עיי"ש:

ומכל האמור יש להכשיר אם כתב לחמותו אמו ועל חמיו אביו וכמו שהביא באורים דדוד קרא לשאול אבי. ואם כתב בני על חתנו כשר דחתנו כבנו כמוש"כ רש"י בשבת (דף כ"ג) וה"ה לכלתו בתו. וכמו דאיתא במדרש בראשית (פרשה פ"ד) ויקומו כל בניו וכל בנותיו כמה בנות הי' לו כו' אלא שאין אדם נמנע לקרא לחתנו בנו ולכלתו בתו. ע"כ. ובמרדכי פ"ג דב"מ דבלשון בני אדם חתניו בכלל בניו יעויי"ש וכ"מ מתשוב' מיימוני שם מהא דהביא בתי הלא אבקש לך מנוח וכלתה היתה אך י"ל זה. ועיין בהגה"מ שם בזה ע"ש וכן אם כתב על דודו אחי כמבואר במדרש סוף רות אין אדם נמנע מלקרא לדודו אתי. ומה"ט אם כתב על בן אחיו אחי. כמו שפרש"י בת אביו ובמס' ע"ז (דף כ"ז) אחי וכו' דהיינו הך. אם דודו נקרא אח כן דודו קוראו את ג"כ:

בשו"ת הרדב"ז (ח"א סי' שנ"ג) נשאל בראובן שנתן מעות לשמעון לקנות סחורה והי' ביניהם תנאים (נכתבו על הענין שלשה שטרות אחד ביד ראובן ואחד ביד שמעון ואחד

ביד שליש. ונמצאו השטרות מחולפים בתנאים כי טעה הסופר באחד מהן. והשיב הרדב"ז התורה אמרה אחרי רבים להטות ואם השני שטרות בסיגנון אחד נתבטל השלישי. יהי' ביד מי שיהי' דקי"ל בכל דינין שבתורה אחרי רבים להטות. וכ"כ הרשב"א בס"ת שנמצאו מחולפין נתקן אותם אחר הרוב עיי"ש. ותמה ע"ז בספר שעה"מ היכי מדמה ממונא לענין איסורא דדוקא בס"ת דהוא איסורא אזלינן בתר רובא. משא"כ לענין ממונא הא קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב. עד שנשאר בצ"ע למעשה להוציא ממון עפ"ד הרדב"ז אלו עיי"ש בזה:

ולפענ"ד נראה דדברי הרדב"ז נכונים דהרי אנו דנין על השטרות איזה מהן נכתב כהוגן. וממילא בא לידי הוצאות ממון בכה"ג אזלינן בתר רובא דהרוב מברר לן איזה מהן נכתב כהוגן. וכיון דאנו דנין על השטר ולא על הממון אלא דממילא בא לידי הוצאת ממון לא איכפת לן בזה חזקה דממונא וכמוש"כ התוס' בחולין (דף צ"ו) דמחזירין שטר בסימנים ולא מפקינן ממונא בסימנים משום דבחזרת השטר אין עדיין שום אחד מהן מוחזק ולא מפקינן מחזקה אף דממילא בא לאפוקי ממונא לא איכפת לן. כיון דעתה ליכא אפוקי ממונא עיי"ש. ה"נ כיון דמתחילה אנו דנין על כתיבת השטר איזה מהן נכתב כהוגן ובאיזה מהן טעה הסופר ואנו דנין על הסופר ולא על הבע"ד עצמו בזה אזלינן בתר רובא כמו באיסורא כיון דהשתא אכתי ליכא אפוקי ממונא. וכמו דהתם אנו דנין על מעשה השטר של מי הוא. והסימנים מבררים של מי כמו כן הכא אנו דנין של מי הוא השטר האמיתי והרוב מברר של מי. וכמו דסימנים מועילים לאוקמי שטרא ביד הנותן סימנים. אף דאינם מועילים לאפוקי ממונא כמו כן הרוב מועיל לאוקמי שטרא ביד מי שמסייע לו רובא אף דהרוב אינו מועיל לאפוקי ממונא וא"ש: עוי"ל לפמש"כ התומים בקת"כ (ס"ק כ"ד) לחלק הא דבדיינים הולכין אחר הרוב בממון אף דבעלמא אין הולכין אחר הרוב משום דבעלמא כמו במוכר שור לחבר הרוב והמיעוט שניהם אמת דרובא לרדיא זבני ומיעוט לנכסתא משא"כ בדיינים דבצד אחד ודאי שקר. א"כ יותר טוב לומר שהשקר הוא במיעוט מבהרוב עיי"ש. וא"כ ה"נ בשטרות יותר י"ל שהשקר בהמיעוט וע"כ אזלינן בתר רובא:

סימן מג

סעיף ז':

שטרי חוב המוקדמין פסולים. בב"מ (דף ע"ב) תנן התם שטרי חוב המוקדמין פסולין והמאוחרין כשרים אמאי פסולין נהי דלא גבי מזמן ראשון נגבי מזמן שני ארשב"ל במחלוקת שנוי' ור"מ הוא. ר' יוחנן אמר אפי' תימא רבנן גזירה שמא יגבה מזמן ראשון.

ונ"ל דר"י ור"ל לטעמייהו אזלי. דהרא"ש בספ"ק דמכות הביא שם הירושלמי כתב כל נכסיו לשני בני אדם כאחת והי' העדים כשרים לזה ופסולים לזה איתפלגון ר"י ור"ל. ר"י אמר מאחר שפסולין לזה פסולין לזה. ור"ל אמר פסולים לזה וכשרים לזה ומסיק הרא"ש בשם הר"י הלוי, דטעמא דר"י משום דאתי לאחלופי בשטרות דעלמא. שלא יאמרו קרוב כשר להעיד ע"כ. ולכאורה לא יתיישב טעם זה. אהא דאיתא בירושלמי בכתובות פרק אלמנה ניזונת אמתניתין דהיתה כתובתה ד' מאות זוז ומכרה לזה במנה ולזה במנה. ולאחרון שוה מנה ודינר במנה של אחרון בטל ושל כולן מכרה קיים. וע"ז אומר בירושלמי עד כדון שהי' בארבעה שטרות אבל בשטר אחד בפלוגתא דר"י ור"ל דאיתפלגן בכותב כל נכסיו לשני בנ"א והיו העדים קרובים לזה וכשרים לזה וכו'. והרי התם אין הפסול משום עדים אלא כיון שנתבטל משום האחרון נתבטל גם לראשונים. ואמאי הא התם לא שייך טעמא דיאמרו להכשיר קרוב להעיד. וצ"ל דכמו דגזרינן שמא יבוא להכשיר קרוב להעיד ה"נ ס"ל לר"י דאם יתקיים דבר, אחד בשטר תקיים גם דבר השני. ולטעמי' אזיל דגזירה שמא יגבה מזמן הראשון לכן לא גבי אף מזמן שני וכ"ז לשיטתו. דהא דכתוב בשטר שני דברים ונתבטל בדבר אחד נתבטל כלו שלא יתקיים דבר הבטל לכך בטל גם דבר שאינו בטל משא"כ ר"ל לשיטתו דס"ל דפלגינן ועדות שאינו בטל קיים. א"כ אינו יכול לתרץ הא דמוקדמין פסולין משום גזירה שני אטו ראשון דלא גזרינן הא אטו הא. לכן תירץ דאתיא כר"מ הך דמוקדמין פסולים והשתא א"ש וזה נכון: אלא מבני חרי וי"א דפסול לגמרי. זהו שיטת רש"י שם בב"מ (דף ע"ב) ובפ"ק דר"ה דמוקדמין אינן פסולין לענין בני חרי. אבל התוס' שם ס"ל דפסולין גם לבני חרי עיי"ש. ונראה דהתוס' לשיטתייהו אזלי עיין בב"ב (דף קס"ה) מתני' הא קמ"ל דשנים במקושר כעד אחד בפשוט מה התם פסולי דאורייתא אף ה"נ פסולי דאורייתא וכתבו שם התוס' בד"ה ה"ג וז"ל ורשב"ם פי' פסול דאורייתא דלא גבי מבני חרי ואין נראה לר' דאפי' כי הוי פסולא דרבנן לא הי' גבי מב"ח עכ"ל. והנה הא דהמוקדמין פסולין למגבי מזמן שני אינו אלא פסולא דרבנן שמא יגבה מזמן ראשון לכך ס"ל לרש"י דגובה מבני חורין וכסברת הרשב"ם אבל התוס' לשיטתם דגם פסול דרבנן אינו גובה מבני חרי לכן ס"ל דמוקדמין דפסולין ג"כ אינו גובה מב"ח וכ"ש הוא דהא לפ"מ שנכתב במוקדם הוי אתי לידי פסול דאורייתא: ובאמת לפ"מ דאיתא לפנינו ברשב"ם שם בד"ה ומשני וכו' ז"ל הטילו חכמים עליו פסול דאורייתא ואם גט הוא אינה מגורשת ואם שטר מלוה הוא אינו טורף ממשעבדי ע"כ משמע דמב"ח גובה אלמא דס"ל דגם פסול דאורייתא גובה מב"ח. אמנם לבעלי התוס' נראה דהי' להם הגירסא ב"ח. לכן כל למעוטי במחלוקת עדיף

ולא פליגי אלא בפסול דרבנן והרשב"ם לשיטתי' אזיל שכ' בר"פ גט פשוט (דף ק"ס) שניהם פסולין שלא נעשו כתיקון חכמים ואם שט"ח הוא אינו גובה בו מן הלקיחות עכ"ד. משמע דמב"ח גובין אע"פ שלא נעשה כתיקון חכמים. וכן משמע להדיא שם (דף קס"ב) דכתב הרחיק את העדים ב' שיטין מן הכתב פסול אם אין כתוב בו שריר וקיים אפי' יש עדים שלא נפל בו דבר זיוף מ"מ האי שטרא חספא בעלמא הוא שלא נעשה כתיקון חכמים וכמלוה ע"פ הוא ע"כ. הרי להדיא דס"ל דכל שלא נעשה כתיקון חכמים דאינו אלא פסול דרבנן שמא יוכל לבוא לידי זיוף דאינו פסול אלא למשעבדי בלבד וכמו שכתבנו בזה:

ובב"מ (דף י"ז) א"ל ר"ז לר"א מי אמר ר' יוחנן הכי והא את הוא דאמרת משמי' דר' יוחנן שטר שלוה בו ופרעי' אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שיעבודו אימת אילימא למחר וליומא אחרא תיפוק לי' דהו"ל מוקדם ותנן שט"ח המוקדמין פסולין. וקשה הא משום חשש מוקדם אינו אלא פסולא דרבנן שמא יגבה מזמן הראשון. משא"כ משום נמחל שעבודו הוי פסול דאורייתא גם מזמן השני. ואפ"ל דלר' יוחנן לשיטתי' פריך דס"ל בשלהי ב"ב דמלוה ע"פ גובה בין מן היורשים בין מן הלקוחות דשעבודא דאורייתא ומדרבנן אינו גובה משום פסידא דלקוחות. וא"כ גם נמחל שעבודו לא הוי אלא פסיל דרבנן דמדאורייתא גובה מן הלקוחות גם בשטר שנמחל שעבורו וא"כ תרווייהו דרבנן. לכן פריך שפיר ותיפוק לי' דהו"ל מוקדם וא"ש: ונ"ל דאפי' למאן דפסל למגבי גם מבני חורין אי תפס לא מפקינן מיני' כיון דכל הטעם דפסול למגבי מבני חרי אינו אלא גזירה שמא יגבה ממשועבדים כמוש"כ התוס' בב"מ (דף ע"ב) וא"כ הא הרא"ש בב"ב (דף קס"ה) כתב אהא דפסולא דאורייתא דאם תפס מפקינן מיני' הא אי הוי פסולא דרבנן לא מפקינן מיני' וא"כ הא דאינו גובה מב"ח דאינו אלא גזירה דרבנן אי תפס לא מפקינן מיני'. מיהו אליבא דידן בלאו הכי מהני תפיסה כיון די"א דס"ל דאין פסול אלא למשועבדים בלבד:

בתוס' ב"ק (דף ל') בד"ה וחכמים דהקשו בשט"ח המוקדמים דיש מעמידין אותו כר"מ אבל לרבנן כשרים ואפילו לר"מ אין פסול אלא מטעם קנס ואמאי והלא עדים פסולין וכו' ע"כ. ודקדק בתומים בסימן זה. למה לא הקשו בפשיטות לר' יוחנן דאמר באיזהו נשך דלכך לא גבי בשט"ח מזמן שני גזירה שמא יגבה מזמן הראשון ולא קאמר בפשיטות משום דעדים פסולין ותי' בתי' השני דלחכמים לא רצו להקשות דילמא כר' יוסי ס"ל דס"ל בסנהדרין (דף כ"ז) דבעי רשע דחמס והני לאו בני חמס נינהו. וכמוש"כ התוס' בפ' איזהו נשך. לכך הקשו מר"מ דס"ל בסנהדרין שם דלא בעי רשע דחמס וא"כ העדים

פסולין עיי"ש. ואפ"ל עוד דלכך עדיפא להו להקשות ולא מחכמים לבד. דהא בשט"ח המוקדמין דפסולין נכלל אף אם הי' ההלואה באמת אלא שהשטר נכתב אח"כ והקדימו מזמן ההלואה דג"כ פסול כמבואר (בסימן זה סט"ז) וכתב השער משפט שם דלמאן דס"ל שעבודא דאורייתא ומשועבד מעת ההלואה וא"כ אינן פסולין אלא מדרבנן דמדאורייתא לא בעי שטר כלל ובדרבנן בעינן חימוד ממון כמבואר (בסי' ל"ד) ולכך אין השטר נפסל דהעדים אינן פסולין דליכא כאן חמוד ממון עיי"ש. וא"כ מחכמים ל"ק די"ל דס"ל שעבודא דאורייתא דחכמים דר"מ היינו ר' יהודה כמבואר בכמה דוכתי וביחוד בתוס' יומא (דף ל') ור' יהודה ס"ל שעבודא דאורייתא בבכורות (דף מ"ח) וכמוש"כ בתומים (סי' ל"ט) משא"כ ר"מ ס"ל שם בבכורות דשעבודא ל"ד. וא"כ אפילו אם ההלואה נעשה מזמן הכתוב בשטר ג"כ פסול. לכך עדיפא להו להקשות מר"מ ולא מחכמים לבד וכמ"ש כנ"ל: סעיף ח':

הרמ"ה כתב דבכתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי גובה מתשרי והובא בש"ך (סימן זה סקט"ו) והעלה דאינו גובה גם מתשרי ומייתי ראי' מהא דפריך בב"מ (דף י"ז) אהא דשטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו. ותיפוק לי' דהו"ל מוקדם והשתא אי גובה מזמן שני הא נ"מ בכה"ג דמשום נמחל שעבודו אינו גובה גם מזמן שני: והנה לכאורה קשה על הרמ"ה מהא דאמרינן בב"מ שם מ"ש מהא דתנן מצא שטרי חוב אם יש בהו אחריות נכסים לא יחזיר ואוקימנא כשחייב מודה ומשום שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתי למטרף מלקוחות מניסן ועד תשרי שלא כדין ולא אמרינן דא"כ מלוה גופי' לא שבק דא"ל כתוב שטרא אחרינא בתשרי דדילמא שמעי רבנן ומפסדי לי והשתא אי בכתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי גובה מתשרי. א"כ לא מפסיד מידי. ואין לומר דה"ק שמעי רבנן אם שהאמת אינו כן דלא משמע כן. וכיוצא בזה במס ע"ז (דף מ') וכן לתרומה מאי וכן לתרומה אר"ש וכן לכהן החשוד למכור תרומה לשם חולין לפניו הוא דאסור אבל הבא מן האוצר ומן ההפתק ומן הסלולה מותר אירתותי מירתת סבר שמעי בי' רבנן ומפסדו מינאי ופרש"י שיפקירו את האוצר והרי הכא הא דסבר שמעו בי' רבנן ומפסדו מינאי עפ"י דין כן: סעיף י"ג:

אעפ"י שלא כתבו שהוא מאוחר ה"ז כשר. וכתב הב"י שזה נלמד מש"ס דב"ב (דף קנ"ז) דפריך הא דתנן שטרי חיב המאוחרין כשרין אס"ד דאקני לא משתעבד מאוחרין אמאי כשרין ואי בכתוב בו שהוא מאוחר אין לחוש כלל. והנה לכאורה על הש"ס גופא יש להקשות דילמא מיירי הא דמאוחרין כשרין בכתוב בו ואיחרנוהו ואפי"ה במוקדמין פסולין לשיטת הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' ד') דאפי' בכתוב שהוא מוקדם פסול. אך

נראה דדין זה שאפי' לא כתב האיחור בפירוש כשר הוא מפורש כן בברייתא דמייתי הש"ס בסנהדרין (דף ל"ב) שטר שזמנו כתוב באחד בניסן בשמיטה ובאו עדים ואמרו האיך אתם מעידים על שטר זה והלא ביום פלוני עמנו הייתם במקום פלוני שטר כשר ועדיו כשרין חיישינן שמא איחרוהו וכתבוהו. הרי להדיא דאף אם לא כתב האיחור בפירוש כשר וא"כ שפיר פריך הש"ס בב"ב מאוחרין אמאי כשרין דסמיך אברייתא דמבואר להדיא דאפילו לא כתוב האיחור בפירוש כשר והא דמייתי ממתני' ולא מברייתא משום דממתניתין עדיפא לי וכדקאמר בסנהדרין שם וליטעמך תקשה לך מתניתי' כו' ואח"ז ראיתי בשו"ת מיימוני לס' משפטים (סי' ס"א) שהוכיח כן מברייתא זו דאפי' לא כתב האיחר בפירוש כשר. ות"ל שכוונתי לדעתו הגדולה וא"כ שפיר כתבתי דבב"ב אף דמייתי ממתני' מ"מ סמיך על הברייתא אלא ממתניתין עדיפא לי' וכן מצינו בש"ס בכמה דוכתי:

סעיף כ"ז דבלשון העולם עד. עש"ך שכתב וז"ל ועוד דבכל מקום עד היום הזה הוא עד עכשיו עכ"ל. והוא תמוה לכאורה דהא ביומא (דף נ"ד) מסיק דגם היכא דכתב עד היום הזה לאו עד עילם הוא עיי"ש. אך לפ"מ דנשאל הנוב"י (בח"ב חאו"ח סי' פ"ז) על רש"י דסוטה (דף מ"ו) שכתב ג"כ לכלל מונח דעד היום הזה הוא עד עולם ולא לזמן מהא דיומא הנ"ל. וע"ש שתירץ דסוגיות חלוקות בזה לכן א"ש גם דברי הש"ך שבכאן עפ"י דברי הנו"ב הנ"ל:

ובזה ניחא לי הא דאמרינן בהוריות (דף י"ג) כהן קודם ללוי ולוי לישראל כו' ובגמ' כהן קודם ללוי שנאמר ובני עמרם אהרן ומשה ויבדל אהרן להקדישו קדש הקדשים לוי לישראל שנאמר בעת ההיא הבדיל ד' את שבט הלוי וגו' ויש לדקדק לכאורה דלא מייתי מהמוקדם בתורה במדבר (ח') והבדלת את הלוים מתוך בני ישראל והיו לי הלוים ומבואר במ"א אצלי ישוב לזה בפשיטות ולהנ"ל נמי ניחא. דלענין קודם לישראל דמיירי גם בזה"ז ניחא למילף מדברים (יו"ד) דכתיב התם לשרתו ולברך בשמו עד היום הזה. והוי דומיא דכהנים דכתיב בדברי הימים (א' כ"ג) ויבדל וכו' עד עולם וה"ה ללוים דכתיב עד היום הזה דג"כ עד עכשיו:

סעיף כ"ט ואם כתב בשטר עד אחר הפסח. דהיינו עד שיעברו רוב ימים שבין פסח לעצרת ובר"ן גיטין מבואר מחצית הימים. וכתב הש"ך דבר"ן דמבואר בשבועה ספיקו לחומרא משא"כ בשטר בלי שבועה יד בעהש"ט על התחתונה. ואינו מוציא אלא ברוב ימים עיי"ש. ואמנם אף כי בר"ן כ' כן בשם תשובת הרי"ף בנשבע לפרוע אחר הפסח אבל בתשובת הרי"ף החדשים (סי' קכ"ח) מבואר דמיירי גם בשטר בלי שבועה ואפי"ה

כתב מחצית. וז"ל שם שאלה ראובן הוציא שט"ח על שמעון וזמנו אחר הפסח סתם אין כופין אותו לפרוע אחה"פ לאלתר אלא רואים כמה ימים בין פסח לעצרת וחולקין אותם למחצה וגובה המלוה עד מחציתן. וא"כ ליתא להאי תירוצא:

סימן מד

סעיף ח':

והיינו כשהעדים מוחזקים ביודעים כתב הש"ך דכל היכא דאמרי' חזקה שהעדים עשו כהוגן דוקא במוחזקים שיודעים אותו דבר וכמו שנתבאר לעיל (סי' ל"ט סי"א) וכן הוא בריב"ש (סי' שע"א) בחזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול דזה דוקא בעדים ידועים ומוחזקים כסופרי הדיינים הביאו כנה"ג (לקמן סי' מ"ו בהגהות בית יוסף אות פ"ד) ומה שצידד הכנה"ג בדעת רשב"א אי ס"ל לכלל זה. הנה בתשובת הרשב"א (בת"א סי' רל"ז) כתב להדיא כן. דבעינן שהעדים יהיו מוחזקין שיודעים אותו דבר עיי"ש. ועמש"כ לקמן (סי' קצ"ה) בזה:

סימן מה

סעיף ב':

ש"ך (סק"ג) א"נ דפשיטא דאע"ג דקתני במתני' גט כל שטר קרוי גט וכדאיתא בפ' גט פשוט ובשאר דוכתא טובא בש"ס והכי מוכח נמי ממאי דקאמר בפרק המגרש (דף פ"ח) ע"כ. וכבר כתבו התוס' בריש גיטין בראי' דמצינו דלפעמים שטר קרוי' גט וכן בריש פ' גט פשיט. והש"ך לעיל (סי' כ"ח) הביאם עיי"ש. ובפירוש שנינו בגיטין (דף י"ז) כל הגיטין שנכתבו ביום ונחתמו בלילה פסולין חוץ מגיטי נשים ופרש"י כל הגיטין של מכר ומתנה והלואה וכ"כ רש"י בכתובות (דף נ"א) כל שטר קרוי גט ובסנהדרין (דף צ"א) אגיטין פרש"י כתבים ובערוך פי' שטר:

סעיף י"ב ואם לאו תתקיים העדות בשאר. נ"ל בשטר מחאה ומודעא לא אמרינן כן וכ"כ התוס' בב"ב (דף מ') דשטר לא הוי דנעשה שלא מדעת המתחייב ולא הוי עדות לרש"י ואינו מועיל אלא מתק"ח ולר"ת מועיל מטעם עדות. ומבואר בשו"ת רמ"א (שאלה י"ב) דשטר מפי כתבם לא מהני ולא אמרינן בי' כמו שנחקרה עדותן בב"ד משעת חתימה. אלא כשיבוא לפני ב"ד עיי"ש. והרי הפוסקים כתבו הא דמכשירין בנמצא קרוב או פסול משום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד. והשטר לרווחא דמילתא כתבו אבל בשטר מודעה ומחאה דלא מהני אלא מטעם עדות ולא הוי כנחקרה משעת חתימה. א"כ יצטרפו הפסולים והכשרים ביחד ובטל כולו: סעיף ט"ז אם לאחר ששילם טוען שהשטר פסול לפי שהרחיק הסופר חותם ידו יותר משיטה אחת אין

בדבריו כלום. והטעם משום דהודאת בע"ד כמאה עדים. נראה דאם הביא עדים על זה מהימן. כיון דמטעם הודאה אתינן אף דהודאת בע"ד יותר ממאה עדים כמבואר לקמן (בסי' ע"ט) שאני התם דהוחזק כפרן אבל בעלמא מהימן כמבואר לקמן (בסי' פ"א) ואפי למאי דמבואר לקמן בסי' (קכ"ו סט"ז) דבמעמד שלשתן ששילם לא מהימן לומר טעיתי כיון ששילם מידק דייק מ"מ אי מברר בעדים מהימן כמבואר בש"ך שם ואפי' גם הב"ח דס"ל דלא מהימן התם בעדים הוא משום דניחא לי' דליקום בהימנותי' משא"כ הכא שפיר מהני עדים בזה ועדיין צ"ע בזה:

סימן מו

סעיף א':

המוציא שט"ח וכו', הנה במודה בשטר שכתבו פסק הרשב"ם כשמואל דס"ל בב"ב (דף קנ"ד) מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו. אבל התוס' שם חלקו על זה ופסקו דצריך לקיימו ונ"ל די"ל דשמואל לשיטתו אזיל ולכך ס"ל א"צ לקיימו אבל לדידן שפיר קיי"ל דצריך לקיימו דהנה התוס' בכתובות (דף י"ט) כתבו על הך דס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו אבל אין לומר דלכך לא מהימן פרעתי דחזקה שטרך בידי מאי בעי. דהא כי טעין אמנה נמי לא מהימן והמהרש"א שם כתב דטעמא הא דאמנה לא מהימן הוא כמוש"כ תוס' שם אליבא דר"נ עדים שאמרו אמנה היו דברינו אינם נאמנים משום דכיון דמודה שהשטר נכתב כהוגן לא מהימן לאורועי שטרא משא"כ בשאומר פרעתי שפיר הוי הטעם משום דשטרך בידי מאי בעי וכ"כ בשיטה שם. ובאמת כן משמע מפרש"י שם. והנה טעמא דמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ומהימן לומר פרעתי אף דהוא נגד הסברא דשטרך בידי מאי בעי, צ"ל דזימנין המלוה אישתמוטי קא משתמיט א"נ אפשיטי דספרא זייר לי' כמוש"כ תוס' בב"ב (דף ע'). והנה בב"מ (דף ט"ז) אמרינן אמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזירנו לבעלים אי משום כתב ללות ולא לוה הא שעבד נפשי' ואי משום פרעון אם איתא דפרעי' מקרע הוי קרע לי' לשטרא כו' אלא אמר רבא כו' אישתמוטי קא משתמיט א"נ אפשיטי דספרא זייר לי'. הרי דשמואל ס"ל דלא חיישינן לפרעון דאם איתא דפרע שטרא ביד מלוה מאי בעי דמיקרע הוה קרע לי' ורבא ס"ל דאשתמוטי קא משתמיט א"נ אפשיטי דספרא זייר לי'. אבל שמואל ל"ל הך סברא דאשתמוטי קא משתמיט א"נ אפשיטי דספרא זייר לי' ולכן ס"ל דמודה בשטר שכתבו א"ל לקיימו ולא מהימן שפרע משום דשטרך בידי מאי. בעי. משא"כ אליבא דידן דקיי"ל כהך סברא דאישתמוטי קא משתמיט א"נ אפשיטי דספרא זייר דהא שמואל דלא חייש לפרעון איתותב שם דף י"ד) לכן שפיר אפ"ל דצריך לקיימו וזה נכון:

ובזה י"ל דרבא לשיטתו דאמר בשבת (דף ע"ט) דכו"ע ס"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וא"כ משמע דס"ל כן להלכה וכמו שהוכיחו התוס' שם (דף ע"ח) דלהכי קיי"ל כן משום דס"ל בב"מ (דף ט"ז) דאמרינן אישתמוטי קמישתמיט א"נ אפשיטי דספרא וכו' ולכן א"ל שטרך בידי וכו' דחיישינן לפרעון:

ובזה אתי שפיר הא דאמרינן בב"ב (דף ע') בעא מיני' רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חברו בשטר ואמר לו החזרתים לך מהו. מי אמרינן מגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן או דילמא א"ל שטרך בידי מאי בעי וכו' א"ל סוף סוף כי א"ל נאנסו לאו שבועה בעי. ה"נ מאי נאמן נאמן בשבועה ע"כ דרב עמרם לשיטתו אזיל דרב עמרם אמר בב"מ (דף ט"ז) אף אנן נמי תנינא כל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר אלמא דס"ל כשמואל דלא חיישינן לפרעון דאם איתא דפרעי' מיקרע הוה קרע לשטרא. ולית לי' הא דאישתמוטי קא משתמיט א"נ אפשיטי דספרא זייר ולכן חזקה דשטרך בידי מאי בעי אלימא טובא. וע"כ לשיטתי' פריך ולימא לי' שטרך בידי מאי בעי. ואפי' בשבועה לא מהימן וא"ל רב חסדא כמו דנאנסו דנאמן ה"נ נאמן במגו לומר החזרתי וא"ל רב עמרם אפי' לשיטתי' דר"ח סוף סוף לאו שבועה בעי ושם בב"ב קאמר בתר הכי לימא בפלוגתא דהני תנאי דתניא שטר כיס היוצא על היתומים דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו. ודייני א"י אמרי נשבע וגובה מחצה וכו' מאי לאו בהא קא מיפלגי מ"ס מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי ומ"ם לא מצי אמר כו'. והיא דדייני גולה הוא שמואל כמו שפרשב"ם שם כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין (דף י"ז) ושמואל לטעמי' דס"ל בב"מ שם (דף ט"ז) דלא אמרינן הך סברא אישתמוטי קא משתמיט ולכך ס"ל דאמרינן שטרך בידי מאי בעי והוי חזקה אלימתא. ולכך נשבע וגובה כולו. אלא דמסיק לא דכו"ע כו' עיי"ש וא"ש:

ועפ"ז מיושב הא שכתבו התוס' בב"ב (דף ה') להקשות מאי מבעיא אי אמרינן מגו במקום חזקה תפשוט דלא אמרינן מגו במקום חזקה מדרמב"ח דאחר בשבועות (דף מ"ה) המפקיד אצל חברו בשטר צריך להחזיר לו בעדים ולא מהימן לומר החזרתי לך במגו דאי בעי אמר נאנסו משום דמצי א"ל שטרך בידי מאי בעי וכ"ש דלא אמר מגו במקום חזקה דחזקה עדיף דא"צ שבועה וטעמא דשטרך בידי לא מהני לפוטרו משבועה ושמא סוגיא דהכא דלא כרמב"ח ע"כ. ולכאורה הי' אפשר לתרץ דהתוס' שם כתבו דלכך חזקה דשטרך בידי מאי בעי לא מהני לפטור משבועה משום דאפשיטי דספרא זייר לי' והרי בפקדון כתבו התוס' לקמן (דף ע') דלא שייך אפשיטי דספרא זייר וא"כ לכך הוי חזקה אלימתא ועדיפא מחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. וכן מצאתי שתירץ כן הש"מ אמנם התוס' שפיר הקשו דאכתי איכא משום אישתמוטי קא מישתמיט כמוש"כ

בשבועות (דף מ"א) וכ"כ הרשב"ם בב"ב (דף ע') בהא דפשיט דהמפקיד אצל חברו בשטר נאמן לומר החזרתי ולא מצי אמר שטרא בידי מאי בעי משום דשמא אבד השטר והתוס' לא כתבו שם כן:

אבל להנ"ל א"ש דהרי בשבועות (דף מ"ה) איתא הכי אר"נ א"ש לא שנו אלא ששכרו בעדים. אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך וכו' ארמב"ח כמה מעליא הא שמעתא א"ל רבא מאי מעליותא א"כ שבועת שומרין דחייבא רחמנא היכי משכחת לה. מגו דיכול לומר להד"ם יכול לומר דנאנסו כו' דאפקיד לי' בשטר וכיון דהתם קאי לשמואל ושמואל הא ס"ל בב"מ (דף ט"ז) דלא חיישינן לאישתמוטי קא משתמיט וא"כ הוי חזקה אלימתא ולכך לא מהימן. ולכך לשיטתיה שפיר קאמר רמב"ח כמה מעליא הא שמעתא. ואף דרבא ס"ל הכי כדקאמר התם מכלל דתרווייהו ס"ל המפקיד אצל חברו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים בשטר צריך להחזיר בעדים ורבא ס"ל בב"מ (דף ט"ז) דחיישינן לאישתמוטי קא משתמיט וא"כ תיפשוט מדידי' דל"א מגו במקום חזקה זה אינו. דבאמת למה כ' מדרמב"ח ולא כ' מרבא אלא משום דברבא אין הכרח די"ל דס"ל לרבא דמהימן במגו ותרווייהו ס"ל לאו דוקא כמוש"כ הרשב"ם בב"ב (ריש דף ע"א) ולכך כ' דתפשוט מדרמב"ח ולפ"מ שנתבאר א"ש דכתב דהסוגיא קאי אליבא דשמואל ולשיטתי' שפיר תי' דאפקיד בשטר ומה"ט א"ש מה שכתבו הראשונים שם בשבועות דאנן קיי"ל דאפילו לא אפקיד בשטר איכא שבועת שומרים. ולא אמרינן מגו דלהד"ם דהוי מגו דהעזה או מגו לאפטורי משבועה. והסוגיא אינו קאי אלא אליבא דשמואל משום דלדידן דקיי"ל דחיישינן לאישתמוטי קא משתמיט ליכא האי תירוצא דאפקיד בשטר דלא הוי חזקה מעליא ובזה ודאי אמרינן מגו במקום חזקה. לכן צ"ל משום דהוי מגו דהעזה או מגו לאפטורי משבועה וא"ש:

ובב"מ (דף י"ד) מסיק בתיובתא לשמואל דס"ל דלא חיישינן לפרעון מהברייתא דקתני להדיא דחיישינן לפרעון. ולפמש"כ ק"ל אמאי לא משני דתנאי הוא דפליגי רבי ורשב"נ בב"מ (דף ז') אי מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו או לא דהברייתא אתיא כמ"ד מודה בשטר שכ' צריך לקיימו וחייש לאישתמוטי קא משתמיט או לפשיטי דספרא. לכך לא חייש לפרעון. מיהו בלא"ה ק"ל אמאי מסיק בב"מ (דף י"ד) לדשמואל בתיובתא הא בב"מ שם (דף ז') מבואר דפליגי ר' יוסי ורבנן ואיזה אמוראי אי חייש לפרעון או לא עיי"ש. וע"כ צ"ל כמש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ז) דלפי שאין עיקר מסיק בתיובתא אע"ג שיכול למצוא תנאי פליגי בזה. א"כ ה"נ מסיק בתיובתא אע"ג דיכול למצוא פלוגתא דתנאי אי חייש לפרעון או לא וזה ברור: ומזה יש ראי' למש"כ התוס' בב"מ (דף ט"ז)

דאמוראי נינהו אליבא דר' יוחנן אי ס"ל חיישינן לפרעון או לא דלפ"מ דס"ל לר"י בב"ב (דף קנ"ד) מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ע"כ דס"ל דמצי א"ל שטרא בידי מאי בעי ולא חייש לפשיטי דספרא א"כ איך קאמר בב"מ (דף י"ג) דחיישינן לפרעון אלא ודאי דאמוראי נינהו וא"כ מ"ש הרשב"ם דלכך א"צ לקיימו משום דר"י הכי ס"ל אינו ראי' אליבא דתוס' דע"כ אמוראי נינהו ואנן דקיי"ל דחיישינן לפרעון שפיר דקיי"ל דצריך לקיימו:

ומש"כ התוס' בב"ב (דף קנ"ד) דר"י ס"ל א"צ לקיימו ק"ל הא מבואר בכתובות (דף ק"ט) דר"י ס"ל דצריך לקיימו כמוש"כ התוס' שם בהא דאם טען מכרתי וחזרתי ולקחתי ממך. ומהרי"ט בכתובות שם כ' וז"ל דאתא לאשמעינן דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וכמסקנא דמסיק בפרק מי שמת אליבא דר"י ע"כ. והוא תמוה דהא אדרבא התוס' שם כתבו דא"צ לקיימו ואין חילוק בין הס"ד להמסקנא אלא אי ס"ל כן לכו"ע. ולפמש"כ די"ל דאמוראי נינהו אליבא דר' א"ש ונכון:

ובבעה"ע מביא ראי' דקיי"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו מהא דאר"א מחלוקת בשניהם אדוקין בטופס או בתורף בב"מ (דף ז') ופי' דהא דקאמר רשב"ג שנים אדוקין בשטר יחלוקו והא רשב"ג איירי אפילו באינו מקויים וש"מ דר"א ס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ולכן קיי"ל כן וי"ל דנהי דרש"י פי' כן דהא דקאמר ר"ש יחלוקו אבל האמת מצי קאי גם במקויים ואליבא דכו"ע. ולפמש"כ צ"ל כן לתוס' דהא ר"א ס"ל בב"מ (דף י"ג) דדוקא בשניהם מודים לא חיישינן לפרעון ולקנוניא אבל באין מודה חיישי לפרעון וש"מ דס"ל דאפשיטי דספרא זייר או אישתמוטי קמשתמיט וא"כ אמאי אין צריך לקיימו א"ו דיחלוקו דקאמר אליבא דכו"ע קאמר כן:

והתוס' כתבו דעיקר טעמא דמ"ד דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ולא מהימן לומר פרעתי במגו דמזויף דירא שמא יכחישוהו משא"כ כשאומר פרעתי. ועוד משום דדבר תורה כמי שנחקרה עדותן בב"ד וא"צ קיום אלא מדרבנן ולא הצריכו קיום אלא כי טעין מזייף ולא כשהוא טוען פרוע אבל אין לומר משום שטרך בידי מאי בעי. דו. כי טעין אמנה דאין שייך שטרא בידי מאי בעי ג"כ אין צריך לקיימו [ולפ"ז אינו מובן מש"כ מהרש"א בתוס' ב"מ (דף י"ג) שהקשו התוס' שם לר' יוסי דס"ל דשטר בחזקתו הוא ולא חיישינן לפרעון דאמאי לא מהימנינן לי' לטעון פרוע במגו דמזויף ותירצו דאין זה מגו טוב דירא שמא יכחישוהו. והקשה המהרש"א דלמה לא הקשו התוס' כן אמ"ד דס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו דאמאי לא מהימנינן לי' בטענת פרוע במגו דמזויף. ותירץ משום דהתם איכא למימר שטרך בידי מאי בעי משא"כ הכא דהשטר ביד אחר

הוא. ואין זה מספיק דהא גם בטוען אמנה ס"ל דאין צריך לקיימו אף דליכא שטרך בידי מאי בעי). וכן בב"ב (דף קנ"ד) בהא דהוא אומר שכ"מ הייתי והן אומרים בריא היית מייתי התם פלוגתא במודה בשטר שכתבו אי צריך לקיימו אף דג"כ לא שייך שטרך בידי מאי בעי:

ובזה ניחא הא דשקיל וטרי בב"ב שם (דף קנ"ד) להביא פלוגתא במודה בשטר שכתבו אי צריך לקיימו ולא משכח אלא פלוגתא דר"מ ורבנן וקשה דאמאי לא מייתי ג"כ הפלוגתא דרבי ורשב"ג בב"מ (דף ז') בשנים אדוקין בשטר דרבי ס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ורשב"ג ס"ל א"צ לקיימו. ולדברינו ניחא. דהתם בשנים אדוקין בשטר דהלוה טוען פרוע וכדקאמר שם הש"ס להדיא, לוה הא קאמר דפרוע וא"כ איכא למימר דהתם ס"ל לרשב"ג א"צ לקיימו משום דאיכא סברא דשטרך בידי מאי בעי משא"כ בטענת שכ"מ הייתי דלא שייך זה מודה דצריך לקיימו לכן מייתי פלוגתא דר"מ ורבנן דפליגי גם היכא דלא שייך סברא דשטרך בידי מאי בעי. ועיין ריטב"א בפ"ק דב"מ שם:

ועפ"י הנ"ל מיושב קושיית התוס' בכתובות (דף י"ט) אהא דאמרינן שם גופא א"ר הונא א"ר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו א"ל רב נחמן גנובא גנובי למה לך אי סבירא לך הלכה כר' מאיר אימא הלכה כר' מאיר ובתוס' שם וא"ת ודילמא משום הכי לא קאמר הלכה כר' מאיר משום דאיכא דמפיך דר' מאיר לדרבנן וי"ל דהוי מצי למימר דהלכה כרשב"ג דאית לי' בהדיא בפ"ק דב"מ (דף ז') מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו. ולהנ"ל קשה דדילמא לא אמר הלכה כרשב"ג משום דמילתא דרשב"ג לא נאמר אלא בטענת פרוע ולא בטענת אמנה דליכא שטרך בידי מאי בעי. ורב הא ס"ל דגם באמנה אינו נאמן וי"ל משום דאכתי לא ידע אידך מימרא דרב דהאומר שטר אמנה אינו נאמן ולכך שפיר הוי מצי למימר הילכתא כרשב"ג וא"ש:

וג"כ ניחא קושיית תוס' בכתובות שם ד"ה וכדרב הינא וא"ת תרתי למה לי דיש לומר דמהא דאמר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו לא הוי ידעינן אלא בטענת פרוע דאיכא סברא דשטרך בידי מאי בעי משא"כ בטענת אמנה דלא שייך זה מהימן לכן אשמעינן דגם בטענת אמנה אינו נאמן משום דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד:

נתבאר מזה דסברת מהרש"א אינו מספיק ויש לומר באופן אחר דלכך לא קשיא להו לתוס' ב"מ שם אהני דס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו דנהימני' לומר פרוע במגו דמזויף משום די"ל כמוש"כ בכתובות דכמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי משא"כ היכא דאיכא ריעותא דנפילה:

עוד כתב השיטה מקובצת בכתובות דלכך ס"ל א"צ לקיימו דמי שהשטר בידו חשיב מוחזק דכגבוי דמי והוי מגו להוציא. ועיין תוס' ב"ב (דף קנ"ד) שכתבו לחד תירוצא שם דאית לי' לרבה מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו והא רבה אית לי' בב"ב (דף ל"ב) דאמרינן מגו להוציא וכמוש"כ תוס' בב"מ (דף קט"ז) לכן א"א לומר כן טעם דמיגו להוציא לכן לשיטתם כתבו טעם אחר בהא דא"ל לקיימו. ולהשיטה מקובלת נאמר דס"ל כאידך תירוץ בב"ב שם דיש לומר דגם רבה ס"ל דצריך לקיימו עיי"ש:

ולענין דינא אף דרשב"ם ס"ל דא"צ לקיימו כבר הכריעו הפוסקים דצריך לקיימו ועיין מש"כ לקמן (סימן ס"ו) בזה יעוי"ש:

ובב"ב (דף קנ"ד) דאמר רבי ינאי אמר רבי מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ובנוסחאות שונות אינו צריך לקיימו ועיין מהרש"א בזה דנ"ל עיקר דצריך לקיימו עיי"ש. ובאמת צ"ל כן דהא אמרינן בב"מ (דף ז') ת"ר שנים אדוקין בשטר מלוה אומר שלי הוא וממני נפל ומצאתיו ולוה אמר שלי הוא ופרעתיו לך יתקיים השטר בחותמיו דברי רבי וכו' ומסיק דר' ס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וא"כ הא דאמר ר' ינאי אמר רבי הכא צ"ל ג"כ דצריך לקיימו מאחר דס"ל להדיא כן. ורב הונא דס"ל בב"ב (דף קנ"ד) ראי' בעדים ולא קאמר ראי' בקיום השטר כאינך אמוראי שם לשיטתי' אזיל דס"ל דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו (בכתובות דף י"ט) וא"כ אי הוי מוקים בקיום השטר א"כ ס"ל לרבנן דצריך לקיימו וא"כ רבנן דלא כוותי' ולכן קאמר ראי' בעדים ולא בקיום השטר ונכון:

(שם במחבר) כתבתי ללות ולא לויתי פי' הסמ"ע דממני נפל ומצאתיו. ותמה בתומים מהא דפסק באהע"ז (סי' קנ"ג) בטוען שנפל ממנו הגט דאינו נאמן ובמ"מ (פי"ב מהל' גירושין) כתב דיש חילוק בין ממון לאיסורא ותמה בקצוה"ח מהא דבגיטין (דף כ"ד) אהא דכתב לגרש בו את הגדולה לא יגרש בו הקטנה קטנה הוא דלא מצי מגרש הא גדולה מצי מגרש א"ר זאת אומרת שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת מוציאין שט"ח על אחרים ולא חיישינן לנפילה ומאי ראי' מאיסור לממון הא בממון י"ל דשאני מאיסור וחייש לנפילה. ונ"ל דהטעם די"ל דבממון חייש לנפילה ולא באיסור דרובא ליכא נפילה ובאיסור הולכין אחר הרוב אבל בממון דלא אזלינן בתר רובא איכא חשש דנפילה והרי תוס' בב"ב (דף פ"א) בד"ה מעשר ראשון דלוי הוא כתבו וז"ל ולא אמרינן בזה המוציא מחבירו עה"ר כמו בדמאי דסוף סוף בעי למיהבי או לכהן או ללוי וא"כ ליכא חזקה וכה"ג מבואר בש"ך (סי' צ"א) וא"כ ה"נ בב' יוסף ב"ש. דסוף סוף מחייב לאחד מהן לא שייך בזה חזקה דממונא וא"כ שפיר אזלינן בתר רובא גם בזה:

סעיף ג':

כיצד הוא הקיום. עיין פרישה שהקשה אמאי מהני אם כת א' מקיים חתימת ע"א וכת ב' מקיים חתימת עד השני הא הו"ל חצי דבר ואנן קי"ל דבר ולא חצי דבר עיי"ש מה שתירץ בזה. ולפמש"כ המבי"ט (שאלה מ"ט) דבדרבנן מהני חצי דבר וא"כ קיום שטרות דהוא מדרבנן שפיר מהני חצי דבר ג"כ. ובתומים (סימן זה ס"ק כ"ה) מסתפק אי בקיום שטרות מועיל חצי דבר או לא עיי"ש מש"כ בזה:

הש"ך האריך להוכיח דגם היכא דהלוה טוען מזויף א"צ קיום אלא מדרבנן וכן מבואר מתוס' ב"ב (דף מ"ח) ד"ה אר"נ כו' ורבנן הוא דאצרכוהו קיום דוקא כי טעין מזויף כו' עיי"ש הרי להדיא דגם היכא דטעין מזויף א"צ קיום אלא מדרבנן. והנה בכת"י ודאי בעי קיום דאורייתא. וכמוש"כ הסמ"ע לעיל (סימן ל"ה והש"ך שם) וכן בהועד שהחזיר אחר זיוף דלקמן (סי' מ"ג) הקיום הוא דאורייתא וכן כשדימו חתימתו ע"י שאר שטרות ולא אידמי ג"כ הקיום דאורייתא. וזה פשוט ולפענ"ד י"ל בישראל שהוציא שטר על נכרי ובאים לדון בדיני ישראל דא"צ קיום דתקנתא לנכרי לא עבדו רבנן כמבואר בב"ק (דף צ"ו) וה"נ כן:

יש לחקור בשטר שצריך קיום אי תפס בעל השטר בעדים אי מהני תפיסתו כיון דמדאורייתא א"צ קיום ורבנן הוא דאצריך קיום וכ"ז להוציא אבל אי תפס דמוחזק הוא א"צ קיום והרי זה דומה להא דמבואר (בסי' פ"ז) י"א דמי שחייב שבועה דרבנן אם תפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיני'. וכתב הש"ך שם אפילו בעדים והרי הוא כשטר מקוים דאי, תפס ואינו רוצה לישבע דלדעת הסמ"ע (בסי' פ"ב) מהני לגמרי ולהש"ך שם מנדינן לבד או דילמא לא שנא וגם אי תפס לא מהני כ"ז דלא נתקיים השטר ועיין ברא"ש ב"ב (דף קס"ה) אהא דאמרינן שם שנים במקושר כעד אחד בפשוט מה התם פסולא דאורייתא אף הכא נמי פסול דאורייתא וכתב ר"א משבחא דאפי' תפס מפקינן מיני' וכ"ה בבעה"ת (שער ט' ח"א) משמע דאי לא הי' אלא פסול דרבנן מהני חפיסה וכיוצא בזה הבאתי (בסי' ל"ד) מש"כ הרשב"א בפ"ד דשבועות דכל פסולי עדות דרבנן מהני עדותן לתפיסה וא"כ ה"נ מאחר דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן מהני תפיסה:

וכן משמע מהש"ך (סימן זה סק"ט) אחר שהביא מש"כ הרמ"א באהע"ז (סי' מ"ב) דשטר קדושין שלא נתקיים א"צ גט. והוא כתב דהוי קדושין וסיים וז"ל דמדאורייתא לא בעי קיום ונהי דמדרבנן בעי קיום היינו דכל כמה דלא מקיימים לי' לשטרא לאו שטרא מעליא הוא, והלכך בממון וכה"ג מוקמינן לי' אחזקתי' מ"מ ספיקא הוי אף לאחר תקנתא דרבנן הוי ספיקא דאורייתא ע"כ. וא"כ אי תפס דאדרבא בעל השטר מוחזק ולא שייך אוקי אחזקתי' אין להוציא ממון:

ועיין (סי' פ"ב) מש"כ הב"ח דאם השטר אינו מקויים יכול הלוה לומר לא אשבע עד שתחזיר לי השטר כמו (בסי' נ"ח) בטוען סטראי ויש עדים על הפרעון דהשטר מהני לענין תפיסה דכ' הר"ן דיכול לומר לא אשבע עד שתחזיר לי את השטר וכתב הש"ך שם סק"ד דאינו ראי' דהתם כיון דאינו רוצה להחזיק אלא כדי שיוכל לתפוס ויועיל לו תפיסתו אף בעדים אינו בדין שנשביע לזה היסת ואכתי לנקוט שטרא עילוי' לתפוס ממונא אף בעדים ע"ש:

אמנם הש"ך הוא באמת שלא בדקדוק בזה. ולא מהני תפיסה כלל בעדים וכדמשמע מהא דאמרינן בפ"ק דב"מ (דף ז') ת"ר שנים אדוקין בשטר וכו' יתקיים השטר בחותמיו דברי רבי רשב"ג אומר יחלוקו כו' כי פליגי בשאינו מקויים. ר' סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אי מקיים לי' פליג ואי לא מקיים לי' לא פליג מ"ט חספא בעלמא מאן קא משוי לי' שטרא לוה לוה הא קאמר דפריע ומדקאמר חספא בעלמא הוא משמע דלא מהני כלל לתפיסה. ואין להביא ראי' מדלא נותנין המחצה להמלוה שהוא תפוס כעת דהא דיחלוקו במקויים אינו בשטר גופא כמו שמבואר שם אלא לדמי ולא שייך תפיסה:

ומעתה יש לחקור אי מהני תפיסה שלא בעדים בזה. ומצאתי למהרי"ו (שאלה קי"ג) אחר שמסיק דגם בכתובה חיישינן לזיופא וצריך קיום כ' וז"ל אבל אם יש להאלמנה טענת מגו כגון שהיא תפסה הנכסים ויכולה לטעון אין בידי כלום אפשר דלא צריכה עדי קיום. אבל הדבר צריך דקדוק גדול דבמילתא כל דהוא איכא למימר דאין כאן מגו עכ"ל וא"כ פשיטא לי' דמהני מגו בזה. ומש"כ בלשון אפשר הוא משום דמסיק דהדבר צריך דקדוק גדול משום דבמילתא כל דהו איכא למימר דאין כאן מגו. והוא דבעובדא כזה צריך דרישה אם המגו טוב שאינה בטוחה שלא יהיו עדים כלל או שאר אומדנות שלא תאבה לטעון אין לך בידי כלום. וממילא מבואר מזה דבעדים לא מהני תפיסה ורק שלא בעדים הוא דמהני תפיסה בזה. (ומהא דלקמן (סי' ס"ג) בשאל לזייף שטר דאעפ"י שנתקיים בחוחמיו אין גובין בו לעולם כתב בשו"ת עה"ג (שאלה צ"א) דאי תפס שלא בעדים לא מפקינן מיני' וא"כ מה התם דאפילו קיום לא מהני מהני תפיסה. מכ"ש היכא דמהני קיום אלא שמחוסר קיום בודאי דמהני תפיסה שלא בעדים):

עוד יש לחקור בזה אם הא דמהני תפיסה שלא בעדים הוא כשלא יתבע מכח השטר אבל אם יתבע מכח השטר יש לומר דלא מהני דאמרינן אמאי קא סמכת אהאי שטרא. האי שטרא חספא בעלמא הוא וכדאמרינן כיוצא בזה בב"ב (דף ל"ב). ומצאתי להריטב"א במס' כתובות (דף כ') שכ' אהא דאמרינן שם אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מרי' פרש"י אי תפס לא מפקינן מני' וז"ל וא"ת אי כשתפס בלא עדים אפי' רישא דאית

לי' מגו אמאי מפקינן מיני' [פי' בשאין כת"י יוצא ממק"א וב' אומרים אנוסים היו] וי"ל כגון דברישא דהאי שטרא חספא בעלמא הוא אין כאן מגו וכההיא דאמרינן בפ' חזקת הבתים גבי אין שטרא זייפא הוא ומיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס. ומיהו אי טען ואמר לו מלוה תפיסנא ולא משום האי שטרא. דהשתא ודאי איכא מגו ומהני תפיסה דילי' ע"כ. הרי להדיא כמוש"כ דיש חילוק בין אם בא מכח השטר או לא וב"ה שכיוונתי לדעתו בזה:

ומכאן מבואר דתפיסה שלא בעדים מהני בשטרות דהרי באין כת"י יוצא ממק"א ועדים אחרים אומרים שפסולים היו אין הקיום אלא מדרבנן דמדאורייתא אפי' עדים אחרים אומרים כן א"צ קיום מדאורייתא וכמו שמבואר בש"ך (ס"ק ט') מהנ"י דפרק איזהו נשך עיי"ש וע"כ מהני תפיסה בזה. מיהו בר"ן שם כתב וז"ל דאי קאמר ידענא בהני סהדי דמהימני אה"נ. אבל הב"ע כגון שמצא שטר זה בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו ומפקינן מיני' אפי' תפס שלא בעדים דכיון דמודה דבהאי שטרא הוא דתפיס האי שטרא חספא בעלמא הוא ע"כ משמע דאפילו אם בא מכח השטר מהני אם יודע בעצמו. ואולי גם הריטב"א ס"ל כהר"ן דמיירי בשטר שא"י מה טיבו אלא שקיצר בזה:

נקטינן מכל זה דכל זמן שאין השטר מקויים לא מהני תפיסה בעדים ושלא בעדים מהני. ואם בא מכח השטר אם הוא יודע מהני וכשאינו יודע לכו"ע לא מהני בזה והדברים ק"ו ומה התם שאינם מקויימים ועדים פוסלין מהני תפיסה. מקום שאין עדים פוסלין אף שאינם מקויימים כ"ש הוא דמהני תפיסה בזה וכמו שביארנו:

סעיף ה':

מקיימין שטר שלא בפני בע"ד. נ"ל בשטר מודעא אין מקיימין שלא בפני בעל דין ועל מי שנמסר מודעא צריך להיות אצל הקיום ומטעם שאכתוב דהתוס' בב"ב (דף מ') כ' להקשות מאי מהני שטר מודעא הא בעינן שיהא מדעת חובתו ועדות נמי לא הוי לפמש"כ רש"י מפיהם ולא מפי כתבם שלא ישלחו עדותן באיגרת לב"ד וכ' דתק"ח הוא להציל הנאנס ועוד אור"י ששמע מן ר"ת שנהוגים העדים לשלוח עדותם באיגרת לב"ד וחשוב עדות. והא דדרשינן בספרי מפיהם ולא מפי כתבם לא אתא למעוטי אלא דוקא אלם שאינו בר הגדה אבל ראוי להגדה אין הגדה מעכבת ע"כ. וא"כ לפי תירוץ בתרא עדות בשטר מודעא הוי מטעם עדות ואף דלא הוי שטר משום דבעינן מדעת המתחייב מ"מ עדות מיהא הוי ועיין בשו"ת רמ"א (שאלה י"ב) דגם להך שיטה דעדות הראוי להגדה מהני מפי כתבם לא אמרינן בזה עדים החתומין על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד משעת חתימה ככל שטרות אלא עד שבא הכתב לב"ד לא הוי כנחקרה עדותן

אלא כשבא לב"ד עיי"ש והרי התוס' בב"ק (דף קי"ב) כתבו דהא דמקיימין שטר שלא בפני בע"ד ולא הוי כקבלת עדות שלא בפני בע"ד משום דמדאורייתא עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד עיי"ש. והרי בשטר מודעא דלא הוי שטר מודעא אלא עדות לא שייך זה. ואימת הוי כנחקרה עדותן כשבא לב"ד. ובקיום לא בא לב"ד דהם אינם ב"ד על גוף הענין רק על החתימה. [ובפרט להמהרי"ט דס"ל דקיום לא בעיא ב"ד דגמיר וא"כ אם קיימו ג' הדיוטות שלא בפני בע"ד לא מהני דהא לא הוי נחקרה עדותם עד שיבוא לב"ד על גוף הדבר] וא"כ אין מקיימין שלא בפני בע"ד. ואף דפסקינן לעיל (סי' כ"ח) דעדות מפי כתבם לא מהני וא"כ ע"כ הא דשטר מודעא הוא מתק"ח וא"כ הוי שטר מעליא כתקנתם שיהא השטר גמור לכל מילי מ"מ זה אינו אלא להחמיר אבל להקל לא. וע"כ נכון לכתחילה לצאת לכל השיטות ולקיים בפני בע"ד וזה נכון: ולכן כל קולי שיאמרו בקיום שטרות דרבנן משום דעדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד. ליתא בשטר מודעא כמו עד נעשה דיין ולא בעינן תחלתו וסופו בכשרות משום דכתבם לפני ב"ד לא עדיף מהגדה לפני ב"ד ובעינן בפני בע"ד ושאר פרטים ככל עדות ועיש"ך (סי' ס"ט) דבכת"י דלא שייך כמו שנחקרה עדותן בב"ד לא מקילינן בי' כל קולי שנאמרו בקיום שטרות:

סעיף ז':

באחד מה' דרכים מתקיים השטר המפרשים הקשו דלמה בעינן בקיום שטר ב' עדים תסגי בעד אחד דשוב אינו נאמן במגו דמזיף דהוי מחוי"ש ואיל"מ וכתב בנתיבות דלא אמרינן כל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייבו שבועה אלא היכא ששנים מחייבין ממון מחמת עדותן בלבד אבל היכא דאין מחייבין רק בצירוף חוקה כמו בשטר דגם כשמתקיים השטר אינו חייב אלא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי אין אחד מצטרף לחזקה לחייב שבועה ע"ש וכבר כתב כן להאי כללא הט"ז (בסי' רס"ז) ומסיק שם דכ"ז לשיטת הרשב"א בב"י (סימן ע"ה) מחוכ"ה דהוחזק כפרן עפ"י ע"א לא הוי מחוי"ש ואיל"מ כיון דגם שנים אין מחייבין ממון מחמת עדותן בלבד רק מחמת שהוחזק כפרן. אבל להרמב"ם דגם בזה מחוי"ש ואיל"מ גם היכא דאינו מחייב מחמת עדותו בלבד רק בצירוף חזקה שפיר הוי מחוי"ש ואיל"מ. אבל הנתיבות הרגיש בזה וכתב דבלא לויתי שאני דכאילו אומר לא פרעתי דמי הרי מעיד בודאי שחייב בלי שום חזקה עיי"ש בדבריו: והנה גם בנסכא דר' אבא אילו שנים מעידין שחטף והוא אומר דידי חטפי אינם מחייבין אותו ממון רק משום חזקה דכל מה שהוא תח"י אדם הרי הוא שלו. ואפי"ה אחד מחייב שבועה בצירוף הך חזקה וכמוש"כ הרא"ש בפ"ק דב"מ (סי' א'). א"ו דהך חזקה שאני

דהוא דבר ברור. משא"כ חזקה דשטרך בידי מאי בעי דאינו דבר ברור וכמו כן חזקה דסי' (רס"ז) לית בהו האי כללא דכל מקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייב שבועה וכן הא שכתב הסמ"ע לקמן (סי' ע"ה) והש"ך (בסי' ע"ח) דעד אחד מעיד שהוא תוך זמנו הוי מחוי"ש ואיל"מ אף דגם אם היו ב' מעידין שהוא תוך זמנו לא היו מחייבין אלא בצירוף חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אלא דשאני התם דחזקה דתוך זמנו הוי כאנן סהדי ודבר ברור הוא לכן גם עד אחד מחייב שבועה. ועיין מש"כ לקמן (בסימן ע"ה) מזה יעוי"ש:

כתב הסמ"ע (בס"ק ז') דאם שנים מהב"ד מכירין חתימת העדים סגי וא"צ ג' והש"ך חולק ע"ז וס"ל דלא מהני. וכ"ה בבית שמואל באהע"ז (סימן רמ"א ס"ק ל"ח) דלעולם קיום שטרות בג' ע"ש:

עד מפי עד בקיום שטרות פסול כ"כ בעהע"ט וכ"כ התוס' בב"ב (דף מ') דאפילו מאן דס"ל שנים שדנו דיניהם דין מ"מ בקיום שטרות לא מהני דהוי כעד מפי עד וכ"כ בכמה דוכתי ונראה לי ראי' לזה מהא דאמרינן בשבת (דף קמ"ה) ובבכורות (דף ל"ו) אבעיא להו עד מפי עד בבכור מהו רב אמי אסר ורב אשי שרי א"ל ר"א לר"א והא תנא דבי מנשה אין עד מפי עד כשר אלא לעדות אשה בלבד אימא לעדות שהאשה כשירה לה בלבד והרי בגיטין (דף ג') מבואר דעדות אשה לא מהני בקיום שטרות וכדאמרינן שם התם אשה לא מהימנא. וכיון דאין עדות אשה כשירה בקיום שטרות לא מהני עד מפי עד. וברדב"ז (ח"ב סי' תקפ"ח) כתב שאם בא ראובן ואמר. שמעון אמר לי שזו חתימתו שאין זה עדות עיי"ש והוא דהוי עד מפי עד כמוש"כ:

מפי כתבם. צל"ע מהא דאמרינן בירושלמי פרק בתרא דיבמות מצאו כתוב בשטר מת פלוני נהרג פלוני ר' ירמי' אמר משיאין ר' בון בר כהנא אמר אין משיאין את אשתו כו' מתניתא מסייע לר' ירמי' ע"פ עדים (לא ע"פ עדים) לא ע"פ כתבן ולא ע"פ מתורגמן לא עד מפי עד ועכשיו אין משיאין ע"פ עד מפי עד. פי' הפ"מ בתמי' שהרי משיאין. אמנם בהג"ה מרדכי בקדושין הגירסא ועכשיו משיאין ע"פ עד מפי עד דכוותה ע"פ כתבן וע"פ מתורגמן משיאין ע"כ הרי דע"פ כתבם וע"פ עד בחדא מחתא מחתינהו דאי מהני ע"פ עד מפי עד מהני ע"פ כתבם וה"ה דאי מהני ע"פ כתבם. ע"פ עד מפי עד נמי מהני. וטעמא משום דכולהו מחד קרא נפקא וא"כ איך אפשר לומר דבקיום שטרות מהני עפ"י כתבם דהא מבואר בתוס' כתובות (דף כ"א) דעד מפי עד לא מהני בקיום שטרות וכן מבואר בתוס' ב"ב (דף מ') וכן הבאתי ראי' הנ"ל מגמ' מפורשת וע"כ דתיקנו שיהא דומיא דאורייתא מע"פ עדים א"כ גם ע"פ כתבם לא יהא עדותן עדות. ועדיין צ"ע בזה:

הש"ך (בס"ק י"ז) הקשה דכאן כתב הרמ"א דיכולין להעיד עדות זה מתוך כתבם. ולקמן (סל"ו) כתב ושותק דאין חתימתו מתקיימת ע"י עצמו משום מפיהם ולא מפי כתבם ואין לחלק דכאן ראוי הוא להגדה משא"כ התם. דהא אנן לא קי"ל הכי עיי"ש משמע דלהר"ת דס"ל דמחלקינן בין אינו ראוי להגיד או לא אין אלם נאמן לקיים שטר. וי"ל דהא בתוס' ב"ב (דף מ') ושאר דוכתי מבואר דהא דאלם פסול. הוא משום דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו וכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו, והרי בבנימין זאב (סי' ס"ב) כתב דלא אמרינן כלל זה לעכב אלא בדאורייתא ולא בדרבנן ומאחר דקיום שטרות דרבנן לא איכפת לן במה דאינו ראוי להגדה. ומבואר מזה דס"ל להש"ך דגם בדרבנן מעכב כלל זה. וכ"ה בתוס' הרא"ם הל' מגילה דאף בדרבנן אמרינן כל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו. וה"נ בקיום שטרות כן:

ומהא שכ' ש"ל כלל ט' דהמתפלל ושמע קדיש או קדושה לא הוי שומע כעונה משום דאינו ראוי לבילה אף דהוי מדרבנן משמע דבדרבנן ג"כ איתא להאי כללא אך התוס' בברכות (דף כ"א) שכתבו דשומע כעונה י"ל דס"ל דבדרבנן ליתא להאי כללא דכל הראוי לבילה וכו' מיהו התם י"ל דאינו אלא איסור לכן לא איכפת לן אם אינו ראוי לבילה משא"כ אם בעצם אינו ראוי ובהג"א פ"ק דחולין כתב בשם הא"ז שנים ששוחטין אחד מברך על שניהם כדתניא בתוספתא עשרה שהיו עושין מצוה אחת אחד מברך על כולן. ומיהו א"י אם ה"ה אלם אם יוצא בברכת אחר כששנים שוחטין הואיל ואין אלם עצמו יכול לברך ע"כ. והוא דמספקא לי' אם יוצא בברכת אחר כששנים שוחטין משום דאינו ראוי לבילה אלמא דאף בדרבנן אמרינן כן דהרי ברכות דרבנן הן. ועיין (ש"א שאלה ו' ז') דפשיטא לי' דגם בדרבנן כן וגם משמע כן מהא דב"ב (דף פ"א) דבשני אילנות דספק אי קנה קרקע מביא ואינו קורא ופריך ודילמא בכורים נינהו ובעי קריי' קריי' לא מעכבא ופריך הא כל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת. והרי הא דמביא להרמב"ם אינו אלא מדרבנן דמדאורייתא ספק לקולא להסוברים דאף במצוה ס"ל להרמב"ם דספיקא דאורייתא אינו אלא מדרבנן לחומרא. ואפי"ה פריך דראוי לבילה בעינן. וכן מבואר להדיא מהרא"ש פרק בתרא דתענית (סימן מ') לענין הבדלה במוצש"ק כשחל תשעה באב אז. וז"ל דאפילו למ"ד מבדיל והולך כל השבת כולו ה"מ היכא דמוצאי שבת חזיא לאבדולי. אבל היכא דמוצאי שבת לא חזיא לי'. לא מבדיל בלא זמני' משום דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו וכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו ע"כ. והרי הבדלה דרבנן הוא לשיטתו אלמא דגם בדרבנן אמרינן כן. ועיין ט"ז (סי' נ"ה) דמשמע נמי כן:

הח"ס בחחו"מ (שאלה קצ"ט) ובאהע"ז (שאלה ק"ד) חקר לדעת מה מועיל קיום הנפק או פסד"י והלא אינם אלא עדים בעלמא שמעידים שכך דנו או חקרו ומה מועיל כתיבתם הא הוי מפי כתבם דהוי שלא ברצון החייב ועיי"ש מה שתי'. ולא ידעתי. הלא התוס' בב"ב (דף מ') כתבו להדיא הא דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד הא הוי מפי כתבם וכתבו וז"ל וקיום שטרות נמי משום דמעשה ב"ד הוא וכל מעשה ב"ד נכתב שלא מרצון המתחייב ע"כ. וא"כ לק"מ מקיום ומפסד"י דהוי שטר גמור ולא מפי כתיבתם מאחר דמעשה ב"ד הוא וזה ברור:

בקיום שטרות אי חותמין בעני ב"ד מקיימין בנוסח וחתמו באנפנא. ואי מעידין אחת"י בפני ב"ד מקיימין בנוסח ואסהידו אחת"י. ואי חתמו במקום ב"ד אלא שב"ד לא ראו כשחתמו שייך ג"כ נוסח באנפנא. דומה לזה כתבו התוס' ביבמות (דף מ"ה) דטבילת גר דבעי בפני ב"ד אף אי לא ראו הטבילה אלא שיודעין שירד שם לטבול הוי בפני ב"ד גם כן. וכן הוריתי בקיום הרשאה בגט ג"כ:

סעיף ל"ו חתם כשהי' בריא ונשתתק. במפרשים מבואר דפסול אלם אינו משום מפיהם ולא מפי כתבם אלא דפסול משום לא יגיד פרט לאלם והוי פסול הגוף עיין בדבריהם. ועיין רשב"ם ב"ב (דף קכ"ח) ד"ה ונתחרש וז"ל א"נ נשתתק מחמת חולי והתורה אמרה מפיהם ולא מפי כתבם וראשון נראה בעיני עיקר. דאי בנשתתק מיירי פשיטא כיון דאינו יכול להעיד בפיו אין עדותו עדות ולא הוי לי' למתנייי' בהדי הנך שיכולין להעיד אלא שפסולין מחמת דבר אחר והאי לא פסול עדות אית בי' אלא שאין בו כח להעיד עכ"ד ולהמפרשים הא שפיר שייך למיתני בהדי אינך כיון דגם פסול דנשתתק הוא משום לא יגיד לדעתם. ומבואר להדיא מהרשב"ם דלא כהמפרשים בזה. ולענין קושיית השיך אמאי לא מהני בקיום שטר מפי כתבם צ"ל כמוש"כ התומים דעל מנה שבשטר הוא מע"ד עיי"ש:

ואין להקשות על הא"נ שברשב"ם דבנשתתק מיירי דא"כ איך קתני ונתחרש הא מבואר במס' חגיגה (דף ב') ובגיטין דף ע"א) דמקרי אלם וכדכתיב וכאלם לא יפתח פיו וא"כ הי' צ"ל ונעשה אלם. אבל זה אינו דמצינו דמקרי גם חרש וכמו שמבואר מרש"י מנחות (דף ס"ד) ד"ה חרשא שכ' דאינו מדבר ושומע הוא. ובירושלמי שקלים קרי לי' אלם וה"נ כן ודו"ק בכ"ד בזה. ובסדרי טהרה (סי' קצ"ו) כתב אבל שיהא שומע ואינו מדבר נכלל בכלל חרש זו לא שמענו עכ"ד שם. והרי מצינו ברש"י וברשב"ם להדיא כן:

ויש להביא ראי' לכאורה דפסול אלם אינו פסול הגוף אלא דפסולו משום שא"י להעיד ואם בשעת הגדה יכול להעיד כשר מהא דב"ק (דף פ"ח) יליף דעבד פסול לעדות מק"ו

דאשה מה אשה שכשירה לבוא בקהל פסולה לעדות עבד שאינו ראוי לבוא בקהל אינו דין שפסול לעדות. ופריך מה לאשה שכן אינה במילה קטן תוכיח כו' מה להצד השוה שכן אינו איש אלא יליף מגזלן וחד מהנך. וקשה אמאי לא יליף מק"ו מאלם דראוי לבוא בקהל ומקרי איש כמו שכ' לעיל (סי' ל"ה) מ"מ פסול לעדות עבד שאינו ראוי לבוא בקהל א"ד שפסול לעדות. ואין לומר מה לאלם שכן אינו ראוי להעיד דהא גם אם השתא יכול להעיד ג"כ פסול כיון שהי' אלם בעת ראי' דהוי פסול הגוף א"ו דאלם באמת אם יכול להעיד כשר להעיד. ובשיטה הקשה שם דאמאי לא יליף בק"ו מסומא ותי' דסומא אינו יכול להתרפאות לעולם משא"כ עבד יכול להשתחרר. וזה לא שייך באלם. ויש לדחות קצת דמ"מ בנקל יותר להשתחרר העבד מאלם לדבר. ובזה ניחא ג"כ דלא יליף ק"ו מחרש שאינו שומע אלא דעבד שאני דיכול להשתחרר וכנ"ל:

ובאמת תירוץ של השיטה קשה טובא. דהשיטה שם הקשה יהא גר ומשוחרר פסול לעדות ממה הצד מגזלן. דגזלן בא מטפה כשירה ואפי"ה פסול משוחרר שבא מטפה פסולה א"ד שפסול לעדות מה לגזלן שכן מעשיו גרמו לו קטן יוכיח ומה הצד שאינן בכל המצות אף אני אביא גר ומשוחרר שאינן בכל המצות כו' וחי' דמה למה הצד שכן אינן בכל המצות בחו"ל. אבל אכתי קשה טובא למה לא יליף מסומא שבא מטפה כשירה ופסול גר ומשוחרר שבאו מטפה פסולה א"ד שפסולים ותירוצו של הש"מ דסומא לא יתפתח לעולם משא"כ עבד דאפשר שישתחרר לא שייך הכא. דבא מטפה פסולה ישאר לעולם בפסולו וצ"ע בזה: ויש להביא ראי' דאלם הוי פסול הגוף מהא דתנן בשבועות (דף ל') שבועת העדות וכו' בכשרים ולא בפסולים ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד ושם (דף ל"א) למעוטי מאי ר"פ אמר למעוטי מלך. ראב"י אמר למעוטי משחק בקוביא והלא דמלך מצד עצמו כשר אלא דאינו ראוי להעיד מצד אחר וכן משחק בקוביא אינו פסול מדאורייתא ואינו בכלל הפסולין דנקט תחילה ורק מדרבנן הוא פסול ושייך אינו ראוי להעיד. והשתא אי ס"ד דאלם מצד עצמו כשר אלא דמחוסר הגדה א"כ אמאי לא קאמרינן למעוטי אלם א"ו דאלם הוא פסול הגוף ונכלל בהא דנקט תחילה ולא בפסולין וע"כ קאמרי למעוטי מלך או משחק בקוביא דבהו שפיר שייך הלשון אינן ראויין:

סעיף ל"ז:

וי"ח ומכשירין השטר השיך הקשה מהא דב"ק (דף ע"ג) א"נ דפסלינהו בגזלנותא דנפסלין למפרע גם קודם שהעידו עליו שהוא פסול ותי' דהתם מיירי שפוסלים איתם בפניהם. משא"כ הכא העדים אינם כאן עוי"ל דהרי הכא מיירי בשכת"י יוצא ממקום

אחר והוי כשנים אחרים מעידים שהם כשרים כמבואר ברא"ש והתם מיירי שאין כתב ידם יוצא ממקום אתר לכן התם שפיר נפסל השטר כן נ"ל פשוט בזה:

תנאי הי' בדבר בש"ך מחלק בין תנאי שהוא בקום ועשה לתנאי שהוא בשוא"ת וכ' הנתיבות נראה דזהו דוקא בתנאי דלהבא אבל בתנאי דלשעבר לעולם צריך המלוה לברר שנתקיים התנאי וראי' לזה מכתובות (דף ט') דהאומר פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובתה מטעם חזקה דאין אדם טורח וכו' והקשה הר"ן דל"ל טעם זה הא בלא"ה שטר על תנאי הוא שהיא בתולה וצריכה לברר בקיום התנאי. אף שהבעל טוען שעברה על התנאי בקום ועשה. אלמא דבתנאי דלעבר לעולם מהימן משום דבעבר אם עבר אין כאן התחלת חיוב וצריך לברר:

ולע"ד צ"ע בזה דהא אדרבא אמרינן בגיטין (דף כ"ח) שמא מת לא חיישינן שמא ימות חיישינן משום דבעבר אוקמי' אחזקה ואין חזקה להבא וא"כ מהי"ת נימא דצריך בירור היכא דניחוש שמא עבר בקום ועשה, וצריך לאוקמי' אחזקה שלא עבר בקים ועשה והא דהר"ן שאני דדילמא לא עבדה כלום אלא נחבטה בקרקע או מוכ"ע היתה או אחרים אנסוה אבל לא חיישינן שמא זינתה כמוש"כ התוס' בגיטין (דף י"ז) דטפי איכא למיחוש שמא תזנה מלשמא זינתה. או דילמא כיון דהריעותא לפנינו ולא ידעינן אימתי נעשה לזה צריך השטר ראי' שלא הי' קודם לכן. אבל אם מתנה הריני מוכר לך חפץ זה אם לא הלכת אצל פלוני וכדומה א"צ בירור כנלפע"ד:

בתומים כתב דעדים שחתמו על אמנה פסולין לעדות ע"ש ובקצוה"ח (סי' ל"ה) כתב דזה אינו דהא חשיב נמי עולה המשהה שטר פרוע ולא יתכן לומר שיפסל בזה לעדות עיי"ש ועיין תשב"ץ ח"ג (שאלה ר"נ) שכ' בשטר שהועתק שלא ברצון דאיכא בזה משום אל תשכן באהלך עולה וב"ד כופין אותו לקרעו ואם לא וכו' וקרוב הדבר לפוסלו מעדות ע"ש אלמא דלא ברירא כל כך לפוסלו מעדות בזה. ובנה"מ (סי' פ"ב) כ' בפשיטות דאין עדים פסולין בזה. ועיין בשמעתא ג' פ' י"ד ובהערת הר"ב פרענקיל:

ואם כת"י יוצא ממקו"א או שיש עדים שזה כתב ידם אין נאמנים בשום דבר לבטל השטר ועיין סמ"ע וש"ך דקאי גם על תנאי. והש"ך (בסי' כ"ט) פסק דאין נאמנים בתנאי לבטל השטר. ובתומים הקשה מגט דאין כותבין תנאי בגט א"כ אין נאמנים על התנאי. ומתרץ דבאמת כשאומרים בשעת מסירה הי' תנאי מהימני והכא מיירי שאומרים שהי' תנאי בשעת כתיבה ומשו"ה אין נאמנים כיון דלא כתבו התנאי בשטר ועיין בנתיבות מש"כ בזה. ובאמת כבר קדמם הרשב"א בתשובה (ח"א סו' אלף רמ"ו) וז"ל ומה ששאלת אם אין התנאי בתוך השטר ונתרפא והיא מכחשת בו ואומרת שנתנו לה בלא תנאי מאן מודע

שעדי הגט אין נאמנין בשכת"י יוצא ממק"א דאין חוזרין ומגידין ועדים אחרים נמי אינן נאמנים כיון שכת"י של עדי הגט יוצא ממק"א תשובה אעפ"י שכת"י יוצא ממק"א אילו הי' כאן עדים אחרים שהעידו שהבעל הכתיבו על תנאי האשה אסורה לעלמא משום דהוי תרי ותרי כו' ואוקי איתתא אחזקתה כו'. ומ"מ מסתברא שאם העדים אחרים העידו שנתנו לה בתנאי אלו ודאי נאמנים שהרי אין אלו העדים מכחישים את הגט ולא עדי הגט מכחישין את אלו. שאלו החתומין מעידין שנכתב ונחתם בלא תנאי ואלו מעידין שבשעה שנתנו לה בפניהם נתנו לה בתנאי עכ"ד. הרי מבואר להדיא כתי' התומים דאם אומרים בשעת מסירה הי' תנאי מהימני ועיקר התירוץ הוא דהוי תרי ותרי ואוקי אחזקה קמייתא. אלא שמהרשב"א משמע דדוקא עדים אחרים שמעידין כן על המסירה נאמנים אבל לא אותן העדים עצמן מאחר דהתנאי הי' בשעת כתיבת הגט. ומש"כ התומים דאין אומרים מאחר דלא נכתב לא הי' תנאי בגט האמת אינו כן. ול"ד למש"כ הש"ך (בס"ק קי"ד) בנולד דבר חדש דמהימני וכמוש"כ הנתיבות דהא באמת לדידן ידעינן בעת כתיבת הגט דיגרש על תנאי וא"כ שוב אינו חוזר ומגיד ועיין בכנה"ג בזה:

סעיף ל"ח אינם נאמנים בכנה"ג הביא דהריב"ש (בסי' קע"א) כתב דלא אמרינן חזקה זו אלא בעדים המוחזקים כמו סופרי הדיינים אבל בסתם עדים לא אמרינן כן. וצידד שם אי הרשב"א חולק ע"ז. וכ"כ הש"ך לעיל (סימן מ"ד ס"ק י"ט) דבעינן שיהי' מוחזקים ליודעים ואז אמרינן דכהוגן עשו וכמו שמבואר ג"כ לעיל (סי' ל"ט סי"א) בזה:

שטר אחר בא לידי והיו חתים בו עד אחד בעט אבר ופסלתי השטר כי לא הי' זוכר הענין כלל וצריך קיום כמבואר בסימן זה. ומאחר דהחתימה הי' בעט אבר לא הוי חתימה כלל דאמרינן בגיטין (דף י"ט) איתמר עדים שאין יודעים לחתום רב אמר מקרעין להם נייר חלק וממלאים את הקרעים דיו ושמואל אמר באבר משום דס"ל לשמואל דבאבר לא הוי כתב וערש"י שם בד"ה באבר ובאהע"ז (סי' קכ"ה ס"ב):

(וצ"ע ששם פסלו דווקא באבר עצמו אבל לא אם הוא מעורב במים א"כ עפרת שלנו ג"כ מעורב א"כ כשר לכ"ע (ז"א חדא מאן יעיד ע"ז? ועוד דמעורב במים הכוונה שעשו מהאבר כמו דיו רטוב אבל עט העפרת שלנו הוא יבש) הערת המגיהים.):

שני דיעות אי הוי כתב כרב או כשמואל דלא הוי כתב ומאחר דאינו כתב אין שייך בזה קיום ומספיקא לא מפקינן מיני' ממונא כנ"ל בזה:

סימן מז

סעיף א':

וכתוב בו נאמנות הש"ך (ס"ק ד') העלה דאפילו אין בו נאמנות אינו יכול לחוב לאחרים עיי"ש וכ"כ הט"ז. וכן משמע לי מהמרדכי שהקשה ג"כ קושיית התוס' שם דנהימני' במגו דאי בעי מחיל דומיא דמוכר שט"ח דיכול למחול והרי המרדכי בפ' הכותב הסכים לראב"ן שכתב דלכך יכול למחול דיכול להשביעו דלא פרע וזהו באין בו נאמנות וא"כ ה"ה הכא נמי גם באין בו נאמנות מיירי:

עוד כתב הש"ך דאפי' עד אחד מעיד שהוא פרוע ג"כ אינו נאמן כיון דעד אחד מעיד שהוא פרוע אינו אלא מדרבנן ושעבודא דר' נתן מדאורייתא. ובזה יש לומר הא דאיתא בכתובות (דף פ"ז) בפוגם שטרו וכן עד אחד מעידו שהוא פרוע דסבר רמב"ח למימר שבועה דאורייתא ופרש"י נפ"מ שם בזה עיי"ש. ולפי הנ"ל י"ל עוד נפ"מ בחייבת לאחרים דלא מהימנא כמוש"כ הרא"ש בתשובה (כלל ס"ח) והובא בטור לקמן (סי' פ"ו) והש"ך (בסי' זה ס"ק ז') דאי דאורייתא מהימנא משא"כ אי דרבנן לא מהימנא להפקיע שעבודא דאורייתא וי"ל דלכך הוצרכו לנ"מ אחריתא ולא כתבו לנפ"מ זו דלרמב"ח לשיטתי' לפ"מ דמשמע מפסחים (דף ל"א) דלית לי' דינא דר' נתן ליכא נפ"מ זו. וצ"ל נפ"מ אחריתא בזה:

ביד שליש והרמב"ן והה"מ (ספ"ב מהל' מלוה) חולקין וס"ל דאפי' תח"י אינו נאמן בשום מגו דחזקה דכל מה שתחת ידו הוא שלו:

בס' קצוה"ח הקשה דהא נאמן הלוה לקלקל השטר שביד המלוה כשיש לו מגו כגון במגו דמזויף וכן בשטר פקדון נאמן החזרתי במגו דנאנסו ולא אמרינן דהוי מגו במקום חזקה. ותי' דהא דנאמן במגו דמזויף היינו שאין השטר מקויים עדיין והוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר והחזרתי במגו דנאנסו כיון דשטר פקדון איתא בפטור אונסין לא שייך חזקה זו. ובנתיבות תירץ דהתם שאני דחזקת ממון מסייע ללוה ולנפקד לכן אמרינן מגו במקום חזקה דכל מה שתח"י הוא שלו. והוא תמוה. דהא לקמן (סי' צ"ט) מבואר דמי שהי' חייב לאחרים אינו נאמן לומר על מטלטלין שבידו שהם פקדון מאחר אף שיש לו מגו משום דחזקה דכל מה שיש תח"י הוא שלו. וא"א מגו במקום חזקה. הרי אף דהתם חזקת ממון מסייע למגו דהוא מוחזק במטלטלין אין אומרים מגו נגד חזקה. דכל מה שתח"י הוא שלו:

ואם אחר שאמר שטר אמנה הוא כרע לבע"ח כו' אם כשהבע"ח בא לגבות מזה השטר אמר שטר אמנה הוא אז ודאי לא היתה כוונתו אלא לדחות בע"ח. וביש"ש כתובות (פ"ב סי' י"ב) כ' שאף שגז' ע"ע הושוו לדעה אתת בדין זה מ"מ כשבא לפניו דין זה לא הי' מוציא ממון בשטר זה כו' דלאו כל כמיני' לומר לא נתכוונתי אלא לדחות זה

ולעשות עצמו רשע שהי' בא להפקיע את ממונו כו' אף שאינו רשע גמור דיכול לומר לאישתמוטי הוא דבעינא כו' עיי"ש ואזל לטעמי' שכתב בחולין (פ"א סי' ח') לחלוק על התשב"ץ המובא ביו"ד (סי' א') במי שעשה סימן בראש כבש ואמר שהוא טריפה וחזר בו באמתלא שעשה כן שישאר הבשר לעצמו שהוא נאמן אלא דס"ל דאינו נאמן מטעם שלפ"ד האמתלא עשה עילה בתחילה:

וכזה הוא בשו"ת חוה"ש (סי' י"ז) ובנוב"י באהע"ז (סי' ח') וכיוצא בזה בשו"ת לחם רב (שאלה קכ"א) דאין לנו לומר שעשה עצמו רשע משום אמתלא: ובזה הי' נ"ל לבאר הא שכ' התוס' ביבמות (דף קי"ח) ד"ה סד"א שהק' שם איך ס"ד למשרי' כיון דשוי' אנפשה חתיכה דאיסורא. ותירצו דמיירי שחזרה ונתנה אמתלא ול"ד לאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני ע"כ דהחילוק הוא דבא"א לא עשתה שום עולה. אבל באמרה לא מת רצתה לאסור חברתה. אמנם אין אנו צריכין לזה דשאני התם דהאמתלא הוא האמתלא דמבואר בש"ס תמות נפשי וכו' דאמתלא גרוע היא וכ"כ מה"צ א"כ אדרבא ש"מ דבאמתלא טובה מהני גם באם לפ"ד האמתלא הי' עולה בזה:

והנה כל הפוסקים לא ס"ל כהיש"ש וכמבואר כאן וביו"ד (סי' א') וכן מבואר מהא דקי"ל בכתובות (דף כ"ג) וביו"ד (סו' קפ"ה) באמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני נאמנת בנתנה אמתלא לדברי'. והרי הי' עולה בזה שהפקיעה עצמה משעבוד ולא מבעיא אם האמתלא מחמת קטט כמבואר ביו"ד ברמ"א שם אלא אפי' שאר אמתלאות דלפי האמתלא לא הוי עולה מ"מ ל"ד כלל לא"א אני דליכא שום עולה ואפי"ה מהימנא: ועפ"ז יתבאר היטב הא דאמרינן בכתובות (דף כ"ב) בעי מיני' שמואל מרב אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני מהו. א"ל אף בזו אם נתנה אמתלא לדברי' נאמנת ועיין בר"ן ובמהרש"א שם משה"ק דמיבעיא לי' בזה יותר מבאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני. ולהנ"ל א"ש דמיבעיא לי' בנדה דעשתה עולה בקטט עכ"פ וס"ד דבזה אינו מועיל אמתלא קמ"ל דגם בזה מועיל אמתלא כן נ"ל וזה נכון:

ובמק"א ביארנו עפמש"כ המהרש"א ביבמות (דף קי"ח) בהא דל"ד לא"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני משום דהתם אמתלא מהני דהוי כשתיקה מתחילה ועד סוף. משא"כ כשהוא להתיר ע"י האמתלא לא מהני וכתב בשו"ת רעק"א (סי' פ"ה) דכ"ז התם דצריכין לבא מתורת עדות אבל באיסור מהני דהא אמר ברי לי שמותר וזהו ששאל אמרה טמאה אני. דהא כאן שאל לה הבעל וצריכה להתיר והיא אסרה א"כ שוב האמתלא אפי' אי הוי כשתיקה לא מהני. ואמר אף בזו נאמנת דמ"מ טוענת ברי ומצאתי אח"כ בשו"ת חכ"ץ (שאלה מ"ד) שכתב קרוב לזה:

וכן משמע מהא דאמרינן בב"ב (דף קכ"ז) אמר עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא נאמן משום דמשמ' לי כעבדא קאמר. והרי לפ"ד האמתלא איכא עולה שעשה לו לעבד ואפי"ה נאמן וכמו דס"ל להפוסקים הנ"ל לעיקר כן: ובנמוקי מהרב מירזבורק כתב ראובן כעס על אשתו ואמר הבת שילדה אינה בתי אלא ממזרת וגירשה ואח"ז רצה להחזירה ואומר כל מה שדיבר על בתו ועל אשתו שקר ומחמת כעס עשה אם חוזר ונותן אמתלא לדבריו נאמן ע"כ. והאמתלא הוא שמחמת כעס עשה ואין לך עולה גדולה מזה לפ"ד ואפי"ה מהני האמתלא גם בזה. והובא זה באהע"ז (סי' ד') אלמא דאמתלא כזה הוי ג"כ אמתלא: ויש שהביאו ראי' מהא דמבואר באהע"ז (סי' קע"ח ס"י) שאם הוציא הבעל על אשתו שזינתה כו' ואח"כ אמר שאינו אמת ומחמת הכעס הוציא הקול הזה אם נתן אמתלא לדבריו מותרת לו. אלמא דגם באיכא עילה מהני אמתלא. אמנם מש"כ הח"ס לפי לשון הטוש"ע שכ' ואם נתן אמתלא משמע דבעינן אמתלא אחריתי אין זה ראי'. דהא במהר"ם מריזבורק מבואר ג"כ לשון כזה ושם לא הי' אמתלא אחריתי וה"נ כן. [ובלבוש בסיף אהע"ז בתשובתו לווינציא באחד שהי' מוחזק לכהן וקידש אח"כ גרושה ואמר שאיני כהן ונתן אמתלא על מה שהחזיק עצמו לכהן. והשיב דאינו נאמן אפילו באמתלא משום דלדבריו משים עצמו רשע במה שעלה ראשון במעמד שאר כהנים ולא קיים וקדשתו עיי"ש]. ועוי"ל דאפילו אי נימא דבעלמא כל דאיכא באמתלאתי משים עצמו רשע אינו נאמן הכא נאמן מאתר דנקיט שטרא מבואר דאמתלאתי טיב וטעם זה מבואר בט"ז (סי' ל"ז) שכ' שם דאם הודה ראובן שהשדה אינה שלו מהימן ולא מצי לומר לדחות לבע"ח נתכוין כמו הכא דשאני הכא דאיכא שטרא הרי מבואר להדיא כן:

כתב המהרי"ט בחלק אהע"ז (שאלה י"ג) במי שצוה שקצת מטלטלין הנמצאים ברשותו הם של אמו דמהימן במגו דאי בעי הוי יהיב לה בחייו כו' ול"ד לאומר בשטר חוב שבידו פרוע דלא מהימן במקום שחב לאחרים דהתם דוקא היכא דבא לידי גביית ב"ד ותפסו הנכסים אבל כאן עדיין לא הגיע זמנה לגבות דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים עיי"ש. ותמה עליו המל"מ (בפ"א מה' מלוה) שאם טען הלוה שמטלטלין אלו של פלוני אינו נאמן וכן מבואר בשו"ת הרשב"א (בחו"מ סי' מ"ו ואהע"ז סי' ק') וסיים הדבר בצ"ע עיי"ש: אכן דברי המהרי"ט נכונים לפמש"כ בשו"ת בית יהודה (שאלה ט') לתרץ תשובת הרשב"א אהדדי דרמי הש"ך (בסימן זה) דבאמת ס"ל להרשב"א ג"כ כהרמב"ן דלא אמרינן מגו במקום חזקה שכל מה שתח"י אדם הוא שלו. והך תשובת הרשב"א בסי' זה משמע דמיירי בכתובה דאין עליהן אלא שעבוד ולכך מהימן דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים ואינה יכולה לעכב אם רוצה למכור המטלטלין משא"כ בע"ח אם אין לו

נכסים אחרים יכול לעכב והא דאהע"ז (סי' ק') מיירי ביש לו קרקע או דכתב לה אג"ק כסתם כתובות דכותבין מטלטלי אנ"ק לכן לא מהימן להוציא השיעבוד זה ע"ש וזהו דעת המהרי"ט ג"כ:

סימן מח

סעיף א:

הא דנמחל שעבודו היינו הקנין הראשון ולכן אם חזר וקבל קנין יכול לחזור ולתובעו ואפי' לא חזר והקנה לו רק שמסרו בפני עדי מסירה. ונ"ל ראי' לזה מהא דאמרינן בגיטין (דף כ"ו) דלא חיישינן למיחזי כשיקרא ומייתי דא"ר אסי אר"י שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו טעמא דנמחל שעבודו אבל משום שיקרא לא חיישינן. ע"כ. וקשה דטעמא דנמחל שעבודו עדיפא דאיכא איסורא משא"כ מיחזי כשיקרא אינו אלא מראית עין ולכן נקט הך טעמא דנמחל שעבודו דעדיפא מיני'. ונהי די"ל דדייק מדר"י דס"ל שעבודא דאורייתא בס"פ גט פשיט וא"כ מדאורייתא גובה בלא שטר וא"כ נמחל שעבודו ג"כ אינו אלא מדרבנן דתיקנו שלא לטרוף ממשעבדי בלא שטר. מ"מ מאי ראי' הוא מדנקט טעמא דנמחל שעבודו מכלל דל"ח למיחזי כשיקרא דילמא חד מתרי טעמי נקט [ועיין יבמות (דף מ"ח) אלא חד מתרי ותלת טעמי נקט] וגם אפילו אי נמחל שעבודו אינו אלא מדרבנן מ"מ אלימא הך מהך דמיחזי כשיקרא כידוע כה"ג בכמה דוכתי מזה. א"ו דנמחל שעבודו אינו אלא דהקנין בטל ולא השטר ואם עושה קנין שני או בעדי מסירה מהני משא"כ לטעמא דמיחזי כשיקרא לא מהני זה וא"כ עדיפא הו"ל מינקט טעמא דמיחזי כשיקרא דזה כולל יותר מטעמא דנמחל שעבודו א"ו דלא חיישינן למיחזי כשיקרא וא"כ מבואר דנמחל שעבודו אינו אלא דהקנין בטל ומהני קנין חדש או עדי מסירה כן נ"ל טעם הי"א בזה:

עי':

ש"ך שכתב דמיירי דהקנה בעדי מסירה שהם עצמם חתומים על השטר אבל אם הקנה לפני עדים אחרים הוי כמזויף מתוכו כיון דעדי חתימה לא חתמו אלא על ההלואה הראשונה. ובתומים תמה בממנ"פ אי לא הי' דעת החתומים אלא על ההלואה הראשונה. מה תועלת יש כשמוסרו בפני' הא מ"מ מזויף מתוכו. ואי הי' דעתם גם על ההלואה שני' גם בעדים אחרים מהני ככל שטר ע"ש. ובנה"מ המליץ בעד הש"ך אבל אינו מספיק:

ולע"ד נראה פשוט דהא התוס' בגיטין (דף ד) כתבו דהא דמודה ר"א במזויף מתוכו שהוא פסול כמו בנמצא בעדים קרוב או פסול דשמא יבוא לסמוך עליהם בעדי חתימה לבד והוא מבואר שם כן (דף ט) וא"כ הכא דהעדים החתומים כשרים ומוסר בפניהם

א"כ ל"ש שמא יבוא לסמוך עליהם לבד דגם אם יסמוך הא הם הוי עדי מסירה ג"כ. משא"כ כשמוסר בפני עדים אחרים שוב איכא משום שמא יסמכו בעדי חתימה לבד והוי מזויף מתוכו וא"ש ונכון:

סימן מט

סעיף א:

אפילו אשה בטור מבואר הטעם משום דהוי מילתא דעבידא לאגלויי ולא משקרי ובכנה"ג דקדק מזה דעד אחד נאמן במילתא דעבידא לאגלויי אפי' בממון וכסברת הר' ר' דוראן ז"ל ולא כהריב"ש. וכתב שכן נראה מסברת ראב"ד ורשב"א ונמק"י עיי"ש. ולכאורה יש להקשות. אי עד אחד מהני בממון במילתא דעבידא לאגלויי א"כ משכחת עד אחד שיחייב קרבן שבועה במילתא דעבידא לאגלויי א"כ בשבועות (דף ל"ב) דקאמר הכל מודים בע"א דר"א וכדומה למה לא אמר באופן זה. א"כ לכאורה משמע כהריב"ש דלא מהני עד אחד בממון אפי' במילתא דעבידא לגלוי' וכמש"כ הרמ"א לעיל (סוס"י ל') וצ"ל לדעת הסוברים דמהני בע"א במילתא דעבידא לאגלוי'. דלכך לא אמר הכל מודים בעד אחד בכה"ג משום דהא קאמר התם הכל מודים בעד מיתה והרי הא דעד אחד נאמן להעיד שמת בעלה מבואר ביבמות הטעם משום מילתא דעבידא לאגלויי וא"כ כבר נכלל אופן זה דעבידא לאגלויי במה דקאמר הכל מודים בעד מיתה. ואף דהש"ס מספקא ליה אי הטעם משים מילתא דעבידא לאגלויי או משום דאשה דייקא ומינסבא מ"מ הא רבים מהפוסקים נקטו הטעם משים מילתא דעבידי לאגלויי לא משקרי אינשי והראב"ד שכתב הכנה"ג שס"ל דעד אחד במילתא עבידא לאגלויי קם גם לממון לטעמי' אזיל שכ' בפ"ג מהל' יבום וחליצה דעד מיתה מהימן משום מילתא דעבידא לאגלויי ועוי"ל דה"ה דהומ"ל הכל מודים גם בכה"ג וחדא מינייהו נקט וכמוש"כ לעיל (סי' ל"ה) וש"ד כיוצא בזה:

עיין תשב"ץ (סי' פ"ג) שהאריך בענין מילחא דעבידא לאגלויי וכתב ששני דברים הם בענין זה האחד מילתא דעבידא לאגלויי והשני גילוי מילתא. עיי"ש דבריו הנכונים בזה. ובזה שקטו ונחו כמה סתירות וספיקות הנופלים בענין זה:

בב"ב (דף קס"ז) ההיא תברא דהוי חתים עלה רב ירמי' בר אבא אתאי ההיא איתתא לקמי' אמרה לי' לאו אנא הואי. אמר לה אנא נמי אמרי להו דלאו איהי היא ואמרו לי מיקש הוא דקשי' ובגר לה קלא אמר אביי אע"ג דאמור רבנן כיון שהגיד שיב אינו חוזר ומגיד צורבא מרבנן לאו אורחי' למידק. וכתב הרא"ש דשמעינן מינה דלהיכר איש ואשה סומכין על עד אחד. ואפילו אשה או קרוב דמילתא דעבידא לאגלויי הוא ע"כ.

