שו״ת · אחרונים · אחיעזר

אחיעזר חלק א אבן העזר

רבי חיים עוזר גרודזינסקי

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אחיעזר חלק א אבן העזר

רבי חיים עוזר גרודזינסקי

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/אחיעזר-חלק-א-אבן-העזר/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

דברים אחדים 4
סימן א 6
סימן ב 41
סימן ג 65
סימן ד 69
סימן ה 82
סימן ו 102
סימן ז 122
סימן ח 136
סימן ט 141
סימן י 158
סימן יא 166
סימן יב 175
סימן יג 183
סימן יד 198
סימן טו 207
סימן טז 213
סימן יז 220
סימן יח 229
סימן יט 240
סימן כ 252
סימן כא 268
סימן כב 291
סימן כג 300
סימן כד 305
סימן כה 310
סימן כו 331
סימן כז 338
סימן כח 347
סימן כט 384
סימן ל 400
סימן לא 405
סימן לב 412
סימן לג 415
סימן לד 425
סימן לה 444
סימן לו 456

ב"ה

דברים אחדים

מחשבות תוגה מתרוצצות בקרב לב חושב: האם שעת חירום כזאת מכוונה להוצאת ספרים לאור עולם, הלא ישאל השואל, עם ישראל טובע בים של דמעות ואתם אומרים שירה? מהרסינו ומחריבנו מבית ומבחוץ חותרים חתירה תחת יסודות התורה, בחמרים מורעלים ומפוצצים באים לקעקע את הבירה כלה, ואתם באים לפאר את היכליו בצעצועים ופרחים? היכל ד' כלו בוער באש, הלהבה אחזה את ארון הקדש, הלוחות והגוילים משוקעים באש ואתם מתעסקים בקשוט פרחי חמד?

אולם זה כח ישראל סבא לאלקיו ולתורתו בכל הדורות ובכל התקופות והזמנים, גם כשחרב חדה היתה מונחת על צוארו, תורת ד' היתה שעשועיו כל היום. גם בעת החורבן אשר כל קיום הלאום היה בסכנה ובעת התחזקות הצדוקים בימים ההם לא הסיחו הפרושים רגע מתורת ישראל, יבנה וחכמיה שארית ישראל היתה אוד מוצל מאש, אשר כעמוד הענן האירו את ישראל בגולה, על ידם נשמר ונמסר הכתב והקבלה, על ידי רבותינו שבארץ ישראל ושבבבל נחתמו התלמודים המשנה והגמרא, אשר בהם אצורים כל מורשת אבות יסודי התורה ודעת דרכיה, שם אור זרוע וכל כוכבי זוהר, שם כל רוח ישראל יגדל נפשו, וכל מקום שהלך ישראל עם מקל נודדים, כל מקום שגלה - שכינה עמו ושם הכין משכן אהלו ללמוד התורה, ומיום הגלות ישראל מארצו לא נפסקה השלשלת הארוכה מארץ מדה על ידי הגאונים המבארים, הפוסקים הראשונים והאחרונים, אשר גם בימי השמד, הגזירות, הרדיפות והטלטולים עמלו במסירות נפש, להכין מכון לתורה, וכה נבנה על ידם הבנין העתיק לתורת ישראל והניחו מקום להתגדר בו, הענקים הגדולים הללו הניחו את הננסים לעלות על כתפיהם לחזק בכל דור ודור את הבנין הנשגב הנהדר בקדש, אשר כל כלי יוצר עליו לא יוצלח להשביתו מטהרו.

וכה היה למוד התורה להזוכים בה, לסם חיים, ההעמקה וההתבוננות בדרכי הלמוד למקור מים חיים, כל ישיבה וישיבה מבצר עז להיהדות, התפשטות למוד התורה היא תריס בפני הפורעויות ומגן בפני התועים והמתעים, התורה והמאור שבה מחזירם למוטב והיא שעמדה לנו להחזיק קיומנו כהיום הזה לבלי התבולל בין העמים.

חזון נפלא ראינו גם בימינו אשר בימי המלחמה הנוראה הכבושים והגרושים, כאשר נדד עם ישראל מתחום מושבו ואתו יחד הישיבות בליטא ובזאסוט, הנה בכל מקום אשר נתרקם שם איזה ישוב, ויהי פניהם אל היכל ד' ואל לב האומה, ורוח התורה והמצוה

- נשמת העם - קבצם יחד וגם שם לא חדל נר תמיד להאיר ואחינו בכל מקו משהיו התאמצו בכל עוז לחזק את התורה והישיבות, ורק לרגל המקרים המדיניים והמהפכות ברוסיא הגדולה ואוקריינא לא יכלו להחזיק שם מעמד ושבו בנים לגבולם והתורה חזרה לאכסניא שלה, וחזון מרנין לב הוא לשמוע קול תורה בהישיבות בגלילותינו אשר הי' מאז ומעולם מרכז לתורה ולתעודה.

ביחוד נגלתה קלסתר פני האומה, טהר מדותיו ורוח ישראל המאיר באור התורה ואהבת חסד באחינו ילידי מדינתינו המתגוררים מעבר לים באמעריקא ובשארי ארצות, אשר יחד עם מעשיהם הגדולים והכבירים לטובת אלפי רבבות אחיהם העשוקים והרצוצים בתפוצות הגולה להצילם ולהחיותם מחרפת רעב, נתנו ידם להחזיק את אוצרות עמנו הרוחניים, והודות לעזרת אחינו תמימי דעים שם, אשר לפליטה ולמחי' שלחם אלקים, עלתה להחזיק את מוסדות התורה כמאז ולחדש פני החדרים והישיבות ולתת להם צורתם הראשונה, לגדל גדולי תורה אשר יהיו למאורות בישראל, הבה נקוה, אשר המעין היוצא מקדש הקדשים - תורת חיים - יבקע ויעלה על ידי שבילים חדשים מימיו עוד ירומו וישובו להחיות עם רב, ויקומו דבר החוזה כי לא תשכח מפי זרעו ודבר ד' יקום לעולם!

והנה אם אמנם עד עתה נמנעתי מלהוציא לאור ח"ת והשו"ת אשר אתי בכתובים מפני עול ההוראה ועבודת הציבור אשר הוטל עלי בעודני צעיר לימים ותמיד נתתי משפט הקדימה להענינים הציבוריים והכלליים על עניני הפרטיים נוסף לזה הטרדות התכופות לא נתנוני לסדר את החידושים, אשר רובם כתבתי בין פרק לפרק ובין גברא לגברא ולפעמים גם במהירות ולא נתנם הזמן להעתיקם, לתקנם ולשנותם ואמרתי לכשאפנה אשנה, לבקר ולחבר ולשקול בפלס ומאזני המשפט כל דבר הצריך עיון ובפרט להלכה אבל עברו ימים רבים ולא נפניתי לזה, גם כאשר מד' מצעדי גבר כוננו וטלטלני טלטלה בימי המלחמה מחוץ לעירי גם שם לקחו את לבבי הענינים הכללים ולא עלתה לי לסדר רק מעט, בין כה קרבו ימי הזקנה ואמרתי עת לעשות לביתי, כי אי אפשר לדחות עוד לימים יבואו כי מי יודע מה ילד יום ואם לא יהי' לריק כל עמלי והכתבים יאכלום עש [כאשר כן היה גורל החבורים המסודרים אשר השאיר אחריו אבי זקני הגאון הגדול מו"ה משה אריה ליב זצ"ל האבד"ק איוויע שנשרפו בהשריפה הגדולה שהיתה שם בשנת תרנ"א] ועל כן נגשתי לעבודה הסדור וההדפסה והחלטתי להו"ל את הענינים היותר מסודרים מחלק אה"ע ויו"ד ועניני קדשים וכאשר עיקר מגמתי ברוב הדברים לא להורות הלכה לרבים רק להמציא דברי חפץ להמעיינים והלומדים על כן בחרתי

בהענינים שיש להם בית אב בהלכה בביאור הסוגיות ושיטות הראשונים והאחרונים ומצאתי לנכון לסדר התשובות לפי סדר המסכתות.

וד' יזכני לגמור את אשר החילותי ולתת לי מהלכים בין העמודים להיות סניף לאריות וענף לעץ החיים יעמידני כקרן אורה ויצילני משגיאות, ויקוים בי ואגורה באהלך עולמים, ואתה ד' הי' עוזר לנו!

המצפה לישועה בתוך אסירי תקוה.

הכו"ח ז"ך אדר תרפ"ב וילנא

חיים עוזר גראדזענסקי בלאאמו"ר הרב הגאון מו"ה **דוד שלמה** האבד"ק איוויע.

סימן א

ב"**ה** ח' תמוז תרנ"ז ווילנא. **אודות** שאלתו באשה שזינתה והמירה דתה וילדה בן מישראל מומר והבעל נשא אחרת בלא זכוי גט להמומרת ומת בלא בנים ולו שני אחים דצריכה חליצה כמ"ש הרמ"א בסי' קע"ג, וחשש כת"ר לדברי הב"ש דהוי חליצה פסולה וצריכה לחזור על כל האחים וא"כ צריכה חליצה משניהם, גם אי יש לסמוך במקום עגון בלא חליצה כלל ושאל מעכ"ת חו"ד בזה, אמרתי לבאר מתחלה שיטות הרמב"ם והראב"ד בסוטה וצרת סוטה ומתוכם יתבאר גם דברי שאלתו.

א

הרמב"**ם** בפ"ו מהל' יבום כתב, האשה שזינתה תחת בעלה ברצון ובעדים ומת קודם שיגרשנה ונפלה לפני יבם הרי היא פטורה מן החליצה ומן היבום וכן צרתה כאלו היתה ערוה על היבם מפני שטומאה כתיב בה כערוה שנאמר והיא נטמאה אבל סוטה שמת בעלה קודם שישקנה מים המאררים או שאינה בת שתיה אלא בת גירושין הר"ז חולצת ולא מתיבמת ואם היתה לה צרה הרי צרתה מותרת וחולצת או מתיבמת עכ"ל, ולכאורה צריך באור דאיך הצרה מתיבמת שמא זינתה והרי זה ספק צרת ערוה, והרי כבר הקשו התוס' ביבמות די"א בד"ה צרת וכתבו דלהכי ספק סוטה בעיא חליצה דדוקא להחמיר עשה בה הכתוב ספק כודאי ולא להקל לפוטרה בלא חליצה, ולפי"ז קשה אמאי צרתה מתיבמת דהא להחמיר עשה בה הכתוב ספק כודאי וא"כ הויא ספק צרת ערוה, וצ"ל דשיטת הרמב"ם הוא כמ"ש התוס' שם והרא"ש הסביר יותר דדוקא סוטה ודאית דכתיב בה טומאה בלשון לאו הוי כעריות משא"כ ספק סוטה דאינה אסורה אלא בעשה אע"ג דאסרינן משום ספק טומאה מ"מ לא חשיבה טומאה דידה כספק ערוה והלכך פריך שפיר ותתיבם יבומי יעו"ש, ולהכי הוי כשאר חייבי לאוין ועשה ולפיכך צרתה מתיבמת,

אבל גם דברי הרא"ש צריכים באור כיון דאם זינתה בפועל הויא ערוה גמורה א"כ גם ספק סוטה הויא ספק ערוה, ועוד דהא ספק טומאה ברה"י ספיקו טמא בודאי א"כ ספק טומאה בסוטה לא גרע מכל ספק טומאה ברה"י דהוי ודאי טומאה, ומ"ש טומאה בלשון לאו מלשון עשה.

והנה כל יסוד דברי הרא"ש סובבים על עיקר קושית הגמ' בסוטה ד"ה דמקשה ותתיבם יבומי דהא דספק סוטה צריכה חליצה אפ"ל דזהו רק להחמיר כמ"ש התוס', וע"כ תירץ דהא דטומאה כתיב בה כעריות היינו בסוטה ודאית אבל סוטה מספק לא חשוב אפילו כספק ערוה ולהכי מקשה ותתיבם יבומי, וזה נראה ג"כ יסוד דעת הראב"ד דסוגיא דסוטה ס"ל דאפילו סוטה ודאית בעיא חליצה היינו אף דשם בסוטה מיירי בספק סוטה מ"מ מקושית הש"ס ותתיבם יבומי מוכח דאפילו סוטה ודאית לא הוי ערוה וע"כ גם ספק סוטה לא הוי ספק ערוה.

אבל באמת לכאורה אין הכרח כ"כ מזה, דהא דאמר רב צרת סוטה אסורה משום דטומאה כתיב בה כעריות אינו מובן דהא כל העריות הם ערוה על היבם אבל סוטה לא נאסרה ליבם רק לבעלה מנ"ל דבכה"ג חשוב ערוה לפוטרה מן היבום ומן החליצה יעוי' בערוך לנר חי' יבמות וע"כ נראה דלפי מה דמשני בסוטה דילפינן מלאיש אחר ולא ליבם דגלי רחמנא דהאיסור ליבם הוא כמו לבעל ממילא בסוטה ודאית דטומאה כתיב בה והרי היא עריות לבעל הוא הדין נמי לגבי יבם, וכיוצא בו מבואר ברמב"ן וברשב"א דהא דטומאה כתיב בה כעריות ולאחר ולא ליבם צריכי אהדדי וכ"ז לפי האמת, אבל לפום מאי דס"ד דלא ידע כלל מאיסור דלאחר ולא ליבם א"כ נהי דטומאה כתיב בה כעריות הנ"מ לבעל אבל ליבם דאין כאן טומאה כלל שפיר מקשה הש"ס דתתיבם יבומי (ועי' בתבו"ש חי' יבמות) ואע"פ דבמחזיר גרושתו לריב"כ דלא כתיב בה טומאה רק לגבי בעל ולא לגבי יבם מ"מ אסורה להתיבם ולשי' התוס' ביבמות י"א גם מחליצה פטורה, י"ל דלפי הס"ד בסוטה דמקשה ותתיבם יבומי ס"ל דמחזיר גרושתו מותרת להתיבם דהא לפי הס"ד לא ידע ג"כ מקו"ח דמה במותר לה אסורה כו' ולפי"מ דמשני דילפינן מלאחר ולא ליבם י"ל דכיון דגילתה תורה בסוטה דטומאה שנתהותה לגבי בעל הוי טומאה לגבי יבם ג"כ ה"ה במחזיר גרושתו לריב"כ כיון דקרינן בה אחרי אשר הוטמאה לבעל מהני טומאה דבעל לאוסרה ליבם ג"כ אע"פ דבמחזיר גרושתו ליכא מיעוט לגבי יבם, א"כ לפי המסקנא דאסורה ליבם משום לאחר ולא ליבם והוי טומאה ליבם ג"כ כמו לבעל א"כ אפשר דספק סוטה הוי כספק ערוה, ונהי דחולצת מספק אבל מנ"ל דצרתה מתיבמת

דהוי כשאר חייבי לאוין הא הויא ספק ערוה ואיך תתיבם, ועוד קשה דהא ספק סוטה כודאי וכספק טומאה ברה"י דספיקו טמא כודאי א"כ מאי שנא ודאי ומ"ש ספק.

ב

ע"כ נראה להסביר דעת הרא"ש ושיטת הרמב"ם בזה דיש לחקור ספק טומאה ברה"י דעשה הכתוב ספק כודאי, אם הוא בתורת בירור וגזיה"כ הוא שאנו אומרים שהמאורע היה שזינתה או שנגע בטומאה, וספיקו כודאי היינו כגוף ועצם הטומאה וכשאר דיני התורה כמו רובא וחזקה המברר אמיתת הדבר או שאין זה ברור כלל על עצם המאורע בפועל רק דין נפרד וטומאה נפרדת בפני עצמה ובסוטה אף דכלפי שמיא גליא שטהורה. היא מ"מ אסורה כמ"ש התוס' בסוטה דכ"ח ואסורה בתרומה אף שיודעת שטהורה היא אלא דכך גזרה תורה בספק כזה שלא נתברר לפנינו א"כ הרי נתחדש ע"ז איסור וטומאה בפ"ע, ונפ"מ לספק טומאה ברה"י כגון ספק נגע במת מ"מ אם נכנס למקדש אינו חייב דהא חיוב ביאת מקדש בטמא הוא רק בתנאים מיוחדים, וטומאת מת כל שאין הנזיר מגלח עליו אינו חייב משום ביאת מקדש, א"כ נהי דספק טומאה ברה"י ספיקו טמא מכל מקום אין ראי' מזה שיש עליו טומאת מת באופן שהנזיר מגלח עליו והוא טמא רק משום ס"ט ברה"י דהיא כטומאה בפני עצמה ולא טומאה בפועל כמו שהיא.