ועיין נ"י שם] מידי דהיה ביבמות (דף ל"ט) להכיר שהוא אחיו מן האב דסגי עפ"י קריב דמילתא דעביד לאגלויי הוא. ועיין נ"י דאיך שמעינן מינה. וי"ל ג"כ עפ"מ דתנן בבכורות (דף מ"ט) בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה. וכ' רש"י דבאמירה בעלמא בלא עדות גמורה סגי ועיין מש"כ (לעיל סי' ל"ה) דמצינו עוד כזה דהיכא דקתני לשון אמרו לו דלא בעינן עדות גמורה וכיון דהכא קאמר ואמרו לי דמיקש הוא דקשי' ובגר קלא ש"מ דלא בעינן עדות גמורה וסגי ג"כ בעד אחד וקרוב:

סימן נא

סעיף ג:

שטר שחתומים בו שני עדים בלבד ונמצא אחד מהן קרוב או פסול אע"פ שיש שם עדי מסירה הרי הוא כחרס וי"א שדינו כשטר שאין חתום בו אלא ע"א. ועש"ך שכ' דאין מי שפליג על הי"א מאחר דבבה"ב תירץ דלא פליגי הרמב"ם ובה"ג עיי"ש. ויש לתרץ בפשיטות הא שכ' הרמב"ם הרי הוא כחרס ובה"ג כתב דמשבעינן לי' אפומא דהאי עד כשר דלא פליגי אהדדי. דהרי הא דלהרמב"ם הרי הוא כחרס כתב הב"י דזה נלמד מהא דסנהדרין (דף כ"ח) בההיא מתנתא דהוי חתימי עלה תרי גיסי דקאמר שם דמודה ר"א במזויף מתוכו דהוא פסול וכ"כ הרא"ש בסופ"ק דמכות (סי' י"א) לכן כ' הרמב"ם הרי הוא כחרס משום מתנה ומכירה דלא מהני עד אחד כלל כיון דנתבטל השטר וע"כ הרי הוא כחרס משא"כ בשטר הלואה גם הרמב"ם מודה דעד הכשר מחייב שבועה ולא הוצרך הרמב"ם לבאר זה. דזה פשיטא דלא גרע מע"א דעלמא דמחייב שבועה. ולא הוצרך לכתוב אלא דהשטר בטל. וכתב הרי הוא כחרס משום מתנה והשתא אתי שפיר ולא פליגי אהדדי כנ"ל ודו"ק: הרי"ף פסק בכתב נכסיו לב' בני אדם דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, והקשו דבגיטין פסק בכל נכסי קנוין לך דעצמו קנה נכסים לא קנה. דפלגינן דיבורא. ונראה לפמש"כ הרא"ש בשם הראב"ד בפ"ק דמס' מכות דזה דמיא לנמצא אחד מהן קרוב או פסול עיי"ש ומבואר בב"י (סי' ל"ו) דבפסולי דרבנן אם נמצא אחד מהן פסול דאין מבטל ערות השאר וכיון דקיום דרבנן לכן לא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וקנה עצמו:

ובזה מתורץ קושיית מהר"ם פדואה (סי' מ"ד) אמאי אינו גובה את הרבית וגובה את הקרן ולא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. דכבר כתבו התוס' שם בב"מ (דף ע"ב) דהא דאינו גובה את הרבית וגובה את הקרן מיירי ברביח דרבנן. ולכן לא אמרינן בזה בטלה מקצתה וכו'. וכן ניחא הא דהקשה עוד מה פריך בב"מ שם אשטרי מוקדמים נהי דלא גבי מזמן ראשון נגבה מזמן שני דנימא בזה עדות שבטלה מקצתה

בטלה כולה. לפמש"כ שער משפט (סי' מ"ג) דהא דמוקדמין מיירי שלוה בניסן וכתבו באייר וכתבו זמן דניסן דאינו אלא פסיל דרבנן דמדאורייתא גם מלוה ע"פ מהני. למ"ד שעבודא דאורייתא. ולכן ל"א בזה בטלה מקצתה בטלה כולה וא"ש ודו"ק:

סימן נב

סעיף א':

אבל אם כלל הקרן עם הרבית פסול. הש"ך הביא בשם הגדו"ת דברבית דרבנן אף אם כלל הקרן עם הרבית לא גזרינן שמא יגבה הרבית ובס' שער משפט השיג על זה. והעלה דאין חילוק בין רבית דאורייתא לרבית דרבנן עיי"ש בזה. וכן משמע בשו"ת רמ"א (סימן פ') שכתב וז"ל ואף אם הי' חשש צד רבית מ"מ לא יפסיד משום זה מעות הקרן אשר עליהם אנו דנין דהא בשטר שיש בו רבית גמור אם הרבית מפורש בשטר לא קנסינן לי'. כמוש"כ התוס' והרא"ש פ' איזהו נשך ופ' המניח. והרמב"ם (פ"ד מה' מלוה ולוה). כ"ש רבית דרבנן ע"כ משמע דאם לא הי' מפורש גם בדרבנן הי' אסור משום גזירה:

ונלענ"ד אם לא ידע המלוה שזה רבית וסבור הי' שמותר דבר זה. אין לקונסו וכדאמרינן במנחות (דף מ"ט) דכהנים שפיגלו בשוגג פטורים באומר מותר והרי הא דמזידין חייבין אע"ג דהוי היזק שאינו ניכר הוא משום קנסא כמבואר בגיטין ועכ"ז בשוגג לא קנסו וה"נ ברבית כן אבל כ"ז אינו אלא בדרבנן ולא בדאורייתא לפ"מ דקי"ל כר"י דלא קנסו שוגג אטו מזיד אלא בדאורייתא ולא בדרבנן עיי"ש בגיטין (דף נ"ג) וה"נ ברבית דרבנן כן:

אמנם ראיתי בח"ס (שאלה קי"ז) שכ' בחמץ דרבנן קנסו שוגג אטו מזיד משום דשם חמץ דאורייתא א"כ גם ברבית כיון דשם רבית דאורייתא קנסו שוגג אטו מזיד גם בדרבנן. וכן משמע מסתימת הפוסקים בזה. אמנם מש"כ שם דמפיגול אין ראי' דאומר מותר לא קנסו משום דמימנעי ולא עבדי כמוש"כ התוס' בגיטין (דף נ"ג) שם. אבל בעלמא גם בדרבנן י"ל דקנסו באומר מותר זה אינו. דהא מבואר להדיא בירושלמי דגיטין (פ"ה ה"ה) עד כדון קסבר שהוא חולין הי' יודע שהוא תרומה וסבור שמותר לטמאותה נשמעינא מן הדא כו' והכא ביודע שהי' תרומה וסבור שמותר לטמאותה אלמא דבכ"מ לא קנסו באומר מותר וכן ברש"י חולין (דף מ"א) בד"ה בשוגג ולא ידע שהוא נאסר בניסוך זה. גם י"ל דאומר מותר לא שייך מימנעי ולא עבדי והח"ס בחיו"ד הביא שרב אחד אמר כן. וקילס שם וכאן לא כתב כן: וי"א דפטור דקנסינן לי' וא"צ לשלם לו. יש לבאר אי המלוה תפס אי מפקינן מיני' או לא. והדבר פשוט דלא מהני תפיסה וכמו דאמרינן ביבמות (דף פ"ז) באשה שניסת ואח"כ בא בעלה דאין לה לא כתובה ולא פירות ולא מזונות ולא בלאות ואם נטלה מזה ומזה תחזיר ושם (דף פ"ט) נטלה מזה ומזה פשיטא מהו דתימא

כיין דתפסה לא מפקינן מינה קמ"ל. אלמא דבמקום שקנסו חכמים גם תפיסה לא מהני. וכמוש"כ התשב"ץ (ח"ג שאלה רע"ב) וה"נ לא מהני תפיסה מאתר דקנסא הוא וא"כ אפי' שלא בעדים לא מהני כמוש"כ הנ"י שם והובא באחרונים באהע"ז (סי' י"ז) וא"כ ה"נ אפי' שלא בעדים לא מהני:

ובזה י"ל הא שהקשו התוס' בב"מ ובשא"ד ל"ל לר"מ משום קנסא תיפוק לי' דבלא"ה פסולין העדים דהנפ"מ לענין תפיסה. דאי תפס מטעם דהעדים פסולין לא מפקינן מיני' משא"כ השתא דקנסא גם תפיסה לא מהני. אלא מאחר דלרבנן לא יספיק תירוץ זה לכן תירצו גם לר"מ בתירוצם שתי' לרבנן וכמו כן לר"מ לבד הי' נפ"מ במודה לפמש"כ תוס' שם דבמודה נמי קנית ר"מ אלא דלא משמע להו לאוקמי בהכי מאחר דלרבנן לא יתכן זה. ותירצו מה שתי' בזה. מיהו אליבא דידן לפמש"כ הש"ך והט"ז דלרבנן לעולם לא קנסינן ובמודה חייב אין נפ"מ זה:

יש לחקור הא דקניס ר"מ דאינו גובה את הקרן ולי"א בכלל גם כן. לדידן אי הוא דוקא אם אינו ריצה הלוה לשלם. אבל אי אמר הלוה אע"פ שאני פטור אני רוצה לשלם משלם. או מאחר דקנסו א"צ לשלם הלוה כלל. ואף אינו רשאי ליתן לו לקיים תקנת חכמים שקנסו למלוה:

ואי אמרינן בזה לא קנסו בנו אחריו וגובה מהלוה מבואר בתוס' גיטין (דף מ"ד) דבזה אין בנו גובה משום דתיכף כשקנסו זכה הלוה במה שבידו עיי"ש. ותמיהני על מהר"ש די מודינא בתשובת מהר"ם אלשיך (סי' קל"ז) שכתב וז"ל גם אין לנו לומר שנקנוס כדסבר ר"מ שאינו גובה אפי' קרן מפני הרבית אשר מפורש בשטר דיתמי לאו בני קנסא נינהו עיי"ש. והוא תמוה דהן אמת דיתמי לאו בני קנסא נינהו כמוש"כ רש"י בב"ק (דף ל"ט) ד"ה שור היינו לענין פלגא נזקא קנסא שלא להוציא ממון מהם. אבל הכא האי סברא שכ' התוס' בגיטין ברירא דתיכף כשקנסו זכה הלוה במה שבידו ואיך נוציא ממון להיתומים במאי דלא קנסינן להו וכן עיקר. ולפ"ז אם מכר המלוה השטר לאחר ג"כ אינו גובה. אף דהלוקח לא עביד איסורא דכבר זכה הלוה בזה. [והפמ"ג ה' פסח כתב דקטנים החמץ שלהם אם עבר הפסח י"ל דמותר עיי"ש ולפמש"כ אין זה ספק דודאי מותר דקטנים לאו בני קנסא נינהו]:

סימן נג

מרצון הלוה. עיין ש"ך ומש"כ ע"ז לקמן (סימן ק"ד) עיי"ש בזה:

סימן נד

סעיף ב':

ישבע המלוה היסת שאבד השטר. כ' ה"ה הוראה זו פשוטה. אכן בתשובת הרמב"ם (סי' רכ"ז) הובא תשוב' הרי"ף שכתב להדיא שאין נשבע המלוה שבועת היסת ע"ז:

סעיף ג':

אמר המלוה אין שטרי עתה בידי כי הוא בעיר אחרת ואכתוב לך שובר. יש מי שאומר אין שומעין לו. כ"כ בעה"ת (שער ל"א) ושכן דעת הראב"ד והחזיק בסברתו כן (בשער נ"א) הביאו הבה"ב (בסי' ס"ו וש"ך שם ס"ק ס') והא דכתב בשם יש מי שאומר הוא לפ"מ שכתב כנה"ג דהתוס' בפ"ק דב"מ והרשב"א בתשובה חולקין ע"ז. ובדעת רמב"ם בפי' המשנה בב"מ דלא כתוס' שם מסתפק שם. ואפשר דמודה לדינו של התוס' בזה עיי"ש: ונראה דיצא להם כן מהא דתנן בסוטה (דף ז') אמרה טמאה אני שוברת כתובתה ויוצאת ושם בגמ' שמעת מינה כותבין שובר תני מקרעת. ולכאורה קשה מה שייך בזה כתיבת שובר כשהכתובה בעין הא אין כותבין שיבר אלא בנאבד ולמאי פסקא למילתא למינקט בכה"ג שנאבדה הכתיבה אשר הוצרך לזה לומר שוברת כתובה. א"ו דמסתמא כשהעלו' לעזרה הניחה הכתובה בעירה דעל הספק לא תרצה ליקח כתובה עמה. וא"כ שפיר פריך שמעת מינה כותבין שובר ומוכח דגם אם השטר בעין רק שהניחו בעיר אחרת כותבין שובר:

וראיתי להמאירי שם שכתב להדיא וז"ל ושמא תאמר והא אף בעלמא לא אמרו כותבין אלא כשהשטר אבד הימנו אבל זו הרי לא אבדה כתובתה ואיך מספיק לה בשובר אף זו כמי שאין השטר בידה הוא שבודאי לא הכריחוה להביא כתובתה בירושלים על הספק וש"מ שאף האומר יש לי שטר אבל אינו בידי ובמקום פלוני הוא שכותבין שובר עכ"ל הרי להדיא דס"ל כתוס' ורשב"א הנ"ל ולבעה"ת וסייעתו נצריך לומר דלפ"מ דקאמר שמעת מינה כותבין שובר מיירי שטוענת שאבדה את כתיבתה וכדמשמע בתוס' שם, [ובזה יש לומר שזהו כוונת הרמב"ם בפי' המשנה שם שכ' אם הכתובה מצוי' קורעין כתובתה ואם אינה מצוי' כותבין שובר דאינה מצוי' היינו שאין הכתובה אצלה כותבין שובר וס"ל כאידך צד שכתב כנה"ג דס"ל להרמב"ם כתוס' וסייעתם דכותבין שובר גם בזה]:

יש לחקור איך כותבין שובר בזמה"ז הא הש"מ בפ"ב דכתובות כתב בשם הרא"ה הא דכותבין שובר ולא חיישינן שמא מכר לאתר משום דהמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול וא"כ בת"כ הנהוג שכ' החכ"צ (שאלה קמ"ח) דאין המוכר יכול למחול (ועמש"כ בסי' ס"ו) ליתא לתי' זה:

ועיין בשבת (דף ע"ט) ברש"י ד"ה הכא מבואר דלמ"ד אין כותבין שובר אם אין למלוה השטר אף שפרע לו לוה צריך להחזיר. ובחידושי הר"ן תמה ע"ז מנ"ל הא דילמא אם פרע אין מוציאין ע"ש וי"ל שהוא מהש"ס דב"ב (דף קע"א) ומסתברא דכותבין שובר דאס"ד אין כותבין שובר אבד שטרו של זה יאכל הלה וחדי ואי מהני תפיסה ל"ש יאכל הלה וחדי דשמא יתפוס המלוה דתפיסה דבר קל הוא כמו שכ' (בסי' ל"ח) עיי"ש והו"ל למימר והלה יאכל לבד. א"ו דאף אי תפס ל"מ ושייך שפיר יאכל הלה וחדי. כנ"ל:

סימן נה

הרבה פעמים אירע שהמלוה מקבל חצי חובו או שליש חובו ומחזיר השטר ללוה ושוב תובע את הלוה שיחזיר לו כל חובו ומה שהחזיר לו השטר הי' אנוס בדבר שהלוה לא רצה לפרוע לו מאומה עד שיחזיר לו כל השטר וימחול לו מחובו. ומסר מודעא ע"ז. ונסתפקתי אי זה הוי אונס ומהני מודעא על זה או לא. ומצאתי מפורש בירושלמי (פ"ג דקידושין הלכה ב') חד בר נש הוה חייב לחברי' ק' דינרין בקרטיס (פי' בשטר) שלח חמשין כו' א"ל, אין לא יהיב לך קרטיסא לא תתן לו כלום אתא קומי רבי אימי אמר איזיל כו' ואנן ידעינן הגע עצמך כו' עושין לו מודע ב"ד ע"כ ועיין פ"מ שם הרי להדיא דזה הוי אנוס ומהני מודעא ע"ז. אמנם לפירוש הק"ע שם אין ראי' מזה אבל לפירוש הפ"מ מבואר להדיא כן. ועיין תשובת מהר"ם מלובלין (שאלה י"א) דמבואר להדיא דכל שהוא חושש שלא להפסיד את שלו הוי אונס עיי"ש:

סימן נו

סעיף ה':

השליש. במרדכי פרק איזהו נשך (סי' של"ב) מבואר דאפוטרופס דין שליש יש לו לענין פטור שבועה עיי"ש. וכהמרדכי מבואר להדיא בכתובות (דף ע') דאפטרופס דמי לשליש עיי"ש דמדמה הש"ס להדדי וע"ש ברש"י שכתב דאפוטרופס דמי קצת לשליש. וכן שווין גם לענין להיות דיין בדבר כדמשמע מתשובת הרשב"א שהביא הסמ"ע שהמלוה השליש השטר שיעשה לו דין עד זמן פלוני וכן מבואר בתשובת הרא"ש כלל פ"ז דאפוטרופוס יוכל להיות דיין בדבר ע"ש [ועיין לעיל סי' כ"ב ס"א] ובגיטין (דף ה') מבואר דהמביא גט יכול להיות דיין ג"כ אי לאו חששא דשמא יהא קרוב והמביא גט דין שליש יש לו כמוש"כ התוס' בגיטין (דף ס"ד) עיי"ש בזה:

יש לבאר אי שליש הוי שלוחו של המשליש או הוי כזוכה ממנו לחברו והנה זה תלי' במה שכתב הקצוה"ח דשליש קודם שהגיד יכול המשליש לחזור דלא נעשה מעשה עדיין אבל כשנעשה מעשה שהגיד עדותו אינו יכול לחזור והביא כן מהג"ה מרדכי

פ"ק דמציעא עיי"ש. וע"כ צ"ל דהשליש אינו אלא שלוחו של המשליש והוי ככל שליח דעלמא שעד שלא עשה שליחותו יכול המשלח לחזור אבל לא לאחר מעשה שליחותו. אבל דעת הנתיבות דהשליש קונה דבר המושלש ולא מהני חזרה דמשליש אמנם הדבר פשוט דאינו אלא שליח בעלמא ויפה החזיק המשובב שיטתו בזה. וכל שלא עשה שליחותו יכול לחזור בו אם לא כשאמר זכה. דאז עשה שליחותו ולא מהני חזרה:

וכ"ז לענין נאמנות על מה הושלש כל שלא אמר זכה דיכול לחזור אין השליש נאמן לאחר חזרה אם לא שכבר עשה שהגיד לפני ב"ד או עדים דבר השלישית אז לא מהני חזרה והשליש נאמן. אמנם לענין הושלש דבר לקנס אין השליש רשאי לתת אלא א"כ אמר זכה מעכשיו וצריך השליש לקבל השלישית שט"ח של המתחייב שיאמר זכה לפלוני וכן השני וכ"א יאמר כשיקיים חבירו התנאי מחול השטר או ימסור המתחייב לחבירו השטר וחבירו יניח ביד השליש. וכ"כ הנתיבות (סי' כ"ז) ע"ש:

ונסתפקתי במשלישים חת"י לבד. מה שייך זכה בזה. כיון דעדיין אין שטר. ואפשר כיון דעיקר חתימת חלק אינו אלא מצד התקנה כמוש"כ הב"ח (סי' ס"ט) לכן התקנה הי' ג"כ שיהא מהני השלשה עליהם כשטר דעלמא: ולענין אם המשליש רוצה להשליש ביד אחר הדבר פשוט דיכול ורבים מורים דאינו יכול וזה אינו. כי גם להנתיבות דס"ל דשליש קונה כתב שיכול להשליש אצל אחר וכן קבע להלכה במשה"א (ס"ק א') וכ"ש לפ"מ דביארנו דאינו אלא שליח בעלמא אף אם אמר זכה יכול להשליש במק"א דלא גרע ממפקיד שיכול ליקח מהנפקד ולהפקידו במקו"א וחשדא כמו הא דגיטין (דף נ"ט) לא שייך בזה:

ובשו"ת הרשב"א (ח"ד שאלה ס"א) כתב דשליש הוא דרך הקנאה כמו הא דב"ב (דף פ"ה) ברשות המופקדים אצלו עד שיקבל עליו או שישכור מקומו וה"נ זכה בו השליש למי שהושלש עיי"ש וא"כ משמע מזה דלא מהני חזרה וי"ל דמיירי שאמר זכה לכך קנה. ואם שניהם משלשין ואמר לשליש תן לפלוני כיון דהוי במ"ג קנה דמ"ג קונה וכיוצא בזה במרדכי פרק החולץ (סי' כ"ד) עיי"ש:

ובעכו"ם שליש מאחר דהאמינו מהני כמו בעדות (לעיל סי' כ"ב) והא דמהר"ם מינץ שהובא בבה"ט לקמן (סי' קל"ח) מיירי בנפקד ולא בשליש וזכה לא שייך בי' דאין שליחות לעכו"ם לכן לעולם מהני חזרה דגם בנאמן עלי אבא קודם שהעיד מהני חזרה כמבואר (לעיל סי' כ"ב) אך אם כבר העיד אינו יכול לחזור בו כמו בנאמן עלי אבא כנ"ל בזה. ושוב ראיתי דהרשב"ש בתשובה (תס"ב) כ' דאפילו אם העכו"ם נאמן ג"כ ולענ"ד נראה כמוש"כ: ובעיקר הדבר דקצוה"ח ונתיבות אם המשליש יכול לחזור מנאמנות

השליש כבר הקדימם בכנה"ג בהג"ה בית יוסף (אות ב') שכתב בשם הבני שמואל דמהגהות מרדכי דפ"ק דמציעא שחילק בין קודם מעשה ובין לאחר מעשה ומדברי הרא"ש ז"ל נראה דאפילו קודם מעשה אינו יכול לחזור וכנה"ג השיג מתשו' הרשב"א שכ' שכל שלא אמר זכה בשביל שנינו יכולין לחזור בהם ובודאי קודם שעשה המעשה. וכמו שנתבאר בזה. ואם הושלש עבור בע"ח לפ"מ דקי"ל (בסי' קכ"ה) דבחוב הולך כזכי דמי אז שפיר השליש נאמן בלא זכי' ג"כ:

סימן נז

סעיף א':

אסור להשהות שטר פרוע בכתובות (דף י"ט) במערבא אמרי משמי' דרב אם און בידך הרחיקהו זה שטר פסים ואל תשכן באהליך עולה זה שטר פרוע ועיין מהרש"א בפרק בתרא דיומא דעול אינו בגלוי עיי"ש. והכא מבואר בתוס' וראשונים און מעיקרא הוי שקר. ועולה אמת מעיקרא אבל אח"כ נעשה שקר. וזהו אם און בידך הרחיקהו זה שטר אמנה ושטר פסים דמעיקרא שקר ודבר שבגלוי הוא. וכדאמרינן בנדה (דף מ"ב) מה ידיו מאבראי ולכן כתיב אם און בידך פי' דשטר אמנה ושטר פסים שהוא דבר שבגלוי הרחיקהו. ואל תשכן באהליך עולה שהוא דבר שבסתר מאחר דמעיקרא אמת הי' ואינו ידוע מהפרעון דשטר קלא איתי לי' אבל לא הפרעון ולכן כתיב בזה באהליך שהוא דבר שאינו בגלוי וידוע ואיכא אל תשכן בזה:

ובזה יתבאר היטב הא דבאון הקדים הפעולה לאזהרה ובעולה הקדים האזהרה להפעולה דבאון דגם מעיקרא און. שפיר קאמר אם און בידך הרחיקהו. משא"כ בעולה דמעיקרא אמת. לכן אמר אל תשכן מה ששכן אצלך בהיתר עד הפרעון אל תשכן עולה לאחר הפרעון וזה נכון:

ואם אינו רוצה להחזיר כו' ומנדין אותו והוא משום לאו דדברי קבלה דאל תשכן באהליך עולה כמו דמבואר בכל הפוסקים. ונ"ל דאף דיש מי שסובר דד"ק כד"ת דמי וכמו שהארכתי (בסי' ל"ד) בזה מ"מ האי איסורא אינו אלא איסור דרבנן גרידא. ואינו אלא אסמכתא בעלמא לפ"מ דאמרינן בגיטין (דף כ"ו) ר"א מכשיר בכולן חוץ מגיטי נשים שנאמר וכתב לה לשמה. ופריך והא כי כתב לה אתורף הוא דכתב אלא אימא משום שנאמר וכתב לה לשמה. אלמא דאי אמרינן שנאמר. הוא דאורייתא אבל משום שנאמר. אינו אלא מדרבנן ומה"ט ביארתי הא דמבואר ברמב"ן פ' אמור והובא בכס"מ (פ"ה מה' כלי המקדש) דהא דכ"ג אינו יוצא כשמת לו מת אינו אלא מדברי סופרים. וקרא דמן המקדש לא יצא אינו אלא אסמכתא בעלמא. משום דאמרינן בסנהדרין (דף י"ח) מת

לו מת אינו יוצא כו' משום שנאמר ומן המקדש לא יצא. ומדקאמר משום שנאמר ולא קאמר שנאמר אינו אלא אסמכתא בעלמא ומשום גזירה. ומה"ט מש"כ הש"א בתשו' דזה אלי ואנוהו הוא מדאורייי' לבד. משא"כ במק"א דאינו אלא מדרבנן מבואר כן מהא דאמרינן בסוכה (דף י"א) משום שנאמר זה אלי ואנוהו [אף דבמנחות (דף כ"ז) משום זה אלי ואנוהו): ואתי שפיר הא דאמרינן בביצה (דף י"ד) אפילו עשר מצעות זו ע"ג זו וכלאים תחתיהן אסור. משום שנא' לא יעלה עליך ומחקו בספרים האי משום שנאמר לא יעלה עליך דהא אדרבא מהאי קרא אינו משמע אלא לבישה. ולפי האמור א"ש. משום שנאמר לא יעלה עליך גזרו הצעה אטו לבישה וכמבואר בשנות אלי' פ"ט דכלאים עיי"ש בזה. [ובשבת (דף צ"ד) ודבר זה אף בתל אסור. משום שנאמר לא ילבש גבר. וכתב הרמב"ם (בפי"ב מהל' עכו"ם ה"י) דלוקה. והראב"ד כ' דאינו לוקה דלא אמרו אלא אסור. משמע דס"ל דאיסור תורה מיהא איכא. ואפילו נאמר דאינו אלא איסור דרבנן לדידי' מ"מ לא כתב ה"ט דמשום שנאמר ועכ"פ להרמב"ם ודאי ליתא להאי כללא. ובחגיגה (דף ז') ואין נראין ריקנין משום שנאמר ולא יראו פני ריקם אף דהוא דאורייתא ואכמ"ק להאריך בזה]:

ולכן כיון דאמרינן בכתובות (דף י"ט) אריב"ל אסור לו לאדם שישהא שטר פרוע בתוך ביתו משום שנאמר אל תשכן באהליך עולה. ולא קאמר שנאמר. ש"מ דאינו אלא מדרבנן וכן לעיל שם אסור לו לאדם שישהא שטר אמנה בתוך ביתו משום שנאמר אל תשכן וגו' ג"כ אינו אלא מדרבנן. וכן הא דקאמר שם איתמר ספר שאינו מוגה אר"א עד שלשים יום מותר להשהותו מכאן ואילך אסור להשהותו משום שנאמר אל תשכן וגו' ג"כ אינו אלא מדרבנן: ומעתה הא שכ' הכס"מ דבדרבנן אינו אלא מ"מ ולא נידוי מ"מ הכא דלהבא הוא י"ל דמודה דמנדין. וכ"ש דניחא לשיטת הר"ן הובא בש"ך יו"ד (סי' של"ד) דבכל איסור דרבנן מנדין עיי"ש:

אלא דק"ל אכלל זה. מהא דיומא (דף י"א) ת"ר בשעריך אחד שערי בתים ואחד שערי חצרות ואחד שערי מדינות יש בהן חובת מצוה למקום משום שנאמר וכתבתם על מזוזות וגו' אע"ג דהוא מדאורייתא ובב"מ (דף קי"ד) משום שנאמר ולך תהי' צדקה כו' עיי"ש: ומעתה מש"כ (בסי' ל"ד) אי בדרבנן אין אדם משים עצמו רשע לפ"מ דמסיק בכתובות שם דעדים שאמרו אמנה היו דברינו אין נאמנים משום דאין אדם משים עצמו רשע דהא לחתום על שטר אמנה אינו אלא איסור דרבנן דהא בכתובות קאמר ר"ש ברי' דר"א ש"מ מדר"כ דאמר אסור לאדם שישהא שטר אמנה. דעדים שאמרו אמנה הי' דברינו אינן נאמנין מ"ט כיון דעולה הוא. ואעולה לא חתמי. וכיון דשטר אמנה אינו אלא מדרבנן

גם עדים שחתמו אינו אלא מדרבנן מאחר דהלוה מאמינו. ואפילו הכי אמרי' אין אדם מע"ר. מיהו זה י"ל דאף דמוכח מכאן דא"א מע"ר גם בדרבנן מ"מ היינו אם האיסור דרבנן שמא יבוא לאיסור דאורייתא. דהכא אם יגבה שלא כדין קעביד איסור דאורייתא אבל הכא דהאיסור דרבנן עיקרו דרבנן י"ל דשפיר משים עצמו רשע ג"כ:

ויש לחקור אם בלוה שנותן שטר אמנה איכא משום לפני עור או לא. והוגד לי שבס' בית שמואל אחרון כ' בפשיטות דאיכא לפני עור בלוה וכדהא דאמרינן בב"מ (דף ע"ה) המלוה מעות לחברו שלא בעדים איכא משום לפני עור וגו'. [ולפמש"כ שם הפ"ח הבאתיו (בסי' ע') דר"ל דאמר גורם קללה לעצמו לא ס"ל הא דלפני עור וכ"כ הכנה"ג שם, א"כ ליכא גם הכא ל"ע. מאחר דכעת ליכא איסורא אלא שמא יבוא לאיסור לכן ליכא ל"ע בזה. ועמש"כ שם בזה]:

גם י"ל דלהש"ס דילן שם בכתובות (דף י"ט) דעדים אין רשאין לחתום על שטר אמנה אף דהלוה מאמינו משום דיבוא לעולה והוי ג"כ משום לפני עור דומיא דעדים שחתמו על שטר רבית דאיכא משום ל"ע. כמבואר בב"מ (דף ע"ה) ה"נ איכא בלוה משום לפני עור דומיא דרבית שם. משא"כ להירושלמי בפ"ב דכתובות דמותר לחתום אלא דאסור לקיים וע"כ משום דהלוה מאמינו והשתא ליכא איסור אין בזה משום לפני עור ה"ה דבלוה ליכא משום לפני עור:

וי"ל דר"י אמר רב דס"ל שם בכתובות דהאומר שטר אמנה אינו נאמן ומשום דעדים אין רשאין לחתום על שטר אמנה. לשיטתי' אזיל דאמר בב"מ (דף ע"ה) דהמלוה לחברו שלא בעדים איכא משום לפני עור. דשמא יבוא לאיסור ה"נ אין רשאין לחתום על שטר אמנה שמא יבוא לאיסור [ורב דס"ל בירושלמי דמותר לחתום צ"ל דאמוראי אליבא דרב או כמוש"כ תוס' בכ"ד ביבמות (דף ע"ג) ובכתוב' (דף ק"ב) דמירושלמי לבבלי אין זה סתירה דמצינו כיו"ב]:

ובזה י"ל הא דאמרינן בב"ב (דף קנ"ד) שאל ר"ל את ר' יוחנן זו ששנוי' במשנת בר קפרא כו' אם אמר שטר פסים הוא או שטר אמנה הוא שמכרתי לך ולא נתת לי דמים אם יש עדים הלך אחר עדים ואם לאו הלך אחר השטר לימא ר"מ היא דאמר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ולא רבנן א"ל לא שאני אומר דברי הכל מודה בשטר שכתבו אינו צריך לקיימו והא מיפלג פליגי דתנן אינן נאמנין לפוסלו דברי ר"מ וחכ"א נאמנין א"ל אי עדים אלימי ומרעי שטרא איהו כל כמיני' ופרשב"ם והכא לא אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר דכיון דאמר לוה כתבתי שטר זה אפס שטר פסים או שטר אמנה הוא. דמה לו לשקר במקום עדים לא אמרינן דאנן סהדי דלאו שטר אמנה הוא. דעדים אשטר אמנה

ופסים לא חתמי דלא ניתן ליכתוב כו' ע"כ. וי"ל דר"ל דשאל לר' יוחנן לשיטתו דס"ל במלוה מעות שלא בעדים דליכא לפני עור מאחר דליכא איסורא השתא. וא"כ גם עדים יכולים לחתום על שטר אמנה וא"כ ליכא מנו במקום עדים כלל בזה. מיהו י"ל דאפילו אי נימא דמלוה שלא בעדים ליכא איסור מאחר דאכתי לא עביד איסורא מ"מ בשטר אמנה דאיסור דאל תשכן נאמר תיכף על המלוה איכא לפני עור משום איסורא דמלוה. וכן כבר מבואר בתוס' ע"ז (דף כ"ב) ד"ה ותיפוק לי'. דאפילו באיסור דרבנן איכא צ"ע עיי"ש בזה. [והא דלא כתבו הפוסקים כאן דאסיר להשהות שטר אמנה הוא משום דכ"ש הוא משטר פרוע כדאמרינן בכתובות שם מאן דמתני שטר פרוע כש"כ שטר אמנה לכך לא כתבו כאן דין זה מרוב הפשיטות בזה]:

מיהו העיקר נ"ל דליכא לפני עור בלוה מהא דכתב רשב"ם בב"ב (דף קנ"ד) איהו כל כמיני' דמגו במקום עדים הוא. דעדים לא חתמי אעולה ותיפוק לי' דאיהו עצמו קעביד איסורא דל"ע וגם קיי"ל (בסי' מ"ו) דנאמן לומר אמנה במגו דמזויף ואי איכא איסורא. הא במקום שמשים ע"ר לא מהני מגו כמבואר בכללי מגו. והוי כעדים דלא מהימני לומר אמנה אף דאית להו מגו באין כת"י יוצא ממקו"א. א"ו דליכא איסורא מאחר דהימני'. ול"ד לעדים דהם אינן רשאין לעשות כן. מאתר דאיכא נפ"מ למשועבדים. ובפרט לפ"מ דמשמע בריטב"א מגילה (דף כ"ח) דהא דאסור להלוות לחברו שלא בעדים אפי' איסור דרבנן ליכא. דאינו אלא כהא דאסור לאדם שיעשה שותפות עם נכרי. דאינו אלא חסידות בעלמא והוא שלא יעשה חברו איסור. אבל לא שנימא שלא יבוא לאיסור שיעשה חברו בקום ועשה. שאפי' חסידות ליכא ואף דשטר גרע מ"מ התם בשוא"ת. אבל הכא אם יעשה אינו חושד אף שיש לו שטר מ"מ כל אגב גבי' בעי. ואינו אלא שמא ישכח או שכיב ונפל קמי יתמי משא"כ התם תיכף רוצה לכפור וכמוש"כ לקמן (סי' ע') בזה. ואמנה במקצת איכא ע"כ משים אל תשכן וגו' כמבואר בסמ"ע (סי' פ"ד) עיי"ש: ואי איכא איסורא בפורע מקצת בלא עדים ובלא שובר משים לפני עור כמו במלוה. לא מצינו בשום מקום איסור בזה. א"ו דיש חילוק בין שוא"ת לקים ועשה. דלהא לא חיישינן שמא יתבענו שנית במאמינו משא"כ עדים איכא איסורא אף במקצת אמנה כמוש"כ הסמ"ע (סי' פ"ד ס"ק י"א) א"ו דעדים שאני מלוה ובלוה ליכא איסורא וה"ה לכולו אמנה דליכא איסורא ללוה בזה:

ואין לומר דה"ט דחששו רז"ל שלא להלוות בעדים ולא חששו לפרעון שלא בעדים משום דאמרינן בב"מ (דף ל"ה) לוה מקיים בי' במלוה תומת ישרים תנחם. ומלוה מקיים בי' בלוה וסלף בוגדים וגו'. עיי"ש דיש לו למלוה נאמנות יותר מלוה דלא מצינו דנתנו חז"ל

נאמנות למלוה יותר מלוה ואפשר לומר מאחר דהלוה מחזיק את המלוה לנאמן לא הטילו איסור שלא לפרוע בעדים דלא יזהרו בזה והעיקר כתי' ראשון בזה. גם משום שלא תנעול דלת בפני לוין לא רצו לעשות איסור בזה. ועיין בש"מ ב"מ (דף י"ג) בד"ה לא חיישינן לפרעון ולקנוניא וז"ל דאע"ג דהאומר שטר אמנה א"נ דילמא קנוניא על בע"ח עביד שלא יגבה מאותן שחייבין לו אבל לפרעון ולקנוניא שיגבה מלקוחות שלא כדין לא חיישינן עכ"ל ע"ש בזה: נתבאר מכ"ז דא"א לומר דאיסורא ללוה שלא לחת שטר אמנה משום מלוה שלא בעדים שמא יכפור. אלא י"ל שאיכא איסורא דלפני עור שמלוה קעביד איסורא דאל תשכן ולהירושלמי אינו עובר אלא לאח"ז שהבטיחו ללוה להלות ואינו לוה כמוש"כ הק"ע שם. לכן מותר לעדים לחתום. משא"כ אליבא דידן. דעדים אסורין לחתום ודאי המלוה קעביד איסורא כשמקבל שטר כזה משום אל תשכן וא"כ שפיר י"ל דאיכא איסור ל"ע בלוה. ומש"כ בס' הנ"ל דלכך קיי"ל (בסי' פ"ב) בלוה שטוען אמנה דלא מהימנינן לי' ולא מהימן במגו דפרוע א"ו דאיכא איסורא דל"ע:

והיכא דמשים עצמו רשע לא מהימן במגו כבר הוכחנו דלוה נאמן אמנה במגו דמזויף. ושאני התם דלא אמרינן מגו לחייב שבועה כמוש"כ בגדו"ת וכמוש"כ (בסי' פ"ב) להוכיח מזה כהגדו"ת עיי"ש וע"כ משום ל"ע לא שייך א"א מע"ר דלאו כ"ע ידעי והוי כשוגג. ואין לומר דלכך ליכא ל"ע מאחר דללוה ליכא איסורא ודמי לכהן שאמר לישראל צא וקדש לי גרושה שכ' התוס' בב"מ (דף י') דלישראל ליכא לפני עור ול"ד לרבית דללוה איכא ל"ע משום דהתם האיסור נאמר על שניהם משא"כ הכא דאל תשכן לא נאמר אלא על המלוה. דשאני החם דלישראל אינו במציאות כלל האיסור גרושה משא"כ הכא אי הוא הי' המלוה יש בו איסור שייך ל"ע ג"כ:

אולם יש לחקור אמאי משהה שטר פרוע משמע דתיכף איכא אל תשכן משפרע לו הלוה וכן שטר אמנה. והרי אמרינן התם בכתובות (דף י"ט) אר"א ספר שאינו מוגה עד ל' יום מותר להשהותו מכאן ואילך אסור לשהותו. משום שנאמר אל תשכן באהלך עולה. ומאחר דאל תשכן אין פחות מל' יום. א"כ גם בשטר אמנה ופרוע נימא כן. דאין פחות מל' יום ובשלמא למערבא שם בכתובות דאמרי אם און בידך הרחיקהו זה שטר פסים ושטר אמנה ואל תשכן באהליך עולה זה שטר פרוע. א"כ שטר אמנה האיסור תיכף כשמקבל המלוה השטר דהרחיקהו משמע תיכף. אבל שטר פרוע דהוא משום אל תשכן נימא דאין האיסור אלא לאחר ל' יום [יש לומר הא דשלשים יום הוא מדכתיב אל תשכן שלא יהי' אלי שהוא ל"א יום. ועד ל' יום מותר. ושוב אח"ז מצאתי במעיו"ט ריש הלכות קטנות שכ' כן]:

ולפמש"כ דעיקר איסורא אינו אלא מדרבנן הם אמרו בשטר פרוע דהאיסור בתחילה משום שמא שכיב ונפל קמי יתמי ומה גם דבידו להשיב אח השטר תומ"י משא"כ בספר דאין בידו לתקן וצריך מגיה ברוב פעמים ונתנו לו זמן ל' יום כמו כל זמן ב"ד שהוא ל' יום. משא"כ להריטב"א דמשמע מאל תשכן דאין שכונה פחות מל' יום א"כ שטר פרוע נמי כן:

אמנם לפמש"כ הריטב"א וז"ל מכאן ואילך אסור להשהותו משום שנאמר אל תשכן באהליך עולה פי' ואין שכונה פחות מל' יום ע"כ אלמא דמל' יום ואילך האיסור אם הוא משהה שלשה ימים דאין שכונה פחותה מג' ימים. א"כ ה"ה לשטר אמנה ושטר פרוע ליכא איסורא דאל תשכן פחות מג' ימים ובאמנה י"ל איסורא תיכף משום און בידך הרחיקהו אבל פרוע דאינו אלא משום אל תשכן ליכא איסורא בפחות מג' ימים. והא שכ' הריטב"א דאין שכונה פחותה מג' ימים הוא כמו דאמרינן בע"ז (דף כ"א) אר"י ובלבד שלא יעשנה שכינה וכמה שכונה תנא אין שכונה פחות משלשה בני אדם ועיין ביו"ד (סי' ש"מ) ומזה הוציא הריטב"א דה"ה לזמן דאין שכונה פחותה מג' ימים. ויותר נ"ל דט"ס הוא בהריטב"א וכצ"ל שלשים יום מדכ' זה לפירוש הא דמכאן ואילך אסור פי' ואין שכונה פחות מל' וצ"ל קודם סוף שלשים מאחר דמיכן ואילך אסור וכשיהיו שלשים דאז יהי' באל תשכן ולפ"ד הריטב"א דאל תשכן אין פחות מל' יום א"כ גם בפרוע כן:

ומעתה נ"ל הא דאמרינן בב"מ (דף ק"ח) מאי משכנתא דשכונה גבי' למאי נפ"מ לדינא דבר מצרא דזה אינו אלא אי שלשים יום אבל פחות מזה לית בי' משום דינא דב"מ דאין שכונה פחות משלשים יום וכמו שנתבאר בזה כן נ"ל:

גם בהא אי איכא לפני עור בלוה שנותן שטר אמנה. י"ל דהא לבני מערבא אינו אלא עשה דד"ק אם און בידך הרחיקהו ובשטר פרוע הוא ל"ת משום דבשטר פרוע יכול לבוא יותר לתקלה מבשטר אמנה דמיפרע לא דייק משא"כ באמנה. ול"ת חמור מעשה כמבואר ביבמות (דף ז) וא"כ אף דבעשה דד"ת איכא לפני עור כדמשמע מתוס' גיטין (דף י') ד"ה מצת כותי אבל בעשה דד"ק ליכא ל"ע ובפרט דאינו אלא מדרבנן ואף דגם באיסור דרבנן איכא ל"ע מ"מ י"ל דעשה דד"ק קיל ועי' מש"כ (בסי' קפ"ב) בזה. אבל אנן קיי"ל דגם באמנה איכא בל תשכן כמוש"כ (בסי' מ"ו) דעדים שאמרו אמנה הי' דברינו אינם נאמנים דלא חתמי אעולה וא"כ תירוץ הראשון נראה עיקר:

ואף אם המלוה נותן שובר ג"כ איכא משום אל תשכן כמוש"כ הש"ך (בסי' ס"א) וכ"ה ברש"י בשבת (דף ע"ט) וכמוש"כ השע"מ ואם כותב ע"ג שהוא פרוע מהני. אך זה יש להסתפק אם מהני שיכתוב המלוה שובר אצלו ויניחהו אצל השטר או שיכתוב בצידו

שהוא פרוע או שאינו אלא לקיום על חוב אחר. כיון דעיקר החשש שמא יאבד השובר ויחזור ויגבה בשטר כמוש"כ רש"י שם וזה לא שייך כאן דחששא רחוקה היא. שמא יאבד השובר ולא השטר כשמונחים ביחד. וכש"כ אם נכתב בצידו אף דיכול לקרוע מה שנכתב בצידו ולגבות שנית. מ"מ נ"ל דלא חיישינן לזה. והא דכתב הרשב"א בת"ה (שאלה קצ"ה) דאסור להחזיק על חוב אחר שמא ימלך ויתבענו למחר בשטר שנמחל שעבודו. י"ל דל"ד דהתם שפיר איכא האי חששא משום דיש לו חוב אחר עליו אבל שיתבענו בחנם שנית לא חיישינן. ובמחזיק על חוב אחר איכא, איסורא משום און בידך הרחיקהו. דהוי כאמנה דמעיקרא און כמבואר בכתובות שם ומהרשב"א הנ"ל עיי"ש. ומהשו"ע שכ' או יכתוב שובר וימסרנו ללוה לפ"ד הש"ך דמירי באיסורא ואפ"ה בעינן שימסרנו ללוה. משמע דלא סגי במה שיהי' אצלו השובר לבד. ועיין מש"כ ביו"ד (סי' קע"ז) בעיסקא להקל בנכתב בצד השטר או שמניח אצל השטר וה"ה כאן. ומעתה מש"כ המהרש"א בסוכה (דף כ"ח) תוכחת מגולה על משהה שטר פרוע על חוב אחר מבואר להדיא כן ברשב"א הנ"ל וכמוש"כ:

ובמדרש פ' בהר דרשו על הא דכתיב (ישעי' נ"ח) אם תסיר מתוכך מוטה זה משהה שטר פרוע. והוא כמוש"כ למעלה בדברינו דעול הוא בסתר ואון הוא בגלוי ודרך הכתוב לפעמים להקדים עול לאון כמו זורע עולה יקצר און. וכן ביארנו הא שכתוב בתהלים אף בלב עולות תפעלון שהוא בסתר בארץ חמס ידיכם תפלסון שהוא בגלוי כדדרשינן בנדה (דף מ"ב) מה ידיו מאבראי שהוא בגלוי עיי"ש. וזה שאמר אם תסור מתוכך מוטה שהוא עול כדדריש בכתובות (דף י"ט) אל תשכן באהליך עולה זה שטר פרוע. ומסיים שלח אצבע ודבר און שהוא בגלוי ואשרי אדם שאינו משהה שטר פרוע ויקוים בו הברכות המבוארים בישעי' שם בזה:

נלפע"ד דאפילו אם נתרצה הלוה שיהי' אצל המלוה השטר פרוע ואמר אני מאמין אותו מ"מ אין המלוה רשאי להשהות אצלו וכן משמע לי מהא דבכתובות (דף י"ט) דריש מאם און בידך הרחיקהו זה שטר פסים כו' ואל תשכן וגו' זה שטר פרוע והרי שטר פסים ושטר אמנה ברצון הלוה היא. ואפי"ה אסור א"כ ה"ה לשטר פרוע. ומצאתי בתשב"ץ (ח"א סי' כ"ד) שכ"כ בפשיטות. ובאו"ת כתב דריצוי הלוה מהני והנתיבות חולק עליו. והרי להדיא מבואר בתשב"ץ דלא מהני וכ"ה בש"ך לקמן (סימן ס"א ס"ק ט"ז) עיי"ש בזה:

ואם יש לו להמלוה עוד דו"ד ג"כ אינו רשאי להחזיק בשביל זה שטר פרוע וכמוש"כ המהרש"א בסוכה שם (דף כ"ט). ואפילו מאן דמיקל לאשהויי משום פשיטי דספרא שאני התם דהחוב הוא מזה העסק משא"כ בעסק אחר וכזה מבואר בנה"מ ג"כ. וכמוש"כ

מהרש"א מצאתי בתשובת הרשב"א ח"ה (שאלה קצ"ה) שכ"כ בפשיטות. והא שכתב הש"ך דאפילו כולו פרוע יכול לתפוס על דבר אחר אין זה אלא אם כתב על גבי השטר אבל בלא"ה אסור וכמו שביארנו: ואם מותר שטר אמנה ע"י שישלישו אותו מבואר בתשובת הרי"ף (שאלה רמ"ב) דאסור וז"ל שם ואפי' ע"י שליש אסור ליתנו שמא ימות השליש ויפול לידי מי שנכתב על שמו ויתבענו ע"כ. ועיין בב"י ביו"ד (סי' קע"ז) בבד"ה שם שהביא דעת הריטב"א מהא דב"מ (דף ס"ח) דלא יכלול הרבית עם הקרן שמא יפול קמי יתמי דביד שליש מותר וא"כ ה"ה כאן:

אבל מותר להשהות שטר של מנה אעפ"י שאינו חייב אלא חמשים והוא שיכתוב שובר על גביו ממה שנפרע ועיין ש"ך דאף בלא כתיבת שובר מותר דלא שייך אל תשכן אלא כשאינו צריך לשטר עוד. ולא כשעדיין צריך לשטר. ונ"ל להביא ראי' לזה מהא דתנן בכתובות (דף נ"ד) ר"י אומר רצה כותב לבתולה מאתים והיא כותבת התקבלתי מנה. ולאלמנה מנה והיא כותבת התקבלתי חמשים זוז. ופריך שם (דף נ"ו) טעמא דכתבה לי' אבל ע"פ לא והא שמעינן לי' לר"י דאמר דבר שבממון תנאו קיים. וקשה מאי פריך הא י"ל דלכך קתני והיא כותבת דלא תהא עוברת משום אל תשכן שבהכתובה כחוב מאתים ובאמת אין לה אלא מנה. לכך כותבת שובר דאז ליכא משום אל תשכן וגו' אבל לעולם לענין עצם המחילה י"ל דגם בע"פ מהני. א"ו מוכח כדעת הש"ך דאפי' בלא כתיבת שובר ליכא איסורא דאל תשכן בגוונא דא שעדיין צריך לשטרא:

מיהו יש לדחות עפמש"כ התוס' בכתובות שם דמאי פריך. דילמא מאי כותב אומר ותי' דמדקתני בברייתא שם (דף נ"ו) רמ"א כל הפוחת לבתולה ממאתים ולאלמנה ממנה ה"ז בעילת זנות ר' יוסי אומר רשאי. ר' יהודה אומר כותבת אלמא דדוקא כותבת קאמר. וה"נ כיון דר' יוסי אומר רשאי. והוא ג"כ ודאי דס"ל לאו דאל תשכן. ואפי"ה לא בעי כתיבה משום דלא מיירי בזה אלא בעיקר המחילה וה"נ ר' יהודה דס"ל כותבת לא קאי אלאו דאל תשכן אלא אעיקר המחילה. ועיין ביאור הגר"א שמשמע דבשובר ליכא דין פוגם שטרו ועיין לקמן (סי' פ"ד ס"א) ובביאור הגר"א שם ומהרי"ט (ח"ב סי' קכ"ג) וצל"ע:

הש"ך (בסי' ס"א) כתב דאף דכותב לו שובר מ"מ אם משהה השטר פרוע עובר משום אל תשכן וגו' דשמא יאבד השובר. והוא עפמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ט) והרא"ש המובא בשיטה שם. דעולה נקרא אף שעתה אמת אלא שאח"כ נתגלגל הדבר לשקר נקרא עילה עיי"ש. וא"כ כיון שיוכל לבוא לידי שקר שייך בזה אל תשכן באהליך עולה ודו"ק. וכן מבואר להדיא בשו"ת הרא"ש ובשו"ת חיים שאל (סי' נ"א) דאפי' בכותב שובר איכא ג"כ הך איסורא דד"ק:

סימן נח

סעיף א':

הרא"ש ז"ל בפרק שבועת הדיינין כתב בטעמא דמהימן לומר סטראי במגו אבל בלא מגו לא מהימן משום דחזקה לא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ. וא"כ הוי טענת סטראי טענה גרועה וע"כ בעינן מנו לזה. ולפ"ז בטוען סטראי שיש לו מלוה בשטר אחרת דלא שייך חזקה זו מהימן גם בלא מגו וכן כתב מהרח"ש (בתו"ח סי' ל"ה) בדעת הרא"ש עי"ש. אך דעת התומים דגם להרא"ש ז"ל אף כשטוען סטראי על שטר אחר בעינן מגו עיי"ש:

כתב המל"מ (פי"ד מהל' מלוה ה"ט) עוד נסתפקתי ברין זה אם השטר עדיין הוא בתוך זמנו אי אמרינן חזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו ובודאי מחוב אחר הוא כדברי המלוה. ומי שידקדק בשו"ת הרא"ש (כלל מ"ז סי' ג) יראה משם דבכה"ג נאמן המלוה לומר סטראי נינהו עכ"ל. ובנתיבות כתב ע"ז וחפשתי ולא מצאתי אותו בתשובת הרא"ש וצ"ע בדין זה דמדברי הפוסקים משמע שאין לחלק ע"כ. אכן כוונת המל"מ מבואר וט"ס הוא שם. וצ"ל (כלל ע"ז סימן ג) שנשאל שם על מי שהוציא שטר שזמנו ה' אדר והוציא הלוה שובר שנכתב בו שמחל לו כל תביעות שיש לו עליו עד ה' אדר אי נימא שהורע השטר מחמת השובר. והשיב דאע"ג דאמרינן בב"מ לא פרע אינש ביומא היינו כשאין הלוה טוען ברי שפרע אבל בטוען ברי לא אמרינן כן לענין היכא דנפל השטר וכ"ש בנדון דידן שיש שובר שפרע ואע"ג דאמרינן סתם הלואה ל' יום. מ"מ לא אמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו רק בקביעות זמן. והובא תשובת הרא"ש הלז בב"י (סי' עג וסי' ע"ח) והמל"מ (בפי"א מהל' מלוה דין ו') הביא להא דתשו' הרא"ש הנ"ל והקשה שם דכי קבע זמן מאי הוי הא איכא שובר. ותירץ דאע"ג דאיכא שובר אם הי' כקובע זמן. הוה אמרינן שהשובר נכתב קודם השטר הרי קמן דאפי' איכא שובר שפרע אמרינן שהשובר לא על זה נכתב משום חזקה דתוך זמנו. א"כ ה"ה בפרעו בעדים אמרינן כן דהפרעון לא הי' ע"ז השטר משום דהוא תוך זמנו. וא"ש דברי המל"מ על נכון. ובתשובת הרשב"א (ח"ג סי' ג) נשאל על שאלת הרא"ש הנ"ל והשיב נ"ב דע"י השובר איתרע חזקה דפרעון בת יומא. ובגדו"ת (שער ט"ז) כ' דהריב"ש כ' דשובר מגרע חזקה דפרעון בת יומא וחזקה דתוך זמנו א"כ מבואר מזה דשובר מגרע חזקה דתוך זמנו וה"ה לעדים וא"כ הדבר במחלוקת שנוי' דלהרא"ש והרשב"א כיון דלא מהני שובר בחזקה דתוך זמנו ה"ה עדים ולהריב"ש דמהני שובר ה"ה לעדים ג"כ:

ובשו"ת הר"א ששון (שאלה ע"ד) מבואר להדיא דבתוך זמנו אף אם פרע בעדים יכול לומר סטראי עי"ש שכתב דלפ"מ שכ' הרא"ש דלכך אם פרע בעדים אינו נאמן לומר סטראי משום דחזקה לא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ דבתוך זמנו איכא חזקה להיפוך עי"ש. אכן בשו"ת בשמים ראש (המכונים להרא"ש) בסי' מ"ב כתב להדיא דאפי' אם טען שהשטר לא הי' עדיין זמנו להפרע וזה החוב שפרעתי כבר שלים זימני' ואפי' א"נ חזי' דלא שלים זימני' דשטרא נמי אתרי שהלואה אחרת לא נודע כלל. ויעוי"ש בכסא דהרסנא. הרי להדיא דאינו נאמן בזה. לכן נ"ל דזה הוי ספיקא דדינא בזה כן נלפע"ד:

אבל אם לא הזכיר לו שיקח השטר פטור הואיל ולא א"ל ליתנם בפני עדים. המבי"ט בחלק ב' (שאלה רל"ב) כתב דאם הי' השליח בשכר הו"ל לאסוקי אדעתי' וליתנם בפני עדים. וכן אם הי' המלוה עכו"ם עי"ש. והש"ך כתב ע"ז ואין דבריו מוכרחים וצ"ע לדינא וכ"כ המפרשים. והכנה"ג הביאו ג"כ. ושמהרשד"ם מבואר דפשיטא לי' במלוה עכו"ם דחייב והוא תמוה דהא כ' הנ"י בפ"ג דב"מ (דף ל"ה) בסרסור שא"ל למשכן אצל פלוני פטור אפי' לא השכין בעדים והובא לקמן (סי' קפ"ה) אף דסרסור שומר שכר הוי כמבואר שם. והסמ"ע כתב בשם הרשב"א וכן הובא בבאה"ג דגם אם השכין אצל עכו"ם ונוטל השליח שכר ע"ז נמי פטור הואיל ולא א"ל מידי ליתנם בפני עדים הרי מבואר כל זה להדיא דלא כמבי"ט ואין שום ספק בזה. וכן משמע מסתימת הפוסקים בזה וכן עיקר:

סימן נט

סעיף א':

אומר אינו יודע. בבעה"ת מביא שני דיעות בזה. והכריע דאינו גובה משום דדמי לחשוד דאפיק שטרא משום שא"י לישבע אבל אנן קיי"ל דאינו גובה ולאו מטעמא דדמי לחשוד דבחשוד גופא קי"ל דגובה בלא שבועה אלא משום דחזקת ממון מסייע לברי דלוה ובזה לכו"ע ברי עדיף. וכיוצא בזה מבואר לקמן (סי' ע"ב) ברמ"א לוה שאמר למלוה על משכון פרעתיך כך וכך והמלוה אומר אמת פרעתני אבל איני יודע כמה הלוה נאמן במה שאומר דמלוה אין לו על המשכון רק שיעבוד. והוי כאילו הוא התובע ואין אדם מוציא מאחר בטענת ספק. והנה אף כי זה הוא דבר פשוט דהיכא דחזקת ממון מסייע לברי דברי עדיף ואין התובע בטענת ספק מוציא ממנו. עכ"ז לא אמנע מהביא ראיות לזה וממילא רווחא שמעתתא:

ראשונה מתבאר דברי עם חזקת ממון ברי עדיף מהא שכתבו התוס' בב"מ (דף קט"ז) ד"ה לימא תהוי תיובתא דר"נ וז"ל ואע"ג דטעמא דר"נ משום דאוקי ממונא בחזקת מארי'

והכא אוקימנא דקיימא ברה"ר או בחצר של שניהם שאין האחד מוחזק יותר מחברו מ"מ בהכי חשיב מוחזק שאנו יודעין שהחצי שלו. לכך פריך שפיר. ועוד דבפ' השואל פי' דכל ממון המוטל בספק חשוב כאילו שניהם מוחזקין עכ"ל. הרי להדיא דהיכא דליכא חזקת ממונא לבעל השמא גם ר"נ מודה דברי עדיף וטעמא משום דשניהם מוחזקין. הא היכא דאחד מוחזק וטוען ברי בודאי ברי עדיף:

וכן מתבאר מהא דתנן בהשואל (דף צ"ז) המשאיל אומר שאולה מתה. ביום שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב. השוכר אומר שכורה מתה. ביום שהיתה שכורה מתה. בשעה שהיתה שכורה מתה. והלה אומר איני יודע פטור ובגמ' לימא תהוי תיובתא דר"נ כו' כגון שיש עסק שבועה ביניהם. ובתוס' שם ומ"מ כשהמשאיל טוען שמא והשוכר טוען ברי פטור השוכר משבועה שאין המשאיל יכול להשביעו מספק הרי להדיא דהשואל שהוא מוחזק וטוען ברי פטור גם לר"נ דס"ל דלא אמרינן ברי עדיף והכ"נ במלוה טוען שמא ולוה טוען ברי ומוחזק דפטור הלוה:

וכמו כן מבואר נמי בפרק השואל (דף ק') הי' לו ב' עבדים אחד גדול ואחד קטן וכן ב' שדות אחת גדולה ואחת קטנה כו' המוכר אומר קטן מכרתי והלה אומר איני יודע אין לו אלא קטן ולמ"ד לא אמרינן ברי עדיף אמאי אין לו אלא קטן א"ו משום דהברי מוחזק ג"כ וכ"ה להדיא בחידושי הרמב"ן בב"ב (דף ל"ד) עי"ש:

אך את זה יש לחקור אם במקום שהטוען שמא לא הו"ל למידע ואידך טוען ברי ומוחזק ג"כ דינא הכי דברי עדיף. או דילמא כיון דלא הו"ל למידע אין טענתו גרוע כמוש"כ התוס' בכמה דוכתי דאפילו למ"ד מנה לי בידך והלה אומר א"י דחייב מ"מ היכא דלא הו"ל למידע פטור ולא אמרינן בזה ברי עדיף. וה"נ היכא דהוא מוחזק ג"כ לא אמרינן בזה ברי עדיף. כיון דלא הו"ל למידע לבעל השמא. ולפ"מ שנתבאר דהא דאין המלוה גובה בשטר הוא משום דהלוה ברי ומוחזק והמלוה טוען שמא ובזה ברי עדיף א"כ מתבאר דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרינן בזה ברי עדיף. דהא כתב המבי"ט (בח"ב סי' רי"ב) והביאו הש"ך לקמן (סי' קכ"ב ס"ק י"ז) דהיכא דלא הו"ל לבעל השטר למידע אף שטוען שמא גובה בו. וש"מ דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרינן בזה חזקת ממון וברי עדיף:

והנה לפמש"כ בבעה"ת (ח"ב שער ל"ט) שהביא תשובת רמב"ן שכתב וז"ל ואל תטעה במה שאמרו מקצת מחברים דלא איתמר הכי אלא במנה לי בידך דהו"ל לי' למידע דהא טעותא היא והכי מוכח בפרק הבית והעלי' דאפילו היכא דלא הו"ל למידע חייב ושייך בי' נמי מחויב שבועה ואיל"מ וכן בפרק השואל ובמקומות אחרים עכ"ל. וא"כ משמע להדיא דאף היכא דלא הו"ל למידע כיון דאידך טוען ברי ומוחזק פטור. כיון דהאי דפרק

השואל מקרי לא הו"ל למידע ואפי"ה קתני והלה אומר א"י פטור וכמוש"כ לעיל. מיהו יש לדחות דהשואל הוא דמקרי לא הו"ל למידע משא"כ המשאיל שהבהמות שלו שפיר הו"ל למידע כמוש"כ הש"מ שם:

וראי' לזה דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרינן ברי ומוחזק עדיף מהא שכתבו התוס' בב"ק (דף ל"ה) ד"ה מדסיפא שכתבו וז"ל אבל מסיפא גופא ליכא למיפרך דאיכא למימר כיון דאיכא הודאה במקצת שהרי מודה שהקטן הזיקו לכל הפחות הילכך איכא למימר דקאמר סומכוס חולקים אע"ג דניזק קאמר שמא ומזיק ברי וא"ת ונימא ברי ושמא ברי עדיף כדקאמר ר' יהודא בהגוזל בתרא גבי מנה לי בידך והלה אמר א"י. ויש לומר דהתם הוי ברי טוב. שלא יהי' לו פנים לשקר כיון שחברו יכול לידע בשקרו זה. והשמא אינו טיב שאין זוכר שחייב לו ומוכחא מילתא דחייב לו. אבל הכא ברי שלו גרוע שידע בחברו שאין יכול להכחישו ולכך טוען ברי והוא נמי דקאמר שמא לפי שלא ראה המעשה הילכך לא אמרינן ברי עדיף עכ"ל והרי הכא הניזק שבא לתבוע אומר שמא והמזיק אומר ברי והוא מוחזק ג"כ ואפי"ה כתבו משום דלא הו"ל למידע לא אמרינן ברי עדיף. וע"כ שפיר כתב המבי"ט דאם לא הי' לו לבעל השטר למידע אז גובה בו. [עיין תומים שכתב דקושיית התוס' בב"ק הוא לכו"ע כיון דאין חזקת ממון מסייע לו עיי"ש. והוא תמוה. דהא נקטו בהדיא לרבי יהודא דוקא משמע דלר"נ לא קשיא להו מידי, וכבר ביארתי זה במ"א ואכמ"ל בזה]:

והנה בב"ב (דף ל"ו) בעובדא דהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא דאמר רב נחמן דיכול לטעון עד כדי דמיהן מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי וכתבו התוס' בב"ק (דף ק"ז) דאמרינן מגו דהעזה אף שכשיטעון שאכלו עד כדי דמיהן אין הלה מכיר בשקרו משא"כ כשהלה יטעון לקוחה היא בידי מכיר בשקרו עי"ש א"כ משמע דמפרשי דבעל עיזי דאכלי חושלא טוען שמא וקשה א"כ למה הוצרך ר"נ לומר דנאמן במגו הא גם בלא מגו ג"כ נאמן אף דס"ל לר"נ דלא אמרינן ברי עדיף מ"מ היכא דמוחזק. מודה דאמרינן ברי עדיף וכיון שטוען ברי ומוחזק בהני עיזי פשיטא דמהימן שכך וכך אכלו וכמוש"כ:

ומוכח מזה לכאורה סברת תוס' בב"ק הנ"ל דבמקום דלא הו"ל למידע אף אם טוען ברי ומוחזק ג"כ אינו נאמן, אמנם זה אינו אלא לפי הבנת התוס' בפ' הגוזל דההוא דחושלא מיירי דבעל העזים טוען שמא. אבל לפ"מ שכתבו בב"ב (דף נ"ב) דמיירי שבעל העזים טוען שלא אכלו כל כך. וא"כ הוי ברי וברי. אינו ראי' מכאן. וממתני' דכתובות (דף ט"ו) באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתי' ממך דנאמן במגו לפרש"י שם שאין היורש יודע. וקשה ל"ל למגו הא בלא"ה הוי ברי ומוחזק. ומבואר מזה דבלא הו"ל למידע לא חשיב

טענת ברי ומוחזקת דאידך ג"כ אין ראי' לפמש"כ הרא"ש בכתובות שם דטענת יורשים מיחשב כטענת ברי דלא טענינן להו עי"ש:

ועפ"י הדברים האלה יתיישב היטב מש"כ הרשב"ם בב"ב (דף צ"ב) דלסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין אפי' חד מינייהו טוען ברי ואידך שמא. והקשה בגליון הש"ס מהא דפרק השואל דמוכח שם מדקתני כשהשואל טוען ברי ומשאיל שמא דפטור ואוקים הש"ס מתניתין כסומכוס אלמא דהיכא דהוא מוחזק וטוען ברי לא אמרינן יחלוקו אפי' לסומכוס. אך לפי דברינו ניחא דהרשב"ם כתב כן בשור שנגח את הפרה דלא הו"ל למידע כמוש"כ התוס' בב"ק ריש פרק הפרה ובזה לא אמרינן ברי עדיף לכך יחלוקו משום דהוי כברי וברי וסומכוס ס"ל אפי' בברי וברי משא"כ בהשואל דהו"ל למשאיל למידע כמוש"כ באס"ז שם. לכך השואל שטוען ברי עדיף ופטור וא"ש ונכון ודו"ק: כתב הנתיבות והא דאמרינן דכשהמלוה טוען איני יודע אינו גובה בו היינו כשמסופקין בפרעון אם פרע לו. אבל כשמודה שלא נפרע השטר. רק שהלוה טוען שמגיע לו חיב אחר כנגדו כיון דזה גובה וזה גובה לא נתבטל השטר. והדרינן לכללא דאינו יודע אם נתחייבתי לך ונשבע המלוה ופטור. וסותר משנתו שכתב (בסי' ע"ב ס"ק ל"ז. וסי' כ"ד וסי' ע"ה וסי' פ"ב ס"ק ס') דבטוענת יש לי בידך כנגדו. לא אמרינן זה וזה גובה. כיון דמחשב זאת לפרעון עי"ש בזה:

בס' קצוה"ח כתב ראי' דהיכא דהמלוה טוען שמא אינו גובה בשטרו מהא דאמרינן בפ' הכותב בטעמא דפוגמת צריך שבועה משים דפרע דייק דמיפרע לא דייק ומבואר בתוס' שם דמספיקא אומר כן. ואי גובה מספק נהי דלא דייק ויאמר בפני הב"ד דאינו יודע נמי גובה ושבועה זו מה טיבה. ולא נהירא דהא מבואר בפ' הכותב שם. ורמי שבועה עלה כי היכי דתידוק דמשום חומר השבועה דייק ורמי אנפשי' ויודה שנפרע כולו. וא"כ נהי דאם הי' טוען איני יודע הי' גובה בו. מ"מ שבועה רמי עלי' כי היכי דיהא דייק ורמי אנפשי' ויודה להלוה ואין השבועה שיודה שאמור מספיקא אלא שיהא רמי אנפשי' וידכר שנפרע לגמרי כטענת הלוה:

כתב הנתיבות אבל כשמת המלוה ומצאו היורשים השטר ואינם יודעין מה טיבו נשבעין שבועת היורשין של פקדנו וגובין והוא מבואר להדיא בבעה"ת (ח"ג שער נ"ג) עי"ש:

עוד כתב לדון דבמת הלוה אין צריך להחזיר השטר ליורשים אלא משלישו בב"ד. וראי' שלו מהא דב"מ (דף כ') מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו יהא מונח. וקשה הא הבעה"ת כ' והביאו הש"ך דצריך להחזיר השטר ללוה ואמאי יהא מונח א"ו כשמת הלוה מיירי דא"צ להחזיר ליורשים. אמנם זה אינו דכבר הקשה כן הבעה"ת שם. וז"ל

וא"ת למה שנינו במשנתינו יהא מונח עד שיבוא אלי'. ומשמע שאין אנו מוציאין אותו מתחת ידו של מלוה ולמעלה פסקנו כי מן הדין חייב להחזיר השטר ללוה. הא לא קשיא לן שאין אנו פוסקין דיננו במשנתינו אלא בזמן שהלוה שותק ואינו בא לדין עם המלוה על שטרו. והיינו דמוקמינן לה להוא בשמצא בין שטרות פרועין דדוקא כשמצא בין שטרות קרועין יהא מונח עד שיבוא אלי'. ואסור לו ליתבע כי יש לחוש שמא שכת הלוה אם פרע או לאו. ואולי יכשילהו שיודה לו מה שכבר פרע אבל לא מצא בין שטרות קרועין בודאי נדון שיתבעם ולא יניחם עד שיבוא אלי'. ואם יודה הלוה יפרעהו ואם יטעון פרעתי נדון בזה דין של מעלה שיפטר ואין עליו אלא ח"ס אבל היכא דלוה תובע למלוה שיחזיר לו שטרו וכבר פרעו ומלוה טוען שאינו יודע בהא לא איירי כלל במשנתינו כו' והר"י אלברצלוני תי' ענין זה על דרך אחר כו' ע"כ הרי דכבר עמדו הראשונים ז"ל בזה. ולבעה"ת אין זה הוכחה. ואך להר"י אלברצלוני וא"כ לפ"מ דנתבאר בזה אין הדבר פשוט כל כך:

סימן ס

סעיף א':

דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיח. בש"ך (סי' ק' ס"ק ז') כתב דבממרמ"י דשכיח שקונין זה מזה איכא תקנת השוק וגם הא דליכא תקנת השוק בשטרות משום דברשותו עדיין למחול ובממרמ"י דלא מהני מחילה איכא תקנת השוק עי"ש וא"כ בת"כ שלנו דשכיח דקונין זה מזה וגם לא מהני מחילה כמוש"כ החכ"צ (שאלה קמ"ח) ועיין מש"כ לקמן (בסימן ס"ו) לכן איתא בזה תקנת השוק כן נ"ל בזה:

סעיף כ':

המתחייב בדבר שאינו קצוב והקשו עליו מהא דפריך בפ"ד דקדושין יכיר ל"ל בצריך היכרא למאי הילכתא לתת לו פי שנים פשיטא למה לי קרא מגו דאי בעי מיתבא לי' מתנה מי לא יהיב לי'. ולהרמב"ם הא הוי דבר שאינו קצוב. וי"ל לפ"מ שכ' הלח"מ דדבר שאינו קצוב הוא משום אסמכתא והרי השעה"מ בה' מכירה כתב דבבנו לא שייך אסמכתא כיון דדעתו של אדם קרובה אצל בנו לכך פריך שפיר יכיר ל"ל וזה נכון:

ובזה ניחא מה שמקשים מההיא עובדא דר"ג וזקנים בפ"ק דב"מ עישור שאני עתיד למוד נתין ליהושע ומקימו מושכר לו דהא הוי דבר שאינו קצוב. וכן בפ' הזהב (דף נ"ח) ורמינהו השוכר את הפועל לשמור כו' בשקנו מידו דהא הוי ג"כ דבר שאינו קצוב. אי נימא דמשעת שאלה משתעבד דשמא יתייקר. אכן לפמש"כ לעיל דטעמא דדבר שאינו

קצוב לא מהני הוא משום דדמי לאסמכתא והרי בהקדש מהני אסמכתא כמבואר (בסי' ר"ז) לכן גם דבר שאינו קצוב מהני:

ולפ"ז במתנת שכ"מ דמהני בי' אסמכתא כמוש"כ המרדכי בפ"ד דב"ק דכל עיקרו הוי אסמכתא אם ימות תנו עי"ש גם דבר שאין קצוב מהני ובמל"מ (פ"ת מה' זכי' ומתנה ה"ב) כתב בשם פוסקים אחרונים דמהני במתנת שכ"מ דבר שאינו קצוב וצ"ע דהא קיי"ל מילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ אבל לפמש"כ אחי שפיר:

עוד הקשו מהא דאמרינן בכתובות (דף ק"ב) מאי לאו כה"ג כו' דהא המקשה דלא אסיק אדעתי' הך דרב גידל ואפי"ה לא הקשה אלא לר"ל אבל לר' יוחנן ניחא אע"ג דהו"ל דבר שאינו קצוב כן הוא בראב"ד (פי"א ממכירה) ולפ"מ שנתבאר דטעמא דלא מהני דבר שאינו קצוב הוא משים אסמכתא א"ש בפשיטות. דע"כ הי' ניחא לר' יוחנן אע"ג דהוי דבר שאינו קצוב דהרי בב"ב (דף קס"ח) אמר ר' יוחנן הלכה כר' יוסי במי שפרע מקצת חובו דאסמכתא קניא. ולא עוד אלא דלדידי' גם לר' יהודה אסמכתא קניא ולא אסור אלא משום דאסיר ליהנות ממון חברו וכדאמר בב"מ (דף קי"ז) עי"ש לכן לשיטתו מהני דבר שאינו קצוב ג"כ. ועיין בטור לקמן (סו' רל"ב) דגם מוחל בדבר שאינו קצוב לא מהני. וצ"ע בזה דהא להרמב"ם לא מהני אינו קצוב משום אסמכתא. והרמב"ם הא ס"ל דבמחילה לית בי' משום אסמכתא כמוש"כ הר"ן בנדרים (דף כ"ז) ויבואר במ"א:

הש"ך לקמן (סי' ע"ג) כתב בשם מהרש"ק דאם נשבע לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב גם הרמב"ם מודה דחייב לקיים שבועתו ועיין לקמן (סי' קל"ב) מש"כ בזה ובמל"מ (פי"א ממכירה) תמה עליו עי"ש:

והיכא דמנהג הסוחרים להקנות או למחול דבר שאינו קצוב כתב רדב"ז בתשובה (סי' קל"ו) דלכ"ע מהני. ועיין תשובת רש"ך (ח"א סי' ע"ה). וראי' לזה נ"ל מהא שכ' התוס' בב"מ (דף ס"ו) ומיהו קנס שעושין בשעת שידוכין מהני אפי' לא קנו בב"ד חשוב כיון שנוהגין בכל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן ודף ע"ד דקניא ע"כ. וכיון דהא דדבר שאינו קצוב לא מהני הוא משום אסמכתא וכמוש"כ הלח"מ (בפכ"ה ממלוה) בשם מהריב"ל וכיון דמנהגא מהני בשידוכין לאפוקי מאסמכתא ה"נ בדבר שאינו קצוב ולא דמי להא שכ' המרדכי בשבת פ' הבונה דבדבר שלא בא לא מהני מנהגא דהתם לאו בר קנין הוא כלל משא"כ הכא דבב"ד חשוב ודאי מהני בי' קנין ומש"כ המל"מ דבמכירה גם הרמב"ם מודה דמהני גם בדבר שאינו קצוב עיין מש"כ לקמן (סי' קע"ו) בזה:

והנה באו"ת הביא ראי' להרמב"ם מהא דאמרינן בגיטין (דף נ"א) תנאי היא דתניא אין מוציאין לאכילת פירות לשבח קרקעות ולמזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני

תיקון העולם אמר ר' יוסי וכי מה תיקון העולם יש בזה והלא אין קצובין ופרש"י דעפ"י דין אינן גובין מלקוחות לפי שאינן קצובין. והקשו בתוס' דהא ר' חנינא לפרושי מתני' קאתי. ובמתני' קתני מפני תיקון העולם. לכן תי' דבאמת עפ"י דין גם מבני תרי לא גבי משום שאינן קצובין אלא דחכמים תקנו דמבני חרי מיהא גבי משא"כ לגבי לקוחות אוקמי אדינא עי"ש והוא תמוה דהרי טעמא דדבר שאינו קצוב לא מהני הוא משום דדמי לאסמכתא. וברמב"ם כתב זה אצל דיני אסמכתא. ור' יוסי הא אית לי' בנדרים (דף כ"ז) דאסמכתא קניא עי"ש:

אם ברבים מהני להרמב"ם בדבר שאינו קצוב לפ"מ דקיי"ל לקמן (סי' קס"ג) דדברי הקהל אין צריכין קנין א"כ ה"ה דדבר שאינו קצוב מהני ומצאתי להראנ"ח (ח"ב שאלה ס"נ) שכתב דמהני עי"ש בזה:

סעיף ג':

לזון חבירו סתם. הבית אפרים (שאלה ע"ה) כתב בשטר שכתבו שנתחייב שמעון לזון את ראובן כמה שנים דעכ"פ צריך ליתן לו שלש שנים דלישנא דכמה שנים לטפוי' אתא ואפילו טובא משמע אלא דיד בעל השטר על התחתונה. ואינו יכול להוציא ממנו יותר משלש שנים אבל שלש צריך ליתן לו והאריך שם בראיות מן הש"ס בהאי לישנא דכמה עי"ש. וכן משמע מהא דב"מ (דף ס"ח) ושהינא כמה עדנין ומבואר בפרש"י שם בד"ה שפיר דמי. שלש שנים אלמא דכמה הוי שלש שנים:

ועיין יומא (דף פ"ז) אשריהם לצדיקים לא דיין שהן זוכין אלא שמזכין לבניהם ולבני בניהם עד סוף כל הדורות שכמה בנים היו לו לאהרן שראויין לישרף כנדב ואביהוא שנאמר הנותרים וכו' אלא שעמד להם זכות אביהם. והרי הנותרים לא היו אלא שנים אלעזר ואיתמר ואפי"ה קאמר כמה אלמא דהלשון כמה הונח על שנים ג"כ. ובב"ח הגירסא הרבה בנים והוא כמו שאמר לקמן הרבה בנים היו לכנען. ועיין ברש"י כריתות (דף ב') ד"ה נזיר דהרבה לא שייך על שנים רק על שלשה והוא על דרך שאמרו בגיטין (דף מ"ו) לחד מ"ד וכמה רבים שלשה] וא"כ לא שייך לומר הרבה בנים היו לו שראויין לישרף כנדב ואביהוא והרי לא היו לו אלא עוד שנים. ואדרבא מזה ראי' לדברינו מדאמר לקמן בכנען הרבה ובבני אהרן קאמר כמה ש"מ דשנים שייך ג"כ כמה. וזה לא שייך לומר דהרבה הוא בצירוף נדב ואביהוא דמדקאמר כנדב ואביהוא משמע דכמה בלא צירוף:

וצ"ע בהא דסנהדרין (דף כ"ט) הרבה טענות וכו' ואינו מסיק אלא חדא דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ובמהרש"א פי' דאיכא עוד טענה דכל המוסיף גורע ואינו מספיק לדברי רש"י הנ"ל דלשון הרבה הוא שלשה. ואכמק"ל ובבכורות (דף מ"ג) גבן

שיש לו גבינין הרבה ופרש"י שתי גבות. אלמא דגם לשנים שייך הלשון הרבה. ובחולין (דף קל"ה) וכמה מרובה ב"ש אומרים שתי רחילות כו'. ודוחק לומר משום דקתני תני מרובה ג"כ ובמ"א יבואר:

(שם ברמ"א) ואין מלבושים בכלל מזונות אא"כ אמר אזון ואפרנס ועיין רש"י כתובות (דף ק"ו) וגיטין (דף ס"ה) ושם (דף י"ב) דמזונות הוא כדי חייו ופרנסה הוא שאר צרכי הגוף לבוש וכסות וכן השיגו התוס' בב"ב (דף קל"ט) על פרשב"ם שכתב בהדי מזונות פרנסה דמזונות היינו אכילה ושתי' ופרנסה היינו צרכי הנישואין והביאו מהא דכתובות (דף ס"ח) מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות וקתני נמי הבנות ניזונות ומפרנס' ומסיימי דכן מוכח בכמה דוכתי דתרי מילי נינהו עי"ש. ושם (דף קל"ט) אין הגדולים וכו' כתב הרשב"ם בעצמו כן. ונראה פשוט דאם אמר אפרנס גם מזונות בכלל דמצינו דמזונות נקרא פרנסה בכמה דוכתי כמו בכתובות (דף ס"ז) יתום ויתומה שבאו להתפרנס ופירש"י מזונות [והרשב"א פי' דמיירי בכסות] ושם (דף ס"ח) הבנות ניזונות ומפרנסת כו' מאי לאו אחת פרנסת הבעל ואחת פרנסת עצמה לא אידי ואידי פרנסת עצמה ולא קשיא הא באכילה ושתי' והא בלבושא וכסותא. ושם (דף ק"ז) ברש"י ד"ה ומפרנסת מזוני אית לה. ובהא דעמד ופירנס את אשתו עי"ש וסיכה (דף ל"ט) וימן המלך ויפרנס המלך ובברכות (דף ל"ג) מתוך שהיא פרנסה ובתענית פ"ק גשמים היינו פרנסה ובפ"ק דב"ב פרנסני אין בודקין אותו דלמלבוש בודקין אותו ועוד שם בעובדא דאשה פרנסני עי"ש וביבמות (דף ס"ו) ברש"י ד"ה פרנסה. ובמ"ר ויקרא (פי"ט ושם פל"ה) הרי להדיא דמזונות נקרא פרנסה. וברש"י ב"מ (דף מ"ו) כל צורך סיפוק קרי פרנסה עכ"ל. וא"כ נתבאר מזה דאם אמר אזון אין שאר צרכי הגוף בכלל משא"כ אם אמר אפרנס תרתי למעליותא מזונות ופרנסה וכמו שכתבנו:

ומעתה מבואר היטב הא דאיתא בטוש"ע יו"ד (סי' רנ"א) ומעת איש ואשה שבאו לשאול מזון מקדימין אשה לאיש וכן אם באו לשאול כסות והוא מברייתא כתובות (דף ס"ז) יתום ויתומה שבאו להתפרנס מפרנסין את היתומה ואח"כ אח היתום וכתב הב"י דמשמע דפרנסה היינו בין כסות ובין מזון דטעמא דהאיש דרכו לחזור שייך בין במזון בין בכסות עכ"ל. ולפמש"כ לשון פרנסה כולל בין מזון בין כסות. גם יש לדעת דמזוני הוא כדי חייו אבל פרנסה הוא בריוח וכדמבואר בגיטין (דף י"ג) לא נצרכא אלא להעדפה. אי הכי ניזון מתפרנס מיבעיא לי' ועי"ש ברש"י ומבואר כמוש"כ בזה:

סעיף ו':

ואפילו נתן לו משכון אינו כלום. בד"מ כתב דכ"כ המרדכי פ"ק דקדושין. אמנם כתב שם דהרבה גאונים חולקים וס"ל דלא יתן המשכון עד שיתן לו המתנה. וכ"ה בתשובת מיימוני ספר משפטים (סי' ס"ז) והביאו הש"ך ותמה על הרב דסתם כהטור ולא הגי' דיש חולקין ועיין לקמן (סי' רמ"א) בש"ך שם שכ' להוכיח דלא מהני משכון במתנה ולא כתב דין זה דיכול לעכב עד שיתן לו המתנה ולקמן (סי' ר"ד ס"ה) הבאתי דכ"ה בפסקי ריקנט"י (סי' תקל"ג) והגה' אשר"י פ' האומנין עי"ש:

אבל לא שיעבד עצמו להתחייב. והוא עפ"מ שכ' הבית יוסף תשובת הרא"ש דבחיוב מהני גם במטבע כמו חייב אני לך מנה בשטר ועמש"כ לקמן (סי' ר"ג) בזה:

סעיף ח':

ראובן הוציא עש"ך שחולק ובש"מ ב"מ (דף ק"ה) מבואר להדיא כמוש"כ בשו"ע והיינו דאין זה קנין אלא גילוי מילתא דשלו היתה:

סעיף י"א המלוה את חברו. ומבואר ברא"ש כי נמצא שהי' אפוטרופוס של בנו בשעת ההלואה לכן גם עתה צריך לפרוע לו וכ"ה בגיטין פ"ה יתומים שסמכו אצל בעה"ב דהרי הוא כאפוטרופוס. ועיין בב"ב (דף מ"ב) והאפוטרופסין אין להם חזקה ולא לאב בנכסי הבן ולא לבן בנכסי האב ופרשב"ם דומיא דאפוטרופ' נינהו זה בנכסיו של זה. עוד כתב שם הרא"ש ועוד שביד האב למנות אפוטרופוס כ"ש שמינה את עצמו ועיין לקמן (סי' רפ"ה ס"ח) ברמ"א בשם הרא"ש דאם יש לקטנים אב אין ב"ד מחוייבין לחקור ולהעמיד אפוטרופוס משום דסמכי ב"ד אמה שיש להן אב הרי להדיא דיכול למנות א"ע אפוטרופיס:

סימן סא

סעיף ד':

שטר שכתוב שיוכל כל המוציאו לגבות בו המהרי"ט (ח"ב שאלה כ"ג) כתב דהא דאין ברירה הוא דצריכין אנו לומר דהוברר הדבר למפרע אבל אי אינו אלא מכאן ולהבא ואז יוברר הדבר יש ברירה. וכן בקנינים אי מקנה הוא מעכשיו אז אין ברירה אבל אם אין מקנה אלא לאחר זמן ואז מבורר הדבר מהני וכהא דסוכה (דף מ"ב) מלמדין אותו לומר כל מי שיגיע לו לולבי בידו הרי הוא לו במתנה דאינו מקנה לו אלא כשיגיע ואז מבורר הדבר. והרי הוא היינו כשיגיע לידו וכ"כ הש"א (בתשובה צ"ג) וכמוש"כ הר"ש במעשר שני:

ונ"ל ראי' לזה מהא דתנן בנזיר (דף ל"א) כיצד אמר שור שחור שיצא מביתי ראשון הרי הוא הקדש ויצא לבן ב"ש אומרים הקדש ובה"א אינו הקדש וקשה הא בלא"ה אינו חל

דהא אין ברירה והרי זה דומה לאומר כתיב לאיזה שתצא בפתח תחילה דמבואר בגיטין (דף כ"ה) דאין ברירה. וכ"ת דס"ל דיש ברירה דהא בביצה (דף י') ושם (דף ל"ז) מבואר דלית להו ברירה. וגם הרמב"ם העתיק המשנה ומשמע דכשיצא שחור ראשון הוי הקדש אף דפסק דבדאורייתא אין ברירה א"ו כיון דאינו אלא מכאן ולהבא לאחר שיצא ראשון ה וא אינו מעכשיו אלא כשיצא [ובמאירי כתב יהי' הקדש] לכן יש ברירה בזה. ועיין בת"א להרשב"א (שאלה פ"ב) ב"ה. וכ"ה בריטב"א פ"ג דגיטין דמכאן ולהבא יש ברירה. וכן יש ראי' מהא דיפתח שאמר והי' כל היוצא מדלתי ביתי וקיים נדרו א"ו מאחר דהוא מכאן ולהבא יש ברירה בזה וכמוש"כ:

ובמס' שבועות (דף י') אמר עולא אמר ר' יוחנן תמידין שלא הוצרכו לציבור נפדין תמימין. ופריך שם (דף י"א) וכי קדושה שבהן להיכן הלכה אמר רבה לב ב"ד מתנה עליהן אם הוצרכו הוצרכו ואם לאו יהיו לדמיהן. וקשה נימא אין ברירה ומצאתי ת"ל בריטב"א שהקשה כן. וכתב וז"ל ולא שייך להבא לומר בדאורייתא אין ברירה אלא במתנה על ב' דברים ע"כ. והוא לטעמי' שכייל לן בפ"ג דגיטין וכן בעירובין והוא כהרמב"ן דברירה אינו אלא במתנה על ב' דברים כההיא דשני לוגין שאני עתיד להפריש. משא"כ במתנה על דבר אחד כהא דע"מ שירצה אבא דאינו אלא תנאי א"צ ברירה. וא"כ לדבריו אינו אלא תנאי על הנשארים שלא הוצרכו אם הוצרכו יהי' קדושת הגוף ואם לא יהי' קדושת דמים. אבל התוס' הביאם הר"ן [וכ' בחידושיו שכן עיקר] כתבו לתרץ הא דלא תקשה מע"מ שירצה אבא בדרך אחר דע"כ לא הוי ברירה אלא דיוכל להיות שלא יבוא למעשה כלל כמו בההיא דשני לוגין שאפשר שלא יפריש כלל אבל היכא דודאי יבורר לא שייך ברירה כמו בע"מ שירצה אבא דודאי יבורר אם ירצה או לא ירצה וה"נ צריך לומר כאן דודאי יבורר אם יצרכו לתמידין או לא וא"כ מבואר דגם ר' יוחנן ס"ל כן ומעתה ליתא למש"כ בקצוה"ח דלר' יוחנן גם אי ודאי יבורר לא אמרינן ברירה דהרי מסוגיא דשבועות הנ"ל מוכח דלר' יוחנן ליכא ברירה בזה:

בין כותי. כתב הסמ"ע דלא תימא מדלגבי הגוי לא חל התנאי דהא יש איסור בדבר לגבי ישראל ג"כ לא יחול קמ"ל דלא. וכתב ע"ז האורים ולא הבנתי מה איסור יש בדבר להשתעבד עצמו שחייב לגוי סך מה וגם ישראל שיש לו על ישראל שטר ומכרו לגוי לתבוע מלוה מה איסור יש. ועיין ב"י (סימן ס"ו סל"ד) שהביא בשם הריטב"א דהי' משמתין אותו עד דמקבל עלי' כל אונסי' דמתילד מחמתי' ואם הלוה אנס שא"י להוציא ממנו מותר למסרו לעכו"ם לכתחילה עכ"ל הרי להדיא דלכתחילה איכא איסורא והי' משמתין אותו עד דמקבל עלי' כל אונסי' דומיא דזבין ארעא אמצרא דישראל וכ"כ

הרא"ש בתשובה הובא בטוש"ע לעיל (סי' כ"ו) ע"ש אם לא שאין יכול להוציא באופן אחר דאז יכיל לכתחילה למכור לו וכ"כ הרמ"א לעיל (סי' כ"ו ס"ד) אכן במתחייב א"ע דהלוה מרוצה ע"ז צריכין אנו להסברא שכתב בשו"ת הרא"ש (כלל ס"ח) משים דאין זכי' לנכרי ולכן הו"א דגם לגבי ישראל לא חל קמ"ל:

סעיף ו':

אינו רשאי לעבור על ד"ת עמש"כ לקמן (סי' רמ"ח וסי' רפ"א) דלא מהני מנהג נגד דין תורה עי"ש. וכ' בביאור הגר"א ז"ל וז"ל ואע"ג דאמרינן שם לר"י בדבר שבממון כו' היינו להתחייב במה שהי' פטור אבל תנאי לעבור על ד"ת לא ע"כ. וכיוצא בזה בתשובת הרא"ש (כלל ק"ת סימן ט"ו) ואפי' למ"ד המתנה על מש"כ בתורה בדבר שבממון תנאו קיים, ה"מ ליפטר ולהחזיק במה שבידו כגון הרי את מקודשת לי שאין לך עלי וכו' וע"מ שאין לך עלי אונאה אבל אם התנה לעבור על ד"ת מוטב שתנאי הדיוט יהא בטל ואל יעקור אות אחת מן התורה:

סעיף ט':

שטר ישן. כתב הנה"מ דהמנהג שלא לגבות בשטר ישן מיורשים. והלוה נאמן לטעון פרעתי. (פי' גם שלא מיורשים) ואפילו אם טוען פרעתי קודם שנעשה ישן וכן יורשים שמת אביהם קודם שנעשה ישן ואפי"ה פטורין. ושטר ישן הוא בלא רווחים שלשה שנים ועל רווחים שהה שנים. ע"כ. ורבים טועים דחמש וששה שנים הוא מזמן הלואה. והאמת הוא מזמן הפרעון דהנתיבות הוציא כן ממסגרת השלחן שכ' ומנהג עירו כן ושם מבואר דהוא מזמן פרעון ועיין כנה"ג בזה:

סימן סב

ואפילו אלמנה. עיין שיך (ס"ק ו') שכתב בשם הרמב"ם ז"ל באומרת שאחרים נתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן אינה נאמנת ואם אומרת שהבעל נתנה לה נאמנת. והקשה דתהא נאמנת לומר שאחרים נתנו לה במגו שבעלה נתנו לה. ותי' דהוי מגו במקום חזקה דכיון שנושאת ונותנת בתוך הבית מסתמא כל מה שבידה מבעלה בא ולא ממקום אחר ותמה עליו הב"ש באהע"ז (סי' צ"ה) הא קי"ל דמגו במקום חזקה הוא בעיא דלא איפשטא כו' וה"נ היא מוחזקת בנכסים שתח"י ע"ש כמו שהבאנו לעיל. ולק"מ דלפי דבריו הי' לו להקשות כן על פיסקא דהרב לקמן (סי' צ"ט) במי שהוא חייב לאחרים אינו נאמן לומר על מטלטלים שבידו שהם פקדון מאחר אף דיש לו מגו משום דהוי מגו במקום חזקה שכל מה שתח"י הוא שלו וקשה נמי הא מגו במקום חזקה הוא בעיא דלא איפשטא וקולא לנתבע המוחזק וכקושיית הב"ש על השיך. אלא ע"כ צ"ל דאין כל

החזקות שוות והך חזקה אלימא טפי וכמוש"כ התוס' בפ"ק דכתובות (דף ט') ובש"ך לקמן (סי' פ"ב) כה"ג עי"ש. או דבאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית לא מקרי מוחזקת דידה כיד בעלה וע"ז גופא אנו דנין אם חזקתה חזקה ושלה הן שממקום אחר באו לה. או של בעלה הן ואין חזקתה חזקה. וכבר כתב המהרי"ט (בח"א סי' קכ"א) דהיכא דספק במוחזקות גופא לא מהני המוחזקות עי"ש. ולפי דברי הט"ז דהוא מגו במ"ע לא הוי קושי' הב"ש]:

ובעיקר קושיית הש"ך דאמאי אינה נאמנת שאחרים נתנו לה במגו דבעלה נתנו לה נראה לתרץ עפמש"כ הש"ך לקמן (ס"ק ט"ו) באחד מן האחין שטוען ששאר האחין נתנו לו במתנה דנאמן מ"מ ביורשים לא טענינן להו כן. משום דלא שכיח שהאחין יתנו לו מתנה כ"ז שהם מתפרנסים ביחד. ואין חולקים בשום דבר ובמילתא דלא שכיחא כו"ע מודו דלא טענינן ליתמי עי"ש. וכבר כתב הר"ש הובא בכללי מגו (סי' פ"ב וכ"ה בסמ"ע סי' ק"ח ס"ק י"ז) דמגו דלא שכיח לא אמרינן, וע"כ לא מהימנא דאחרים נתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן במגו דבעלה נתנו לה משום דהוא מגו דלא שכיחא שיתן לה הבעל מתנה בעודה תחת בעלה וא"ש ודו"ק:

(רמ"א אם ידוע כתב השיך (בס"ק י') דבאשה הנושאת ונותנת תוך הבית אפי' יש לה מגו דהיתה יכולה ליתן לאחרים אינה נאמנת. ונראה הטעם כיון דחזקה שהנכסים של בעלה הן הוי מגו במקום חזקה. וכמוש"כ הש"ך לעיל (ס"ק ו') עי"ש. וק"ל ע"ז לפמש"כ הר"ן בקידושין פ' האומר דהא דלא אמרינן מגו במקום חזקה היינו במגו שהי' יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו הוא שהי' יכול לומר כתבו גט סמוך למיתה ע"ש הרי דמגו דהי' יכול לעשות מעשה מהני גם במקום חזקה וא"כ אמאי אינה נאמנת אם כתבה לאחרים. שמה שתחת ידי' הוא של אחרים הא יש לה מגו דאי בעיא נתנה לאחרים ואי משום דהוי מגו במקום חזקה שהנכסים של בעלה הן. הא מגו כהאי דבידה מהני במקום חזקה. לכן נראה כהט"ז משום דהוא מגו במקום עדים דאנן סהדי שמה שתחת ידי' הוא של בעלה וכבר מבואר אצלנו בכללי מגו (סי' פ"ב) דבמגו דבידו לא מהני במקום עדים):

סימן סד

שאל"כ הי' נאמן במגו דנאנסה. מכאן ק"ל על הסמ"ע לקמן (סי' ק"ח סקי"ז) שכ' דהא דנאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסה אף דנאנסה לא שכיח משום דהחזרתי הוי העזה משא"כ נאנסה ולכן אף דנאנסה לא שכיח מ"מ לעומת זה בנאנסה אינו מעיז משא"כ החזרתי ע"ש. וא"כ בכאן יתעורר קושיא הנ"ל אמאי נאמן במגו דנאנסה הא בין כך ובין

כך אינו מעיז דגם אם טוען שאביהם חייב להם אינו מעיז ואפי"ה מהימן במגו דנאנסה דלא שכיחא ובמ"א יתבאר בזה:

סימן סה

סעיף ו':

המוצא שט"ח אע"פ שיש בו נאמנות אפי' הוא תוך זמנו ואפילו אין בו אחריות ולוה מודה לא יחזיר דחיישינן לפרעון ולקנוניא. וז"ל הבעה"ת (ח"א שער נ"ב סי' ז') כיון דנפל איתרע שטרא דאי לאו דפרעי' מזהר זהיר בשטרי' כו' וכ"ת אכתי נימא אם איתא דפרעי' אמאי לא קרעי' תיכף שפרעו הא לאו מילתא היא דאיכא למימר ניחא לי' דלא למקרעי' עד שיראנו לעולם שפרע כי היכי דכי איצטריך ללות עוד מאחרים דלא לחזקי' לגברא דמסיק זוזי. וכ"ת א"כ לקרעי' קרע של ב"ד ולשבקי' איכא למימר דילמא איתרמויי הוא דלא איתרמי' לי' ע"כ. ולכאורה תמוה דל"ל להבעה"ת טעם זה דלכך לא קרע דרוצה להראות לבני אדם שהוא גברא דפורע הא להדיא אמרינן בב"מ (דף ט"ז) המוצא שטר הקנאה בשוק יחזירו לבעליו כו' ואי משום פרעון לא חיישינן דאם איתא דפרעיה מיקרע היה קרע לי' לשטרא כו' אלא אמר רבא כו' גבי שט"ח מאי איכא למימר אם איתא דפרעיה איבעי לי' למקרעי' לשטרא אימור אישתמוטי קא משתמיט לי' דא"ל למחר יהיבנא לך דהשתא ליתא גבאי א"נ אפשיטי דספרא זייר לי' ע"כ. הרי להדיא דאמרינן דפרעי' והא דלא קרעי' משום דאישתמוטי קמישתמיט א"נ אפשיטי דספרא זייר לי'. והנה סברת הבעה"ת דילמא לא קרעי' משום דבעי להראות דגברא דפרע הוא למד כן בהא דשבת (דף ע"ט) דאמרינן שם ת"ר המוציא שט"ח עד שלא פרעו חייב. משפרעו פטור ר' יהודא אומר אף משפרעו חייב מפני שצריך לו כו' רבא אמר דכו"ע מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והכא בכותבין שובר קא מיפלגי ח"ק סבר כותבין שובר ור"י סבר אין כותבין שובר רב אשי אמר חפני שצריך להראותו לבע"ח שני דאיל חזי גברא דפרע אנא. הרי להדיא דסברת בעה"ת הוא כסברת ר' אשי ופסק כוותי' דהוא בתראי משא"כ רבא לשיטתי' דלית לי' שם סברת רב אשי דצריך הלוה לשטר להראותו לבע"ח שני לכן אמר בב"מ דאישתמוטי קא מישתמיט א"נ אפשיטי דספרא זייר לי' וא"כ לפ"ז א"ש:

וכן מצינו בשבת (דף ע"א) שם במוכס המוציא קשר מוכסין עד שלא הראהו למוכס חייב משהראהו למוכס פטור רי"א משהראהו למוכס חייב מפני שצריך לו מאי בינייהו כו' רבא אמר מוכס גדול וקטן איכא בינייהו. רב אשי אמר מפני שצריך להראות למוכס שני דא"ל חזי גברא דמוכס אנא. אבל רבא לית לי' הך סברא ולטעמי' אזיל בזה:

סעיף ז':

וכן אם יש ללוה בני חורין שמספיקין לשעבוד החוב אם החייב מודה יחזור. עיין סמ"ע וש"ך מה שכתבו למה לא חיישינן שיש לו עור בעלי חובות וא"כ כי היכי דחיישינן לפסידא דלקוחות ניחוש לפסידא דבע"ח עי"ש. ונראה לתרץ עפמש"כ התוס' בב"מ (דף כ) ד"ה ש"מ דאין לחוש שמא מכרה אחר גירושין במעמד שלשתן. כי אחר גירושין מסתמא מכרה בדמים יקרים וכשיוציא בעל השובר את שוברו שקדם היא צריכה לשלם ולא תרוויח כלום בקנוניא ואע"ג דגבי ערב לאשה בכתובתה ורוצה לגרשה תנן בפ' ג"פ (דף קע"ג) דידור הנאה אלמא דחיישינן לקנוניא אעפ"י שיתחייב הכל לפרוע לערב ולכך חיישינן לקנוניא לפי שאין לו במה לשלם. לא דמי דהתם מפסיד הערב מיד וחיישינן לקנוניא אבל הכא דאינו אלא חששא בעלמא שמא לא מכרה ואפילו מכרה שמא לא יפסידו הלקוחות כי אינו מוציא מהם אלא חוב שהי' להם על הבעל יהי' להם על האשה. וגבי חייב מודה דחיישינן לעיל לקנוניא לפי שמוציא מיד מן הלקוחות ועוד יש לחוש משום לקוחות שלא באחריות שיפסידו לגמרי עכ"ל מתבאר מזה דהא דחיישינן לפסידא דלקוחות. הוא משום שמוציא מיד מן הלקיחות וגם משום שלא באחריות שיפסידו לגמרי. [וכן משמע מפרש"י בסוגיא דמצא שע"ח דחששא דפסידא דלקוחות הוא משום לקוחות שלא באחריות שיפסידו לגמרי ע"ש] אבל היכא דלא שייך זה. שלא יהא ההפסד לגמרי או שאין ההפסד מיד ואינו אלא חששא בעלמא הוי כספק ספיקא שמא לא מכרה. ואפילו מכרה שמא לא יבוא לידי פסידא ותרי חששא שמא מכרה ושמא יבוא לידי פסידא לא חיישינן. ומעתה גם בחששא דבע"ח. דשמא יש לו בע"ח ושמא יבוא לידי הפסד לא חיישינן בזה לקנוניא. ולא חיישינן לקנוניא אלא באומר שטר אמנה בבא לחוב לאחרים בפ"ב דכתובות (דף י"ט) שהבע"ח לפנינו וע"כ שפיר חיישינן לקנוניא ולפ"ז בשט"ח שאין בו אחריות והלוה מודה. ובע"ח שלו באים לגבות ממנו דהם קמן חיישינן לקנוניא דההפסד מיד הוא והוי דומיא דלקוחות:

וכסברא הנ"ל דלתרי חששי לא חיישינן. מבואר ברשב"ם ב"ב (דף מ"ו) אהא דאמרינן שם ערב מעיד ללוה והוא דאית לי' ארעא אחריתי והא ליכא למימר דלכך נתכוין הערב דניחא לי' שיהא שדות הרבה ביד הלוה שאם חייב הלוה עדיין לבע"ח אחר שיגבה תחילה קרקע האחרת ויגבה הערב קרקע השנית ונוגע בעדותו הוא ליכא למימר הכי דכולי האי לא חיישינן שמא לא יפרע הלוה בזמנו ואת"ל לא יפרע שמא יבוא מלוה אחר ויגבה ואח"כ יבוא מלוה זה ויפרע ממנו שני חששות לא חייש. והלכך לאו נוגע בעדות הוא ע"כ. ומעתה גם אנו נאמר כן כיון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי אלא דאנו רוצים לפסול הודאתו מטעם נוגע וקנוניא קא עביד לשני חששות דאולי יפסידו הבע"ח שלו

ואולי השטר פרוע לא חיישינן. ועיין יבמות (דף קי"ט) אבל לצרה אחריתי לא חיישינן והיינו דכל היכא דבעינן למיחש לא חיישינן אלא לחד חששא ולא לתרי חששות ועיין במש"כ לקמן (סי' ק"ד) בזה ובמהר"ם שיף י"ט עי"ש:

וזהו ביאור דברי התוס' בב"ב (דף מ"ד) ד"ה דלא הו"ל ארעא מעולם. הקשה מהר"ח דמ"מ ניחוש הכא דילמא אקני מטלטלי אגב קרקע והודה שיש לו מקרקע אעפ"י שלא הי' לו קרקע מעולם. ונראה דכולי האי לא חיישינן שמא שיקרו להודות ע"כ. והוא משום דהוי תרי חששי שמא אקני מטלטלין אג"ק ושמא שיקר להודות וכ"ה להדיא בבעה"ת (שער מ"ג ח"א) וז"ל חדא דילמא אודי דאית לי' מאי דלית לי' ואידך דילמא אקנינהו ניהלי' אגבן לתרי חששות ל"ח ע"כ וזהו כוונת תוס' ג"כ:

וראי' לזה דלא חיישינן לבע"ח מוקדם נ"ל מהא דאמרינן בב"מ (דף י"ז) א"ר אסי אמר ר' יוחנן המוצא שט"ח בשוק וכתוב בו הנפק וכתוב בו זמנו בו ביום יחזירו לבעלים אי משום כתב ללות ולא לוה הא כתוב בו הנפק אי משום פרעון לפריעה בת יומא לא חיישינן. א"ל ר"ז לר"א כו'. רב כהנא אמר כשחייב מודה. א"ה מאי למימרא מהו דתימא האי מיפרע פרעי' והאי דקאמר לא פרעתיו משום דקא בעי למיהדר ולמיזפא בי' זימנא אחריתי ולפשיטי דספרא חייש קמ"ל כו'. וכתבו התוס' בד"ה רב כהנא אמר כשחייב מודה. תימא א"כ למה נקט הנפק במילתי' דר"י. וי"ל דנקטי' משום דיוקא דאי אין כתוב בו ביום אפי' כתוב בו הנפק דודאי לוה לא יחזיר דחיישינן לקנוניא או לפשיטי דספרא ע"כ. והנה לכאורה יש לדקדק מה זה דנקט הש"ס מהו דתימא האי מיפרע פרעי' והאי דקאמר לא פרעתי משום דחייש לפשיטי דספרא אמאי לא קאמר משום קנוניא כמוש"כ התוס' באין כתוב בו ביום. אלא דאין זה קושיא דבנמצא כתוב בו ביום לא שייך חששא דקנוניא לגבות מלקוחות ממנ"פ. דאם הלקוחות קנו קודם יום כתיבת שטר זה פשיטא דגם אם האמת אתו שלא פרע לא יכול לגבות מהם כיון דקנייתן קדמה להלואתו ואי קנו בו ביום לדידן דאין כותבין שעות אלא בירושלים כדאיתא בכתובות (דף צ"ד) בלא"ה לא יוכל לגבות מלקוחות דהלקוחות יחמרו קנייתנו קדמה להלואתך והם מוחזקין. וכמבואר סברא זו במהרש"א בכתובות שם. ואין לומר דמודה כעת כדי שימכור למחר ונמצא דהלואה קודם ויטרוף מלקוחות קנוניא כזו לא שמענו. וע"כ שפיר קאמר הגמ' משום פשיטי דספרא ולא משום קנוניא:

אך אכתי קשה דנהי דלא חיישינן לפסידא דלקוחות מ"מ ניחוש לפסידא דבע"ח ולכך מודה לזה שחייב כדי לעשות קנוניא עליהם דלא ליגבו כל החוב דגם אם לוו באותו יום הא בשני שטרות היוצאין ביום אחד מבואר בכתובות שם דרב אמר יחלוקו ושמואל אמר

שודא דדייני ומבואר בראשונים שם דבהלואה גם לשמואל ס"ל יחלוקו. ועוד דגם אם לוו מקודם יום זה שנכתב השטר לא יוכלו לגבות כל חובן דהא דעת כמה רבוותא דאין קדימה לגבי בני חורין וא"כ הדרא קושיא לדוכתא אמאי נקט הש"ס הך חששא דפשיטי דספרי ושביק חששא דקנוניא. א"ו הוא הדבר אשר כתבנו דלא חיישינן לזה וא"ש:

ולפ"ז מיושב קושיית מהרש"ל שהקשה בהא דאמרינן בב"מ (דף י"ט) מצא שובר בשוק בזמן שהאשה מידה יחזיר לבעל ניחוש שמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ובין כך זבנא לכתובתה בטובת הנאה ואתא בעל ומפיק מלקוחות שלא כדין וקאמר רבא ש"מ איתא לדשמואל דאמר שמואל המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול והקשה מהרש"ל דילמא חייבת לאחרים וא"כ משועבדת מדר' נתן דלא מהני מחילה. אבל לפ"מ שכתבנו א"ש. דמשום שמא חייבת לאחרים לא שייך קנוניא משום דהוא תרי חששי שמא יש לה בעלי חובות וגם אם יש לה שמא יפסידו ולכן לא חיישינן לזה:

סעיף י"ד המוצא שטר מתנת בריא או שטר מכר אפי אומר הנותן או המוכר שיתנהו למקבל או ללוקח לא יתנו לו. הנ"י בב"מ (דף י"ט) הקשה איך חיישינן במתנת בריא שמא כתב לאחר ועתה חוזר בו נחזי בשטר אם הוא הקנאה הא לא מצי הדר בי' ובשטר דלאו הקנאה הא לא כתבינן עד דחזו דמסרי קמייהו עכ"ל הרנב"ר. ותמה ע"ז המהר"ם שיף הא אמרינן להדיא כיון דנפל איתרע וחיישינן לאקרי וכתב. ועי"ש מה שתי' בזה ב' תירוצים ובשיטה מקובצת מביא בזה באריכות לשון הר"ן ז"ל וז"ל. ואי דאמרינן דחיישינן לאקרי ליתא דודאי למסקנא דחיישינן לקנוניא תו לא צריכין לומר דחיישינן לאקרי. וכתי' הא' במהר"ם שיף שם בזה. וכמוש"כ התוס' כם (דף ט"ז) ד"ה אעפ"י דמאן דאית לי' טעמא דקנוניא סבר כאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו או אקרי וכתוב לא אמרינן ע"כ הרי להדיא דמאן דאית לי' טעמא דקנוניא לא סבר להא דאקרי וכתוב וכמו דקאמר שם (דף י"ג) ליכא למיחוש דאקרי וכתוב:

אמנם הא דמסיק הר"ן שם דבמכר ומתנה אין צריכין העדים לחוש לכתחילה שמא ימכור בנתים דמילתא דלא שכיחא הוא גם לשמא ילוה בנתיים לא חיישינן דמ"מ גזל גמור לא הוי, אף שבאמת המלוה מוקדם לקנייתם משא"כ בשט"ח אם יטרוף לקוחות שלא כדין הי' גזל גמור לפיכך צריכין העדים לחוש אף לכתחילה אבל בנפל חיישינן אף במתנה עכ"ל. הנה הפוסקים (בסי' רל"ח) חולקין על זה עי"ש בזה בב"י. אלא גם בשטר מכר בעינן שטר הקנאה:

סעיף ט"ו נשבע שפרע וילך לו לפ"מ דמבואר לקמן (סי' פ"ב) בש"ך דאפי' לאחר שבועה א"צ להחזיר שטר ואם מקיים אח"כ גובה בו א"כ נם כאן אם מקיים אח"כ גובה בו. אלא

דלא נתבאר איך יעשה כאן דאם יחזיק השטר המלוה אולי יקיים אח"כ ויגבה כולו ואי יתנו ללוה דילמא מקיים אח"כ. ומצאתי לשיטה שם בב"מ פ"ק שכ' דישליש השטר. ותמיהני מסתימת הפוסקים בזה:

סעיף ט"ז המחזיר שטר שמן הדין לא הי' לו להחזירו יש מי שאומר שגובין בו. התוס' בב"ב (דף ע"ו) בד"ה קני כתבו דמכירת שטרות מדרבנן. והאי דאיצטריך בפ' הזהב (דף נ"ו) למעט שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומוכרו לבעליו ביוקר עכ"ל. ומשמע מזה דהמוציא שטר אף שלא הי' לו להחזירו בעליו גובין בו ונראה שלזה כיון בביאור הגר"א (ס"ק מ"ט) שכתב ועיין בתוס' דב"ב (ד' ע"ו ב') ד"ה קני דאיצטריך ע"כ. ולכאורה הי' נ"ל דע"כ איני יכול המוצא שט"ח להחזיר לבעליו אלא מדרבנן משום דחיישינן לפרעון ולקנוניא אבל מדאורייתא יש לו להחזיר למלוה. והתם אקרא קאי לכן שפיר תי' דאיצטריך בכה"ג שמצא שטר לאחר יאוש ומוכרו לבעליו ביוקר:

עוד י"ל לפמש"כ רש"י בב"מ (דף ז') גבי נפל ליד דיין לא יוציאוהו עולמית לא לוה ולא מלוה. עד שיבוא אלי' או עדים שראו מיד מי נפל א"כ מבואר דבאיכא עדים שראו שנפל מהמלוה מחזירין למלוה. א"כ י"ל דהקרא מיירי בכה"ג שמצא שט"ח שעדים יודעים שנפל מיד מלוה אלא שנתייאש ומוכרו לבעליו ביוקר. או דמיירי שנאבד השטר בכלי שמחזירין למלוה כמבואר בס"ט ונתייאש. או שהי' ג' שטרות כרוכין כמבואר בס"י ונתייאש ומוכרו לבעליו ביוקר:

ובב"מ (דף ט"ז) ומשום דהוחזק כפרן חדא זימנא תו לא פרע. וכתבו התוס' ואע"ג דאמרינן לקמן הוחזק כפרן לאותו ממון הכא כיון דאיכא ריעותא דנפילה לא הוחזק כפרן. ובקצוה"ח תמה למה השמיטו דבר זה הרמב"ם והטוש"ע דבאיכא ריעותא דנפילה לא הוחזק כפרן ונשאר בצ"ע. ולק"מ דהבעה"ת (שער י"ב) כתב בשם הראב"ד דמפרש הך סוגיא דהוחזק כפרן בעסק אחר וע"ז פריך ומשום דהוחזק כפרן חדא זימנא תו לא פרע משום דהוחזק כפרן לממון זה הוחזק כפרן לממון אחר. וי"ל דכן מפרש רש"י ג"כ שכתב הוחזק כפרן פעם אחרת דכוונתו לעסק אחר ודבר זה הביאו כבר (בסי' ע"ט) אבל אינו מוכח לדידהו לחלק באותו ממון באיכא ריעותא דנפילה או לא. והתוס' הוא יחיד לגבייהו לכן השמיטו דבר זה:

וא"ת מאי פריך ומשום דהוחזק כפרן חדא זימנא תו לא פרע והיינו עסק אחר נוקמי' בהוחזק כפרן לאותו ממון וע"כ מוכח כתוס' דבאיכא ריעותא דנפילה לא הוחזק כפרן לאותו ממון י"ל כיון דאינו מבואר להדיא להך שיטה. לכן לא הביאו דבר זה. ועוד מצאתי בשיטה שהביא להך שיטה דהראב"ד וכתב דהרשב"א הקשה דלוקמי' בהוחזק

כפרן לאותו ממון די"מ דא"כ מאי איריא מלב"ש אפילו מלוה ע"פ נמי. ואף דהרשב"א לא ניחא לי' בהאי תירוצא וכתב משום ריעותא דנפילה מ"מ י"ל דהפוסקים ס"ל בזה כהיש מתרצים:

סעיף י"ח המוציא שובר וכו' במס' ב"מ (דף כ') ד"ה שובר כתבו להקשות ניחוש דילמא זבנה הכתובה ביום שנכתב השובר דהשתא ליכא למימר עדיו בחתומיו זכין לו וכשיוציאו הבעל והלקוחות שטרם הא זמנם שוה ואין ידוע מי קודם ויאמר הבעל ללקוחות הביאו ראי' שאתם קדמתם לפי שהוא מוחזק שהנכסים שלו והלקוחות רוצין לטרוף בשביל האשה. ועיין במהרש"א במס' כתובות (דף צ"ד) שכתב דמשו"ה לא הקשו התוס' לעיל (דף י"ג) דמשני דלכך כותבין שטר ללוה אף שאין מלוה עמו משום דעדיו בחתומיו זכין לו דניחוש דילמא מכר ללקוחות ביום שנכתב. ולא אמרינן אז עדיו בחתומיו זכין לו משום דכיון דהתם הלוקח מוחזק א"כ אף אם יוציאו שטרם שזמנם ביום אחד לא מפסדו הלקוחות דסוף סוף ישאר בידם כיון דהם מוחזקים וקשה לי' דאמאי לא הקשו התוס' לעיל (דף י"ט) אהא דאמרינן מצא שטר שחרור בזמן שהרב מודה יחזיר לעבד. ופריך הש"ס שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואזל עבדא וקנה ניכסין מניסן ועד תשרי ואזל הרב וזבנוהו ומפיק לי' לשחרור דכתב בניסן וקא טריף לקותות שלא כדין הניחא למ"ד זכות הוא לעבד שיוצא לחירות מתחת יד רבו. וכאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו שפיר יקשה דאף לאביי לא אתי שפיר דניחוש דילמא ביום שנכתב השחרור אזל עבדא וקנה נכסין ואזל הרב וזבינהו דאז לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו וכשיוציא השחרור יטרוף מלקוחות ואי משום דהלקוחות מוחזקין הא השיטה מקובצת כתב דה"ה דאיכא חששא שמא מכר העבד עצמו והש"ס חדא מינייהו נקט וא"כ בהך חששא אף לאביי לא אתי שפיר דניחוש שמא מכר העבד ביום שכתב להעבד השיחרור ואז כשיוציאו שטרם שזמנם שוה יפסידו הלקוחות והכא העבד הוא מוחזק בעצמו כמוש"כ התוס' בגיטין (דף י"ז) ד"ה מפני מה דלכך תקנו זמן בשטר שחרור דפעמים שהי' אדם מוכר עבדו ואח"כ כותב לו שחרור בלא זמן והי' אומר העבד לרבו שני אייתי ראי' ששטר מכר שלך קודם לשיחרור שהעבד מוחזק בעצמו והלוקח בא להוציא ממנו השעבוד עי"ש והוא דקדוק חזק כמוש"כ: ונראה דהתוס' ס"ל דליכא כלל הך חששא דשמא מכר העבד עצמו וכמוש"כ לתרץ קושיית השיטה מקובצת בתשובת רעק"א (סי' ר"כ) דהחששא הוא רק ללקוחות שלא באחריות ובעבד אם מכר העבד לאחר ובאמת הי' משוחרר נמצא שמכר לו בן חורין והוי מין אחר ולענין זה אף שלא באחריות צריך להחזיר לו מעותיו ולא מפסדי הלקוחות ודו"ק:

ואם נמצא ביד המלוה שובר על אחד משטרותיו שהוא פרוע אינו כלום לגרוע כח השטר אפילו אם הוא כת"י הלוה. בש"ך הכשיר כשהוא כת"י הלוה והביא הירושלמי דפריך והתניא שלא פקדנו אבא ושלא אמר לנו אבא ושלא מצינו בין שטרותיו ששטר זה פרוע. הא נמצא פרוע מאי כדון אמר ריב"ב תיפתר כגון הדא דייתקי שאין אדם מצוי לפגם דייתקי שלו נמצא דהא דסימפון היוצא מיד מלוה אינו אלא כמשחק. ופסול אינו אלא כשכתוב על שטר הלואה ולא על שטר מתנה עי"ש:

ובזה י"ל כוונת המהרש"א בב"מ (דף כ') שכתב אהא שכתב רש"י שם והכא במלוה עסקינן מדקתני מצא שטר בין שטרותיו כו' וכתב המהרש"א ור"ל בהלואה שנעשה בו הסימפון. ורבים עמדו מה בעי בזה המהרש"א ועיין מהר"ם שיף. ולפי המבואר א"ש דלכאורה מאי פריך מהא דאם יש עמהן סמפונות יעשה מה שבסמפונות דילמא מיירי בסמפון דמתנה דמהני כהירושלמי דאין אדם עשוי לפגם דייתקי שלו וצ"ל כמוש"כ השיך (ס"ק נ"א) דמשמע לי' להש"ס דמיירי בכל שטרות. לזה כתב רש"י דקאי אירישא מצא שטר בין שטרותיו דמבואר דמיירי בהלואה כפירש"י במתניתין שם. דמצא שטר בין שטרותיו ביד שליש וזה בשטרי הלואה שיש בין מלוה ללוה שפרע מקצת ומשלישן משא"כ בשטרי מתנה אין דרך להשליש. וא"כ ה"ה סיפא דאם יש עמהם סמפונות מיירי בהלואה. וזהו שכתב המהרש"א דמש"כ רש"י והכל בהלואה שלא לפרש במלוה אלא ר"ל במלוה והיינו בהלואה וא"ש ודו"ק:

עוד י"ל הא שכ' רש"י והכא במלוה עסקינן היינו במלוה והוא דק"ל מאי פריך אהא דסמפון היוצא מתח"י המלוה פסול מהא דאם יש עמהן סמפונות יעשה מה שבסמפונות דילמא מיירי המתניתין ביורשים משא"כ במלוה דטוען ברי. ולזה פי' דבמלוה עצמו עסקינן מדקתני מצא שטר בין שטרותיו דהוא במלוה עצמו וה"נ סיפא דיש עמה סמפונות. ועיין ש"ך לקמן (ס"ק ס"א) מה שמחלק שם בי מלוה ליורשים בזה עי"ש:

בתומים סימן זה הביא קושיא לשיטת התוס' בסנהדרין דקטן לית לי' זכי' כלל א"כ מאי פריך בב"ב (דף קכ"ז) יכיר למה לי הא אי בעי למיתב לי' במתנה וכו דילמא אחא קרא היכא דאמר על בן קטן שהוא בכור. ותי' בנתיבות דיכול להקנות לאחר ע"מ להקנות לקטן לכשיגדיל דקני ע"מ להקנות מהני אפילו למי שלא בא לעולם כמבואר בנדרים (דף מ"ח) ויש לומר דלא ניחא להו בתירוצו משום דבנדרים (דף מ"ח) איתא א"ל רבא לרב נחמן והא מתנה בית חורין דקני ע"מ להקנות הוא. ולא קא קני משמע דסבר כפומבדיתא שם דקני ע"מ להקנות לא קני והרי בב"ב פריך שם רנב"י לרבא יכיר למה לי ולדידי' ליתא להאי תירוצא דיכול להקנות דס"ל דקני ע"מ להקנות לא קני:

סימן סו

סעיף א':

אותיות ניקנין בכתיבה ומסירה פי' הסמ"ע דאין ק"ס וחליפין חל אלא על דבר שגופו ממון משא"כ שטרות שאין גופן ממון ואין עומדין אלא לראי' שבהן. עיין לקמן שהבאתי דעת הרדב"ז דס"ת הוי, אין גופו ממון ואין בו חיוב שומרים כמו בשטרות וא"כ יש לומר גם לענין חליפין דאינו נקנה בחליפין. ומיהו הבאתי שם דשיטת הפוסקים אינו כן ואיכא חיוב בשמירה וא"כ ה"ה לקנין חליפין וכן מבואר להדיא בשארית יוסף (שאלה מ"א) דפשיטא ליה דס"ת נקנה בחליפין וכמוש"כ עי"ש בזה:

כתב המהרי"ט (חיו"ד סי' כ"א) דבעיסקא דהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון אינו יכול להקנות חלק הפקדון בכתיבה ומסירה דפקדון כל היכא דאיתי' ברשותי' איתא ולא שייך קני לך וכל שעבודי' דאית בי'. וגם לראי' לא מהני דהא נאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו עי"ש. ובאמת גוף הפקדון אינו יכול להקנות בשטר דמטלטלי לאו בני שטרא נינהו כמבואר בב"ק (דף ע"ט) ואינו נקנה אלא בקנין אגב או ק"ס. וגם מש"כ דהשטר ל"מ לראי' הא נפ"מ לענין שבועה דאורייתא עש"ך (סי' רצ"ו) וברמ"ה ב"ב (דף קמ"ז) כתב דפקדון אינו נקנה אלא באגב או בק"ס ולא בכו"מ מה"ט דמטלטלי לאו בני שטרא נינהו. אבל לשטר עצמו של פקדון מהני כתיבה ומסירה עי"ש: ועכשיו נוהגין שמי שיש לו שטר על צד היתר עיסקא שמקנין בכתיבה ומסירה ואפשר שמשום דהנהוג עתה בעסקא שלנו להוציא לכל מה שירצה ואין נוהגין כלל להא דאפילו למשתי בי' שיכרא אסיר וא"כ הוי כמלוה דעלמא דלהוצאה ניתנה ואינו מיחשב כלל לפקדון ועל כן מהני הכתיבה ומסירה על כל המלוה ג"כ:

בהגה' הגרע"א ז"ל ויכול למסור לו חצי השטר וליכתוב כל שעבוד דאית לי' מסך כך וכך כו' ע"כ. ועיין תשובת רדב"ז (ח"י סימן ש"ב) על ראובן שיש לו שטר על שמעון ורוצה להקנות חלק ממנו ללוי כיצד יעשה. תשובה אם השטר אצלו ימסור לו השטר ע"מ לקנות השליש או הרביע כמו שירצה [ובודאי פי' כתיבה ג"כ] ואם אין השטר אצלו או שאינו מאמינו יודה בפני עדים שיש ללוי במעות הכתובים בשטר שליש או רביע. אע"ג שיכתוב על שמו שליש המעות או הרביע הם של לוי. כההיא אודייתא דנפיק מבי איסור גיורא. ויש דרך שלישית בזמן שהחוב רעוע קצת אומר לו הרי רביע השטר יהי' בשכר שרתך או מכל מה שתציל יהי' הרביע שלך. אם מסר לו את השטר קנה אעפ"י שלא כתב. ואם לא מסר לו את השטר וקנה מידו קנה לו בתורת שכיר ע"כ. ולכאורה

הא קיי"ל (בסו' של"ג) דשכירות לא בעי קנין. וצ"ל דמיירי שלא עסק בזה עודנה ולכך צריך קנין אבל אם כבר גובה לא בעי קנין כלל בזה:

במי שמוכר תעודתו שיש לו סחורה על מסילת הברזל נקנה במסירה לבד. משום דהוה כשטר שנכתב לכל המוציאו ושוב ראיתי בנוב"י קמא (סי' ל"ז) שכתב כן בפשיטות במוכר קאלמענט הוא תעודה לסחורות הספינה דסגי במסירה. שיב ראיתי בתה"ד בפסקים (סי' ר"ל) שכתב לקיים המנהג שגובין חובם למחצה ולשליש ולרביע אף שלא הי' כתיבה ומסירה. ואין בעל השטר יכול לחזור בזה עי"ש:

בענין מכירת שטרות אי הוי מדאורייתא או מדרבנן נחלקו רבוותא בזה וכתבו התוס' במס' ב"מ (דף נ"ו) א"נ אפילו הוי מכר שט"ח מדרבנן משכחת בי' אונאה מדאורייתא כגון שהלוה ע"פ ונתן לו יותר מדאי. כדי לעשות שטר שעבוד או שהלוהו בשטר ונתן לו הלוה יותר מדאי שיחזיר לו השטר ויהי' מלוה ע"פ. ולרבינו חיים נראה דקנה מן התורה אם יש ללוה קרקעות שמוכר לו שיעבוד שיש לו בקרקעות עכ"ל. מתבאר מזה דדעת ר"ח דכשאין ללוה קרקעות מכירת שטרות דרבנן. וכשיש ללוה קרקעות אז המכירה תל מדאורייתא. וזהו דעת התוס' בכתובות (דף פ"ה) ד"ה המוכר שכתבו וז"ל תימא לר"י איך יכול למכור החוב. דבשלמא כשיש ללוה קרקעות מוכר לו אותן שיעבוד שיש לו על הקרקעות אבל כשאין לו כלום מה מוכר לו. ונראה לו דלא הוי מכר מדאורייתא דאי הוי מכר אמאי מחול עכ"ד. הרי להדיא דהא דמכירת שטרות מדרבנן היינו דוקא כשאין ללוה קרקעות. אבל כשיש לו קרקעית דאז מוכר לו אותו שיעבוד שיש לו על הקרקעות הוי מכירה דאורייתא:

אך בתוס' ב"ב (דף ע"ו) ד"ה קני מבואר ההיפוך מזה. שכתבו וז"ל וא"ת אמאי לא קני מדאורייתא גם שיעבוד הקרקע הכתובה בו. דהא קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה ואפי' בלא מסירת שט"ח יקנה, וי"ל דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפרק כל שעה (דף ל"א) כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותן מן התורה עכ"ל. הרי להדיא דאפילו כשיש ללוה קרקעות אין מכירת שטרות מן התורה. כיון שאינם ברשותו והוא כתי' הראשון שבתוס' ב"מ דלא ניחא להו לחלק בין כשיש ללוה קרקע או לא ולעולם אין המכר חל מדאורייתא מתבאר מזה דג' שיטות בדבר. יש מי שסובר דלעולם מכירת שטרות דאורייתא גם אם אין ללוה קרקע. ויש מי שסובר דלעולם המכר מדרבנן גם בשיש ללוה קרקע. והשיטה השלישית מכרעת דכשיש ללוה קרקע המכר חל מדאורייתא וכשאין ללוה קרקע אין המכר חל אלא מדרבנן:

ועל הקושיא של תוס' ב"מ דאי מכירת שטרות דרבנן אמאי איצטריך קרא למעוטי שטרות מאונאה הנה מצינו עוד תירוצים ע"ז בכתובות (דף פ"ה) תירצו דנהי דאין החוב מכור מ"מ שייך בו אונאה שהוא שוה הרבה לקונה שימכרנו בדמים יקרים ללוה. ובב"ב (דף ע"ו) תירצו כגון שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעלים ביוקר והר"ן ז"ל בפ' הכותב תירץ דעיקר קרא למעוטי קרקעות ועבדים אתא ואפי"ה ממעטינן שטרות מאונאה לפי שאינם בכלל הכתוב אלא דבר המטלטל וגופו קנוי ומכור. ותוס' לא ניחא להו בזה משום דבב"מ פ' הזהב שם איתא מנה"מ דת"ר וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד יצאו קרקעות שאינם מטלטלין יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות. יצאו שטרות דכתיב וכי תמכרו ממכר שגופו מכור וגופו קנוי יצאו שטרות שאין גופן מכור ואין גופן קנוי. משמע דממכר דריש דמיותר הוא. ומשמע דעיקר קרא לאו לעבדים וקרקעות אתא. [ועיין בתוס' ב"מ (דף ה') שכתבו אהא דאמרינן שם ולמ"ד הילך פטור אמאי איצטריך קרא למעוטי קרקע משבועה הא קרקע הילך הוא וז"ל תימא הא ליכא קרא מיותר למעוטי קרקעות אלא מכלל ופרט וכלל ממעטינן להו וכלל ופרט וכלל איצטריך למעוטי שטרות. וי"ל משום דקשה אמאי איצטריך תנא למילף קרקעות מכלל, ופרט כיון דהילך פטור ע"כ. וה"נ נהי די"ל דקרא אתא למעוטי קרקעות ועבדים אבל תנא אמאי איצטריך למילף שטרות מכלל ופרט לכן לשיטתייה לא ניחא להו בתירוץ הר"ן ובחרו להם תירוצים אחרים בזה] :

אמנם דעת הר"ן כיון דממכר אינו מיותר דאיצטריך לרבות שכירות כמוש"כ התוס' בב"מ (דף נ"ו) ד"ה והאי עי"ש. וכן בתו"כ פרשה בהר לרבות כל מיני מקח וממכר לכך לא נקט שטרות אלא אגב גררא דעבדים וקרקעות. והרמב"ן בפ' הספינה כתב וז"ל והא דהקשו מדתנן אין להם אונאה לאו מילתא היא דכי איצטריך קרא להיכא דזבין לי' שטר ולא חזר בו עד שגבה הלוקח את חובו דתו לא מצי הדר בי' ורחמנא מעטי' מדין אונאה כיון דשטר מתחלה מכר לו עכ"ל:

ובזה ניחא לי ג"כ הא דאמרינן בערכין (דף ל"ג) דתניא ויצא ממכר שומע אני אפילו עבדיו מטלטליו ושטריו. ת"ל בית ועיר אחוזתו דמשמע מזה דמכירת שטרות מה"ת. ולפי המבואר לעיל א"ש או דאגב גררא נקט שטרות או כגון שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעליו או כגון שגבה. ומסוגיא דערכין משמע דהא דממעטינן בהזהב מדכתיב ממכר שטרות שאין גופן מכור הוא משום דמיותר ולא מפשטא דממכר דאל"כ איך ס"ד מדכתיב ויצא ממכר שומע אני אפי' שטר' הא אדרבא מדכתיב ממכר נמעט שטרות שאין גופן מכור א"ו דבהזהב מיתורא דממכר הוא דדריש הכי. והנה האחרונים כתבו

ראי' דמכירת שטרות דבר תורה מהא דאמרינן בבכורות (דף נ"א) דתניא רבי אומר בכל פודין בכור אדם חוץ משטרות כו' ומאי מיעט מיעט שטרות ואי אין מכירתן דבר תורה ל"ל מיעוטא ע"ז הא אין כאן נתינה לכהן ובשלמא לרבנן דהתם דממעטי גם קרקעות ועבדים יש לומר דשטרות אגב גררא ועיקר קרא לעבדים וקרקעות. אבל לרבי דמיעוטא אינו אלא לשטרות קשה ל"ל מיעוטא ע"ז אי אין מכירתן ונתינתן דבר תורה. וחי' שכתבו התוס' בב"מ לענין אונאה לא שייך זה. ותמיהני עליהם הלא כבר הקשו כן בתוס' שבועות (דף ה) וכתבו שהוא מפורש במקום אחר ולא כתבו על זה כלום אכן במהרי"ק (שורש ג') מבואר להדיא שם בשם התוס' ז"ל שהקשו מאונאה ופדיון הבן ותי' דמיירי באונאה ופדיון הבן שמצא השטר לאחר יאוש ומכר או נתן לבעלים ונסתר בזה פלפולים רבים הנאמרים בזה:

והאו"ת תירץ הא דרבי לשיטת הרמב"ן במשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דאי יש ברירה מהני ושטר כזה ודאי מהני מכירה מה"ת ולכן איצטריך שפיר למעט בפדיון הבן בכה"ג עי"ש. והוא חמוה דהא להדיא אית לי' לרבי בגיטין (דף מ"ז) דאין ברירה דטבל וחולין מעורבין זה בזה עי"ש. וצ"ל כמוש"כ התוס' בגיטין (דף כ"ה) ד"ה דברי שכתבו וז"ל ויש לחלק בין היכא שמברר דבריו ומתנה בפירוש ואומר שאני עתיד להפריש. להה"א דאחין שחלקו שאינו מברר כלום עכ"ל וה"נ במשתעבדנא לך וכו' דמברר דבריו בפירוש גם רבי מודה דיש ברירה בזה:

עוד הביא האו"ת ראי' דמכירת שטרות דרבנן מהא דאמרינן בקדושין (דף מ"ז) התקדשי לי בשט"ח או שהי' לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהן ר"מ אומר מקודשת וחכ"א אינה מקודשת ומוקי בגמ' דמלוה של אחרים היינו במעמד שלשתן והרי מעמד ג' אינה מקודשת אלא מדרבנן כמש"כ דעת ר"י באהע"ז ומדכללם שט"ח עם מעמד ג' ש"מ דגם בשט"ח אינה מקודשת אלא קדושי דרבנן וש"מ דמכירת שטרות אינה אלא מדרבנן. ולפ"מ דיתבאר לקמן דלר"מ דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע מכירת שטרות דאורייתא תתחזק קושייתו ביותר דאיך כללם יחד מקדש בשט"ח עם מעמד ג':

אמנם י"ל ע"ד פלפול דהרי הסוגיא דהתם קאי אליבא דר' נחמן ג"כ. דס"ל המקדש במלוה אינה מקודשת ומייתי כתנאי וע"ז קאמר רב נחמן דהונא חברין מוקים במילי אוחרי וכן כל הסוגיא שם דמייתי כתנאי גם לרב נחמן קאי. והרי התוס' בגיטין (דף י"ג) כתבו דהא דרצה הגמ' לומר דטעמא דמעמד שלשתן הוא משום דנעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך. ודחה אלא מעתה הקנה לנולדים. דלרב נחמן דס"ל דגם לדבר שאינו בעולם מהני לא שייך פירכא זו דאלא מעתה הקנה לנולדים

דבאמת מהני לדידי' גם לנולדים וא"כ לפ"ז נשאר לדידי' טעמא דמשתעבדנא ולכל מאן דאתי מחמתך וא"כ לדידי' גם מעמד שלשתן דאורייתא. וא"כ להאוקימתא דמיירי בשט"ח דאחרים שפיר יש לומר דתרווייהו דאורייתא משא"כ אליבא דידן יש לומר דפלוגתתם מיירי במקדש במלוה וא"ש. עוי"ל לפמש"כ הרמב"ן במלחמות פ"ד דבב"ק דהא דמעמד ג' הילכתא בלא טעמא הוא משום דהוי דבר שלבל"ע א"כ ר"מ לשיטתו דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע מעמד ג' ג"כ דאורייתא. וא"כ שפיר יש לומר דמכירת שטרות ג"כ דאורייתא. והנה הארכתי הרבה ע"ד הפלפול בענין זה. ומפני שאין דרכי להאריך השמטתים ואציגה נא רק מעט איזה דברים ישרים בזה:

תנן בבכורות (דף נ"א) אין פודין בכור לא בעבדים ולא בשטרות ולא בקרקעות ובגמ' מתני' דלא כרבי דתניא רבי אומר בכל פודין בכור אדם חוץ משטרות מ"ט דרבי דריש ריבויי ומיעוטי. והקשה התוי"ט על הרמב"ם ז"ל שפסק כמתניתין דאין פודין בכור בעבדים ושטרות וקרקעות. הא לפ"מ דמבואר בגמ' אי דרשינן ריבויי ומיעוטי אין לנו למעט אלא שטרות והרע"ב במס' שבועות כתב שם דהרמב"ם ס"ל כמאן דדריש רבויי ומעוטי וא"כ אמאי פסק דאין פודין בעבדים וקרקעות:

ונראה לתרץ דכבר נודע דעת הרי"ף [להבנת הפוסקים] והרמב"ם (בפ"ז מה' מכירה) דקנין שטרות מדרבנן. והקשה הפני יהושע בקדושין (דף מ"ח) הא אמרינן בבכורות דרבי סובר בכל פודין בכור אדם חוץ משטרות ומשמע התם דהיינו בשט"ח של אחרים ויליף לה מריבוי ומיעוטי וא"כ מוכח להדיא דמן התורה יכול להקנות שט"ח כו'. ולולי דמסתפינא באתי לדון בדבר חדש דודאי אליבא דרבי הוי מדאורייתא. והיינו נמי טעמא דרבי דאמר בשמעתין אותיות נקנין במסירה דכיון דקנין שטרות מדאורייתא הוי בכלל שאר מטלטלין דנקנין במשיכה לריש לקיש מדאורייתא ולר' יוחנן מדרבנן מחששא דשמא יאמר נשרף חיטיך בעלי' וה"נ דכוותה ומסירה הוי בכלל משיכה בדבר שדרכו בכך או כמוש"כ הרמב"ן ז"ל דלענין הקנאת שיעבוד שייך טפי מסירה ממשיכה משא"כ לרבנן דליכא למילף מפדיון הבן דהא בכללא ופרטא דרשי ומוקי לה אקרקעות ועבדים ושטרות נקטו לגרוע וא"כ סברי דקנין שטרות מדרבנן ומשו"ה בעינן כתיבה ומסירה דאלים טובא כיון דמדאורייתא לא מיקני כלל עכ"ל. ולפ"ז מתורץ קושיית התוי"ט שהקשה על הרמב"ם ז"ל שפסק דדרשינן ריבוי ומיעוטי וא"כ המיעוט קאי אשטרות ומנ"ל למעוטי עבדים וקרקעות לפ"מ דנתבאר דרבי לטעמי' הוא דאזיל דס"ל דשטר נקנה במסירה לחודא א"כ סובר דמכירת שטרות דאורייתא ומשו"ה צריך קרא למעוטי שטרות

דאין פודין בהם. אבל הרמב"ם לטעמי' שפסק (בפ"ו מה' מכירה) דמכירת שטרות דרבנן. וא"כ א"צ מיעוט אשטרות ואתא המיעוט לקרקעות ועבדים הוקשו לקרקעות וא"ש:
אך לכאורה אינו מספיק זה לפמש"כ התוס' בב"מ (דף ד) ד"ה אין נשבעין ושם (דף ק) בד"ה ר"מ דלמאן דדריש ריבוי ומיעוטי לא ממעטינן עבדים מדהוקשו לקרקעית וצריך שני מיעוטים לקרקעות ועבדים עי"ש. שהוכיחו כן מסוגיא דבבא קמא (דף ס"ג) וא"כ כיון דהרמב"ם פסק דדרשינן ברבוי ומיעוטי א"כ נהי דלשטרות לא איצטריך ואייתר לקרקעות אכתי מנלן עבדים. אכן י"ל דהא דמבואר בב"ק דלמ"ד דדריש בריבוי ומיעוטי צריך שני מיעוטי לקרקעות ועבדים. הוא מהא דאמרינן שם השתא דאמרת כל ריבויא כל הני פרטי למה לי חד למעוטי קרקע וחד למעוטי עבדים. וכתבו התוס' שם אע"ג דלעיל ידעינן עבדים מדהוקשו לקרקעות הכא כיון דכל ריבוייא בעי לכל חד מיעוט באפי נפשי' וא"כ יש לומר דס"ל לרמב"ם דעד כאן לא בעינן לעבדים מיעוט באפי נפשי' ולא סגי במה דהוקשו לקרקעות אלא משום דכל ריבויא. אבל לא בריבה ומיעוט. אך זה אינו. דלהדיא אמרינן שם בב"ק (דף ס"ד) אלא ריבה ומיעוט ריבה כל מילי. אי הכי כל הני פרטי למה לי חד למעוטי קרקע וחד למעוטי עבדים הרי להדיא דלמ"ד דדרשינן בריבה ומיעוט וריבה בעינן לעבדים מיעוט באפי נפשי' ולא סגי במה דהוקשו לקרקעות משא"כ אי דרשינן בכלל ופרט כמוש"כ רש"י שם: אך באסיפת זקנים פרק מרובה (דף ס'.) כתב בשם הרשב"א ז"ל דהא דאיצטריך חד למעוטי עבדים כיון דניידי ולא דמי לקרקע לפעמים מיעטי' בהדיא עי"ש. עוד נ"ל לתרץ הא דאיצטריך למעוטי שטרות מפדיון הבן כיון דמכירת שטרות מדרבנן. ומה"ת אינו יכול למכור שט"ח לאחרים וא"כ אינו יכול נמי ליתנו לכהן לפדיון בנו. עפ"מ שכתבו התוס' בב"ב (דף ע"ו) ד"ה קני. להקשות אמאי לא קני מדאורייתא גם שיעבוד קרקע הכתובה בו דהא קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה ואפילו בלא מסירת השט"ח יקנה. וי"ל דכמו שאינו יכול להקדיש כדמוכח בפסחים (דף ל"א) כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותם מן התורה עכ"ל. והנה בפסחים שם מבואר דהא דאין יכול להקדיש הוא אליבא דרבא דסובר בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה אבל לאביי דלמפרע הוא גובה יכול להקדיש כמבואר שם להדיא א"כ לאביי גם מכירת שיעבוד קרקעות מן התורה:
והנה בב"ב (דף קכ"ד) איתא אמר רב יהודה אמר שמואל אין בכור נוטל פי שנים במלוה למאן אילימא לרבנן כו' מלוה מבעיא אלא לר' ואלא הא דתניא ירשו שט"ח בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית מני לא רבי ולא רבנן לעולם לרבנן ואיצטריך סד"א מלוה כיון דנקיט שטרא כמאן דגביא דמיא קמ"ל. מתבאר מזה דלרבי בכור נוטל פי שנים

במלוה ומלוה מוחזקת היא וכגבוי דמיא לדידי' ועיין רשב"ם בב"ב (דף קכ"ה) וברמב"ן שם דמבואר להדיא דהא דמלוה מוחזקת. הוא כסברת אביי בפסחים (דף ל"א) דבע"ח למפרע הוא גובה עי"ש. [וכ"כ הרמב"ן במלחמות בפ"ב דפסחים וז"ל שאני אומר כיון דנפסקה לנו הלכה מפורשת שאין הבכור נוטל פי שנים במלוה בין גבו קרקע בין גבו מעות ממילא שמעינן וק"ו וכ"ש הוא דאי אקדיש מלוה או זבין לאו כלים הוא עכ"ל. משמע דאי בכור נוטל פי שנים במלוה שפיר י"ל דמהני הקדישו ומכירתו]:

וא"כ כיון דס"ל לרבי דמלוה מוחזקת משום דבע"ח למפרע גובה ואי זבין וקדיש מהני א"כ לשיטתו מכירת שטרות דאורייתא ושפיר איצטריך קרא למעוטי שטרות. אבל הרמב"ם ז"ל לשיטתו שפסק (בפ"ב מה' נחלות) דאין הבכור ניטל פי שנים במלוה משום דמלוה אין מוחזקת א"כ אינו ברשותו להקדישׁ ולמכור. ולכן מכירתן דרבנן א"כ לא איצטריך קרא למעוטי שטרות ואייתר המיעוט לקרקעות ועבדים הוקשו לקרקעות:

ובזה יתיישב היטב מה שיש להביא ראי' נגד הסוברים דמכירת שטרות דרבנן. מהא דאמרינן בב"ב (דף קכ"ז) לרבנן יכיר ל"ל למיתבא לי' פי שנים מגו, דאי בעי למיתב לי' במתנה מי לא מצי יהיב. וקשה לפ"מ דאמרינן שם (דף קכ"ד) ירשו שט"ח בכור נוטל פי שנים ואי נימא דמכירת שטרות דרבנן ומדאורייתא לא קנה השיעבוד א"כ אם נתן שטר במתנה נמי לא קנה השיעבוד א"כ שוב ליכא בזה המגו דאי בעי יהיב במתנה וצריך קרא דיכיר דנוטל פי שנים בשט"ח ומאי פריך יכיר ל"ל:

ולהנ"ל א"ש דכיון דהא דנוטל פי שנים בשטר לרבי היינו משום דכגבוי דמי כמבואר שם וא"כ לדידי' גם מכירת שטרות דאורייתא וממנ"פ פריך הש"ס דאי נימא דנוטל פי שנים בשטר ולא הוי ראוי משום דכגבוי דמי א"כ מכירת שטרות נמי דאורייתא ואיכא מגו דאי בעי יהיב במתנה. אבל אי מכירת שטרות דרבנן. וע"כ הטעם כמוש"כ התוס' שם משום דאין אדם מוכר דבר שאינו ברשותו ולא הוי כגבוי. א"כ בכור אינו נוטל פי שנים וא"ש ודו"ק. אמנם זה אינו דהומ"ל דאיצטריך קרא למלוה שיגבה בחייו. וכעת בעת הכרה ליכא מגו בשטרות דהא מדאורייתא אין הקנאה לשטרות ומטעם יכיר מהני. וצ"ל דה"ה דהומ"ל כן. [וראיתי להפליתי (בסי' פ"ד) שכתב ליישב הרמב"ם הנ"ל עפמש"כ התוס' בב"ב דלכך מכירת שטרות דרבנן משום דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. ורבי הא ס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע ביבמות (דף צ"ג) וא"כ כ"ש אינו ברשותו. ובזה ניחא ליישב קושיית הרמב"ן פרק הספינה להסוברים דמכירת שטרות לאו דאורייתא מהא דאמרינן בקדושין התקדשי לי בשט"ח רמ"א מקודשת. ואמרי' דכו"ע אית להו דשמואל אם חזר ומחלו מחול ר"מ סבר סמכא דעתה מימר אמרה לא שביק לדידי ומחיל לאחריני

ואס"ד לא קנאתו אלא מדבריהם ולפיכך יכול למחול. לא תהא מקודשת גמורה. ודוחק לומר דמקודשת מדבריהם קאמר. ולפמש"כ ניחא שפיר דר' מאיר לשיטתו דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע מכירת שטרות דאורייתא לכך מקודשת מדאורייתא וא"ש]. ובזה י"ל דרב לשיטתו אזיל דאמר בכתובות (דף י"ט) האומר שטר אמנה הוא אינו נאמן ומוקי אביי כגון שחייב לאחרים והקשו דלהימני' במגו דאי בעי מחיל. וכתב הרשב"א דרב לא ס"ל הא דשמואל דמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול. והוא דהא דמהני מחילה משום דמכירת שטרות דרבנן משא"כ רב דס"ל ביבמות (דף צ"ג) אדם מקנה דבר שלבל"ע א"כ מכירת שטרות דאורייתא ולכך לא מהני מחילה:

[והנה לעיל הקשיתי לשיטת הסוברים דמכירת שטרות דרבנן דא"כ מאי פריך בב"ב שם יכיר ל"ל הא אי בעי מצי יהיב במתנה. ודילמא אתא לשטרות דלא מצי יהיב במתנה מדאורייתא. ונ"ל לתרץ עפ"מ דאיתא בב"ב (דף קכ"ד) דס"ל לרבנן דנכסים שנשבחו לאחר מיתת אביהן אין הבכור נוטל פי שנים ומפרש הטעם משים דכתיב לתת לו מתנה היא ובעינן עד דמטא לידי' ופרשב"ם דבעינן דמטיא לידי' דהנותן ואין אדם מקנה דבר שלא בל"ע וא"כ אין נוטל בשטרות פי שנים מה"ת כיון דאין יכול להקנות ולא קרינן לתת לו:

עוי"ל הקושיא הנ"ל שהקשיתי דילמא אתא קרא למכירת שטרות עפ"מ שהקשה הכנה"ג (בסימן ס') דמה משני דהקרא דיכיר איצטריך לנכסים שיפלו אח"כ דהא קיי"ל דאדם יכול לחייב בעצמו בדשלבל"ע וא"כ אכתי אית לי' מנו דאי בעי יכול להתחייב שיטול פי שנים מנכסים שיפלו לו אח"כ. ותי' המל"מ (פי"א ממכירה הט"ז) שרוצה להקנות לו בגוף הנכסים מתורת ירושה משא"כ בתורת חיוב אין לו קנין בגוף הנכסים עי"ש. והוא דיכול לסלק לו בזוזי עי"ש. וכ"ז הוא לענין נכסי קרקע או מטלטלין משא"כ שט"ח דסוף סוף אינו אלא שיעבודא ולא קנין בגוף הנכסים. א"כ אין נפ"מ בין אם הוא מתורת חיוב או משום ירושה והלוה יכול לסלק לו בזוזי א"כ שפיר מצי להקנות לו בחיוב ולא איצטריך קרא לזה וא"ש:

ומיהו להרא"ש שאביא לקמן דס"ל דגם שטר קנין על שדה מכירתו מדרבנן וא"כ ליתא לדידי' הני תירוצים כיון דאינן מלוה ולדידי' נאמר דה"ה דהו"מ לשנויי כן כמוש"כ שם התוס' כיוצא בזה דה"ה דהו"מ לשנויי אליבא דר"מ בלא עבידי דאתי וחדא מינייהו נקיט עי"ש בזה. וי"ל בלא"ה דיש עוד נפ"מ בין אם השטרות יהי' שלו בעצם או אינו אלא תוב שמחויב ליתן לו פי שנים בשטרות לכן תי' הראשון עיקר:

והרמ"ה בב"ב (דף קמ"ז) כתב וז"ל וכ"ת אי מדאורייתא לא קני אמאי איצטריך קרא למעוטי שטרות מאונאה. כי איצטריך קרא למעוטי בשטר פקדון דכיון דפקדון כל היכא דאיתי' ברשותי' דמרא איתי' ומצי למקניא לי' לגופי' קנין גמור כי מזבין לי' לשטרא נמי וכתב לי' קני לך וכל זכותא דאית בי' קני לי' לשטרא ולממונא דכתיב בי' כל היכא דאיתא קנין גמור ושוב אין המוכר יכול למחול. והוא דקני לי' אגב ארעא דקני לי' לשטרא וקני לי' למטלטלי כל היכא דאיתא א"נ דקנו מני' והוי ההוא פקדון מידי דלאו מטבע אבל בכתיבה ומסירה גרידתא לא קני לי' לפקדון דמטלטלי בשטרא לא מיקני וכו' ואי בעי תימא אפי' בשטרי חוב וכיון דאמת' ללוקח גבי ללוה במעמד שלשתן דקני מדאורייתא ואינו יכול למחול ע"כ. והנה מבואר דס"ל קנין אגב דאורייתא. מדאיצטריך קרא למעוטי בכה"ג דלא כתוס' בב"ק (דף י"ב) דס"ל קנין אגב דרבנן אלא כהריטב"א בקדושין (דף כ"ז). גם מה דמבואר דמעמד ג' הוי דאורייתא. הוא תמוה דאפילו אי נימא דהוא מנהג סוחרים כמוש"כ הרשב"ם בב"ב (דף קמ"ט) וכן מבואר בראשונים פ"ק דגיטין וס"ל דמנהג הוה דאורייתא. מ"מ כבר ביארנו (בסי' קכ"ו) דמדרבנן הוא משום דאינו ברשותו דמלוה הוה אינו ברשותו ובשלמא בפקדון שפיר כתב דהוי ברשותו כמבואר בראשונים ובשו"ע (סי' ריי"א) משא"כ מלוה ואולי ס"ל כרבה בפ"ד דב"ק דמלוה יכול להקדיש וכמוש"כ גם המרדכי בפרק הספינה אלא דא"כ אמאי ס"ל בשאר שטרי חוב דהוי דרבנן לכן הדבר צריך ביאור:

ובתוס' ב"מ (דף נ"ו) הקשו אי מכירת שטרות דרבנן אמאי אצטריך למעוטי שטרות מאונאה. ולא תירצו כהרמ"ה הנ"ל. לשיטתם אזלי דס"ל בב"ק (דף י"ב) דקנין אגב דרבנן וא"כ לא מצי איירי הקרא בכה"ג ובקנין סודר לא יספיק על מיעוט שטרות בפדיון הבן כדאיתא בב"מ מתנות כהונה נתינה כתיבא בהו כו' לכן תירצו תירוצים אחרים בזה:

ולענין ממר"ם כבר הסכימו הפוסקים האחרונים דמכירתן מה"ת. וכן משמע לי ממש"כ הראב"ד (פ"ו מה' מכירה הי"ב) עמש"כ הרמב"ם דלכך מכירת שטרות מדרבנן שאינו אלא לראי' א"א לא מן השם הוא זה שלא מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי לפיכך אם כתב לו בשטר חובו הריני משועבד לך ולכל הבאים מכוחך אינו יכול למחול משמכר שטר חובו עכ"ל. הרי להדיא דאז מכירתו מה"ת כיון דאין יכול הלוה לומר לא שעבדתי לך את עצמי:

עוד נ"ל בשטר שיש לו על אחד שמכר לו שדהו ובשטר שהוא עיקר הקנין כדלקמן (סי"ד) דהשדה שלו תומ"י ולא שייך בזה שאינו ברשותו. אם מכר שטר כזה פשיטא דמכירתו דבר תורה ואפ"ה אין גופו ממון. והא דלא תירצו התוס' והראשונים דאיצטריך

בכה"ג למעט מאונאה דא"כ היינו קרקע אבל אין לומר דהוא גופו ממון לפמש"כ רש"י בשבועות (דף ל"ז) דשטרות אין גופן ממון משום דאין עומדין אלא לראי' שבהן משא"כ היכא שהוא עיקר הקנין. דזה אינו דאטו במתחייב את עצמו בשטר יהא בו אונאה אלא דהכוונה דלאחר שהתחייב א"ע או עשה הקנין בשטר יוכל לשרוף השטר ואינו מחזיקו אלא לראי' שבו. איך שיהי' שטר מכר כזה ודאי הוי דאורייתא לכאורה. אבל מה אעשה שהרא"ש ז"ל (בפ"י דב"ב סי' כ"ג) כתב להדיא דגם שטר קנין מכירתו מדרבנן עי"ש. ובאמת כעת צל"ע בזה דהרא"ש בעצמו פרק הספינה כתב דמכירת שטרות דרבנן משום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וא"כ בשטר קנין לא שייך זה:

הא שכתבו הפוסקים דמוכר שט"ח יכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן נ"ל דאין הטעם משום דקנינו קיל דמ"ש קנין זה מכל קנינים דרבנן אלא נ"ל דלא תקנו רבנן אלא היכא דאינו מוחל. אבל היכא דמוחל לא תיקנו כמוש"כ כיוצא בזה הרא"ש (בפ"ד דכתובות סי' ד') וז"ל והא לא תיקשי לן הואיל ואם לא היתה מוחלת הי' האב זוכה האיך יכולה למחול זכות האב די"ל דתקנתא דרבנן בעלמא הוא כו' ולא תיקנו רבנן אלא כשלא מחלה עכ"ל וה"נ במכירות שטרות דרבנן לא תיקנו אלא כשאינו מוחל כן נלפע"ד בזה. ושוב ראיתי בהר"ן גיטין (דף ס"ד) שכתב בתחילה דמוכר שט"ח מהני מחילה משום דקנינו קל ושוב כתב די"ל כיון דהיא מדרבנן הם אמרו והם אמרו דיכול למחול. א"כ מבואר להדיא כמוש"כ בזה. ובתוס' קדושין (דף מ"ח) כתבו דכיון דאין קנינו אלא מדרבנן לא אלים להפקיע שלא יהא יכול למחול ע"ש. כתירוץ הראשין מר"ן וצ"ע:

במי שיש לו משכנתא באתרא דלא מסלקי ומכר השטר משכנתא לאחר דאז המכירה מדאורייתא לפמש"כ התוס' בפרק הספינה והנ"י שם דהא דמכירת שטרות הוא משום דאין יכול למכור השעבוד משום דמכאן ולהבא הוא גובה ואינו שלו והרי הרשב"א בתשובה (ח"ה סי' ר"ט) כתב דמשכנתא באתרא דלא מסלקי דהוי כשלו ודמיא לשדה מקנה דאעפ"י שחוזר לבעלים ביובל הוי כשלו להקדיש ולמכור עי"ש. וא"כ הוי ברשותו ומכירת שטר כזה מדאורייתא ועמש"כ לעיל (סי' י"ב) אבל להרא"ש בב"ב שם (סי' כ"ג) דגם בשטר קנין מכירתו דרבנן א"כ ה"ה במשכנתא באתרא דלא מסלקי. וכבר כתבתי דדעת הרא"ש צריך ביאור בזה:

וכן נ"ל במוכר פס"ד לחברו מכירה מדאורייתא לפי שיטת התוס' בב"ב (דף ע"ו) ונ"י הנ"ל שהרי לקמן (סי' ס"ז) מבואר בטוש"ע דפס"ד הוי כגבוי ואינו משמט מהא דתנן בפ"י דשביעית דמעשה ב"ד אינן משמטין. וי"ל עפמש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ד) דלכך לא אמרינן דשטר העומד לגבות כגבוי דמי משום דצריך ב"ד ומי יימר דמזדקי' לי'

השתא משא"כ הכא כבר יש לו פס"ד ולכך הוי כגבוי וא"כ הוי ברשותו ומהני המכירה ולהסוברים דמוכר שטר מהני מחילה משום דמכירת שטרות לאו דאורייתא לא תועיל בזה המחילה והא שהקשו התוס' בב"מ (דף נ"ז) ל"ל קרא למעוטי שטרות מאונאה הא מכירת שטרות מדרבנן. להנ"ל מיושב בפשיטות דמיירי שמכר פסיד דמכירה מה"ת בזה:

אמנם התוס' דלא תירצו כן משום דלשיטתייהו אזלי שכתבו בפרק גט פשוט (דף קע"ה) דהעמדה בדין לא הוי כמוחזק והא דמעשה ב"ד אינם משמטין אינם אלא בכתובה כתי' קמא דר"ש בפ"י דשביעית. ולא כתי' בתרא דמיירי בפס"ד וא"כ גם פס"ד לא הוי כמוחזק וגם בזה שייך מי יימר דצריך ב"ד. לכן ליכא בזה מכירה מדאורייתא לכן תירצו תירוצים אחרים משא"כ לדידן דהוי מכירה מדאורייתא שפיר י"ל כן. ומש"כ הש"ך לקמן (ס"ק נ"ח) שאפילו יש לו פס"ד ללוקח שהלוה חייב לשלם וחזר המלוה ומחלו מחול. שאני התם דמ"מ בעת המכירה לא הי' לו פס"ד משא"כ היכא דמוכר הפס"ד שפיר י"ל דלא מהני מחילה:

ומצאתי ברשב"א בכתובות (דף י"ט) שכתב וז"ל ושוב מצאתי בשם קצת חכמי הצרפתים שהעמידוהו כגון שתבעו מלוה שני ללוה מדר"נ והעמידו בדין ונתחייב לו ממון ואח"כ בא בעל השטר ואמר אמנה הוא זה דכיון דעמד בדין שוב אינו יכול למחול דכל מילתא דב"ד כמאן דגבוי דמיא כדאמרינן לענין פרוזבול וגם זה ע"ד רחוק האיך העמידו בדין והאיך נתחייב לו בממון בלא הוצאת שטר. ואם הוציאו ולא טען איך יחזור ויטעון ועוד שאינו כן מהסוגיא דפרק החובל עכ"ל פי' דבב"ק (דף פ"ט) פריך ותזבין לכתובתה בטובת הנאה להאי דחבלה בי' דאי מחלה לי' לגבי בעל לית לי' פס דא סוף סוף כל לגבי בעל ודאי מחלה ואטרוחי ב"ר בכדי לא מטרחינן ואי בעמד בדין לא מהני מחילה יהא אפשר שיתבע את הבעל בב"ד מדר"נ ואז לא מהני מחילה א"ו דגם בעמד בב"ד מהני מחילה הרי דאפילו לאחר שעמר בדין מהני מחילה. אבל לחכמי הצרפתים לא מהני מחילה משום דכגבוי דמי לענין פרוזבול והדבר מבואר כמוש"כ ואף די"ל דשאני התם דמלוה שני עמד בב"ד והוי אצלו כגבוי ולכך לא מהני מחילה דמלוה ראשון. משא"כ כשעמד מלוה ומכרו מצי למחול. זה אינו ואדרבא איפכא מסתברא דבזה גם הרשב"א מודה מאחר דמלוה יש לו פס"ד ומכרו אח"כ נסתלק משעבודו ומסר להלוקח ושוב לא מצי למחול משא"כ במלוה שני דאתי מכח מלוה ראשון אף דעמד בב"ד מצי למחול:

מיהו נראה מש"כ ועוד שאינו כן מהסוגיא דפרק החובל הוא משום דכתובה מעשה ב"ד ואין משמט ואפי"ה מהני מחילה א"כ ה"ה בעמד בדין אף דהוא מעשה ב"ד מהני

מחילה וע"כ צ"ל דנהי דלענין שמיטה חשוב כמוחזק ולא קריא בי' לא יגוש אבל לא הוי כגבוי לגמרי שלא יועיל מחילה וא"כ ה"ה במוכר פס"ד אף דהוי כגבוי לענין שמיטה וכן לפי מה שרצו התוס' בב"ב לומר דהוי כמוחזק וגובה מיורשים ומלקוחות מ"מ עדיין אין גופו ממון ואין שייך בזה מכירה ולכך גם בזה מהני מחילה וכבר הכריע הרשב"א דלא מהני בזה סברא דכגבוי דמי וי"ל בזה. וכ"מ מהא דלא תירצו התוס' והראשונים דאיצטריך קרא כגון שמכרה כתובה דכגבוי דמי ומהני מכירה מדאורייתא למ"ד כתובה דאורייתא א"ו דלא מהני מדאורייתא במעשה ב"ד. מיהו עיקר כפי' הראשון שכ' בדעת הרשב"א. דפי' שני זה אינו דכתובה דאינו משמט הוא משום דלא הוי משה ידו. וכ"כ הפני משה בירושלמי בזה במלוה הדבר וכו' עי"ש בירושלמי בזה. אלא די"ל מאי מייתי ראי' הרשב"א מב"ק דשאני החם דלא שייך בזה כגבוי דמי דשמא תמות קודם ונמצא דאין בעלה מחויב כלל:

וכן נלפע"ד דלא אמרינן כגבוי דמי אלא בפס"ד מהא דאינו יכול הבעלים להקדיש דבר הגנוב שאינו ברשותו אף דעמד בדין על זה וכדאמרינן בב"ק (דף ס"ח) כגון שהקדישו בעלים ביד גנב ומי קדוש והא גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו הוא דאמר וכו'. והרי חזרה קרן לבעלים כשעמד בדין. וכ"כ השיטה שם להדיא (דף ל"ו) דא"י להקדיש אף אם עמד בדין דאכתי אינו ברשותו לר"ש ופס"ד עדיף שפיר די"ל דבב"ק מיירי בחייב ליתן ולא בצא תן א"כ לא מיירי בפס"ד לכך לא. הוי, כגבוי וא"י להקדיש. ומעתה גם בסתם שדה לא הוי מכירה מדאורייתא אף דלשביעית מהני ואין למדין משם למכירת שטרות לדעת הרז"ה ועוד הרבה פוסקים הובא בשיטה ב"ק (דף ע') ומרדכי פ"ה דב"ב דמלוה יכול להקדישו שפיר י"ל דהוי מכירת שטרות דאורייתא מאחר דהוי כרשותו דידיה להקדיש וה"ה למכירה ואיפכא מבואר שם בשיטה דאפילו הסוברים מכירת שטרות דאורייתא לא מהני במלוה משום דאינו ברשותו אבל מאן דס"ל במלוה כ"ש דמהני מכירת שטרות מדאורייתא: שם קני לך וכל שיעבודא דאית בי' לקמן (סוס"י רמ"ח) בהגה"ה מבואר דגם אם מקנה להלוה עצמו שטרו כיון דלא כתב לו קני לך וכל שיעבודא דאית בי' לא מהני. ונ"ל דבזה בכתיבה לחוד סגי ולא בעינן מסירה ג"כ והוא עפמש"כ תוס' בב"ב (דף ע"ז) להקשות למה אין מכירת שטרות מדאורייתא יקנה בכסף ושטר השיעבוד קרקע ואפילו בלא מסירת שט"ח יקנה ותירצו משום דאינו ברשותו. והנה הב"ש באהע"ז (סי' כ"ח) כתב דהא דנגזל אין יכול להקדיש ולמכור משום דאינו ברשותו היינו לאחר אבל לגזלן עצמו יכול להקנות וא"כ ללוה עצמו כיון דיכול להקנות לו אם כתב לי' קני לך וכל שיעבודא

דאית בי' קנה בזה ולא צריך מסירת השטר עצמו. ונפ"מ להא דמבואר (בסי' רמ"ח) ועיין מש"ש. וראיתי בש"מ לפ"ק דב"מ גבי שובר בזמנו טריף וז"ל פי' ומיירי כשהשובר הזה כעין שטר מקנה שאומר לו חוב פלוני מכור לך בשטר זה אבל בשוברין שלנו שהוא מוחל או מודה לו ואין השטר אלא לראי' בעלמא אפילו רבא מודה דמשעה שמחל והודה נפסד הלה. הריטב"א ז"ל עכ"ד. הרי דפי' שובר. בשובר מקנה ואפי"ה לא בעינן מסירת השטר ומשמע להדיא דכשמקנה להלוה עצמו סגי בכתיבה גרידא בלא מסורה: הש"ך כתב בשם הריטב"א דמקדיש שט"ח לעניים זכו באמירה גרידא דכמסירה להדיוט דמי. והנה במקדיש לבדק הבית מבואר בתוס' ב"ב (דף ע"ו) דלא מצי להקדיש כלל וכתיבה ומסירה לא תיקנו בזה וכתב קצוה"ח דבמקדיש לעניים מודו דהוי כהדיוט ומהני כתיבה ומסירה עיי"ש. וכ"ה להדיא בשיטה ב"ק (דף ע') שכתב דמקדיש שט"ח לבדה"ב לא מהני משום דמכירת שטרות דרבנן ולא תיקנו בהקדש ואפי' אי דאורייתא אינו ברשותו [ופי' דגזה"כ הוא כי יקדיש את ביתו] אבל כ"ז במקדיש לבדה"ב אבל לעניים הרי הוא כהדיוט אלא שמסיק שם דבאמירה גרידא מקני בלא כתיבה ומסירה אבל בכתיבה ומסירה מהני לכו"ע ולית מאן דפליג בזה:

מי שפרע והש"ך חולק על זה וכתב כיון דאיכא דברים ומעות צריך לקבל מי שפרע. ול"נ עיקר כהרמ"א דהא דלא מהני קנין כסף במכירת שטרות לקנות שיעבוד הקרקע שיש לו כתבו תוס' בב"ב (דף ע"ו) משום דקיי"ל מכאן ולהבא הוא גובה ואינו ברשותו להקדיש ולמכור וכ"כ הנ"י שם. והרי הרמב"ם (פכ"ב מה' מכירה) כתב דבדבר שלא בא לעולם ליכא מי שפרע וא"כ ה"ה לאינו ברשותו דשוין הם לענין קנין אלא דהש"ך לטעמי' (בסי' ר"ט) שכתב שם בשם בדה"ב דבזה חלוק אינו ברשותו מדבר שלבל"ע דאף דבדבר שלבל"ע ליכא מי שפרע מ"מ באינו ברשותו אף דאינו מצוי איכא מי שפרע אבל לפמש"כ הסמ"ע שם וכתבנו שם דהעיקר כדבריו. דבאינו ברשותו א"צ לקבל מי שפרע שפיר כתב הרמ"א בשם ב"י שכתב בשם התרומות דליכא מי שפרע בזה. ומזה ג"כ ראי' להסמ"ע שם ועיין מש"כ שם בזה:

והמפרשים כתבו לקיים דעת בעה"ת והרמ"א עפ"מ דאמרינן בהזהב תנן אבל אמרו מי שפרע. אא"ב מעות קונות משו"ה קאי באבל אלא אי אמרת מעות אינו קונה אמאי קאי באבל משום דברים עד דמסיק דברים ומעות קאי באבל. דברים וליכא מעות לא קאי באבל ומשמע דלפ"מ דקיי"ל כר"י דאמר מעות קונות טעמא דקאי באבל משום דמדאורייתא מעות קונות אבל דלא קני מדאורייתא כמו בשט"ח דמדאורייתא אין מעות קונות בהם לא קאי באבל והוא כי"א באסיפת זקנים שם דבעינן שיהא הקנין מדאורייתא

משא"כ בשט"ח דמדאורייתא אין נקנין בכסף. וכן משמע לי דעת בעה"ת עצמו (שער מ"ז) שכתב וז"ל דהא הכיר בה שאינו שלו דמדאורייתא לא קני והלכך הוי לי' כדברים בלא מעות דמשום מחוסר אמנה איכא, מי שפרע ליכא. והא שהוצרך בעה"ת לומר בשטרות משום דאין בו אונאה יש לומר דכתב כן היכא דאיכא כתיבה אלא שמחוסר מסירה דאז ודאי קני מדאורייתא דמסירה במקום משיכה תקנתא דרבנן הוא אבל היכא דלא הי' כתיבה דאז מדאורייתא לא קני שפיר כתב הרמ"א דלא קאי באבל ועמש"כ לקמן (סי' ר"ז):

סעיף ט':

לפיכך הזוכה בשטר הפקר שחברו הפקיר שטרו אינו קונה ע"י מלוה הכתובה בו כיון שאין דעת אחרים מקנה והק' בש"ך בלא"ה זכה הלוה במה שבידו מיד שהפקיר זה כמו גבי גר. וי"ל לפמש"כ הנוב"י מהדו"ת (סי' קנ"ד) דהא דקיי"ל הפקר לעניים ולא לעשירים לא הוי הפקר אבל במפקיר לאחד או לשנים לנוכח מהני עיי"ש. והבאתי סמוכים לזה (בסי' רע"ג) א"כ ה"נ מיירי שהפקיר לאדם אחד דאין הלוה זוכה בזה. ומ"מ לא הוי דעת אחרים מקנה משום דהפקר הוי סילוק ולא קנין:

סעיף י"א בהגה"ה ואפילו הי' השטר מונח תח"י שליש אע"ג דנאמן נגד המוכר שעשאו שליש. מ"מ אינו נאמן נגד הנתבע. וכתב הש"ך וא"ל אמאי לא הוה לי' הלוה מחוי"ש ואיל"מ שהרי הוא מכחיש השליש שהוא עד וכתב דמיירי בקרוב או פסול והקשו המפרשים עליו דהא ההא מיירי שטוען שקנה השטר וא"כ הו"ל שיעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות ולא אמרינן בי' מחוי"ש ואיל"מ אף שהשליש כשר לעדות. ולק"מ לפמש"כ הסמ"ע לעיל (סי' ס"ה ס"ק א') אהא דמבואר שם במצא שטר ואינו יודע מה טיבו ונתן לאותו שכתוב על שמו דאם מכחיש דברי אותו שנתנו לו דצריך לישבע שבועה דאורייתא נגד השליש ואין זה בכלל מה שאמרו דאין נשבעין על השטרות רק היסת כמוש"כ (בסימן צ"ה) דהא אין זה נשבע נגד השטר אלא נגד העד שאומר שמסר לו השטר עכ"ל והכא נמי אין הנתבע נשבע נגד השטר אלא נגד העד שאומר שמסר המוכר השטר ללוקח וזה נכון:

מיהו יש לחלק דשאני התם שנשבע שלא הי' השטר ביד אחר משא"כ הכא שצריך שבועה נגד העד שלא מכר השטר ללוקח והשטר אינו של לוקח בזה הוי כנשבע על השטר ואין נשבעין ע"ז:

סעיף ט"ז חוזר וגובה ממנו הלוקח פירשו המפרשים מהמוכר אבל הלוה נפטר. והב"ח כתב דבר חדש דאם כתבו לו פס"ד ללוקח הוי כאילו גבה ואין המוכר יכול למחול ועיין

ש"ך שחולק ע"ז והוא מבואר ברשב"א בכתובות (דף י"ט) דלא מהני פס"ד ע"ז וכמו שהביא מהא דב"ק [שהביא התומים] עיי"ש ועיין מש"כ לעיל בריש סימן זה:

סעיף י"ט תנהו לשמעון במעמד שלשתן הפוסקים הוכיחו מסוגיא דקדושין (דף מ"ח) דלא מתני מעמד שלשתן בשטר ועיי"ש במהר"ם לובלין. וכ"כ התוס' בגיטין (דף י"ג) ד"ה תנו ובב"ב (דף קנ"א) ד"ה תנו. וכן יש להוכיח דעתם מהא שהקשו בגיטין (דף י"ג) ל"ל תקנתא ומעמד שלשתן תיפוק לי' מטעם אודיתא והוכיחו מזה דקנין מעמד שלשתן מהני אפילו בע"כ של נפקד והשתא אי ס"ד דקנין מעמד שלשתן מהני בשטר לא קשיא מידי תיפוק לי' מטעם אודיתא דהא כתב הש"ך לעיל (סימן ס' ס"ק ל"ב) דלא מהני קנין אודיתא בשטר וא"כ נפ"מ לענין שטר. א"ו דגם מעמד שלשתן לא מהני בשטר ואין הקנאה לשטר אלא בכתיבה ומסירה. ועיין ר"מ אלשיך (סימן ק') ובסימן ד' כתב ר"מ אלשיך דחוב עצמו יכול להקנות במעמד שלשתן אבל לא השטר ופסק הש"ך כן לקמן (סי' קכ"ו ס"ק ב') שהביא להך דר"מ אלשיך ועיין ש"ך לקמן (סימן צ"ז) בזה עיי"ש:

סעיף כ"ג מחול בטעמא דמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול כתבו כמה הראשונים ז"ל משום דמכירת שטרות דרבנן ולכך הוי מחילה. והנה בב"ב (דף קכ"ד) אמר ר"י אמר שמואל בכור ניטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית למאן אילימא לרבנן השתא שבחא דברשותא אמרי רבנן דלא שקיל מלוה מיבעיא וכו' לעולם רבנן ומלוה הואיל ונקט שטרא כמאן דגבוי דמיא וכתוב בשיטה בד"ה עד דמטי לידי' וז"ל ולפירושא קמא דכתיבנא הא דמקשינן לקמן השתא שבחא דברשותו כו' משום דמלוה ע"פ א"א להקנותה. כמו שאין אדם מקנה השבח שלא בא לעולם ואפי' הקנאת שטרוח אינו מה"ת כמו שפי' הריא"ף ז"ל עכ"ל. מתבאר מזה דרבנן דס"ל בב"ב שם דבכור אינו נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסיו לאחר מיתת אביהם משום דכתיב לתת לו מה מתנה עד דמטיא לידי' אף חלק בכורה עד דמטיא לידי' ומידי דהוי דשלבל"ע דאינו יכול להקנותה אינו נוטל פי שנים ומשום הכי פריך מלוה מבעיא משום דמכירת שטרות דרבנן. אף אי הוי מלוה בשטר. ונמצא שמואל דאית לי' בכמה דוכתי המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול לשיטתו אזיל דס"ל בב"ב שם דהלכה כרבנן דאין בכור נוטל פי שנים במלוה דמכירת שטרות דרבנן ולא קרינן בי' לתת לו מדאורייתא וכן בכתובות (דף י"ט) אמר ר"י אמר רב האומר שטר אמנה הוא אינו נאמן ומוקי כגון שחב לאחרים והקשו התוס' והראשונים ז"ל דנהימני' במגו דאי בעי מחיל דהמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול הוא משום דר"י ס"ל בב"ב שם דאין בכור נוטל פי שנים וכן רב ס"ל בב"ב שם (דף

קכ"ד) דאסור כרבי דס"ל בכור נוטל פי שנים במלוה. אלא כרבנן ולכן לשיטתי' שפיר הקשו דנהימני' במגו דאי בעי מחיל:

ומה שכתבתי דרב דס"ל בכור נוטל פי שנים במלוה ש"מ דס"ל דהוי מוחזק אין לומר דס"ל דגזה"כ הוי כדאמרינן בב"ב שם דכתיב פי שנים מקיש חלק בכורה לחלק פשוט מה חלק פשוט אע"ג דלא אתי' לידי' אף חלק בכורה נמי אע"ג דלא אתא לידי'. דזה אינו דהתוס' שם (דף קכ"ו) כתבו להוכיח דכתובה נגבית ממלוה ממתניתין דכתובות מי שהי' לו פקדון או מלוה ביד אחרים ודתו די"ל דאתיא כר' דס"ל דמלוה הוי מוחזק:

המהרי"ק (שורש פ"ט) כתב דחוב בתוך זמנו מועיל מחילה ולא חשוב כדבר שלא בא לעולם אלא כדבר שבא לעולם. מאחר שכבר נעשה השיעבוד ונתחייב בקנין. והביא ראי' מהא דכתובות (דף י"ט) אמר ר"י אמר רב האומר שטר אמנה הוא אינו נאמן כו' ואוקמא אביי בדאמר מלוה וכגון שחב לאחרים והקשו התוס' שם דליהימני' במגו דאי בעי מחיל לי' דהא מוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול ואם איתא דבתוך זמנו אינו יכול למחול לוקמא כגון דאכתי לא מטא זמני' למגבי דלא מצי מחיל. א"ו דגם בתוך זמנו מצי מחיל עיי"ש. ותמה עליו השעה"מ (פכ"ב מה' מכירה) הא קאי התם הסוגיא אליבא דרב ורב הא ס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע כמבואר ביבמות (דף צ"ג). וא"כ לדידי' גם בתוך זמנו מצי מחיל ושפיר הקשו דלהימני' במגו דמחיל. אבל לדידן שפיר י"ל כיון דאין אדם מקנה דשלשל"ע לא מהני בתוך זמנו וא"כ אין ראי' מדברי התוס' כלל ועיי"ש מה שתי':

ואנכי אוסיף תבלין לזה. והוא עפמש"כ בשיטה ב"מ (דף י"ח) דהואיל דרשות ביר הנותן לחזור בו והוא שיעבד נכסיו להבע"ח. הרי כל זכות שיש לו בהנכסים הבע"ח עומד במקומו וגם הבע"ח יכול לבטל המתנה וגובה חובו ממתנה זו ע"ש. ודומה לזה שטר מברחת (בסי' צ"ט) אף דהוא קנין גמור להמקבל מ"מ כיון שהרשות ביד הנותן לחזור בע"ח גובה מהן וכמוש"כ הרא"ש בכתובות (ע"ט) ואי לא קנינהו לוקח קנה בעל דכיון שהם ברשות האשה לחזור בכל עת שתרצה א"כ לא יצא מרשותו עיי"ש. וא"כ התוס' קמ"ל דאפילו מאן דאית לי' אדם מקנה דבר שלבל"ע מ"מ עד שלא בל"ע יכול לחזור בו וכיון דאיכא בע"ח ובמחילה חב לאחרים אם איתא דמחילה בתוך זמנו חשוב דבר שלבל"ע אפילו למאן דאית לי' אדם מקנה דשלבל"ע לא מהני מחילתו להפסיד בע"ח דכיון דיכול לחזור הוי ברשות בע"ח ובע"ח גובה ממנו ולא מהני מחילתו דלוה א"ו דמחילה בתוך זמנו הוי דשלבל"ע ומהני מחילה לגמרי וא"י לחזור בו כלל ושפיר הקשו דלהימני' במגו דמחיל ועיין מש"כ (בסי' קי"ב):

וכתב הש"ך (בס"ק ע"ה) דבחנם הביאו דכן מוכח מכתובת ומכמה דוכתי ועיין מהרי"ק שם שהוא עצמו הביא כן מכתובה וכן הוא בשארית יוסף (סי' ל"ה) עיי"ש. ועיין פני יהושע פרק החובל שהקשה מאי פריך הגמ' ותזבין לכתובתה בטוה"נ הא אין אדם מקנה דשלבל"ע דומיא הא דאמרינן בכתובות (דף נ"ט) באומרת יקדשו ידי לכי מגרשא דאינה יכולה לאסור. וכתב דהסוגיא קאי להנך דס"ל בכתובות שם דמהני לכי מגרשא עיי"ש, ואין זה מספיק דהא אנן קי"ל דמוכרת כתובתה בחיי בעלה כמבואר ברמב"ם ושו"ע אהע"ז (סי' ק"ה) אף דקי"ל דלא מצי להקדיש מעשי' ידי' לכי מיגרשא אך באמת התוס' בכתובות (דף נ"ט) כתבו דדוקא לאסור אינה יכולה אבל יכולה להקדיש ולמכור והוא כמוש"כ המהרי"ק שם דזה לא חשיב דבר שלבל"ע משום דהחוב הוא בעולם אלא מדין ודברים הוא דסלקא נפשה שעד הזמן ההיא לא תקח מבעלה את נכסי' אבל משעבודה לא סליקא נפשה והשיעבוד יכולה למכור וכ"ה בהג"ה מרדכי פ"ק דב"מ שחילק בין כתובה לבין מה שאירש מאבא: שם:

ויש מי שחולק ואומר שאף לעצמו יכול למחול משום דהיכא דנתכוין לטובתו פטור מדינא דגרמי. ולענין הדמים שנתן צריך לשלם אף בלא דינא דגרמי לפמש"כ הרי"ף והרא"ש בפרק כיצד הרגל בגברא דלא עביד למיגר וחצר דקיימא לאגרא דחייב ולא דמי לגירשו חברו מביתו ונעל הדלת בפניו דפטור דהתם לא נהנה כלל אבל הכא מ"מ דר בביתו של זה והחצר קיימא לאגרא א"כ נהנה מחסרונו של זה לכן גם בגרמא בנזקין חייב וכ"ה לקמן (סי' שס"ג) ולכן כיון דמוחל עצמו נהנה מחסרונו של לוקח חייב ודו"ק]: והוא דעת הראב"ד בבעה"ח (שער נ"א ח"ו) וכן דעת הראב"ד (פ"ז מה' חובל ומזיק) בעושה מלאכה בפרת חטאת כיון דלהנאתו קעביד פטור. ולכאורה איכא למידק מהא שכתב הראב"ד בתשובה הובא בטור (סימן ק"ד) בראובן שלוה ע"פ ומת ולוה חנוך בנו בשטר ופסק דמלוה בשטר על חנוך בנו עדיף למלוה ע"פ וקודם לה. ומ"מ חנוך חייב לשלם לראובן דהוי מזיק שיעבודו של חברו. ואמאי צריך לשלם הא לא נתכוין אלא להנאתו ולא להזיק. דלשיטתו בכה"ג פטור. ודוחק לומר דתרי ראב"ד נינהו (עיין ש"ך רס"י ל"ט) או דחזר בו ואין לומר כיון דהא דגובה מיורשים הוא משום שלא תנעול דלת בפני לוין וא"כ אי מהני שיעבודו שמשעבד לאחרים לאפקועי בע"ח של אביו מה הועילו חכמים בתקנתם ולכן צריך לשלם. דא"כ למה לי' טעמא דמזיק שיעבודו של חברו שהוא אינו עיקר הי' לו לומר משום נעילת דלת שהוא עיקר טעמא בזה:

ועוד דמעיקרא דדינא פירכא דלהראב"ד דס"ל שיעבודא דאורייתא לא שייך בזה נעילת דלת ואף להראב"ד בבעה"ח דס"ל שעבודא לאו דאורייתא עיין ש"ך לעיל סימן ל"ט] הא

הרא"ש סובר (בסימן ק"ז) דלא כהראב"ד (בסימן ק"ד) משום דלא הזיק בגוף הקרקע ואכתי ליחייב משום נעילת דלת אי ס"ל להרא"ש שיעבודא לאו דאורייתא כמוש"כ השיך ריש הלכות הלואה ע"ש לכן צ"ל דהתם לאו גרמי הוא אלא עושה מעשה בידים שלוה מאתר: והנה הגדו"ת כתב שם גם ההיא דפיגלו קשה לדעת הראב"ד ז"ל למה קנסו דבמזיד חייבים הא ודאי מחשבה דלאכול למחר דמפגלת להנאתם הוא ולא להזיק. ושמא חילוף הזמן לאכילה לא מקרי הנאה ביון דסוף סוף איכא אכילה, ויעויין ב"ק (דף ה) ברש"י שכ' ומפגל כהן ששחט קרבנו של ישראל חטאת לשם שלמים דאין הקרבן עולה לחובת בעליו וצריך אחר ע"כ ותמה ע"ז הפ"י דהא מבואר בריש זבחים דחטאת ששחטו לשם שלמים פסול לגמרי ולכן הגיה שם ברש"י שלמים לשם חטאת:

ולפ"ז יש ראי' דרש"י ס"ל דגם היכא דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו ג"כ חייב בתשלומין דהא התם איכא למימר דלהנאתם נתכוונו דהא בשלמים הבשר נאכל לבעלים משא"כ חטאת כולה לכהנים. ואי דמיירי שהודו שנתכוונו להזיק הא מודה בקנס דרבנן פטור לדעת המהרש"ל (לקמן סימן שפ"ח). מיהו י"ל דרש"י פירש כן אליבא דמ"ד היזק שאינו ניכר שמי' היזק. דמזיק בידים הוא לדידי' ולא שייך בזה החילוק בין נתכוין להנאתו או לא. ובב"ק שם מספקא לי' לגמ' אי ס"ל לר"ח היזק שאינו ניכר שמי' היזק או לא ולכן פי' כן להאוקימתא דשמי' היזק הוא:

[ובזה יש ליישב מה שהקשו המפרשים ז"ל מדוע פירש רש"י בגיטין דמפגל היינו חוץ לזמנו וחוץ למקומו ולהנ"ל ניחא דבגיטין שם לא הי' יכול לפרש דמיירי ששחט שלמים לשם חטאת דהא התם פריך למ"ד דהיזק שאינו ניכר שמי' היזק. דהאיך קתני כהנים שפיגלו במקדש מזידין חייבין מפני תיקון העולם שוגגין פטורין מפני תיה"ע מבעיא לי' ומשמע דלמ"ד היזק שאינו ניכר לאו שמי' היזק ניחא. והא גם לדידי' תקשה אמאי חייבין בשחטו שלמים לשם חטאת הא כיון דאין מתכוונים אלא להנאתם דלא שייך בזה שלא יהא כל אחד בו' פטורין לכן פי' דהיינו חוץ לזמנו וחוץ למקומו]:

אך כל זה אינו אלא לפלפולא בעלמא אבל באמת דברי הפ"י לא נהירין בזה. וכדברי רש"י מבואר במנחות (דף מ"ט) דשוחט חטאת לשם שלמים דהיינו להיות נאכל לב' ימים. דחטאת אינו נאכל אלא ליום ולילה משא"כ שלמים. וזהו דומיא שפי' בגיטין חוץ לזמנו דהיינו להיות נאכל לב' ימים ואין הכוונה לשם שלמים דוקא אלא להיות דומיא דשלמים וכמוש"כ רש"י ותוס' במנחות שם ומש"כ דאינו עולה לחובת בעליו אה"נ דפסול ועיין מל"מ (פ"ז מה' חובל ומזיק) ובזה שפיר יש לומר כמוש"כ הגדו"ת דלא מקרי הנאה כיון דסוף סוף איכא אכילה:

והרמב"ם (פ"ג מה' מאכלות אסורות) כתב בגוי דנסכי לחמרא דישראל שמותר למכור היין לאותו גוי שכיון שנתכוין להזיקו ולאסור יינו הרי זה כמו ששברו ונמצא הדמים שלקח ממנו הוא דמי ההיזק. וכתב המחנה אפרים (הלכות נזקי ממון סימן ח') ונראה מדבריו דאם הגוי לא כיוון לאסרו אלא להנאתו וכגון ששתה ממנו אינו יכול ליקח ממנו הדמים דלאו דמי היזקו הם. כיון שלא נתכוין לאוסרו אלא להנאתו. ולכאורה קשה עליו ממש"כ הוא עצמו (בפ"ז מחובל) דהעושה מלאכה בפרת חטאת במזיד חייב לשלם אלמא דאע"ג דאין זה מתכוין להזיק אלא להנאתו אפי"ה חייב לשלם ודלא כהראב"ד שם: ולע"ד נראה כוונת הרמב"ם במש"כ שכיון שנתכוין להזיקו ולאסור יינו דלא בא לשלול אם כיוון להנאתו אלא דבא לשלול דכותי שאני מישראל. דבישראל אינו חייב עד שיתרו בו או בישראל מומר כמבואר בפ"ב דחולין וכ"כ הרמב"ם בפ"ז מחובל ומזיק ה"ז) ובלא"ה אינו אוסר דלצעורי קא מכוין לכן כתב דבגוי דנתכוין להזיקו ולאסור דלא שייך בי' לצעורי קא מכוין דמי היזקו שקיל:

ויש:

חולקין כתב הש"ך (ס"ק ע"ו) במי שקידש בשט"ח הוי ספק קידושין שמא שוה פרוטה במדי, וקשה דאמאי לא הוי ס"ס שמא מחוייב להחזיר שט"ח. ואת"ל דאינו מחוייב להחזיר שט"ח שמא אינו שוה פרוטה במדי ונוקי בחזקת היתר. ומשמע מזה דס"ל להש"ך דספיקא דדינא אינו נחשב לס"ס בקדושין. כן נ"ל. ומבואר אצלי במ"א:

בש"ך (ס"ק פ) מסיק דקטן שמחל הוי מחילה דמהני מחילתו בהגיע לעונת הפעוטות וכן כתב התוס' בכתובות (דף קי"ז) דמחילת קטן הוי מחילה בהגיע לעונת הפעוטות ומש"כ עוד מבואר שם (סי' רל"ה) דקטן א"צ לשלם כשיגדיל. בלא"ה א"צ לשלם לפמש"כ תוס' בב"ב (דף כ"ב) דמוחל שט"ח אינו אלא מטעם קנס. והסכים לזה הש"ך לקמן (סי' שפ"ו ס"ק א) והרי רש"י בב"ק (דף ל"ט) כתב דקטנים לאו בני קנסא נינהו ולכן פטור מלשלם:

סעיף כה:

ישראל שמכר לעכו"ם דעת הסמ"ע (בסי' זה ס"ק א) דאי מכירת שטרות דרבנן לא תיקנו לעכו"ם אבל הש"ך שם כתב דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון ומהני גם לגוי עיי"ש. וי"ל ממש"כ הרמב"ם (בפ"ו מה' נחלות ה"ט) והגר אינו יורש את אביו העכו"ם אלא מדבריהם תקנו לו כו' ונראה שתנאו מועיל בירושה זו הואיל ואין העכו"ם מחוייב לעמוד בתקנת חכמים עכ"ל וא"כ כיון דאינו מחוייב לעמוד בתקנת חכמים יכול לחזור מהקנין דמה איכפת לי' בתקנת חכמים. ומעתה אני אומר בכל קנינין דרבנן כן דאין הגוי מחוייב לעמוד בתק"ח ומש"כ האחרונים בהל' פסח (סי' תמ"ח) דקנין דרבנן מהני

באגב בחמץ לא ידעתי מקום לזה לכאורה דכיון דיכול לחזור מפני שאינו מחוייב לעמוד בתק"ח לא יצא החמץ מרשותו. ולפ"ז מש"כ התוס' בגיטין (דף י"ג) דמעמד שלשתן אם הנותן גוי קנה הישראל דאם ממונו של ישראל הפקיעו ממונו של גוי לכ"ש. ועוד דבדיניהם דיינינן להו דאמרינן אם אתה יכול לזכותו בדיניהם אומרים לו כך דינכם. ע"ש דעיקר טעמם משום דבדיניהם כן דאי משום דהפקיעו ממונו אין זה ברור, ולפ"ז בשטרות נמי כיון שכתב הנ"י בפ"ט דב"ב דבדיניהם אפילו בלא כתיבה ומסירה מהני מטעם זה אין יכול לחזור. אבל לא מטעם תק"ח כמוש"כ דאין מחוייב לעמוד בתק"ח ומעתה מש"כ הנ"י בפ"ה דב"ב דמכירת שטרות דרבנן ואפי"ה כתב בפ"ט דב"ב דמכר לגוי כמכר לישראל הוא משום שכתב שם דבדיניהם מהני במסירה לבד ולא בעינן כתיבה ג"כ. ואפ"ל דקנינים שאני משאר תקנת חכמים דהרי לא גרע זה מסיטומתא. וע"כ מהני גם במכירת חמץ: וי"ל במש"כ האחרונים (יו"ד סימן נ"ה) באבר המדולדל דאין ליתן לב"נ משום לפני עור וגומר מדרבנן דאמאי גזרו רבנן לב"נ ג"כ הא אינו מחוייב לעמוד בדבריהם. לכן העיקר כמוש"כ די"ל לב"נ בלי שום פקפוק בזה אם לא שהגזירה על ישראל שמא יתן אבמה"ת דאורייתא. ולא מצינו שנזרו בכיוצא בזה:

שם:

דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון. בתומים תמה מ"ש דלא תיקנו מעמד ג' לנוי כמבואר (בסי' קכ"ו) ונשאר בצ"ע [ונכון ליישב דשאני קנין מעמד שלשתן כיון דהוי הלכתא בלא טעמא לא אמרינן בזה כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון] ובנה"מ תירץ עפ"מ דמבואר בב"ק (דף קי"ג) דגוי וישראל הבאים אם אתה יכול לזכותו בדינינו אומרים לו כך דינינו ואם אתה יכול לזכותו בדיניהם אומרים צו כך דינכם. ולזה נראה דבמקום שהקנין שתיקנו חכמים אינו קנין בדיניהם לא תיקנו קנין זה בעכו"ם לגרע כת הישראל בזה כיון דמצי אמרי לי' כך דינכם משו"ה מעמד ג' דבדיניהם דיבור בעלמא היא ויכול לחזור בו לא תיקנו לגרע כח הישראל. אבל מכירת שטרות דבדיניהם אפילו בלא כתיבה ומסירה לבד קונה כמבואר ברישׁ סעיף זה. רק שבדינינו בעי כתיבה ומסירה א"י לגרע יותר כיון דאיכא כתיבה ומסירה דקני בין בדינינו בין בדיניהם ושוב לא מצי א"ל כך דינכם ולא כן דינינו ומשו"ה המקח קיים. וכלל גדול הוא בדין זה לפע"ד. שבכ"מ שבדיניהם הוי קנין ובדינינו הוי קנין דרבנן לעכו"ם הוי ג"כ קנין, ובדבר שבדיניהם לא הוי קנין אף שבישראל הוי קנין דרבנן לא תיקנו בעכו"ם כיון שהוא יותר מן דיניהם עכ"ד, והוא תמוה דא"כ איך מצאנו ידינו ורגלינו בהא שנוהגין להקנות חמץ אג"ק וכמבואר בנחלת שבעה (סי' ל) ושאר אחרונים ואגב אינו אלא קנין דרבנן לדעת התוס' בב"ק (דף

י"ב) ובדיניהם ליכא קנין אגב. והמחבר בעצמו בהלכות פסח (סימן תמ"ח) כתב דמועיל קנין אגב להשיך כאן דס"ל דאיכא קנין מכירת שטרות גם בעכו"ם והרי בדיניהם ליכא קנין זה:

אבל עיקר כללו תמוה דהא כתבו התוס' בגיטין שם אור"ת דלא תיקנו מעמד ג' בעו"ג אם הנפקד או הלוה עכו"ם וא"ל הישראל תנהו לישראל אחר לא קנה כיון דאפילו אמר לי' זכי לא קני דאין זכי' לעכו"ם וה"ה במעמד ג' לא קנה כו' ואם הנותן עכו"ם נראה דקנה דאם ממונו של ישראל הפקיעו ע"י מעמד ג' דהוי כהלכתא בלא טעמא כ"ש ממון של העכו"ם ועוד דבדיניהם דיינינן לי' שאמרינן לי' לעכו"ם כך דינכם עכ"ל. הרי להדיא דבדיניהם מהני אם אמר תן לפ' במעמד שלשתן ואיך כתב דלא מהני בדיניהם ואפי"ה כשהלוה או הנפקד עכו"ם לא תיקנו מעמד ג' וכ"כ הרא"ש שם (סימן י"ז) דבדיניהם כך הוא כיון שאמר לו ליתן חייב ליתן וכן הוא להדיא לקמן (סי' קכ"ז). ומיהו אם אין הנפקד יכול להשמט מן העכו"ם לפי שבדיניהם חייב ליתן כיון שאמרו ליתן לו יתן. וא"כ מבואר מזה דליתא להאי כללא ואפילו היכא דבדיניהם כך הוא לא מהני קנין דרבנן. וצריך לחלק בין מעמד שלשתן למכירת שטרות כמו שנתבאר:

ובעיקר הקושיא דמ"ש דמכירת שטרות תיקנו לעכו"ם שיקנה ומעמד ג' דלא קנה העכו"ם. נראה דז"ל התוס' שם בגיטין דאם הנפקד או הלוה עכו"ם וא"ל ישראל תנהו לישראל אחר לא קנה כיון דאפילו אמר לו זכי לא קנה כיון דאין זכי' לעכו"ם ה"ה במעמד ג' לא קנה. ואם המקבל עכו"ם ואמר לו ישראל לישראל תנהו לפלוני עכו"ם כ"ז שלא חזר בו יתן אפי' אמר לו בלא מעמד שלשתן אבל אם הוא חזר בו לא יתן לעכו"ם אפילו אמר במעמד שלשתן ע"כ. והוא ג"כ מטעם דאין זכי' לעכו"ם ואפילו אמר לישראל זכי לעכו"ם לא קנה ה"ה במעמד ג' לא קנה והוא משום דלא עדיף תקנתא דמעמר ג' מאלו אמר זכי בפירוש. ובעכו"ם דלא מהני זכי בפירוש גם מעמד ג' לא מהני. ולכן לא קנה. והוא דחכמים לא תיקנו מילתא שהוא היפך הדין וליתא דכוותי' בדאורייתא כדאמרינן בב"מ (דף ד') בליתא דכוותי' בדאורייתא לא מתקנינן ואם קנה העכו"ם במעמד ג' הרי ליתא דכוותי' בדאורייתא. ואדרבא הוא היפך הכלל דאין זכי' לעכו"ם ולכן לא תיקנו ולא קנה משא"כ מכירת שטרות דתיקנו שיהא חל מכירה על שטרות כמו על חפץ אתר א"כ גם בעכו"ם מהני וקנה:

ויש:

להסתפק לפ"מ שכתבו התוס' בב"ק (דף ע"ג) דהא דמהני חזרה בתוך כדי דיבור אינו אלא מדרבנן וכן הוא הדין לענין קניינים כמבואר בפוסקים. אם מהני גם בעכו"ם תקנה

זו דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון. או דילמא כיון דעיקר תקנה אינו אלא שמא יפגע ברבו ויצטרך ליתן לו שלום וזה לא שייך בעכו"ם א"ד לא שנא וצ"ע:

סעיף כ"ו דאינו נקנה באגב. ובעיסקא הביאו האחרונים הנ"י ס"פ הגוזל קמא דגם חלק המלוה הוי כפקדון ונקנה באגב ולקמן (סימן רי"א) הבאתי שכן כתבו התוס' בב"ק (דף ע') ושם מבואר אצלנו דמעות שאינן צרורות וחתומות דמותר להשתמש בהן מהני קנין אגב:

סעיף כ"ט במעמד שלשתן אינו יכול למחול. האו"ת תמה למה לא הביאו ראי' מהא דב"ב (דף קמ"ח) דאמר רבא אמר רב נחמן ש"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני אע"ג דליתא בבריא ומשני רב פפא הואיל ויורש יורשה. ורב אחא ברי' דרב איקא מפרש משום דאיתא במעמד ג' ומאי מהני משום דאיתא במעמד ג' הא מעמד ג' יכול למחול משא"כ אם נתנו במתנת שכ"מ הא קיי"ל דאינו יכול למחול. א"כ תירוצא דרב פפא אתי לאורויי דאינו יכול למחול עיי"ש. ונראה דהנה בפ"ק דגיטין (דף י"ג) רצה הגמ' לומר דקנין מעמד ג' מהני משים דהוי כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך. ודחי דאלא מעתה הקנה לנולדים הכי נמי דלא קנו דאפילו לר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע הנ"מ לדבר שישנו בעולם אבל לדבר שאינו בעולם לא. וכתבו התוס' דהסוגיא קאי אליבא דרב הונא בב"ב (דף קמ"ב) דס"ל דלכשתלד לא קנה לכך לא מהני לדבר שאינו בעולם. אבל לרב נחמן דס"ל שם לכשתלד קנה מהני גם לנולדים עיי"ש. ולפ"ז לרב נחמן קנין מעמד ג' לא הוי כהילכתא בלא טעמא. אלא משום דנעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך. ולכן לרב נחמן לשיטתי' דס"ל דהלואתו לפלוני שפיר משני משום מעמד שלשתן ועל כן לא מהני מחילה דבכל מעמד ג' לא מהני מחילה לדידי' דהא כתב הראב"ד בכתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך לא מהני מחילה:

ולקושטא:

דמילתא תמיהני על האו"ת שלא הביא דכבר כתבו התוס' שם ד"ה שכ"מ דפירש ר"ח שפי' דליתא בבריא שיכול למחול שט"ח אם מכרו משא"כ בשכ"מ כדאמר לעיל על זה דלא נהירא עיי"ש. הרי להדיא דלהר"ח באמת מוכח דס"ל דלתירוצא דמשני דאיתא בבריא במעמד ג' צ"ל דלא מהני מחילה כיון דעיקר הקושיא דליתא בבריא משום שיכול למחול משא"כ התוס' שם שמיאנו בפירוש זה א"כ מבואר דס"ל דלא איכפת לן במה דליתא בבריא דמהני מחילה וא"כ נוכל לומר דגם לתירוצא דאיתא במעמד ג' לא איכפת לן אף אם מהני מחילה במעמד ג':

והשתא יש לומר לאידך גיסא ראי' להתוס' דלא תלי' מה דליתא בבריא משום מחילה. דהא הטעם דמעמד שלשתן לא מהני מחילה כתב הרא"ש בפרק קמא דגיטין משום דהלכתא בלא טעמא, דעיקר תקנה משים תגרים דמי שקנה סחורה ואין בידו מעות מעמידו אצל בעל חובו ואין צריך להמתין עד שיקנה לו הקנין ואם יכול למחול בטלה עיקר התקנה שלא יסמוך הסוחר על מעמד שלשתן כיון שיכול למחול ולפ"ז לטעם דאמימר משום דנעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך מהני מחילה לדעת הרא"ש שחולק על הראב"ד בכתובות וס"ל דגם במשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך מהני מחילה וא"כ לרב נחמן דמעמד ג' מהני משום דהוי כמשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ומהני מחילה ואפי"ה משני לר"נ דאיתא בבריא במעמד ג'. מבואר דמשום מחילה דליתא בבריא לא איכפת לן:

ובזה י"ל להרמב"ן דס"ל דמעמד ג' יכול למחול דלא תיקשי עליו מהא שהביאו תוס' ורא"ש בפ"ק דגיטין דלא מהני מחילה מהא דמוקי ברייתא דהתקדשי לי בשט"ח או שהי' לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהם רמ"א מקודשת וחכ"א אינה מקודשת דבמלוה בשטר פליגי בדשמואל ואיבע"א דכו"ע אית להו דשמואל ובאשה סמכא דעתה קא מיפלגי ובמלוה ע"פ פליגי בדרב הונא אי מעמד שלשתן קנה גם במלוה ואמאי לא קאמר דכו"ע אית להו דגם במלוה מהני מעמד ג' ובאשה סמכא דעתא קא מיפלגי. א"ו דלא מהני מחילה במעמד שלשתן. אבל לפי"מ דנתבאר א"ש. דהרי הסוגיא דהתם קאי לרב נחמן כדאמר שם (דף מ"ז) והונא חברין מוקי במילי אוחרי. ולדידי' באמת אינו יכול למחול איך שיהי' כבר מבואר בתוס' ב"ב שם דאין ראי' משם דלא מהני מחילה במעמד שלשתן:

סעיף ל"ב צריכין לשלם כל מש"כ בשט"ח. והא דבכתובות השיא רב נחמן עצה לקרובתי' דתימחול כתובת אמה לאבי'. ואי צריכה לשלם מה תרויח תי' התוס' שם דמיירי שהגיעה לעונת הפעוטות וכ"כ תוס' בב"ב (דף קמ"ז) והרא"ש ספ"ק דב"מ. והני י"א דהוכיחו מזה דבאמת א"צ לשלם אלא הדמים שנתן לו ומה שהוציא עליו ולא ניחא להו לאוקמי בעונת הפעוטות. יש לומר דטעמם בזה לפ"מ דמתבאר מהג"ה אשר"י פרק מציאת האשה (סי' י"ב) דבפרנסה כיון דאינה נגבית אלא מקרקעי לא מהני מחילה דפעוטות דלא מהני מחילתן אלא במטלטלין ולא במקרקעי דדמי למכירה ובעינן עשרים שנה. וכיון דכתובה ג"כ אינה נגבית אלא מקרקעי להכי לא מהני מחילתה. אלא דכל הפוסקים שהבאתי. דכתבו לאוקמי בהגיעה לעונת הפעוטות חולקין על הג"ה אשר"י בזה. וס"ל דמחילת שעבוד לא דמי למכירה ולא בעינן בן כ' בזה. וכן התוס' בכתובות

(דף ק"ז) ד"ה קטנה כתבו דבבת פעוטות מהני מחילה במזונות אף דמזונות אינו נגבית אלא מקרקעי:

סעיף ל"ד גם במוכר שט"ח אמרינן אחריות ט"ס. החילוק שבין טרף בע"ח ונמצא שאינה שלו דמשלם המוכר כל שיווי השטר ובין נמצא פרוע או מחול דאינו משלם המוכר אלא הדמים שקיבל מהלוקח עיין במפרשים. ודבריהם תמוהים כמבואר להמעיין בהם. ונראה פשוט דהנה לשון קבלת אחריות היינו שמקבל על עצמו שמחוייב להעמיד אחר החפץ שמכר תמורתו או הדמים שקיבל [עיין סמ"ע לעיל (סימן ס') מש"כ שם בשם הערוך על לשון אחריות] וע"כ כשמוכר שטר שאינו פרוע אלא שנמצא שאינו שלו והוא קיבל אחריות על כל שיווי השטר והוא שוה באמת. נמצא דקבלת האחריות הי' על זה ששוה באמת. והוי כאילו התחייב א"ע בלי שום מכירה דחייב כמו אני חייב לך מנה בשטר (לעיל סימן מ') משא"כ כשהשטר פרוע או מחול דנהי דמקבל אחריות. הרי שהאחריות שיהא נכסיו אחראין על החפץ שמכר. והחפץ חספא בעלמא לכן אין אחריותו אלא על הדמים שקיבל הלוקח. כללו של דבר. דלענין קיום המקח בשניהם בטל בין במוכר שאינו שלו או נמצא פרוע רק לענין אחריות אז יש חילוק. שאם האחריות על דבר ששוה כסף אלא שאינה שלו משלם כשוי'. משא"כ אם האחריות באינו שוה כלום אין האחריות כלום ואינו משלם אלא הדמים ללוקח כן נ"ל בזה ודו"ק:

יש לעיין למה מוחל שט"ח חייב הא הוי היזק שאינו ניכר דקי"ל דלא שמי' היזק וגם למ"ד שמי' היזק קשה לפמש"כ התוס' בגיטין (דף מ"א) דאף מאן דס"ל היזק שאינו ניכר שמי' היזק מ"מ במידי דרבנן מודה דלאו שמי' היזק והרי מכירת שטרות דעת כמה פוסקים דאינו אלא מדרבנן (מיהו לזה יש לומר דהמחילה מיהו דאורייתא] וראיתי ברמב"ן בדיני דגרמי שהקשה כן הא הוי היזק שאינו ניכר. ותירץ דזה הוי היזק ניכר שנוטל ממונו מזה ונתן לזה וכ"כ הרשב"א בגיטין (דף מ"א) עיי"ש:

סעיף ל"ו יש מי שאומר דגם בנותן מתנה צריך לשלם כתב הש"ך דזה הוא כמ"ד דצריך לשלם כולו. ובזה י"ל דהרשב"א בח"א (שאלה ש"ח) שכתב דאפשר דאפילו נתנו במתנה ג"כ צריך לשלם לטעמי' אזיל שכ' הבד"ה בסימן זה דס"ל דצריך לשלם כולו:

סעיף ל"ז:

גר שהי' לו מלוה בשטר על ישראל ומכר השטר לישראל ומת הגר פקע לי' ונפטר הלוה. כתב הש"ך וכ"כ הבעה"ת דומיא דמשכון של ישראל ביד עכו"ם שלא זכה המחזיק בו דפקע לי' במיתת הגר ע"כ. וכתב ע"ז הש"ך דלא דמי כלל לפ"מ דקיי"ל דעכו"ם מישראל לא קנה משכון ואין לו רק שיעבוד ומשמת פקע השיעבוד משא"כ הכא דקנה

לי' קנין גמור עיי"ש. והיא תמוה מאוד וטעות נפל כאן שהי' כתוב בבעה"ת ביד עכו"ם אבל באמת צ"ל ביד גר וכמו שמסיים שם דפקע לי' במיתת הגר והוא בב"ק (דף מ"ט) ובעכו"ם לא נזכר שם כלל אף שהדין גם בעכו"ם כן. וכמוש"כ הש"ך לקמן (סימן ע"ב) בשם המהרש"ל אבל הראי' הוא מהש"ס ושם מבואר בגר והא גר קני משכון כמו ישראל וא"כ יש לו קנין ואפי"ה פקע במיתת הגר. וה"ה הכא וא"כ הא שכתב הש"ך משום דעכו"ם מישראל לא קני משכון אינו ענין לכאן אלא דבלא"ה אין זה ראי' מגר מהטעם שכתבתי דהתם מצי מסלק לי' בזוזי וכמוש"כ לעיל (סימן י"ב) דאפי' לדעת הסוברים דיש לו לבעל המשכון קנין בגוף המשכון מ"מ זכה הלוה כשמת הגר משום דמצי מסלק לי' בזוזי וכמוש"כ השיטה מקובצת בב"ק שם. משא"כ הכא דאילו בעי המוכר לסלק לי' ללוקח בזוזי לא מצי מסלק. מסתברא דכל כמה דלא מת לא פקע וחייב הלוה וכמו שמסיק בשם הריטב"א:

סעיף ל"ח רמ"א ויש חולקין וס"ל דביותר ממחצה הוי ביטול מקח. הש"ך כתב דדעת רשב"ם דגם ביטול מקח אין להן לקרקעות והוכיח כן מהתוס' גיטין (דף ל"ז) שכתבו כן משמו עיי"ש. וכן נראה דעת הרשב"ם בב"ב (דף ס"א) דלא שייך בקרקעות הדמים מודיעין משום דאין אונאה לקרקעות והתוס' הקשו באמת שם הא ביטול מקח יש להן אבל רשב"ם לטעמי' דלית לי' ביטול מקח בקרקעות וא"ש. וכן מוכח מהא שכתב בב"ב (דף ס"ט) אין אונאה לקרקעות אף ביותר משתות והרי ביותר משתות בטל מקח אלמא דס"ל דגם ביטול מקח אין להן. וכ"כ שם (דף ק"ד) דאין אונאה לקרקעות גם ביותר משתות:

עוד כתב הש"ך דהילכתא כרב נחמן בדיני אף לגבי שמואל ור' יוחנן והשיג שם על הרא"ש בזה. וכדבריו מבואר להדיא בתוס' ב"ב (דף קנ"ה) שכתבו דהילכתא כרב נחמן בדיני לגבי שמואל ור' יוחנן ומודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. ולפ"מ שנתבאר לעיל דדעת הרשב"ם דהילכתא כרב נחמן בדיני גם לגבי שמואל ור"י. ולכך אין ביטול מקח בקרקעות אף דבב"ב (דף קנ"ה) פסק כמ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו לאו משום דס"ל דלית הילכתא כרב נחמן בדיני לגבי שמואל. אלא משום דקאי גם ר' יוחנן כוותי משא"כ הכא בביטול מקח הגם דר' יוחנן קאי כשמואל מ"מ הכא הילכתא כרב נחמן לגבייהו משום דמר קשישא ורב אשי קבלו להא דרב נחמן בהמקבל עיי"ש. אבל תוס' ס"ל וקיי"ל כן לעיל (סימן מ"ו) דצריך לקיימו דגם לגבי שמואל ור"י הילכתא כרב נחמן וא"כ פשיטא דהכא בביטול מקח הילכתא כרב נחמן לגבייהו:

ובזה יש לומר דר"ח לטעמיה אזיל שכתב דהילכתא כרב נחמן בדיני לגבי ר' יוחנן וביטול מקח ג"כ אין להן כמוש"כ התוס' רי"ד בפ' האיש מקדש בשמו הביאו הש"ך דלכן פסק ר"ת הובא בתוס' ב"ב שם דמודה בשטר שכתבו דצריך לקיימו עיי"ש:

ועפ"ז יש לומר דהתוס' והרא"ש לטעמייהו אזלו דהתוס' בשבועות (דף מ') ד"ה וחדא כשמואל כתבו וכן הלכה ואע"ג דקיי"ל כר"י לגבי שמואל כו' ועוד דקי"ל כרב נחמן בדיני ועוד דר"פ דהוא בתרא ס"ל כשמואל ע"כ. והרא"ש לא כתב שם אלא משום דרב פפא דהוא בתרא ס"ל כן ולא כתב משום דקי"ל כר"נ בדיני והיינו דתוס' לטעמייה דהילכתא כרב נחמן לגבי שמואל רבו. וה"ה לגבי ר' יוחנן לכן שפיר כתבו הטעם משום דקיי"ל כר"נ בדיני משא"כ הרא"ש לטעמי' אזיל בב"מ שכתב דליתא כר"נ בדיני לגב שמואל רבו וא"כ כל שכן נגד ר' יוחנן דהילכתא כוותי לגבי שמואל לכן השמיט זאת וא"ש ודו"ק היטב:

אמנם הש"ך הוכיח דהרא"ש גופי' חזר בו. ולדברינו ראי מהא שפסק מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ועיי"ש בש"ך שכתב דהילכתא כר"נ בדיני לאו דוקא נגד רב ששת חבירו אלא גם נגד רבותיו וזהו דלא כהכס"מ (בפ"ג מה עדות) עיי"ש בזה. ועיין ב"מ (דף ס"ו) דקאמר רב נחמן כו"ע בדיני ממונות לגבי דידי דרדקי נינהו. וראי' להש"ך נ"ל מהא דבפ"ט דב"ב שפסק הרא"ש גבי קני את וחמור דקנה מחצה כרב נחמן גם נגד רב המנונא רבי' עיי"ש בזה:

ועיין במרדכי שם בהג"ה וקצ"ע מאחר דהרא"ש גופי' חור בו. וז"ל מה שכתבתי במ"א רב הונא ורב יהודה יש לפסוק כרב יהודא כן הוא בכסף משנה (פ"ד דנדרים דין י"ד) ושכן פסקו הרא"ש והר"ן עכ"ל הי"מ אות תר"ח. והוא תמוה דהא בב"ק (דף צ"ג) בפלוגתא דר"ה ורב יהודא לענין גזל מטבע ונסדק כתב הרא"ש דיש לפסיק כר"ה משום דרב יהודא תלמידו הוה וכ"כ בפ"ב דבכורות ודוחק לומר כמוש"כ תוס' חולין (דף י"ג) ד"ה בעא דתרי ר"ה הוו ואחד הי' רבו דרב יהודא דאפילו שמואל רבו של רב יהודא תלמיד ר"ה הוה ואחד הי' לאחר כן ונגד זה הלכה כרב יהודא ובזה הי' מיושב מה שהקשה בספר אחד מהא דמבואר בקידושין (דף ע') דר"ה גדול מר"י דאזיל לקמי' דר"ה עיי"ש אבל אי נימא דתרי הוו כמוש"כ התוס' אתי שפיר: ויותר נראה כמוש"כ בהג"ה י"מ שם דט"ס הוא וצ"ל רב נחמן ור"י כמבואר בנדרים (דף ט"ו) וכ' שם הרא"ש דרב יהודה גדול בחכמה מרב נחמן וכן משמע בקדושין (דף ע) מיזל לא איבעי לך למיזל משום דגברא רבא את ופירש"י לפני רב נחמן שאתה גדול ממנו ושם שותא דמר לא ידענא כו' ומדברי הר"ן שם ליכא למילף מידי אפילו לגבי רב נחמן משום דשקלו וטרו בש"ס אליבי' הא

לא"ה לא הוי פסיקא לר"ן דהלכה כרב יהודה לגבי רב נחמן. ובראש"ש פ"ג דב"ק גבי פלוגתא דר"י ור"נ אי עביד אינש דינא לנפשי' כתב דהלכה כרב נחמן משום דקיי"ל כרב נחמן בדינא ועוד דפרכינן לר"י ושנינהו בדוחק לכך הילכתא כוותי' דרב נחמן. משמע הא לאו הכי הילכתא כר"י היינו דלטעמי' אזיל שכתב בנדרים דרב יהודה גדול מרב נחמן בחכמה ולכך הילכתא כוותי':

ובזה יש לחזק הא שכתבו התוס' בברכות (דף מ"ב) וכן הרא"ש שם (סימן ל"ב) דהלכה דאינו פוטר דר"נ ור"ש הילכתא כר"ש באיסורא דבלא"ה פליג רב יהודה שם על רב נחמן ולכן לית הילכתא כוותי' דרב נחמן בזה: ומזה יש ראי' להש"ך שכתב דהלכה כרב נחמן בדיני לגבי רבותיו דהא רב יהודה גדול מרב נחמן כמוש"כ הרא"ש בנדרים שם ואפי"ה כתב בב"ק דהלכה כרב נחמן בדיני וכאן א"ש הוכחת הש"ך שהוכיח מהא דפ"ק דכתובות דהלכה כר"נ לגבי שמואל מדפריך שם והא קיי"ל הילכתא כר"נ בדיני והרי התם רב יהודה קאמר לה בשם שמואל א"כ מוכח דהילכתא כר"נ בדיני נגד ר"י ג"כ עכ"ל שם בזה. וכן מבואר בראש"ש פ"ב דב"מ גבי טבעא מכריז דפליגי שם ר"י ור"נ דהילכתא כר"נ בדיני ואף שביאור הגר"א (סימן רס"ז סק"ט) כתב מדס"ל שם לרבינא כן מ"מ נראה מלישנא דהרא"ש דלא נחית לזה עיי"ש בזה: והנה בהא שכתב רמ"א דביותר מפלגא הוי ביטול מקח ומשמע הא בפלגא גופא המקח קיים והסמ"ע לקמן (סימן רכ"ז) כתב דלאו דוקא יתר מפלגא וגם בפלגא גופא המקח בטל ולשון התוס' בב"ק ובב"מ הוא לאו דוקא. אבל הש"ך שם (ס"ק י"ז) הסכים להרמ"א דבפלגא גופא המקח קיים. ונ"ל להוכיח דתוס' ס"ל דבפלגא גופא המקח קיים דהנה בערכין (דף כ"ג) איתא מתניתין דלא כרשב"ג דתניא רשב"ג אומר אם הי' הקדישו כנגד חובו פודה ואם לאו אינו פודה ורבנן עד כמה אר"ה ב"י אר"ש עד פלגא ע"כ וכתב הראב"ד (פט"ז מהלכות ערכין) משום דאין אונאה לקרקעית עד פלגא והכסף משנה כתב שם שאמדוהו חכמים דעתו של אדם שפעמים קונה קרקע בכפל ולא יותר עיי"ש. ונראה דיצא לו כן מהא דאמרינן בכתובות (דף צ"א) ההוא גברא דהוו מסקי בי' אלפא זוזי היו לי' תרי אפדנא זבן חדא בחמש מאה וחדא בחמש מאה אתא בע"ח וטרפא לחדא מינייהו והדר קא טרפא מאידך שקל אלפא זוזי וא"ל אי שווי' לך אלפא זוזי לחיי ואי לא שקול אלפי זוזי ואיסתלק. הרי להדיא דשוי' לאדם קרקע בכפל משווי' והנה התוס' בב"ב (דף ס"א) כתבו דבקרקעות לא אמרינן הדמים מודיעים דפעמים אדם קונה קרקע הרבה יותר ממה שהוא שוה כדאמר בפרק מי שהי' נשוי ההוא גברא והיינו ההוא עובדא דלעיל והנה מההוא עובדא דלעיל לא מוכח אלא בכפל אבל לא יותר מכפל וכההוא דערכין. וא"כ קשה ביותר מכפל דאין קונה

קרקעות נימא הדמים מודיעין, והרי התוס' שם כתבו להקשות על רשב"ם דפירש דלכך לא אמרינן הדמים מודיעים בקרקע משום דאין אונאה לקרקעות. דהא ביטול מקח יש להן ואי ביותר מכפל הדמים מודיעין תקשה גם לטעמייהו נימא בכה"ג הדמים מודיעין. וא"ל דביטול יש להן בפלגא גופא משא"כ לפי טעמם. דפעמים אדם קונה קרקע ביותר משוויו גם פלגא בכלל. זה אינו דמ"מ לא הוי קשה כ"כ על הרשב"ם אי עכ"פ לא שייך הדמים מודיעין עד פלגא ולא פלגא בכלל א"ו דתוס' ס"ל דגם ביותר מכפל אדם קונה קרקע ולכן כותבין פרוזבול אפילו על קרקע כל שהוא דמלא מחט גובה מלא קרדום כמוש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ז) וא"כ מבואר מזה דתוס' לא ס"ל כסברת הכס"מ אליבא דהרמב"ם וס"ל כהראב"ד משום דאין אונאה לקרקעות עד פלגא וא"כ מוכח דפלגא גופא אין להן ביטול מקח:

ולפ"ז הרשב"ם לשיטתו פירש דאין הדמים ראי' בקרקעית משום דאין אונאה להן. ולא פירש משים דאדם קונה קרקע ביותר משוויו לשיטתי' אזיל לפ"מ שביארנו לעיל דשיטתו בכמה מקומות דביטול מקח אין להן בקרקעות א"כ הא דאינו פודה אלא כדי כפל אין לומר כטעם הראב"ד דעד פלגא אין אונאה לקרקעות. וצ"ל כטעמו של הכסף משנה משום דעד פלגא אדם קונה מיתר בשויו ולא יותר מפלגא וא"כ ליכא למימר דאין הדמים ראי' משים זה דא"כ ביותר מפלגא נימא הדמים מודיעים. ולכן פירש משום אונאה דאז גם ביותר מפלגא אין אונאה לקרקעות והשתא א"ש:

ולכן הרמב"ם לטעמי' שפסק (בפי"ג מה' מכירה) כהרי"ף. דאפילו שוה אלף בדינר אין אונאה. א"כ הא דאינו פודה ביותר מכפל משום דאין אדם קונה ביותר רק עד פלגא. וכיון דס"ל סברא זו א"כ בב"ב דוחק לאוקמי דלא כר' יהודה דאין הדמים ראי'. והא דלא אמרינן הדמים ראי' משום דקרקעות שאני וליכא למימר משום דאדם קינה ביותר משוויו דהא אינו קונה אלא בכפל. וצ"ל כהרשב"ם משום דאין אונאה ולכן פסק דלעולם אין אונאה אפילו שוה אלף בדינר משא"כ הראב"ד ס"ל דגם ביותר מכפל אדם קונה קרקע ולכן יש לומר משום טעם זה אין הדמים מודיעין ובאונאה אינו אלא עד פלגא לכן כתב טעם זה דעד פלגא אין להם אונאה וא"ש:

סעיף מ':

ויש מחייבין בפשיעה הה"מ (בפ"ב מה' שכירות, כתב שכן דעת רש"י ז"ל דאף הני דנתמעטו משמירה מ"מ בפשיעה מחייבין. ובזה יתבאר היטב הא דאמרינן במס' ע"ז (דף ט"ו) דלכך אין מוכרין בהמה גסה לנכרי גזירה משים שאלה ושכירות ופריך שאלה קני' אגרה קני'. ופרש"י שאלה קני' כיון דחייב באונסין ה"ה שלו עכ"ל ולפ"ז

הא דקאמר אגרה קני' הוא משים דקי"ל דשוכר כש"ש דמי וחייב בגניבה ואבידה וכיון דחייב בגניבה ואבידה ה"ה שיו אבל קשה הא דפריך התם ושכירות לא קני' והתנן אף במקום שאמרו להשכיר לא לבית דירה אמרו מפני שמכניס ע"ז בתוך ביתו כו' ואס"ד שכירות קני' כי קא מעייל לביתי' דנפשי' קא מעייל. ומאי קושיא דבמאי שכירות קניא הוא משום דאיתא בשמירה. משא"כ בתים דאינן בשמירה. לכך שכירות לא קני. אבל י"ל דנהי דקרקעות ומחובר לקרקע אינו בשמירה מ"מ בפשיעה מחויב ולכן שכירות קניא וא"כ לשיטתו שפיר פירש משום חיוב ועיין מש"כ לקמן (סימן ש"א) בזה. וא"ל כיון דפשיעה מטעם מזיק לא שייך קנין בזה דזה אינו. מאחר דאי לאו שוכר לבד פטור מפשיעה ושוכר חייב. קנין הוי בזה. אמנם העיקר כמוש"כ לקמן (סי' ש"א) בזה: שם ואם קנו עיין תומים שכתב דלא שייך בהקדש קנו מידו דכיון דקי"ל בעינן בקנין כליו של קונה א"כ איך יועיל קנין לאחר שנתרמה תרומה דמי נתן לו כליו של הקדש כו' והריטב"א ומרדכי אפשר דס"ל כמ"ד דאף בשאול יכול לעשות קנין סודר וא"כ יכול להיות דבני עיר משאיל להקדש סודר וא"כ לית בי' מעילה אבל לפ"מ דס"ל דשאול לא מהני לקנות קשה לומר דיהי' בהקדש קנין עכ"ל. ותימא קחזינא הכא דע"כ לא קי"ל דאין קונין בשאול לא כשלא השאיל ע"מ לעשות בו קנין סודר אלא לדבר אחר ואז אין רשאי לעשות בו ק"ס משים דהבעלים מקפידין ע"ז. אבל אם שואל לכתחילה ע"מ לעשות בו קנין סידר מהני לכו"ע כמוש"כ הרמ"א לקמן (סי' קצ"ה ס"ד) וא"כ שפיר משכחת בהקדש שקונין בקנין סודר בשואלין מאחרים ע"מ כן. ולהדיא כתב הש"ך לקמן (סי' רנ"ה) וז"ל ולפ"ז ה"ה היכא דקנהו הקדש בקנין חליפין או שאר קנינים תו לא מהני שאלה עכ"ל. הרי דגם בהקדש איכא קנין סודר. ועדיפא מזה נ"ל דגם בחפץ של הקדש מותר לקנות דמ"ש ממעות הקדש שקונין בהם דבר להקדש וההקדש מתחלל על אותו דבר שקונין ה"נ בקנין סודר דדרך מקח וממכר הוא. כדאמרינן בב"מ (דף י"א) חליפין דרך מקח וממכר הוא מתחלל על אותו דבר שזוכין בו להקדש ואפשר בחיוב אחריות דאינו אלא אם יגנב או יאבד אכתי אין על מה להתחלל דאולי לא יבוא לידי חיוב כלל ועל השיעבוד שמתחייב עצמו אין בו ממש לחול על זה אבל ודאי דע"י שאלה ע"מ לקנות בו משכחת ג"כ בהקדש. והיינו דלא בעינן בק"ס שיהא משלו וגם שאול פסול כמו בלולב ביום ראשון אלא גם שאול כשר וכמוש"כ לקמן (סימן קצ"ה) עיי"ש בזה. ותדע דהא המרדכי שכתב שקנו מידו קמיירי גם אהקדש א"א לומר כמוש"כ האו"ת משום דס"ל דקונין בשאול דהא להדיא כתב המרדכי בפרק הספינה דאין קונין בשאול. א"ו דס"ל כמוש"כ שם דבשאול ע"מ להקנות מהני וא"כ גם בהקדש שייך כן:

ומה שהביא ראי' מהא דבפסחים (דף ה') לא יראה לך שאור שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה יכול יטמין ויקבל פקדונות מן הנכרים ת"ל לא ימצא ומדלא קאמר ויקבל פקדונות מגבוה ג"כ ש"מ משום דלא שייך זה בגבוה לפ"מ דמסיק שם דהא דשייך בפקדון לא ימצא הוא בקבל עלי' אחריות ואין זה שייך בגבוה דאין שמירה להקדש ולא משכחת אלא בקנו מידו ובהקדש לא שייך קנין סודר. לפע"ד נראה ליישב זה עפ"מ שכתב הר"ן בריש פסחים דטעמא דהחמירה התורה בחמץ בלא יראה ובלא ימצא משום דכרת ולא בדילי אינשי מיני' ולפ"ז קשה דא"כ ל"ל למעוטי מלך של גבוה בלא"ה נדע דאינו עובר בשל הקדש משום דהקדש בדילי אינשי מיני'. כמבואר בפסחים (דף ז') וצ"ל דכיון דבקרא לא כתיב טעם זה דלא בדילי אלא דאנן דרשינן כן טעמא דקרא. לכן גלי קרא מלך למעוטי של גבוה וזה דוחק ליישב כן:

ויותר נראה עפמש"כ התוס' בפסחים (דף מ"ו) להקשות אמאי אינו עובר בשל הקדש נימא הואיל ואי בעי מיתשל עליו והוי כדידי'. ויש לעיין דמנ"ל לתוס' דמיירי בהקדש שלו. דילמא מיירי בהקדש של אחרים דלא שייך אי בעי מיתשל ונראה דע"כ לא שייך סברא דבהקדש מבדל בדילי אלא בהקדש מעיקרא קודם שנכנס לרשותו אבל בהקדיש דבר משלו ומונח אצלו. לא שייך בזה מבדל בדילי כיון דקודם הקדש לא הי' בדיל מאותו דבר לכן גם אחר הקדש אינו בדיל מזה. וא"כ ס"ל להתוס' כהר"ן דטעמא דהחמירה תורה בחמץ לעבור בב"י וב"י. הוא משום דלא בדילי. ובהקדש של אחרים לא איצטריך. קרא למעוטי דבלא"ה בדילי מיני'. וא"כ לא איצטריך קרא אלא בהקדש שלו דאינו בדיל מיני' וע"ז הקשו נימא הואיל ואי בעי מיתשל. וכ"ז בהקדש שלו אבל בפקדון של הקדש אינו בבל ימצא משום דבדילי מיני' ואף באחריות פטיר לכן לא נקט אלא פקדון של אחרים דהוא בלא ימצא: ומה שהקשה התומים דלמה לא קאמר הגמ' בפסחים (דף ו') יכול יטמין ויקבל פקדונות מן הקדש כמו דקאמר מנכרי ויהא אסור משום לא ימצא, הוא תמוה דהא מבואר בירושלמי (פ"ב דפסחים ה"ב) אית תנא אבל אתה רואה של גבוה ואית תנא תני אפילו של גבוה א"ר בון בר חייא קומי ר' זעירא תפתר בקדשים שחייבין באחריותם כו' ע"כ הרי להדיא דאף הירושלמי (בפ"ק דפסחים ה"ג) מרבה מקבל חמץ באחריות מלא ימצא עכ"ז בקדשים ס"ל דאינו חייב משום לא ימצא ואינו חייב אלא לר"ש דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי. וא"כ גם הש"ס דילן סובר כן ומדוייק היטב דלענין היתרא פתח בתרתי של נכרי ושל גבוה אבל לענין איסורא לא מיירי אלא של נכרי ושביק גבוה משום דגבות לא איתרבי לאיסורא כלל והטעם בזה מבואר לעיל בדברינו עיי"ש:

ובזה נסתר מש"כ הפ"י בפסחים (דף ו') שהביא ראי' דחייב בחמץ אפילו באחריות פשיעה לבד מהא דפרש"י של גבוה שהקדישו לבדה"ב ואמאי לא פירש בגזבר א"ו דגזבר חייב בהקדש בפשיעה עכ"פ באמת חייב. לכן פירש שהקדיש לבה"ב שהקדיש ע"מ שלא יתחייב באחריות כלל. ולהנ"ל הא אפילו אי חייב באחריות דהקדש פטור. ורש"י חדא נקט וה"ה דהומ"ל בגזבר ולהדיא מבואר ברש"י פסחים (דף כ"ט) בד"ה מעל דגזבר פטיר ע"ש:

המל"מ (בפ"ח מטוען הלכה ו') הביא דעת הרשב"א דנשבעין אשטרות שבועה שאינו ברשותו כהראב"ד וגם שלא שלח בו יד. ותמה על זה בספר קצוה"ח למה ישבע שלא שלח בה יד. הא אפילו שלח בה יד נמי ליפטר כיון דשטרות אינן נגזלין ואימעוט מדין גזילה וגזל קרקע ושטפה נהר פטור כמבואר בפרק הגוזל וכן עבדים כשטרות ואפשר דשליחות יד חמירא מגזילה כיון שהי' שומר עליהן עכ"ד ועש"ך לקמן (סימן שפ"ח ס"ק ס"ז) שהביא שם מש"כ הרשב"ץ לדון בשטרות משום שליחות יד. וכתב וז"ל ועוד דשקל מיד הוי גזלן וכבר כתבתי לעיל (סימן שפ"ו ס"ק י"ג) דשטרות אימעטו מגזילה עכ"ל שם. הרי דס"ל דשליחות יד לא חמיר מגזל ופטור בשטר:

אך התוס' בחגיגה (דף י"א) כתבו וז"ל בד"ה בגזבר המסורות לו ואפילו למ"ד שליחות יד א"צ חסרון הכא שאני דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא קאי עכ"ל וקשה דהא שליחות יד אינו אלא בשומרים כמוש"כ השיטה מקובצת פרק המפקיד והרי הקדשות אתמעטו מדין שמירה וא"כ לא שייך בזה שליחות יד א"ו דס"ל דאפילו הני דאיתמעטו משמירה מ"מ אית בהו דין שליחות יד וכמוש"כ הרשב"א ז"ל בזה:

ומה שהבאתי באלה הדברים שאין בהן שמירה דמ"מ איכא בשליחות יד עיין לעיל בזה. ונראה לי כן ג"כ מהא דאמרינן בערכין (דף ו') אר"נ ארב"א האומר סלע זו לצדקה מותר לשנותה כו' אמר זו משתמ' בה כי היכי דליחייב באחריותה פרש"י דכיון דמשתמ' הוי כשולח יד בפקדון וקמה ברשותו וכו' ע"כ אלמא דמעות צדקה דנתמעטו משמירה בב"ק (דף צ"ג) אפי"ה שלח בו יד חייב:

נסתפקתי במפקיד ס"ת אי הוי כמפקיד שטרות ופטור הנפקד או לא דמי לשטרות מטעם שיבואר לקמן:

והנה בב"מ (דף נ"ו) תנן אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וכו' ריי"א אף המוכר ס"ת בהמה כו' אין להם אונאה אמרו לי' לא אמרו אלא אלו הרי דאף דממעטינן שטרות מאונאה מכלל ופרט משום דאין גופן ממון מ"מ אין ס"ת בכלל זה

ואפילו ר"י לא קאמר דאין לו אונאה אלא מטעמא אחרינא כמבואר שם (דף נ"ח). וא"כ גם בשומרים כן. כן הי' נראה לי פשוט:

אלא שמצאתי להרדב"ז (ח"א סימן תע"ה) שדימה ס"ת לשטרות ופשיטא לי' דאין בו שמירה. והדבר תמוה מהא דאונאה וכן מבואר להדיא לקמן (סימן שמ"ב) דהשואל ס"ת חייב באונסין וכן (בסימן ע"ב) מבואר בזה ולקמן (סימן ק"צ) הבאתי מש"כ הריטב"א בשם הרמב"ן בחולין (דף קל"א) וכן כתב הרשב"א שם דס"ת הוי אין גופו ממון, ואין עומדין אלא לראי' שבהן. אבל עכ"ז לענין שומרים ודאי אינו דומה לשטרות דשטרות אין שווין אלא מחמת הראי' שבהן משא"כ ס"ת שפיר הוי גופו ממון וכל חפצים לא ישוו לא יערכ' זהב ונותנין עבור גוף הדבר וה"ט דאונאה ג"כ. וגם אין לדמות ס"ת דרבים להקדש דהא להדיא כתב הסמ"ע (בסימן רכ"ז) דהקדש עניים ודביהכ"נ דין חילין יש להן באונאה וה"ה לשומרים ג"כ:

סעיף ל"ט שטרות אין נשבעין כו' ודעת הראב"ד והר"ן דשבועה שאינו ברשותו מיהא איכא והקשה הב"ח (בסימן צ"ה) א"כ מאי פריך הגמ' בב"מ (דף נ"ח) מהא דבני העיר ששלח שקליהן דנשבעין לגזברין נימא דהאי שבועה היינו שבועה שאינו ברשותו עיי"ש ובקונטרס אחר בארתי איזה סברות בזה דלא שייך הכא שבועה שאינו ברשותו וכ"כ המפרשים איזה סברות בזה. עיין בדבריהם. אמנם היא נגד סברת רש"י שם שכתב אהא דנשבעין ליטול שכרן דהוא אינו ברשותו לכן קצרתי בזה]:

ועיין ש"ך דשבועה שאינו ברשותו הוא דאורייתא. ובזה ניחא קושיית התוס' בב"ק (דף ס"ג) ובשבועות (דף מ"ב) ל"ל קרא למעט הקדש מכפל תיפוק לי' דאין בהם כפל בטוען טענת גנב דלא משלם אלא בשבועה ובהקדש ליכא שבועה אבל להראב"ד ניחא דהא נשבע שאינו ברשותו ושפיר הי' חייב כפל אי לאו דמיעטי' קרא:

עוד כתב הש"ך דשבועה שאינו ברשותו שייך נם במידי דאינו מורה היתרא. וכן נ"ל מהא שכ' רש"י בב"מ (דף ניח' אהא דנשבעין ליטול שכרן דהיינו שבועה שאינו ברשותו התם דלא שייך מורה היתירא בזה. ועיין שער משפט שכתב אם שלית בא עם שטר לגבות חוב וכדומה דהשליח חייב בשמירתו ועש"ך לקמן (סימן ע"ב ס"ק ט') דמתניתין דאומנין שומר שכר מיירי בשליח דאגרתא:

סעיף מ"ב ולכן בעל שסילק עצמו. עיין שין לדידן דמארסין בשעת חופה לא מהני סילוק עיי"ש. ויש תקנה לזה שיכתוב הבעל שמתחייב את עצמו מה שיקבל מנכסי' להחזיר ליורשי'. ועיין בספר נחלת שבעה בזה:

סימן סז

סעיף א:

שתהא שמיטת כספים. בספר יראים לר"א ממיץ (סי' רע"ח) כתב דחוב שעברה עליו שביעית אין הלוה רשאי לעכבו אלא ע"פ המלוה שכל זמן שלא השמיטו המלוה, חייב לפרוע אלא הלוה יזמין למלוה לדין שישמיט חובו כאשר ציוה וב"ד יחייבו המלוה לומר משמט אני כאשר ציווהו חכמים דמחזיר חוב בשביעית צריך לומר משמט אני וכו' ואם אינו רוצה המלוה לומר יכופו אותו שיאמר דתניא בכתובות וכו'. ונ"ל שאין דברים הללו אלא בב"ד של א"י אבל בב"ד של חו"ל אין רשאי לכופו דאין דיני קנסות בת"ל אפילו בממון במידי דלא שכיח או לית בי' חסרון כיס ע"כ והובא במרדכי פ"ד דגיטין (סי' שפ"ב) בשיבוש קצת בזה. ועמש"כ לעיל (סי' א) בזה ומצאתי בפסקי רקאנטי (סי' שנ"ב) שהביא להא דיראים והוכיח דהשמיטה מחילה גמורה הוא וכתב דבמקצת נוסחאות מספר הנ"ל כתב כי לבסוף חזר בו. אלא השמיטה מחילה גמורה ואין צריך לאמירתו של מלוה בזה:

התשב"ץ כתב דשטרות העשויין בערכאות של נכרים הוי כגבוי. ואין שביעית משמטת בשטרות אלה ע"ש. וממר"ם לא הוי כגבוי ומשמט והא שכתבו הב"ש באהע"ז (סי' נ"ב) דהוי כגבוי הוא מטעם אומדנא כמש"כ הט"ז שם וכמש"כ בסימן (תכ"ד) בזה:

הסמ"ע (ס"ק ס"ב) כתב דוקא שמיטת כספים נוהגת בזמה"ז. אבל שמיטת קרקע אינו נוהג. ועיין רשב"א פ' השולח שהוכיח מכמה מקומות דגם שמיטת קרקע נוהג בזמה"ז ע"ש שהביא סוגיא דמועד קטן (דף ב') וירושלמי פוקו וזרעו מפני ארנונא. וכ"ה בתוס' גיטין (דף ס"ב) וסנהדרין (דף כ"ו). וכן יש להוכיח מהא דאמרינן בסוכה (דף מ"ד) אמר אייבו הוה קאימנא קמי' דר' אלעזר בר' צדוק אתא לקמי' ההוא גברא א"ל קרייתא אית לי כו' וקשקושי מי שרי כו' והרי ראב"צ שלא בזמהב"י הוה כדאיתא בכורות (דף ל"ו) והובא ברש"י שם (עמוד א') ד"ה דלא ואפי"ה נהג גם שביעית קרקע וכן עיקר. ועיין ב"ב (דף צ') ר' יוסי בר' חנינא אמר לפוגא שמעי' פוק כו' ולמוצאי שביעית ופרשב"ם דס"ל דקדושה ראשונה קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא. אמנם לפ"מ שכתב הרשב"א שם דנם למ"ד לא קדשה לע"ל נוהג בזמה"ז דרבנן א"ש בלאו הכי. וראיה לזה דגם למ"ד לא קדשה לעתיד נוהג בזמה"ז מהא דאמר ריש לקיש בסנהדרין (דף כ"ו) כהן וחורש והרי ס"ל בזבחים (דף ק"ז דקדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבא ולכך המעלה בזמה"ז פטור וא"כ כ"ש דלדידי' קדושת הארץ בטל. עתו"ס זבחים (דף ס') בזה ואפי"ה ס"ל דשביעית נוהג בזמה"ז גם כן:

סעיף ב:
שביעית משמטת אפילו מלוה בשטר שיש בו אחריות נכסים. בגיטין (דף ל"ז) קריבי' דרב אסי הוה לי' ההוא שטרא דהוי כתוב בי' אחריות נכסים אתא לקמי' דר"א א"ל משמט או אינו משמט א"ל אינו משמט שבקי' אתא לקמי' דר' יוחנן א"ל משמט אתא רב אסי לקמי' דר' יוחנן א"ל משמט או אינו משמט א"ל משמט והא מר הוא דאמר אינו משמט א"ל וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה א"ל והא תניא כוותי' דמר א"ל דילמא ההוא ב"ש הוא דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי. יש לומר דרב אסי ור' יוחנן אזלי לטעמיי' דאיתא בקדושין (דף ס"ב) בעיא מיני' רב אסי מר' יוחנן האומר פירות ערוגה זו תלושים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברים פירות ערוגה זו מחוברים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו תלושים לכשיתלשו ונתלשו מהו א"ל כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי איתביה האומר לאשה הרי את מקודשת לאחר שאתגייר לאחר שתתגיירי לאחר ששתחרר לאחר שתשתחררי לאחר שמת בעלך לאחר שמת אחותך לאחר שיחלוץ לך יבמך אינה מקודשת בשלמא כולהו לאו בידו אלא גר הוי בידו גר נמי לאו בידו הוא דאר"ח בר אבא אר"י גר צריך שלשה מ"ט משפט כתיב בי' כדין מי יימר דמיזדקקי לי' תלתא. וא"כ רב אסי דאותבי' וחשיב גירות בידו לא ס"ל האי שינויא דר"י מרים דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא וגם זה שכיח. [ועיין בשבת (דף מ"ו) ואכמ"ל בזה] והתוס' בסוטה (דף כ"ה) כתבו בד"ה לאו כגבוי וז"ל הכא לא שייכא כל הני פלוגתא דר"מ ורבנן דפליגי וכו' דהכא כ"ע מודו דאמרינן לאו כגבוי והעמד ממון בחזקת בעלים שהרי צריך דיינים ולאו בידו הוא כדאמר גבי מי יימר דמזדקיק לי' בי' דינא עכ"ד. וא"כ רב אסי דלית לי' הא סברא בקדושין גבי גר מי יימר דמזדקקי לי' בי' תלתא לכך לשיטתי' ס"ל בגיטין כגבוי דמי אבל ר' יוחנן אמר וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה וס"ל דלאו כגבוי דמי הוא לשיטתי' דס"ל הך סברא מי יימר דמזדקקי לי' ולכך לאו כגבוי דמי וזה נכון. ועיין תוס' חילין (דף י"ט) דר' אסי לחוד ורב אסי לחוד ובגיטין (דף מ"ז) בתוס' שם. ונראה דכאן בגיטין (דף ל"ז) ושם בקדושין (דף ס"ב) צ"ל ר' אסי דתרווייהו בעא מר' יוחנן ולפי התוס' בגיטין שם משמע דבימי ר' יוחנן הוא ר"א ע"ש בזה]: סעיף ו':
משמטת שבועה. צ"ע אם מהני פרוזבול בזה כיון דאין לו על חבירו אלא חיוב שבועה לא שייך בזה מוסרני לכם וכיוצא בזה (בסי' קכ"ג ס"ב) דאינו יכול להרשות להשביע לחברו משום דאינו אלא דברים בעלמא. והש"ך שם (ס"ק י"ב) כתב דבהרשאה תקנה עשו בשליחות ומהני גם לשבועה משא"כ הכא שפיר יש לומר דלא תקנו תקנת פרוזביל בזה:

סעיף ח':
וכתבו לו פס"ד, הוי כגבוי ואינו משמט. בר"ש פ"י דשביעית כתב דהא דתנן מעשה ב"ד אין משמטין ובגיטין (דף י"ת) מבואר דעמד בדין משמט ותירץ דמעשה ב"ד כתובה ועוד תי' דמעשה ב"ד אין משמטין כשכתבו לו פס"ד. וע"כ מבואר כאן כן. אמנם בתוס' ב"ב (דף קע"ה) מבואר דמיירי בכתובה כתי' קמא ולא כתי' שני. ולכאורה היה אפשר לתרץ ולחלק כמו דמחלק הש"ס בב"ק (דף ס"ט) בעמד בדין גופא לענין תשלומי ארבעה וחמשה בין אמרו צא תן לו ובין אמרו חייב אתה ליתן לו. כמו בסימן י"ב בפשרה ע"ש בזה. אמנם לא ניחא להו לחלק בכך. והרמב"ם בפי' המשנה פי' מעשה ב"ד הדיינים דמפרש בירושלמי לא כמו שפי' הר"ש דהוי פס"ד אלא מה שיאמר הדיין חייב אתה ליתן כך וכך וא"כ צ"ע איך מיישב הא דגיטין (דף י"ח) דמבואר דעמד בדין משמט. אמנם ז"א דלהדיא כתב בהלכות שמיטה פט"ו ב"ד שחתכו הדין וכתבו איש פלוני חייב אתה ליתן כך וכך שזה כגבוי הוא וכאלו בא לידו ואינו כמלוה ע"פ וכ"ה בר"ה וא"כ גם בפי' המשנה ר"ל כן:
המהרי"ט ח"ב (סי' קי"ד) כתב דדוקא גבי אונס ופיתוי הוא דהעמדה בדין חשיב כזקיפה מגו דנפיק לי' מתורת קנס שאם היה מודה בתחלה היה נפטר. ועכשיו נעשה עליו כמלוה וכל עיקר העמדתו לדין כדי לזקפו עליו במלוה הוא שלא יפטר בהודאתו וכן לענין כתובה דמקמי הכי היתה צריכה להוציא הגט ועכשיו שעמד בדין חשיב כזקיפה במלוה אבל גבי שכר שכיר והקפת חנות לא חשיב כזקיפה דלא העמידם אלא כדי לגבותם וכן משמע דלא הוזכר העמדה בדין אלא אצל קנס כו' וכן משמע מדברי הרא"ש בפ' השולח דגבי הקפת חנות ושכר שכיר כתב אם עשאן מלוה ע"י שזקפן במלוה לפרען עד זמן פלוני אלמא אי לא ארוח לי' זימנא לא מקרי זקיפה כמלוה עכ"ד ותמוה ממש"כ תוס' בב"ב (דף קע"ה) דמספקא להו האי דהעמדה בדין אי הוי כמוחזק או לא ופשטו דלא הוי כמוחזק דאונס ומפתה גופיי' בהעמדה בדין נעשה כמלוה ומשמיטין לברייתא דתניא כוותי' דשמואל בהמביא תניין (דף י"ח) ע"כ. ולהמהרי"ט אין זה ראיה כלל דשאני העמדה בדין דקנס דאינו כדי להגבותם ונעשה מלוה ע"כ לא הוי כמוחזק משא"כ שאר חובות דמעמידן כדי לגבותן אי לא מרוח לי' זימנא דאינו נעשה מלוה שפיר י"ל דהוי כמוחזק וע"כ דגם בשאר חובות איכא מעלה דהעמדה בדין שיהא שטר לגבות מלקוחות ושלא יהא נאמן לומר פרעתי וא"כ ה"ה בהקפת חנות נמי כן, וצ"ע בזה. ואפ"ל מאחר דתוס' ס"ל דהא דמעשה ב"ד אין משמטין אינו אלא בכתובה ולא ניחא להו לאוקמי הא דעמד בדין הוי כזקף במלוה בלא פס"ד אלא אף בפס"ד מיירי ואפ"ה משמט מה בכך

דלא רצה לגבותם מ"מ אי מעשה ב"ד הוי מוחזק כשיגיע הזמן שזקף הוי כמוחזק ולא ישמט א"ו דלא הוי מוחזק:

סעיף ט':