והנה המנחת חינוך במ"ע רס"ג נסתפק והעלה דס"ט ברה"י דספיקו טמא כודאי חייב על ביאת מקדש, אבל באמת זהו שאילת הראשונים ופלוגתא בירושלמי, ומדברי התוס' בשבועות די"ט והר"ש פי"ב דפרה מבואר דס"ל דחייב על ביאת מקדש, אבל מדברי הרמב"ם בהל' שגגות פי"א ה"ו דלא ביאר המקום מבואר דמיירי ברה"י וס"ל דאינו חייב על ביאת מקדש, ובירושלמי נזיר פ"ח ה"א נזיר שנטמא בספק רה"י רבי הושעיא רבה אמר הנזיר מגלח ריו"ח אמר אין הנזיר מגלח כו', יחיד שנטמא בס' רה"י בפסח ר' הושעיא אמר ידחה לפסח שני ריו"ח אמר משלחין אותו לדרך רחוקה, צבור שנטמאו בס' רה"י בפסח ריו"ח אמר יעשו בספיקן ור' הושעי' אמר יעשו בטומאה, ועיין בשי"ק ובמראה הפנים שתמה במה שפסק הרמב"ם בפ"ז מהל' ק"פ ה"ו כדברי רבי הושעי' ביחיד ובציבור ומ"ט לא פסק כרבי הושעי' בנזיר דמגלח על ס"ט ברה"י יעו"ש ובאמת לא נמצא ברמב"ם הדין דס"ט ברה"י אין הנזיר מגלח עליו, ועי' ברמב"ם בפ"ז מהל' נזירות ה"ו, אבל מהרמב"ם בהל' שגגות פ"ט נראה דאינו חייב על ביא"מ ועי' במהרי"ט אלגאזי בבאורו על הרמב"ן בפ"ה מהל' בכורות.

ולפי מה שנתבאר יש מקום לחלק, דדוקא בפסח ביחיד שנטמא בספק רה"י דגם טומאת שרץ ונבלה וטומאה שאין הנזיר מגלח עליו נדחה מפסח ראשון כיון דלא חזי לאכילה,

וגם בגר בער"פ העמידו דבריהם לבטל מפסח דסוף סוף הוא טמא ואינו ראוי לאכילה, וע"כ גם בספק רה"י נדחה לפסח שני כמ"כ בציבור אף לפי מש"פ הרמב"ם דטומאה דחוי' היא בציבור דוקא בטמא מת ולא בטמא שו"נ, מ"מ ס"ט ברה"י לא חמירא מודאי טומאה ברה"י וכיון דודאי ט"מ נדחה בציבור גם ספק נדחה בציבור, אלא דצ"ע דהא אף רבי הושעי' מודה דיעשו בספיקן וכמ"ש בשי"ק יעוי"ש] אבל בנזיר ובביאת מקדש דבעינן תנאים מיוחדים לטומאת מת שיהא הנזיר מגלח עליו וע"כ גם ס"ט ברה"י נהי דהוא טמא מ"מ דמי לטומאה שאין הנזיר מגלח עליו, ובזה אשכחן פתרי לד' הירוש' בנזיר פ"ו ה"ג א"ר יוחנן סככות ופרעות תורה הן אצל תרומה ואין הנזיר מגלח ר' ירמי' בעי אם לשרוף אפילו על ספק דבריהם שורפין, ואם ללקות [הק"ע גריס אלא ללקות] אם אכלן לוקה עליהן משום טומאה, תני ר' ציידני' קומי ר' ירמי' ופליג על ר' ירמי' כל טומאה מן המת שהנזיר מגלח עליו חייב על ביאת מקדש וכל טומאה מן המת שאין כו', ולפי מש"כ י"ל דזהו החילוק דנהי דלוקה משום טומאה היינו כיון דסוף סוף טמא הוא בודאי דמירי ברה"י דטמא אף מספק, מ"מ על ביאת מקדש אינו חייב כיון דהוי טומאה שאין הנזיר מגלח עליו, ולפי"ד הירושלמי הנ"ל מיושב קושית התוס' בריש פרק ב' נזירין ובחולין ד"ט דהא הוי ס"ט ברה"י ויביאו שניהם קרבן טומאה בודאי, דלר' יוחנן בס"ט ברה"י אין הנזיר מגלח ואינו מביא קרבן טומאה, ואי אפשר לומר שיביא כל אחד קרבן טומאה ורק בשני נזירים שהאחד מהם ודאי טמא יביאו קרבן אחד על תנאי וקושית התוס' אינה עולה רק לרבי הושעי' דס"ל דמגלח.

ובמש"כ בד' הרמב"ם לחלק בין פסח בטומאה בס"ט ברה"י ובין נזיר, י"ל בזה קושית התוס' בעירובין דכ"ו מערבין לכהן בבית הפרס שהקשו מפסחים דצ"ב דאמר אונן ומצורע ובית הפרס בעושי פסח לא העמידו דבריהם במקום כרת, ומשמע דוקא משום דאיכא כרת והכא משמע דאפילו בשביל עירוב לא העמידו דבריהם, ולמש"כ י"ל דלהכי הקילו בטומאת כהן משום דאפילו ס"ט ברה"י אי"ח על טומאת כהנים דבעי טומאה שיהא הנזיר מגלח עליו, משא"כ בעושי פסח דכיון שהוא טמא מאיזה טומאה שיהי' איכא כרת וע"כ החמירו ג"כ ע"י ניפוח רק שלא העמידו דבריהם במקום כרת [ורק בפסח גופא יש מקום עיון למש"פ הרמב"ם בטמא מת טבו"י שטבל ולא העריב שמשו אין שוחטין וזורקין עליו ורק בטומאה שהנזיר מגלח עליו אבל בטומאה שאין הנזיר מגלח עליו שוחטין וזורקין עליו, ולפי"ז לפי מש"כ בס"ט ברה"י שאין הנזיר מגלח עליו בדין הוא בטבו"י ששוחטין וזורקין עליו].

ולמה שנתבאר בשי' הרמב"ם עפ"י הירוש' דס"ט ברה"י אין הנזיר מגלח עליו ואינו חייב על ביא"מ משום דאין זה ברור דודאי נגע באותה טומאה רק דהוי כטומאה נפרדת, ומינה דגם בסוטה גופה דאסורה ועשאה הכתוב כודאי אין זה ברור שזינתה בפועל רק שיש עלי' עשה דונסתרה והיא נטמאה איסור וטומאה חדשה הבא מכח איסור עשה דונטמאה אע"פ שכלפי שמיא גליא דטהורה היא ואע"פ שאומרת ברי לי שטהורה אני, וע"כ אתי שפיר בזה דעת הרא"ש דדוקא סוטה ודאית דטומאה דידה בלשון לאו הוי טומאה כעריות היינו דעצם הזנות היא טומאה כעריות, אבל בסוטה ספק דהא דאסורה הוא מצד העשה דונטמאה ולא מצד בירור הספק שזינתה דלגבי הספק היא אומרת ברי לי שטהורה אני וכמש"כ הר' יונה בכתובות ד"ט ברא"ש שם, וע"כ אין גם ספק טומאה כיון דאינה נאסרת מטעם ספק הלאו רק מצד העשה, וכמש"כ התוס' בסוטה דכ"ח ד"ה מת"ל דליכא לאו רק עשה ובעשה הרי אין טומאה היינו דהעשה אינה מחייבת עצם המאורע דזנות, ויש להביא ראי' לזה מסוטה דכ"ה דפליגי רב אחא ורבינא חד אמר קודם סתירה מחול לאחר סתירה אינו מחול, וח"א לאחר סתירה נמי מחול, וקשה איך יועיל מחילה למה שנאסרה משום ספק סוטה כדין ס"ט ברה"י דספיקו טמא וחיישינן שזינתה ומה יועיל המחילה, וכבר הרגיש בזה הגאון רעק"א בתשובותיו החדשות, ולפי מש"כ שאין זה בירור כלל וגם לגבי הספק בדין שתהא נאמנת באומרת ברי לי ורק דגזיה"כ הוא שתאסר משום עשה דונטמאה לאחר קו"ס י"ל דכ"ז רק אם הי' הקו"ס עפ"י התנאים המיוחדים הצריכים, משא"כ במחל גזרה התורה שאין זה קינוי וסתירה וממילא נאמנת מדין ברי לי, וע"י רשב"א ריש נדה דלהכי בעינן קינוי וסתירה בסוטה לפי שאומרת ברי לי יעוי"ש] וא"ש מה שפסק הרמב"ם דספק סוטה צרתה מתיבמת דלא הויא ספק ערוה כלל, משום דאין עליה ספק טומאה כיון דאומרת טהורה אני ואינה אסורה אלא מגזיה"כ משום עשה דונסתרה והיא נטמאה וליבם מלאחר ולא ליבם והרי היא כחיי"ל ועשה וצרתה כצרת כל חיי"ל ועשה דמתיבמת, ונראה דספק סוטה הוי ודאי יבמה לשוק כשארי יבמה לשוק ולא הוי ספק ערוה משום דהא בחזקת איסור לשוק עומדת ורק ליבם נאסרה מגזיה"כ וממילא דצרתה בחזקת היתר ליבם עומדת ולהכי מותרת צרתה להתיבם מן התורה, ומה שלא החמירו מדבריהם ככל ספק ערוה דצרתה חולצת ולא מתיבמת דעל עצם ספק סוטה לא הצריכו לאסור מספק שמא זינתה שהרי אסורה מה"ת בעשה אפילו קמי שמיא גליא שהיא טהורה וגם צרתה לא נאסרה מספק דהא הסוטה אומרת טהורה אני ואע"פ שאסורה מגזיה"כ דונטמאה כל זמן שלא נתברר ע"י השקאה מ"מ לשארי דינים בנוגע לצרתה משום ברי דידה לא החמירו ורק דהוי כשארי חיי"ל