ואפילו בשביעית תנאו קיים. והקשה בתומים הא קי"ל באהע"ז (סי' ס"ו) דבכתובה לא מהני תנאי וכתבו דאף דבכתובות (דף נ"ו) מבואר דלר"מ לא מהני תנאי בכתובה הוא משום דכתובה דאורייתא אבל אנן הא קי"ל דכתובה דרבנן משום דכעין דאורייתא תיקון. ועוד כתבו דלדידן דקי"ל דבר שבממון תנאו קיים צ"ל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וא"כ לדידן דקי"ל שביעית בזמה"ז דרבנן אמאי מהני תנאי. ולעד"נ לתרץ דלכאורה קשה לדידן דקי"ל דהא דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון מבואר בגיטין (דף ס"ה) דזהו בדבר שעיקרו מדאורייתא אבל בדבר שעיקרו מדרבנן ל"א כעין דאורייתא תיקון ולכך מזכין ע"י קטן בעירובי חצירות ושתופי מבואות משים דעיקרו דרבנן משא"כ בדאורייתא אינו זוכה לאחרים ולא בדבר שעיקרו מאורייתא וא"כ למ"ד כתובה דרבנן הא עיקרו אינו אלא מדרבנן וא"כ ל"א כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון וכ"ש דלא אמרינן דעשו חיזוק יותר משל תורה. ועיין תוס' כתובות (דף נ"ו) דכעין דאורייתא ועשו חיזוק כהדדי נינהו. וצ"ל דאף דכתובה אינו אלא מדרבנן מ"מ חשיב כדאורייתא מאחר דיש לו סמך מה"ת כדאיתא ברא"ש פ"ג דכתובות. וכיוצא בזה בשבת (דף ל"ד) כאן בעירובי תחומין כאן בעירובי חצירות לענין ביהש"מ דעירובי תחומין אף דהוא דרבנן מאחר דיש לו סמך החמירו בו משא"כ בעירובי חצירות דאין לו סמך לא החמירו בו. והרי מבואר שם בגיטין (דף ס"ה) דמעשר שני בזמה"ז הוי עיקרו דרבנן ולכך מצי קטן לזכות לאחרים. וכן ביבמות (דף פ"א) מבואר דפירות אילן הוי עיקרו מה"ת בתרומה משא"כ בתרומה בזמה"ז ע"ש בזה. וא"כ ה"ה לשביעית בזמה"ז דרבנן הוי כדבר שאין עיקרו מה"ת וא"כ ל"א בזה כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון וכ"ש דלא אמרינן דעשו חיזוק יותר משל תורה ולכך מהני תנאי בשביעית:

אמנם זה אינו. דא"כ מאי פריך בכתובות (דף נ"ו) אר"י דס"ל דכתובה דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ולכך לא מהני תנאי מפירות דגם כן דרבנן ולא עשו חיזוק והא שאני כתובה דיש לו סמך מה"ת משא"כ פירות וע"כ צ"ל דהא שכתב הרא"ש שם דסמכו הוא רק שיהא חמשים דומיא דמותר משא"כ עיקר תקנה דכתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה הוא דרבנן והוי עיקרו דרבנן ולכך פריך שפיר מפירות. וגם תחומין דיש לו סמך מה"ת מ"מ הוי עיקרו מדרבנן כמבואר בעירובין (דף ל"ו) ועיין

נ"ב קמא חאהע"ז (סי' ב') בזה. וע"כ צ"ל דאין כל תק"ח שוין ובכתובה אף דעיקרו דרבנן החמירו דלא מהני תנאי משא"כ בשביעית:

ועיין במ"ל (פ"ח מה' מלוה) שהקשה על מש"כ הרשב"ם דברבית דרבנן מהני תנאי דדוקא מתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל משא"כ בדרבנן דהא שביעית בזמה"ז דרבנן ואפי"ה ל"מ תנאי ואי בדרבנן תנאו קיים הרי נתבטל הלואה והמעות הם פקדון ואין שביעית משמטת פקדון וכתב ועוד אפשר לומר דשאני שביעית שעיקרו מה"ת ומש"ה לא מהני תנאי. וכ"כ תוס' בפ' אעפ"י דלר"ג דאמר כל הפוחת וכו' משום דקסבר כתובה דאורייתא אע"ג דכתובת אלמנה דרבנן מ"מ עיקר כתובה דאורייתא וכו' א"כ גבי רבית נמי נימא דלא מהני תנאה משום דעיקרו מה"ת הא ל"ק משום דלא דמי רבית דרבנן לרבית מה"ת ובשלמא שמיטה אין חילוק בין מדרבנן למה"ת אלא בזמן ודמי לכתובה אבל רבית יש חילוק בעצם הדבר וכ"כ התוס' שם דירושת הבעל מהני תנאה אע"ג דעיקר ירושה מן התורה משום דל"ד ירושת הבעל לשאר ירושות שבאות מחמת קורבה ע"כ. והוא תמוה מהא דגיטין (דף ס"ה) דמעשר שני בזמה"ז הוי עיקרו דרבנן וא"כ אדרבא דחסרון הזמן משווי לדבר שאינו עיקר מה"ת. ועיין ריטב"א שם שכתב הא דלא מוקי במעשר שני דאילנות וירקות משום דאית לי' עיקר מה"ת וכן הא דיבמות (דף פ"א) מיקל בתרומה בזמה"ז דרבנן יותר מתרומה דרבנן משים דבהו איכא למגזר אטו דאורייתא משא"כ בזמה"ז והתוס' גופא בכתובות שם מייתי ראיה דיש חילוק בין עיקרו דרבנן לעיקרו דאורייתא מהא דתרומת תאנים אינו עולה ובזמה"ז עולה וא"כ איך אפ"ל ההיפוך דהזמן אין חסרון ואף דהחילוק על רבית דהוא ענין אחר היה אפשר לחלק משאר דרבנן אבל לומר שיהא שביעית עיקר מה"ת לא מסתבר לכן העיקר כתי' הראשון שם בזה:

אם נהגו לכתוב כן בשטרות ובשטר אחד לא נמצא כך לא אמרינן דהוי כאלו נכתב. בסמ"ע כתב משום דהלוה יאמר דהמלוה רוצה לקיים מצות שביעית. אכן ברשב"א כתב טעם אחר משום דסמי' בידי' לכתוב פרוזבול משא"כ בסימן מ"ב דהתנאים היו בעת מעשה וכ"כ המ"ל (בפ"ט מה' יובל ושמיטה הלכה יוד):

סעיף י"ט וה"ה שיכול למסור לב"ד חובותיו שבע"פ והסמ"ע כתב דמילתא דפשיטא הוא. ובתומים (ס"ק כ"ב) כתב די"ל דלרש"י אינו אלא בשטר ולא במלוה ע"פ לכך טובא קמ"ל ע"ש שהוכיח דכן ס"ל לרש"י דלא תקון פרוזבול אלא בשטר ולא במלוה ע"פ. וכן משמע לי מפרש"י במועד קטן (דף י"ח) אמתני' דאלו כותבין במועד וקחשיב גם פרוזבלין ופרש"י פרוזבלין שכותב מלוה בשטר שאינו משמט ולא משמט לי' שמיטה ע"כ. וכ"מ מרש"י בבא בתרא (דף כ"ז) אך כתוס' ב"ק (דף ל"ז) מבואר להדיא דגם במלוה

ע"פ כותבין פרוזבול ובזה יש לומר דרש"י לשיטתי' אזיל שפירש שם אהא דיתומים אינן צריכין פרוזבול דבלאו הכי לא משמט שביעית לחוב שלהן דאנן ידייהו דיתמי אנן הלכך שטרות שלהן כמסורים לב"ד דמי וחנן המוסר שטרותיו לב"ד אין משמיטין וכתבו תוס' על זה מלוה ע"פ מאי איכא למימר דכותבין עלי' פרוזבול כדמוכח בהשולח. ולהנ"ל ניחא דרש"י לשיטתי' דבמלוה על פה בלאו הכי אין כותבין וא"ש:

או העדים חותמין מלמטה. וקשה הא הוי מפי כתבם כיון דנכתב שלא מדעת המתחייב וי"ל כמוש"כ תוס' בב"מ (דף מ') במודעא שהוא גם כן שלא מדעת המתחייב ומהני משום תק"ח להציל את הנאנס וה"נ כיון דפרוזבול הוא מדרבנן שלא יהיה נעילת דלת ללוים ולהציל את המלוים מאיסור מניעת הלואה לכן מהני אפילו שלא מדעת המתחייב. אח"ז ראיתי בקצה"ח ותמיהני שלא תירץ כן. ומש"כ דבהקנאה לא בעינן מפיהם ולא מפי כתבם ולכן מהני בקדושין וגירושין ע"ש (ובזה מתורץ מה דמהני בשטר קדושין שלא מדעת ומצאתי שהא"מ (סי' ל"ב) נשאר בצ"ע דבהקנאה לא בעינן מפיהם ולא מפי כתבם ע"ש] וכן כתב בתומים ע"ש בזה:

סעיף כ"ב אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע. שיטת רש"י בגיטין (דף ל"ז) ובקדושין (דף כ"ו) וב"ב (דף כ"ז) משום דלא שכיח להלוות אלא על הקרקע. והר"ש בשביעית כתב משום דהוי כגבוי ועיין בר"ן בגיטין נ"מ בין טעמים אלה. וכהר"ש מבואר ברשב"ם ב"ב (דף ק"נ) ע"ש ומשם ראיה למש"כ האו"ת דאי לטעם כגבוי אין אנו צריכין לטעמא דהפקר ב"ד שכתב דלא רצו חכמים לעקור דבר תורה ולכן אין כותבין אלא על הקרקע ע"ש: סעיף כ"ג השאילו מקום לתנור או לכירים. בשביעית פ"י תנן כוורת דבורים הרי הוא כקרקע וכותבין עליה פרוזבול ומקבלת טומאה במקומה והרודה ממנה בשבת חייב דברי ר"א וחכ"א אינה כקרקע ואין כותבין עליה פרוזבול כו'. ויש לעיין למה השמיטו הפוסקים דין זה דאין כותבין פרוזבול על כוורת דבורים. ודוחק לומר דסמכו עצמם אמש"כ באו"ח (סי' שכ"א סי"ג) דאינו אלא מחזי כתלוש ע"ש בזה. ונראה דהנה הרע"ב פי' דבמחובר בטיט כ"ע מודו דכקרקע דמי ובמונח ע"ג יתדות כ"ע מודו דכמטלטלי דמי כי פליגי במונח ע"ג קרקע ואינו מחובר בטיט. והקשה בתור"ע שם דהא בב"ב (דף ס"ו) ס"ד דפליגי בתלוש ולבסוף חברו ומיירי במחובר בטיט ולמסקנא שם פליגי אי כוורת עצמה חשיב כקרקע כיון דהתולש ממנה חשיב כקרקע וחייב בשבת ה"ה לכל מילי הוא כקרקע וחכ"א דכמטלטלין דמי וא"כ פי' הרע"ב אינו לפי הס"ד ולא לפי המסקנא. אכן דברי הרע"ב מיוסדים עפ"י דברי הירושלמי (פ"י דשביעית) מה אנן קיימין אם במחובר לקרקע כו"ע מודו דכקרקע דמי ואם במונח ע"ג שתי יתדות כ"ע מודו דאינה כקרקע

כי אנן קיימין במונחת ע"ג קרקע. הרי להדיא כהרע"ב בזה. וכיון דקי"ל דמונח ע"ג קרקע לאו כקרקע דמי מדכתב השאילו מקום לתנור או לכירים אבל על התנור או כירים עצמו אין כותבין א"כ לא הוצרך לכתוב שוב כוורת דנלמד מזה לכוורת גם כן. ולכאורה קשה על הרע"ב דאיך אפ"ל דפליגי במונח ע"ג קרקע דא"כ תיפוק לי' דהאיכא מקום וכן הוכיחו תוס' בב"ב (דף ס"ה) דפלוגתתן הוא במונח ע"ג יתדות דאי במחובר לקרקע תיפוק לי' דהאיכא מקום כמו דפריך בגיטין (דף ל"ו) ע"ש. ומצאתי לפי' הרא"ש שכתב דמיירי שהעמיד הכוורת על מקום א' בלי ידיעת הבעלים. או י"ל דמיירי שאחד השאיל לו ע"מ שלא לשעבד לזולתו:

והיה אם השכירו לו וכו'. וכתב הב"י ומשמע לי דכיון דעל קרקע מושאל כותבין ה"ה נמי שכותבין על קרקע המושכר בידו ולא מצאתי אחד מן הפוסקים שדבר דבר בזה כו' ומצאתי בעיטור כו' ע"כ. ונ"ל ראיה לזה כבעהע"י דכותבין פרוזבול על קרקע המושכר מהא דאמרינן במס' עכו"ם (דף ט"ו) אהא דאין מוכרין להן בהמה גסה גזירה משום שאלה ושכירות ופריך שאלה קני' אגרא קני' ופרש"י שאלה קני' לימי שאילתה דכיון דחייב באונסין הרי הוא שלו ע"כ. ועל אגרא קני' לא פירש מידי. ופריך ושכירות מי קני' והתנן כו'' אלא ש"מ שכירות לא קני' והשתא דאמרת שכירות לא קני גזרה משום שכירות וגזרה משום שאלה. והדבר תמוה מנ"ל דגם שאלה לא קני' ודילמא שאלה עדיפא דחייב באונסין יקני ועוד מאי פריך מהא דאף במקום שאמרו להשכיר לא לבית דירה אמרו מפני שמכניס לתוכו עכו"ם ואס"ד שכירות קני' לביתי' דנפשי' קא מעייל הא אין חיוב שמירה בבית. לכן לא קני'. ועיין בריב"ש מה שכתב בזה. לכן נ"ל דשכירות עדיפא משאלה דקנה בכסף לכן לא הוצרך רש"י לפרש מידי על אגרא קני' ורק על שאלה דליכא כסף וקני' פי' משום חיוב אונסין וע"כ פריך מהא דלהשכיר דגם כסף לא מהני וכ"ש חיוב אונסין עד דמסיק דשכירות לא קני' ולכן אמר גזרה משום שאלה ג"כ דאם בשכירות דאיכא כסף ל"ק כ"ש שאלה דליכא אלא חיוב אחריות לבד. וא"כ אם כותבין פרוזבול בקרקע השאולה כ"ש בקרקע המושכר דקנה טפי משאילה וזה נכון. וזה דעת הישש בפ"ה דב"ק (סי' ל"ד) שכתב דמשאיל יכול לאסור בקונם ולא משכיר דמשאיל לא הוי מכר ע"ש והוא כמוש"כ דשכירות שמקבל כסף דמי קצת למכר משא"כ שאלה. ועמש"כ קצ"ה בזה:

ובזה י"ל בהא שכתב הכס"מ (בפי"ז מה' מאכלות אסורות) אמש"כ הרמב"ם דהשוכר כלי מעכו"ם א"צ טבילה דבשאולין מבואר בש"ס דמס' ע"ז (דף ע"ה). א"כ ה"ה לשוכר

דלפמש"כ יש לחלק דשוכר שאני דאיכא כסף והוי שלו. אלא דצ"ל דסמיך אהא דמסקינן בפ"ק (דף ט"ו) דשכירות לא קני' ושכירות דמי לשאול לכן פטור מטבילה גם כן:
והסמ"ע כתב דלא תימא דוקא ש ול דחייב באונסין משא"כ שכירות ופי' האורים דלשון מושאל נקט דהא בקרקע לא שייך באונסין ואין דין שמירה כלל לקרקעות רק ר"ל דבמטלטלין חייב באונסין משום דכל הנאה שלו. א"כ גם בקרקע חשיב יותר שלו מן שכירות דאין כל הנאה שלו ולכך במטלטלין פטור מאונסין. וכיוצא בזה צריך לפרש הא דכתב רש"י בפ"ק דמס' ע"ז הנ"ל שאלה קני' כיון דחייב באונסין הרי שלו. והוא תמוה דהא קאמר גם כן אגרא קני' אף דאינו חייב באונסין ובזה יש לומר דאגרא קני' דחייב בגניבה ואבידה אי שוכר כש"ש דמי. אלא דקשה דהא בתר הכי קאמר דבשכירות בתים שכירות קני' ובבתים ליכא דין שמירה כלל אלא ודאי לאו דוקא אלא כיון דמצינו דבמטלטלין חייב בשמירה וקונה ה"נ בבתים כן: סעיף ל':
אלא בסופה. עיין בה"ג שהביא מגמ' דערכין ולא כתב מפשטי' דקרא דכתיב מקץ שבע שנים משום דהתוס' בקדושין (דף ל"ח) כתבו דבשילוח עבדים דכתיב מקץ שבע שנים מוכח בערכין דהיא לאו דוקא ע"ש ולפרש"י בערכין אין ראיה משם ע"ש] והב"ח כתב דגם העיטור והרא"ש שכתבו דאין כותבין פרוזבול בתחילת שנה שביעית דאין גובין כל השנה מ"מ במלוה בשביעית גופא מודה והוא נכון. דכן מבואר בסנהדרין (דף ל"ב) במלוה בשביעית גופא דגובה ע"ש:
סעיף ל"ג נאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד. בתומים (סקכ"ט) מבואר דזה דוקא כשהלוה אינו מכחישו בברי אבל אם מכחישו בברי לא מהני חזקה דלא שביק היתירא להוציא ממון. והוא תמוה דלהדיא כתב הרא"ש בתשובה (כלל ק"ח ס"ט) דגם כשמכחישו בברי מהני חזקה הלז להוציא ממון. ע"ש וכ"ה במרדכי פ"ד דגיטין להדיא כן:
באם בא לגבות בב"ד. ואמר שעשה פרוזבול אלא שאינו אצלו כעת אי מהימן וא"צ לברר או צריך לברר. ונ"ל דצריך להביאו לב"ד דאף דאיכא חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא הא אמרינן בפסחים (דף ד') איבעיא להו חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק למאי נ"מ לישיילי' אלמא באיכא לברורי בקל לא מהני חזקה ואף ברובא דעדיף מחזקה קי"ל דבאיכא לברורי לא אזלינן בתר רובא כמבואר ביו"ד (סי' א') והארכתי במ"א בזה. וכן משמע מהא דקי"ל נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד משמע שאינו במציאות להביאו אבל ביכול לברר צריך לברר. ועוד ראיה מהא דקי"ל בטוש"ע יו"ד (סי' ב') במומר לתיאבון ששחט בינו לבין עצמו ויש עמו סכין יפה ושאינו יפה ואמר שביפה שחט נאמן.

וכתב הפרישה שם והובא בש"ך (סקי"ג) דאה"נ דמהימנינן לי' בסתם ואפילו אינו אימר כלום אלא משום דכל היכא דאיכא לעמוד על הדבר ולברר טפי מבררינן ע"כ. אלמא דגם בחזקה דלא שביק היתירא ואכל איסורא כל דאפשר לברורי מבררינן וא"כ צריך להביא לב"ד הפרוזבול גם כן. מיהו יש לומר דכאן אית לי' מגו דאי בעי אמר אבד וע"כ השתא שאמר שיש לו אלא שאינו אצלו מהימן גם כן. ועמש"כ בכללי מגו אי מגו מהני במקום דאיכא לברורי דלבעהמ"א בפ"ג דבבא בתרא לא מהני ולהרמב"ן שם וריטב"א בב"מ מהני ע"ש בזה:

סימן סח

סעיף א:

לכן אם עשה צוואה. בתשובת מהר"ם פדואה (סי' נ"ד) כתב דמאחר דשטר העולה בעש"ג לדעת כמה פוסקים אינו אלא תקנתא דרבנן ומתנת שכ"מ דככתובין וכמסורין דמי גם כן אינו אלא תקנתא ותקנתא לתקנתא ל"ע (ועיין ש"ך סי' קע"ה) דגם בממון אמרינן כן דלא עבדינן תקנתא לתקנתא ובאורים (סי' כ"ח) ומסיים וז"ל ומה שאמרתי שאינו טעם של עיקר לאשר בטח"ה (סי' רנ"ג) הביא תשובת הרא"ש שכתב דצוואת שכ"מ בערכאות כבר ואפשר שהיא אינו סובר כדברי המרדכי שתירץ דתקנת חכמים הוא אלא כרבינו יקיר וכספר החכמה שם דסבירא דמדאורייתא הערכאות כשרים היכי דידעינן דלא מרעי נפשי' ע"כ. ועיין תומים שהוכיח דהרא"ש ס"ל כרש"י דמדאורייתא כשר וא"כ לטעמי' אזיל. אבל צ"ע על הרמ"א דס"ל דמדאורייתא פסולים אלא דתק"ח הוא כמבואר (סי' ליד) וכמוש"כ האו"ת (בסק"ח) וא"כ אמאי כתב דצוואת שכ"מ כשר הא יש לומר דתקנתא לתקנתא לא עבדינן וצ"ל דמדכתב מהר"ם פדואה בלשון אפשר א"כ ס"ל דלא שייך בלאו הכי הך סברא דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ויתבאר במ"א בזה:

ואם כתב כל נכסיו לבן בין הבנים דאין רוח חכמים נוחה הימנו יש לומר דבהא לא תקנו רבנן כמו בנכסים מועטים דסימן רל"ה דאין מכירתן של קטנים מכירה דלא תקנו רבנן בזה. אמנם ראיתי בתשובת מהר"ם פדואה (סי' ס') שכתב לבטל צוואת אחד שכתב בערכאות, נכסיו לאחר ולא הוריש לראוי ליורשו. מטעמים אחרים ולא כתב משום דבמקום איסורא לא תקינו רבנן וע"כ צ"ל דכאן אינו אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו משא"כ בנכסים מועטים דהוי רשע כדאיתא בסוטה (דף כ"א) איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכיר בנכסים מועטים לכן לא תקינו רבנן שם. ובפרט לפמש"כ הנה"מ בסימן רל"ה דאינו אלא בתקנתא דפעוטות הוא, דאמרינן כן ולא בשאר תקנות. ומיהו מהא דמהר"ם פדואה אין ראיה כל כך דיש לומר דכתב אידך טעמים משום דיהא מספיק

גם להסוברים דמדאורייתא ערכאות כשרים מיהו עכ"פ היה לבאר זה א"ו דס"ל כנ"ל בזה. ויש לומר דבמומר לא תקינו רבנן לי' הך תקנתא ואינו יכול להוציא בשטר כזה. ועמש"כ בסימן ע"ה וי"ל קצת בזה:

סימן סט

סעיף ב:

ולא מן הלקיחות. כתב הסמ"ע אפילו אם הלוה מודה שלא פרעו משום דלית לי' קלא וגם חיישינן לקנוניא וכמו שכתב הטור והמחבר לקמן (סימן ע"א) וכוונתו להו דמבואר שם (סכ"א) התנה הלוה שיהיה נאמן לומר פרעתי דאף שמודה שלא פרע חיישינן לקנוניא. ועש"ך שם (סקמ"ח) דאין ראיה מזה דכיון דהאמינו ה"ל כנפל דאיתרע וכן כתב ה"ה ועמש"כ שם בזה [ומה שכתב הש"ך כאן (סק"ו) דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דנפל ואיתרע וכן לקמן (סי' ע"א סי"ז) היא ט"ס וצ"ל סי"ט ע"ש וא"ש]:

וי"א דאינו יכיל לומר פרעתי על כת"י. והיינו משום דגם בכתב יד אמרינן שטרך בידי מאי בעי, ולכאורה יש לעיין בזה לפי מה שכתבו תוס' בבבא בתרא (דף ה') הא דחזקה דשטרך בידי לא מהני ליפטר משבועת אישתבע לי דלא פרעתיך הוא משום דזימנין זייר לי' אפשיטי דספרא ליכא חזקה. וא"כ בכ"י דלא שייך לומר זימנין דזייר לי' אפשיטי דספרא אם כתב בעצמו גובה המלוה בלא שבועה והרי הש"ך בסקח"י כתב לדעת הב"י דס"ל דבכת"י יכול לטעון פרעתי דמ"מ אם כתוב בו נאמנות אינו נאמן לומר פרעתי אבל אם לא כתוב אלא שהלוה לא יהא מהימן לומר פרעתי צריך לישבע אף בלא אמר אישתבע לי והשתא כיון דאם כתוב שהלוה לא יהא מהימן לומר פרעתי גובה בו המלוה משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ אמאי צריך שבועה הא הכא לא שייך זימנין דזייר לי' אפשיטי דספרא ונצטרך לומר דהש"ך מיירי בגוונא שהכתב יד היה כתיבת יד סופר ולא כת"י הלוה עצמו. וזה לא ניתן להאמר כלל דהא הש"ך סתומי קא סתים ולא מחלק בהכי דאם היה כתב יד הלוה בעצמו א"צ לישבע:

אמנם גם בעיקר דברי תוס' בבבא בתרא שם קשה בהא שכתבו שם בא"ד דגם בשטר פקדון אף דאינו נאמן לומר החזרתי משום הך חזקה דשטרך בידי מאי בעי מ"מ חייב המפקיד שבועה. והרי התוס' בב"ב (דף ע') ד"ה או דילמא כתבו דבשטר פקדון לא שייך לומר זימנין דזייר לי' אפשיטי דספרא משום דאין הנפקד מחוייב ליתן שכר כתיבת הסופר עבור שטר הפקדון וא"כ אמאי לא מהני חזקה דשטרך בידי ליפטור משבועת אישתבע לי בפקדון. וכן תי' באמת בשיטה שם כן. שוב אחרי מופלג ראיתי להתומים (סי' ק"ח סק"ב) שהקשה כן על דברי תוס' דבבא בתרא וכתב ולכן צ"ל דס"ל לתוס'

דזייר לי' אפשיטי דספרא לאו דוקא וחדא מינייהו נקט רק הכוונה דלא הוי מנו במקום עדים משום דיש לומר דלאיזה סיבה לא החזיר השטר די"ל דנאבד ממנו ומחפש אותו לרגעים וכדומה וצ"ע ע"כ. ובאמת משמע כן בב"מ (ד' ט"ז) דקאמר התם אישתמוטי דקא משתמיט דאמר לי' למחר יהיבנא לך השתא ליתא גבאי אי נמי אפשיטי דספרא זייר לי', וכן כתבו תוס' להדיא בשבועות (דף מ"א) ד"ה ולמר וז"ל ועוד דלא דמי דבההוא דלקמי' ודאי תקינו רבנן משום דשכיחא דמיתרע זימנין טובא דבתר דפרעי' אשתה' שטרא בידי' כדאמרינן בפרק קמא דב"מ (דף ט"ז) אישתמוטי דקא משתמיט דאמר לי' למחר יהיבנא לך השתא ליתי' גבאי אי נמי אפשיטי דספרא זייר לי' כ"ל הרי להדיא דגם היכא דליכא משום פשיטי דספרא אכתי איכא טעמא דאישתמוטי קא משתמיט למחר יהיבנא לך השתא ליתי גבאי. ואין שום צ"ע בזה. ואם כן א"ש דגם בכ"י הלוה עצמו איכא דינא דאישתבע לי דלא פרעתיך הגם דליכא בזה טעמא דפשיטי דספרא מ"מ איכא טעמא דאישתמוטי קא משתמיט. וכן מבואר להדיא ברמב"ם (פי"ב מה' שכירות הי"ב) דגם בשטר פקדון אם טעין אישתבע לי צריך לישבע יעי"ש בראב"ד ונו"כ שם אך בתשובת מהר"ם בר ברוך (ס' ס') לא משמע כן. אבל העיקר כתוס' ורמב"ם ושאר פוסקים דגם בפקדון איתא להאי דינא דאישתבע לי ומטעמא דאישתמוטי קא משתמיט וה"ה לכת"י: ונ"ל ראיה לזה דגם אי לא שייך אפשיטי דספרא זייר מ"מ איכא טעמא דאישתמוטי קמשתמיט מהא דב"ב (דף קס"ט) דאין כותבין שטר ללוקח שאמר אבד שטרא ולא מהני מה שיכתבו שובר למוכר דדילמא יטרוף מלקוחות וטרם שישאלו המוכר ופריך א"ה שטר הלואה נמי התם דזוזי מסיק אמרי פייסי' בע"ח בזוזי הכא דארעא מסיק מידע ידעי דמאן דמסיק ארעא בזוזי לא מפייס. ולכאורה יש לעיין דלמה טעמא דמאן דמסיק ארעא בזוזי לא מפייס דהא י"ל דבמלוה יחשבו הלוקחים דפרע הלוה ואי משום דשטרא בידי' מאי בעי אפשיטי דספרא עיכב משא"כ בלוקח אין לומר אפשיטי דספרא דהא הלוקח נותן וא"כ שטרא בידי' מאי בעי ולכך לא ילכו לשאול אח המוכר א"ו דגם בלוקח איכא טעמא דאישתמוטי אשתמיט ולכן קאמר משום דבזוזי לא מפייס ואחי שפיר ונכון:

הרשב"א הוכיח דאינו יכול לטעון פרעתי על כת"י מהא דאמרינן בשטר פקדון דאינו נאמן לטעון החזרתי אלא במגו דנאנסו אע"ג דאינו גובה ממשעבדי. והקשה הש"ך על זה דהתם גופי' להכי אינו גובה ממשעבדי אלא משום שיכול לטעון החזרתי במגו דנאנסו אבל אי לאי מגו היה גובה נמי ממשעבדי. ונראה דהרשב"א לטעמי' אזיל שכתב בשבועות (דף ל"ז) וז"ל ופקדון נמי אינו גובה מן המשועבדין כדאמרינן בפ' המוכר את הבית שטר היוצא על היתומים נשבע וגובה מחצה שהנפקד יכול לומר נאנסי ואי נמי

החזרתי מגו דאי בעי אמר נאנסו כדאיתא לעיל עכ"ל. הרי מבואר דגם בטענת נאנסו לחודא בלא החזרתי נמי אינו גובה ממשועבדים. ומזה ראיה גם כן למש"כ הש"ך (סי' ק"ח) דליתמי טענינן נאנסו דכיון דס"ל לרשב"א דטענינן ללקוחות נאנסו ה"ה ליתמי דבכל מקום דמיין להדדי. אבל דעת התוס' בפ"ק דב"מ ועוד דוכתי דללקוחות לא טענינן מילתא דלא שכיחא כמו ביתמי דס"ל דלא טענינן נאנסו. אלא שק"ל מהא שכתב הרשב"א בפ"ק דגיטין (דף ט') דלא טענינן ללקוחות מזוייף דמילתא דלא שכיחא הוא וקשה מאי שנא מנאנסו דס"ל לרשב"א דטענינן ללקוחות. ויש לומר דס"ל דמזוייף הוא מילתא דלא שכיחא כלל לכך אין טוענין ללקוחות:

בהג"ה אפילו כתב לו ח"ו תעיד עלי כמאה עדים אפילו הכי לא הוי אלא כשאר כת"י. ובמהר"י ברונא (סי' קנ"ט) כתב דאם כתב וח"י יעיד עלי כמלוה בשטר נהי דלא גבי ממשעבדי אבל אינו נאמן לומר פרעתי דהוי כנאמנות:

האו"ת ואחריו הנתיבות כתבו דבוועקסיל לא מהימן לומר פרעתי ע"ש. והיינו דוקא במקויים או יכול לקיימו. ואף שאין בו נאמנות, אכן בשאר כת"י שאין בו נאמנות אף שהוא מקויים נאמן לומר פרעתי דלא חשיב שטרא ועל כן לא שייך בזה שטרך בידי מאי בעי דמשום דלא חשיב שטרא הניחו בידו אבל וועקסיל ודאי לא היה מניחו בידו אי פרעו. והנה בנתיבות כתב ראיה לזה ממה שדנין בוועקסיל דין בורח כמו עפ"י שטר ואי משום נאמנות דאית בי' הא לגבי בע"ח מאוחר לא מהני נאמנות ויצא לידון בדבר החדש דבשאר כת"י שלא נכתב כדין וועקסיל לא מהני הנאמנות נגד ב"ח מאוחר. ועפ"ז הוכיח דמדנין בוועקסיל דין בורח אף דלא מהני הנאמנות נגד ב"ח מאוחר ש"מ דדין שטר יש לו. והוא תמוה דהא גם בשלא נכתב כדין וועקסל כיון דיש בו נאמנות דין שטר גמור יש לו ולא מטעם נאמנות אתינן עלה אלא כיון שיש בו נאמנות שטר כזה לא היה מניחו בידו ולכך גובין מיתמי בכת"י שיש בו נאמנות אף דלא מהני נאמנות נגד יתמי וכמו שכתב הט"ז בסימן זה והסכים עמו הנתיבות עצמו ולא עדיף ב"ח מאוחר מיתמי ואם כן גם מה שהביא ראיה לוועקסל אין ראיה לפי זה דמטעם נאמנות הוא דדנין דין בורח. נתבאר מזה דבכת"י שיש בו נאמנות מהני נגד ב"ח מאוחר כמו דמהני נגד יתמי וזה פשוט:

ועיין בשו"ת בצלאל אשכנזי (סי' ל"ו) שכתב דבכת"י של נכרים לכו"ע אינו נאמן לומר פרעתי דאינו שייך לומר גבי' דאינו חושש להניח השטר ביד המלוה כיון דבדיניהם בין שטר בעדים ובין כת"י שטר גמור הוא ואי פרע בודאי לא היה מניח השטר ביד המלוה:

הח"כ בח"י לבד כתב הש"ך דלא מהני. אמנם הב"ח כתב דעפ"י תקנת המדינה גובין בו. וי"ל אם בא שטר שאינו חלק עם שטר חלק ואין בנכסי הלוה לשלם לשניהם דהשטר שא"ח קודם דזה מדינא משועבד וזה אינו אלא מתקנה וה"ז דומה להא דמבואר בסימן צ"ז דמלוה קודם למזונות דמלוה דאורייתא ומזונות אינו אלא דרבנן ואפשר לומר דתיקנו לכתחלה שיהא שוה לכל שטר או אפשר לומר שעתה הוי כמו סיטומתא דקני' מאחר שנהגו הסוחרים כן. אמנם בסיטומתא גופא יש דעות אי דאורייתא או דרבנן. ועמש"כ בסימן ר"א:

במה שנהגו כל דייני ישראל לדון בח"כ שאינו נאמן לומר פרעתי עיין בתשו' להרמב"ן (סי' ס"ג) דמאחר דד"מ דאינו נאמן לומר פרעתי לא היה מניח שטר כזה והובא באחרונים כן. ול"נ להוסיף עוד טעם לפמש"כ הב"י (סי' נ"א) לתרץ תמי' הה"מ (פי"ד מה' מלוה) מאי שנא דעד אחד בשטר אינו נאמן לומר פרעתי ובכ"י נאמן לומר פרעתי כיון דבכת"י נאמן לומר פרעתי משום דלא גבי אלא מבני חורין לא חשש להניחו בידו דהא אי בעי מזבין לכולהו נכסי ה"נ בשטר בעד אחד כן דאינו גובה ממשעבדי ולא חשש להניחו ותירץ דכ"י כיון שאין שם עד חתום בו לא משמע לאינשי דלהוי שטרא להתחייב בו אלא של זכרון דברים בעלמא פן ישכח אחד מהן סך המעות הוא שכותבין כן הלכך לא חשש להניחו בידו אבל שטר שחתום עליו עד אחד כיון שרואה שמחתמין עליו מן השוק סובר שדין שטר יש לו ולפיכך כשפורע אינו מניחו בידו הלכך יכול למימר לי' שטרך בידי מאי בעי. וה"נ בח"כ לא מבעיא אם מהדר שיהא על נייר נימוסי הרי דלאו לזכרון דעלמא נקיט אלא לשם שטר ואינו מניחו בידו אלא אפילו אם נכחב על נייר בעלמא מאחר שלא כתב כת"י בעלמא והקפיד לכתוב כדין ח"כ סובר שדין שטר יש לו ואינו מניחו בידו הלכך יכול למימר שטרך בידי מאי בעי וזה נכון: אמנם בבאים לפנינו בח"י לבד מבואר בב"ח (סי' זה) דכל כת"י שבא בח"י לבד לא מהני עפ"י דת אלא עפ"י תקנה שנהגו שיש לו כח שטר בנאמנות ואינו נאמן לומר פרעתי (ולא פשטה התקנה בהרבה מקומות כי באורים לא הביא להך תקנה) אמנם בת"כ דאין דרך לכתוב נאמנות ובד"מ אם הובא ח"י לבד אין לו כח שטר כלל וכלל מ"מ י"ל דא"י לומר פרעתי משום דאין דרך להניח שטר כזה דשמא ימלא החלק וא"כ אינו נאמן לומר פרעתי ככל שטר בלא נאמנות אבל אם טען השבע לי צריך שבועה. ועוד מבואר בב"ח שם דזה הוי כשטר שנכתב לכל המוציא בח"י לבד דא"צ כתיבה ומסירה וא"צ ראיה ונאמן לומר שקנה בלא עדים וכל פרטים המבוארים לקמן (סי' נ') בכתב לכל המוציא שייך ג"כ בח"י לבד. ומה שכתב התומים דא"א לומר דבת"כ אינו נאמן לומר פרעתי משום דד"מ

דא"כ בטלת כל דיני תורה היה אפ"ל דבתחלה כשחתם עצמו עליו ת"כ התחייב עצמו שיהיה תוקפו כבדד"מ. שוב מצאתי שהתומים בעצמו כתב (סי' כ"ו) בח"כ דהמתחייב עצמו שיהיה לו כל תוקף חק ודד"מ ל"א לענין דמותר בערכאות בלי רשות ולכן ס"ל דה"ה הכא ל"מ ולכן כתב טעם אחר. ובנב"י קמא (סי' יו"ד) בתשובת בן המחבר כתב שם בח"כ דכיון שכתב כתיקון המדינה אמרינן שהלוה שיעבד נפשו והוי כאלו נכתב בו נאמנות וכמוש"כ הב"ח בממרני. ואמנם בכל ב"ד נוהגין להשביע באישתבע לי דלא פרעתיך א"כ סוברים דלא הוי כנאמנות. וכן מבואר בח"ס (סי' קכ"ח) דלענין ליפרע מנכסי יתומים ג"כ צריך שבועה דלא עדיף משטר חתום בעדים. וא"כ ה"ה לשבועת אישתבע לי. ומאחר דלא נהוג לכתוב בו נאמנות א"כ כשנתן החתימה לבד לא אישתעבד הלוה מתחלה ע"ז וע"כ צריך שבועה גם כן:

הט"ז בסימן זה כתב דבהתנה שלא יהא מהימן בעיסקא שהיה הפסד אם לא יברר בעדים דמהימן במגו ובהג"ה שם כתב דלא מהימן במגו שלא היה תנאי ותמוה דמ"ש מהא דמבואר לקמן (סי' ע') באומר אל תפרעני אלא בעדים דלא מהימן לומר פרעתי בלא עדים וכתב שם הש"ך בשם ה"ה והב"י דאם אין עדים שהתנה כן דאיכא מגו שלא היה תנאי מהימן וא"כ מה לי תנאי דפרעון או תנאי דהפסד בלא עדים. וראיתי בנתיבות שהקשה דמ"ש מנאמנות דאם יש לו מגו בעיקר התנאי דנאמנות דמהני (בסימן ע"א) והנה אנן נוהגין דלא מהימן בלי עדים אפילו ביש לו מגו וצ"ל כמוש"כ הנה"מ דכך היה התקנה אבל בעלמא מהני מגו בתנאי גם כן:

סעיף ג':

כת"י שהחתים עדים לא לקיים החתימה אלא לקיים הענין א"נ לומר פרעתי. וכתב הסמ"ע דכל שיש עדים על הענין אינו מניח שטר כזה ביד המלוה אחר שפרעו. ויש להסביר עפמש"כ הב"י לעיל (סי' נ"א) לחלק בין כת"י לע"א דבכת"י י"ל דנקיט לזכ"ד בעלמא משא"כ בהביא עד אחד וחותם סובר שדין שטר יש לו וא"כ ה"נ מאחר שחותם שני העדים לקיים הענין א"כ סובר שתורת שטר יש לו:

סעיף ה':

ודלא כיש חולקין ואומרים דיורשי הלוה צריכין לישבע (טור בשם התרומות). וזהו גם שיטת רשב"ם פ' המוכר את הבית וכתב דבאידך מחצה נשבעים שלא פקדנו ופסקי מהרא"י (סי' רמ"ח). ועיין בה"ג שכתב דכמה רבוותא חולקין על זה וס"ל דבנשבעין ונפטרין ליכא בזה שבועה דשלא פקדנו. ועיין תשובת מיימוני לס' משפטים (סי' ה') ומרדכי פ' הנזקין (סי' שצ"ג) ובמרדכי בפ"ג דב"ב (סי' תקמ"ח) ולקמן (סי' ע"ה סט"ז וסי'

ק"ח ס"ד) וכן עיקר ובתשובת רדב"ז ח"ה (שאלה ש"נ) כתב דבאומר מנה לאביך בידי אין היורש חייב לישבע שבועה שלא פקדנו כיון דשבועת היסת אינו אלא תקנתא ושבועה דשלא פקדנו גם כן תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ולפ"ז בהיה חייב אביהם שבועה דאורייתא היו חייבין שבועה דשלא פקדנו אף לפטור. והא דמבואר לקמן (סי' ע"ה סט"ז) דבאומרים היורשים נ' ידענא ונ' לא ידענא דפטורין היינו משום דהם אין חייבין שבועה דבין שניהם ולא בין היורשים ואביהם אולי לא היה מודה משא"כ כשעמד אביהם בב"ד ונתחייב שבועה דנהי דאין אדם מוריש שבועה אבל מ"מ נשבעין שלא פקדנו לפטור. ובהכי א"ש הא שכתב רדב"ז בח"ה (שאלה שי"ט) דנשבעין לפטור. וכ"כ בח"ג (סי' תצ"ט) ע"ש שכתב דהיכא דהם גדולים וידעי במילי דאבוהון צריכין שבועה שלא פקדנו וסותר א"ע במש"כ ח"א (סי' תנ"ה) דצריכין שבועה בכל ענין ע"ש:

ולפ"ז הא שכתוב לקמן (סעיף ו') בתובע עפ"י פסק שאביהם נתחייב שבועה דפטורין משבועה להרדב"ז ח"ג (סי' ש"ג) אינו אלא בשבועת היסת ולא בשבועה דאורייתא וכנתיבות שכתב דבשבועה דאורייתא חייבין ע"ש בזה: ובכנה"ג בהגהות ב"י א"ו מ"א הביא דררב"ז בח"א (סי' ט') וח"ב (סי' קט"ז) כתב דנשבעין שבועת היורשים ליפטר ותמה על שלא הביא החולקים בזה ומסיים וסבור הייתי לחלק בין כשהמלוה אינו טוען שישבע לו היורש לכשטוען ישבע לי היורש שלא ידע שלוה ממני או שלא הודה ע"ש בזה: סעיף ו':

הוציא שאביהם נתחייב שבועה פטורין. וכתב הסמ"ע משום דאלו היה אביהם חי היה נשבע ומשמע מסוף דבריו שם דזהו בשבועת היסת. אבל בשבועה דאורייתא ס"ל דהיורשים חייבים לשלם. וכ"כ הנתיבות (סי' ק"ח) ע"ש בזה. ולפ"ז קשה לי מהא דפריך בשבועות (דף מ"א) מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן הא איכא נ"מ בנתחייב שבועה ומת דאי נתחייב שבועה דאורייתא היורשים צריכין לשלם ובשבועה דרבנן פטורים: ונראה ליישב דלכאורה טעמא בעי אמאי בנתחייב שבועה דאורייתא ומת היורשים חייבים לשלם הא יכולים לומר דילמא אילו היה אביהם חי היה משתבע ומיפטר כמו שכתב הסמ"ע בהיסת טעם זה, וע"כ נראה דהחילוק שבין שבועה דאורייתא לדרבנן לענין זה היא לפ"מ דאמרינן בשבועות (דף מ"א) מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן למיחת לנכסים דבשבועה דאורייתא נחתינן לנכסיו ובשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיו וכ"ה להלכה בסימן פ"ז. והנה הנמק"י בפ' איזהו נשך כתב דרבית קצוצה דיוצאה בדיינין אינו אלא שהדיינין כופין על זה כמו על מ"ע דתפילין וסוכה אבל לא נחתינן לנכסים דאי היה נחתינן לנכסים א"כ גם בניו היו חייבין להחזיר

הרבית ובאמת הם פטורים דלדידי' אזהר לבניו לא אזהר וכיון דאין חייבין להחזיר ש"מ דליכא שעבוד נכסי אלא חיוב על גופו וכיון שמת פקע חיובו והיורשים פטורים ע"ש. ומעתה בשבועה דאורייתא דנחתינן לנכסים אם מת נשאר השעבוד על הנכסים דהרי היה צריך לשלם או לישבע. וכיון דלא נשבע נתחייב ממון מחיים ונשאר החיוב על הנכסים לכן היורשים חייבים לשלם משא"כ בשבועה דרבנן דלא נחתינן לנכסים ה"ז דומה לרבית קצוצה דכיון שמת אין היורשים חייבים להחזיר וה"נ אין צריכין לשלם. ומעתה א"ש הא דלא קמשני דאיכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן לענין יורשים דחילוק זה שבין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן הוא פ"מ דמשני דבשבועה דאורייתא נחתינן לנכסים ובשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסי' אבל לפי הס"ד דאין חילוק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן לענין מיחת לנכסי' אין חילוק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן גם בנתחייב שבועה ומת ולפ"מ דמשני שפיר כתבתי לבאר החילוק שבין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן בזה. ולפמש"כ לקמן (סי' ע"ה) דהשאלה מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן באיכא שבועה ולא בליכא שבועה בלא"ה ניחא גם כאן:

ובנתיבות (סי' ק"ח סק"ג) כתב דכן ס"ל לתוס' לחלק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן והטעם דבשבועה דאורייתא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכיון דמת ואי"ל משלם משא"כ בשבועה דרבנן דל"א מתוך כך פטורין היורשים. ולע"ד נראה החילוק כמוש"כ בזה:

ושוב מצאתי דדבר זה שחקרו האחרונים בנתחייב שבועה דאורייתא אי היורשים פטורים מבואר בתה"ד בפסקים וכתבים (שאלה קל"ו) וז"ל אלא אפילו הודה בפני ב"ד וחייבוהו ב"ד שבועה יורשים נשבעים שבועת יורשים ונפטרים דמאי הו"ל למוריש למעבד דאונס הוא דעכבו דלא מצי לאשתבועי וכתבו התוס' ריש פ' הפרה דכל היכא דלא מצי למעבד ל"א מתוך שאיל"מ ויורשים נמי מהי"ט פטורים מה"ת כדתני ר' אמי שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ע"כ הרי להדיא דגם בשבועה דאורייתא כן. ועיין תוס' ב"מ (דף ה') דלכך ל"א מחוי"ש ואיל"מ בחשוד דמרצונו היה נשבע וה"נ במת דאנוס הוא ופטורין. וכן מבואר ברדב"ז (שאלה ש"א שי"ט) על ראובן שנתחייב שבועת התורה בב"ד ולא הספיק לשבע עד שמת אי אמרינן בהאי אין אדם מוריש שבועה לבניו. תשובה לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא להוציא מאחרים אבל להעמיד נשבעין שלא פקדנו שהרי לא הוריש להן שבועה אלא ממון דמן התורה פטורים שנאמר שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ורבנן תקנו שנשבעין היורשים שבועה

שלא פקדנו אבא וכו' ונפטרין ולא שייך הכא מתוך שאיל"מ דכל שאינו יכול לישבע מחמת אונס שבא עליו לא אמרינן מתוך שאיל"מ ופשוט הוא ע"כ. הרי להדיא דגם בשבועת התורה פטורין היורשים בשבועה שלא פקדנו ויש להורות כן. ובמרדכי פ"ג דב"ב (סי' תקמ"ז) כתב וז"ל והיכא דנתחייב אביהם שבועה בחייו ולא הספיק לישבע עד שמת ולאחר פטירתו תובע את היתומים פטורים כמו כן דלא תיקנו שבועה על היתומים לרעתם ע"כ:

סימן ע

סעיף א':

אסור להלוות בלא עדים ואפילו לת"ח. כתב הסמ"ע (סק"ב) אף דמסתמא הת"ח לא יכפרנו מדעתו ולית בי' משום ולפני עור לא תתן מכשול מ"מ יש לחוש שמא אח"כ ישכחנו וישבע ויגרום קללה לעצמן. וכ"כ להדיא בפרישה מלשון רש"י דעולה על רוחו של לוה לכפור דבת"ח ליכא לפני עור כיון דאין החשש אלא משום שמא ישכח לאחר זה. וכ"כ הב"ח להדיא כן. ואין הכונה דהיכא דהלכה נעלם מחברו והלה מכשילו ליכא לפני עור דגם אם הלה שוגג בדבר איכא לפני עור דזה עיקר הוראתו שאין להכשיל את חבירו במה שהוא עור בדבר מן הדברים אלא דהכונה הוא כמוש"כ הב"ח באו"ח (סי' קס"ט) דאם אין עושה עתה איסור ליכא לפני עור והב"ח לטעמי' אזיל לכן שפיר ליכא בת"ח לפני עור כיון דאינו חשוד לכפור בעת הלואה אלא לאח"ז וליכא ל"ע כצל בזה. וכ"ז הוא דלא כמוש"כ באורים והעתיקו הנתיבות דבשמא ישכח איכא ל"ע ולהנ"ל זה אינו ועמש"כ בסימן (נ"ז) בזה: נראה דאיסור זה אינו אלא מדרבנן מדאמרינן בס"פ איזהו נשך אמרו לי' רבנן לרב אשי קא מקיים רבינא כל מילי דאמור רבנן. ואפילו לפמש"כ לקמן (סי' ר"ז) דלשון אמרו רבנן מבואר בכ"ד גם על דאורייתא מ"מ מלשון קא מקיים כל מילי דאמור רבנן והוא לרבותא מורה בהדיא דאינו אלא מדרבנן. וזה פשוט ואין להאריך בזה. ושוב מצאתי בריטב"א מגילה (דף כ"ח) שכתב כן ע"ש בזה:

בפ"ח ס"פ איזהו נשך כתב על מה שאין העולם נזהרין בזה ליישב מנהגם משום דאיתא שם (דף ע"ה) אר"י אמר רב כל מי שיש לו מעות ומלוה אותן שלא בעדים עובר משום ולפני עור לא תתן מכשול וריש לקיש אמר גורם קללה לעצמו ומדאמר גורם ולא אף גורם ש"מ דלא ס"ל לר"ל טעמא דלפני עור דלא אסרה תורה אלא העור באותה שעה שנותן לפניו המכשול כפשטי' דקרא. וכן רבינא דלא רצה להלוות לרב אשי בלא עדים א"ל דגורם קללה לעצמו ולפני עור לא אמר ש"מ דהכי הלכתא. ואם כן מאן דבעי למיקם בגורם קללה לא הוי עובר על דברי חכמים. וכ"ה בכנה"ג. וכבר כתב מהר"ם שיף שם

דזהו שגגה דלפני עור לא שייך רק אם יכפור ובחזקת זה לא היה רב אשי רק שמא ישכח ויגרום קללה לעצמו ע"ש. ואני מוסיף עוד דנהי דמש"כ דלפני עור לא שייך אלא באותה שעה שנותן לפניו המכשול מצינו כזה שכתב הב"ח באו"ח (סי' קס"ט) דאסור ליתן לאכול למי שאינו נוטל ידים דתיכף בשעה שנותן לאכול עובר משום לפני עור. אבל, אם אינו מברך ברכת המזון דבשעה שנותנו אינו עובר ואם אח"כ לא יברך מה עליו לעשות מ"מ כאן לא שייך זה. ואדרבא בסברת הב"ח הנ"ל מדוייק היטב לשון רש"י שם שכתב וז"ל עובר משום לפני עור שעולה על רוחו של לוה לכפור עכ"ל. דמה בעי בזה והול"ל שיכפור אבל לדעת הב"ח ניחא שתיכף עולה על רוחו של לוה לכפור ואם כן האיסור בעת מעשה ואם כן לא היה רב אשי בחזקת זה משא"כ שאר אינשי ולכן אין שום היתר בזה להלוות שלא בעדים אם לא שהוא מהימן בעיניו כדמצינו ביומא (דף יוד) מאן דמשתעי בהדי ר"ל בשוקא יהבי לי' עיסקא בלא סהדי דאז אם יאבה ליכנס בגורם קללה לעצמו יוכל להלוות שלא בעדים או להפקיד:

וי"ח וש"ך כתב דהעיקר כסברא ראשונה וכ"כ רשב"א פ"ק דגיטין בההוא עובדא דגינאי דלכך לא מהימן במגו דפרעתי משום דהוה עדי קנין ולטעמי' אזיל שכן כתב בתשובה הובא לעיל (סי' ל"ט ס"ג) ע"ש:

סעיף ב':

אל תפרעני אלא בעדים. כתבו הסמ"ע והש"ך דמיירי דאמר לי' כן בפני עדים דאם לא כן הוא נאמן במגו דלא התנה כן. והכנה"ג חולק על זה דאם איתא כדבריהם לא הוו הפוסקים שתקו מלחלק בהכי. א"ו כיון דאנן סהדי דלא פרע אלא בעדים כיון שהתנה כן הוי כמגו במקום עדים. אכן סמ"ע וש"ך לטעמייהו לקמן (סי' ע"א) דהיכא דיש לו מגו בעיקר האנן סהדי אז מהני מגו:

ועוי"ל דלכך לא הוי כמגו במקום עדים לפי מה שכתב רשב"ם בב"ב (דף ע) דהא דמפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו ולא מצי מפקיד למיטען שטרך בידי מאי בעי ולמה לי לשקר במקום עדים לא דמי דנפקד נמי לא חייש לשטרא משום דהוי מצי למפטר נפשי בטענת אונס. אלמא היכא דסמיך עצמו אמגו לא דמי למה לי לשקר במקום עדים. ואם כן הכא נמי באל תפרעני אלא בעדים נהי דהוי כאן סהדי והיינו מאחר דהתרה בו שלא יועיל הפרעון בלא עדים מהיכא תיתי יפרע לו בלא עדים וע"כ לא מהני לי' מגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם דהוי מגו במקום עדים. וכל זה בדאיכא עדים על התנאי דאו גריע טענתו משא"כ בליכא עדים על התנאי לא גרע טענתי' מה דפרע בלא עדים דיש לומר דסמך עצמו אמגו דלא התנה וא"ש:

סעיף ו':
וה"ה לכל שטר שלא ניתן לכתוב. עיין תומים שהקשה הא מוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי דאית לי' קלא וא"כ מה בכך דהשטר לא ניתן לכתוב בלא שטר גבה ממשעבדי כמו מוכר שדהו בעדים. וי"ל בפשיטות דהרי הרמ"א כתב לעיין לעיל (ס"א ס"ב) והרי שם כתב הרמ"א להדיא וכן שטר שלא ניתן ליכתב אין דנין עפ"י אותו שטר דהוי מפי כתבם. אם כן לא דמי למוכר שדהו בעדים שהעדים מעידים לפנינו משא"כ הכא. ועיין לקמן (סי' קט"ז) מש"כ בזה:

סימן עא

סעיף טו:
ונ"ל דוקא שאמר כן בשעת הלואה משא"כ שלא בשעת הלואה מבואר בס"ב דבעי קנין. וכתב בתומים דגם כותב בשטר מהני וכמו כן גבי שומר חנם דמשני כשקנו מידו לאו דוקא אלא ה"ה כותב כו' וכ"מ מריב"ש (סי' תצ"ד) דכתיבה הוי כקנין עכ"ל. והנה בש"ח דעת הר"ן להדיא בכתובות פ' הנושא (דף ק"ב) דבאומר לפני עדים או כותב מהני אבל הש"ך (סי' מ וסי' קכ"ט וס' ש"א) כתב להדיא דע"כ לא מהני חייב את עצמו אלא בחיוב ודאי אבל היכא דהחיוב על הספק אם יהי' כך לא מהני דזה דמי לערב שכתב הר"ן ז"ל שם דלא מהני כיון דהוי אסמכתא ודייק כן מדברי הרמב"ם שכתב בלי תנאי ע"ש ועיין לקמן (סי' קכ"ט ס"ד) מחלוקת רמב"ן וראשונים דשטר מהני בערב משא"כ להרמב"ם לא מהני. ומעתה בש"ח דדמי לערב תליא במחלוקת וה"נ בנאמנות דהחיוב אינו ודאי ויש שכתבו בזה דדמי לאסמכתא לכן לרמב"ם לא מהני ויכול הלוה לומר קים לי. ומהשתא אין מתוס' וריב"ש ראיה לזה דתוס' לטעמייהו בכתובות שם דס"ל דשטר מהני בערב וזה דעת ריב"ש גם כן משא"כ לרמב"ם בודאי יכול לומר קים לי ובעינן קנין בזה: סעיף ב:
האמין המלוה ללוה. עש"ך (ס"ק מ"ה) דלכן הלוה צריך שבועה משום דנאמנות יוצא מתח"י המלוה לכן אמרינן דלא הימני' אלא לבטולי שטרא ולא לפוטרו גם מהיסת ולפ"ז. אם המלוה כתב נאמנות ללוה ויוצא מתח"י הלוה פטור משבועה גם כן. ועמש"כ לעיל (סי' מ"ב) בזה:
סעיף כא:
ולא מהלקוחות. כתב הש"ך אין להקשות מכאן למה שכתבתי לקמן (סי' ק"ו) דאפשר דבשטר שאינו מקויים טורף ממשעבדי אעפ"י שאינו חשוב שטר אלא עפ"י הלוה דשאני הכא כיון דנתן ללוה נאמנות איתרע לי' וה"ל כנפל ע"כ ועיין בהה"מ (פט"ו מהל' מלוה ולוה הלכה ו') שכתב להדיא דלא עדיף שטר זה משטר שנפל דלא מהני

הודאתו. ועמש"כ לקמן (סי' ע"ט) דהש"ך בעצמו (בסימן ע"ט ס"ק ל) אינו מחלק בין נפל וגם בסימן ק"ו כתב במודה בשטר שכתבו אינו גובה ממשועבדים אלא דכתב לתרץ הפוסקים דלדידהו גובה ממשעבדי דיתרצו הכי ועש"ך לעיל (ס"ק כ"ז וסי' ל"ט ס"ק כ"ט וסי' ס"ט סק"ו) ומש"ש בזה:

ונשבע היסת. כתב הסמ"ע דהנאמנות פוטרו משבועה דאורייתא אבל לא מטעם דאין נשבעין אשטרות כמש"ל (סס"י ס"ו) ולקמן (סי' פ"ח וצ"ה) כיון דיש ללוה נאמנות ואין המלוה יכול לגבות בו וכתב ש"ך ע"ז ולא ידעתי מה ענין אין נשבעין אשטרות דלעיל (סי' ס"ו) לכאן דהתם תובע השטרות ואין גופן ממון משא"כ הכא ואולי ט"ס הוא. ובאורים מתרץ דברי הסמ"ע וז"ל כתב סמ"ע אין נשבעין על שטרות ליתא דר"ל דשטר הוי שעבוד קרקעות ואין נשבעין ש"ד על שעבוד קרקעות דהא אין גובה מלקוחות ופשוט וזהו כוונתו והש"ך כתב דט"ס הוא וברור הדבר כמוש"כ עכ"ל והוא תמוה דהרי הש"ך כתב מה ענין דסימן ס"ו לכאן דהתם מיירי בשומר וטוען ב' שטרות הפקדתי אצלך דאין נשבעין משום דאין גופן ממון ולא משום דאין נשבעין על שעבוד קרקעות וכמוש"כ בפרישה (סי' צ"ה) ואינו שייך לכאן אלא הא דסימן פ"ח דמבואר שם בתובעו בשטר משום דאין נשבעין על שעבוד קרקעות. וכן הא דסימן צ"ה גם כן אינו שייך לכאן דהתם גם כן מיירי בשומרין כמש"כ הסמ"ע שם אלא דחדא מינייהו נקיט ושפיר כתב הש"ך דט"ס הוא מש"כ סימן ס"ו. אבל נראה דצ"ל בסמ"ע סי' ס"ט דשם סק"ב מבואר בסמ"ע כן וכן בסימן צ"ה סק"ו וצ"ל כמש"כ לעיל סי' ס"ט וסי' פ"ח וסי' צ"ה וקאי אמש"כ בעצמו שם וזה ברור כי בסימן צ"ה כתב גם כן כמש"כ בסי' ס"ט וסי' פ"ה ע"ש:

סעיף כ"ב אפילו תוך הזמן נאמן לומר פרעתי. כ"כ ה"ה דאפילו חייב מודה אינו גובה מלקוחות תוך זמנו ולטעמי' אזיל (בפי"ד מה' מלוה ולוה) דבשטר שנפל לא מהני תוך זמנו ע"ש וכ"ה לעיל (סי' מ"א) דלא כהראב"ד שם בזה:

סימן עב

סעיף א':

דמצוה קעביד. עיין שו"ע או"ח (סי' יו"ד) דבטלית ותפילין מותר ליטול שלא מדעת חבירו משום דניחא לי' לאינש למיעבד מצוה בממונו ויש לחקור אי בחש"ו אמרינן ג"כ סברא דניחא לי' לאינש למיעבד מצוה בממונו או דילמא כיון דלאו בני חיובא נינהו לא אמרינן בהו הך סברא והנה הרמב"ם (פי"א מה' נחלות הלכה י"א) כתב דפוסקים צדקה על חרש ושוטה וכתב הכסף משנה משום דניחא להו למיעבד מצוה בממונם אלמא דגם בהו שייך הך סברא דניחא לי' למיעבד מצוה בממונו. אבל בקטנים י"ל דלא שייך

זה ולהדיא כתב החכ"ץ (שאלה ל"ג) במעשר בהמה דכיון דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו ל"א ניחא להו למיעבד מצוה בממונם. וגם גבי חו"ש יש לומר משום דניחא לי' לאדם למיעבד צדקה כמבואר בכס"מ שם אבל לא לענין אחר וכן עיקר:

סעיף ב':

כתב הש"ך (סק"ט) דמשכן שלא ברשות ב"ד הוי גזלן וחייב באונסין אפילו יותר מכדי חובו ובסקצ"ה כתב דפטור ביותר מכדי חובו. ויסודו מהא שכתב הה"מ (פ"ג מה' מלוה) דלכך כתב הרמב"ם באבד המשכון או נשרף לוקה ול"א כיון דאיתא בתשלומין אינו לוקה משום דאינו לא גנב ולא גזלן ולא אסור משום הפקעת ממון חבירו לכן לא ניתן לתשלומין אלא ניתן לעשה ואם לא קיים לוקה ומדכתב דאינו גזלן ש"מ דפטור מאונסין אלא דהפסיד נגד חובו בלבד. אמנם הרמב"ם כתב להדיא בספ"ג דגזילה החוטף משכון שלא ברשות ב"ד הוי גזלן וכ"ה בטוש"ע לקמן (סי' שנ"ט) וא"כ איך אפשר לומר דלא הוי גזלן אע"כ דכוונת ה"ה הוא לענין דלא הוי כגזילה כיון דאינו בעין ניתן לתשלומין אבל במשכון אינו כן. ובודאי דמש"כ הרמב"ם דהוי כגזלן הוא לפחות לענין חיוב אחריות כמוש"כ המגדל עוז שם והסכים עמו הש"ך בסי' (שנ"ט סק"ה) ולכן הש"ך לטעמי' שפיר כתב דחייב באחריות אף יותר מכדי חובו גם כן:

הש"ך (סקי"ז) כתב וז"ל דהא פשיטא כיון דלר"י אם הקדישו אינו מוקדש כדמוכח בש"ס התם אינו יכול לקדש בו האשה כדמוכח בפ' האיש מקדש (דף נ"ב) גבי הא דפריך התם והא אמר ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים כו' דהיכא דאינו יכול להקדיש אינו יכול לקדש בו עכ"ל, ואין זה כללא דהא מלוה על פה דעת הפוסקים דאין יכול להקדיש עיין רמב"ן פ' שור שנגח דו"ה ורש"י פסחים (דף ל"א) ואעפ"כ מבואר בפ"ב דקדושין דבמלוה ע"פ יכול לקדש אי לאו טעמא דלא סמכא דעתא דילמא מחיל ובאהע"ז (סי' כ"ו) מבואר דעכ"פ ספק קדושין הוה וכן לענין משכון כתבו רשב"א וריטב"א בפ"ק דקדושין דלא מצי מלוה להקדיש ואפי"ה יכול לקדש בו א"ו דגזילה שאני דהתם לא יהיב לה מידי כיון דלאו שלו הוא וכמש"כ השעה"מ (פ"ה מה' אישות הלכה כ') יעוי"ש:

לא מפקינן ממונא. עש"ך שכתב דיכול לומר קים לי כהפוסקים דהוי כש"ח וקים לי כהפוסקים דלא הוי כפירש עי' כנה"ג (סי' כ"ה) אי יכול לומר תרי קים לי. והב"ש דעתו באהע"ז (סי' נ"ג סק"י) דאין לומר תרי קים לי אף דדעתו שם דבס"ס מוציאין ממון משום דשם פלוגתא דרבוותא חד הוא ועי' בכנה"ג (סי' כ"ה):

סעיף ה':

אין לקהל ולא לנאמן דין שומר שכר. הנתיבות כתב דגבאי צדקה שנטל משכון לא שייך פרוטה דרב יוסף משום דאין חיוב מוטל על כל אדם להיות גבאי צדקה ע"ש. והוא תמוה לכאורה דהא התוס' בשבועות (דף מ"ב) וראשונים שם כתבו בההוא עובדא דב"ק (דף צ"ג) בההוא ארנקי דצדקה דאתא לפומבדיתא אפקדה רב יוסף גבי ההוא גבאי פשע בה אתא גנבי גנבוה וחייבי' לשלומי דפריך הש"ס ליפטר משום לשמור ולא לחלק לעניים דגם בשומר שכר כן דאיכא פרוטה דרב יוסף הרי להדיא דגם בגבאי צדקה שייך פרוטה דרב יוסף אף דלא רמי' עלי' להיות גבאי צדקה ודוחק לומר דנהי דרב יוסף בעצמו היה פטור בלאו טעמא דלשמור ולא לחלק משום דלא רמי' עלי' אבל כיון שמסר לאחר לשמור והלה התחייב עצמו לשמור גרע ולדידי' הוצרך טעמא דלשמור. ועיין מהרי"ק (שורש ששי) בזה דהיה לו רשות למסור לאחר ואין בזה שומר שמסר לשומר. אכן מטעם אחר נראה לפטור דנהי דבגבאי צדקה שייך פרוטה דר"י אבל בנטל משכון פטור על המשכון של לוה מטעמא אחרינא. והוא מבואר בישועות יש"ש פ' החובל (סי' ע"א) שכתב וז"ל וגבאי המלוה ברוחים על המשכון ונגנב המשכן נלע"ד דממעות צדקה אין לפרוע דהצדקה אינה פושעת וגם הגבאי אינו פורע דש"ח הוא דהא הרבית נופל לצדקה ונשבע הגבאי שלא פשע (עכ"ל) כך הוא בפסקי לקוטים. ופסק זה איתא אפילו לרב יוסף דאמר שומר מצוה כש"ש הוא אבל זה אינו שומר מצוה לבעל המשכון אלא שומר מצוה הוא להקדש עכ"ל. וכן כתב שער אפרים (שאלה קכ"ב) ע"ש וצ"ע סברתו של מהרש"ל בזה דאטו אם ראובן יתן שכר לשמעון שישמור חפץ של לוי מי לא הוי שמעון שומר שכר דאינו שומר ללוי אלא לראובן ונראה דהכא שאני דהשיטות וניעור הוא לצורך הקדש שיהא המעות של הקדש בשלימות אם המשכון לא יתקלקל ולכן אינו שומר לבעל המשכון אלא להקדש וכן עיקר. והוא כמו דמבואר בב"מ (דף מ"ב) ההוא אפוטרופא דיתמי דזבין להו תורא ליתמי ומסרי' לבקרא לא הוו לי' ככי ושיני למיכל ומית ארב"ח היכי נדיינו דייני להאי דינא נימא לי' לאפטרופוס זיל שלים אמר אנא לבקרא מסרתי' נימא כו' הילכך משתבע איהו דלא הוה ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול וכתב רש"י ז"ל ותמי' לי מנין לרב"ח דין זה מה לו לספסירא עם הרועה לא שומר שלו הוא כו' עכ"ל וה"ל הנאמן אין השומר של בעל החפץ אלא של הקדש ותי' רש"י דשם לא שייך הכא. גם מש"כ הנתיבות דלכך בגבאי צדקה לא שייך פרוטה דר"י דלאו עלי' רמי' ויכול לקבל שכר ע"ז זה אינו דגם היכא דאינו מחויב בדבר ויכול לקבל שכר על זה אלא כיון דמצוה קעביד שייך פרוטה דר"י. וראיה לזה מהא שכתב הר"ן בתשובה (סי' כ') דשואל ספר מחבירו אינו חייב באונסין כיון דאין כל הנאה שלו אלא גם המשאיל

נהנה בפרוטה דר"י ע"ש והובא לקמן בפוסקים (סימן זה) והרי בתשובת מיימוני הובא בב"י יו"ד (סי' רכ"א) כתב דאין חיוב לאדם להשאיל ספריו לחברו ולכך אם אחד אסר ספריו על חברו אסור לנאסר ללמוד ממנו כיון דאין חיוב להשאיל ויכול להשכיר ונמצא מהנהו השכר ע"ש ואפלו הכי שייך פרוטה דר"י בזה. אלמא דגם היכא דיכול ליקח שכר ולית בי' משום מה אני בחנם שייך פרוטה דר"י גם כן:

שוב ראיתי דמש"כ מהרש"ל דהגבאי אינו שומר מצוה לבעל המשכון אלא שומר מצוה הוא להקדש קשה מהא שכתב הרשב"א לדון דנאמן הקהל יהא ש"ש בפרוטה דר"י כמובא בש"ך הא הוא ג"כ אינו שומר בעל החפץ אלא קהל אבל האמת יורה דרכו כי מהרש"ל לשיטתי' שכתב בהגוזל בתרא (סי' ד') דמשום שיטוח וניעור ליכא פרוטה, דר"י במלוה על המשכון דלהנאתו קא עביד שלא יתקלקל חובו וא"כ הכא בגבאי צדקה הפרוטה דר"י אינו אלא מה שעוסק בהלואת עניים והשיטות וניעור הוא ג"כ לצורך הקדש שלא יתקלקל החוב וא"כ כל הפרוטה אינו אלא בשביל שעוסק בצרכי הקדש לכן אינו שומר מצוה לבעל המשכון אלא שומר מצוה הוא לבעל הקדש. אבל לפמש"כ הש"ך בס"ק ל"ו להשיג עליו דכבר מבואר בראשונים ז"ל דגם במשכון איכא פרוטה דר"י בשיטוח וניעור דהוי כמו השבת אבידה א"כ גם גבאי צדקה חייב משום פרוטה דר"י דמצוה קעביד בשיטוח וניעור בשביל בעל החפץ והוי שומר דידי' גם כן כנ"ל ברור ועיקר בזה:

סעיף יב:

הוי לי' מחויב שבועה. עש"ך שכתב דאם התובע מודה שהנתבע אינו יודע לא הוי מחוי"ש ואיל"מ ולא שייך גם שבועת היסת שאינו יודע כיון שהתובע מודה שאינו יודע ולמה צריך לישבע על זה וכן מבואר בריב"ש (סי' מ"ב) וכמוש"כ המ"ל (פ"ד מה' נחלות) ע"ש. ובאם אינו יודע שהנתבע אינו יודע דצריך שבועה שאינו יודע אף דהוי טענת ספק צריך לישבע דשמא יודע ובשע"מ (סוס"י צ"ה) כתב דמחלוקת רבוותא בזה:

סעיף יג:

היו עדים שנגנב ושהיה שוה. דעת הש"ך דדוקא ביש עדים בשוויו אבל בדליכא עדים מהימן במגו דלא היה שוה יותר וז"ל ועוד דהא מ"מ יהא נאמן הכא במגו שהיה אומר אני יודע כמה היה שוה ואע"ג דהתוס' פרק השואל (דף צ"ז) כתבו דבכהי"ג אינו מגו דאין עושה עצמו ברצון מסופק כי אז נראה שהתובע אומר אמת שטוען ברי והוא טוען איני יודע וכ"כ הר"ן פ' כל הנשבעין גבי נסכא דר"א מ"מ כיון דיכול לטעון א"י דיכול להיות באמת שא"י אם כן אי הוה טוען ברי שלא היה שוה יותר לא הוי העזה דהלוה

יחשוב שא"י ולכך טוען כן עכ"ל. אין כוונת הש"ך דהיכא דאפשר דאינו יודע אז הוי מנו דאינו יודע וא"כ מה זה דמייתי ר"ן דשבועות הא שם מבואר דמגו דאינו יודע גם היכא דלא היה לו למידע לא חשיב מגו ע"ש אבל כוונת הש"ך גלוי דסובר דגם היכא דלא אמרינן מגו דהעזה היינו בדבר דיש לו למידע אבל באין לו למידע ואפשר שלא ידע לא שייך בזה דאינו רוצה להעיז במה דהלה מכיר בשקרו ונוח לו לטעון מה דאין הלה מכור שקרו כיון דאפשר דאינו יודע לא הוי העזה אבל במגו דאינו יודע לא מיירי כלל ופשיטא דגם היכא דלא היה לו למידע לא מהני אלא דהיכא דלא היה לו למידע אין כאן העזה והמגו דכאן הוא שלא היה שוה אלא כך. ועמש"כ לקמן (סי' פ"ט) בזה. [מש"כ התומים דזהו קושיית הגמ' בשבועות דנהימני' לכל שומרין במגו דלהד"ם וצ"ל כסברת ראשונים משום דל"א מגו לאפטורי משבועה או משום מגו דהעזה לק"מ דהא להדיא כתב הש"ך בסוף דבריו להרא"ש דמגו לאפטורי משבועה אמרינן כתב כן ומגו דהעזה לא שייך כמוש"כ בעצמו כפמש"כ בסימן צ"ג והתם כתב עפמש"כ תוס' בב"ק (דף ק"ז) דדוקא במידי דכפירה אבל שאר טענות מהימן במגו דהעזה גם כן] וק"ל על זה מהא דפריך בשבועות (דף מ"ז) היכי דמי אילימא דאמר לי' מנה לאבא ביד אביך ואמר לי' חמשין אית לי' וחמשין לית לי' מה לי הוא ומה לי אבוהו וכן הוא לקמן (סי' ע"ה) דכשהיורש מודה במקצת חייב שבועה ואמאי חייב שבועה נהימני' במגו דאי בעי כפר הכל ואי משום דאין אדם מעיז ומנו דהעזה לא אמרינן הא היכא דאפשר דאינו יודע לא הוי העזה ויורשין לא ה"ל למידע כמש"כ תוס' בר"פ הפרה דמשום הכי אם אמרו חמשין אני יודעין וחמשין אין אנו יודעין לא אמרינן בהו משויל"מ משום דלא ה"ל למידע וכן בהא דריש פ' הבית והעליה דמוקי בשיש עסק שבועה ביניהם ופנ"י ור"ן בשבועות כתבו דלא הי"ל למידע התם אם כן נהימני' במגו דאי בעי כפר הכל ולא הוי מגו דהעזה כיון דאפשר דאינו יודע דיחשוב הלה שאינו יודע ולכך טוען כן לכן העיקר כהסמ"ע דגם בזה חייב שד"א:

סעיף יז:

בשבועה בנק"ח. בבעה"ת (שער מ"ט ח"ב) כתב והכי כתבו רבוותא דמאן דנקיט משכון כמאן דנקיט שטרא דמי דאי טעין פרעתיך לאו כל כמיני' ואי אמר משתבע לי משבעינן לי' עכ"ד ומבואר מזה דהא דתיקנו שבועה בנוטל על משכון היינו אי מחולקים בעיקר הלואה אבל בפרעון הרי הוא כמו שטר דדוקא אי אמר אישתבע לי:

סעיף יח:

ואם יש עד אחד. דעת הרשב"א בתשובה דנאמן המלוה בשבועה והא דאמרינן פ' חז"ה דאומן אינו נאמן כדי דמיו אלא כמגו היינו משום דאומן אינו קונה משכון שלא בא לידו בתורת משכון אבל בע"ח קונה משכון מדר' יצחק והוי מוחזק:

ונ"ל דהרשב"א ושו"ע לטעמייהו אזלו דהנה לעיל (סי' י"ב) הבאתי מחלוקת הפוסקים במשכון ביד המלוה ומחל החוב ללוה אי מהני המחילה דדעת המרדכי פ"ק דסנהדרין בשם מהר"ם דמהני דאעפ"י שבע"ת קונה משכון מ"מ מהני מחילת החוב מהא דאמרינן בפ"ק דקדושין גבי ע"ע קונה א"ע בשטר ולימא באפי תרי זיל ש"מ ע"ע גופו קנוי ומשמע דאי לאו דגופו קנוי אע"ג דה"ל משכון מהני מחילה אמנם הריטב"א והר"ן בפ' השולח כתבו לאחר שהעלו דבע"ח קונה משכון אף בשעת הלואה דמהא שמעינן דהמוחל ללוה שיש עליו משכון לא מהני מחילה דמחילה לא מהני בדבר שגופו קנוי כדאמרינן בפ"ק דקדושין גבי ע"ע דבעינן שטרא משום דגופו קנוי. הנה מבואר דשורש מחלוקתן הוא אם קנין משכון שיש למלוה הוא קנין הגוף או אינו קנוי לו אלא לשיעבודא בעלמא אבל לא קנין הגוף ועומד בחזקת הלוה. ולכן הסוברים דמחילה מהני במשכון הוא משום דסבירא להו דאין למלוה במשכון אנא שיעבוד בעלמא ע"כ מהני מחילה. אבל הסוברים דלא מהני מחילה הוא משום דסבירא להו דיש לו למלוה קנין הגוף במשכון ובמידי דקנין הגוף לא מהני מחילה והנה הרשב"א בגיטין פ' השולח וכן בפ"ק דקדושין דעתו דלא מהני מחילה במשכון והוא משום דהמשכון קנוי קנין הגוף למלוה וע"כ לשיטתי' שפיר כתב המלוה על המשכון נאמן בלא מגו דהוי מוחזק דקנוי לו קנין הגוף וע"כ הוי מוחזק. והמחבר לטעמי' שכתב לקמן (סי' רמ"א) דבמשכון מהני מחילה ואם כן סבירא לי' דאינו קנוי למלוה אלא לשיעבוד בעלמא ועיקרו של משכון הוא ברשות הלוה וע"כ פסק דאין המלוה נאמן בלא מגו משום דלא הוי מוחזק דעיקרו של משכון הוא ברשות הלוה ואינו קנוי למלוה אלא לשיעבוד בעלמא וא"ש. והא דמבואר לעיל (סי"ב) דהלוה נאמן דאינו אלא לשיעבוד בעלמא והוא מתשובת הרשב"א י"ל כמוש"כ הש"ך לקמן סק"ט דהרשב"א חזר בו או דבטענת ספק ל"ה כמוחזק ע"ש בזה. ובהא דס"ל לרשב"א דקנה קנין הגוף משום דקנה מדר"י והוי מוחזק וכן ס"ל לר"ן לטעמי' אזלי דס"ל דגם בשעת הלואתו קנה וכמוש"כ הש"ך לקמן (ס"ק קי"ח) דעת הר"ן ובסק"ט דעת הרשב"א ולכן כתב סתמא ולא חילק בין אם הי' בשעת הלואה או שלא בשעת הלואה בזה:

ש"ך (סקנ"א) כתב בד"ה ונראה דמהר"ן אין הכרת אי סבר כרמב"ם או כראב"ד בלא ה"ל למידע מ"מ כיון שכתב שהרמב"ן מיישב דברי הרמב"ם משמע דלגמרי ס"ל כוותי' והוא להדיא מבואר בחי' הר"ן פ' הבית והעלי' שכ' דמהא שמעינן דאפילו בשמא דלא ריעא

כי האי דלא הו"ל למידע ל"א מחוי"ש ואיל"מ וזהו שכ' הש"ך בשם הרנב"ח לקמן. ועוד מבואר להדיא מהר"ן פ' כל הנשבעין (דף מ"ו) שהביא ראיה מהך דהבית והעליה דמגו דא"י לאו מגו דאמאי אמרינן שם דמורה במקצת אבנים ועל השאר א"י מתוך שאי"ל משלם הא יש לו מגו דאינו יודע על הכל דאין חברו מכיר ויודע בו אם מכיר אבנים שלימות או שבורות ע"ש הרי להדיא דמפרש באינו טוען ברי שמכיר כמו שכ' תוס' ואפי"ה איל"מ א"כ ס"ל להר"ן להדיא כרמב"ם דגם בלא היה לו למידע מחוי"ש ואיל"מ:

סעיף כ"א ובהמה שאינה מסורה לרועה אלא מעצמה הולכת ורועה אינו נאמן לומר לקוח הוא בידי או משכון הוא בירי. וכתב הש"ך בס"ק ק"ה נראה דהיינו דאיכא עדי ראה דדין אלו כדברים העשוים להשאיל ולהשכיר. אבל היכא דליכא עדי ראה כיון דנאמן לטעון החזרתי או להד"ם נאמן גם כן לטעון לקוח או משכון הוא בידי במגו דלהד"ם עכ"ל. וכן הוא להדיא ברשב"ם ב"ב (דף קכ"ח) בד"ה אתה נתתו לי ובת"ח שם ע"ש. וכן הוא ברשב"ם בבא בתרא (דף מ"ה) ד"ה ראה עבדו ביד אומן שמלמדו אומנות והך ראה בעדים הוא שאינו יכול לטעון לא ראית וכגון שהחזיק בו ג' שנים דאי בפחות מג' שנים ל"ל דנקט אומן דמשמע אבל באדם אחר הויא חזקתו חזקה ואמר ר"ל הגודרות אין להם חזקה ואוקמינן אין להו חזקה לאלתר אבל יש להן חזקה לאחר ג' שנים ע"כ ואי נימא דבגודרות לא בעינן עדי ראה א"כ אומן דוקא נקט א"ו דבעינן ראה גם בגודרות:

סעיף כ"ו משכון שנפחתו דמיו ביד המלוה. בסמ"ע ובש"ך מבואר במשכון שנפחת משום ריקבון וכיוצא בזה והמלוה טוען א"י ודילמא זה הקלקול היה אצלך מקודם דהמלוה נשבע שא"י ונפטר. והא דלא אמרינן בזה כל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה הוא כמוש"כ תוס' בחולין (דף נ"א) ונדה (דף נ"ח) דלא אמרינן בשואל כל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה דכיון דאינו אלא בשאלה לא מקרי אינו ברשותו וה"נ במשכון. וכיוצא בזה אמרינן בפ"ד דב"ק (דף מ') רב פפא אמר מדסיפא רשות משנה רישא נמי רשות משנה ורישא היינו טעמא משום דכ"מ שהולך שם בעליו עמו וכמה שפרש"י שם דלכך לא הוי שינוי רשות בשואל וע"כ לא שייך בי' כל שנולד ספק ברשותי. וע"כ שפיר כתבו הפוסקים האחרונים בסימן ריא"א דהמשאיל יכול להקדיש מה שברשות השואל ולא קרינן בי' אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו כיון שמבואר בב"ק (דף מ') דלא הוי שינוי רשות בשואל שפיר הוי דבר שברשותו. ועיין סמ"ע (סי' ק"ה סקי"ג) שכתב דמפקיד לא מקרי מוציא מנפקד. וכמש"כ תוס' כיוצא בזה בב"מ (דף ק"ג) דבשאלה כיון דלמיהדר קאי לא מקרי השואל מוחזק ע"ש בזה. ובסמ"ע (סי' פ"ג סק"ג): הש"ך (ס"ק קט"ו) כתב דשבועת שומרין אינו אלא כשהמפקיד טוען שמא

ולא כשטוען ברי שראה שפשע השומר. ולכאורה קשה מהא דאמרינן בפרק קמא דבבא מציעא (דף ה') ת"ש דתני רמי בר חמא ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר היכי דמי לאו דא"ל הילך לא דא"ל שלשה פרות מסרתי לך ומחו כולהו בפשיעה וא"ל איהו חדא לא היו דברים מעולם וחדא מתה באונס וחדא מתה בפשיעה דבעינא שלומי לך דלאו הילך הוא הרי דקאמר להדיא שהתובע אומר ומתו כולהו בפשיעה שהוא טענת ברי דאל"כ לא היה לו לומר אלא ג' פרות יש לי בידך ומבואר מזה דגם בטענת ברי איכא שבועת שומרין:

ונראה לתרץ דלעולם שבועת שומרין אינה אלא בטענת שמא והא דמשמע מהך סוגיא דב"מ דגם בטענת ברי איכא שבועת שומרים אינו אלא לרמי בר חמא לשיטתי'. דהנה בשבועות (דף מ"ה) אמרינן אמר רב נחמן אמר שמואל לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך מעולם יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך אמר רמי בר חמא כמה מעליא הא שמעתא אמר רבא מאי מעליותא אם כן שבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה מגו דיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו דאפקיד לי' בשטר. וכתבו הרא"ש ור"ן דלדידן גם בלא אפקיד בשטר איכא שבועת שומרין משום דאין זה מנו דהוי מגו דהעזה דנאנסו אין הלה מכיר בשקרו משא"כ להד"ם וכ"כ תוס' בב"ק (דף ק"ז) ע"ש. והנה טעמו של הש"ך דאם המפקיד טוען ברי אין בזה שבועת שומרין מבואר בדבריו משום דנאמן במגו דלהד"ם דהכא לא שייך סברת הרא"ש והר"ן הנ"ל דהשומר אינו מעיז לטעון להד"ם דהא גם בנאנסו מעיז שהלה טוען בברי שראה שפשע ולא נאנסה וזה דוחק לומר דבטוען ברי מיירי באפקיד בשטר לכן העלה דבברי ליכא כלל שבועת שומרים משא"כ רמב"ח לשיטתיה דס"ל דאף כשהבעלים טוענין שמא נאמן במגו דלהד"ם אף דהוא מעיז והיינו דאית לי' מגו דהעזה וכמו שמתבאר מהראשונים הנ"ל שם ולא משכח הש"ס לדידי' דינא דשבועת שומרים אלא באפקיד בשטר ולכך גם כשהבעלים טוענין ברי אינו נאמן במגו דלהד"ם כיון דאפקיד בשטר וא"כ לשיטתיה א"ש הא דקאמר ומתו כולהו בפשיעה דלדידי' דינא דשבועת שומרים נאמר בברי גם כן:

והנה טעמא דחייבה רחמנא שבועת שומרים אף דהשומר טוען ברי ומוחזק והמפקיד שמא ובזה לכ"ע ברי עדיף כמש"כ בסימן נ"ט דברי ומוחזק לכ"ע ברי עדיף הוא כמש"כ תוס' בסוטה (דף כ"ה) שהקשו בספק סוטה אמאי לא מהימנינן להאשה שטוענת ברי וברי ושמא ברי עדיף ותי' דרגלים לדבר דקינא לה ונסתרה וע"כ לא אמרינן בזה ברי

עדיף וה"נ בשומרים כתבו הראשונים בשבועות דלכך משביעין שבועת שומרים בטענת ספק משום דרגלים לדבר דהפקידו אצלו וע"כ לא אמרינן ברי עדיף בזה:
והאו"ת חולק על הש"ך והעלה דאיתא גם בטענת ברי. ונ"ל ראיה לזה מהא דאמרינן בשבועות (דף מ"ז) ורב ושמואל האי שבועת ד' תהיה בין שניהם מאי דרשי ביי כו' מלמד שהשבועה חלה על שניהם פרש"י ותוס' ונענש המשביע אפילו הדין עמו אבל הב"י הביא (בסימן פ"ז) בשם הגהות מיי' אבל התוס' פירשו בין שניהם ממ"נ אינה יוצאה בלא עונש אם הנשבע נשבע לשקר הרי עונש שבועה עליו ואם נשבע באמת עונש שבועה על המשביעו וכן פר"ח וסמ"ג ע"כ והרי שבועת ד' תהיה בין שניהם בשומרים כתיב ואי שבועת שומרים אינה אלא בטענת שמא אמאי נענש המשביע הא לא אשם בזה מאומה מה שמשביעו אם האמת כדבריו שנאנס א"ו דשבועת שומרים איכא גם בטענת ברי ולכן נענש שם המשביעו שהשביעו לשקר כיון דידע האמת מה לו להשביעו בחנם. ואין לומר דהאי דרשא דהשבועה חלה על שניהם אינה אלא אסמכתא ולא קאי על שבועות שומרים דזה אינו מדקאמר מאי דרשי ביי וקאמר דאתא להא דחלה על שניהם דרשא גמורה הוא כמה שכתבו התוס' כיוצא בזה במו"ק (דף ח') בד"ה בחגך גם אין לומר דרב ושמואל סבירא להו דעירוב פרשיות כתוב כאן והאי בין שניהם קאי אהלואה ולא אשומרים דכבר הוכחתי בסימן צ"ו דרב ושמואל לית להו דעירוב פרשיות כתוב כאן אלא ודאי דהעיקר דשבועת שומרים איתא גם בטענת ברי:
סעיף לה:
שלא פקדנו כתב השיך לקמן (סי' ק"ח ס"ה) מבואר דוקא בטוען אישתבע לי, הש"ך סוחר א"ע להא שכתב לעיל (סי"ז ס"ק ע"ב) ונראה דאף למש"כ לקמן (סי' ק"ח ס"ה) דאין היורשים צריכים לישבע נגד הלוה אלא כשטוען אישתבע לי היינו דוקא כשטר משום דאביהן גופא לא היה צריך לישבע וכדקאמר בש"ס השתא אביהן גופא שקיל בלא שבועה כו' משא"כ הכא שאביהן עצמו היה צריך לישבע בכל ענין אם כן גם הם חייבים לישבע שלא פקדנו בכל ענין עכ"ל. הרי דס"ל דבמשכון כיון דאביהן גופא היה צריך לישבע גם היורשים צריכין שבועה בלא טענת אישתבע לי. ולפמש"כ לעיל (סי"ז) בשם בעה"ת דבפרעון משכון דמי לשטר ודוקא בדטען אישתבע לי אבל אנן לא טענינן הכי נמי ביורשים כן כמו שמבואר לקמן (סי' פ"ב) דאין היורשים חייבים אלא בדטען אישתבע לי ע"ש:
אבל אם הוא מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר. כתב הסמ"ע דגם בליכא עדי ראה כן. והש"ך כתב דדוקא בדאיכא עדי ראה מיירי ובאמת הרמב"ן בב"ב (דף ל') כתב כש"ך ונ"י

שם כתב דרבים חולקין על זה וכסמ"ע וכן משמע מהא שכתב בהגה"ה מרדכי בגיטין (סי' ח"ס) ע"ש מיהו לקמן (סי' קמ"ו ס"ק י"ג) הביאם הש"ך והעלה כרמב"ן שם וכ"כ לקמן (סי' רצ"ז סי"א) ועמש"כ לקמן (סי' קל"ג ס"א) בזה:

סעיף ל"ו ש"ך (ס"ק קמ"ט) נסתפק לפ"מ דס"ל דבע"ח קונה קנין גמור אף להתחייב באונסין לא שייך פקע שעבודי' או מאחר דאפשר לסלוקי בזוזי פקע השעבוד ע"ש ודבר זה נתבאר ממש"כ (סי' י"ב) להסוברים דמשכון קונה קנין הגוף הא דפקע שעבודא מבואר בשיטה מאחר דיכול לסלקו בזוזי וה"נ אף דס"ל דקנה להתחייב באונסין מאחר דיכול לסלק בזוזי פקע השעבוד וצריך להחזיר גם בזה:

סעיף ל"ז וכן אם היה לו שטר משכונא על קרקע של ישראל. כתב הש"ך ס"ק קנ"א דהעיקר כהב"ח ולא כהש"ג דאפילו באחרי דלא מסלקי פקע שעבודו ע"ש ויש להסתפק במשכנתא דסורא דמבואר בב"מ (דף ס"ז) דהוי כמכר אי בכהי"ג ג"כ אמרינן דאינו אלא שעבוד ופקע השעבוד או דהוי כקנין הגוף לזמן וזכה המחזיק וכיוצא בזה נסתפק הרשב"א בתשובה ח"ג (שאלה שנ"ד) אי מהני מחילה בזה דדמי לע"ע דגופו קנוי דלא מהני מחילה או לא ע"ש וה"נ כן:

סעיף ל"ח חייב להשיבו לישראל ואם החזיר לע"ג פסק הש"ך דחייב לשלם לישראל וכן פסק באורים דיש לו דין מסור. ובשער משפט חלק עליו ופסק דפטור והביא ראיה מהא דשני עדים שהעידו על ישראל שחייב לע"ג דלא משמתינן להו כמבואר (בסימן כ"ח) אף דלכתחלה אסורין להעיד משום הפקעת הלואה וה"נ בדיעבד פטור מאחר דבאמת חייב ע"ש. וכן משמע מהא דמבואר לקמן (סי' שפ"ח סי"ב) מי שרוצה לברוח ולא לשלם לע"ג אנס מה שחייב ואחר גילה הדבר אין לו דין מסור שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב מ"מ רעה עשה דהוי כמשיב אבידה לכנעני ע"כ הרי להדיא דאפילו בהפקעת הלואה פטור ואין לו דין מסור מאחר שלא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב באמת אך יש לומר דהא דפטור משום דלא הוי אלא כמו גרמא שגרם לו לשלם וכמו דמבואר במרדכי בעד אחד דאינו אלא שמתא אבל פטור מתשלומין דיכול לומר אמת העדתי ואינו אלא גרמא דפטור וא"כ בעלמא שגרם לו להשיב אבידה לכנעני שפיר פטור משא"כ הכא כשמצא החפץ של ישראל ומחויב להשיב לישראל א"כ הוי שומר שלו ככל שומר אבידה ושומר חייב אפילו בגרמא כמוש"כ הריטב"א הובא בב"י (סי' ס"ו) דכל שומר אינו אלא גרמא ואפי"ה חייב:

ועוד יש לומר מאחר דנפקע השעבוד החפץ ברשותא דישראל דכשמצא ונתחייב להשיבו הוי ידו כיד הבעלים וא"כ הרי הוא כאלו הוא נוטל מרשות בעלים ונותן לכנעני

דאז חייב. שוב ראיתי בישׁ"ש פ"י דב"ק (סי' כ"ג) שכתב וז"ל אם כן בתחלה יכולים להעיד ולא יכול לומר לו הישראל מה לך בקידוש השם תקדש השם בשלך כו' דאיכא כאן שני עדים ואין מתירין אותו ממון שלא כדין וגם אין מוציאין ממנו ממון אלא ממילא עפ"י מחוייב ואינו דומה למוצא אבידה של גוי שכבר זכה בה ישראל שלא יכול אותה שמצאה להחזירה מפני ק"ה כמו שכתב מהר"ם בפ' שור שנגח את הפרה (סי' י"ט) שאני התם מאחר שזכה בה כבר הישראל ואתה מחזיר לגוי הוי כאילו אתה גוזלו להדיא משא"כ הכא ע"כ הרי להדיא שחילק מהרש"ל בין הא דב' עדים להך דהכא דהוי כאילו נוטלו מרשות הישראל וכמוש"כ ואפילו בדיעבד משמע דמחוייב לשלם כמבואר לקמן בישׁ"ש שם דשמתא אינו שייך בתשלומין דאף בשמתא פטור מתשלומין משום דס"ס לא חסרהו ממון ממש ע"ש וא"כ הכא דהוי כאילו גוזלו להדיא חייב בתשלומין גם כן:

סעיף מיד ונשרף המשכון ביד עכו"ם פטור שמעון מלשלם ואינו יכול לטעון הא קא משתרשית שנפטרת מחובך ע"י משכוני. והקשה בשער משפט מהא דהכונס דמשלמת מה שנהנית ומהא דמבואר ג"כ בתוס' ב"ק (דף כ') דמפרשי הא דא"נ דמשלם משום שנהנה מהחסרון שיש לחברו מתחלה. וכן כתב מהרי"ט בנפקד שנטלו ממנו הפקדון עבור חובו שחייב לשלם שנהנה במה שנפטר מחובו ולק"מ לפמש"כ תוס' בב"ק (דף ק"א) בהא דיש שבח סמנים דנהי דאין שבח סמנים מ"מ הרי נהנה שמעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה כמו אכלה מצדי הרחבה דפ"ב וירדה לגינה דהכונס וכן הא דאלו נערות ותי' דיש לומר דהנאה דהכא אינה באה ע"י ולא ע"י מעשה בהמתו והא דאלו נערות אף שאינה באה ע"י מעשיו מ"מ נהנה גופי' וכ"כ הרא"ש שם ולכן כתב מהרש"ל דהנותן אוכלין של אחרים לבהמה של אחרים דפטור בעל הבהמה לשלם לבעל האוכלין והובא בש"ך (סי' שצ"א ס"ק ב') וא"כ ה"נ במשכון כיון דהנאה באה לו שלא ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה ממונו לכן פטור מלשלם ודו"ק: מה שמחולקים כאן בקצה"ח ונתיבות אם נכרי שקיבל מישראל פטור משמירה הנה בסמ"ע לקמן (סי' ש"א) מבואר להדיא דפטור ואנכי העליתי שם דחייב וכמוש"כ הרמב"ן בפ' וישלח להדיא דבכלל דינים שנצטוו בני נח גם שומרים בכלל ע"ש בזה:

סימן עג

סעיף א:

בין במשכון. הא דבמשכון סתם הלואה ל' יום כתב בביאור הגר"א שהוא בשבח קמ"ח ע"ש וכן מבואר ברש"י שבועות (דף מ"ג) בהא דאבד קתא דמגלא ע"ש שכתב וז"ל אבל כל זמן שהן קיימין ע"כ גובה חובו אם מלוה סתם הוא סתם מלוה ל' יום ע"כ ולהדיא

תנן בב"מ (דף קי"ג) רשבג"א אף לעצמו אינו מחזיר אלא עד שלשים יום משלשים ואילך מוכרן בב"ד וכתב הראב"ד (פ"ג מה' מלוה ולוה) משום דסתם הלואה ל' יום ע"כ וכתב ה"ה משום דהוי כמלוה עתה על המשכון אלמא דמלוה על המשכון ל' יום הוא כנ"ל בזה: אבל שאלה סתם זמנה לאלתר ויכול לתובעו מיד. עיין בחגיגה (דף כ"ב) ומנא לז' יומי לא מושלי אינשי, ואחרי מופלג ראיתי שכוונתי בראי' זו להרמ"ך ז"ל בשיטה לב"מ פ"ח ע"ש בזה:

סעיף ב:

אינו יכול לתובעו קודם. נ"ל דגם אם תפס המלוה מפקינן מיני' ולמדתי דבר זה מדברי הכסף משנה (פ"ט מה' שמיטה הלכה יוד) שכתב בשם הר"י קורקס אמש"כ הרמב"ם בהתנה עמו שלא יתבענו שביעית משמטת וז"ל נ"ל טעם הדבר שאעפ"י שאינו יכול לנגוש אותו כיון שהחוב מוטל עליו והוא חייב לפרוע בכל עת לצאת י"ש וגם אם יתפוס המלוה משל הלוה יכול ליקח אותו בחובו קרי בי' לא יגוש ולא דמי לקובע זמן שאין עליו שום חיוב בתוך הזמן עכ"ל הרי להדיא דבקובע זמן אין שום חיוב בתוך הזמן ואפילו תפיסה לא מהני. ואח"ז ראיתי שכ"כ בתומים (סי' ע"ח וסי' ס"ז סק"ט) וכן מבואר להדיא בתשובת ריב"ש (סי' ק"ט) בשם רשב"א דדוקא במקום פסידא אי תפס המלוה לא מפקינן מיניה אבל בלאו הכי מפקינן מיניה ע"ש וכן משמע מהא שכתב המרדכי פ"ק דגיטין (סי' של"א) שהקשה דאמאי הולך לאו כזכי דמי לא יהא אלא כתופס לבע"ח דקנה היכא דאין רב לאחר ותירץ דהכא מיירי בהלואה שיש בי זמן והלוה משלחו בתוך הזמן ובתוך הזמן לא שייך התופס לבע"ח קנה שהרי המלוה עצמו אין יכול לתפוס תוך הזמן עכ"ל. וכ"כ הרא"ש פ"ק דגיטין (סי' י"ח) בשם ה"ר פרץ וכ"מ לקמן (סי' ק"ה ס"ד) ואי נימא דאי תפס המלוה תוך הזמן לא מפקינן מיני' גם תפיסת השליח היה מהני א"ו דלא מהני תפיסת המלוה בזה. וכן משמע מהא שכתב בעה"ת (שער י"ד ח"א) וז"ל או דילמא כיון דהני קטנים אין בני פרעון עד שיגדילו כמאן דלא מטא זמן שטרא דמי ולאו תפיסה היא ומפקי' מיני' עכ"ל הרי להדיא דלא מהני בתו"ז תפיסת המלוה בזה. ולהדיא מבואר בכתובות (דף ק"י) בשנים שהוציאו שט"ח זע"ז ואחד לזה לעשר ואחד לחמש דגובה בעל החמש ולא יכול לומר בעל העשר אתה חייב לי משום דלא הגיע זמנו והשתא אס"ד דמהני תפיסה בתוך הזמן הרי תפוס ועומד א"ו דלא מהני תפיסה. ומיהו בסתם הלואה י"ל דמהני אם תפס בתוך ל' כמבואר בסימן ע"ח בזה:

בשכירות בתים כתב התומים בסימן ע"ח מאחר דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף לא מהני חפיסה דמשכיר בתו"ז. ויש לספק בשכירות פועל אי מהני בתוך זמנו דבזה יש

לומר כיון דפועל יכול לחזור בו מהני תפיסה גם כן. ועיין תשובת מהרי"ל (סי' צ"ו) וז"ל שוב אמרתי אל לבי הלא התו"ז חייב להשכירות ואע"ג דאכתי לא מטא זמן התקופה מ"מ קי"ל דפועל יכול לחזור בו בחצי היום והיה מתחייב לתת לה לפי הערך. גם על זה לא חששתי דהא קמן לא הדרא וכל כמה דלא הדרא אין חייב לפורעה בזמנו אם לא שתפסוהו לשם פרעון דמהני כדפי' הרא"ש עכ"ל ובוודאי הוא הרא"ש פ"ק דגיטין (סי' נ"ט) שכתב דאפילו בתו"ז אם אין לו נכסים אחרים מהני תפיסה וא"כ מאחר דמדמי להא דהרא"ש א"כ גם בשכירות פועל כל כמה דלא הדר לא מהני תפיסה אם לא יהיה לו פסידא אחר כן וכן עיקר:

אם נתן מעות מותרין על זמן אם המפקיד תובע מחויב להחזיר לו גם קודם הזמן דהא דא"י לתבוע בתוך הזמן היינו דוקא בהלואה דאדעתא דהכי הלוהו אבל במה שנותן לו מעות מותרין לא גלי דעתי' בזה אלא שכל זמן שלא יאבה לקחת אותם לעצמו יוכל הנפקד להשתמש בהם ולא כשיצטרך לעצמו וכן מבואר בחכ"צ (שאלה ד) שכתב וז"ל דאף את"ל דאם היה מותר ליגע בפקדון אז לא היה הנפקד צריך להחזיר הפקדון ליד המפקיד עד סוף הזמן מה שלא שמענו מעולם ע"כ. וכן משמע מהרא"ש פ' המפקיד [ועיין בפ"י שם שכתב לתרץ הא שכתב רי"ף במפקיד מעות אצל שולחני מותרין דאינו חייב באונסין לפי שירא לשלוח בהן יד לקנות סחורה שמא יבא המפקיד לתבוע פקדונו ולא חילק באם נתן לו לזמן דאז חייב באונסין א"ו דגם בזה אינו חייב באונסין ומשום דשמא יתבע המפקיד פקדונו ומבואר דגם בזה מחוייב להחזיר לו קודם זמנו]:

סעיף ד:

וטען המלוה שלא קבע לו זמן כו' ישבע המלוה היסת ויגבה חובו מיד. עסמ"ע וש"ך מש"כ מה דסגי הכא בהיסת בלבד ולא בנק"ח. והנכון כהש"ך משום דהשטר אינו עומד לכך ע"ש ובזה א"ש הא שכתב הכסף משנה (פט"ו מהלכות אישות הלכה י"ג) אמש"כ הרמב"ם שם ובכ"ז משביע היסת דהרי זה דומה למוציא שטר על חבירו והלה טוען קבעת לי זמן דנשבע ונוטל ע"ש ותמה בס' בני אהובה דהא שבועת המשנה בעי בנשבע ונוטל ולמה כתב הרמב"ם בעי היסת. והוא תמוה דהרי להדיא מבואר כאן דישבע היסת והוא מרמב"ם (פי"ג ממלוה ולוה). והיינו כיון דאין השטר עומד לכך סגי בהיסת ופשוט:

סעיף ח':

לא חלה השבועה. עש"ך שכתב דאינו חל בכולל ולא דמי לנשבע שלא אוכל מצה דחל בכולל לבטל המצוה משום דהתם לא הגיע חיובו שעומד באמצע השנה משא"כ הכא ע"ש ובמפרשים השיגו עליו. אכן לדינא הנכון כהש"ך ולא מטעמי' אלא משום דלהרע

לאחרים אינו חל בכולל אף דלבטל מצוה חל בכולל. והוא מבואר להדיא בב"י יו"ד (סי' רל"ח) שהביא בשם תשובת הר"ן (סי' ע"ד) בנשבע לקדש לאה ואח"כ נשבע שלא יקדשנה דרצה לדון מתחילה דשבועה שניה חל בכולל כנשבע שלא לאכול מצה ואח"כ העלה דלא הימנו להפקיע זכות לאחרים ע"ש וכן הוא בתשובת ריב"ש (סי' קנ"ט) דשקיל וטרי בנדון דידי' אי הוי כולל ואח"כ כתב ועוד יש טעם אחר [פי' אף אי נימא דהוי כולל] לפי שהמצוה המוטלת עליו כו' ואם כן שבועה זו היזק לה לעגנה ואין שבועת ביטוי חלה להרע לאחרים ע"ש. הרי להדיא דאינו חל להרע לאחרים בכולל והכא נמי אין השבועה חלה להפקיע חובו שהוא להרע לאחרים בכולל. וכן עיקר:

סעיף ו':

דסמ"ע כתב דבלא תבעו אין חיוב שבועה על הלוה והט"ז השיג עליו ודעתו דאף בלא תביעה איכא חיוב שבועה. ויש לי ראיה להט"ז מהא שכתב הריטב"א בנדרים (דף כ"ז) וז"ל ולמדנו שהלוה מחברו בציפורי ונשבע לפורעו ליום ידוע ואותו יום אין המלוה בעיר ה"ז פטור משבועתו דאנוס הוא ואין לו לילך אחריו ולהוציא משלו ולהגיעם למקום שהוא דלאו אדעתא דהכי נדר אבל אם לוה מאדם שהוא מעיר אחרת שבא וסחורתו בכאן ונשבע לפורעו סתם חייב לו להוליך לעירו דאדעתא דהכי נדר ואם חלה או עכבו נהר או סכנת דרכים וכיוצא בו הקולר תלוי בצוארו מיהו כל שהמלוה בעיר ואינו רוצה לקבלו אינו נפטר משבועתו בכך ר"ל מפני שיביא לפניו דלפרעון נשבע ואינו פרעון בשביל שיביאם לפניו עד שיזרקום לידו או לרשותו בפניו אפילו בע"כ ובהכי איפטור משבועתו משא"כ בנשבע לתת לחברו משהביא לפניו ואינו רוצה לקבל נפטר ובנותן ברשותו שלא מדעתו שלא בפניו לא מיפטר משבועת פרעון דהא קי"ל בפ' הגוזל שכל שנטלו לדעת צריכין לדעת כך קבלתי שיטה זו מפי מורי רבינו נר"ו ע"כ. הרי מבואר להדיא שאפילו אינו רוצה לקבל צריך לקיים שבועתו מכ"ש בלא תבעו דאינו פטור משבועה והעתקתי כ"ד הריטב"א בשם הרמב"ן כי כמה הלכתא איכא למשמע מיני' מה שאינו מבואר בש"ע כאן:

סעיף ז':

בתורת פרעון. ואם נשבע לתת לו מעות דוקא כתב בתומים דלפ"מ דמתיר המחבר שומא בשבת אף המעות יכול ליתנם ע"י גוי או שיקנה לו חדר שהמעות מונח בתוכו וקניא לי' החצר דמ"ש משומא וצ"ע ובאורים החליט כן להלכה והוא תמוה דהא עיקר הטעם דנותן לו משכון בתורת שומא ולא מעות דמוקצה חמור כמש"כ האורים בעצמו והרי בגיטין (דף ע"ז) כתבו הפוסקים בהא דקאמר תיחוד ותיפתח ולא התירו לטלטל הגט

משום דלא היו יכולין להביאו אצל המגרש דרך רשות הרבים כ"כ רשב"ם שם הובא ברא"ש אבל בלאו הכי היה מותר לטלטל לצורך שכ"מ דמ"ש קנין מאיסור מוקצה וכמש"כ בעל העיטור. והרא"ש כתב דניחא טפי להתיר איסור קנין משום דהותר לגבי שכ"מ כדאמרינן בבבא בתרא קונין משכ"מ אפילו בשבת הרי דלכו"ע איסור מוקצה שוה לאיסור הקנאת מקום בשבת ומעתה כיון דהרא"ש פסק דבהתנה לפרוע במעות אין תקנה לזה ועובר על שבועתו דלא התירו לו איסור מוקצה משום חיוב שבועתו אם כן אין תקנה גם הקניית חצרו ובפרט לפמש"כ רש"י בביצה (דף ל"ז) לחד לישנא מקח וממכר אסור מה"ת משום ממצוא חפצך ודבר דבר דאף דחפצי שמים מותר מ"מ בהוצאה מרשות לרשות אסור גם בחפצי שמים כדמוכח מהא דאין מקדישין וכמש"כ התוי"ט שם א"כ פשיטא דחמיר יותר ממוקצה. ובזה ביארתי דעת רשב"ם הנ"ל שכתב הרא"ש בגיטין דלכך הוכרחו להקנאת מקום ולא התירו לטלטל משום דהיה הגט ברשות אחר והוצרכו להביא דרך רשות הרבים. ויש לדקדק דלמה נקט רשות הרבים הא גם אם היה כרמלית יותר טוב בהקנאת מקום דלא עביד אלא חדא איסורא מהבאה דרך כרמלית דאיכא תרי איסורי מוקצה וכרמלית [ובמ"א תי' די"ל דאי היה דרך כרמלית היה אפשר להביאו ע"י נכרי וס"ל כהפוסקים דשבות דשבות במקום מצוה מותר] ואף דאין זה קושיא כל כך די"ל דנקט ר"ה וה"ה לכרמלית מ"מ להנ"ל יש לומר ברווחא דס"ל כלישנא קמא דרש"י דאיכא איסור תורה בקנין ואם כן עדיפא למיעבד תרי איסורי דרבנן מלמיעבד איסור תורה דדברי קבלה כדברי תורה דמי לכן הוצרך לומר דהוצרכו להביאו דרך רשות הרבים דאיכא איסור דאורייתא ממיתת ב"ד וטילטול לכן קנין עדיפא לי'. עכ"פ מבואר מזה דאין תקנה בהקנאת מקום. וע"י נכרי אפשר דמותר וכמש"כ המג"א באו"ח שם בקבע לפרוע לו בזמן זה בסתמא ויותר נכון כמש"כ השיך דיתן הכסף בתורת משכון דאפשר דגם הרא"ש מודה בזה:

עסמ"ע דשומא ומדידה ע"י אחרים מותר בזה והש"ך חולק דאין אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חבירך וכ"כ המג"א באו"ח (סי' ש"ו) אלא יתן ע"י נכרי או ישום ע"י נכרי ע"ש. ומזה מבואר דגם באיסור דרבנן לא אמרינן חטא כדי שיזכה חבירך להצילו מאיסור דאורייתא ורדיית הפת יוכיח דאינו אלא דרבנן ואפי"ה קאמר שם דאין אומרים חטא בשביל שיזכה חבירך ומעתה להרשב"א דגם בלא פשע אמרינן וכי אומרים לאדם ה"ה באיסור דרבנן כן ותמיהני על הנוב"י מהדו"ח חאהע"ז (סי' ל"ז) שלא שת לבו לזה ע"ש: סעיף י"א הקונה שדה מחברו שיש עליו עסיקין וכו' שומעין לו. והוא מתשובת הרי"ף והן עתה ראיתי בתשובת הרמב"ם (סי' רכ"ג) שפסק כן וביאר דהא דמשהחזיק

אינו יכול לחזור בו מבואר בב"ק וב"מ דא"ל אחוי טירפך ואשלם לך הא אם אין לו מאין לשלם הוי יכול לחזור והרי מצינו דחשו חז"ל לפסידא בפ"י דב"ק דלא כתבינן אדרכתא אמטלטלי דילמא שמיט ואכיל וא"כ ה"נ שומעין לו:

סעיף י"ט במה דמבואר דלשון מחילה אינו שייך אלא בחוב ולא על חפץ פקדון לא ידעתי הטעם בזה ונראה לע"ד עפ"מ שכ' במק"א אמש"כ הנ"ב קמא או"ח (שאלה ל"ג) לחקור שרשו עד שמסיק ולא מצאתי לו שום סמך רק שורש יחול והוא מלשון מצפין וממתין כמו יחל ישראל עס"ד והוא תמוה דהא מצינו בחז"ל בכמה דוכתי מחילה בחוב ומה מצפה וממתין שייך שם הא כיון דמחל לו נסתלק וקונה תומ"י וכן תמוה מש"כ הפ"מ או"ח (ה' י"ו) שהוא לשון מחילה עפר דזה אינו שייך במחילה דחוב ולכן הבאתי מש"כ הרמב"ם בפי' המשנה כ"ד מ"ב במחול הכרם והוא מדבריהם מענין מחילה ר"ל עזיבת הדבר ע"כ והוספתי לבאר שהוא ג"כ ענין ביטול והוא חדא מילתא והוא מלא יחל דברו ות"א לא יבטל פתגמי' ור"ל לא יעזוב דברו אלא ככל היוצא מפיו יעשה ולכן במחילת החוב שייך שפיר עזיבה וביטול משא"כ בחפץ לא שייך כלל שעוזב ומבטל החפץ דהרי בביטול לחוד איבעיא דלא איפשטא בגיטין (דף ל"ב) וכ"ז אי הוי הפקר משא"כ אי אמר בעל לך לתורת קנין לא הוי אפילו הפקר דלא נחית בתורת הפקר. ולהרמב"ם דהוא לשון עזיבה הרי מבואר בחולין (דף קל"א) במתנות עניים אין בהם טוה"נ לבעלים דעזיבה כתיב בהו משא"כ מעשר עני המתחלק בתוך הבית יש בהן טוה"נ לבעלים דנתינה כתיבה בהו אלמא דעזיבה לא הוי לשון מתנה ואפילו לפמש"כ התשב"ץ בח"א (שאלה רנ"ז) דעזיבה בלשון בני אדם הוי לשון מתנה מ"מ זה אינו אלא בש"מ ולא בברי דהרי מדמה שם ללשון מניח ובמניח מבואר בסמ"ע (סי' ר"נ) דל"מ בבריא ומזה סייעתא למש"כ בסימן י"ב דמחילה אינו קנין אלא סילוק בעלמא שעוזב ומבטל החוב והוי כהפקר גם כן ובס' הלכות פסוקות לתלמידי בה"ג כ' פשרה כיצד וכו' ועזב מן ממונו דבר או כולו וקנה מידו שכן וכן ממון היה לך ועזבתי ממונו ע"כ הרי שנקט לשון עזב על מחילה כנ"ל בזה:

סימן עד

סעיף ג:

אינו יכול לכופו קודם הזמן משא"כ באתרא דמסלקי. הנה באתרא דמסלקי אי יכול המלוה לכוף ללוה שיפרע לו כתבו הרשב"א ורא"ש בב"מ (דף ס"ז) מהא דקאמר שם משכנתא באתרא דמסלקי שביעית משמטת מכאן שהמלוה יכול לכוף ללוה שיפרע לו דאל"כ הוי כמלוה לזמן עכ"ל. אכן בבעה"ת תחילת (שער מ"ו) כתב דאין ראיה מזה

דלעולם יש לומר דאין המלוה יכול לכוף ללוה ליפרע לו ואעפ"כ קרינן בה לא יגוש דמ"מ אוכל תמיד פירותיו עד שיפרע לו ע"ש. ובשיטה כתב אהא דמבואר בב"מ (דף ס"ז) באתרא דמסלקי ואמר לא מסתלקנא לא צריך למיקני מיניה משום דהמלוה יכול לתבוע ללוה וא"כ קנה בהרחבת הזמן וכ"ה במרדכי בהג"ה שם וא"כ מבואר דס"ל דיכול לכוף ללוה שיפרע באתרא דמסלקי:

הסמ"ע הביא הא שכתב הש"ג בפ' הגוזל בתרא שהלואות שעושין בזמן הזה בעלי חניות וקובעין זמן ביניהם ליתן להם ריוח עד זמן פלוני זמן זה הנקבע נמי לטובת המלוה ומצי המלוה לעכב מלקבלן דניכר לעינים הוא הפסדו ע"כ והקשה בתומים דהא א"א לקבל ריוח אם לא בעיסקא והמקבל עיסקא מבואר ביו"ד (סי' קע"ח סל"ז) דהוי כפועל דיכול לחזור בו. ובשער משפט יו"ד שם תירץ דמיירי דמשיג הלואה בפחות מזה במק"א וא"כ הוי כחוזר משום יוקר דמבואר בסימן של"ג דאינו יכול לחזור בו וי"ל בפשיטות לפ"מ דמבואר ביו"ד (סי' ש"פ ס"ז) להלוות לעכו"ם ברבית לאותם שרגילים להלוות מותר משום דהוי דבר האבד שיכולים ללוות מאחרים ואיכא פסידא אלמא דמניעת הרבית מכסף הוי דבר האבד וא"כ ה"נ אם יקבל המלוה יהיו מעותיו אצלו ולא ימצא תומ"י להלות לאחר הוי דבר האבד וזהו שכתב דניכר לעינים הפסדו וא"כ שפיר מצי המלוה לעכב. ושוב ראיתי בדפוס לעמבערג שבגליון כ"כ בפשיטות וכן עיקר:

סעיף ד':

י"א שאין המלוה יכול לעכב והש"ך השיג על זה. ועיין ברבינו ירוחם ספר משרים סוף ח"א שכתב כהטור דאין המלוה יכול לומר איני רוצה לקבל המעות כי אם בבת אחת ע"כ:

ומיהו אם משכן לו שדהו או אפילו שתי שדות אינו יכול לכופו שיחזיר לו המשכונא בחצי המעות ודעת הט"ז דוקא באוכל פירות בנכייתא אבל בלא"ה יכול לכופו שיחזיר לו בחצי המעות ולהש"ך אין חילוק. ואם בא למכור אין לכופו כמוש"כ מהרי"ט (שאלה קי"ב) דדומה לנכסי יבם שכתבו תוס' בכתובות (דף פ"א) דדילמא ישתדל ולא ניחא לי' למטרף מלקוחות ע"ש בזה:

סימן צז

סעיף י"ד אבד המשכון או נשרף לוקה כ"כ הרמב"ם (פ"ג ממלוה) והשיג עליו הראב"ד דהטעם דאינו לוקה לא משום דהוי לאו הנל"ע ולכן אם לא קיים העשה לוקה. אלא דהטעם הוא מפני שנתחייב באחריותו. וכתב הה"מ דגם הרמב"ם מודה שחייב באחריותו וכמוש"כ דמחשב דמי המשכון לבעליו רק דהראב"ד מדמה לאו זה ללאו דלא

תגזול דכתיב בי' והשיב את הגזילה אשר גזל ואפילו אין הגזילה בעין כיון שנתחייב באונסין ה"ז לאו שניתק לתשלומי ממון ואין לוקין עליו ה"נ במשכון כיון שחייב בתשלומין אם נאנס פטור ממלקות אבל דעת רבינו הוא שאין זה דומה לגזילה ואין זה לאו שניתק לתשלומין שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חברו שהוא נוטלן בחובו לא גנב ולא גזלן אלא גזה"כ הוא שלא יעשה כל אחד דין לעצמו ואין זה לאו שניתק לתשלומין שהרי הלוה והמלוה אין מחלוקותן עכשיו בממון אבל הוא לאו הניתק לעשה ולכן אם לא קיים העשה שבה לוקה ע"כ:

ולפ"ז נ"ל דלאו דרבית דקרי' לי' בפרק איזהו נשך (דף ס"ב) לאו הנל"ע וכן הוא בהרמב"ם (פ"ד ממלוה) משום וחי אחיך אהדר לי' כי היכי דניחי דג"כ אין האיסור משום הפקעת ממון חברו דהא מדעתו יהיב לי' ואין תלוי בחזרת ממון אלא דגזה"כ הוא וחי אחיך ולכן אם לא קיים העשה לוקה ברבית לדעת הרמב"ם (וצ"ע למה לא כתב הרמב"ם גם ברבית אם לא קיים לוקה):

ובזה יש ליישב מש"כ תוס' בב"מ (דף ס"א) ד"ה לעבור עליו בשני לאוין וא"ת ולוקמי בגזל גופי' ולעבור עליו בב' לאוין. וי"ל משום דלא לקי אלאו דגזל משום דניתק לעשה אבל כי מוקמינן אכובש שכר שכיר באא"ע שפיר לקי עכ"ל. ועיין מהרש"א שם שהקשה דא"כ מאי פריך ולוקמא ברבית ואונאה ולעבור בב' לאוין הא רבית הוי לאו הנל"ע. ולפ"מ שנתבאר דרבית אין איסורו משום הפקעת ממון חברו אלא דגזה"כ הוא ואם לא קיימו לוקה ככל לאו הניתק לעשה שפיר פריך לרבא לשיטתי' דמבואר בסנהדרין (דף ע"ז) דס"ל התראת ספק ל"ש התראה וא"כ ס"ל דקיימו ולא קיימו כמבואר בפרש"י ותוס' במכות (דף ט"ז) דלוקמא ברבית ואונאה דמשכחת מלקות בקיימו ולא קיימו וא"ש:

והא דבמכות שם לא משכח קיימו ולא קיימו אלא אונס ושילוח הקן ולהנ"ל הא איכא גם רבית. יש לומר כמו שכתב הרמב"ן סו"פ שבועת הדיינין במשכון דמביטלו ולא ביטלו פריך. והביאו הש"ך לעיל (סימן ע"ב ס"ק ט') עיי"ש:

והנה בס' החינוך (מצוה פ"ג) כתב דאין לוקין על לאו דלא תקח שיחד משום דהוי לאו שניתן לתשלומי ממון דהא מחוייב להחזיר השוחד. וק"ל דלשיטת הרמב"ם הנ"ל דהיכא דאין הלאו משום הפקעת ממון חבירו לא הוי לאו שניתן לתשלומי ממון א"כ בשוחד נמי אין האיסור משום הפקעת ממון חבירו אלא דגזה"כ הוא שלא ליקח שוחד דהא מדעתו נותן לו. ודומה ממש לאו דלא תקח שוחד בתכונתו ללאו דלא תעבוט והתם לאו שניתק לעשה הוא דהשב תשיב. אבל הכא דליכא שום עשה דצריך להחזיר א"כ אמאי אין לוקה: ובאמת בהרמב"ם אינו מבואר דאין לוקין על לאו דלא תקח שוחד.

ולכן יש לומר דלהרמב"ם לטעמי' באמת לוקין על לאו דלא תקח שוחד והחינוך סובר בזה כדעת הראב"ד במשכון דאף היכא דאין האיסור משום הפקעת ממון חבירו לא לקי משים דגם זה מקרי לאו שניתן לתשלומי ממון [וכן הובא בש"ך כאן דהחינוך פ' תצא כתב כהראב"ד וע"כ לטעמי' אזיל וכמוש"כ]:

ועוד יש לומר דהחינוך לטעמי' אזיל דהנה הרמב"ם (בפי"ג מהלכות שמיטה ויובל ה"ט) פסק בבן לוי שנטל חלק בביזת א"י הרי הוא לוקה על לאו דבארצם לא תנחל וחלק לא לא יהי' לך בתוכם. והרא"ה בס' החינוך (סי' תתקי"ד) הובא במל"מ שם חולק על רבינו וסובר דאינו לוקה על לאו זה ומשום שניתן להשבון. והרי התם לא נאמר עשה דהשבון כלל וגם אין האיסור משום הפקעת ממון חברו דהא אף אם התרצו והסכימו כל ישראל ליתן להם חלק בביזה אין הדבר תלוי בידם וכמו שכתב הרב יד המלך (בפ"א מהלכות גזילה) ואעפ"כ מקרי לאו שניתן לתשלומי ממון ואין לוקין עליו לכן לטעמי' פסק ג"כ בשוחד דאין לוקה על לאו דשוחד משום דניתן להישבון:

וזאת ליהודה:

אברך על המוגמר בתודה לעליון גומר עלי אשר עד כה עזרני וזכני להוציא לאור ולגמור הדפסת כ"ק חידושי אאמו"ר הגאון אמתי הצ' הכ"מ. וראיתי בע"ה לחבר עתה בסופו כעין סניף לחיבור אאמו"ר הגאון הכ"מ. איזה קונטריסים מפלפול וחידושי הלכות שנתחדשו אצלי בעזרתו ית'. ויהא רעווא דאימא מילתא דתתקבל בבי מדרשא:

בעזהשי"ת היום ג' פ' בשלח י' ימים לחדש שבט שנת תרס"ג לפ"ק פק"ק שערליץ:

+אורח משפט על תשובה א

שלום יכל טוב סלה לידידי הרב הגדול חו"ב וכו' כש"ת מהו"ר ר' משה כהנא שי' בק"ק ווילקאמיר:

אחדשה"ט כתר"ה שי' הנה מכתבו היקר לאאמו"ר הגאון (שליט"א) הכ"מ. ראיתי ובתוכו מצאתי את שאהבה נפשי. באיזה חי"ת. וגם זכרוני בא לפניו. לכן הנני למלאות את דבריו. ואודיעו אשר נ"ל לפענ"ד בזה. וזה החלי בעזהי"ת:

א) מה שהק' מהא דטריפה אינה מולידה מיבמות (דף ע"ה) הגיד לי אאמו"ר הגאון (שליט"א) הכ"מ. לי כבר הקדימו בזה בספר לימודי ה'. אמנם מש"כ הא דלא פריך ואימא מחוטמו. תמהתי. הלא ביבמות פריך כן הש"ס שם: ב) מה שהק' אהא דמבואר ביבמות (דף ע"ב) דטומטום אינו אוכל בתרומה. דילמא הוא זכר. והוא ערל דאסור לאכול בתרומה. ע"ז הקשה כת"ר קושיא עצומה. והניח בצ"ע. דאמאי לא אמרינן כמו דאמרינן

לעיל (דף ס"ז) דסמכינן מיעוטא דמפילות למחצה נקיבות. ואוכלין בתרומה בשביל כך העבדים. א"כ נאמר ג"כ הכא מספק שמא הוא זכר והוא ערל ונסמוך מיעוטא דנולד מהול דאוכל אף בלא הטפת דם. לספק שמא הוא נקיבה. זה תוכן קושייתו. ולפענ"ד אין זה קושיא גדולה. שנצטרך לומר ע"ז וצ"ע. דלא דמי כלל האי מיעוטא דמפילות. למיעוטא דנולד מהול. דמיעוטא דמפילות שכיחא ט בא. ויעיין בתוס' יבמות (ד' ל"ו ע"ב) בד"ה הא וכו' דמיעוטא דמפילות חשוב מיעוטא המצוי ויע"ש בזה. אבל מיעוטא דנולד מהול לא שכיחא, כלל והנסיון יוכיח שהרי מפילות שכיח בכל יום. ונולד מהול לא שכיח כלל. א"כ לכך שפיר יש לומר דלא חשיב האי מיעוטא לסמוך לספק שמא הוא נקיבה שיהא במיעוט שאינו מצוי כזה רובא:

אבל עלה בדעתי לתרץ באופן אחר. דהנה באמת רש"י ביבמות שם (דף ע"ב), הוא תמוה להמעיין שם. שפירש"י אהא דטומטום אינו אוכל בתרומה שמא אם היה נקרע ימצא זכר. והרי הוא ערל עכ"ל. ותמוה לי למה הוצרך רש"י לפרש שם כל זה שמא אם הי' נקרע ימצא זכר והרי הוא ערל. ומשמע דטעמא הוא הא דטומטום אינו אוכל משום שמא נקרע וימצא זכר. אבל אי לאו האי חששא דשמא נקרע הוה מותר לאכול בתרומה. והא זה ודאי ליתא. דמאי נ"מ בזה שאם נקרע. דהא אף שבבירור שלא נקרע ג"כ אסור מספק שמא זכר הוא. ובמאי עדיפא הוא לאסור בזה שיש לחשוש לנקרע. ולפענ"ד הוא תמוה רבתא על רבינו רש"י ו"ל. ולא ראיתי לשום מפורש שעמד בזה. לכן נראה לי לומר דהנה מבואר ביו"ד (סעיף א):

דברוב שיכול להתברר לא אזלינן בתר רובא. והכא נמי יכול להתברר הוא באם נקרע ושמא ימצא זכר. א"כ מעתה לפ"ז שפיר הוצרך רש"י לפרש כן וכוונתו הוא לתרץ בזה שכתב דשמא אם הי' נקרא ויהי' נמצא זכר קושייתו של כת"ר. דשמא יהי' נולד מהול ונסמוך לספק דנקיבות ויהא רובא. וע"ז כתב רש"י דכאן אין שייך זה מאחר דיכיל לבא לבירור דשמא נקרע ונמצא זכר. ובמקום דאפשר לבא לבירור לא אמרינן בזה סמוך מיעוטא לפלגא להקל. אף דביו"ד שם לא אזלינן בתר רובא באיכא לברורי, הוא משום דאיכא לברורי בודאי ולא בספק לברורי. מ"מ יש לומר דלענין סמוך מיעוטא לפלגא. לא אמרינן גם בספק איכא לברורי. והא דיבמות (דף ס"ז) דאף דיתברר לבסוף. מ"מ כיון דעתה בשעת אכילה לא יברור. אלא לאחר זמן שנולד לא איכפת לן, משא"כ הכא הספק הוא בעת אכילה ג"כ. וביותר י"ל דיכול להתברר בודאי ולא מספק דיכול לקרוע בעצמו. וכיוצא בזה כתבו בתוס' שם בד"ה מבחוץ דזה הוי בידו לקרוע ויע"ש. אבל מלשון רש"י שמא אם היה נקרע משמע מעצמו. וזה לכאורה דבר אמת בכוונת רש"י ז"ל. ושוב מצאתי

בספר נהור שרגא שעמד כקושיית כת"ר ובאופן אחר. ויע"ש מה שהאריך בזה. ולבסוף כתב קרוב קצת למש"כ בזה. ומופלג אחד ראה דברי וכתב לי אח"כ בכתב וז"ל. ומה שדקדק בדברי רש"י ז"ל מה שכתוב שמא הי' נקרע וכו' והקשה דאף אם לא הי' נקרע שמא זכר הוא וכו' במח"כ שגג בזה כי בודאי אם היה ידעינן שלא יקרע לעולם היה הדין שיאכל. כי איתא התם. טומטום אינו אוכל בתרומה. נשיו ועבדיו אוכלין. ולכאורה קשה מהא דאיתא לעיל (דף ס"ו) כל האוכל מאכיל. כל שאינו אוכל אינו מאכיל. ויע"ש והא איכא טומטום דנשיו ועבדיו אוכלין כדפריך התם מהא דערל וכל הטמאים. דהם אינם אוכלין ומאכילין יע"ש. ואיצטריך לתרץ כדמשני התם פומייהו הוא דכאיב להו יע"ש. והנה הרשב"א ז"ל הקשה לשיטת רש"י ז"ל דערל היינו שמתו אחיו מחמת מילה. מה משני גמרא הא לא יבא לעולם לכלל חיוב כיון שפטור מלמול. ומתרץ דאם יבלענו דמו או שיתחלפו סימניו יהי' חייב למול יע"ש. מש"ה הוצרך רש"י ז"ל לומר שאם היה נקרע היה חייב למול. משו"ה שייך השתא לומר פומייהו הוא דכאיב להו אף דהשתא אינו מחייב לקרוע כמו ערל לפי פירש"י ז"ל שמתו אחיו מחמת מילה דאל"כ היה קשה. היאך הוא אינו אוכל ונשיו ועבדיו אוכלין. עכ"ד אלי. הנה אף שיפה השיג לי בזה. וא"א להעמיס זה בפירוש רש"י ז"ל. מ"מ הסברה בעצמה נכונה הוא. דברוב כזה דיכול להתברר לא אזלינן בתר רובא:

ג) ומה שהק' דלמה לי קרא דהעראה קונה ביבמה דאל"כ למה לי קרא דעליה דלא דחי עשה דיבום ללית הא לא הוי בעידנא דהל"ת יעבור בהעראה והעשה דיבום לא יקיים אלא עד גמר ביאה. הנה כסגנון זה הק' בס' שער המלך (בפ' כ"א מה' א"ב) להרמב"ם שפסק שם דעל קירוב לחוד לוקין. א"כ למה לי קרא דעליה דלא דחי עשה דיבום לל"ת. הא לא הוי בעידנא דקעבר על לאו דקריבה מקיים עשה דיבום. דעל לאו דקריבה הא עובר קודם שמקיים עשה דיבום דהיא בביאה ויע"ש מה שתירץ בזה הטעם המלך שם, ולפענ"ד אין זה קושיא לפמש"כ הש"ך ביו"ד (סי' קנ"ז). וזה תוכן לשונו שם. דהרמב"ם לא קאמר דוקא כשעושה חיבוק ונשוק דרך חיבת ביאה וכו'. כן משמע להדיא ממש"כ הרמב"ם כו' שכתב כל הבא על עריות דרך איברים או שחבק ונשק דרך תאוה ונהנה בקירוב בשר ה"ז לוקה מה"ת וכו'. אלמא דאינו לוקה אלא דרך חיבת ביאה וכו' ויע"ש באריכות בזה. א"כ הרי מבואר מהש"ך הנ"ל. דהרמב"ם לא מחייב על קרוב בעריות לחוד דוקא דרך חיבת ביאה. א"כ מהשתא שפיר איצטריך קרא דעלי' דלא דחי להיכא דלא מכוין לתיבת ביאה. ואפי' אם יכוין לחיבת ביאה ג"כ. אבל מ"מ אין זה תאות זנות אלא דרך אישות וקיום מצות יבום. ובודאי לא שייך להלקות על קירוב כזה ושפיר הויא

בעידנא והויא דחי לה עשה דיבום לכך איצטריך קרא דעליה דלא דחי. וקושייתו אפשר ליישב עפמש"כ הריטב"א בר"ה (דף ל"ב) על סוגיא דשופר של ראש השנה אין מעבירין עליו את התחום כתב שם טעמא הא דבעינן בעידנא בכ"מ משום דאפשר דמיתפסי' ולא מקיים ולא דחי לאו מעיקרא. הרי משמע מדבריו דהא דבעינן בעידנא אינו אלא לכתחלה אסור לדחות. אבל בעבר ודחה נדחה בדיעבד וקיים המצוה ואינו לוקה שוב ג"כ על הלאו. א"כ מהשתא ניחא שפיר קושייתו של כת"ר למה לי קרא דהעראה קונה דאל"כ למה לי קרא דעלי' דלא דחי דכיון דהעראה לא קנה לא הוי בעידנא ולא דחי בלא"ה. הא שפיר איצטריך קרא דעליה דאף אי אמרינן דהעראה לא קנה ויהיה שלא בעידנא. הא משום דלא הוי בעידנא להריטב"א הנ"ל אם עבר ודחה נדחה הלאו וקיים המצוה. לכך איצטריך קרא דעליה דאף אם יעבור ג"כ לא דחי ועובר על לאו ולוקה ג"כ. ובהריטב"א הנ"ל נ"ל ליישב מה שהקשיתי בשבת (דף כ"ד) דלמה איצטריכו לקראי אמוראים שם למילף דלא אתי עשה דש"ק ודחי ל"ת דיו"ט. ורב אשי לטעם דיו"ט עול"ת תיפוק ליה משום דלא הוי בעידנא. רבעת שמדליק האש לשרוף הקדשים לא מקיים עודנה המצוה. והנה בפשיטות י"ל דאיצטריך קרא להיכא דמדליק בלא"ה לצורך אוכל נפש. ואף דיש לומר דהקראי מיירי בכל גווני אפילו להדליק לכתחלה כמוש"כ התוס' פסחים (דף ה') ויע"ש. ובחי' הארכתי ליישב ע"ד הפלפול. ואמ"ל. אבל לפי הריטב"א הנ"ל ניחא דלכך הוצרכו אמוראים להנך קראי דלא דחי דאפילו בדיעבד לא דחי ולוקה ג"כ בעבר ודחה ולפי הריטב"א הנ"ל ניחא נמי קושיית הנמ"י בב"מ (דף ל) אהא דפריך הש"ס דלמה לי קרא דוהתעלמת לכהן בביה"ק הא הוי עשה ול"ת ואין עשה דותה ל"ת ועשה. והק' הא אפילו אם טומאות כהנים לא יהיה אלא ל"ת לחוד ג"כ לא דתי משום דלא הוי בעידנא. דעיקר מצות השבת אבדה הוי השבה לידו דוקא. אבל לפי הריטב"א הנ"ל דבדיעבד ליכא איסור בהדחי'. א"כ אי משום טעמא דשלא בעידנא לא הוי דחי אלא לכתחלה. א"כ הוי שפיר איצטריך קרא דאפילו בדיעבד ג"כ לא דחי. לכך קאמר משום דהוי עשה ול"ת. ושוב ראיתי בקונטרס אחד של אאמ"ו הגאון (שליט"א) הכ"מ שעמד בחקירה לחקור כן והאריך שם בזה. והביא להריטב"א הנ"ל ותירץ בזה קושיית התוס' דפסחים (דף פ"ה) ל"ל קרא דעצם לא תשברו דאין עשה דואכלו את הבשר דוחה ל"ת תיפוק ליה דלא הוה בעידנא. ולהריטב"א הנ"ל הא נ"מ ללקות בדיעבד כנ"ל:

והנה כקושייתו קשה לי על המ"ל שכתב לתרץ (בפ' י"ח מה' א"ב) מה שהק' לר' אליעזר דסבר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה למה איצטריך קרא לומר גבי כ"ג אשה בבתוליה יקח למעט בעולה. דאי בבעולה דהתירא כגון שנתקדשה ונבעלה תיפוק ליה

משום אלמנה או גרושה. ואי נבעלה בזנות תיפוק לי' משום זונה ויעו"ש בזה. וע"ז תי' וז"ל ולעיקר הק' שכתבנו דלר"א למאי איצטריך עשה דבבתוליה יקח. ונראה דלק"מ דאיצטריך לעבור עלי' בעשה ול"ת. ונ"מ דאם נפלה יבמה לכ"ג מן הנשואין דאיכא עשה ול"ת לבעל לא נפטרה צרתה. אלו דבריו ז"ל. א"כ לפ"ז למה לי קרא דהעראה קונה דאל"כ דהעראה לא קינה א"כ למה לי קרא דאשה בבתוליה. דיהי' עשה ולית ולא ידחה מה"ת הא כיון דהעראה לא קונה מה"ת. א"כ לא דחי אף משום ל"ת לחוד דלא הוי בעידנא דמיעקר לאו מקיים עשה דיבום. ומדאיצטריך לאשה בבתוליה יקח שיהא עשה ול"ת שלא ידחה עשה דיבום מכלל דהעראה קונה. וע"כ צריכין אנו לאמר כהריטב"א הנ"ל דאיצטריך קרא לדיעבד כנ"ל:

אבל יש לעיין אי ביבום שייך התי' להריטב"א הנ"ל דהנה לפי מה שנסתפק המ"ל שם בכה"ג שנפלה לו יבמה מן הנשואין ועבר ובא עליה אם חייב כרת דכיון דרחמנא פטריה הוה ליה אשת אח שלא במקום מצוה ויעו"ש. א"כ כיון דמה"ת היכא דלא הוי בעידנא לא דחי לכתחלה ורחמנא פטריה א"כ י"ל ה"נ דכאן לא התיר רחמנא לאשת אח, ומעתה י"ל היכא דעבר ודחה איכא נמי ל"ת דכרת דאשת אח שלא במקום מצוה. או דמ"מ י"ל דכיון בדיעבד נדחה עולה ליבום. ואם נחזיק כסברא הראשינה דכיון דלכתחלה לא דחי הוי אשת אח שלא במקום מצוה יהא נדתה ראיית הנוב"י שהביא ראיה לדברי חתנו הגאון בסוף חמה"ק שבמקום שאין הדין נותן שירחה אפילו עבר ועשה לא קיים הנוצוה כלל מהא דיבמות (דף כ ע"ב) מאי ס"ד חייבי לאוין מדאורייתא לחלילה רמיא אם בעלו אמאי קנו הרי שאם אין עשה דיבום דוחה לאו של אלמנה. אפי' בדיעבד לא קנה ולא קי"ם מצות יבום כלל. אבל להנ"ל דהיכא דאין עולה לכחחלה ליבום פטרה רחמנא ממצות יבום והוי אשת אח שלא במקום מצוה. א"כ אם יעבור איכא ג"כ ל"ת דכרת דאשת אח לכך לא נדחה בדיעבד ג"כ. אבל יותר נראה דהסברא הוא דכיון דבדיעבד נדחה שפיר עולה ליבום. ובאמת הקושיא דלא הוי בעידנא משום הראה יש לישב כמוש"כ לישב השעה"מ הנ"ל לדעת הנמ"י דבב"מ (דף ל) דהתעסקות באבידה הוי בעידנא ה"נ הראה מתעסק הוא במצות יבום וע"ש בטעם המלך הנ"ל וביוחר להפסקי התוס' בזבחים (דף צ"ז) באי אפשר בענין אחר הוי בעידנא. וכבר כתבנו במקום אחר דאפי' להתוס' דב"ב (דף י"ג ע"א) דחשבו להראה לענין עשה דפ"ו שלא בעידנא אבל בעשה דיבום גם הם יודו דדחי והויא בעידנא כסברת הפס"ת הנ"ל ואמ"ל. אך קושייתו נראה לי לתרץ בדרך פשוט ויהא ניחא נמי קושייתי על המ"ל הנ"ל. דהא מבואר בריש פ' הבא על יבמתו דקונה אפי' הוא שוגג והיא מזידה. הוא מזיד והיא שוגגת ואפי' אונס ויע"ש. מהשתא

י"ל לכך איצטריך קרא דעליה כגון שבתחילת העראה היא שוגגת או אונס דליכא איסור בהעראה והיא בעידנא לכך אילטריך קרא דעליה דלא דחי אף כה"ג דיהיה בעידנא וד"ל. ובדרך זה עלה בדעתי להציל מה שהשיג הגאון בעל הכפ"ת ביומא (דף פ"ו) על הכסף נבחר שהביא משם ראשון אחד שכתב לתרץ מימרא דר"י גדולה תשובה שדוחה ל"ת שבתורה. במה היא גדולה כי בזה שדוחה ל"ת הרי מדה בתורה שעשה דותה ל"ת. ותי' דהא דאמרינן בעלמא דאתי עשה ודחי לית היינו היכא באותו שדוחה את ל"ת מקיים עשה וכדי שזה יקיים העשה אין אנו חוששין לדתות לית אבל הכא מי שמקיים העשה של ושבת הם כנסת ישראל אינה דוחה לל"ת שעובר הבעל על לאו דלא ישוב בעלה הראשון לקחתה. והקב"ה ליתא בעשה דושבת ויע"ש. וע"ז השיג הכפ"ת שתי השגות גדולות. חדא מש"ס כתובות (דף מ ע"א) מהא דפריך הש"ס שם בהא דאונס שותה בעציצו דניתי עשה דולו תהיה לאשה וידחה לל"ת. ומשני היכא אמרינן ניתי עשה ונדחי ל"ת כגון מילה בצרעת דלא אפשר לקיומי לעשה אבל הכא אי אמרה לא בעינא לו מי איתא לעשה כלל ואם איתא כדברי הגאונים הנ"ל מאי פריך ניתי עשה ולו תהיה לאשה וידחה לית נהי דלגבי דידיה יש עשה. אבל לגבי דידה ליכא עשה והיאך תעבור על לאו דממזרת. ועוד השיג מש"ס דיבמות דמשמע מהא דרצו למילף מקרא דעליה דידחה ל"ת דכרת משמע משם אבל ל"ת מיהא דחי וכן מוכח (מדף כ ע"ב) ויע"ש. ואם כהגאונים הנ"ל אמאי הא עשה דיבום אינו מקיים אותה אלא היבם והיאך יבמתו תעבור על לאו מבלי שתקיים לעשה וכתב אלא ודאי הדבר ברור בכל מ"ע דרמיא על אדם אחד ומוטלת עליו לעשותה בחברת אתר דותה ל"ת שבתורה אע"ג דלגבי אחד מהם ליכא עשה ויעו"ש בזה:

והנה על השגה ראשונה במחכ"ת אין כאן השגה כלל. וזה תמיה לי דאשתמיט מיניה התוס' ישינים דכתובות שם דכתבו דזהו התי' הש"ס אי אמרה לא בעינא. וז"ל דהכא לגבי דידה ליכא עשה דהא אי בעי אמרה לא בעינא ליה הלכך אין לה לעבור בלאו משום עשה דידה דהיא מוזהרת כמותו וכו' ע"כ. הרי אדרבה ראי' מהתוס' ישינים לסברת הגאונים הנ"ל. ולכאורה נראה לי להסביר תי' לפי מש"כ תוס' ב"ב (דף י"ג) בד"ה כופין וכו' וא"ת היכי כופין לשחררו. והא אמרינן בפ' השולח דהמשחרר עבדו עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו. וכ"ת מצוה שאני וכו' ואמר ר"י דמשום מצוה רבה שרי אע"ג דעובר בעשה וכו' ויע"ש. הרי להדיא דסברת הגאונים ותירוצם מבואר בתוס' דאין לעבור בשביל שיזכה חברו ודוקא במצוה רבה ושפיר תי' דזהו גדולה תשובה דהוי מצוה רבה שהקב"ה דוחה ללאו דלא יוכל בעלה לקחת אותה אף שהמצוה אינו מקיים אלא כנסת

ישראל. אך מחי' התוס' דב"ב (דף י"ג) הנ"ל קשה הא דתי' אהא דהקן דליתי עשה דפ"ו ולידחי לל"ת דלא יהי' קדש. משום דהיא אסורה להנשא לו דלגבי דידה ליכא עשה דפ"ו. והא כיון דפ"ו הוי מצוה רבה א"כ תעבור היא על לאו משום מצוה רבה דידיה שמקיים לעשה דפ"ו. א"כ מעתה י"ל דלהסברא דמצוה רבה דוחה לעשה הקלה ממנה בדחיית אחר אינו אלא בעשה לעשה. אבל בעשה הדוחה לל"ת בעבירת אחר לא דחי. ובעינן דומיא דכלאים בציצית, אף שעשה חמורה מל"ת כציצית דדחיית עשה לל"ת גזה"כ הוא כמובן ויהי' קשה על הכפ"ת. ועל הגאונים לא יקשה דאפשר דגדולת התשובה חמיר מעשה החמורה דדחי אפילו לל"ת דאחר:

אבל אפשר לומר דאין כאן קושיא להכפ"ת דהנה באמת תי' התוס' דב"ב תמוה לי. וגם תי' השני כיון דאפשר לקיים שניהם ע"י כפיה לא דחי. ואי אפשר לקיים שניהם הוא. הא סוף כל סוף בעה"ב עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו. וכ"ש דאצלה אינה אלא ל"ת לחוד אם תעבור היא. משא"כ באדון דאיכא עשה דעדיפא דבכ"מ עשה דוחה לית. ושוב מצאתי שהרגישו כבר בקושיא זו הרבה מפרשים ובראשם הח"ס בהליקוטים. אבל נראה לי לומר דאם ישא אשה וידחה ל"ת דלא יהיה קדש יעשו שניהם איסור והא איתא בנזיר (דף מ"ה) דר"ע ס"ל דאין עשה דוחה. לתרי לאוין. וכן פסק בספר הכריתות וכבר הארכתי במ"א בזה משא"כ באדון דלא יעבור אלא האדון בלבד. ואף דשיטת התוס' הוא ביבמות (דף ג') דעשה דוחה ב' לאוין מ"מ י"ל דזהו אלא דהעשה והתרי לאוי הוו בחדא גברא. אבל עשה הדוחה ללאו בחד גברא ואידך לאו הנדחה בעוד גברא והוי התרי לאוין בתרי גופי לא דחי להו חד עשה אף שהיא מצוה רבה וד"ל. ומעתה שפיר לא קשה מהתוס' דב"ב הנ"ל דלכך לא דחי עשה דפ"ו לל"ת דידה משום דהוי תרי לאוי. אבל השתא יהי' קשה על הכפ"ת הנ"ל מההיא דיבמות (דף כ') ובריש יבמות שהשיג על הגאונים הנ"ל מדרצה הש"ס לומר שם דידחה עשה דיבום לל"ת אף ללית דידה אף דליכא גבה עשה דיבום. א"כ יקשה לדידיה ממנ"פ דאי יתרץ להתוס' דב"ב הנ"ל משום דאין עשה דפ"ו דוחה לב' לאוין ל"ת דידיה ול"ת דידה. א"כ יקשה עליו מהסוגיות דיבמות הנ"ל. הא כיון דעשה דיבום אינו אלא ליבם א"כ היאך מצי דחי עשה דיבום אף לל"ת לחוד הא הלאו יעברו שניהם והעשה, לא יקיים אלא היבם. א"כ נמצא דחד עשה דיבום דחי תרי לאוין וגם הוו התרי לאוי בגופים מחולקים כעשה דפ"ו. ותקשה גם לשיטת הסוברים דאין עשה דוחה ב' לאוין. ואפשר דסבירא להו דעשה דיבום שייך גם לדידה. ובמ"א הוכחתי מהתוס' דבב"מ (דף ל') דעשה דיבום איכא גם ביבמה ואמ"ל. או דיתרצו עצמם הא דרצה הש"ס לומר דידחה מיירי כגון שהיא אינה עוברת כלל כגון

שהיא קטנה שאינה עוברת כלל וליכא אלא חד לאו דידיה. אבל מ"מ ראיית הכפ"ת הנ"ל נדחה ממנ"פ וכנ"ל. אבל בקטנה אם נוקמי יקשה לרבא דמוקי שם דלכך לא דחי עשה דיבום אפילו לל"ת משום גזירה אלמנה מן האירוסין אטו אלמנה מן הנשואין. אמאי לא קאמר גזירה קטנה אטו גדולה. ועוד אי אפשר לומר כן גם לפי האמת דמסיק רבא גזירה אטו שלא במקום מצוה הא מבואר לקמן (דף קי"ט) דקטנה לא מיבמין דברי ר"מ. ואפשר דרבא לא קאמר טעמא משום גזירה אלא לרבנן דפליגי שם על ר"מ וסברי דמיבמין. אבל בלא"ה דוחק הוא לומר דמיירי בקטנה דוקא. אבל עדיין יכולים לתרץ כדרך הראשון שתי' קושיא דמיירי כגון שהיא היתה שוגגת בביאה זו. והיא אינה עוברת כלל. אלא הוא. ושפיר הוי דחי לל"ת דידיה לחוד. ונסתר שפיר ראיית הכפ"ת הנ"ל. אבל ממש"כ התוס' הנ"ל דעשה לא דחי בעבירת עשה דאחר דוקא בעשה רבה דפ"ו. י"ל סברא להיפך דהתוס' לא כתבו זה אלא עשה לעשה אז בעינן שיהא העשה הדוחה עשה רבה. אבל העשה הדוחה ל"ת דבלא"ה ל"ת חמיר מעשה. אפ"ה לענין דחיה נדחה ל"ת מפני עשה. י"ל דה"נ אפי' הל"ת באחר ואין לפשוט מעשה אל"ת:

אבל על התוס' גופא יש לתמוה דהתוס' הביאו שם לראיה למש"כ הר"י לתרץ דבמצוה רבה אמרינן חטא בשביל שיזכה חברך מהא דמבואר בפסחים (דף נ"ט) דעשה דפסח שיש בו כרת דוחה לעשה דהשלמה, אלמא קעבר הכהן אעשה דהשלמה כדי שיקיים המחוסר כפורים מצות פסח. וקשה לי טפי הוו להו להוכיח מפסח גופא דדוחה לשבת והאיסור נעשה בכהן. ואף דזביחה נעשית נמי בזר אבל הקטרה נעשית דוקא ע"י כהן. א"כ מוכח דמשים מצוה רבה דפסח שיש בו כרת עובר הכהן בל"ת דשבת. וכבר ביארתי במ"א בראיות דפסח הדוחה לשבת הוי בתורת דחוי ועיין בנחל איתן ברמב"ם (ה' שבת פ"ב). ואי דהתם הוא ל"ת ולא יהי' ראיה על עשה הא התם בשבת איכא נמי עשה דשבתון. ואם נאמר ג"כ דהתם כמו שחמור העשה הרבה חמור נמי הל"ת דשבת דהוי ל"ת שיש בו כרת. א"כ דלפ"ז דלא חשיב עשה דפסח חמור בזה דאיכא כרת לגבי ל"ת דשבת. יקשה טפי על התוס' דכתבו דוקא בעשה החמורה הרבה הוא דדוחה לעשה דחבירו והא הכא דוחה ל"ת דפסח לל"ת שעובר הכהן אף שחשיב חומר העשה דפסח לגבי ל"ת דכרת כעשה ול"ת דעלמא ויהי' ראיה להכפ"ת דעשה דוחה ל"ת אף שאחר העובר לא יעשה אותה המצוה. וזה תמוה רבתא על התוס' לכאורה. ואפשר דהתוס' סברי כשיטת התשב"ץ שעשה דפסח דוחה ל"ת דשבת הוי בתורת היתר ולא בתורת דיחוי. אבל נראה לי לתרץ זה דהא דפסח דחי לשבת אף בעבירת הכהן הוא משום דגם הכהן עושה מצוה בהקרבת הפסח דמקיים צווי ה' שיקריב קרבן הפסח ולכך שפיר לא

הוי חטא בשביל שיזכה חבירך כיון שגם הוא עושה מצוה. אבל הכא במחוסר כפורים דלהקריב לאחר השלמה דאיכא אדרבה צווי ה' הוא שלא להקריב ואם יקריב יעבור הכהן בעשה דעלי' השלם א"כ נמצא דכל הדחי' שדחי מחוסר כפורים לעשה דהשלמה דכהן הוא בשביל מצות הפסח דמחוסר כפורים ולא שייך כלל הכא לומר דהוא יעשה ג"כ מצות ה' להקריב הא אדרבה הכא צריך לעבור בהקרבה על מצות ה' והיאך אמרינן חטא בשביל שיזכה חבירך כמובן. ודו"ק היטב כי זה נכון הוא לפענ"ד. ושוב מצאתי בספר תורת גיטין בגיטין (דף מ') בתוס' ד"ה לישא וכו' שהרגיש ג"כ להק' על תי' התוס' דבדידה ליכא עשה דנאמר חטא בשביל שיזכה חבירך ונתיר לאשה לעבור על לאו בכדי שיקיים השני עשה החמור. אבל לדחות אצל האחר ל"ת דחמור כדי שיקיים מ"ע לא אמרינן. ע"כ ויע"ש. כ"ז נראה לי לפלפל בזה:

והנני ידידו המברכו מרחוק יהודא ליב אנאליק בהרב הגאון אמתי הצ' שמעון דובער (הכ"מ):

+אורח משפט על תשובה ב

בעזהשי"ת יום א' פ' ויק"פ שנת ועת קין לפ"ק פק"ק שערליץ:

תשובה לרב גדול אחד:

אחדשה"ט באהבה. הנה כעת לקחתי עצמי פנאי לעיין בדבריו העמוקים ולהסיר מעלי את חצי השגותיו אשר ירה עלי בדין אין עשה דוחה ב' לאוין. והשגתו תסובב ג"כ על חד מן קמאי הוא רבינו ספר הכריתות דסבר דאין עשה דוחה ב' לאוין. ומעכ"ת האריך בפלפול ערוך ובראיות מש"ס דעשה דחי אפי' תרי לאוין והחלי בעזהשי"ת לישבם לשיטת הסוברים דאין עשה דחי ב' לאוין. וזהו:

א) הנה מה שנסתפק כת"ר שיש לחשוב תרי לאוי במה שנשנית אותו הלאו עוד הפעם. ולפענ"ד זה פשוט דאין סברא כלל לחשוב ללאו שנמצא נשנה עוד הפעם בתורה לעוד לאו. ואין לחשוב לעוד לאו אלא בחזר ונשנה עוד הפעם בהדדי. בזה שפיר הסברא נותנת מדנשנה עוד הפעם תיכף בחנם כיון דכבר הזהיר רחמנא כאן בלאו ומדחזר עוד הפעם תיכף ע"כ אתי כדי לחייב שתים. כמו לא יחליפנו ולא ימיר דכתיבי אהדדי חשיב בתמורה לתרי לאוי, ובעוד אופן מצינו שיש לחשוב על אותו הלאו הנשנה עוד הפעם לתרי לאוי הוא בנשנה בשם אחר כגזל. ואאמו"ר הגאון (הכ"מ) הראה לי שתי ראיות ע"ז משני תוס'. מתוס' יומא (ד' ל"ג) בד"ה הכא ומתוס' פסחים (דף ה') בד"ה כדתנא וכו' ויע"ש:

ב) הש"ג מש"ס דיבמות (דף ה' ע"א) מהא דרצה הש"ס שם למילף דעשה דותה ל"ת דמצורע אף שאין שם אלא חד עשה דגלות מצורע. ודחי לאו דהקפת הראש וגלוח הזקן. והגמ' שרצה לדחות. לא דחי שם אלא מטעמא דלאו שאין שוה בכל. ולא קאמר הש"ס שם בדרך הוכחה דאי לא תימא הכי אמאי לא נגמר דדחי אפי' בחרי לאוין כדדחי שם לענין עשה ול"ת עכת"ד:

הנה זה לפענ"ד לא קשה מידי די"ל דגם ספר הכריתות דסבר דעשה לא דחי ב' לאוין לא כתב זה אלא בהתרי לאוין שוין בכל וכמו שהוכיח שם לראיה דלא דחי מש"ס דתמורה (דף ד') דלא אתי עשה דוהי' הוא ותמורתו יהי' קודש ועקר תרי לאוי דלא יחליפנו ולא ימיר אותו. והתם הוי הלאוין שוין בכל דוקא א"כ בודאי גם הספר הכריתות יודה אם אין הלאוין שוין בכל עשה דחי אפי' תרי לאוין. א"כ מהשתא בלאוי דהקפת הראש וגלות זקן דאינו שוה בכל שפיר דחי לכו"ע אפי תרי לאוי. ומעולם לא קיי"ל דלא דחי שיקשה הש"ס ג"כ א"כ נילף מהכא לכ"מ דדחי אפי תרי לאוין: ובאמת לפענ"ד בלא"ה לא קשה מידי דהא אף דבגילוח שער ליכא אלא חד עשה. אבל בגלוח זקן וראש שפרט רחמנא ביחוד וגלח את זקנו ואת ראשו. א"כ החיוב ג"כ לקיים מצות גילוח זקנו וראשו ואם יגלח השער ע"י סם בודאי לא יקיים מצות גילוח זקנו וראשו. אף שיקיים מצות גילוח שער באידך השער. וזה ברור לפענ"ד דהחיוב עליו ביחוד לקיים מצות גלוח ראשו וזקנו. וא"כ כי היכא דאיכא לאו על גלוח שער הראש וגלות שער הזקן איכא ג"כ מצוה מיוחדת לגלוח הזקן וגלוח הראש ולפ"ז יתיישב שפיר מה שיש להקשות בלא"ה הא איכא תרי לאוי בגלוח ראש גופא על שתי פיאות הראש ובגלוח זקן הא איכא חמשה לאוין ואפ"ה דחי, אבל להנ"ל שפיר אפשר לומר כיון דהתורה חייבה לגלח את ראשו ואת זקנו א"כ כמו דבאיסור גלוח הזקן והראש איכא איסור על כל פאה ופאה מהראש. ואפי' בגלוח רק פאה אחת חשוב עבירת לאו דגלוח זקן בזה. ה"נ בהחיוב שחייבה התורה לגלח את כל ראשו ואת זקנו איכא מצוה בגילוח כל הראש והזקן. וע"כ צריך לומר דאיכא מצוה בגילוח כל פאה מהראש והזקן דאל"כ היאך שריא רחמנא לגלח את כל פאות הראש והזקן הא אפשר לקיים שניהם שלא ע"י דחיית הלאו בגלוח הפאות שזה עובר לאו על כל פאה ופאה אלא שישיר השער שלא בתער רק ע"י סם וכדומה ומצות גלוח הראש והזקן יקיים ג"כ בשתי שערות מהזקן והראש ולא יעבור רק חד לאו מהראש והזקן. א"ו דאיכא מצוה ג"כ על כל פאה מהראש והזקן. (עיין מש"כ להגהותי (בסי' כ"ז) בזה.):

ובזה יתיישב שפיר מאי דיש להק' הא לא הוי בעידנא דבהתחלת גלוח שתי שערות עובר בלאו והעשה דגלוח שערו לא יקיים עד סוף גלוח כל שערו. ומצאתי שוב שכבר

הק' כן הח"ס ביו"ד (תשובה ק"מ). אבל להנ"ל דמקיים המצוה אפי' בגילוח פאה אחת הוי שפיר בעידנא דעובר על לאו דגלוח דהוא בפיאה אחת אז מקיים ג"כ המצוה בגלוח: ג) הקשה מהא דרצה למילף הש"ס ביבמות שם מפסח ותמיד שדוחה את השבת ודוחה אף דאיכא כמה לאוין בהקרבה בשבת בהשחיטה והפשטה והקרבה ולא יקיים אלא חד עשה דפסח. וכן משריפת בת כהן דליכא אלא חד עשה דבאש תשרף ודחי לאיסורי שבת שנאמרו ונשנות כמה פעמים בתורה והוא הק' זה אלא לפי מה שנסתפק אי לאו הנשנה עוד הפעם חשוב לעוד לאו. אבל לפענ"ד העיקר כמו שביארתי לעיל. ובלא"ה הוי מצי להק' דאיכא כמה לאוין מחולקין בהבערת ב"כ. דבשריפת ב"כ מבואר בשבת (דף ק"ו) וכאן ביבמות (דף ו') דאיכא איסור בישול פתילה ונטילת נשמה. ומפני חומר קושיות הנ"ל העלה דלא כהסוברים דעשה לא דחי ב' לאוין אלא דעשה דחי אפי' תרי לאוין:

ולפענ"ד אפשר ליישב כל זה. דמכאן אין השגה כלל על שיטת הסוברים דאין עשה דתי ב' לאוין. ובאמת ביארתי במ"א דהיכא דאין הלאוין באין בב"א לכו"ע לא דחי. ואמ"ל בזה. א"כ ה"נ אין הלאוין באין בב"א ויקשה לכו"ע. והנה בפשיטות י"ל דהא באמת רצה שם הש"ס למילף מפסח ותמיד לכל מקום דעשה דוחה אפי' ל"ת שיש בו כרת דחמירא טובא אפי' מתרי לאוי דעלמא. וה"ה הוי ילפינן דדחי אפי' תרי לאוין. אבל השתא דדחי הש"ס דמפסח ותמיד ליכא למילף למיא. א"כ ה"נ אין ללמוד כלל מהתם דדחי בעלמא תרי לאוי. והא אפי' ל"ת לחוד דדחי עשה טרח שם הש"ס לאשכוחי לימוד ע"ז דדחי ולא ילפינן מהתם כמו דעשה דפסח דחי ל"ת שיש בו כרת לידחי לפחות עשה דעלמא לל"ת דעלמא. והראיה דהא עשה לא דחי לל"ת ועשה לכו"ע ולא ילפינן מפסח ותמיד דדחי לשבת דאיכא נמי עשה ול"ת. עי' בתוס' שם בד"ה טעמא וכו'. ומשריפת בת כהן נמי לא קשה דהא דאיצטריך קרא דמושבותיכם דאין רציחה דוחה שבת לאו משום דעשה דוחה ל"ת שיש בו כרת בעלמא אלא משום דאיכא ק"ו דרציחה דוחה לעבודה ועבודה דחי לשבת. אינו דין שרציחה דוחה את השבת ולזה שפיר איצטריך קרא דלא תבערו אש בכל מושבותיכם דלא דחי אפי' לתרי לאוי כיון דאית לן ק"ו משבת דדחי לעבודה והתם הוי דחי לכמה לאוין וגם הוי דחי אפי' ל"ת דכרת. מכ"ש תרי לאוי דפשיטא הוא דלא חמירא מל"ת שיש בו כרת כנ"ל. ואפי' לשי' ספר הכריתות שם דעשה דחי אפי' ל"ת שיש בו כרת. מ"מ הראיה מעשה ול"ת דלא דחי לה עשה לכו"ע. ולא ילפינן מפסח ותמיד. איו מוכח כדברינו דלבתר דדחי הש"ס אין למילף כלל משם:

וביותר נראה לי דלא קשה מרציחה דדחי אפי' ב' לאוין אי לאו דגלי קרא דלא דחי הוא משום דרציחה הוי עשה דרבים דעשה ובערת הרע מקרביך על כל ישראל נאמרה עי'

בסנהדרין (דף פ"ט). ודמי לשמחה דמבואר במ"ק (דף י"ד) ודמי לנידוי שכתבו התוס' שם דהוי עשה דרבים משום שנוהג בב"ד אלמא מה דנוהג בב"ד הוי עשה דרבים (עי' מש"כ להגהותי (בסי' כ"ז) מזה) ובעשה דרבים י"ל דלכו"ע דחי אפי' תרי לאוין ועד נראה לי לומר דמפסח ותמיד לא קשה מידי דמש"כ דמצוה שלא נגמרה לא הוי מצוה אלא במצוה אף שיגמור לא מקיים רק חד מצוה ונמצא שהמצוה דחי לכמה לאוין אבל הכא הא מצות הקטרה שמקיים הכהן בהקרבת הפסח הוא מצוה בפני עצמה שציותה התורה להביא פסח וגם ציותה התורה לעשות מצות הקטרה וכזריקת דם דהויא מצוה בפני עצמה עיין בתוס' עירובין (דף ק') בד"ה מתן ד' וכו' ויע"ש ולכך שפיר אתי מצות שחיטה ודחי ללאו דשחיטה ואתי מצות הקטרה ודחי לאיסור הקטרה וחשוב מצות הקטרה בכלל עשה דכרת כפסח כיון דאי לא מקטיר לא יקיים המצוה דפסח וד"ל ונכון הוא לפענ"ד:

אבל לפי תי' זה עדיין יש להק' לפמש"כ הפ"י דלשיטת הרמב"ם (בה' שבת פ"ח ה"ז) דבשחיטה איכא שני מיני איסורים. א' משום נטילת נשמה. וא' משום מפרק. אף דלענין איסור מפרק הוי מלאכה שאצ"ל ופטור. שא"צ לדם. אבל בשחיטת קדשים ודאי צריך הוא לדם זריקה ויע"ש בזה. א"כ יהי' בשחיטה גופא תרי לאוין. לכן צריכין אנו לתרץ כתי' הראשון. ובמ"א כתבתי כיוצא בזה באריכות. ואמ"ל בזה:

ד):

וגם מה שהשיג מיבמות (דף כ') דפריך הש"ס דניתי עשה דיבום וידחה לאיסור אלמנה לכ"ג מן האירוסין והק' והא איכא שם תרי לאוין דאפי' לרבא בקידושין (דף ע"ח) מ"מ אם בעל אח"כ לוקה אף על הקידושין עכת"ד בקצרה. אבל לפענ"ד ג"ז לא קשה מידי לפי מה שחדשתי לעיל דבהוו הלאוין אינם שוין בכל לכו"ע דחי עשה אפי' תרי לאוין. א"כ ה"נ הוו הלאוין דאלמנה לכ"ג אינם שיין בכל בישראל לכך דחי אפי תרי לאוין. וכן ראיתי להריטב"א ביבמות שם בד"ה קפסיק וכו' ואע"ג שאינם שוין בכל סבירא לן דלא אתי עשה השוה ובכל ודחי להו. וי"א שכתבו דודאי עשה השוה בכל דחי ל"ת ועשה דאינם שוין בכל והכא לרווחא דמלתא אמרי לה ע"ש. אבל להתוס' בב"מ (דף ל') בד"ה הא וכו' ראיתי וז"ל דחשיב שוה בכל כיון שהאלמנה עשתה איסור כמו הכהן דאיקרי בי' לא יקח ולא יקחו. אע"ג דאין שוה בכל אלא בכהנים אבל ההוא דגלוח הזקן שאינו שוה בכל בנשים נדחי מקמי עשה דמצורע. הרי דדעת התוס' דלא כהריטב"א הנ"ל דאלמנה לכ"ג חשוב שוה בכל. אבל מ"מ לא קשה מהכא על ספר הכריתות הנ"ל די"ל דהוא סבר כהריטב"א הנ"ל דחשוב אלמנה לכ"ג אשב"כ. והתוס' לשיטתם סברי ביבמות (דף

ג') בד"ה ל"ת וכו' דעשה דחי ב' לאוין. אמנם נראה לי לומר דגם להתוס' דכתבו דכיון דגם אשה מוזהרת הוי שוה בכל ג"כ לא קשה. דהא באמת תמוה מש"כ התוס' כיון דגם אשה מוזהרת הוי שוה בכל, היאך הוי בזה עשה השוה בבל. הא מ"מ אינו שוה בכל באנשים. אלא ודאי בירור דבריהם הוא דאלמנה לכ"ג הוי עשה השוה בכל הוא. דכנגד עשה דהשחתת זקן הוי עשה דאלמנה לכה"ג אשב"כ וליכא למילף מהשחתת זקן דהוי אשב"כ טובא על עשה דאלמנה לכה"ג שאשב"כ רק כעשה דיבום. אבל בודאי גם התוס' יסברו דעשה דיבום הוי עשה דקילא משאר עשה בזה שאשב"כ באנשים. ושוב מצאתי כסברתי זה בש"מ שם וז"ל וי"ל דשאני עשה דבתולה שהיא מוזהרת עליו וכו' הלכך אע"ג דהויא ליה עשה שאשב"כ לא ילפינן ליה מעשה דהשחתת זקן דמדחי מקמי עשה דמצורע. דעשה דהשחתה ליכא בגוף האשה כלל. הרי דהשיטה חשב לאשב"כ ולא כתב אלא מאשב"כ כהשחתת זקן אבל בודאי זה פשוט דגם עשה דאלמנה לכ"ג חשיב קילא משאר עשה בזה שאשב"כ באנשים. ושוב ראיתי להדיא בתוס' יבמות (דף ה') בד"ה ואכתי וכו' דעשה דגלוח הוי טפי אינה שוה בכל אבל גם עשה דאלמנה לכ"ג הוי אשב"כ כנ"ל ע"ש. מהשתא שפיר יש לחלק כנ"ל דבאינה שוה בכל דחי אפי' חרי לאוין (עי' מש"כ בס' א' בתשובה שם להוכיח מהסוגיא דיבמות הנ"ל דעשה דחי אפי' תרי לאוין. וכתבתי לחלק בין דחיית הלאוין בתרי גופי. ע"ש בזה): ה) ועוד כתב דאם נחלק לענין חד לאו לתרי לאוי. א"כ בודאי הסברא נותנת שיש נ"מ בין חד עשה לתרי עשה. לוה הק' משבת פ' ריא דמילה דקאמר שם דאי לאו דגלי קרא דמילה דוחה את הצרעת לא הוי דחי משום דבצרעת איכא עשה ול"ת ואמאי לא נימא כיון דבמילה יש שני עשין כדאמרינן בסנהדרין (דף נ"ט ע"ב) אמאי לא ידחה אף לל"ת ועשה. וכתב דגם לשיטת הרימא"י בקידושין (דף ל"ד) דל"ת שיש עמה עשה גם הלאו אלים ולא דחי ל"ת תליא ג"כ בזה אם נחלק בין חד לאו לתרי לאוין. ושוב דחה לחלק דהכא במילה התרי עשין אינם מענינים נפרדים. וספיקו הוא בענינים נפרדים. ושוב כתב להוכיח מש"ס דבב"מ (דף ליב) דאפילו בענינים נפרדים אין לחלק בין חד עשה לתרי עשה מהא דאמר לו אביו היטמא או שאמר לו אביו אל תחזיר וכו' ופריך הש"ס ל"ל קרא הא אין עשה דוחה לל"ת ועשה ופירש"י ביבמות שאמר לו אביו היטמא להחזיר האגדה ויש שני עשין. עשה דכבוד ועשה דהשבה. אפי"ה פריך ל"ל קרא עכת"ד:

ולפענ"ד אין ראיה גם מזה כלל דהנה מש"כ להקש' ממילה דהוו שני עשין בזה דקאמר שם הש"ס דמילה נאמרה ונשנית בסיני וביום השמיני ימול הא קאמר הש"ס שם דלא חשיב מילה נשנית לב"נ משום דלמילתא נשנית ובפרט למש"כ (באות א') דלא חשיב

בזה דנשנה עוד הפעם לעוד לאו אא"כ נשנה תיכף עוד הפעם כתמורה כנ"ל. וה"נ שפיר י"ל לענין עשה וד"ל: ובעיקר קושייתו נלפענ"ד דמעולם לא סבר הכריתות הטעם דאין עשה דוחה ב' לאוין משום דהלאו מאלים לאידך אלא דעיקר טעמו נ"ל הוא משום דאין בכח חד עשה לעשות שתי פעולות דדחיה כיון דלא מצינו אלא בכלאים בציצית דהעשה דציצית דחה ללאו דכלאים דאינו עושה רק חד פעולה דדחיה. אבל לעשות תרי פעולות בדחיה ולדחות תרי לאוי לא מצינו. וכן נראה מלשונו לא מנתק חד מינייהו דאין ברירה ויע"ש. א"כ לטעם דתרי לאוי חמירא ואידך מאלים לחבירו א"כ מהדין אפי' חד לאו לא יהי' נדחה. וכמו שדימה כת"ר להרימא"י הנ"ל. ולמה הוצרך ספר הכריתות לומר לטעם דלא נדחה אפי' חד לאו משום דאין ברירה. א"ו ע"כ הא דלא דחי עשה לתרי לאוי הוא משום דאין בכח חד עשה לעשות תרי פעולות דדחיה ואי דמ"מ חד לאו יהי' נדחה לזה הוצרך לומר מטעם דאין ברירה מי ידחה וזה ברור לפענ"ד:

וזה דלא כמש"כ המהרש"א בריש חולין לתרץ קושיית התוס' הא דהק' דאמאי אם המיר אינו לוקה אלא ארבעים הא תרי לאוי כתיבי. וכתב לתרץ דהש"ס קאמר דלא אתי חד עשה ומנתק תרי לאוי אבל חד לאו נעתק לכך אינו לוקה אלא ארבעים. אבל להספר הכריתות הנ"ל ליתא שכתב שם להדיא הא דאין עשה דוחה ב' לאוין מההיא דתמורה דקאמר הש"ס שם דלא אתי חד עשה ומעקר ב' לאוין וכתב כנ"ל דלא מנתק כלל אפי' חד לאו וע"ש בזה. ואפשר המהרש"א ברות קדשו כתב זה רק להתוס' דסברי ביבמות (דף ג') דעשה דתי ב' לאוין א"כ ע"כ לא סברי כספר הכריתות בזה:

ומעתה לא קשה מידי מתרי עשה דה"נ בתרי עשה לא מאלים חד לחברי' ולא מצי דתי לעשה ול"ת. ובלא"ה לא קשה מידי דמבואר בתוס' זבחים (דף ל"ג ע"ב) בד"ה לענין וכו' דעשה דמצורע אע"ג דחמירא כיון דליכא כרת כעשה דפסח לא דחי הרי דאפי' עשה דחמירא לא דחי לל"ת ועשה דדוקא עשה דכרת דחמירא טובא, א"כ ה"נ נהי דתרי עשה חמירי מחד עשה אבל מ"מ לא חמירי טובא כעשה דכרת ולפ"ז לא יקשה נמי מההיא דב"מ הנ"ל שהק' דאיכא ג"כ תרי עשה ואפ"ה לא דחי לעשה ול"ת דה"נ לא חמירא טובא דאפי' דהוי העשין נפרדין לדחות כעשה דכרת דיהי' דחי אפי' ל"ת ועשה. ומה שדימה להרימא"י דקדושין דלאו שיש עמה עשה גם הלאו אלים ולא דחי עשה ומזה כתב כת"ר גם לתרי עשה דחברתה מאלים לאידך. לפענ"ד סברת הרימא"י ענין אחר הוא ולא כתב זה אלא בלאו ועשה דסברתו הוא כיון דבלאו זה נאמר ג"כ עשה ע"כ העשה בא לחזק להלאו גם בקיום עשה לזה הלאו אלים משאר לאוין אבל בהאי דב"מ דהעשין הוא מענינים נפרדים לא שייך סברת הרימא"י דבא לחזק וד"ל ודו"ק:

ובלא"ה לא קשה מההיא דבב"מ על ספר הכריתות דיפרש כהריטב"א בב"מ שם שכתב להדיא דהא דאמר לו אביו היטמא לחוד בלא השבת אבידה דליכא אלא חד עשה אבל באיכא תרתי דתי אפי' ל"ת ועשה ע"ש. ולכאורה יש להקשות מהתוס' יבמות (דף כ') בד"ה אמר קרא וכו' דכתבו שם דאין תרי עשה עשה דיבום ועשה דוהתקדשתם דוחה ל"ת ועשה. א"כ הרי משמע דהתוס' לא סבירא להו כהריטב"א ומצאתי שכבר עמד בזה אאמו"ר הגאון (הכ"מ) בספרו אורח משפט בהל' אבידה וכתב לחלק דההיא דיבמות התרי עשה בענין אחד אבל ההיא דהריטב"א הוי בענינים נפרדים ובזה גם התוס' יודו להריטב"א דלא דתי:

ו):

כתב על מה שהביא הפמ"ג מהאי דנזיר (דף מ"ח) דאי עשה דותה ב' לאוין תליא במחלוקת ר"י ור"ע. וכתב לחלק דמ"מ הוי הותרה (והוא לשיטת רש"י בברכות (דף כ') כתב זה. אבל לשיטת תוס' דהוי מטעם דיחוי ליכא חילוקו) ולכך כיון דמ"מ הותרה שפיר י"ל דלכך איצטריך קרא ר"ע לעוד לאו די"ל דלא הותרה אלא חד לאו אבל בהוי מטעם דחוי דלא נכתבה אלא בדרך תנאי דחי אפי' לכמה לאוין עכת"ד. והנה מסברא אדרבא נראה להיפך דהא איתא ביבמות (דף ז') דהואיל והותרה לצרעתו הותרה נמי לקריו אבל בדחי' צריך להיות דוקא כמו שנכתב התנאי דכלאים בציצית דליכא אלא חד לאו אבל בתרי לאוין לא נכתב התנאי דדחי' כמובן. ומש"כ להוכיח דמ"מ הוי בתורת היתר מדלא צריך לשכור פועלים ויכול בעצמו לטפל עם זה י"ל דאין הוכחה כ"כ חדא דכל מת מצוה הוא בדרך דליכא מי שיטפל. אבל בודאי אי איכא אחר לטפל הוא אסור לטפל בעצמו ועוד מי יאמר לן דלא צריך לשכור. וגם הא הפרמ"ג בעצמו כתב לחלק דאין ראי' ממ"מ דמיירי שאפשר לקבור ע"י אחרים וליכא עשה דקבורה רק כבוד הבריות שלא יהי' מוטל בבזיון וגזה"כ הוא ה"א דוקא חד לאו ויע"ש:

ז):

השיג על מה שכתבתי להק' בביצה (דף ח') דהא יכול לקיים שניהם עשה דכיסוי ע"י עכו"ם או ע"י קטן. והביא שכיוצא לזה הק' השעה"מ על מילה למ"ד שכשרה בעכו"ם וכתב דמש"כ התוס' בשבועות (דף ג') דאם יכול המצורע לקיים עשה דגילוח להקיף ע"י עכו"ם או ע"י קטן לא דחי לה מ"ע דמצורע זהו דוקא גבי מ"ע דגילוח דהתורה שציותה לגלח אין המצוה על המגלח כלום אלא להיות מגולח, וכיון דעל המתגלת ליכא מצוה. א"כ אין נ"מ מי שיגלח לו לכך אפילו ע"י קטן ועכו"ם לא יתבטל שים מצוה אבל מילה יתבטל המצוה דרמיא גם על ב"ד למול אותו לכך לא יכול לעשות ע"י עכו"ם אבל עשה

דכיסוי ג"כ אם יעשה ע"י עכו"ם וקטן לא יקיים המצוה דכיסוי ולא הוי אפשר לקיים שניהם בזה עכת"ד:

הנה מעולם לא הקשיתי זה שיעשה המצוה דכיסוי ע"י קטן. וגם אני ידעתי מזה שלא יקיים המצוה ע"י עכו"ם וקטן. וקושייתי הי' שיעשה רק מלאכת חפירה וכתישה ע"י עכו"ם אבל מצות כיסוי שפיר יכול לכסות שוב בעצמו ושפיר הקשיתי הא אפשר לקיים שניהם ע"י עכו"ם וקטן. ומש"כ הא דכתבו התוס' דעשה דגלוח יכול לעשות ע"י עכו"ם משום דעל המתגלח ליכא עשה ולא שייך דיתבטל העשה אם יעשה ע"י עכו"ם. ולפענ"ד תמוה לומר כן דאין המצוה לגלח על המתגלח כיון דהתורה מצוה להמצורע שיגלח שערו מה"ת נימא שאין החיוב עליו לגלח בעצמו. ומאי שנא מכל מצות שבתורה שהחיוב לעשות דוקא קיום המצוה מי שנצטוה ואפי' נאמר דאין המצוה לגלח דוקא ע"י המתגלח אבל מ"מ גם מעשה הגילוח ג"כ הוי צוה כיון דהתורה מצוה על עשיה זו בודאי איכא מצוה בעשייתה א"כ אף דמי שיגלח להמצורע מקיים המצוה אבל ע"י עכו"ם דליכא בה מצוה וכן קטן מ"מ יתבטל המצוה ולא הוי אפשר לקיים שניהם. והעיקר נלפע"ד דמצות גלות שהטילה התורה לגלח. צריך המצורע בעצמו לגלח ואחד המגלחו בא בשליחותו בזה. אבל עכו"ם או קטן דלא שייך בשליחות בודאי לא יקיים המצוה.