דצרתה חולצת או מתיבמת, וקצת דברים קרובים למש"כ שמעתי ומטין בבי מדרשא משמו דמר ידידי אלופי ומיודעי הגאון הגדול מו"ה חיים הלוי שליט"א האבד"ק בריסק.

ג

ובמקום אחר העירותי דלגבי עצם הטומאה לכולי עלמא הוי ספק וע"כ צ"ל דלא הוי בירור אף לשיטת התוס' והר"ש דספק טומאה ברה"י חייב על ביאת מקדש ונזיר מגלח עליו, ועמדתי בזה בישוב דברי התוס' נדה ד"ג בד"ה מודה שמאי בשוטה שהקשו וא"ת והא אין בו דעת לשאול ותירצו וי"ל כגון אדם שנגע בה ורוצה לעסוק בקדשים ואותו אדם יש בו דעת לשאול עכ"ד, והערוך לנר תמה בזה הכי יעלה על הדעת דחש"ו הנמצאים במבוי דקיי"ל שהם טהורים אם יגע בהם אדם בר דעת הכי יטמא, והא דאמרינן דהיכא שמקבל הטומאה יש בו דעת לשאול טמא הנ"מ בספק נגע דעכ"פ יש כאן מטמא אלא שאין בו דעת לשאול בזה אמרינן כיון דמקבל הטומאה יש בו דעת לשאול טמא אבל חש"ו שהן בעצמם טהורין איך אפשר שיטמאו אחרים וה"נ בשוטה כיון שהיא בעצמה טהורה איך אפשר שהנוגע בה יטמא והניח בצ"ע. ולדברי הערוך לנר הקשיתי ג"כ בנדה ר"פ כל היד די"ג ע"ב בכהן שוטה דפליגי ראב"צ ורבנן ואמר שם לדבריך ישן טמא כו' מספק שמא ראה קרי קשה הא ספק באין בו דעת לשאול טהור, וכ"כ התוס' ריש נדה דאין בו דעת לשאול דנפיק מדרב גידל גם ספק ראי' טהור כדמוכח ממה דמקשה בחברותיה נושאות במטה דבדרב גידל משכחת לה גם ספק ראי' דזב או זבה ולא החמירו טומאת מעל"ע גם בתרומה וקדשים באין בו דעת לשאול וא"כ מותר הכהן לאכול בתרומה וקדשים. וגם למש"כ הצל"ח בסוגיא דר"ח סגה"כ דבספק באין בו דעת לשאול מדרבנן אמרינן מיא בנהרא זיל טבול כדאמרי' בע"ז דל"ז בס"ט ברה"ר מ"מ בכהן שוטה הוי כלא אפשר, ובפרט לשיטת הרשב"א דספינן לקטן איסור דרבנן בידים, וא"כ מותר לתת לשוטה כיון דטהור הוא מדאורייתא, ואף אם נאמר דתרומה שאני משום דכתיב בה משמרת תרומותי ואסור לטמא התרומה מ"מ כיון דמדאורייתא טהור אלא דרבנן החמירו שיטבול ולא שייך זה בטהרות שנוגעין בו ועי' עוד בתוס' עירובין ד' ל"ו בד"ה במקוה.

ועל כן נ"ל דהא דילפינן דס"ט ברה"י טמא וברה"ר טהור מסוטה וכן איבד"ל מדרב גידל היינו רק על הנוגע דיש על הנוגע דין טומאה או טהרה ודאית, אבל עצם הטומאה אם הוטל בה ספק בספיקה עומדת כיון שאין זה בירור רק דין והדין לא נאמר רק על הנוגע וראי' לזה דהא ס"ט ברה"י טמא אם נגע בהנוגע אדם טהור ברה"ר הרי הוא טמא ודאי משום דכיון דס"ט ברה"י ספיקו טמא הרי הוא טמא, וכן להיפך בס"ט ברה"ר דספיקו

טהור אף אם ילך אח"כ לרה"י הרי הוא טהור ודאי, ואילו ספק שרץ וספק צפרדע נראה דהנוגע בו ברה"י טמא והנוגע ברה"ר טהור ולא אמרינן דכיון שהי' ברה"י כבר הוחלט לטומאה ואיך אפשר שהנוגע בו אח"כ ברה"ר טהור כמו דאמרינן כן לגבי הנוגע, וכ"מ מטהרות פ"ו משנה ד' ואפילו שיש בה ספק טמאה ספק טהורה, וכן במשנה א' גבי המסוכן דלרבנן כשהוא ברה"י ספיקו טמא וכשהוא ברה"ר ספיקו טהור ולא אמרינן דברה"י כבר הוחזק לטמא ודאי כמו דאמרינן כן לגבי הנוגע דהנוגע בהמסוכן ברה"י הרי הוא טמא ודאי ואף אם נגע בו אח"כ אחד ברה"ר טמא יהי', אלא ודאי הוא הדבר אשר דברתי דעצם הטומאה בספיקה עומדת ואין הרשויות פועלות עלי' לטהרה או לטמאה ודין רה"י או רה"ר שאנו דנין הוא רק לגבי הנוגע והגע בעצמך ספק שרץ ספק צפרדע או ספק טומאה אחרת הרי הטומאה מצד עצמה אין בה דעת לשאול וא"כ הרי הוכרעה לטהרה [אם לא שהיא באה בידי אדם] ואיך אפשר שהנוגע אח"כ באותו הספק יטמא כיון שאין כאן טומאה כלל, אע"כ דבאמת הספק טומאה בספיקו עומד ואף שהוא אין בו דעת לשאול מ"מ לא נטהר מספיקו.

ולפי"ז אתי שפיר מה דכהן שוטה אסור לאכול תרומה מספק משום דבטומאת זיבה וקרי דהוי גוף הטומאה לא נטהר מספק ול"ש לטהר דהוא כעצם הטומאה וכספק שרץ ספק צפרדע, ואין זה ענין להא דאיבעי להו בנדה דל"ג אם רואה הוא או נוגע דסוף סוף לענין ספק טומאה חשוב כגוף הטומאה וכספק שרץ ספק צפרדע, ומיושב בזה דהתוס' דמודה שמאי בשוטה דבאשה דטומאת ראי' הוא הוי כגוף הטומאה ולא נטהרה מספק וקושית התוס' אינה רק על הטהרות שנגעו בה דהוי אין בו דעת לשאול, וע"ז תי' באדם שנגע בה ורוצה לעסוק בקדשים ואותו אדם יש בו דעת לשאול היינו כיון דהיא טמאה מספק והיא היא הספק טומאה עצמה, ממילא שאם הנוגע בה יש בו דעת לשאול טמא הוא, ולא דמי לחש"ו שנמצאו במבוי שהן טהורין דהתם הספק שנולד עליהם הוא שמא נגעו בטומאה ומכיון שאין בהן דעת לשאול הרי הוכרעה לטהרה מספק טומאה זו וממילא שאי אפשר שיטמאו הנוגע, אבל בטומאת ראי' בטומאה הבאה מגופה הרי היא טמאה מעצמה מספק ובספיקה עומדת ממילא אם הנוגע בה יש בו דעת לשאול הרי הוא טמא.

ד

ובזה מובנים ג"כ דהתוס' בנדה ד"ה בד"ה כשחברותיה שהקשו מפסחים די"ט הא כיון דאדם תופס הסכין חשוב דבר שיש בו דעת לשאול, ותי' א"נ משום שגם חברותי' הנושאות גם הם טמאות במשא הנדה אבל התם אין האדם טמא אלא הסכין שנגע

במחט, ולכאורה תמוה שהרי גם שם האדם טמא כדמקשה אדם וכלים נמי ליטמא וצ"ל דשי' התוס' דהא דקאמר דאדם ליטמא היינו משום דהחשש הוא לפי שהאדם נגע בסכין שנגע במחט ואם הסכין טהור גם באדם ליכא טומאה, וכ"כ הפנ"י בפסחים שם דאלו הי' החשש שמא נגע במחט לא הוה משני דהוי ס"ט ברה"ר דבאדם צריך טבילה דמיא בנהרא זיל טביל יעו"ש, וע"כ כתבו שפיר דבפסחים אין האדם טמא רק ע"י הסכין וכיון דהסכין טהור משום אין בו דעת לשאול גם האדם טהור שתופס הסכין משא"כ חברותי' הנושאות טמאות במשא הנדה משום הנדה אף שהמטה טהורה וחשוב שפיר דבר שיש בו דעת לשאול וכ"כ בערוך לנר בנדה שם.

ועדיין צריך באור מה בכך דהסכין טהור משום דהוי איבד"ל הא מ"מ אדם התופס הא יש בו דעת לשאול והא כתבו התוס' בדף ג' דבשוטה דמקבל הטומאה יש בד"ל טמא אף דבשוטה הוי ספק שאין בד"ל. ולמש"כ א"ש דדוקא באשה שוטה דהוי גוף הטומאה דבספיקה עומדת והוי כספק שרץ ספק צפרדע כל דמקבל הטומאה יש בד"ל טמא, משא"כ בדהתוס' בד"ה בהא דפסחים דטומאת הסכין בא מספק נגיעה במחט ואם הסכין טהור חשוב אין בד"ל אין כאן טומאה כלל. וע"כ אף דתופס הסכין יש בד"ל הא אי אפשר שיטמא כיון דהסכין טהור ואין כאן טומאה כל עיקר ודמי שפיר לחש"ו שנמצאו במבוי שהן טהורין דאף אם יגע בהם מי שיש בד"ל טהור וזה פשוט.

ולכאורה הי' נראה לדחות גוף הראי' וההנחה דעל עצם הטומאה לא נאמרה ההלכה דאין בד"ל טהור ונאמר דלהכי בספק שרץ ספק צפרדע וכן במסוכן דהוי ספק בגוף הטומאה ולא נטהר הוא משום שאין אנו דנין על עצם הטומאה דאין נפ"מ לגבי גוף הטומאה רק לגבי הנוגע וכן בדהתוס' בנדה ד"ג דהאשה הרי טמאה לפניך ואין אנו דנין רק לגבי הטהרות שנגעו למפרע ולפיכך אם נגע בה מי שיש בד"ל טמא, משא"כ בפסחים די"ט דחוששין שמא נגע האדם בסכין שאנו דנין גם על על הסכין אם הוא טמא או טהור וכן בחש"ו שנמצא במבוי שהן טהורין שאנו דנין מתחלה על החש"ו אם הן טהורין ולפיכך כיון שהוחלטו לטהרה איך אפשר שהנוגע בו יטמא, ולפי"ז גם בגוף הטומאה היכא שיש לנו לדון עליו לדינים הנוגעים בו גם בו באין בד"ל טהור. אבל מכהן שוטה שאסור לאכול בתרומה אע"פ שהוא אין בד"ל הרי מוכרח הנחה זו דההלכה לא נאמרה רק על הנוגע אבל לא על גוף הטומאה, אף שיש נפ"מ גם בגוף הטומאה לדינים הנוגעים בו, מ"מ גוף הטומאה בספיקו עומד כמו ספק שרץ ספק צפרדע כמו שנתבאר).

ה

וכן יש להוכיח מדהתוס' חולין ד"י בד"ה ודילמא שכתבו אין להקשות היכי מוכח מהכא דאוקי מלתא אחזקי' דילמא טמא מספק דס"ט ברה"י ספיקו טמא דבכל ענין טימא הכתוב אפי' ברה"ר שיש בו הרבה בני אדם ואפילו דבר שאין בד"ל עכ"ל, והפנ"י תמה על מש"כ התוס' ואפי' דבר שאין בד"ל דהא הבית הוא תמיד אין בד"ל, ולמש"כ א"ש דלגבי גוף טומאת הבית אף שאנו דנין בו לדיני טומאת בית מוסגר ומוחלט, מ"מ כיון דהספק הוא בגוף הטומאה לא נטהר משום אין בד"ל ותמיד בספיקו עומד וכמו כהן שוטה שאסור לאכול בתרומה מספק והא נטהרו משום שאין בד"ל לגבי דינים הנוגעים בו ה"נ לא נטהר הבית משום שאין בד"ל, ולהכי אילו הי' בו אדם והמקבל הטומאה יש בד"ל טמא אע"פ שהבית אין בו דעת לשאול כמש"כ התוס' בנדה ד"ג משום דדמי לנגע בספק שרץ ספק צפרדע דטמא דכיון דהספק הוא בגוף הטומאה כל שמקבל הטומאה יש בד"ל טמא. ותירצו התוס' ואפילו דבר שאין בד"ל היינו לגבי הכלים והטהרות שמדין ס"ט ברה"י היו טהורים ורק מדין חזקה הן טמאים.

והנה בתוס' חולין שם בדבור הסמוך בד"ה אלא במה שתירצו דגם לקולא מהני חזקה תמה בראש יוסף דהא בס"ט ברה"י טמא ולא מהני חזקה ותירץ משום דהבית הוי דבר שאין בד"ל, והחמדת שלמה חיו"ד סתר דברי הראש יוסף ותמה עליו שנעלם מאתו התוס' בד"ה הקודם דברה"י טמא, וע"כ צ"ל משום דטומאתו בא ע"י כהן והוי כטומאה בידי אדם יעו"ש ודבריו תמוהים דאם נימא דטומאת הבית יש בד"ל א"כ מה תירצו התוס' ואפילו דבר שאין בד"ל דהא טומאה הבאה בידי אדם נשאלין עליה אפילו בכלי המונח ע"ג קרקע כמי שיש בד"ל וא"כ אפילו מקבל הטומאה אין בד"ל טמא אע"כ צ"ל דהבית הוי אין בד"ל ואפ"ה ברה"י אי מקבל הטומאה יש בד"ל טמא וגם גוף טומאת הבית בספיקו עומד. אולם גם תי' הראש יוסף אינו מספיק דעדיין קשה דיטמא האדם הנכנס בו שיש בד"ל ברה"י ולא מהני החזקה לקולא, עוד קשה לדבריו מנ"ל דאזלינן בתר חזקה לקולא כיון דס"ט באין בד"ל אף בלא חזקה טהור, וגם מתחלת דהתוס' דילמא שאני הכא דאזלינן לחומרא הרי מוכח דהבית לא נטהר משום דאין בד"ל וע"כ צ"ל משום דטומאת הבית עצמו בספיקו עומד.

ולמש"כ דגוף הטומאה בספיקו עומד אף באין בד"ל נראה לישב דהתוס' בפשיטות, דלא חמירא ספק טומאה בגוף הטומאה באין בד"ל מספק איסור דלא נאמרה בו הלכה ומהני בו חזקה, וה"נ בספק טומאה באין בד"ל ולהכי מהני בזה חזקה כמו דמהני חזקה בספק איסור, וכיון דגוף הבית נטהר מצד חזקה ממילא גם אדם שנכנס בו טהור אף דבנוגע לא

תהני חזקה ברה"י משום כיון דטומאה אין כאן איך יטמא הנוגע, ואילה"ק לפי"ז דאמאי בכהן שוטה בישן אסור לאכול בתרומה דטמא נהי דבאין בד"ל לא נטהר גוף הטומאה מ"מ נוקמין בחזקת טהרתו לכשהי' הערב שמש י"ל דהחמירו בתרומה וקדשים כמו שהחמירו באשה ולא מוקמינן על חזקתה, אבל א"נ דבאין בד"ל טהור הא גם בטומאת מעל"ע לא החמירו בקדשים באין בד"ל כמבואר בנדה ד"ה וע"כ צ"ל דבגוף הטומאה לא נטהר אין בו דעת לשאול.

1

וגדולה מזו הי' נ"ל לחדש דאף בס"ט ביש בד"ל ברה"י היכא דהספק בגוף הטומאה דגוף הטומאה לא הוכרע ובספיקו עומד ואין בה חילוק רשויות כמו שנתבאר מהני ג"כ חזקה, והא דלא מהני במסוכן אם נגע בו ברה"י חזקת חי משום דאין אנו דנין על המסוכן שאין נפ"מ אם חי הי' או מת באותו שעה ודנין רק לגבי הנוגע דס"ט ברה"י טמא ולא מהני חזקת חי של המסוכן. וכן בריש נדה מה שדנו התוס' בטומאת ראי' אי דנין בה ס"ט ברה"י אף שיש לה חזקת טהרה משום דאין אנו דנין לגבי האשה שהרי טמאה לפניך רק לגבי הטהרות שנגעו בה ולגבי הטהרות לא מהני חזקת טהרה דאשה דס"ט ברה"י לגבי נוגע לא מהני חזקה משא"כ אם היינו דנין לגבי גוף הטומאה שפיר מהני חזקה.

ואם נכונה הנחה זו יתישב בזה דהתוס' בכתובות דע"ה ובנדה די"ט דבספק אם בהרת קודם לשער לבן דרבנן מטמאים והקשו מ"ט דרבנן נוקמי גברא אחזקתו כדקי"ל דמדאורייתא אזלינן בתר חזקה, והמהרש"א תמה בנדה שם דמאי קשי' להו דהא כל ס"ט מסוטה ילפינן לה לטמא ברה"י אפילו בדאיכא חזקה יעו"ש. ולמש"כ א"ש דהא בספק שער לבן קודם לבהרת דהוי ספק בגוף הטומאה דלא נאמרה בו הל"מ דספק טמא ואנו דנין על גוף טומאת פ האדם שפיר מהני חזקתו לטהרו וא"ש.

אולם מדברי התוס' נדה די"ז בד"ה ואין שורפין במה שתירצו דמסוטה לא ילפינן טומאה דאתיא ע"י ראית גופה כתבו בתוך הדבור וא"ת כיון דלא ילפינן מסוטה נוקי אשה בחזקתה ונטהר אפילו ברה"י, ומבואר מדבריהם שהקשו כיון דלא ילפינן מסוטה משמע הא אי ילפינן מסוטה ל"ק דנוקי בחזקתה משום דברה"י לא מהני חזקתה והא בזה אנו דנין לגבי גוף האשה אם הדם מן המקור או מן העליה וטהורה האשה גם להבא וכיון דלגבי גוף הטומאה לא נתקבל ההלכה ומוקמינן בחזקת שהיא טהורה ממילא דגם הטהרות שנגעו בה טהורים. ומוכרח מדהתוס' דגם לגבי גוף הטומאה לא מהני חזקה.

ונראה מדהתוס' דביש בד"ל אף דלגבי אשה דהוי גוף הטומאה לא ילפינן מסוטה דתהא ודאי טמאה אבל מ"מ הוי ספק טומאה ולא מהני חזקה כמו דלא מהני חזקה לר"ש

ברה"י דס"ל דתולין. ובטעם דבריהם י"ל דהא דאין מטמאין, בודאי ספק בגוף הטומאה ברה"י משום דאי אפשר שישתנה דינו ושיהי' ספק שרץ ספק צפרדע ברה"י ודאי טמא וברה"ר טהור ואי אפשר שיהי' הרשויות סותרות ומכחישות זא"ז ולהכי תמיד בספיקו עומד, וכיון דמצינו בשני נזירים שכ' התוס' בחולין ד"ט ובריש נדה דכיון דלא דמי לסוטה אלא דבר שיכול להיות והכא אחד טהור בודאי מ"מ ברה"י הוי ספק טומאה ולא מהני חזקה וכמש"כ בגליון תוס' בנדה ד"ג דהכי גמירי לה דדבר שא"א להיות טמא ודאי או טהור ודאי ברה"י תולין וברה"ר טהור יעו"ש, ורק לטמא ודאי ברה"י א"א משום דאחד מהם ודאי טהור ומכחיש משא"כ על ספק שאינו מכחיש ילפינן בכה"ג דהוי ספק טומאה ברה"י ולא מהני חזקה, ומה"ט ספק בגוף הטומאה דלא דמי לסוטה וא"א שיהי' הרשויות מכחישות זא"ז מ"מ ספק טומאה הוי ברה"י כמו בשני נזירים ולא מהני חזקה.

וכל זה ברה"י ויש בד"ל אבל ברה"ר או באין בד"ל אע"ג דלגבי גוף הטומאה לא הוכרע לטהר בודאי אבל חזקה שפיר מהני בהו כמו דמהני בספק איסור, וכמו בשני נזירים ברה"ר אע"ג דאחד מהם ודאי טמא מ"מ מהני חזקת טהרה, ולהכי א"ש מש"כ התוס' בחולין ד"י דגם לקולא מהני חזקה דאפילו ברה"י מהני חזקה באין בד"ל, וכיון דהבית נטהר מצד חזקה ממילא גם אדם הנכנס בו טהור כמו שנתבאר.

ואולי י"ל דמש"כ התוס' בנדה די"ז וא"ת כיון דלא ילפינן מסוטה נוקי אשה בחזקתה משום דאי נימא דילפינן טומאת ראי' מסוטה הרי יהי' מוכרח מזה דלגבי טומאת ראי' אף לגבי גוף האשה לא מהני חזקה דאל"כ הא לא משכח"ל טומאה ודאית בספק ראי' דהא כיון דאנו מסופקים לגבי גוף האשה אם הדם מן המקור או מן העליה ואם היא טמאה עכשיו או טהורה ומוקמינן לה בחזקת טהרה והיא טהורה ודאית ממילא גם הטהרות שנגעו בה טהורים ומוכרח דלא מהני חזקה, וע"כ כתבו, התוס' בזה וא"ת כיון דלא ילפינן מסוטה נוקי אשה בחזקתה אבל לפי המסקנא דטומאת ראי' לא ילפינן מסוטה, אפשר לומר דהיכא דהוי ספק בגוף הטומאה ברה"י מ"מ כיון דעל גוף הטומאה לא ילפינן מסוטה ורק לגבי הנוגע ולגוף הטומאה איכא חזקה שפיר מהני חזקה אף ברה"י וממילא דגם הנוגע בו טהור, וא"ש דהתוס' בכתובות דע"ה ובנדה די"ט בספק שער לבן אי קודם, לבהרת שהקשו דנוקמי גברא אחזקתו כמו שנתבאר.

ז

וראיתי בשב שמעתתא ש"ד פ"ד שכתב לפרש מתניתין דמסוכן דפ"ו דטהרות דפליגי תנאי התם, המסוכן ברה"י והוציאוהו לרה"ר והחזירוהו לרה"י כשהוא ברה"י ספיקו טמא וכשהוא ברה"ר ספיקו טהור ר"ש אומר רה"ר מפסקת וכתב לפרש דר"ש לטעמו

דס"ל דס"ט ברה"י תולין וס"ט ברה"ר ודאי טהור ולהכי ודאי מכריע את הספק אבל לרבנן דס"ל דרה"י ודאי טמא כל חד וחד כדינו ויתכן בזה מאמר ר"ש רה"ר מפסקת, ולכאורה משכח"ל נמי רה"י וכגון דספק שרץ ספק צפרדע דברה"ר טהור וברה"י טמא ומשכ"ל כשהי' ברה"ר והוציאו אותו לרה"י דאז יהי' הרה"י מפסקת משום דא"א להיות ברה"י שרץ וברה"ר צפרדע, ולפי מש"כ ניחא דדוקא רה"ר מפסקת משום דברה"ר טהור ודאי ולר"ש כה"ג בספק שרץ אפילו הי' בתחלה ברה"ר ואח"כ ברה"י מ"מ הרה"ר מכריע את הרה"י עכ"ד הש"ש, ובעיני יפלא חידוש דין זה דלר"ש יהי' ספק שרץ ספק צפרדע כל שהי' פעם אחת ברה"ר נידון כצפרדע הכי הרה"ר יברר את המציאות, ובפרט למש"כ דגוף הטומאה לא נטהר גם ברה"ר דאלת"ה א"כ גם ברה"י יטהר דהרי אין בד"ל וע"כ דגוף הטומאה בספיקו עומד, ולפי מש"כ דאין רה"י ורה"ר ענין בירור על עצם המאורע ורק הלמ"מ שיש על הנוגע דין טומאה או דין טהרה א"כ איך יהי' רה"ר בירור על רה"י, ע"כ נראה דאין ראיית הש"ש מהא דר"ש דס"ל רה"ר מפסקת ראי' מכרעת דשאני התם דאיכא חזקת חי של המסוכן וחזקה הוי כעין בירור וסוקלין ושורפין על החזקות ונהי דס"ט ברה"י גם לר"ש דס"ל תולין ל"מ חזקה שכנגדה אבל כאן שהי' המסוכן אח"כ ברה"ר והתם אנו דנין לגבי הנוגע דטהור גם משום חזקת חי בזה הוי בירור וע"כ ס"ל לר"ש דרה"ר מפסקת דהודאי מכריע את הספק, אבל בספק שרץ ספק צפרדע שאין בגוף הטומאה חזקה גם ברה"ר וחזקת טהרה של הנוגע אינו מועיל להנוגע השני, וכמש"כ הרמב"ן שאין חזקת הפנויות מועילות לגבי אחריני וכמבואר בכתובות דע"ו, ובפרט שהספק במאורע המסובב לא מהני חזקת הנוגע וכמש"כ הריטב"א בריש נדה ובדף י"ח גבי שליא בבית ובערובין דל"ו בשם הר"ר שניאור וא"כ נשאר רק צד ס"ט ברה"ר וזה אינו בירור כלל וע"כ. הדין במקומו עומד דברה"י טמא וברה"ר טהור, ולא משכח"ל כלל לפי"ז רה"י מפסקת דבספק שרץ ספק צפרדע א"א שיהי' מכריע הרה"י דגם ברה"י אין הטומאה בעצמה טומאה ודאית כיון שאין זה שום בירור ורק רה"ר מפסקת משום חזקת חי כמו שנתבאר.

ח

הרי נתבאר דאין דיני רה"י ורה"ר ענין בירור, וא"ש דעת הרמב"ם שפסק דצרתה מתיבמת כמו שנתבאר באות ב', ובזה י"ל דס"ל להראב"ד החולק ואומר דסוטה חולצת ולא מתיבמת דסוגין דסוטה פליגא אסוגיא דיבמות כמבואר ברא"ש ולא ס"ל לחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק והרא"ש תמה ע"ז, ולפמש"כ י"ל דהראב"ד ס"ל דס"ט ברה"י הנזיר קן מגלח עליו וחייב על ביאת מקדש כרבי הושעי' רבה ולדידי' ס"ט ברה"י דטמא הוא

ענין ודאי דאפילו נימא דלא הוי התבררות על עצם המאורע מ"מ כיון דהתורה עשאה ספיקו כודאי לגבי הנוגע שוב הוי הדין כעצם המאורע ואין חילוק בין סוטה ודאי לסוטה ספק וגם בסוטה ספק איתא גם לאו דטומאה דדין התורה השוון להדדי כמש"כ התוס' והרשב"א ביבמות די"א דאיכא לאו דלא יוכל בעלה אשר שלחה לשוב לקחתה גם בספק סוטה, ואם יש טומאה כעריות בודאי סוטה גם בספק סוטה איתנהו ג"כ טומאה כעריות וכיון דתנינן בריש סוטה דאם מת חולצת ולא מתיבמת ע"כ דגם סוטה ודאית צריכה חליצה דמ"ש ספק סוטה מן ודאי סוטה, ומתורץ קושית התוס' שם שהקשו דהא' קרא בזינתה ודאי כתיב ומנ"ל ספק סוטה, ולדעת הראב"ד אתי שפיר דאין חילוק כלל בין סוטה ודאי לסוטה ספק כיון דהתורה עשאה כודאי וכמו דסוטה ודאי אסורה ביבום מקרא דלאחר ולא ליבם הכי נמי סוטה ספק כדין ס"ט ברה"י דטמא ודאי וכ"ז לפי סוגיא דסוטה, אבל רב בסוגיא דיבמות דס"ל דסוטה פטור מחליצה בע"כ צ"ל דס"ט ברה"י לא הוי טומאה מבוררת ואין הנזיר מגלח עליו. דאל"כ תקשי לי' מתניתין דחולצת ואמאי הא ספק טומאה כודאי ולדידי' סוטה ודאית אינה חולצת, אלא ע"כ צ"ל דספק טומאה שאני דאינה מבוררת כודאי וכנ"ל או די"ל דרב ס"ל דמתניתין דסוטה אתיא כר"ש דס"ל דגם ס"ט ברה"י תולין כמבואר בריש נדה ולא ס"ל דס"ט ברה"י הוי כודאי, אולם דוחק לומר כן דלא אישתמיט תנא דפליג אמתניתין דסוטה ויאמר דגם בספק סוטה אינה חולצת ועכצ"ל דשאני ספק סוטה מודאי וכדמחלק הש"ס ביבמות אליבא דרב].

ולדעת הרמב"ם י"ל ג"כ קושית התוס' בסוטה שם עפי"מ שכתבנו באות א' דהא דאמרינן דסוטה טומאה כתיב בה כעריות היינו לבתר דגלי קרא דלאחר ולא ליבם ומוכח מזה דהקפידה תורה באיסור זנות ליבם כמו לבעל וממילא בסוטה ודאית הוי טומאה כעריות ופטורה מן החליצה ומן היבום וסוטה ספק אסורה בעשה ליבם כמו לבעל אלא כיון שאין בסוטה ספק טומאה מבוררת חולצת וא"ש קושית התוס', ולדעת הראב"ד יש לפרש ג"כ דהא דמקשה הש"ס אי הכי חליצה נמי לא תבעי היינו כיון דאסורה משום לאחר ולא ליבם וממילא איכא ג"כ טומאה כעריות וגם בסוטה ספק איכא טומאה וא"כ חליצה נמי לא תיבעי, וע"ז משני רב יוסף אילו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא היינו דלא דמי לכל העריות דאין קידושין תופסין בחייב"כ ונפקע הזיקה ג"כ, ולהכי אמרינן בפ' הערל דע"ט דלרע"ק דס"ל אין קידושין תופסין בחיי"ל לאו בני חליצה ויבום נינהו היינו דפקע זיקה ואין בכחה לחול, משא"כ בסוטה דהכל מודים דתפסי בה קידושין ואלו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא וא"כ גם הזיקה חלה ולא פקעה, ולדעת הרמב"ם צ"ל לכוין השמועות דמאי דמקשה בסוטה א"ה חליצה נמי לא תבעי דע"כ בסוטה ספק קאי וליכא טומאה

ומ"מ מקשה כיון דבפירוש גילתה תורה לאחר ולא ליבם א"כ נימא כל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה, והא דילפינן מדרב גידל ביבמות ד"כ ועלתה יבמתו השערה יש לך יבמה אחרת שעולה לחליצה ואינה עולה ליבום כגון אלמנה לכה"ג מן הנישואין אפשר לומר דדוקא אלמנה לכה"ג דלא גילתה תורה בפירוש דליכא בה מצות יבום ורק לפי שאין עשה דוחה ל"ת ועשה אבל בסוטה דגלי קרא דליכא בה מצות יבום א"כ גם בספק סוטה לא תעלה לחליצה לפי שאינה עולה ליבום, וע"ז משני אילו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא היינו דהוי כשאר חיי"ל ועשה וכדמשני ביבמות ד"כ מסתברא חייבי לאוין תפסי בה קידושין וגלי קרא דכל מקום דתפסי קידושין כתיי"ל ועשה לא נפקע הזיקה וחולצת וכ"כ הרשב"א ביבמות שם דהא דסוטה ספק חולצת מדרב גידל נפקא, אבל בסוטה ודאית דטומאה כתיב בה כעריות ויש לה דין ערוה אינו נכלל בדרשא דרב גידל ואדרבה הוקשה לכל העריות ולהכי אף דתפסי בה קידושין מ"מ כל שאינה עולה ליבום אינה עולה גם לחליצה ככל העריות.

תמצית הדברים דלדעת הרמב"ם והרא"ש הא דמשני אילו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא היינו בספק סוטה דדמי לשאר חיי"ל ועשה דתפסי בהו קידושין, אבל סוטה ודאית דהויא ערוה גמורה אף דתפסי בה קידושין מ"מ דמיא לשאר עריות, ולדעת הראב"ד כל דבעיא גיטא מבעלה לא פקע זיקה ולהכי אף סוטה ודאית חולצת לפי סוגין דסוטה דגם ערוה גמורה אם קידושין תפסי בה צריכה חליצה, ובזה מחולקים הסוגיות דרב דס"ל דסוטה פטורה מן החליצה פליג על רב יוסף ולא ס"ל הא דמשני אילו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא כמש"כ הרמב"ן בחי' ליבמות די"א. ומדברי הירושלמי מבואר דפליגי בה רב ור' יוחנן דבירוש' יבמות פ"ו ה"א ובסוטה פ"א ה"א צרת סוטה למה היא אסורה ר' יוחנן אמר משום ריח ערוה נגע בה רב אמר משום שכתוב בה טומאה כעריות, ומשמע דריו"ח ס"ל דרק מדרבנן אסורה והיינו דס"ל דסוטה גופא ג"כ צריכה חליצה וכשי' הראב"ד וכפי המבואר מסוגיא דסוטה ורק ביבום אסורה ודמי לצרת חיי"ל ועשה ובדין שתהי' צרתה מתיבמת רק דרבנן החמירו בזה משום ריח ערוה ורב אמר כשמעתיה דטומאה כתיב בה כעריות, והמשנה למלך בפ"ו מהל' יבום כתב ע"ז דאין לדברי הירושלמי באור ולפי מש"כ יש לפרש דר' יוחנן ס"ל דצרת סוטה אסורה ליבום מדרבנן משום ריח ערוה אבל מה"ת הויא כצרת חיי"ל ועשה.

ואין להקשות על מש"כ בשי' הראב"ד דס"ל דספק סוטה כודאי והוי כודאי טומאה ואיכא בה גם לאו דלא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה דהא משי' הראב"ד גופא מוכח דס"ל דבספק סוטה ליכא לאו דלא יוכל כו' לשוב לקחתה שהרי בפ"א מהל' איסו"ב

הכ"ב בדין דאיסור יוחזק על פי ע"א המבואר בירושלמי דסוטה פ"ו בע"א הבא אחר קינוי וסתירה כתב הראב"ד דאינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה ואי איתא דספק סוטה כודאי ואיכא בי' לאו דלא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה א"כ לא שייך בזה איסור יוחזק עפ"י ע"א דהא גם לפני עדות הע"א הי' לוקה משום טומאה הרי מפורש בדעת הראב"ד דבספק סוטה ליכא לאו דלא יוכל לשוב לקחתה ואין זו כודאי סוטה נראה דהראב"ד בעל הזכות המובא ברא"ש אין זה הראב"ד בעל ההשגות על הרמב"ם והא הראב"ד לא השיב ע"ד הרמב"ם בפ"ו מהל' יבום וחליצה וס"ל להראב"ד בעל ההשגות כשי' הרמב"ם דסוטה פטורה מן החליצה וכן מוכרח מכמה מקומות שאין זה הראב"ד בעל ההשגות כמו שהאריך בזה במלבושי יו"ט ח"ב.

ט

ולכאורה יש לה"ר לשי' הראב"ד דהסוגיות חלוקות וגם סוטה ודאית כיון דלא נפקא מבעלה בלא גט לא פקע זיקתה מיבמות דע"ט דאמר רבה כגון שנפלה לו ולבסוף נפצע א"ל אביי וניתי איסור פצוע ונדחי עשה דיבום מי לא תנן כו' תמתין עד שתגדיל ותצא זו משום אחות אשה. וק"ל הא כיון דחזינן דסוטה פטורה מן החליצה אע"פ שקדושין תופסין בה וע"כ דחומר הערוה גרידא אע"פ שאין בכחה להפקיע הקידושין מ"מ פוטרת מן החליצה, שפיר יש לנו לומר ג"כ דאף בנשא מת ואח"כ נשא חי אף שכבר נתפסה הזיקה מ"מ חומר הערוה דאחות אשה פוטרת מן החליצה דלא גרע מסוטה, אבל איסור פצוע לרע"ק דאין בו חומר ערוה כלל אלא כיון דלא תפסי בה קידושין גם זיקה ליכא, וכ"כ הרמב"ן בחי' ליבמות ד"כ מסתברא חיי"ל דתפסי בה קידושין וזיקה בכדי לא פקע, וע"כ לרע"ק דס"ל אין קידושין תופסין בחיי"ל פקע הזיקה וכ"כ הרמב"ן לתרץ קושית התוס' ביבמות ד"ט וכ"נ מדברי הירושלמי דאמר אלמנה לכה"ג מהו שתהא צריכה חליצה א"ל אפשר לומר קידושין תופסין בה ואת אמרת אינה צריכה חליצה, הרי דהא דאינה צריכה חליצה לרע"ק הוא מטעם שאין קידושין תופסין בה גם זיקה פקע וא"כ מצינו למימר דדוקא באיסור פצוע מקודם שעוד לא חלה הזיקה כלל אינה חולצת אבל בנפלה לו ואח"כ נפצע שכבר חלה הזיקה מהיכ"ת שיפקע לרע"ק ותפטר מחליצה והא התוס' ביבמות דמ"ט ע"ב וכל הראשונים חלקו על פרש"י שם דס"ל דכל היכא דאמרינן אין קידושין תופסין האיסור מפקיע גם הקידושין דמעיקרא וסוברים דכיון שכבר נתפסו הקידושין אין בכח האיסור להפקיען וא"כ לפי"ז גם גבי זיקה ג"כ י"ל דכיון שהזיקה כבר חלה שוב אין האיסור מפקיען, ולא דמי לאחות אשה דשם לאו משום ביטול הקדושין נדחה היבום אלא משום חומר הערוה גרידא כמו סוטה דפוטרת מן החליצה אף דתפסי

בה קידושין, אבל איסור פ"ד לרע"ק דכל הפטור מן החליצה הוא מטעם דאין הזיקה נתפסת כשם שאין הקידושין נתפסין ואימתי אין הזיקה נתפסת רק בפצוע מעיקרא אבל בנפלה לו ולבסוף נפצע שכבר חלה הזיקה אין איסור פצוע מפקיע ובדין הוא שלא ידחה איסור פצוע לעשה דיבום ומאי קא מקשה ליה אביי לרבה, אבל אם נאמר כשי' הראב"ד דסוגית חלוקות הן בסוטה א"ש וס"ל להש"ס בפ' הערל דגם סוטה בעיא חליצה כסוגיא דסוטה משום דלא נפקא בלא גיטא, א"כ גם ערוה גופא ג"כ תלוי בתפיסת קידושין וכל דתפסי בה קידושין בעיא חליצה. וע"כ הא דגלי רחמנא דנשא מת ואח"כ נשא חי לא בעיא חליצה לאו משום חומר הערוה גרידא היא אלא דזיקה תלוי במצות יבום והויא תלוי' בדבר, וכל שבטל היבום ממילא ג"כ הזיקה בטלה ולהכי כיון דנשא החי אח"כ הרי בא איסור אחות אשה ומדחה מצות יבום ממילא הזיקה ג"כ בטלה. וא"כ ה"ה בחיי"ל לרע"ק אתי איסור פצוע ומדחה ליבום והזיקה ממילא פקעה.

וצריך לומר לשי' הרמב"ם והרא"ש דהא דמקשה בפשיטות לרע"ק בנפלה ולבסוף נפצע משום דלרע"ק דאין קידושין תופסין בחיי"ל אמרינן כל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה, והא דילפינן מדרב גידל יש לך אחרת בחיי"ל ועשה הא מבואר בדברי הגמ' ד"כ משום דמסתברא חיי"ל דתפסי בה קידושין, ולפי"