ואי דהשתא יהי' תמוה על התוס' דשבועות שכתבו דיכול לגלח ע"י עכו"ם וקטן:

ולפענ"ד נראה לי לתרץ זה. ונקדים לתרץ בזה עוד קושיא מאי דקשה לי על הכס"מ (בפ' י"ב ה"א) שכ' שם לפרש הרמב"ם שכתב האיש המתגלח אינו לוקה אא"כ סייע למגלח. והראב"ד כתב אע"פ שאינו לוקה. כיון דמדעתו עשה עובר בלאו. וכתב הכס"מ לפרש דלהרמב"ם גם בלאו אינו עובר ואפי' אמר לו להקיף אין שליח לד"ע ע"ש. א"כ מעתה יקשה על הכס"מ דבלא מסייע ליכא איסור כלל קושיית התוס' דשבועות דלמה איצטריך קרא ביבמות (דף ה') דעשה דמצורע דחי לאו דהקפה הא יכול להקיף ע"י שאינו בר חיובא ע"י קטן ואשה ועכו"ם ויהי' גם הניקף פטור והוכיחו מזה דהניקף עובר אף דהמקיף לאו בר חיובא ע"ש. א"כ להכס"מ אפי' דהניקף חייב גם מאינו בר חיובא. אבל מ"מ הא יכול לקיים שניהם ע"י עכו"ם וקטן וגם הניקף לא יעבור כגון שלא יסייע לעכו"ם וקטן דאינו עובר כלל להכס"מ לשי' הרמב"ם בלא מסייע. ובפשיטות יתרץ כדחיית התוס' שם דאיצטריך קרא בליכא קטן ועכו"ם ואשה. אבל נראה לי לתרץ הכס"מ ושפיר נוכל לאוקמי הקרא בכל גווני אף באיכא עכו"ם וקטן. ויתורץ זה בקושייתנו הראשונה דאם ע"י עכו"ם וקטן הא לא יקיים המצוה. דהנה זה נלפענ"ד דכיון דהתורה חייבה להניקף אפי' במסייע לחוד וחשיב כאלו נם הוא גלח. א"כ מעתה ה"נ י"ל לענין מצות

גלוח דמצורע דבמסייע לחוד הוי כאלו מקיים מצות גלוח בעצמו. ולזה שפיר יקיים גם המצוה ע"י עכו"ם וקטן בזה שיסייע ג"כ ויהי' חשיב כאלו גלח בעצמו ולא צריכין אנו כלל לבא לידי שליחות דעכו"ם וקטן בזה. א"כ מהשתא דלא יכול לקיים ע"י עכו"ם וקטן אלא ע"י סיוע דידיה. ובלא סיוע לא יקיים המצוה כקושייתנו הנ"ל. א"כ לא קשה מידי על הכס"מ הנ"ל דיעשה ע"י עכו"ם וקטן. ובלא סיוע דליכא איסור כלל לשי' הרמב"ם הא בלא סיוע לא יקיים המצוה. וזה נכון מאד. ואין להקשות הא יכול לעשות עדיין ע"י אשה בלא סיוע ויקיים המצוה מצד שליחות דמהני באשה. דאי מטעם שליחות א"כ יתיחס כל המעשה להמתגלח ויעבור גם על הלאו מטעם שליחות דבזה יש שליחות דכיון דדוחה אין כאן עבירה כמובן. ודו"ק:

אבל עדיין לא מיושב קושייתי על הכס"מ הנ"ל לפמש"כ הרמב"ם (בפ"א ה"ג) מהל' טומאת צרעת ואם גילו שלא בתער או שהניח שתי שערות לא עשה כלום. ואין מגלחו אלא כהן עכ"ל. והנה נראה דהרמב"ם סובר דתגלחת מצורע הוא ע"י כהן דוקא אבל לא לעיכובא ואינו אלא למצוה בעלמא שיהיה הגלוח ע"י כהן אבל בדיעבד מקיים מצות התגלחת שלא ע"י כהן מדלא כלל במה שכתב מקודם דבגלוח שלא בתער או שהניח שתי שערות או שלא גלח ע"י כהן לא עשה כלום. אלא אח"כ שכתב ולא עשה כלום בהנך מסיק והגלוח יהי' ע"י כהן. הרי נראה בעליל דהרמב"ם סבר דאינו אלא למצוה בעלמא ע"י כהן. וכן ראיתי להשעה"מ בהל' עכו"ם (בפי"ב) דדעת הרמב"ם נראה שאין התגלחת ע"י כהן לעיכובא אלא למצוה. והביא שם גם קושיא מהר"י הגאון על התוס' דשבועות הנ"ל דהיאך מקשו הא יכול לקיים ע"י קטן או עכו"ם ואשה הא צריך לגלח ע"י כהן. דדין הרמב"ם הלא מתוספתא הוא. ותירץ שיכול לגלח ע"י כהן קטן אבל לפי תי' יקשה עדיין על התוס' מעכו"ם ואשה היאך הוי אפשר לקיים שניהם ע"י כיון דצריך להיות ע"י כהן. ולפענ"ד להרמב"ם דהתגלחת ע"י כהן אינו לעיכובא שפיר הקשו כיון דאינו אלא לכתחלה. ובדיעבד יקיים המצוה נם שלא ע"י כהן. א"כ היאך הוי דחי לל"ת. ואין לך דיעבד גדול מעבירת לאו ושפיר הוי אפשר לקיים המצוה ע"י עכו"ם וקטן ולא יצטרך לעבור על לאו כמובן. ודו"ק:

א"כ מעתה לשיטת הרמב"ם הנ"ל דמצות התגלחת הוא ע"י כהן דוקא. א"כ שפיר יש לדמות למילה דאין החיוב גם בתגלחת אלא שיהי' מגולח ובדיעבד מקיים גם להרמב"ם ע"י עכו"ם וקטן או אשה אפי' שלא יסייע. א"כ יהי' הדר קושייתנו הנ"ל לדוכתא דהא יכול להקיף ע"י עכו"ם וקטן ואשה ולא יסייע וליכא איסור כלל כנ"ל:

ונראה לי להצדיק תי' זה דהנה מש"כ השעה"מ הנ"ל לתרץ דיכול לגלח ע"י כהן קטן נ"ל לפענ"ד אף דיכול לקיים התגלחת גם ע"י כהן קטן אבל מ"מ הא אין הקטן מצוה לגלחו ולא קיים אלא ככל מצות דהוא אינו אלא מטעם חינוך דרבנן. אבל כהן גדול שמונח עליו החיוב לגלח להמצורע הוא מקיים מצוה בגלוח זה שציוה לו התורה לגלחו א"כ אף שהמצורע בעצמו יקיים תגלחתו גם ע"י כהן כדין התורה בכהן לכתחלה אבל מ"מ מעשה התגלחת דהוא מצוה על הכהן לגלחו יתבטל ע"י כהן קטן. וכן למש"כ דהוי אפשר לקיים שניהם בזה דמהני בדיעבד דלדברינו זה דהחיוב על הכהן לגלח הוא מצוה בפני עצמה ואם יעשה ע"י עכו"ם וקטן יתבטל מצותו דכהן א"כ לא הוי אפשר לקיים שניהם בזה. וכן ע"י אשה. דאעפ"י שכתבתי דאינו אלא למצוה לכתחלה לאו דמעשה הגלוח יקוים גם ע"י אחר שלא ע"י כהן. א"כ הוי שוב אפשר לקיים שניהם ולא דחי מצוה דלכתחלה לל"ת כנ"ל אלא נ"ל דמעשה הגלוח שציותה התורה לגלח ע"י כהן המצוה זו בודאי הוא לעיכובא דוקא ע"י כהן ומה"ת נימא מצוה שציותה התורה לכהן יהי' יכול לעשות גם ע"י ישראל בדיעבד. והלכתחלה הוא לענין דלהמצורע שיהי' מגולח לא מעכב תגלחתו ע"י מי שיהי' ויקיים מצותו גם ע"י אחר. וראי' לזה דע"כ איכא מצוה בכהן ועושה הכהן ג"כ מצוה בהתגלחת דמצורע דאל"כ היאך אמרה התורה לכהן שיעבור על לאו דמקיף דהא לא אמרינן חטא בשביל שיזכה חבירך אלא במצוה רבה וגם במצוה רבה אינו אלא עשה לעשה אבל לא בל"ח כמוש"כ בספר תורת גיטין (עי' מש"כ בסי' א' בזה). א"ו דגם הכהן עושה מצוה בגלוח דמצורע ושו"ר להטעם המלך שם שכתב להק' אי אמרינן דתגלחת ע"י כהן לא הוי לעיכובא א"כ תקשה היאך אמרה תורה לעבור על איסור לאו דמקיף. אבל לפענ"ד הוא ברור כמוש"כ כיון דמ"מ מצוה איכא ע"י כהן שפיר אמרה תורה להקיף ע"י כהן דנדחה הלאו דניקף מפני מצוה דידיה. א"כ מהשתא דלא יכול לקיים גם ע"י כהן קטן ולא עכו"ם ואשה לא קשה מידי על הכס"מ הנ"ל דשפיר איצטריך קרא משום כהן המקיף וד"ל. והשתא יתיישב שפיר קושיית הגאון מוהר"י הנ"ל על תוס' דשבועות הנ"ל דהוכיחו דלא אמרינן אם המקיף אינו בר חיובא גם הניקף פטור מדאיצטריך קרא דדחי אף דיכול להקיף ע"י עכו"ם וקטן ואשה הא להרמב"ם צריך להיות התגלחת ע"י כהן אבל לפמש"כ הא דכהן מותר לגלח אף דהוא עובר ג"כ בלאו דמקיף הוא משום דמקיים ג"כ מצוה דמשום חטא בשביל שיזכה חבירך ל"א הכא. א"כ מהשתא י"ל ה"נ דאי אמרינן דאם המקיף אינו בר חיובא גם הניקף אינו עובר. א"כ כיון דיכול לקיים העשה ע"י קטן או ע"י עכו"ם ואשה ולא יעבור א"כ היאך אפשר לומר שוב בשביל קיום מצוה דכהן יצטרך המצורע לעבור על לאו דניקף בחנם דהא לא

אמרינן חטא בשביל שיזכה חבירך אלא במצוה רבה וגם לא בל"ת כנ"ל והיאך תצוה התורה בדחיה כזו. ומהשתא לפ"ז שפיר הקשה כיון דלעבור בשביל הכהן על לאו דידיה ל"א כנ"ל הא שפיר יכול לקיים מצות תגלחתו ע"י עכו"ם וקטן דהשתא דביארנו דלשי' הרמב"ם דהגלוח יהי' בכהן אין החיוב על המצורע אלא שיהי' מגולח ושפיר מקיים מצותו גם ע"י עכו"ם וקטן. אבל להכס"מ אף דבלא סיוע דהמתגלח אינו עובר מ"מ שפיר בעינן הקרא משום מצוה דכהן כנ"ל דהשתא ליכא חטא. אבל התוס' לשיטתייהו סברי כהראב"ד דאף בלא מסייע אינו לוקה אבל לאו איכא. עיין בתוס' בב"מ (דף ע"ב) בד"ה אקפי לי קטן וכו' דמבואר להדיא דסברי כן. ולזה שפיר הוכיחו דהניקף חייב אף דהמקיף אינו בר חיובא:

ומה מאד חמוה לי על רבינו הח"ס היאך נעלם ממנו במחכ"ת התוס' דבב"מ הנ"ל דבלא מסייע עובר בלאו לחוד כהראב"ד ואינו לוקה. שכתב בתשובה (קמ"א) להק' ג"כ על הכס"מ כמו שהקשיתי וכתב להק' אפי' להתוס' דאם יסברו כשיטת הראב"ד דעובר בלאו מ"מ גם לדידהו היאך נילף מיניה עשה דוחה ל"ח שיש בו מעשה. וע"ז כתב לתרץ וז"ל ואפשר עוד ס"ל להתוס' כהסוברים דכל לאו דשייך בו מעשה אי נמי איכא דעביד בלא מעשה נמי לוקה וא"כ שפיר אפי' לא יסייע ניקף מחייב עכת"ד ויע"ש. הא להדיא מבואר בהתוס' בב"מ הנ"ל דסברי כהראב"ד דאיכא לאו בלא מסייע ואינו לוקה דאינו אלא לאו שאין בו מעשה. (ועי' בנב"י מה"ת חא"ח (תשובה ע"ו) מה שכתב לתרץ קושיית השואל על הראב"ד הנ"ל מהמ"מ (דפ"ג דשכירות) דמשכחת מעשה אפי' בלא מעשה לוקה ויע"ש ישוב נכון ע"ז). ועוד כתב שם ליישב קושיית השעה"מ על התוס' דשבועות הנ"ל הא בעינן גלות ע"י כהן וז"ל דהכי קיימא לן דגלוח מצורע סגי שתי שערות ר"ל כשלא ימצא בכל גופו אלא ב' שערות מקיים מצות גלוח מצורע וא"כ אפי' אי בעי כהן לגלח מצורע ומהשתא שפיר יוכל לעשות גלוח הזקן והפאות הראש ע"י עכו"ם ומ"מ יקיים שפיר המצוה בשאר שערות שבגוף ויע"ש. אבל לפי מה שביארתי לעיל (באות ב') דכיון דפרט רחמנא בגלות מצורע אח זקנו ואת ראשו הוי מצוה מיוחדת לגלח גם להראש והזקן א"כ לא סגי בזה שיקיים המצוה בשתי שערות משערות הגוף ולא מקיים מצות גלוח הראש והזקן בלא גלוח הראש והזקן:

ח) ועוד כתב להשיג על מה שכתבתי להקשות הא לאו דיו"ט הוי נשנית א"כ להש"א (בסי' צ"ו) והפנ"י בקדושין (דף ל"ח) דעשה הנשנית קודם הדבור ולאחר הדבור אלים משאר עשה. א"כ ה"נ הוי הלאו דיו"ט אלים בזה דנשנית ולא ידחה עשה דכיסוי דלא נשנית. וכתב מעכ"ת לחלק דאף להש"א דנשנית הוי אלים זהו בעשה הדוחה אבל לא

בלאו הנדחה והביא ראיה דהא ביבמות שם דדחי' שם הש"ס דפסח הוי קודם הדבור וחמיר טפי הא שבת הוי קודם הדבור. א"ו אין נ"מ בלאו הנדחה בזה דנשנית גם קודם הדבור. הנה באמת ראיתי כעת בירושלמי בביצה שם שהקושיא שהקשיתי דהל"ת דיו"ט הוי קודם הדבור הקשה כן הירושלמי שם וז"ל הירושלמי חברייא אמרין שמצות עשה דוחה ל"ת וכו' על דעתי' דר' יוסי דו אמר הואיל ואין מ"ע דוחה בל"ת אא"כ כתובה בצדה ע"כ. והקשה הפני משה במראה הפנים שם הא אדרבה לפי מאי דמשמע מהתוס' דקדושין (דף ל"ח) דעשה דקודם הדבור קילא ולא דחי. א"כ מכש"כ הכא דהל"ת הוא קודם הדבור. אבל לפי מה שכתבנו דכיון דהל"ת דיו"ט הוי נשנית קודם הדבור ולאחר הדבור חמיר טפי א"כ שפיר י"ל דזהו כוונת הירושלמי להקשות וכקושייתנו הנ"ל כיון דהעשה אינה כתובה בצדה גם קודם הדבור כהל"ת וחמיר בזה הל"ת מעשה ולא דחי ולא קשה מידי קושיית המראה פנים הנ"ל מתוס' קדושין דהתם לא הוי נשנית כמוש"כ הפנ"י והש"א הנ"ל כמובן. ומה שהקשה מפסח דדחי הש"ס דיבמות דפסח הוי קודם הדבור הא נם הל"ח דשבת הוי קודם הדבור הנה זה הקושיא גם אני הקשיתי כן (ומהאי דסנהדרין (דף נ"ו ע"ב) דשבת וכבוד אב במרה נצטוו) ואמרתי לתרץ דאף דנצטוו על שמירת שבת אבל מ"מ עדיין לא נצטוו על עונש דכרת וסקילה ולא כתבה התורה קודם מתן תורה שום עונש ע"ז ולזה שפיר י"ל דלא חשיב הל"ת דשבת נשנית גם קודם הדבור: אבל לפ"ז יקשה עדיין דהיאך רצה שם הש"ס למילף מכבוד אב מדאיצטריך קרא את שבתותי תשמורו דלא דחי לשבת הא לאו קרא הוי דחי. הא עשה דכבוד הוי עשה הנשנית קודם הדבור מכאשר צוך. ואי דגם שבת הוי נשנית מכאשר צוך. אבל למש"כ דמ"מ הל"ת דכרת לא נשנית א"כ אמאי לא דחי ה"נ כדלעיל בפסח דשאני כבוד אב דהוי עשה דקודם הדבור. והי' אפשר לתרץ בדרך פשוט דבאמת כתב הריטב"א שם הא שבת עשה ול"ת וגם כבוד אב הא הוי עשה החמורה דהוקש כבודם לכבוד המקום ותי' דעדיפא מיני' משני א"כ מעתה כיון דע"כ צריכין אנו לומר דעדיפא מיני' משני אף דיש לתרץ דחמיר כבוד מטעם הוקש כבודם לכבוד המקום א"כ במאי יתורץ בזה דיקשה הא איכא עוד חומרא בכבוד אב דהוי עשה דקודם הדבור. וזה פשוט. אבל בלא"ה נראה לי לומר דמכאשר צוך דדרשינן מזה דכאשר צוך הוא במרה קודם הדבור אבל מ"מ לא כתוב בחורה דקודם הדבור נצטוו על כבוד ושבת דלא כתוב אלא לאחר הדבור דנצטוו קודם הדבור. אבל הצווי הי' בע"פ ולא כתובה בתורה לזה שפיר י"ל דלא הוי כתובה בצדה בזה דנצטוו בע"פ. דהירושלמי לא כתב אלא בלשון כתובה בצדה דיהי' מפורש

בתורה קודם הדבור. אבל כבוד אב וכן שבת דלא כתוב בתורה מפורש לא הוו קודם הדבור וזה ברור לפענ"ד:
ומהשתא לפ"ז יתיישב שפיר קושיית הריטב"א הנ"ל דאמאי לא דחי הש"ס דשאני כבוד דחמיר דהוקש כבודם לכבוד המקום הא לפי מה שביארנו דכבוד לא חשיב קודם הדבור. א"כ לא היה יכול להקשות מהוקש לכבוד המקום דמ"מ היה אפשר למילף במה הצד מתמיד דאם יקשה מה לכבוד שכן הוקש כבודם לכבוד דמקום תמיד יוכיח. ואם יקשה מה לתמיד שכן ישנו לפני הדבור כבוד אב יוכיח דלא הוי לפני הדבור והויא דחי אי לאו קרא דואת שבתותי תשמורו וכן יתורץ בזה קושייתו דהוי עשה ול"ת דפסח דדחי שבת יוכיח דהוי עשה ול"ת כמובן ולכך הוצרך לשני לא בלאו דמחמר אך יש לעיין אם עושין מה הצד באופן כזה דכיון דכבוד הוי רק מכת הוכחה מדאיצטריך קרא לאסור כבוד ממילא מוכח דאי לאו קרא הוי דחי בעלמא. אבל מ"מ הקרא דכבוד אתי דלא דתי ופסח ותמיד אתי דדחי. א"כ יש לומר כיון דלא הוי מענין אחד לא נוכל לעשות מה הצד באופן כזה:
הכ"ד אוהבו המברכו:

+אורח משפט על תשובה ג

בעזהש"י יום ועש"ק פ' חקת שנח ועת קין לפ"ק פק"ק שערליץ:
שלום וכט"ס לכבוד המיולח"ז הרב המאה"ג המפורסם בגודל תורתו ויראתו כש"ת מהור"ר אפרים פישל שליט"א. בק"ק גראיעווא:
אחדשה"ט באהבה הנה באתי במכתבי למלאות בקשת כת"ר ע"ד אשר דרש ממני לכתוב לו חי"ת, לכן הנני להודיעו מה שעמדתי בלמדי כעת בתוס' חולין (דף כ"ט ע"ב) בד"ה כגון וכו' והק' אהא דחדשו שם דהחיוב בשחיטת חוץ איכא גם בשחיטת סימן אחד אפי' בבהמה מהא דתניא לקמן (דף מ"א) השוחט בשבת בחוץ לעכו"ם חייב נ' חטאות ומוקי לה בחטאת העוף שהי' חצי קנה פגום והוסיף עליו כל שהוא דאתי כולהו בהדי הדדי וכו'. והשתא אכתי כיון דבבהמה נמי מחייב בסימן אחד משום שחוטי חוץ לאשמעינן ובחצי קנה פגום. ואע"פ דבסימן א' לא מחייב משום שבת שלא תיקן כלום מ"מ כשיגמור סימן שני מיהא לחייב משום שבת ויע"ש. וזה תמוה לי מאד הא כל התיקון שמתקן בשחיטת שחוטי חוץ הוא להוציא מידי אמה"ח לב"נ וכמו שפירש"י הכא בחולין ובפסחים (דף ע"ג) ויע"ש. ולב"נ בנחירה תליא מילתא א"כ הא יהיה נמי התיקון נעשה גם בשחיטת סימן אחד דבשחיטה זו ג"כ יהיה מתה אף שעדיין לא מתה

ואיכא עדיין איסור אמה"ח. אבל מ"מ שפיר תיקן במעשה השחיטה דסימן אחד דיהיה מתה אח"כ ועביד תיקון בזה דאל"כ אלא בעינן שיהיה מתה תיכף בשחיטה זו. א"כ גם בשחיטת שני סימנין לא הוי תיקון כיון דעדיין הוא מפרכסת דאסורה לב"נ אלא ודאי דזה תשוב תיקון כיון דסוף כל סוף יהי' מתה בשחיטה זו ג"כ ושפיר תיקן. אף דאנן לא קיי"ל כרב אחא בר יעקב במפרכסת מ"מ ראייתי קמה שפיר לרב אחא בר יעקב היאך יתרץ למתניתין דשלש חטאות דלא משכחת התיקון אלא מאמה"ח לבני נח. אבל בחי' הר"ן בחולין (דף י"ד) אמתניתין דהשוחט בשבת כתב הא דבשחיטתו הראשונה לא נאסרה משום שאינו נעשה מומר עד גמר שחיטה ומקמי הכי הו"ל מקלקל בחבורה ומדבריו משמע שם דעיקר התיקון הוא בזה דמטהר מידי נבלה ויע"ש באריכות. וזה תמוה לי מאוד דהיאך לא יסבור הר"ן דגם באבר מה"ח הוי תיקון דליכא מאן דפליג ע"ז כדקאמר הש"ס להדיא בפסחים (דף ע"ג) הטעם דמתקן מידי אמה"ח והא בשחוטי חוץ ולעכו"ם דאסור בלא"ה משום נבלה לישראל וכל תקונו ל"ש אלא משום אמה"ח לב"נ: אבל עלה בדעתי לתרץ בטוב טעם עפמש"כ התוס' לעיל (דף ח) בד"ה מותר וכו' דהק' שם אהא דקאמר שם סכין של עכו"ם מותר לשחוט בה דמקלקל הוא והק' מההוא דהשוחט בשבת בחוץ משום תיקון כל דהוא דתיקן להוציאו מידי אמה"ח. ותי' דשאני שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה וכיון שיש תיקון פורתא חשוב מלאכת מחשבת שלכך נתכוין אף על פי שקלקולו יותר על תקונו ויע"ש. הרי למדנו מהתוס' הנ"ל אף דחשיב מקלקל בתיקון כל דהוא דמתקן מידי אמה"ח הוא משום דבשבת תליא בדעתו וכיון דהוא מחשיב להמלאכה המקולקלת בתיקון כל דהוא חשוב מלאכה. א"כ מעתה לפ"ז לא יקשה מידי על הר"ן מההוא דהשוחט בשבת בחוץ וגם הר"ן מודה בזה דהוי תיקון אמה"ח תיקון בשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה וכיון דהוא מחשיב בשחוטי חוץ בשבת להתיקון כל דהוא דאיכא משום אמה"ח חשוב תיקון, אבל מש"כ הר"ן בההוא דהשוחט בשבת דאיכא עוד תיקון לתקן מידי נבלה וזה התיקון הוא העיקר דבזה מתיר הבשר לאכילה לכל אדם ואף לעצמו לאח"ש וחשיב תיקון גדול לגבי תיקון מידי אמה"ח א"כ לא הי' דעתו לחשוב למלאכה המקולקלת בתיקון כל דהוא דמתקן מידי אמה"ח ועיקר דעתו לחשוב למלאכה המקולקלת בהתיקון היותר גדול דהוא לתקן מידי נבלה ולכך שפיר כתב הכא הר"ן דבתחלת השחיטה הוי מקלקל ותיקון כל דהוא להוציא מידי אמה"ח לא חשוב תיקון ואפילו מטעם נבלה לטהר מידי נבלה לענין טומאה לחוד כמו שפירש"י בפסחים שם גם כן שייך סברתינו הנ"ל דלא מחשיב למלאכה באמה"ח לחוד. וסעד מצאתי לדברי בספר טעם המלך ברמב"ם (פ"ה מהל' גניבה ה"ו) שכתב

לפרש דעת הרמב"ם בפירוש משניות לחולין (דף י"ד) דמתניתין דהשוחט בשבת דכתב הרמב"ם ז"ל דמשיתחיל לשחוט הוא מחלל שבת קודם שיגמור השחיטה. ויע"ש. וכתב לפרש דעתו דבתחלת שחיטה מתקן ג"כ מידי אמה"ח דב"נ בנחירה תליא מילתא שיהי' מתה דבשחט מקצת הסימנים ג"כ יהי' מתה אח"כ ומתקן בזה מידי אמה"ח כדברינו הנ"ל ויע"ש באריכות יותר בביאור הרמב"ם הנ"ל. והנה אי אמרינן אי הא דבעינן שיהא התיקון תיכף תליא במחלוקת אי מפרכסת אסור לבני נח או לא הי' נראה לומר דהרמב"ם דסבר דגם בתחלת שחיטה חשיב מתקן לב"נ וחייב עלי' בשבת אזיל לשיטתיה שפסק בהלכות מלכים דמפרכסת אסור לב"נ אפי' בבהמה טהורה. לכך סבר דלא בעינן שיהא התקון תיכף כנ"ל. אבל זה נראה לי דוחק לעשות פלוגתא חדשה בזה. וגם תמה שם על הר"ן הנ"ל מההוא דפסחים דמתקן מידי אמה"ח לב"נ. אבל לפי מש"כ לחלק שחוטי חוץ משחיטה בשבת דשחיטה בשבת דדעתו על הגמר להוציא מידי נבלה ולא חשב בהתיקון מידי אמה"ח לחוד לא קשה. אבל בודאי הרמב"ם והר"ן מחלקין ומשמע מהרמב"ם דאמה"ח חשיב תיקון אף בשוחט בשבת דדעתו על הגמר. א"כ הרי מבואר מהרמב"ם דלא כסברתינו הנ"ל דתליא בדעתו כנ"ל. א"כ מעתה חל עלינו לברר מאיזה טעם ליתא לסברתינו זה. אבל בפתחי כעת חדושי הרשב"א בחולין (דף ח) הנ"ל ראיתי שכתב לתרץ קושיית התוס' הנ"ל מפסחים דחשיב תיקון מידי אמה"ח לחיוב שבת וז"ל וי"ל דהתם לענין שבת במלאכת מחשבת תליא מילתא וכיון דאיכא תיקון כל דהו לגבי מלאכה שדרך האדם לחשוב עליה פעמים קרי ליה תיקון וחייב וכו'. ונראה לפענ"ד דמש"כ הרשב"א כיון דאיכא תיקון כל דהוא לגבי מלאכה שדרך האדם לחשוב עלי' לפעמים קרי תיקון הורה לנו בזה שלא נטעה לומר כסברתינו הנ"ל כיון דשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה ותליא בדעת האדם. א"כ מהראוי שנאמר מסברא דבלא מכוין אלא לגמר השחיטה לא חשיב התיקון כל דהוא תיקון לזה נשמר בזה באמרו כיון שדרך האדם לחשוב עליה לפעמים קרי לי' מתקן והשתא חשוב בזה כמלאכה אחרת המתוקנת ולא בעינן שוב דעתו לחשוב עליה כיון דהעולם אחשבי' להמלאכה המקולקלת בהתיקון כל דהוא דמתקן מידי אמה"ח חשוב מלאכה מתוקנת ככל מלאכות דלא בעינן דעתו וד"ל. וכיוצא לסברא זו כתב המנחת חינוך במצוה (רצ"ח) דהתיקון מידי אמה"ח הוי כתיקון העולם. ויע"ש באריכות בזה:

ולפי שיטת התוס' הנ"ל דבתחלת שחיטה הוי מקלקל יובן לי התוס' הנ"ל. דתמוה לי לכאורה על הא דהקשה אהא דקחשיב הש"ס בשוחט בסכין של עכו"ם למקלקל להאי דפסחים הנ"ל דמחייב לענין שבת בשוחט בחוץ ובשבת בתיקון כל דהוא דמתקן מידי

אמה"ח. ותמוה לי הא העיקר חסרו להק' דעיקר הקושיא הוו להו להתוס' להקשות מכל שוחט בשבת דחשיב בפ' כלל גדול מאבות מלאכות ולא חשיב מקלקל והכא חשיב מקלקל דעל זה אנו דנין אי בשחיטה הוי מקלקל או לא. ובמלאכת שחיטה בשבת חזינן דלא הוי מקלקל ולמה הוצרכו להק' ממשנה אחרת דפסחים. וזה נראה לי דוחק לומר דלכך הקשו מפסחים לרבותא דליכא אלא תיקון מידי אמה"ח דהוא תיקון כל דהוא ואפ"ה חשיב תיקון. אבל מ"מ תמוה לי דלא הזכירו ההוא דשחיטה בשבת כלל דהוא מתניתין כיון דעל זה אנו דנין מלהק' מברייתא כנ"ל. והמבין יראה שאי אפשר לפרש כוונת התוס' כפשוטו. אבל לתרץ זה נקדים עוד קושיא מאי דקשה לי לכאורה על התוס' הנ"ל הא שפיר יש לחלק שוחט בשבת בחוץ משוחט בסכין של עכו"ם דהא לפי שיטת התוס' הנ"ל דהתיקון מידי אמה"ח לב"נ הוא בגמר השחיטה ובתחלת שחיטה הוי מקלקל. א"כ הא כשיתחיל לשחוט מקצת הסימנים נעשה טרפה ולא יחיה שוב. א"כ אז נתבטל הטעם דהוי מקלקל בשחיטה שעומדת לג' דברים כיון שיהי' מתה גם כשלא יגמור א"כ השתא שיגמור הוי מתקן גמור לענין אמה"ח דקודם הא לא תיקן מידי אמה"ח אלא לבסוף לכך שפיר חשיב התיקון כל דהו דתיקן מידי אמה"ח לב"נ תיקון גמור אבל השוחט בסכין של עכו"ם מה מהני בזה דיתקן לו אח"כ כיון דבין כך וכך לא מטי לי' הנאה משחיטה דסכין של עכו"ם אלא אדרבא פסידא הגיע לו כמובן. אבל באמת זה לא קשה מידי דהא לפי מאי דאוקמי הש"ס שם בעוף ובחצי קנה פגום א"כ הא נעשה טרפה והתיקון מידי אמה"ח בגמר הסימן באין בב"א א"כ הא לא תיקן אלא מידי אמה"ח לחוד ודוק. ומהשתא יתישב הא דלא הקשו מכל שוחט בשבת דהא בכל שוחט שפיר הוי מתקן כסברתינו הנ"ל כיון דשחט מקצת סימנין נעשה טרפה אם לא יגמור א"כ כשיגמור שפיר הוי מתקן:

והנה בספר מנחת חינוך הק' על הרמב"ם שפסק (בפ"ת מה' שבת) דחובל בהמה וחיה ועוף וצריך לדם כדי שלא יהי' מקלקל חייב משום מפרק ג"כ וכתב המנחת חינוך דלא כהפנ"י שכתב בביצה (דף י"ב) דבחולין לא שייך משום מפרק דהא דבעינן שיהא צריך לדם כדי שלא יהא מקלקל ע"כ בחובל באדם מחייב אע"פ שא"צ לדם כיון דמתקן אצל יצרו א"כ בשחיטה דמתקן הוא וכו' א"כ חייב משום מפרק ג"כ. והרמב"ם פסק דמלאכה שאצל"ג חייב ויע"ש באריכות (וכבר הקדימו בזה הפלאה בכתובות (דף ו) ויע"ש). ולפ"ז הקשה להרמב"ם הנ"ל מההוא דפסחים (דף ע"ג) דחייב שלש חטאות הא להרמב"ם הוי לי' למחשב ד' חטאות גם משום מפרק אף שא"צ לדם הוא מתקן מידי אמה"ח לב"נ ויע"ש והניח בצ"ע. ולפענ"ד אפשר לומר דלא קשה על הרמב"ם וגם מפרק חשיב תיקון

אף דא"צ לדם הוא בצריך לשחוט וכיון דא"א אם לא שיוצא דם וכיון דגוף השחיטה הוי מתקן גם הוצאות הדם דא"א בלא"ה חשיב תיקון אבל הכא בשוחט בחוץ דלא מעלה ולא מוריד כלל השחיטה דלענין תיקון מידי אמה"ח לחוד לא הוי תיקון אלא בשחיטה לענין עבירת הלאו דנטילת נשמה דא"א לתקן מידי אמה"ח בלא"ה. אבל לענין מפרק לא מתקן מידי. דאמה"ח יכול להוציא בלא מפרק דשחיטה דהא יכול להמיתה על ידי חנוק וכדומה:

ולכאורה הי' אפשר לתרץ התוס' הנ"ל בפשיטות לפמש"כ התוס' בשבת (דף ק"ו) בד"ה חוץ דלר"י המקלקל בחבורה פטור צריך להיות התיקון בעת מעשה לכן שפיר חשיב השתא מקלקול אף דתקון השתא במעשה שחיטה מידי אמה"ח בזה שתהי' מתה אח"כ משחיטה זו אבל בעת שחיטה הא לא בא עדיין התיקון אלא עד סוף. אבל עדיין קשה ממפרכסת א"כ אף שישחוט שני סימנים לא בא עדיין התיקון כנ"ל ובשבת חשיב שם תיקון להוציאה מידי נבלה ולישראל מאמה"ח. ואפשר כיון דלא חסר מידי במעשה השחיטה לקרב מיתתה ולא חסר רק גמר הפירכוס שתמות מעצמה חשיב התיקון בא בעת מעשה:

ושוב ראיתי שהקושיא ממפרכסת כבר הקשה כן השואל בתשובות הגרע"א ז"ל (בתשובה קס"ה) והק' על התוס' דשבת הנ"ל דבעינן תיקון בעת הקלקול והקשה מההיא דמפסחים דמתקן מידי אמה"ח לב"נ והתיקון מידי אמה"ח לב"נ ג"כ לא בא התיקון בעת מעשה דאף בשחיטה מפרכסת אסור לב"נ ויע"ש מה שתי' בזה. ועוד כתב שם דהתוס' הוא לר"י דס"ל דחובל בצריך לכלבו דבחבורה מחייב ועי' בתוס' פסחים שם וכתב באריכות בזה:

וכתב דהתוס' בשבת (דף ע"ה) ד"ה לחייב וכו' נקטו לראי' מפסחים אליבא דר"י. ולי נראה דכן משמע מהתוס' (ד' כ"ט) דחולין הנ"ל דלא חשבו התיקון תיכף אלא בגמר השחיטה ולר"ש הא לא בעינן התיקון תיכף בעת מעשה אלא ודאי משמע דהתוס' סברי כפי שיטתם בשבת (דף ע"ה) דהברייתא דפסחים קאי אליבא דר"י דבעינן התיקון בעת מעשה ומאפס הפנאי מההכרח לקצר בזה:

עוד אכתוב לכת"ר במה שנלפע"ד במה שראיתי כעת במלא הרועים שהק' על התוס' דסוטה (דף ו) בד"ה ושבאו עדים וכו' נסתפקו הא דקיי"ל דיש עדים אפי' במדינת הים אין המים בודקין אי בעינן דוקא עדים או דאפי' עד אחד מהימן כקודם השקה והעלו שם דמסתברא הוא הדין לעד אחד ויע"ש. והקשה דאי גם באיכא עד אחד אין המים בודקין א"כ היאך משכחת לה דליכא עד לשיטת הרשב"א (בסי' אלף רל"ז) שמחלק בין אשתך

זינתה עמי. לאני זניתי עם אשתך וא"כ הא איכא עד הבועל גופיה והיאך משכחת שיהי' המים בודקין אותה וצבתה בטנה דהא כיון דהמעשה אמת הרי הבועל בעצמו עד ושוב לא יבדקוה המים. וי"ל כיון דהבועל אינו נאמן רק מטעם דפלגינן דבוריה ואינו נאמן שזינתה עמו רק שזינתה עם אחר א"כ הסתירה הלזו שנסתרה עמו לבד אינו נאמן שהי' בזה זנות רק שזינתה פעם אחרת ובכה"ג לכו"ע ע"א אינו נאמן דדוקא על סתירה זו נאמן ע"א דיש רגלים לדבר. אך צ"ע דמפשט הש"ס והפוסקים דעד טומאה נאמן אפי' אינו מעיד שנטמאה בסתירה זו רק בפ"א וכו' עכ"ד בזה. ולפענ"ד נראה לי לתרץ בפשיטות דהנה הא דאמרינן פלגינן דיבורי' זהו בבא לפנינו הבועל והעיד שהוא זנה עמה דהוי עד כשר כיון דעל עצמו לא מהימן לעשות רשע ובאמר אשתך זינתה עמי מחלקינן דבורי' דלא עמו זינתה אלא עם אחר. אבל הכא בעד סוטה דאנו באין להכשירו לעד הבועל עצמו אף שלא בא לפנינו והעיד שזינתה עמו והוא מכח מעשה דזנות דאיכא בועל. א"כ מה שאנו רוצים להכשירו לבועל לעד הוא רק מכח מעשה דזנות והא מכח מעשה דזנות לבד הוא פסול ממנ"פ והיאך שייך כלל לומר ע"ז פלגינן לדבורי' הא לא מעיד לפנינו. ולפענ"ד זה נכון ופשוט. ושמעתי רבים חתרו למצוא תירוצים על קושיא זו וזה תמוה שלא הרגישו בזה. ממני אוהבו המיולח"ח החפץ בהצלחתו יהודה ליב אנאליק בהרב הגאון אמתי הצ' שמעון דובער (שליט"א) הכ"מ:

+אורח משפט על תשובה ד

בעזהשי"ת. יום ו' עש"ק פ' דברים שנת תרס"ו לפ"ק פק"ק שערליץ בין המצרים, יתן ה' אור לישרים:

שלום וכט"ס לכבוד הרב המאה"ג המפורסם בגודל תורתו ויראתו וכו' כקש"ת מהור"ר אפרים פישל שליט"א. בק"ק גראייעווא:

אחדשה"ט באהבה. יקרת מכתבו עם דבריו היקרים המלאים זיו לנכון הגיעני לשמחת לבבי הנה אף שיפה פלפול מעכ"ת ליישב קושיית התוס' דחולין (דף כ"ט) הנ"ל אבל לפענ"ד נראה לי דרך היותר פשוט וקרוב לדרך האמת ליישב קושיית התוס' דחולין הנ"ל. וזהו. דהנה תי' התוס' שם דמה בכך מ"מ כשיגמור סי' השני מיהא ליחייב משום שבת יש לתמוה קצת. הא מדבא התנא לאשמעינן דעל שחיטת חוץ משכחת שיהי' חייב שלש חטאות וכגון ששחט בשבת ולעכו"ם א"כ ע"כ משמע דעל אותה שחיטה שיחויב משום שחוטי חוץ יחויב גם משום שבת והא החיוב משום שחוטי חוץ בא בשחיטת סי' אחד. וסי' השני אין שום שייכות לשחוטי חץ שכבר עבר אף בסימן הראשון. א"כ

החיוב דשבת דבא רק משום סימן השני משום דבראשון הוא מקלקל. א"כ אינו בא החיוב דשבת כעל חיוב שחוטי חוץ ולהדיא קאמר הש"ס בהא דמוקמינן שם כגון שהי' חצי קנה פגום וכולהו בהדי הדדי קאתו א"כ משמע דהחיוב דשחוטי חוץ וחיוב דשבת ג"כ בא בב"א דחיבת וכולהו ע"כ קאי על כל השלשה דשם. וראייתי מהתם הוא. אף דשם מיירי בחצי קנה בעוף דשפיר בא בב"א אבל מ"מ מדהוצרך לומר הש"ס דכולהו בהדי הדדי קאתו משמע כסברתינו הנ"ל דלא שייך למחשב לשלשה חטאות על שחיטה אחת אם לא שיבא חיובים דכולהו בהדי הדדי. ולפענ"ד זה תמוה נכונה:

לכן נ"ל לפענ"ד ליישב זה בין לשיטת הר"י בתוס' שבת (דף ק"ו) הנ"ל בד"ה חוץ וכו' דלא בעינן התיקון תיכף ובין לשיטת הר"ת שם דבעינן התיקון תיכף וז"ל הר"ח דהא דחשיב לר"י מקלקל בצריך לכלבו ואפרו לפי שאין התיקון בא באותה שעה אלא לאחר מכאן דלאחר שנעשית חבורה בא הדם ולאחר שכלתה הבערה בא האפר אבל בשוחט בשבת בשעת הקלקול בא לו התיקון שמוציאו מידי אמה"ח וכו'. והנה מפשטות לשון הר"ת הא דחשיב בשוחט התיקון בעת הקלקול י"ל דהקלקול בסוף גמר שחיטת הסימנין בא התיקון שמוציאו מידי אמה"ח. אבל מ"מ נראה לי ברור לפענ"ד דגם לר"ת באמת חשיב מתקן גם בתחילת שחיטה והוא על דרך שכתב הר"ת בסוף שם וקורע ע"מ לתפור ומוחק ע"מ לכתוב דמחייב אע"ג שבשעת הקלקול אינו בא התיקון היינו משום שהרי אינו יכול לעשות התיקון אלא ע"י הקלקול וכו' ע"כ. ומהשתא שפיר י"ל במלאכת שחיטה כן ודמי לקורע ע"מ לתפור כיון דאי אפשר לעשות תיקון מלאכת השחיטה עד שישחוט שני הסימנין א"כ צריך לשחוט גם הראשון לתיקון מלאכת השחיטה לכן גם הוא חשיב תיקון כעל אופן קורע ע"מ לתפור ומוחק ע"מ לכתוב אף שהוא מקלקל באמת רק כיון שבא ע"מ לתקן חשיב הקלקול תיקון. ה"נ שפיר י"ל כן. ואי בצריך לכלבו ולאפרו יהי' חשיב לתיקון בעת מעשה מה"ט הנ"ל כיון דא"א להוציא דם לתיקון אלא ע"י חבורה דקודם לכן גם הקלקול דקודם הוי תיקון כקורע ע"מ לתפור וכנ"ל דזה לא שייך אלא בקורע ע"מ לתפור ובכותב ע"מ למחוק דעצם המלאכה דתפירה וכתיבה וכן הקריעה ומחיקה הוצרך לתיקון המלאכה. חשיב מלאכה חשובה והתיקון שמתקנו הוי תיקון גמור אף שבאמת הוי מקלקל השתא אבל כיון שמתקנו כדרך העולם חשיב גם הקלקול תיקון. וכן שייך כן בשחיטה דנמנה במלאכות דשבת. ומלאכת השחיטה היא מלאכה חשובה בעצמה. ולכך אפי' בתחלת שחיטה הוי הקלקול תיקון גמור כדרך תיקון העולם במלאכת השחיטה אבל בחבורה בעלמא דלא חשיב בעצם למלאכה מתוקנת אלא מקולקלת כדאמר הש"ס הכא. וכל החיוב בזה הוא רק כיון שדעתו לתקן שיהי' חשיב

מלאכה בהחבורה זו. א"כ בהתיקון שלה הוא דנעשית מלאכה לכך בעינן שיהי' התיקון בעת מעשה המלאכה וד"ל. וכמוש"כ להר"י דאין דרך לחבול בחברו כדי ליתן לכלבו או לשרוף גדיש בשביל האפר. וביותר מבואר במאירי בשבח שם וז"ל כל המקלקל על הדרך שאדם רגיל לאותו דבר לצורך תקינו והנאתו ושהדבר ניכר בשעת הקלקול שלצורך תיקון הוא חייב אף לר' שמעון ואין זה כחובל וצריך דם לכלבו וכו' ויע"ש באריכות בבאור הסוגיא דשם. ועוד יש לומר דבקורע ע"מ לתפור ושוחט ע"מ לגמור דבמקום שנעשה הקלקול נעשה התיקון וכשיגמור אח"כ נמצא תיקון בתחלה כמו בסוף כמובן. אבל בחובל וצריך לכלבו דהקלקול נעשה בהחובל והתיקון נעשה בכלבו וגם לאחר התיקון מ"מ קלקול בהחובל לא יתוקן כלל בזה שתיקן אח"כ לכלבו. אבל זה נראה פשוט לפענ"ד אף דמסברא שפיר יש לדמות תחלת שחיטה לתיקון בזה שיגמור אח"כ להשחיטה ומתקנו כדרך תיקון העולם וכקורע ע"מ לתפור כנ"ל. אבל מ"מ כשיתחיל לשחוט ולא יגמור למלאכת משחיטה דהוי מקלקל על תחלת שחיטה כיון דלא נגמר מלאכת השחיטה כדרך תיקון העולם. דהתם בקורע ע"מ לתפור הוי הקריעה בעצמה מלאכה ולכך אף שלא נעשה גם מלאכת התפירה אח"כ מ"מ כבר אתעביד מלאכה שלמה כדרך תיקון העולם שקורעין ע"מ לתפור. אבל בשחיטה אף שיתחייב גם על תחלת השחיטה כשיגמור דלא מקלקל הוא כיון שמתקנו כדרך העולם בגמר השחיטה. אבל בשחט מקצת ולא גמר כל השחיטה א"כ הא לא נגמר מלאכת השחיטה כדרך תקון העולם ודו"ק. וזה ברור לפענ"ד:

ומהשתא לפ"ז יובן לנו שפיר התוס' דחולין הנ"ל ושפיר הק' דהא כיון דהתנא חשיב לשלש חטאות דשחוטי חוץ ולעכו"ם ושבת. א"כ בודאי צריכין להיות חיובם בב"א כנ"ל ושחוטי חוץ חייב בסימן אחד אף שלא יגמור אח"כ סי' השני א"כ לענין שבת הא לא תיקן כלל (ואפי' אם נאמר דדמי שחיטה לקורע לגמרי אפילו בלא יגמור אח"כ מ"מ ג"כ הקשו התוס' שפיר דמשמע דחייב בסי' אחד משום שבת אפי' בלא היה דעתו על הגמר דגם בקורע חשיב מקלקל) דהא בשוחט סימן אחד לחוד ולא נעשית אלא חצי ממלאכת השחיטה ולא איתעביד מלאכתה כדרך תיקון העולם והוא כנוחר בעלמא ודמי לחובל וצריך לכלבו דבעינן שיהא התיקון בעת מעשה וה"נ הא אין התיקון דמתקן מידי אמה"ח בא בעת מעשה שיהי' מלאכה חשובה בזה בעת מעשה החבורה כנ"ל. ולזה משני כיון שיגמור סי' השני יחויב. פירוש יחויב גם על התחלת השחיטה דמתקן אח"כ בהגמר והוי תיקון כדרך העולם דחשיב גם ההתחלה תיקון. א"כ מעתה לא קשה כלל ממפרכסת שתמהתי דאף שישחוט שני הסימנין ג"כ לא בא התיקון תיכף דמפרכסת

אסור לב"נ. דלהנ"ל לא קשה מידי כיון דשחטה כדרך תיקון העולם שוב לא בעינן שיהא התיקון בעת מעשה ושפיר הוי מתקן אף שיהי' התיקון אח"כ. ומהשתא לא קשה מידי מה שתמהתי. הא על מה דבא החיוב דשחוטי חוץ לא בא החיוב דשבת. דהשתא שפיר יחויב גם על התחלה דהוי מתקן בהגמר ובאין בב"א. ולפ"ז שפיר כתב הרמב"ם דבתחלת שחיטה נעשה מומר ואפילו בתחלת שחיטה דחתיכת העור הוי מתקן. ואין אנו צריכין לומר דהרמב"ם קאי אליבא דר"ש דמקלקל בחבורה חייב ואם תרצה לבאר יותר שכתב אח"כ קאי אליבא דר"י וכן פירש טעם המלך וכמו שהוכיח כת"ר שליט"א מזה דהרמב"ם לא יסבור כדעת התוס' דלדעת התוס' הא בעינן שיהא תיקון קצת ובאמת זה קשה לומר דהרמב"ם קאי לתרי התנאי לר"ש ולר"י ואין לזכות דבריו אליבא דתרי כמובן. אבל לדברינו הנ"ל שפיר הוי מתקן גמור כיון שעושה החתוך לצורך השחיטה לכן נם בחתוך העור הוי מתקן כדרך תיקון העולם ושוב עיינתי בכרתי ופלתי ביו"ד (סי' י"א) שכתב בקצרה כן וז"ל דהואיל ודעתו לגמור השחיטה הוי ליה מקלקל ע"מ לתקן כקורע ע"מ לתפור וחייב וכו' ע"כ ויע"ש: והנה להגרע"א זצ"ל בדו"ח במערכה שלישית מצאתי שכתב דלשיטת הר"ן דבתחלת שחיטה הוי מקלקל ולדעת הרמב"ם הנ"ל שבתחלת שחיטה הוי מתקן, פלפול שם להוכיח כשיטת הרמב"ם וכתב בהראי' וז"ל דלכאורה באמת יפלא על הר"ן כו' דבתחלת שחיטה הוי מקלקל הא באמת הוא מקלקל ע"מ לתקן ואמרת דתליא בב' טעמים של התוס' (דף ק"ו) הנ"ל דלסברתם הא' דחובל וצריך לכלבו פטור משום דאין דרך לחבול בשביל כלבו ממילא התחלת שחיטה דדרך לעשות כן כדי לגמור השחיטה מחייב מיד בתחלת שחיטה אבל לסברתם הב' דמשו"ה פטור דאין התיקון מיד בשעת הקלקול ה"נ בתחלת שחיטה אף דהוי תיקון כדי לגומרו מ"מ אין התיקון מיד דהא עדיין לא יצא מידי אמה"ח עד גמר השחיטה וכו' ויע"ש באריכות בזה. אבל לפענ"ד נראה פשוט דגם להר"ח חשיב תיקון בעת מעשה כקורע ע"מ לתפור וכמו שביארנו לעיל: והנה לבאר במאי פליגי הר"ן והרמב"ם הנ"ל דלהר"ן דבתחילת שחיטה הוי מקלקל אף דהוי כקורע ע"מ לתפור כנ"ל ולהרמב"ם הוי מתקן גם בתחלת שחיטה. נ"ל דהא דקאמר הר"ן דבתחלת שחיטה הוי מקלקל הפירוש בזה אף דכשיגמור השחיטה יהא נמצא מתקן למפרע ונמצא חילל את השבח בתחלת השחיטה. אבל מ"מ לעשות לו לפסול ולמומר בזה שיגמור אח"כ. לזה אין סברא כיון דהשתא בתחלת שחיטתו הוא מקלקל לפנינו ואין לנו אלא גילוי דעת בעלמא בזה שגמר אח"כ לכן אין לנו להחזיקו בהתחלה למומר לחלל שבתות בפרהסיא דגם כוונתו אין מפורסם לנו אם הי' בדעתו לקלקל או לתקן. ויש לו התנצלות בפני הרבים שבתחלה לא

הי' דעתו לתיקון לגמור השחיטה אלא לקלקל ואין זה נעשה גוף העבירה בפרהסיא וד"ל ודו"ק. אבל להרמב"ם הנ"ל נראה לי להוכיח דע"כ לא יסבור כשיטת ר"ת הנ"ל דבעינן התיקון בעת מעשה. דהא פסק הרמב"ם (בפ"ח מה' שבת) החובל וצריך הדם לאדם חייב. א"כ הא סבר דלא בעינן שיהא התקון בעת מעשה וחשיב שפיר מתקן אף שלא הי' בדעתו לגמור ובתחלת שחיטה גופא מתקן מידי אמה"ח לב"נ בזה שתמות אח"כ. והשתא יבואר הרמב"ם הנ"ל על נכון דמש"כ הרמב"ם מתחלה שמשיתחיל לעשות חבורה בצואר הבהמה הוא מחלל שבת קודם שישחוט שום דבר מן הווושט והגרגרת ואח"כ כתב ואם תרצה לבאר יותר מזה תאמר בשעת שישחוט קצת הסימנים קודם שיגמור השחיטה הוא מחלל שבת וכו' והוא לפמש"כ לעיל להרמב"ם דכיון דהוא מתקן ע"מ לגמור הוי כל התחלת שחיטה תיקון ואפי' חתיכת העור כיון דא"א לעשות התיקון בלתי חבלת העור קודם ולכך קאמר דמשיתחיל בצואר הבהמה לשחוט הוי מתקן. והדר קאמר. ואם תרצה לבאר יותר פירוש ואם יעלה על דעתך לומר. אף דגומר אח"כ ונמצא חלל שבת למפרע אבל מ"מ למומר בפרהסיא אין לחשבו וכמו שכתבנו לעיל להר"ן ז"ל לזה קאמר דכשישחוט קצת סימנים הוי מחלל שבת כיון דשוב לא יתיה גם בשחיטת מקצת הסימנים ומתקן בזה מידי אמה"ח ואי דלא בא התיקון בעת מעשה הא הרמב"ם לשיטתיה לא בעי התיקון בעת מעשה. וזה נכון מאד לפענ"ד בביאור כוונת הרמב"ם ז"ל הנ"ל:

ולפ"ז יתיישב שפיר מה שעמדתי כעת בקושיא גדולה על מתניתין דהשוחט בשבת אע"פ שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה והנה הק' המהרי"ט למה יהי' שחיטתו כשרה נאמר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני כרבא בתמורה א"כ למה אהני שחיטתו ותהוי נבילה ותי' דזה הכלל דלא מהני אינו רק אי לא מהני יתוקן האיסור אמרינן דלא מהני. אבל היכא דאפי' אי לא מהני לא יתוקן האיסור בכה"ג לא אמרינן לא מהני ומודה רבא דמהני ובכאן אפי' אי לא מהני מ"מ עביד איסורא דנטילת נשמה. א"כ קשה לי דאם נפרש לשיטת הר"ת הנ"ל דבעינן התיקון בעת מעשה ושחיטה חשיב התיקון בעת מעשה אף דפרכס אח"כ ואסור לב"נ משום כיון דשחיטה מהני לישראל גם מפרכסת מותר לב"נ א"כ השתא שפיר נאמר אי עביד לא מהני ויתוקן האיסור דהא אם נאמר אי עביד לא מהני השחיטה ונעשה נבלה והשתא דנעשה נבלה א"כ מפרכסת אסור לב"נ ולא הוי התיקון מידי אבר מה"ח לב"נ תיכף והוי מקלקל גמור ולא עבר כלום ויתוקן האיסור והדר הקושיא לדוכתה נימא אי עביד לא מהני. אבל לפי מה שביארנו השתא יתיישב שפיר כיון דעצם השחיטה הוי תיקון כדרך העולם לא בעינן התיקון בעת

מעשה ושפיר חשיב התיקון מידי אמה"ח לב"נ אף דלא בא התיקון תיכף כיון דמתקנו כדרך התיקון וכנ"ל:

ולפ"ז יהי' נסתר מה שראיתי זה זמן רב בספר מהרשד"ם (אות ב') בדיני בעידנא שפלפל שם לחדש הא דכתב הנמ"י בב"מ (דף ל') לתרץ בשם הר"ן ז"ל אהא דהק' הש"ס דלמה לי קרא דוהתעלמת הא הוי עשה ול"ת ומקשים תיפוק ליה משום דלא הוי בעידנא. ותי' בשם הר"ן דזה הוי בעידנא כמילה בצרעת דהא מתעסק הוא במצות השבה בשעת עקירת הלאו ואעפ"י שלא גמרה מה בכך גם מצות מילה לא נגמרה עד דפרע דקיי"ל מל ולא פרע כאילו לא מל ויע"ש. לזה כתב לחדש הרשד"ם אי כה"ג חשיב בעידנא תליא במחלוקת ר"י ור"ש אי מקלקל בחבורה חייב או פטור. דלר"ש דמקלקל בחבורה חייב וכיון דמל ולא פרע כאלו לא מל א"כ הא הוי מילה שלא בעידנא ע"כ יסבור דכה"ג הוי בעידנא ור"י דסבר מקלקל בחבורה פטור א"כ לדידי' אין ראי' דכה"ג דבתחלת המצוה לא מקיים עודנה המצוה חשיב בעידנא. דלדידי' לא קשה מל ולא פרע כאלו לא מל ומחלל שבת קודם הא לר"י דמקלקל פטור א"כ ליכא עודנה המצוה והויא מקלקל ולא עבר כלום והתיקון עשה בעת שפרע דמקיים אז המצוה ובא בב"א ויע"ש אריכות בזה. אבל לפי דברינו הנ"ל גם לר"י יהי' הראי' ממילה דכה"ג הוי בעידנא כיון דמתקן במילה בחיתוך כתיקון העולם גם בהחיתוך הוי מתקן ולא מקלקל ולא הוי בעידנא אלא ע"כ דכה"ג הוי בעידנא גם לר"י כנ"ל. אבל מ"מ י"ל כן לפמש"כ הריטב"א בר"ה (דף ל"ב ע"ב) הטעם דלא דחי עשה לל"ת שלא בעידנא משום כיון דכי עקר הלאו לא מקיים העשה אלא לבתר זמן ואפשר דמיתפס ולא מקיים עשה ולא דחי לאו מעיקרא עכ"ד שם. הרי משמע מדבריו דהא דלא דחי הוא משום שמא יאנס ולא יקיים המצוה. אבל בליכא החשש דשמא מיתפס ולא מקיים שפיר דחי. א"כ מהשתא לר"י דמקלקל בחבורה פטור וכל התיקון הוא תיקון גברא דמצוה דמילה ולזה גם התחלה חשיב התיקון כקורע ע"מ לתפור כנ"ל. א"כ הא ליכא החשש דלמא מיתפס ולא יקיים המצוה. הא אם מיתפס ולא יקיים המצוה א"כ הא הוי מקלקל ולא עבר כלום והוי שפיר בעידנא לר"י:

ומה שחמה על מה שכתבתי ליישב למה לא הק' התוס' מכל שוחט בשבת והקשו רק מהשוחט בחוץ. והק' סוף כל סוף יכול התוס' להקשות הא סתמא קתני השוחט בשבת חייב ואפי' שחט רק הקנה בדרסה או בשאר פסול אפ"ה חייב משום תיקון דהוציאו מידי אמה"ח ואף דקודם לא עשה כלל מידי דהוי אחצי קנה פגום. א"ו לרבותא נקטו להק' משם דלא הי' ע"כ התיקון אלא מידי אמה"ח. אבל בשוחט נוכל לומר דהתקון הוי לטהר מידי נבלה עכ"ד. ולפענ"ד אין זה תמיה. ותי' זה עדי בשחק נאמן שלאחר שכתבתיו

מצאתי שכוונתי בזה לדעת הגאונים הגדולים בעהמ"ח ס' משנת חכמים ובעה"מ לב ארי' על חולין. ונהנתי שכוונתי לדעתם הרחבה בזה ויע"ש בזה ובסגנון אחר קצת. ומש"כ דע"כ לרבותא הקשה דבאמת זה דוחק לומר לרבותא קאמרי כמו שכתבנו שם ומאי דמצי להק' משום רבותא הא שפיר יכול למצוא רבותא דאמה"ח תשיב תיקון במתני' דשוחט בשבת גופא ואפי' בכל שוחט דהא יקשה קושיית המהרי"ט הנ"ל נימא אי עביד לא מהני ולא יהני שחיטתו ותהי' נבלה ולא תיקן כלל כיון דאמה"ח לא חשיב תיקון והויא מקלקל גמור. אלא ודאי ע"כ מוכת דגם בתיקון מידי אמה"ח לחוד חשיב תיקון וגם אם נאמר דניחא להק' מהברייתא דבפשוט מוכת. מלהק' מכח הוכחה דמתניתין ובפרט דשערי תי' לא ננעלו לתרץ הק' דמהרי"ט הנ"ל דגם באמת איכא שיטה דבאיסור דיומא גרים לא אמרינן או עביד לא מהני. ג"כ לא קשה זה לפענ"ד דמהיכא תיתי יקשו מזה קושיא כיון דבמתניתין לא מפורש אף בשחט שלא כדרך שחיטה בדרסה או נתנבלה באיזה פסול דשחיטה ואדרבא מסתימת מתני' דשוחט חייב י"ל ג"כ דאין זה סתם אכל מיני שחיטה אף בפסול דיותר צריכין לומר דהתנא מיירי בשחיטה כשרה. וכדרך השחיטה לא לאוקמי אף שלא כדרך השחיטה כשרה אלא בפסול ג"כ וקושיא בודאי אין להק' כיון דאין מפורש להדיא לכך עדיפא להו להק' מהברייתא דמפורש דלא מתקן אלא מידי אמה"ח וכמוש"כ מעכ"ת בעצמו:

ומש"כ לדחות קושיית המלא הרועים שכתבתי במכתבי הקודם לכת"ר. והוא דאף אם יבא ויאמר דזינתה עם אחר ג"כ לא יהא מהימן כלל. מחמת דהוי נוגע בעדות שירא פן נשקה ויבדוק המים להבועל ג"כ ע"כ יאמר שלא זינתה כדי שלא נשקה אותה. ושוב כתב בעצמו לדחות זה דממנ"פ אי אתה חושש שישקר בעדותו שלא תשתה המים דלא יבדקו אותו א"כ מן הסתם זינתה עמו ושפיר נאמן ואם אמת שלא זנה עמה. א"כ אין כאן נוגע בעדות כלל כי אין לו ממה לירא ולמה ישקר בעדותו זה עכת"ד. הנה בקושייתו דהוי נוגע ותי' כבר הקדימו בזה במנחת חנוך ויע"ש בזה. ולפענ"ד נראה דאין כאן קושיא דלא חשיב נוגע. דהא דהמים בודקין גם להבועל הוא במשקר ג"כ כהאשה שהמים בודקין אותה במשקרת שלא זינתה וכן הבועל בודקין אותו המים הוא במשקר דוקא שהוא לא זנה עמה. דזה לא ניתן לומר כלל וכלל דהוא יהא גרע מהאשה דהאשה אם תודה שנטמאת אין המים בודקין ולהבועל יבדוק אף שהוא מודה. א"כ מהשתא אם יבא לב"ד ויודה שפיר הוי מהימן לענין בדיקת המים שלא יבדוק אותו שוב אף אם נחזיק אותו לפסול לענין עדות זה. וכיון דאם יבא לב"ד ויודה לא היו המים בודקין אותו. א"כ מהשתא לא הוי שוב נוגע בזה שנכשיר לו לעד וישקר בעדותו שזינתה עמו כדי שלא

יהי' המים בודקין גם לדידיה הא בשביל שלא יבדוק המים למה ליה לשקר ולהעיד עדות שקר אדידה הא שפיר יכול לבא לב"ד ולהודות שהוא זנה ענוה א"כ מהשתא שפיר לא הוי נוגע בזה ונוכל לחשוב לעד באם יבא ויאמר בסתם שהוא זנה עמה ונאמר פלגינן דבורי' והוי עד כשר. ואין כאן דחי' בזה על המלא הרועים. אבל זה יש לעיין דהיאך נוכל לחשוב לעד מצד פלגינן דבורי' בזה שאם יבא לב"ד הבועל ויאמר שהוא זנה עמה הא כיון דאנן אמרינן פלגינן דבורי' אף דאיכא קנוי וסתירה ולא מהימן לעשות עצמו רשע דאין אדם משים עצמו רשע. א"כ היאך נוכל לומר שיטעון העד כך ויעשה עצמו רשע ולעולם לא יטעון כך לעשות עצמו רשע ואין זה ראוי לחשוב עד בזה:

ומש"כ להקשות עוד דאמאי לא הקשה בלא פלגינן דבורי' אלא בהעיד סתם אשתך זינתה ולא הזכיר עם מי זינתה דהשתא ליכא תי' דלא שייך להקשות שזינתה עם אחר יאמר. דמה"ת נימא שיעיד מעשה שקר שזינתה עם אחר דבסתם לא שייך זה דאין כאן שקר בעדותו ולא צריכין לטעם פלגינן דבורי'. לפענ"ד לא קשה דהנה הא דבאיכא עד אחר אין המים בודקין הוא כיון דעיקר שתיית המים הוא דבאין לברר את העון וכיון דאיכא עד בעולם שוב הוי בזה מבורר, וביותר מבואר בתוס' בסוטה (דף כ"ב ע"ב) בד"ה ושבעלה בא עליה בדרך וכו' דכשיש שם עדים הרי העון מבורר וא"ל בירור אבל הכא שבא עליה בדרך שצריך לברר אף דאין המים בודקין כי קדוש מעיקרא שפיר קדוש מאחר שלא נתברר העון וכו' ויע"ש. הרי מבואר דכל בדיקת המים דהוא לברר את העון בעינן שיהי' לנו מבורר העין. (ואף שנגלה לנו אח"כ שלא הי' ראויה לבדוק ג"כ צריכין אותה לבדוק ולברר את העון) א"כ כיון דהא דבאיכא עד אחד אין המים בודקין הוא משום דכבר העון מבורר בעולם כבשני עדים בזה שיבוא ויעיד לפנינו. א"כ הכא דמחזקינן להבועל לעד בזה שאם יבא ויעיד לפנינו יהי' מבורר העין בזה הא צריכין אנו, לספק אם איכא עד בעולם פירוש דילמא לא יהי' כשר בעדות באמירה לפני ב"ד אם יעיד כהמעשה שזינתה עמו ומסתמא ב"ד ישאלו לו ג"כ היאך הי' המעשה עם מי זינתה לכן אין לנו לעשות להבועל לודאי עד כשר בזה שלא יעיד עם מי אלא סתם. וכיון דאין לנו עד ודאי א"כ אין מבורר לנו העון בודאי ולחשוב בזה לאיכא עד בעולם ובודאי צריכין להשקות אותה וגם המים יבדקו כיון דאין מבורר. דכל עיקר שתיית המים בא על דרך הספק ודו"ק. ומהשתא שבאנו לזה לא קשה נמי קושייתם דאף דפלגינן דבורי' באמרו אשתך זינתה עמי אבל מ"מ אין מבורר לנו שיהי' כשר לעדות דלמא יעיד בלשון אני זניתי עם אשתך דלא פלגינן דבורי' ובפרט די"ל דאין מבורר לנו בידיעתו לחוד כבעד דעלמא דבעד דעלמא כיון דיודע העד והחיוב עליו לבא להגיד לפני ב"ד וכל עד אית ליה חזקת

כשרות שיבא בודאי להעיד לפני ב"ד לכך כיון דהוא יודע הוי כאלו בא לפנינו וכאלו כבר מבורר לנו למפרע בזה וכנ"ל. אבל בהבועל דאדרבה דמדינא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע ולא יבא לב"ד להעיד שהוא זנה עמה א"כ אין לנו עד בודאי שיעיד ויבורר על פיו ומאי נ"מ בזה שיודע כיון שלב"ד לא יבורר וד"ל וזה נכון לפענ"ד. כ"ד אוהבו המיולת"ח המברכו בהצלחה:

+אורח משפט על תשובה ה

עוד להרב הג' הנ"ל:

ומה שדחה על מה שכתבתי לתרץ קושייתי דלא הוי נוגע בעדות בזה שלא יבדקו המים וכתבתי דמשום זה לא הוי נוגע דבידו להודות דג"כ לא יבדקו אותו המים. וע"ז כתב כת"ר שליט"א דלה שפיר הימנוהו כיון דבהודאה שלה אוסרתה עצמה לבעלה ותפסיד כתובתה בזה. אבל הבועל מאי נ"מ בהודאה שלו שנאמין לו שלא יבדקו אותו המים אדרבא אין אדם משים עצמו רשע. ולפענ"ד נראה פשיט דשפיר הסברא נותנת שיהי' נאמן דמה"ת נימא דלא יהי' נאמן לאוסרה על עצמו הא כל אדם יכול לעשות על עצמו חתיכה דאיסורא אפי' בדבר המותר לו, ומאי נאמנות צריכין לזה להאמין לו ולא שייך בזה כלל גם אין אדם משים עצמו רשע דלא לעדות דעלמא באין אנחנו להאמינו ולפוסלו בהודאתו זה. אלא לדידיה בעצמו ואין נוגע לשום ענין חוץ מזולתו שפיר מהימן בזה ואין אנן דנין לו כלל אי הוה רשע או לא כמובן. וכיון דכל בדיקת המים שבודק גם כן להבועל הוא שיבורר ג"כ עון דידיה כדי לאוסרה אדידיה ג"כ כמבואר בירושלמי והובא בתוס' בריש פרקין כשם שהמים בודקין וכיון דבהודאתו דבועל היא אסורה לדידיה א"כ הוי מבורר העון בזה ולא צריכין המים שוב לבדוק גם להבועל. וגם האשה דנאמנת לומר טמאה אני לאו מטעמא דתפסיד כתובתה ונאסרה לבעלה אלא מהימנה מצד נאמנות לחוד לאוסרה על עצמה דהיא באמת אסורה בלא"ה ובלא אמירה דידה דסוטה עשתה התורה ספיקה כודאי. ושתיית המים לא בא רק להתירה על בעלה ואפי' בלא אמירה דידה שהיא טמאה אלא שיש לנו גילוי דעת לבד שהיא טמאה כגון באמרה שאיני שותה ג"כ אסורה ולא צריכין כלל גם לנאמנות דידה וזה פשוט לפענ"ד:

ובמנחת חנוך ראיתי שהק' על הרשב"א הנ"ל דפלגינן דבורי' וזת"ד לפמש"כ התוס' בב"מ (דף ג') בד"ה מה וכו' שהק' אהא דשנים אמרו אכלתי חלב דחכמים פוטרין דמה אם ירצה לומר מזיד הייתי הא אין אדם משים עצמו רשע ותי' דעושה תשובה דאינו רוצה להביא חילין בעזרה. א"כ כאן נמי דאינו רוצה שתשתה שלא ימחו שמות הקדושים על

המים. אך זה אינו דאין עבירה כלל דדוקא אם איכא שני עדים שנטמאת בודאי מחוייבים להגיד קודם שתיה כיון דאין המים בודקין א"כ יהי' נמחק בחנם וה"ל עבירה וצריכין להודיע קודם אבל בעד א' דהמים בודקין אותו וע"ז צותה התורה למחוק והמים בודקין באיכא עד אחד עכת"ד בקצרה ויע"ש באריכות בזה. ולפענ"ד לא נ"ל לומר כן דאף שהיא יודעת בעצמה שנטמאה אין עליה חיוב להודות כדי שלא ימחה השם בחנם משום כיון דכך צותה התורה למחוק דהא מבואר להדיא בסוטה (דף ז' ע"ב) דב"ד מאיימין עליה שלא תשתה קודם שנמחקה המגילה הרי דב"ד מאיימין עליה שלא תשתה ולהודות שנטמאה כדי שלא ימחה בחנם ולא אמרינן כיון דבין דנטמאת ובין שלא נטמאת התורה התירה למחוק ואין כאן איסור אפילו לדידה שיודעת ומאי איכפת להו לב"ד שיצטרכו לאיים עלי' ובלא"ה כיון דחכמים הטילו עלי' שתודה שלא למחוק השם שפיר נאמר כשבא הבועל והודה ומקיים מה שב"ד הטילו החיוב ורוצה לעשות רצון הב"ד. ג"כ לא שייך אין אדם משים עצמו רשע דלא לחנם הוא אומר לעשות עצמו רשע וע"כ צריכין לומר דבאמת דביודעת בעצמה שהיא נטמאת לא התירה התורה למחוק דהא דהתורה התירה למחוק השם הוא כדי להתירה על בעלה משום שלום כדקאמר הש"ס בחולין (דף קמ"א) הואיל ואמר מר גדול השלום שמי שנכתב בקדושה ימחה על המים דלאוסרה בלא"ה אסורה מספק דסוטה עשתה התורה ספיקה כודאי כנ"ל. וכיון דעיקר מחיקת השם דהתירה התורה הוא משום שלום לברר שהיא טהורה לבעלה. א"כ ביודעת בעצמה שהיא טמאה דלא שייך שוב שלום בודאי גרמה עברה בחנם. וכן הבועל דהוא יודע שהיא נטמאה דשתיית המים הא בא לבדוק גם בשבילו צריך להודיע וגורם עבירה דמחיקת השם בחנם כקושייתו. והדר קושייתו דאמאי אמרינן פלגינן דבורי' ולא מהימן: לכן אפשר לחלק קצת מאכלתי חלב דהתם הוא בעצמו נותן הקרבן להקריב בשבילו והוא חולין באמת והוי כאלו הוא בעצמו עשה האסור דחולין בעזרה שייך דלא ירצה לעבור על איסור אבל הכא הבועל לא נעשה האיסור על צווי דידיה והוא באמת לא ירצה בשתי' שלא יבדקנו ובפרט שגם האשה יודעת ועלי' לבד החיוב להודות לכן לא אמרינן בזה שבא להעיד כדי שלא ימחוק השם ודו"ק. ובלא"ה אין קושיא כל כך על שאלת הרשב"א הנ"ל אי אמרינן פלגינן דבורי'. דשפיר יוכל לאוקמי בליכא טעמא דרוצה לעשות תשובה כדי שלא ימחה ה' כגון בשכבר נמחק המגילה ואח"כ בא הבועל החשוד להעיד שהוא זנה אי אמרינן פלגינן דבורי' או לא:

+אורח משפט על תשובה ו

הנה ראיתי לבאר קצת בדבר אשר הציע לפני מופלג אחד אשר קרה לו שבשבת קדש נפל מהנר כלי הזכוכית בלשון לע"ז (צולעניער). ומפני הבהלה שהי' ירא מפני הדליקה החזיר על הנר עם עוד איש כדי שיהי' רק איסור דרבנן דשנים שעשאוהו:

והנה אם בהחזרה על הנר איכא איסור מבעיר בזה שמאיר יותר. נראה מהט"ז באו"ח (סימן רע"ח) שכתב דלהסיר ראש הפתילה שיהא מאיר יותר לא הוי מבעיר משום דהבערה איתא גם מתחלה רק שמסיר גרם החשך ויע"ש. הרי מוכח מהט"ז הנ"ל דבזה דמאיר יותר לא הוי איסור מבעיר בזה כיון דגם קודם הי' מאיר ולא נתוסף השתא בעצם הפתילה אור יותר אלא דהי' ראש הפתילה מעכב והסיר דבר המעכב מלהאיר לא הוי איסור. א"כ ה"נ י"ל כן כיון דבזה דמחזיר הזכוכית לא נתוסף אור יותר בעצם הפתילה אלא דבהחזרת הזכוכית נשתנה האור ומאיר יותר והיא פעולה חיצונה המתקן להנר שיהי' מאיר יותר. אך אפשר לחלק קצת דהתם בנטילת ראש הפתילה הא אף קודם שהסיר ראש הפתילה הי' אותו האור כמו השתא רק בנטילת הפחם הוטב מעט ומאיר יותר כבתחלה. אבל הכא בהחזרת הזכוכית נשתנה האור לגמרי משהי' קודם בלא הזכוכית ונראה ממש שאין זה האור הקודם כמובן. וגם אולי בהחזרת הזכוכית שדולק יותר הוא מפני שהאור מתקמץ בתוך הזכוכית. ונמשך בזה השמן אחר הפתילה לכך מאיר יותר והוי מבעיר ממש. אך עלה בדעתי להוכיח דאין כאן איסור מבעיר בהחזרת הזכוכית. דאל"כ יהא אסור ליטול מהנר הדולק ביו"ט הזכוכית כיון דבהחזרת הזכוכית על הנר איכא משום מבעיר א"כ צריך להיות גם בנטילתה מהנר משום מכבה ומעולם לא שמענו שיהיה איסור בדבר זה ולא נזכר בשום מקום איזה רמז מזה. ופוק חוי מה עמא דבר שמסירין ביו"ט הזכוכית מהנר ואין מי מוחה בזה. וצ"ע. לדינא בזה:

ובמה שהקיל האיסור דהבערה בזה שעשה ע"י שנים דאינו אלא דרבנן (ולדברי התרומת הדשן (בתשובה נ"ח) בזמן הזה בנפל דליקה בשבת מותר לכבות מפני סכנת עכו"ם ויע"ש. ולא הי' ג"כ עכו"ם לעשות ע"י. הי' מותר להחזיר בעצמו לכתחלה. אבל יש לעיין אם בזמנינו איכא סכנת עכו"ם בזה. דכפי הנראה מהתשובה שם היה ממש סכנת נפשות שלא יקרה בזמן הזה) הנה לפענ"ד יש לי ספיקי טובא בזה אם טוב עשה להקל האיסור ע"י שנים. והוא דהנה באמת היה יכול לכבות דליכא ג"כ אלא איסור דרבנן דהו"ל מלאכה. שאצל"ג באינו צריך לפחמים. אבל לכאורה יש לומר דטפי עדיף לעבור על איסור דשנים שעשאוהו מלעבור על איסור כבוי דהא כתב הר"ן פרק חבית דלמה אין אומרים לנכרי כבה אף דהוא משאצל"ג והוי שבות דשבות במקום פסידא משום

דגוף הכבוי במקום שצריך לגופו הוא דאורייתא וחמיר טפי ולא שרי בה רבנן. א"כ מעתה שפיר י"ל דיעבור טפי על איסור שנים שעשאוהו דבמלאכת שנים ליכא איסור דאורייתא אבל במעשה הכבוי דיכול להיות אותו הכבוי דאורייתא בעושה לצורך חמיר טפי. או די"ל דטפי יעבור על אסיר כבוי החמור מלעבור על איסור דשנים שעשאוהו הקלה ממנה משום דהא חוץ איסור דשנים שעשאוהו איכא עוד איסור בהחזרת הזכוכית על הנר איסור מוקצה. דהזכוכית הוי מוקצה מחמת איסור ובאמת במוקצה גופא יהי' תרי איסורים כיון דנעשה ע"י שנים א"כ שנים מטלטלין הזכוכית המוקצה דלגבי איסור דרבנן דמוקצה הא לא שייך שנים שעשאוהו ומהשתא י"ל דבזה הסברא נותנת להיפך דהתרי דרבנן דשנים שעשו ואיסור מוקצה חמיר מחד איסור כבוי דחמור וכמו"ש הר"ן בפיו"כ לענין חילה שיש בו סכנה דטפי עוברים משום פק"נ על איסור שבת דסקילה מלאכול נבלה דיעבור על כל כזית. א"כ ה"נ בלאוין דרבנן נאמר כן. וזה דוחק לומר דכיון דהטלטול החזרת הזכוכית יהי' ע"י שנים יהא חשיב זה הטלטול ע"י שנים כטלטול מוקצה לאח"י:

ובאמת בלא"ה נראה לי לפענ"ד דבאיסור דשנים שעשאוהו גופא יהיה חשיב תרי דרבנן וחמיר מאיסור כבוי דהא שנים עוברים על איסור דשנים עשאוהו וזה נ"ל דוחק לומר דכיון דעל מעשה אחד בא עבירת הלאוין דרבנן חשיב בין שניהם כעבירת חד איסור דרבנן דהא זה בודאי פשוט דכל אחד נלקה מכות מרדות ונפסל לעדות מדרבנן ככל עבירת הלאוין דרבנן ועל כל אחד מהשנים איכא האיסור דרבנן שלא לעשות המלאכה עם עוד איש והיאך נחלק להאי חצי איסור דרבנן ולהאי חצי איסור. א"כ בודאי הסברא הפשוטה היא דכל אחד עובר א"כ בודאי לא גרע בזה דשנים עוברין על איסור מאיש אחד עובר בהאי איסור עוד הפעם במעשה אחרת. ואדרבה בנעשה עבירת הלאוין דרבנן בתרי גופי יותר סברא לומר דחמיר לעבור מעבירת הלאוין הוא בחד גוף. (וכמוש"כ לעיל בסי' א' לחלק בזה), וגם אין לחלק בין תרי דרבנן דהוא משם אחד בין עבירת לאוין דרבנן כהכא בשנים שעשאוהו דהוא משם אחד דקילא הא הר"ן דפיו"כ הנ"ל דחשיב לי' חמירא תרי לאוי דנבילה מאיסור סקילה דחמירא טובא אף דהוא משם אחד א"כ בודאי אין נ"מ בזה. וגם אם נפשוט ספקינו זה דטפי עדיף שיעבור על איסור כבוי אף דחמיר מלעבור על איסור דרבנן דשנים שעשאוהו יש לספק עדיין היאך עדיף טפי אם יעשה הכבוי גופא ע"י שנים. כגון שיכסו שניהם הנר בבגד ויתכבה ע"י שניהם. ומה שהביאני לספק זה הוא דלפמש"כ התוספות בכתובות (דף ה' ע"ב) בד"ה אם וכו' דבאיכא תרי דרבנן מקלקל ואין מתכוין קילא טפי ומותר לכתחלה במקום מצוה. אם כן

ה"נ אם יעשה ע"י שנים ויהי' ג"כ תרי דרבנן דמלאכה שאצל"ג ושנים שעשאוהו. א"כ קילא טפי משיעשה אחר הכבוי ובפרט במקום מצוה דסכנה דמותר לכתחלה להנ"ל א"כ י"ל דיעשה הכבוי ע"י שנים. או י"ל דכיון דלפמש"כ המשנה למלך בריש הלכות שבת דמקלקל שאני דקיל ולכך באין מתכוין שרי. אבל בשאר איסורי דרבנן כהכא לא אמרינן כן ואף בתרי דרבנן אסור ובלאו המשנה למלך הי' נראה לפענ"ד לומר דמש"כ התוס' דתרי דרבנן שרי שמקום מצוה לכתחלה הוא משום דתרי דרבנן חשיב כשבות דשבות דלא גזרו במקום מצוה. א"כ מעתה לפמש"כ הר"ן בפ' חבית הנ"ל דבאיסור כבוי לא שרינן ע"י עכו"ם אף במקום פסידא והוא הדין מצוה משום דאיסור כבוי חמיר טפי. א"כ ה"נ בתרי דרבנן דשרי אין להתיר באיסור כבוי דחמיר טפי וכהר"ן הנ"ל. והנה הגם שאסור אבל מ"מ הא חזינן דבהוי תרי דרבנן קולא יותר ועדיף שיעברו על הכבוי ע"י שנים. או מ"מ אף דקילא יותר י"ל דיעבור על איסור כבוי דאחד משיעברו שניהם על איסור הקל יותר ודו"ק:

+אורח משפט על תשובה ז

הרמב"ם (בפ"ג מה' מלוה ולוה ה"ד) כתב וז"ל עבר בע"ת ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש וגו' עיי"ש. וכתב המל"מ וז"ל אני תמה בדין זה דאיך סתם וכתב דאינו לוקה משום דניתק לעשה דהא לא ניתק אלא לגבי העני וכו' אבל משכון עשיר אמאי אינו לוקה כיון דליכא בי' תורה. וסבור הייתי לומר כיון דלאו זה הוא כולל עני ועשיר ומקצת הלאו ניתק לעשה דהיינו היכא דמשכון לעני מקלש קליש לאו זה ואינו לוקה אף היכא דמשכן עשיר דליכא ניתק. ודחה זה מש"ס דתמורה עיי"ש. וכתב עוד עיין בתוס' חילין (דף פ"ב) ד"ה הזורק שכתבו דאין לוקין על כלאים משום לא תסיג גבול דדריש בשבת (דף פ"ה) משום דאתא נמי לאזהרה דמסיג גבול בקרקע דהוי ניתק להישבון גם אותו הלאו דקאי גבי כלאים הוי ניתק ולא לקי הרי מבואר כן מהתוס' דניתק במקצת ניתק לגמרי ע"כ תוכן דבריו. וכ"כ הט"ז בסימן זה לחלק כן דכיון דניתק במקצת הוי ניתק לגמרי אף דליתא במצות השבה עיי"ש בזה:

ובס' לימודי ד' (לימוד ר"ב) תמה על המל"מ הנ"ל מאונס שגירש דמבואר במכות (ד' ט"ו) דאם הוא ישראל מחזיר ואינו לוקה ואם כהן הוא לוקה ואינו מחזיר הא דמי למשכון כיון שהוא ניתק לישראל ניתק נמי לכהן ואמאי לוקה גם הכהן. ותירץ וז"ל והנראה אצלי לחלק בזה דשאני משכון דאע"ג דקרא דהשב תשיב בעני כתיב היינו משום דקפיד

רחמנא במה ישכב. אמנם אמת הוא אם השב ישיב גם לעשיר לא לקי ונקרא מתקן משום דניתק להישבון הוא. אבל אונס לית' לכהן בתקנותיו משום דקאי לאפי' איסור גרושה ולכן לוקה, ואם ישראל הוא אינו לוקה דלדידי' ניתק גמור הוא והא כדאיתא וכו' עיי"ש:

ושוב הקשה מהתוס' דחולין (דף פ"ב) הנ"ל דלא לקי בכלאים משום לאו דלא תסיג גבול מכלאים דניתק בקרקע ניתק לגמרי הרי מבואר אף דלא יקיים השבה דבכלאים הא לא שייך בזה השבה. א"כ קשה להתוס' מאונס עיי"ש: הוספתי לתמוה על החילוק הנ"ל דכיון דהלאו ניתק במקצת הוי ניתק לגמרי מהא דמכות (דף ט"ז) משכון דאמר רחמנא לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש ומשכחת לה בקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו כו' והא איכא משכונו של גר ומת הגר עיי"ש. וקשה הא להנ"ל ה"נ נימא כיון דהלאו ניתק למשכון ישראל ניתק נמי למשכון של גר ולא ילקה:

וגדול אחד השיב לי בכתב ע"ז וז"ל אלי. קושייתו מסוגיא דמכות הנ"ל לא על המל"מ היא כי אם על הרמב"ם. ולאו דוקא מהא דציין אלא מכל הסוגיא מראשה לסופה. וזה מן תחילת המאמר דר"י דאין לנו אלא זאת ועוד אחרת ודליכא בהשבת העבוט שום מלקות להרמב"ם הנ"ל שפסק (בהלכה ג') דלקי ועל זה סובב כל השקלי וטריא של הט"ז. וע"ז השיגו שם הראב"ד. והמ"מ כתב על זה (בהלכה ד') דהסוגיא דמכות נגד דבריו. ואולי גירסא אחרת הי' לו להרמב"ם שם עכ"ל. ואיך שיהי' לא קשה על הט"ז כי הוא לא בא רק לפרש דברי הרמב"ם הלז עכ"ל במכתבו אלי:

אבל לפענ"ד אינו מספיק דהא סברת המל"מ להט"ז מבואר גם בתוס' חולין הנ"ל ע"ש והתוס' הי' להם הגירסא דידן כמבואר במכות להמעיין שם. ולדידי' נשאר קושייתי מהא דפריך ממשכונו של גר וכנ"ל. וגם להרמב"ם אינו מוכרח שהי' לו גירסא אחרת כמוש"כ בביאור הגר"א ז"ל ובתומים שם עיי"ש:

ובעיקר החילוק שכתבו דכיון דניתק במקצת לעני ניתק לגמרי גם לעשיר יש לעיין דהאיך יעלה על הדעת לומר דהעשיר דליכא בהעתק עדיף מהעני דאיכא בהעתק דבעשיר ניתק הלאו אף דלא יקיים העשה והעני דוקא בקיים העשה דהש"ס במכות חזר לאשכוחי בביטול עשה דילקה וכן פסק הרמב"ם בהלכה זו דאם נשרף המשכון לוקה. א"כ בעינן בעני דוקא שיקיים לעשה ואיך יהי' בעשיר פטור אף בלא קיים. ועיינתי שוב בקצוה"ח בסימן זה וראיתי שהקשה על הט"ז הנ"ל מתוס' חולין הנ"ל. (וכבר הקדימו המל"מ בזה הנ"ל) ועיי"ש שתמה ג"כ על הט"ז כסברתינו הנ"ל. ושוב הקשה על התוס'

דחולין הנ"ל דהא גם בלאו דלא תסיג איכא מלקות בביטול העשה כגון בשטפה נהר כמבואר בהגוזל (דף קי"ח) דאינו חייב בתשלומין. א"כ בכלאים דליכא עשה ליללקי והניח בצ"ע. וכיוצא לזה מצאתי בכת"י של אאמו"ר הגאון זצללה"ה הכ"מ שהביא ראיות להרמב"ן דהסוגיא דמכות הנ"ל קאי למ"ד ביטלו ולא ביטלו וראי' אחת כתב וז"ל ונ"ל ראי' לזה מהא דפריך והאיכא גזל וכו' משכון וכו' ומשני כיון דאיתא בתשלומין אין לוקה ומשלם. וקשה טובא הא איכא קרקע דליכא לא תגזול כמוש"כ תוס' בר"פ איזהו נשך הא איכא לאו דלא תסיג גבול ואינו לוקה משום דניתן להישבון כמוש"כ התוס' בשבת (דף פ"ה) ובמס' חולין (דף פ"ב) ואי שטפה נהר אינו בהשבה דשטפה נהר פטור כמבואר בס' פ"י דבב"ק ולמ"ד קיימו ולא קיימו לוקה אפילו באונס וא"כ משכחת לה קיימו ולא קיימו בלא תסיג גבול וכן בגזל עבדים שכתב תוס' בכ"מ דשייך בהו ל"ת ג"כ ואימעטו מהשבה בספ"י דבב"ק עיי"ש בזה. א"ו דלמ"ד ביטלו ולא ביטלו פריך וכשמבטל בידים חייב בתשלומין כמבואר (בסימן שע"א) עכ"ד שם]:

ולפענ"ד יש ליישב כל זה. והנה העיקר נראה כמו שרצה לומר בספר לימודי ד' דהא דניתק לעני ניתק נמי לעשיר הוי הפירוש דגם בעשיר איכא עשה דהשבה דאי יקיים בעשיר העשה דהשבה יתקן הלאו ופטור כמו בעני. ובע"כ מוכרחים אנו לומר כן מסברתינו הנ"ל וקושיית הקצוה"ח הנ"ל דאיך נוכל לומר דבעשיר דליכא בקיום העשה עדיף מהעני ואפילו בלא קיום העשה, לא ילקה. לפענ"ד תמוה מאוד במש"כ קצוה"ח דכיון דגזל קרקע ושטפה נהר דקי"ל דפטור מתשלומין חייב מלקות דליכא בהשבה הא התוס' בב"מ (דף ס"א) בד"ה אלא כו' דהא דקרקע אינה נגזלת אינה מה"ת אלא משום דא"א לזוזה ממקומה וכו' עיי"ש. ותמה שם המהרש"א הא בפרק הגוזל ממעטינן קרקעות ועבדים מכלל ופרט וכלל עיי"ש. ועיין בפ"י דתירץ דהא דאמרינן בכ"מ דקרקע אינה נגזלת היינו לענין הישבון כו' וכל מילי דכתיבא בענייא דוהשיב את הגזילה דהתם כתיב כלל ופרט וכלל אבל למעט מאיסור גזילה לא שמענו עיי"ש באריכות. א"כ מעתה בגזילת קרקע ילקה אף אם נאמר דבהויא הקרקע בעין אם השיב ליכא לא תגזול ואינה נגזלת בעין אבל אם גזל קרקע והפסידה או בהסגת גבול דשייך אפילו בקרקע בעין ילקה. משום דשוב לא שייך והשיב ולא יועיל אף אם ישיב אח"כ לתקן הלאו: וכפי המשמעות מדברי הרמב"ם (בפרק ט' מה' גזילה ואבידה הלכה א') א"א לומר כן שכתב דהגוזל קרקע ומפסידה משלם מה שהפסיד. ואם נשחתה מאלי' כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך שהקרקע בחזקת בעלים קיימת ואין אחריות הפסידה עליו אא"כ הפסיד בידו עיי"ש. הרי משמע מהרמב"ם הנ"ל דגם בקרקע

איכא השבה בממון דלוקה ומשלם הא א"א לומר וגם בנפסד מאלי' דלא משלם ג"כ לא כתב אלא דנפטר מחיוב תשלומין משום דאינו חייב באחריות ומפשטות הרמב"ם נראה דאין כאן חיוב מלקות בגזילת קרקע בכל גוונא וכן יהי' תמוה על הפנ"י מהתוס' דמס' חולין (דף פ"ב) הנ"ל דהשגת גבול ניתן להישבון: ע"כ נראה לי ליישב כל זה עפמש"כ הרמב"ם בריש הלכות גזילה. וז"ל כל הגוזל את חברו שוה פרוטה עובר בל"ת שנאמר לא תגזול ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל זו מ"ע ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמי' וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו עכ"ל. הרי מבואר להדיא דעת הרמב"ם ז"ל דאפילו נשרף הגזילה ואינו יכול לקיים שוב המ"ע דוהשיב ג"כ לא לקי משום דניתן לתשלומין וחייב לשלם דמי' ועיין שם בהה"מ בהלכה זו]. א"כ מהשתא בפשיטות י"ל הא דממעטינן מכלל ופרט וכלל קרקע מהישבון הוא ממצות השבה דכתיב בתורה קרא דוהשיב בהאי עניינא אבל מחיוב תשלומין גזילת חברו לא נתמעט מהלאו דגזילה. ולכך אפילו בשטפה נהר או הפסידה בידים החיוב עליו לשלם דמי' והשתא ששטפה ממילא דאין אחריות עליו נפטר נמי מהחיוב תשלומין ויכול לומר לו הרי שלך לפניך וזה חשיב במקום השבה כמובן ולא קשה השתא מידי על הפ"י מהתוס' דחולין הנ"ל דהא להפ"י לא נתמעט רק ממצות השבה מכלל ופרט וכלל והתוס' דחולין שכתבו דלאו דלא תסיג הוי לאו דניתק להישבון הוא לענין ניתק לתשלומין כנ"ל וז"ב:

ומעתה יתיישב שפיר סתירת הלימודי ד' הנ"ל שהקשיתי על מה שרצה לפרש דעת הרמב"ם דניתק בעני הוי נמי ניתק בעשיר הוא בקיום עשה דוקא מהתוס' דחולין הנ"ל דאינו לוקה על לאו דלא תסיג דקאי, גם אכלאים משום דהלאו ניתן להשבון בקרקע הרי דניתק לגמרי אף בלא קיום העשה כנ"ל, אבל להנ"ל שפיר יש לחלק לאו דהסגת גבול ממשכון דהא במשכון לדעת הרמב"ם דלא ניתן לתשלומין ולא ניתק הלאו אלא בקיום העשה דהשבת המשכון ואם נשרף או נאבד לוקה ולא עדיף מהעני גופא כסברתינו הנ"ל. אבל בהסגת גבול דניתן להשבון ואפילו בכלאים דלא יכול לקיים ג"כ אינו לוקה כיון דלא תלוי העתק הלאו בקיום העשה. ואפילו בלא קיום עשה אינו לוקה על זה שפיר כתבו התוס' כיון דניתק להישבון גם בלא קיום עשה ניתק לגמרי גם בכלאים ודוק היטב:

ועפ"י מה דביארנו דהנכון כהלימודי ד' הנ"ל דהעתק דבעשיר ג"כ הוא בקיום העשה דוקא יתיישב בפשטות מה שהקשינו ממשכון של גר דהתם בגר דרצה הש"ס לאשכוחי מלקות דהוא בלא קיים העשה לכך שפיר ילקה. אבל לפי מה שחילקנו בין לאו הנל"ע ללאו הניתן לתשלומין. א"כ עדיין קשה לשיטת התוס' דסברי דמשכון הוי ניתן

לתשלומין כמו בהסגת גבול הנ"ל: אבל נראה לי לומר דאין קושיא ממשכונו של גר דהא דאמרינן נעתק במקצת נעתק לגמרי לא שייך אלא הכא במשכון כיון דנעתק בעני נעתק בעשיר וכן הלאו דהסגת גבול כיון דנעתק הלאו בהאי דין נעתק נמי בהאי דין דלא תסוג גבול בכלאים. אבל הכא במשכונו של גר דרצה הש"ס לאשכוחי מלקות יהי' משכחת מלקות בין לישראל ובין לגר וכל דין העתק דמשכון דבין אם ישראל לקח משכונו של גר לוקה ובין אם גר לקח משכון מגר חברו איכא מלקות א"כ הא ליכא נעתק אפילו במקצת וכל העתק קאי רק על החפץ הואיל בחפץ זה נעתק נעתק נמי בחפץ אחר וזה לא ניתן לומר כלל וכלל, וכן לענין תשלומין י"ל כן דכה"ג לא אמרינן נעתק במקצת נעתק לגמרי וזה נכון לפענ"ד:

והרב המאוה"ג המפורסם בתו"י המיולח"ז מ' אפרים פישל שליט"א כתב לי ליישב קושייתי מנר. דהנה בגר הוטל עליו חיוב העשה לתקן אינו לוקה אא"כ תיקן אבל בעשיר דלא הוטל עליו חיוב העשה לתקן אינו לוקה אפילו בלא קיים העשה זה תוכן דבריו בקצרה במכתבו אלי:

והנה כמדומה לי אשר גם אנכי הרגשתי בזה. אך לא נתיישב לי משום דמסברא א"א לומר כן דהואיל ונעתק לעני נעתק נם לעשיר אף בלא קיום העשה אם לא מטעם שכתב המל"מ שם דהואיל ונעתק לעני מקלש קליש איסורי' דהלאו ואין לוקין עליו. ולפ"ז שפיר הקשיתי דזה הטעם דמקלש קליש הלאו שייך שפיר גם לגר כמובן. אבל באמת בלא"ה לפענ"ד נראה עיקר כמו שכתבתי דהא דניתק במקצת ניתק לגמרי נם לעשיר פירושו ניתק לגמרי בקיום העשה דוקא דגם העשיר יקיים העשה ומתקן הלאו בזה וכמו שפירש הלימודי ד' הנ"ל ומה זה דלא הטיל התורה עליו חיוב עשה לקיים. הכי הוקל משפטו בזה ואפילו מהעני ולא יצטרך שוב לתקן הלאו הלא זה עונשו וכפרתו ותיקונו דהלאו (ולקמן נבאר זה בארוכה) א"כ בעשיר דלא נתן לו התורה התיקונין דעשה להלאו שפיר ילקה. ומה לי דהתורה לא חייבי' בעשה הא מ"מ בהלאו התורה חייבי' ומנ"ל למימר הכי ולחדש כן בשביל שלא נתן לו התורה תיקון הוא קולא שלו שלא ילקה אף שלא יתקן. ומהיכ"ת נימא כיון שיש לנו לפרש כפשוטו דלעשיר לא נתן התורה תיקון שפיר ילקה כיון דהסברא מבחוץ נותנת לומר כן אם לא נפרש דגם בעשיר יקיים המצוה דבזה אתי נמי שפיר הסברא דעשיר לא עדיף מהעני וכמו שביארנו בזה: ואגב אכתוב עוד מה שנראה לפענ"ד לפלפל קצת בהסוגיא דמכות הנ"ל במה שראיתי בספר הרד"ד שהקשה לשיטת הפוסקים דחמץ הוי ניתק לעשה דתשביתו. מהא דמכות (דף ט"ו) הנ"ל דלא משכחת לה ביטלו ולא ביטלו הא משכחת בקנה חמץ בפסח דלוקה כמו שפסק

הרמב"ם. (בפ"א מה' חו"מ) ואי משום דניתק משכחת לה שביטל כגון שכתב שם על חמץ דאסור לשרוף או לפזר ולהטיל לים משום לאו דמחיקת השם [והוא כמו דמוקי הש"ס במכות שם דמשכחת לה ביטלו ולא ביטלו באונס שגירש והדירה אח"כ דהוי ביטול העשה בזה. וה"נ שפיר חשיב ביטול העשה בזה]:

ולכאורה הי' נראה לי לומר דיכול לקלוף השם ובהנשאר יקיים מצות שריפה ובהנקלף לבד לא יהי' כזית דיהי' חל עליו חיוב לבער. אבל זה אינו דעדיין יקשה דהא משכחת לה בביטלו ולא ביטלו כגון בכתב שם על כזית חמץ לבד דאם יקלוף מקצת לא יהי' בהנשאר כזית ולא יקיים בזה מצוה דתשביתו כמבואר להדיא בב"ק (דף ק"ה) לענין גילוח שער מצורע. דבגילח אחת לא מקיים מצות גילוח ע"ש. וה"נ י"ל כן וגם אין לומר דבזה דכתב שם לא ביטל העשה דהא מ"מ מצד עשה דוחה ל"ת יהא מותר למחוק השם ולקיים העשה דתשביתו דבאמת כבר כתבו המפרשים דבמחיקת השם איכא עשה דה' אלקיך תירא. א"כ איכא במחיקת השם עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה. ועוד א"א לומר כן לפי דעת התוס' בעירובין (דף ק') דעשה הבא ע"י פשיעה לא דחי א"כ ה"נ הוי פושע בזה שכתב השם. ועוד הי' נראה לי לכאורה לומר דא"א לומר הכי דלידחי העשה דתשביתו את הל"ת דמחיקת השם דלשיטת הסוברים דאין עשה דוחה ב' לאוין. א"כ י"ל כיון דצריך לתקן בהעשה דתשביתו את עקירת הלאוין דב"י ובי"מ שוב אין בכחה לדחות עוד לאו דמחיקת השם. דמלשון הש"ס בתמורה (דף ד') דלא אתי עשה דוהי' הוא ותמורתו קודש ועקר תרי לאוי דלא יחליפנו ולא ימיר אותו משמע דניתק לעשה הוא דהעשה עוקר ללאו כמו עשה הדוחה לל"ת וכ"כ בספר הכריתות דכמו דקאמר הש"ס בתמורה דאין עשה מנתק תרי לאוין כמו כן אין עשה דוחה תרי לאוין (עיין מש"כ בסי' ב' בזה) א"כ מבואר מזה דעקירת הלאו דעשה ודחיית ל"ת בעלמא הוי ענין אחד דדחי'. והא דבחמץ דהוי נמי תרי לאוי בהנתק גופא ב"י ובי"מ. הא כבר חידש התוס' בחולין (דף פ"א) בתירוצם השני דשם בתמורה לא הוי ניתק גמור דאין שם מעשה לתקן הלאו דוהי' קודש ע"ש. א"כ מעתה שפיר י"ל להסוברים דאין עשה דוחה תרי לאוין כיון דדוחה העשה דתשביתו לאוי דב"י ובי"מ בדין העתק שוב אין בכחה לדחות לעוד ל"ת וחשיב לענין דחי' הל"ת דב"י ובי"מ ול"ת דמחיקת השם כתרי לאוי ודו"ק היטב. והתוס' דהקשו במכות (דף ט"ו) אהא דכהן שגירש לוקה ואינו מחזיר וליכא למימר דאתי עשה ודחי ל"ת ועשה שאינו שוה בכל עיי"ש מה שתירצו. א"כ להנ"ל הא בלא"ה לא ידחה משום דיהי' עוד לאו הניתק דלא יוכל לשלחה. אבל לא קשה דהתוס' לשיטתם דסברי

ביבמות (דף ג') דעשה דוחה ב' לאוין. ושוב מצאתי כיוצא בזה בספר ברכת אברהם בפסחים (דף כ"ט):

ולפ"ז הי' נראה לי לתרץ קושיית המפרשים בפסחים (דף ה') אהא דקאמר ר' עקיבא תשביתו מערב יו"ט משום דביו"ט אסור משום הבערה והקשו לאמוראי דסברי בשבת (דף כ"ד) דיו"ט הוי ל"ת לחוד וא"כ ליתי עשה דתשביתו ולידחי לל"ת דיו"ט. אבל לפי הנ"ל לק"מ. כיון דתשביתו הוי ביו"ט ואיכא תרי לאוי דב"י ובי"מ לתקוני שיב לא דחי עוד ל"ת דיו"ט. אבל קשה לי מש"ס דשבת הנ"ל דיליף שם חזקי' וכן תנא דבי חזקי' מקרא דעד בקר ליתן בוקר שני לשריפת נותר ולא דחי נותר לל"ת דיו"ט ויליף מזה לכל שריפת קדשים דלא דחי לל"ת דיו"ט א"כ להנ"ל איך יליף מנותר לשאר קדשים הא בנותר כיון דצריך לנתק הל"ת דנותר שוב אין בכחה לדחות ל"ת דיו"ט אבל בשאר קדשים טמאים דליכא אלא עשה דיו"ט שפיר י"ל דדחי' עשה דשאר קדשים לל"ת דיו"ט. הרי מוכח להיפוך דאף דצריך העשה לנתק הלאו יש בכחה לדחות לעוד לאו וקילא טובא דחיית הל"ת דניתק משאר דחיית עשה לל"ת דעלמא. ואפשר לומר דבנותר ליכא אלא חד ל"ת לזה צריך לדחות מן הדין אי לאו דבקר שני אפילו לעוד לית דעלמא. או דלאו דנותר קיל בזה דאין בו מעשה אבל בלאו דב"י דמשכחת מעשה כגון שקנה. ובלא"ה י"ל למ"ד דאין עשה דוחה ב' לאוין קשה דמשכחת ביטלו ולא ביטלו בכתב שתי שמות על החמץ דאם ישרוף החמץ יעבור על תרי לאוי דמחיקת השם ולא דחי עשה דתשביתו לתרי לאוי דמחיקת השם ושפיר ביטל העשה בכתיבת השם על החמץ: ולכאורה הי' נראה לתרץ דמשום איסור מחיקת השם לא הוי ביטול דהא יכול לשרוף ע"י עכו"ם. אבל לפ"ז יקשה א"כ מאי הוכיח ר"ע דתשביתו הוא מבעיו"ט דביו"ט אי אפשר משום הבערה. הא יכול לשרוף ע"י עכו"ם ולא יצטרך לדחות איסור הבערה ביו"ט וכן יקשה אש"ס דשבת הנ"ל דלמה איצטריכו האמוראים דלא דתי שריפת קדשיו לל"ת דיו"ט הא יכול לקיים ע"י עכו"ם א"כ לא ידחה משום דאפשר לקיים שניהם ע"י עכו"ם דקיי"ל דלא דחי וכן לרב אשי דקאמר דיו"ט עשה ול"ת קשה הא אפילו דיו"ט לא הוי אלא ל"ת לחוד ג"כ לא דחי. משום אפשר לקיים שניהם ע"י עכו"ם. אבל לפמש"כ תוס' בשבועות (דף ג') דאיצטריך היכא דליכא עכו"ם. א"כ ה"נ י"ל כן. דאיצטריך להיכא דליכא עכו"ם. וכן יש ליישב הקושיא דפסחים הנ"ל בפשיטות דהקרא דתשביתו מיירי בכל גוונא אפילו היכא דליכא עכו"ם. אבל על מחיקת השם דוחק לומר כן דמשכחת לה שאין עכו"ם בגבולו דמ"מ שמא יזדמן עכו"ם או קטן א"כ לא ביטל העשה בזה דליכא השתא עכו"ם דרק לענין דחי' עשה לל"ת כיון דליכא השתא עכו"ם אינו מחיוב להמתין עד שיבוא ואתי

עשה ודחי לל"ת כמוש"כ התוס' בשבועות הנ"ל. אבל לפמש"כ במק"א לתרץ קושייתי דשבת הנ"ל דלכך לא יכול לשרוף ע"י עכו"ם הנותר משום דלא יקיים המצוה ע"י עכו"ם. א"כ מעתה ה"נ י"ל כן דלכך אינו יכול לשרוף החמץ ע"י עכו"ם משום דעל די עכו"ם לא יקיים העשה. ואדרבה בשריפת העכו"ם עוד יבטל העשה. אבל לפ"ז יקשה בלא"ה הא משכחת לה ביטלו ולא ביטלו בשרף ע"י עכו"ם דלא מקיים העשה וביטל העשה בזה:
אבל יש לומר זה בפשיטות כיין דהטעם דשריפת החמץ ע"י עכו"ם לא מקיים המצוה הוא משום דבעינן שיעשה בעצמו המצוה א"כ אם יעשה העכו"ם ואין שליחות לעכו"ם לשרוף החמץ לאו הוא עושה המצוה אלא העכו"ם א"כ בזה י"ל ה"נ לענין ביטול העשה דבזה שמצוה לעכו"ם לשרוף החמץ כיון דלא נעשה שלוחו דאין שליחות לעכו"ם לא ביטל העשה בזה והוי כאילו שרף העכו"ם מעצמו ולאו הוא ביטול העשה בזה שאמר לעכו"ם לשרוף ולא הוי אלא גורם למעשה הביטול העשה ועיקר המעשה דביטול חשיב כאילו העכו"ם עשה מעצמו דודאי גם בביטול העשה בעינן שיהי' מעשה כבקיום העשה ודו"ק היטב:
שוב ראיתי בספר שמחת יו"ט בביצה (דף ז') שכתב לסתור מה שהביא המל"מ (בפ"א מהלכות חו"מ) בשם מהר"ש אבוהב לתרץ הרמב"ם שפסק דיש מלקות בב"י דאיירי בשביעי של פסח שחל בשבת דאין יכול לשורפו ע"ש. והקשה ע"ז דא"כ איך אמר במכות (דף ט"ז) דלא משכחת לה ביטלו ולא ביטלו הא משכחת בקנה חמץ בשבת שאין יכול לשורפו ולקיים העשה הרי ביטלו בידים. וע"כ לומר דגם בכה"ג לא חשיב ביטלו בידים דאפשר לשורפו ע"י עכו"ם ולא מקרי ביטלו ע"ש. אבל לפמש"כ דע"י העכו"ם לא יקיים המצוה א"כ יקשה קושיית השמחת יו"ט הנ"ל. הא משכחת ביטלו ולא ביטלו בקנה חמץ בפסח בשביעי שחל בשבת:
אמנם לפענ"ד י"ל דהא דקאמר ר' יוחנן אין לנו אלא זאת ועוד אחרת קא אהא דלעיל דפליג עם ר"ל בקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו דר"ל קאמר אפילו בלא קיימו לוקה ור"י קאמר דוקא בביטלו וקאמר ר"י דמשכחת דינו דביטלו אפילו בלא קיימו. אבל היכא דביטל תיכף העשה לא שייך כלל מחלוקת דביטלו וקיימו בזה. וכן משמע להדיא מרש"י שם דקאי על ההיא מחלוקת דקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו ע"ש בזה. א"כ מעתה לא קשה קושיית שמחת יו"ט הנ"ל דבקנה חמץ בפסח בשביעי שחל בשבת ביטל העשה תיכף ולא שייך בזה הפלוגתא דקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו לכך שפיר לא חשיב ר"י לחמץ:

ובהגהות הגאון רד"ל במכות שם מצאתי שהקשה ג"כ כקושיית השמחת יו"ט הא משכחת ביטלו ולא ביטלו בחמץ וכתב ויש לחלק בדוחק דלא דמי לשלוח הקן דבעת עבירת הלאו הי' בידו לקיים העשה משא"כ בחמץ עיי"ש. אבל לפי סברתינו הנ"ל מיושב שפיר. והנה המגיה במל"מ כתב שם הא דקאמר המהר"ש דוקא בשביעי שחל בשבת הא גם ביו"ט שחל בחול כתב הה"מ (בפ"ג ה"ח) דגם לפרר אסור ביו"ט ותירץ משום דביו"ט ליכא אלא איסור דרבנן [דהותרה מטעם מתוך] וכיון דליכא אלא איסור דרבנן לא קרינן בי' שביטל העשה דבזה אנוס הוא שאסרו חכמים את הדבר לכך קאמר דדוקא בשבת דבשבת איכא איסור דאורייתא דשיטת הרמב"ם דבהפירור איכא תולדה דטוחן עיי"ש. וסברתו דאנוס הוא בתקנתא דרבנן לא חשיב ביטל מבואר כן בתוס' שבח (דף ד' ע"א) גבי הדביק פת בתנור דאף דחכמים לא שבקו לי' לרדות את הפת אפי"ה לא יבוא עי"ז לאיסור סקילה דאנוס הוא בתקנתא דרבנן ע"ש. וגדולה מזו ראיתי בהר"מ (בפ"ג ה"ח) שכתב על קושיית הגה' מיימוני דאמאי אם מצאו ביו"ט כופה עליו כלי יבערנו במקומו והא אית לי' לר' יהודה מתוך שהותרה לצורך הותרה נמי לא לצורך. והביא הכס"מ בשם התוס' דפ"ק דכתובות דתי' דלכך לא שרינן משום מתוך היינו טעמא משום דאסור לשורפו מדרבנן והק' וכי משום איסור דרבנן שרינן לי' להשהותו ולעבור על ב"י וביי"מ ותירץ שאין עובר על ב"י וביי"מ כיון שרצונו הי' לבער אלא שחכמים אסרוהו ולא אסרה תורה בב"י וביי"מ אלא כשהי' ברשותו לבערו ואינו מבער אבל, אם הוא אנוס לא וזה אנוס הוא עכת"ד:

ומעתה לפ"ז הי' נראה לומר בישוב קושיית הרד"ד הנ"ל דאף אם נאמר דאם ישרוף החמץ ע"י עכו"ם לא קיים עשה דתשביתו אבל הא יכול לומר לעכו"ם למחוק השם לבד ובחווה"מ ישרוף בעצמו החמץ. אלא דהא פסק הרמב"ם (בסוף ה' שכירות ה"ג) דישראל שאמר לעכו"ם חסום פרה ודש בה אסור ואינו לוקה וכתב גם הה"מ שם ופסק רבינו אסור וכן דעת הרמב"ן ז"ל דבכולהו מצות איכא שבות באמירה לעכו"ם עיי"ש. ואין לומר דעשה דחשביתו ידחה לשבות דאמירה לעכו"ם הא לא הוי בעידנא דבעת שעובר על אמירה דמחיקה לא מקיים עשה דשריפה כמוש"כ המג"א בכה"ג (בסימן תמ"ו) ע"ש. אבל להנ"ל דהיכא דהוי אנוס באיסור דרבנן לא ביטל העשה בזה. ה"נ כיון דמדאורייתא יכול לתקן הלאו אלא דאנוס הוא בתקנתא דרבנן דאמירה לעכו"ם שבות ולא ביטל העשה בזה וכנ"ל. והנה באמת בלא"ה יש לעיין כיון דקי"ל דמחיקת השם גרמא מותר א"כ י"ל דלא שייך שבות דאמירה לעכו"ם במחיקת השם דאף דבאמירה לעכו"ם יש לומר דחשיב כגרמא בעלמא דמותר במחיקת השם:

והנה כסברתינו הנ"ל מצאתי להדיא בהגהות הגרע"א זצ"ל (באו"ח סימן תמ"ו) שכתב אהא דהביא המג"א שם דהשל"ה כתב דיוציא החמץ ע"י עכו"ם דאתי עשה דתשביתו ודחי ל"ת דרבנן דאמירה לעכו"ם כתב ע"ז הגרע"א וז"ל יש לפקפק די"ל דלא מקיים בזה עשה דתשביתו כיון דמבערו ע"י נכרי ואין שליחות לנכרי והוי' כנעשה הביעור מעצמו דלא קיים עשה דתשביתו עכ"ד. הרי להדיא כסברתינו. וכן יקשה קושייתו על מש"כ המג"א שם וז"ל ונ"ל דשרי להטיל לים ע"י עכו"ם דהו"ל שבות דשבות דשרי במקום מצוה הא לא יקיים המצוה כנ"ל. והנה בספר אמרי בינה ראיתי שכתב על הגרע"א הנ"ל וז"ל ולפענ"ד הא דפשיטא להו דלא נתקיים העשה בזה מיבעיא טובא כו' וא"כ ה"נ דכוותי' המ"ע דתשביתו הוא שיהי' החמץ מושבת מביתו ואם נשרף ממילא מי יימר דלא נתקיים בזה העשה דתשביתו. ואף בכל לאו הנל"ע דקיי"ל קיימו ולא קיימו אם נתקיים העשה ממילא כפי הנראה הוי ג"כ נל"ע ואינו לוקה דאל"כ הי' משכחת מלקות על גניבה וגזילה אף דהוי לאו הנל"ע ואף אם שרפו חייב בדמים כמבואר במכות (דף ט"ז) וא"כ איך יעלה על הדעת דאם חטף הנגזל מהגזלן בהחזרה דיהי' חייב מלקות כיון דלא ניתק בעצמו ולא דמי לשילוח הקן שכתב הרמב"ם דצריך לשלח בעצמו משום דשם כתיב כפול לשון שלח תשלח. וכן במ"ע דתשביתו אף דכתיב בלשון עשי'. י"ל כיון דעיקר תכלית העשה הוא שלא ימצא החמץ בביתו אם נשרף מאליו ג"כ נתקיים העשה וכו' עכת"ד:

אבל לפענ"ד נראה כסברת הגרע"א וצ"ל ובלאו הנל"ע בודאי בעינן שיתקיים בעצמו המצוה ואם יעשה ממילא כגון ע"י עכו"ם לא יקיים המצוה ואדרבא תמוה לי להיפך איך יעלה עה"ד לומר דבלאו הנל"ע לא בעינן שיעשה בעצמו המעשה דהא עיקר העשה אינו בא אלא לתיקון ולכפרת הלאו כמו שמבואר ברש"י מכות (דף ד' ע"ב) בד"ה לומר שאין לוקין כו' שהעשה האמור אחריו תקנתו וכפרתו על עבירת הלאו וביותר מבואר בשבועות (דף ד') ברש"י שם בז"ה אחר אם תותיר ועברת על לאו באש תשרפנו נתקו הכתוב בעשה זה מעונשין של שאר לאוין לומר זה עונשו ותקנת עבירתו שישרפנו ע"כ. הרי מבואר להדיא דלאו הנל"ע בא העשה לכפרת הלאו בזה שעושה מעשה וחוזר מעבירתו וכמו בנותר שעבירתו הי' שהותיר נתן לו התורה תיקון כפרה לבער מה שהותיר כמובן. א"כ איך יעלה על הדעת לומר דאם יבוא אחר וישרוף הנותר וכן תשביתו דבא לתיקון הלאו דב"י ובי"מ יהא נתכפר במעשה תיקון העשה דאחר והוא לא יעשה כלל:

אבל מ"מ אפשר לומר דזהו בבא העשה דתשביתו לנתק הלאו דב"י ובי"מ כגון בקלה בפסח. אבל בלא בא העשה לנתק הלאו כגון כהנ"ל דמצא החמץ מאליו דלא עבר עדיין על ב"י ובי"מ והוי' כשאר עשה ובזה שפיר י"ל כסברא הנ"ל כיון דעיקר תכלית העשה בא שלא ימצא בביתו גם אם נשרף מאליו ולא קשה קושיית הגאון רעק"א זצ"ל על השל"ה הנ"ל דמיירי הרמ"א שם שמצא וכנ"ל:

ומה שחמה לדחות הגרע"א ז"ל הנ"ל דאיך יעלה עה"ד דאם חטף הנגזל מן הגזלן בהחזרה דיהי' חייב מלקות כיון דלא ניתק בעצמו. ותמיהתו אינו אלא דלמ"ד קיימו ולא קיימו דאפילו באונס אם לא קיים לוקה כמו שביאר אאמו"ר הכ"מ מהרמב"ם (בפ"א מה' נערה) אבל למ"ד ביטלו ולא ביטלו אינו לוקה אא"כ ביטלו בעצמו בידים א"כ בחטף הנגזל הא לא ביטל בעצמו ואינו לוקה. ולפענ"ד אין כאן קושיא כלל אטו מצות השבת הגזילה בעינן שיקח בידו בעצמו וישיב להנגזל הא עיקר מצות השבה הוא שיחזיר הממון שחסר לו ובאיזה אופן שיהי' הושב לו הגזילה שגזל ממנו ולא בעינן כלל בזה מעשה דהשבה וגם אם חטף ממנו ממון הגזילה שגזל ממנו ג"כ נתקיים מצות השבה דגזילה בממונו ומאי נפ"מ אי עשה התשובה בע"כ הא מ"מ הושב הממון לבעלים בממונו וזהו תשובתו שעשה בממונו וזהו ברור:

וביותר יש לומר לפמש"כ לעיל בשם הרמב"ם דבגזילה בלא"ה לא שייך מלקות אף אם לא קיים מצות השבה משום דניתן לתשלומין א"כ אף אם נאמר דבחטף אינו מקיים העשה דוהשיב ג"כ אינו לוקה על לאו דגזל משום דניתן לתשלומין. ונראה לי להביא ראי' לדעת הרמב"ם דמצות השבה עם השבה דתשלומי הנזילה הם תרתי מילי עפ"י הא דאמרינן בב"ק (דף ק"ה ע"א) בעי רבא גזל שתי אגודות בפרוטה והחזיר לו אחת מהן מהו מי אמרינן השתא ליכא גזילה או דילמא הא לא הדר גזילה דהוי' גבי' הדר פשטה גזילה אין כאן השבה אין כאן אי גזילה אין כאן השבה יש כאן ה"ק אע"פ שגזילה אין כאן מצות השבה אין כאן ופירש ברא"ש וצריך לקיים מצות השבה עיי"ש בזה. והנה הא דמקשה לו אי גזילה אין כאן השבה יש כאן ומשני לי' מצות השבה אין כאן ומשמע דעל הא דקאמר לי' אי גזילה אין כאן השבה יש כאן מודה לי' אלא דמצות השבה אין כאן. א"כ נראה מזה דהשבה ומצות השבה תרי מילי נינהו דאיכא השבה בלא מצות השבה. והוא כיון דלא החזיר לו רק חצי פרוטה חשיב כאילו לא השיב לו החפץ שגזל ממנו ולא מקיים מצות השבה בזה:

+אורח משפט על תשובה ח

נסתפקתי באוכל גיד הנשה שלא כד"א אי הוה ככל איסורים שבתורה דפטורין באכלן שלא כדרך הנאתן או כיון דבלא"ה אין בגידין בנ"ט דעץ בעלמא הוא והתורה חייבה עליו חייב אפילו שלא כדרך הנאתן וגם למ"ד יש בגידין בנ"ט יש להסתפק דהא לכאורה יש להבין דאיך יפלגו במציאות אי יש בגידין אי לאו וע"כ צ"ל דקצת טעמא לכו"ע איכא אלא דלמ"ד אין בגידין בנ"ט אין זה טעם חשוב לאסור והא דחייב על אכילתו גזה"כ הוא לאסור טעם כזה. ומ"ד יש בגידין בנ"ט אזיל בתר קצת טעמא דאית ביה. ושוב מצאתי כתוב כן להדיא בספר כרתי ופלתי (סי' צ"ט) ע"ש דבזה תליא פלוגתייהו. אבל אין דרך אכילה לבני אדם גם למ"ד יש בגידין בנ"ט ואפ"ה חייבה רחמנא א"כ יש לומר ה"ה באכלן שלא כדרך הנאתן כגון דערב דבר מר:

והנה לכאורה יש לומר דנהי דאין בגידין בנ"ט מ"מ כיון דכתיב ביה אכילה על כן לא יאכלו וכו' בעינן שיהא כדרך הנאתן. ויש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן בפסחים (דף כ"ד) אמר אביי הכל מודים בכלאי הכרם שלוקין אפילו שלא כד"א משום דלא כתיב ביה אכילה. והשתא אס"ד דעל גיה"נ לוקין באכלן שלא כד"א אמאי לא קאמר רבותא יותר דאפי' במידי דכתיב ביה אכילה דהיינו גיה"נ לוקין אפילו שלא כד"א א"ו דגם באכילת גיה"נ אין לוקין שלא כדרך הנאתן. וכן קשה לי על השאגת ארי' שחידש (בסי' ע"ו) דביוה"כ לוקין אפילו שלא כד"א דאמאי לא קאמר הכל מודים ביוה"כ. ולכאורה היא השגה גדולה על רבינו הש"א הנ"ל:

והנה לימים ראיתי בספר נר תמיד שהרגיש ג"כ להקשות מהאי דפסחים על הש"א הנ"ל והניח בצ"ע. והצעתי הקושיא הלז לפני אאמ"ו הגאון הכ"מ מה ישיב ע"ז ואמר לי דלא קשה דיש לומר דאביי לא מיירי אלא במידי דאסיר בהנאה ג"כ ולא במידי דאינו אסור אלא באכילה א"כ מהשתא לפ"ז אזלא ראייתנו הנ"ל להפוסקים דס"ל דגיה"נ מותר בהנאה אבל להפוסקים דס"ל דגיה"נ אסור בהנאה קמה ראייתנו. וכן נראה לי עיקר דפטורין בשלא כד"א דאף דעץ בעלמא הוא מ"מ רחמנא קרי' אכילה דכתיב על כן לא יאכלו וכו' ואף דאין זה חשיב אכילה לבני אדם אבל מ"מ רחמנא אחשבי' לאכילתו דגיה"נ כמוש"כ כיוצא בזה בהגהות מרדכי פ"ק דחולין מהא דהביא בתוס' בד"ה ואידך וכו' בשם רבינו אליהו דמצריך בכל יום לקשור קשר של תפילין ור"ת הקשה על רבינו אליהו מהא דאיתא בריש המוציא תפילין (דף צ"ג) דמשמע דאסור לקשור קשר של תפילין בשבת משום דהוי קשר של קיימא וכו' וכתב המרדכי לתרץ קושיית ר"ת דאע"ג דלאו קשר הוא אסור לקושרו בשבת דרחמנא קרייה קשר ואחשבי' רחמנא לקשירתו

של תפילין. והביא ראי' לדבריו מפ"ק דסיכה ע"ש וכיוצא בזה כתב רש"י בביצה (דף כ"ז ע"ב) דש"ק התורה אחשבי' להבערתן דאפילו להשליך לבהמה ולכלב דאינה חשיבה מלאכה כלל מ"מ כיון דהתירה אחשבי' להבערתן הוי מלאכה ע"ש. ולאחר העיון בספרים מצאתי בספר כרתי ופלתי ביו"ד (סי' ס"ה) כדברינו שתירץ על מה שמקשים העולם על הרמב"ם שפסק האוכל גיה"נ של נבלה חייב שתים אי משום נבילה הא ס"ל אין בגידין בנ"ט א"כ אמאי חייב גם משום נבילה. ותירץ כיון דחייב משום אוכל גיד אף דלא חזיא והתורה אחשבי' לאכילה אף לענין נבילה אחשבי' וכו'. וכן כתב בספר מנחת חינוך מצוה ע' ומצאתי שנסתפק כמו שנסתפקנו ופשיט לי' מההיא דפסחים הנ"ל וז"ל והנה גיה"נ אף דעץ הוא והתורה אסרתו מ"מ הוי כדרך אכולה ואם עירב דבר מר או שהפסידו בודאי פטיר והר"מ לא הוציא רק בשר בחלב וכה"כ וכ"ה בפסחים (דף כ"ד) וכ"מ בפמ"ג סי' ס"ב עכ"ד. ושוב מצאתי בספר גינת וורדים כלל מ"ה שכתב שם ג"כ הכי וכן כתב בספרו שושנת העמקים כלל ט' כמו שכתב ביו"ד הנ"ל ושם נסתפק ג"כ מה שנסתפק שם בסי' ס"ב דגם אמה"ח דמצטרף בשר וגידין ועצמות שאין בהם טעם אפ"ה כיון דכתיב אכילה אין חייב עד שיאכל כדרך אכילה. והנה הגאון רע"א ז"ל כתב בדו"ח בפסחים (כ"ד ע"ב) בד"ה פשט. לא כהפמ"ג הנ"ל כיון דמשהו גידין ועצמות מצטרפין אף שהוא שלא כד"א שכך יש לחייב אפי' באוכל שלכד"א אך לא כתב בבירור דהדין כן רק בדרך ספק אם נאמר כן ע"ש בזה. אבל האמת הוא כהפמ"ג דגם על אמה"ח פטור באוכל שלא כד"א כסברתינו הנ"ל. והנה לכאורה הי' נראה לי להביא ראי' להפמ"ג הנ"ל דאמה"ח ג"כ אינו חייב באכלן שלא כדרך הנאתן ככל איסורים שבתורה מהא דאיתא בפסחים (דף ע"ג ע"א) דמקלקל בחבורה פטור הא דתנן השוחט חטאת בשבת לעכו"ם ובחוץ חייב עליו שלש חטאות מה תיקן וכו' מידי אמה"ח ופירש רש"י לב"נ שאם אכל איני נהרג א"כ אי ס"ד דאמרינן דאמה"ח חייב שלא כדרך הנאתן א"כ צ"ל לרש"י לפרש דתיקנו מידי אמה"ח לב"נ הא שפיר תיקן אף לישראל דמתקנו מידי אמה"ח לענין שלא כד"א. אע"כ דגם אמה"ח מותר לאכול שלא כדרך הנאתן א"כ השתא שפיר הוצרך רש"י לפרש דתיקנו מידי אמה"ח לב"נ. אבל לפי דעת המהרש"ל בשבועות (דף כ"ז ע"ב) דר' שמעון דסבר כל שהוא למלקות חייב אפי' שלא כד"א א"כ אין ראיה מכאן דהא כתבו בתוס' שם דהסוגיא אזלא אליבא דר"ש וביותר מבואר בתוס' פסחים (דף כ"ו) דתקרובת עכו"ם אסור אפי' בכל שהוא א"כ לא שייך לומר דתיקנו מידי אמה"ח לישראל שיכול לאכול שלא כדרך הנאתן הא הכא אסור שלא בדרך הנאתן בלא איסור אמה"ח:

והנה אי אמרינן דעל אמה"ח לוקין אפי' שלא כדרך הנאתן יתישב בפשיטות קושיית העולם שמקשים על סוגיא דבכורות (דף ז' ע"ב) אהא דקאמר שם דאין בחלב משום אמה"ח אילימא מדאסר רחמנא בב"ח הא לחודיה שרי. והקשו על זה המפרשים הא לאסור בב"ח שפיר איצטריך לאסור שלא כד"א. אבל השתא דאם אמרינן דאף על אמה"ח לוקין אפי' שלא כד"א א"כ לא קשה כלל ושפיר דייק שם הש"ס חלב מותר מדאיצטריך לאסור בב"ח. ועוד נראה לי להביא ראי' לסברתי הנ"ל דכיון דרחמנא אחשביה לאכילת גיד בזה דכתיב על כן לא יאכלו חשיב דרך אכילה אף דלבני אדם לא חשיב אכילת גיד אכילה מהא דבעי רב אשי בשבועות (דף כ"ג ע"ב) נזיר שאמר שבועה שלא אוכל חרצן, בכמה דכיון דכזית איסורא דאורייתא הוא כי קא משתבע אהתירא קא משתבע ודעתו אכזית וכתבו התוס' דלר' יוחנן דחצי שיעור אסיר מה"ת אהתירא קא משתבע כגון להנות שלא כדרך הנאתן. וקשה לי להתוס' דלר' יוחנן דחצי שיעור אסור מה"ת אהתירא קא משתבע לאכול שלא כד"א הא מהאבעיא דלעיל מיניה דבעי שם רבא דחרצן הוה שלא כדרך אכילה לאדם ואפי"ה אסרה התורה א"כ יהא חייב אפי שלא כד"א על אכילת חרצן אבל לפי סברתינו הנ"ל ניחא דה"נ שפיר יש לומר כן דאף דאין אכילת חרצן גופא הוי אכילה לבני אדם מ"מ השתא דרחמנא קרי' אכילה לאכילת חרצן חשיב אכילה לחייב עליו ודוקא כדרך אכילתן ולא באכלן שלא כדרך אכילתן כגון דעירב דבר מר דעל זה כתיב ביה אכילה דאמרינן בפסחים דהיכא דכתיב אכילה בעינן דוקא כדרך אכילה כמובן ודו"ק היטב. וכן משמע מרש"י דפסחים (דף מ"ז ע"ב) בד"ה והכינו כסברתינו הנ"ל:

ולפ"ז נראה לי ליישב מאי דקשה לי בהא דאמרינן בביצה (דף ז') גבי פלוגתא דב"ש וב"ה דאכילת שאור חשיב ראוי' לאכילה ל דם א"כ לחייב אפילו שלא כדרך הנאתן כיון דבלא"ה חשיב אכילת שאור שלא כד"ה לאדם. והנה לאח"ז מצאתי שוב קושיא זו בחי' הר"ן ז"ל אבל לפי דברינו ניחא דאע"ג דאכילת שאור חשיב אינה ראוי' לאכילה לאדם אבל מ"מ השתא דאחשבי' רחמנא לחייב על אכילתה דשאור חשיב שפיר בזה להאוכל כדרך אכילה ואינו חייב רק דוקא כדרך הנאתן. ושוב ראיתי שהמקור חיים (בסי' תמ"ב ס"ק ד') בביאורים הקשה שם קושיית הר"ן ז"ל שהקשינו וכתב אבל הא תמוה מפסחים (דף כ"ד) מדלא חשיב אביי הכל מודים בחמץ. וכתב אבל הא יקשה ג"כ לפי תי' של הר"ן דשם ע"ש. (אבל לפי סברתינו הנ"ל לא קשה מפסחים כלל דכיון דרחמנא אחשבי' לאכילת שאור לחייב אף שהוא שלא כד"א לאדם חשיב זה שפיר כדרך אכילה). ותי' דלכך לא קאמר אביי הכל מודים בחמץ היינו משום דאין בו מלקות דאינו לוקה משום

לאו דאכילת חמץ כשהוא שלא כד"ה רק משום עשה דתשביתו הוא דעובר וכו'. והוא תמוה לפענ"ד מתוס' פסחים (דף כ"ה) בד"ה מהו וכו' דמבואר שם להדיא דשלא כד"ה מותר ע"ש. וכן מבואר בתוס' פסחים (דף כ"ח ע"א) בד"ה תנן וכו' וכן משמע מתוס' פסחים (דף כ"ט ע"א) בד"ה אין פודין וכו' ע"ש בזה ואין להק' על תוס' דב"ק (דף ק"א) מסוגיא דפסחים הנ"ל דכתבו דאצטריך קרא לאסור צביעה והדלקה שלא כד"ה א"כ אמאי לא חשיב אביי ערלה כנ"ל אבל לא קשה כלל דזה לא איצטריך אביי לאשמעינן דלוקין אפילו שלא כד"ה כיון דרחמנא כתב בפירוש דאף שלא כד"ה אסור ואביי לא אתי אלא לאשמועינן דהיכא דלא כתב אכילה חייב אפי' שלא כד"א:

והנה לפי מש"כ בנב"י באו"ח (סי' ט"ו) ובספר אור חדש דלאו כולי עלמא אית להו לסברת רש"י דאחשביה נראה לי דהכא גם לדידהו אין לוקין על אכילת גיד אלא כדרך הנאתן דהנה באמת לכאורה יש להביא ראי' לסברת רש"י דאחשבי' מהא דאמרינן (בב"ק ל"ב) גבי אבעיא דבעא מניה רבה בר נחמן מרב הונא דהכא איהו קא עביד מעשה והיא לא והכתיב ונכרתו הנפשות העושות וכו'. הנאה לתרווייהו אית להו איהו קא עביד מעשה וכתבו בתוס' שם בד"ה איהו וכו' ומיהו לענין חטאת ולענין מלקות חייבת דרחמנא אחשביה להנאה מעשה א"כ הרי מוכח להדיא מהכא כסברת רש"י דאע"ג דלא חשיב הנאה מעשה לחייב עלי' אלא כיון דרחמנא קרי' להנאה מעשה אחשבי' להנאה והוי מעשה, אבל אין זה ראי' כלל לסברת רש"י דאחשביה דהכא שאני דרחמנא קרי' בפירוש להנאה מעשה דכתיב ונכרתו הנפשות העושות וכו' אבל סברת רש"י דהחייביה הוי מטעם דרחמנא אחשביה למצותה חשיב מעשה ודו"ק. ומהשתא יש לומר אפילו להחולקים על סברת רש"י דאחשבי' אבל הכא גבי גיד כולי עלמא סברי לסברא דאחשבי' דגבי גיד כתב רחמנא דחשיב אכילה על כן לא יאכלו וכו' א"כ בזה י"ל דכולי עלמא יסברו סברא דאחשבי' כנ"ל וזה פשוט וברור לפענ"ד:

ולפ"ז נראה לי לישב שלש קושיות עצומות שהקשה בטורי אבן בר"ה (דף כ"ט) והניחם בצ"ע דהקשה אהא דאמר ר' לוי שם טעם אמתניתין דיו"ט שחל להיות בשבת במקדש היו תוקעין אבל לא במדינה משום דכתוב אחד אומר שבתון זכרון תרועה יהיה לכם וכתוב אחד אומר יום תרועה יהי' לכם לא קשיא כאן ביו"ט שחל להיות בשבת כאן ביו"ט שחל להיות בחול ורבא דחה לר' לוי אי מדאורי' היא במקדש היכי תוקעין ועוד הא לאו מלאכה גמורה הוא א"כ משמע דר' לוי סבר דתקיעת שופר הוי מלאכה גמורה. והקשה על ר' לוי שלש קושיות חדא מהא דאיתא בחולין (דף פ"ד) גבי תקיעת שופר דר"ה דאין ודאי דוחה שבת וספיקו דותה יו"ט ומפ' בגמ' מאי ספיקא אשה כגון טומטום. ומדקאמר

ספיקו דוחה יו"ט בע"כ בתוקע, לעצמו או אחר לצורכו דאי באחר התוקע לעצמו והוא שומע אין כאן שום איסור ואי תקיעה שלא במקום מצוה ביו"ט אסור מה"ת איך ספק דוחה יו"ט אלא ש"מ דאין איסור אלא מדרבנן ודחי דרבנן קאמר התם ע"ש ע"כ. ועוד הק' מהא דאמרינן לקמן ושלשה תקיעות נאמרו בר"ה ב' מד"ת וא' מד"ס ואי תקיעה שלא במקום מצוה אסור מה"ת וכי ב"ד מתנין לעבור ד"ת בקום ועשה. ועוד הק' מהא דתנן בספ"ק דחולין (דף כ"ו) יו"ט שחל בע"ש תוקעין פי' לבטל העם ממלאכה להבדיל בין קודש לחול והא חיוב התקיעות הללו אינן אלא מד"ס ואי תקיעה ביו"ט אסור מה"ת א"א לתקיעות הללו לדחות יו"ט ע"כ לשון הטורי אבן ע"ש. אבל לפי סברת רש"י הנ"ל ניחא דה"נ נראה לי לומר דמה דקאמר ר' לוי דתקיעת שופר הוי מלאכה ורבא פליג עליו פליגי בסברת רש"י דאחשבי' דלוי אית ליה סברת רש"י דאחשביה רחמנא להבערתן דשריפת קדשים אף ליתן לכלב ולבהמה דאינה בגדר מלאכה כלל אלא כיון דרחמנא אחשבי' להבערתן דש"ק חשיב מלאכה ושפיר סבר ה"נ ר' לוי דתקיעת שופר הוי מלאכה משום דרחמ' אחשבי' למלאכתה דמצות תקיעת שופר והויא מלאכה בזה ודו"ק. ולפענ"ד זה סברא אמתית שבזה תליא פלוגתייהו דר' לוי ורבא דר' לוי סבר לסברת רש"י דאחשבי' ורבא לית ליה לסברת רש"י דאחשבי'. והשתא יתישב שפיר כל הקושיות של הטו"א הנ"ל בחדא מחתא דכיון דכל חשיבות המלאכה דתקיעת שופר הוא משום דחשיבה המצוה דשופר עושה למלאכה א"כ השתא לא קשה מספק היכי תקעינן לדחות ד"ת דלפי מש"כ ניחא דממנ"פ אי בר חיובא הוא א"כ שפיר תקע דאתי עשה ודחי ל"ת ואי לאו בר חיובא הוא א"כ ליכא מלאכה כלל כיון דליכא מצוה המחשיבו למלאכה וכן לא קשה נמי מה שהקשה מההיא דשלש תקיעות ומההיא דהיו תוקעין לבטל העם ג"כ ניחא לפי דברינו כיון דאין חייב לתקיעות הללו אלא מד"ס א"כ ליכא איסור מה"ת בתקיעות הללו ויתישב לפ"ז שפיר קושיית הגאון בעפ"י שהק' בפסחים ש"מ מדר"ע תלת ש"מ אין ביעור חמץ אלא שריפה פירש דש"י דאי השבתתו בכל דבר סגיא ליה נוקמיה ביו"ט ויבערנו בדבר אחר ויאכילנו לכלבים או ישליכנו לים ותמה הפ"י דרש"י גופא כתב לקמן (דף מ"ו) במשנה דכיצד מפרישין דכשם שאין שורפין קדשים טמאים ביו"ט כמו כן אסור להאכיל לכלבים דרחמנא אחשבי' כמש"כ רש"י בביצה (דף כ"ז ע"ב) עכ"ד. והנה כבר האריכו המפרשים בתירוצים שונים אבל לפי דברינו הנ"ל דרבא לית ליה סברת רש"י דאחשבי' ניחא שפיר דרבא לשיטתו שפיר קאמר ש"מ מדר"ע תלת לפי שיטתו דלית ליה בר"ה לסברת רש"י דאחשבי' דאי השבתתו בכל דבר סבירא ליה הא יכול לבער בדברים אחרים כיון דלית ליה סברא דאחשביה: ובזה יתורץ מאי

דקשה לי זה זמן רב על פירוש רש"י דביצה הנ"ל מהא דאיתא בשבת (דף ק"ו) דהמקלקל בהבערה חייב מדאסר רחמנא הבערת ב"כ א"כ לפי שיטת רש"י הנ"ל הא י"ל דשאני הבערת ב"כ דרחמנא אחשביה להבערתה דשריפת ב"כ דכתיב באש תשרף אבל לפי מה שפירשתי ניחא דאחשביה לא שייך אלא אשריפה עצמה דכתיב בה מצות דבאש תשרף ושייך אחשביה למצות שריפת ב"כ אבל על הבערת בישול פתילה דב"כ הא לא שייך אחשביה למצותה דאין בהבישול מצוה אלא מכשירין הוא למצות שריפת ב"כ ובעת בישול הפתילה לא מקיים עודנה לשריפת ב"כ (עיין בתוס' שם) ושוב מצאתי שכבר הקשה ותי' כן בנב"י מה"ק סי' ט"ו:

אבל על מילה יש להק' דמנ"ל למילף ממילה דמקלקל בחבורה חייב דילמא משום דרחמנא אחשביה לחבורתה למילה אבל יש לתרץ דהא קיי"ל מל ולא פרע כאילו לא מל א"כ בשעת חבלה דחיתוך ליכא אז מצוה דנימא אחשביה רחמנא לחבירתה כיון דעדיין לא מקיים המצוה דמילה ושפיר יליף ממילה דמקלקל בחבורה חייב אבל לפי מש"כ בנמ"י בב"מ (דף ל') דמילה לא דמי להשבת אבידה דמילה כל מה שנעשה היא גוף המצוה ואם לא נעשית לא נעשית אלא חצי מצוה א"כ בחיתוך לחוד ג"כ איכא מצוה לדידי'. ולפי דברינו הנ"ל יש ליישב קושיית התוס' דשם בד"ה איצטריך וכו' וא"ת למה לי' למילף ממילה נילף כולה מילתא מהבערת ב"כ דלא דחי שבת דבהבערת ב"כ דלא דחי שבת דבהבערה איכא נטילת נשמה וכו' ובתוס' תי' כמו שכתבו בתוס' סנהדרין (דף ל"ה ע"א) דבשאר חייבי מיתות ב"ד אפי' למ"ד מקלקל בחבורה פטור הכא חשוב תיקון דיש לו כפרה ע"ש ודו"ק. אבל לפי דברינו הנ"ל ניחא דאין למילף מחבלה דב"כ די"ל שאני חבלת ב"כ דרחמנא אחשביה לחבורתה דבשעת עבירת הלאו דחבלה איכא אז מצוה המחשיב להחבלה למלאכה וד"ל. ולפ"ז נראה לי לישב מאי דקשה לי קצת אמאי לא יליף ר"ש דמקלקל בהבערה בעלמא חייב מדאסר רחמנא לשריפת קדשים (והנה יש לעיין כיון דאסור באכילה לא חשוב קלקול) אבל לפי הנ"ל ניחא דבשריפת קדשים דבעת שמבעיר לקדשים איכא אז מצוה דש"ק א"כ שפיר י"ל מטעם אחשביה למצותה דש"ק וד"ל:

ולפ"ז יש ליישב שפיר קושיית התוס' דשבת (דף כ"ד) דהקשו דהכא בשבת סבר רבא דיו"ט הוי ל"ת לחודא מדאיצטריך קרא דש"ק אינו דוחה יו"ט ואילו בביצה (דף ח ע"ב) משמע דסבר דיו"ט עשה ול"ת הוא ע"ש. אבל לפי דברינו הנ"ל ניחא ואקדים מה שכתב הריב"א בפסחים (דף ה' ע"ב) בד"ה לחלק וכו' דלמ"ד הבערה ללאו יצאת ליכא איסור הבערה ביו"ט ע"ש. א"כ לפ"ז דלמ"ד הבערה ללאו יצאת מותר לשרוף קדשים ביו"ט

וכ"ת ה"נ אמאי לא אשתמיט לן אנא או אמורא או ראשון אחד דאומר לך הכי אלא דיש לומר לפי מש"כ רש"י בביצה הנ"ל דאחשבי' רחמנא להבערתן דש"ק א"כ לכך שפיר אסור גם לדידי' משום דרחמנא אחשבי' להבערתן דש"ק אבל לפי מה שפירשנו לרבא דלית ליה סברת רש"י דאחשבי' א"כ לדידיה יהא מותר לשרוף קדשים למ"ד הבערה ללאו יצאת א"כ מעתה שפיר יש לומר דרבא איצטריך קרא לאסור כדי שיהא ניחא גם למ"ד הבערה ללאו יצאת דליכא איסור הבערה ביו"ט א"כ הו"א דמותר לשרוף לרבא למ"ד הבערה ללאו יצאת קדשים ביו"ט ואי משום דאחשבי' הא רבא לית ליה סברא דאחשבי' לזה איצטריך למילף מקרא דגזה"כ הוא דאין שורפין קדשים טמאין ביו"ט וזה נכון על דרך הפלפול [ובדרך זה תי' אהא דקשה לי על סוגיא דשבת (דף כ"ד) הלז דלמה הוצרכו האמוראים שם להלימודים ורב אשי לטעם דיו"ט עשה ול"ת דלא דחי תיפוק ליה דלא הוה בעידנא דקיי"ל דלא דחי דהא בעת עבירת הלאו שמדליק העצים לא מקיים עשה דשריפת נותר ולא הוי בעידנא דמיעקר לאו דיו"ט מקיים לעשה דשריפת נוחר. והנה י"ל בפשיטות דאיצטריכו קראי להיכא שמדליק בלא"ה לצורך אוכל נפש וא"כ הוי בעידנא אבל לפי שיטת רש"י הנ"ל ניחא דלפי שיטת הריב"א הנ"ל דלמ"ד הבערה ללאו יצאת ליכא איסור הבערה ביו"ט א"כ מותר לשרוף קדשים ביו"ט. אבל לפי סברת רש"י דאחשבי' רחמנא להבערתן דש"ק הוי מלאכ' גם למ"ד הבערה ללאו יצאת אבל כל זה אינו אלא בשעת שריפה דאיכא מצוה דשייך אחשבי' והוי מלאכה בזה אבל מה שמדליק העצים דלא שייך עודנה אחשבי' דהא לא מקיים המצוה עודנה ומותר לשרוף ביו"ט ושפיר הוי בעידנא וד"ל]:

והנה לפי מה שהוכחנו דרבא לית ליה סברת רש"י דאחשבי' אין להק' מהא שהביא בהגהות מרדכי ראי' על מה שכתב לתרץ קושיית ר"ת על רבינו אליהו דמצריך לקושרן בכל יום מהא דאיתא בריש המוצא תפילין דמשמע דאסור לקשרן בשבת והוי קשר של קיימא ותי' ע"ז דאע"ג דלאו קשר הוא אסור לקושרן בשבת דרחמנא קרייה קשר ואחשבי' לקשירתו של תפילין ועל זה הביא ראי' לדבריו מפ"ק דסוכה א"ר יהודא כל אהל שאינו עשוי בידי אדם אינו אהל ופריך מהא דאמר גבי תינוקות העוסקים בפרה מביאין שורים שכריסן רחבה שחוצצין מפני קבר התהום ומשני רבא ע"ז שם. שאני שורים הואיל ועשוים להגין על בני מעים שלהם שנאמר עור ובשר תלבישני ובעצמות וגידין תסוככני וכו' ע"ש. א"כ משמע מהכא אע"ג דלאו אהל הוא רחמנא קרייה אהל בזה דכתיב עור ובשר תלבישני א"כ יקשה לכאורה לפי מה שהוכחנו דרבא לית ליה סברא דאחשבי' דהא מהא דסיכה משמע להיפוך דאית ליה סברא דאחשבי' אבל אין כאן סתירה כלל

מסוכה לרבא דהנה באמת סברת רש"י דאחשבי' כבר ביארנו לעיל דהפירוש דרחמנא אחשבי' למצותה דש"ק ואפי' ליתן לבהמה ולכלב דאין זה כלל בגדר מלאכה שאסור ביו"ט רק משום חשיבות המצוה דש"ק מחשיבו למלאכה וכן הוא הפירוש במצות תקיעת שופר דסבר רבא דמצות תקיעת שופר אינו בגדר מלאכה לחייב עלי' ביו"ט ורק חשיבות המצוה דשופר דכתב רחמנא זכרון תרועה יהי' לכם חשוב מלאכה בתקיעתו כש"ק כנ"ל ועל זה הוא דפליג רבא אר' לוי וסבר דאין חשיבות המצוה מחשיבו למלאכה אבל בהאי דסוכה רחמנא קרייה להדיא לאהל דשוורים דהוה בידים אהל דכתיב עור ובשר תלבישני ובעצמות וגידין תסוככני וכו'. וכמו שכתבתי לעיל לחלק בין חשיבת אכילה לגידין לחשיבת המצות דש"ק. וביותר יש לחלק מסברת רש"י דאחשבי' דהא באמת אהל דבהמה נמי הוה בגדר אהל ודומה לאהל העשוי בידים אלא כיון דאינו עשוי בידים אין לנו לחדש מעצמנו דגם אהל העשוי בידי שמים חשיב אהל אבל השתא דגלי לן רחמנא דאהל דבהמה נמי חשיב אהל בזה דרחמנא קרי' לאהל דכתיב עור ובשר תלבישני ובעצמו' וגידין תסוככני א"כ שפיר אע"ג דעשוי בידי שמים חשיב אהל דבהמה אהל אבל לאפוקי שריפת קדשים ותקיעת שופר דנתינת קדשים לבהמה ולכלב ותקיעת שופר דאינו בכלל מלאכה כלל דלא מצינו מלאכה דומה לה שאסר לן רחמנא ורק משום חשיבות המצוה יהא מחשיבו למלאכה על זה הוא דפליג רבא וד"ל ודוק וזה החילוק ברור ונכון:

והנה יש להקשות על סברתי מהא דחולין (דף פ"ד) הנ"ל וספיקו דוחה יו"ט וקאמר התם שופר בגבולין תוכיח שאין ודאי דוחה שבת וספיקו דוחה יו"ט. הא מה דתקעינן ביו"ט מספק זהו לאו משום דחיית איסור ד"ת ואפי' מספק אלא דתקעינן ממנ"פ כנ"ל והשתא יקשה ממנ"פ אי נימא כסברתי יקשה קושיא זו הנ"ל ואי לא נימא כסברתו יקשה קושיית הטו"א הנ"ל אבל יש לומר דעל ר' לוי לא קשה מסוגיא דחולין הנ"ל דהנה ידוע שיטת הרמב"ם דספק דאורייתא לחומרא מדרבנן הוא לחומרא והרשב"א והר"ן סוברים דמדאורייתא לחומרא וכבר העלה המהרי"ט דזהו המחלוקת התנאים אי בעינן באשם תלוי חתוכה אחת משתי חתיכות אי לא דלמ"ד בעינן ס"ל ספיקא בעלמא דאורייתא להקל דרק בב' חתיכות דאיתחזק איסורא הוא מהתורה להחמיר וחייב באשם תלוי ואידך ס"ל כל ספיקא דאורייתא מהתורה לחומרא לכך ס"ל לא בענין חתיכה אחת משתי חתיכות והרמב"ם ס"ל כמ"ד בענין חתיכה אחת משתי חתיכות דאיתחזק איסורא לכך ס"ל אי לא איתחזק איסורא ספיקא דאורייתא מהתורה להקל. והרשב"א והר"ן יסברו כמ"ד לא בעינן חתיכה אחת משתי חתיכות א"כ חייב באשם תלוי אפי' מספק

דלא איתחזק איסורא דספיקא דאורייתא מהתורה לחומרא וע"כ מעתה יש לומר דר' לוי יסבור כמ"ד דעל ספק חתיכה אחת נמי מביאין אשם תלוי דספיקא דאורייתא מהתורה לחומרא וישנה הא דחולין לפי שיטתו דסבר ספיקא דאורייתא מהתורה לחומרא א"כ מאחר דמחויב לעשות מספק מדאורייתא שוב הוי כודאי וכן יש להביא ראי' לזה מהא שכתב הפר"ח (סי' קפ"ד) דלהרמב"ם דס"ל ספיקא דאורייתא אינו אלא מדרבנן לחומרא מי שמסופק אי בירך בהמ"ז אי יכול להוציא לאחר דלא אתי דרבנן ומפיק דאורייתא ע"ש א"כ אי אמרינן דספק דאורייתא מהתורה לחומרא לא הוי כודאי אלא מטעם ספק הוא דחייביה רחמנא א"כ מאי אירי' דספק הוא דאינו יכול להוציאו לאחר דוקא להרמב"ם דספק אינו מחייב אלא מדרבנן הא גם להר"ן והרשב"א דסברי ספיקא דאורייתא מהתורה לחומרא ג"כ אינו יכול להוציאו המחויב מספק לאחר שלא בירך דשמא בירך ופטור מברכת המזון ואינו יכול להוציא הספק לאחר שלא בירך הרי משמע להדיא מהפר"ת הלז דלהרשב"א והר"ן יכול הספק להוציא לאחר המחיוב הוי כודאי אלא דאמרינן שהתורה אמרה שיקיים המצוה שידע בודאי שקיים המצוה ולא מספק ואם מסופק בהמצוה אי קיים אי לא קיים צריך הוא לעשות המצוה מחדש כודאי א"כ השתא לא קשה כלל קושיית הטו"א הנ"ל אמאי קאמר בחולין ספיקו דוחה יו"ט דהיאך ספיקו דחי לאיסור תורה הא ר' לוי יכול לסבור שפיר ספיקא דאורייי' לחומרא מה"ת והוה מחויב מספק כודאי א"כ שפיר לדידיה אתי עשה דשופר ודחי לל"ת דיו"ט כחיוב מודאי דדוחה לל"ת אבל הסוגיא דחולין ע"כ קאי למ"ד ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא לכך שפיר יש לחלק בין ספק לודאי כמו שהוכחנו מהפר"ח הנ"ל ומעתה לא קשה נמי קושייתי הנ"ל כמובן ודו"ק היטב:

ובדין הפר"ח הנ"ל דלהרמב"ם דספק דאורייתא מה"ת לקולא. לכן מי שמסופק אם בירך בהמ"ז אי יכול להוציא לאחר דלא אתי דרבנן ומפיק דאורייתא משמע הא להרשב"א דספק מחויב מדאורייתא יכול להוציאו הספק מחויב מדאורייתא להמחויב בודאי. נראה לי לומר דזהו דאיכא נמי חזקת חיוב המצוה כגון בבהמ"ז שאכל ואינו זוכר אי בירך לכך עומד הוא בחזקת חיוב כודאי ויכול לכך להוציא לאחר אבל באין לו חזקת חיוב כגון דמסופק אי אכל כזית בזה י"ל דלא הויא אלא מחויב מספק ולא יכול להוציא לאחר. א"כ אהאי דחולין הנ"ל שהספק הוא שם אם איש הוא מחויב אם טומטום הוא פטור א"כ אין לו חזקת חיוב ולא מחויב אלא מספק והדר קושייתו לדוכתא. ובאמת לפי החילוק הזה היה אפשר לומר דגם הרמב"ם יסבור דהיכא דאיכא חיוב המצוה מחויב הוא מה"ת כהרשב"א כדמביאין אשם תלוי היכא דאתחזק איסורא כנ"ל אף דיש לחלק

חזקת חיוב מחזקת איקבע איסורא אבל מ"מ י"ל שפיר דעמדינן אחזקה כבכ"מ דעמדינן אחזקה ודוק. אך מהפר"ח לא משמע כן דלהרמב"ם לא הויא מחויב אלא מדרבנן. ושוב מצאתי סיוע לדברי בספר נחל איתן ברמב"ן בפ' שני להלכות ברכות ע"ש בזה ועיין כן כסברא זו שכתב כן בהלכות תפלה (פ"א הלכה א') ובתשובת הגאון רעק"א ז"ל בתשובה ו' מצאתי שהביא להפר"ח הנ"ל וכתב להיפך דבפשוטו י"ל דאף לאינך הפוסקים דספק דאורייתא מה"ת לחומרא מ"מ מחויב רק מגדר ספק וגם האריך שם בתשובה הנ"ל דאפילו להרמב"ם דספק דאורייתא מה"ת לקולא יכול להוציא בברכת המזון לאחר שלא בירך עיין שם בזה. ואמ"ל בזה:

יהודא ליב אנאליק בחרב הגאון אמתי הצ' ר' שמעון דובער זצלה"ה: אחדש"ה מעכ"ת שיחיה ע"ד השאלה שנשאל באחד שנשא אשה שהיתה בחזקת שוטה דהיינו בעלת מרה שחורה והוא לא ידע מזה וזה כשנה אשר עדיין לא נתיחד עמה כי אינה רוצית לטבול ואחר הפצרה הלכה לבית הטבילה וירדה לטבול ולא רצתה להכניס ראשה במים והבעל טוען כי מק"ט הוא ורוצה לישא אחרת. יפה העיר מעכ"ת שיחיה בכל הפרטים הנדרשים בזה הן בביטול הקדושין לגמרי והן בלישא אחרת והנה בביטול הקדושין לגמרי אין הכרת לבא בהיתרא בזה יען כי אפשר בהיתרא דגט ואכתוב רק במה שנוגע לאיסור חדר"ג וזהו:

והנה עיקר הדבר מבואר בתשו' גליא מסכת סי' ה' דהא דמבואר באהע"ז סי' ל"ט המקדש סתם ונמצאו מומין הפוסלים בנשים דה"ז מקודשת מספק דזה אינו אלא לחומרא דא"א אבל לחרגמ"ה יש לצדד דנאמן לומר שלא מחל ובנ"ד יש להתירו בדרך מרווח כאשר יבואר:

הנה בחגיגה ג' איתא ת"ר איזהו שוטה היוצא יחידי בלילה והלן בבה"ק והמקרע כסותו ובברייתא תני המאבד מה שנותנים לו והרמב"ם פ"ט מה' עדות ה"ט כתב השוטה פסול לעדות מה"ת לפי שאינו בן מצות ולא שוטה דהוא מהלך ערום ומשבר כלים וזורק אבנים בלבד אלא כל מי שנטרפה דעתו ונמצא דעתו משובשת תמיד בדבר מהדברים אע"פ שהוא מדבר ושואל כענין בשאר דברים ה"ז פסול ובכלל שוטים יחשב ע"כ. ולדידיה הא דקחשיב סימני שוטה בחגיגה היא לאו דוקא ולדוגמא בעלמא נקטינהו כמבואר בב"י אהע"ז סי קכ"א ובב"ש שם ס"ק ט' אבל דעת רבינו שמתה ור"א הובא בב"י שם דדוקא בהני דקחשיב בחגיגה הוי שוטה ולא בשארי דברים ובטור יו"ד סי' א' שכתב וז"ל שועה היוצא יחידי בלילה או מקרע כסותו או לן בביה"ק או מאבד מה שנותנין לו אפי' באחד מאלו אם עושה אותו דרך שטות נקרא שוטה ע"כ וחתרו המפרשים ליישב לשון הטור

שכתב אפילו באחד מאלו אם עשה אותו דרך שטות נקרא שוטה הא כבר כתב או או א"כ ל"ל למכתב תו אפילו באחד מאלו ע"ש בפרישה וט"ז וש"ך מש"כ בזה וכתבתי ליישב לשון הטור בפשיטות דהטור דעתו לפסוק כהרמב"ם ז"ל דשוטה הוי אפילו בכל דבר של שטות אלא דקשה למה נקט בחגיגה הני ולא בכל דבר וצ"ל דהוא משום דקאמר שם בחגיג' ה"ד אי דקעביד דרך שטו' אפילו בחדא גמי ואי דלא עביד דרך שטות אפילו כולהו נמי ומשני לעולם דעביד להי דרך שטות והלן בביה"ק אימור כדי שתשרה עליו רוח טומאה והיוצא יחידי בלילה אימור גנדריפס אחדיה והמקרע כסותו אימור בע"מ הוא וכן הא דתנא התם איזהו שוטה המאבד מה שנותנין לו בעינן גם כן דרך שטות דאיכא למימר אימור קוביקוס הוא כמש"כ התוספות שם כיון דקעביד לכולהו הו"ל כמו שנגח שור וחמור וגמל ונעשה מועד לכל וא"כ לר"י דסבירא ליה דאפילו בחדא נמי נקרא שוטה צ"ל דוקא דקעביד דרך שטות דאל"כ איכא למיתלי בהני אימור דקאמר הש"ס ואם כן שפיר קאמר הש"ס לרבותא דלא מבעיא בשיש לו שאר סימני שוטה דשוטה היא אלא אפילו הני דאיכא למיתלי במלתא אחריני אפיה אי עביד להו דרך שטות נעשה שוטה וזהו שכתב הטור והשוטה היוצא יחידי בלילה או מקרע כסותו או לן בביה"ק או מאבד מה שנותנים לו ולפי הבנת המפרשים דהטור ס"ל דדוקא בהני נעשה שוטה אם כן הי"ל ושוטה זהו היוצא יחידי בלילה כו' אלא דקדק כתב היוצא וכוונתו הכי הוא דלא מבעיא בשוטה שדעתו משובשת תמיד דשוטה הוא אלא גם אי מתרמי שוטה כזה היוצא יחידי בלילה או מקרע כסותו או לן בביה"ק או מאבד מה שנותנין לו אפילו באחד מאלו [דאיכא למיתלי בהני אימור דקאמר הגמרא] אם עשה אותו דרך שטות נקרא שוטה וכלשון הטור כתב בשו"ע שם ואם כן מבואר דדעתו כהרמב"ם ולטעמיה אזיל שפסק כהרמב"ם בח"מ סימן ל"ה וזה נכון: ומעתה מאחר דלא הובא בטוש"ע דעת החולקים על הרמב"ם ז"ל ש"מ דסבירא ליה דהעיקר כהרמב"ם בין לענין עדות ובין לענין איסור לפי האי כללא דכיילו לן האחרונים ז"ל דדעה דלא הובא בשו"ע לא נחשב לספק וגם מהרמב"ם משמע דאינו מחלק בין איסור לעדות מדלא כתב בשום מקום סימני שוטה דחגיגה ואך סמך עצמו אמש"כ בה' עדות כדרכו בכ"ד בכיוצא בזה. וראיה לזה ממש"כ היש"ש בפ"ק דחולין ס"ד דממה שכתב הרמב"ם שיכור שנתבלבלה דעתו דינו כשוטה משמע דאינו מחלק בין עדות לאיסורין בזה ומכ"ז יש לומר דלענין חומרא דא"א אין להקל ושפיר כתבו הח"מ והב"ש באהע"ז סי' י"ד לדיוק מר ירוחם דמי שדעתו משובשת ואין משיג דבר על בוריו דאיכא חשש קידושין ולא אדבר מזה כעת אלא במה דנוגע לאיסור חדר"ג ובזה שפיר יש לסמוך על הטוש"ע הנ"ל שהחליטו

כרמב"ם והוי כנשתטית שמותר לישא אחרת. ובנ"ד אף בלא היתר ק' רבנים מאחר דאין כאן קדושין מדינא אלא משום חומרא דא"א. ומה דיש לחשוש דלמא בשעת קידושין לא היתה שוטה כל כך דהא קודם הקדושין לא ראו אלא מה שהיתה בודדת ויושבת בחושך ורק עתה ראו במה שאינה רוצה לטבול לאו מלתא היא דהא אזלינן בתר חזקה דהשתא [לכמה רבוותא] וכמבואר מהא דיבמות (דף לא וכתובות דף כ) בהא דנכסי דבר שטיא דבי תרי אמרי כשהוא חלים זבין ובי תרי אמרו כשהוא שוטה זבין ארעא אוקי תרי לבהדי תרי ואוקמי נכסי בחזקת בר שטיא וכתב תוס' ול"ד להא דאמר בקדושין (דף ע"ט ובבא בתרא דף קנ:) אם בריא הוא עליה להביא ראיה שש"מ היה ואם שכ"מ הוא וכו' דהכא כיון שדרכו להיות עתים חלים ועתים שוטה לא שייך להעמידו אחזקה כמו שהוא עתה הרי דאזלינן בתר חזקה דהשתא ורק בע"ח וע"ש לא אזלינן בתר חזקה דהשתא ויש אריכות בזה ואכמ"ק. ולפ"ז אם תקבל גט כעת ממנ"פ היא מגורשת דאם הקדושין קדושין גם הגירושין גירושין ואם אין גירושין אין כאן קידושין דאזלינן בתר חזקה דהשתא. גם איכא בנ"ד ס"ס כיון דהוי מום בקדושין וצווח ע"ז ומקדש סתם ונמצא מום הוי ספק קדושין ואם כן דלמא הלכה כרמב"ם דהוי שוטה ואפילו אי אין הלכה כמותו דלמא לא הוי קידושין כלל ואם כן ודאי מועיל לענין איסור חדר"ג בלי היתר מאה רבנים וגם אין לה כתיבה מלבד כל הנ"ל דמורדת היא: גם הרבה פוסקים ס"ל דבמקום מצוה לא גזר וכבר כתבתי במ"א (עמש"כ בשמן רוקח ח"ב ס"ו) דבמקום צער לא גזר והביא ראיה מכתובות (דף ס) ע"ש דיש ראיה לזה ג"כ משבת (דף קז) דמפיס מורסא פטור ומותר לכתחלה ופירש"י דבמקום צער לא גזרו וע"ש בתוס' דף קו בד"ה הצד ושם דף קל"ה בד"ה מפני הסכנה דמלאכה שאצל"ג אף דאסור מדרבנן במקום צער לא גזרו והרי התוס' בכתובות (דף ה ושם דף ו) כתבו בשם ר"ת דאף ע"ג דגזרו במקום מצוה במקום צער לא גזרו וא"כ מאחר דכתבו הפוסקים דבמקום מצוה לא גזור מכ"ש דלא גזר במקום צער ואפילו הפוסקים דסבירא להו דבמקום מצוה גם כן גזר אבל בצערא י"ל דמודו דמתירין יותר משום צער ממה שמתירים משום מצוה:

לכן נ"ל דאם אחרי הדרישה והחקירה יכולה לשמור את גיטה וא"ע אז בודאי יתן גם גט ויוציאה ואם לא אזי ישליש גט בלי כתובה ואם תשתפה יקבל הבעל ע"ע לכתוב לה גט אחר כמבואר בנ"ב קמא סימן ג' ועפ"ז הנני נמנה לזה להתירו לישא אחרת בלי היתר ק' רבנים גם כן. והנני ידידו הדו"ש: שמעון דוב במוהר"א ז"ל:

ע"ד השאלה מהגאבד"ק קינצק שליט"א אביא כאן תשובה קצרה מה שהשיב כ"ק חותני הגאון רש"ד זצ"ל האבד"ק שעדליץ וז"ל וע"ד השאלה שראובן הדליק בית חבירו

הבטוחה באחריות האש אם יוכל הנשרף לתבוע מהטורף מאחר דיכול לגבות מהחברה ויאמר לו מה הפסדתיך והורו שאם רצה מזה גובה ורצה מזה גובה ואם גבה מהחברה פטור השורף ובאמת אינו פשוט כ"כ להורות כן, כי גוף הדבר ואחריות שני דברים הם כמבואר בתשו' רמב"ן במיוחסת (סי' צ"ו) וז"ל ומה שאמרת להודיעך דעתי בענין מה שאמרו בירושלמי גזל שדה משמעון ומכרה ללוי והלך לוי ונתנה במתנה ליהודא ובא שמעון וטרפה מיהודא יהודא לא אזיל לגבי לוי דהי' מתנה והדין נותן שא"א לו ליהודא לחזור ולתבוע מלוי אלא מאחד משני פנים או משום אחריות לוי ואין אחריות למתנה או מצד אחריות ראובן ואין יהודא זוכה בשעבוד אחריות שיש לו ללוי על ראובן שא"כ אף בלא אמצעית ידו של לוי יהי' לו ליהודא לחזור על ראובן ויאמר לו ביום קנותי את השדה מחמת מתנה מלוי קניתי כל זכות וכל שעבוד שיש לו ללוי עליך מחמת אותה שדה אלא שאלו ענינים מחולקין הן ואין אחריות נגרר אחר גוף השדה ואם השדה קנה אחריות השעבוד לא קנה ואפי' במכר אא"כ בא עליו מצד אחריות שיש לו עליו ומדד"ג וע"כ הנהגתי אז בכל מתנות קרקע ואפי' במוכרו לכתוב בשטר המכר והמתנה ואג"ק זה אז נותן לפ' ללוקח זה או למקבל מתנה זו כל שטרי אונות שיש לי על קרקע זו ויזכה בהם ובכל שעבודם כדי שיוכל לטרוף ממי שמוכרו או נתנו לו ע"כ, והובא ברמ"א בחו"מ (סי' רמ"א) בקצרה כזה ומעתה אם הי' הנשרף מוכר ביתו סתמא ולא פירש כי בטוח באחריות ובמקום שאין הכל מבטיחים א"ע, מסתמא לא קנה הלוקח גם האחריות כ"ז שלא פירש לו שמוכר כל זכות שיש לו בזה, וה"ז דומה למתנה, ובפרט שיוכל להתנות בפירוש כי אינו מוכר לו אלא גוף הדבר וזכות האחריות משייר לעצמו וא"כ צריך לשלם בעד גוף הדבר שהפסידו כשויו והאחריות הרי שלו ומה שירצה יעשה בו ויוכל לפטור להחברה ומעתה אין שייך לומר בזה מאי אפסדתיך מאחר דיכול התובע לומר כי הייתי יכול למכור בלי אחריות ולשייר האחריות לעצמי וכן הסכים לזה הבצ"ד דפה וע"כ טוב לבצע בזה. עכ"ל אלטער יעקב מאיר בריזמאן אבד"ק לאפי והגליל: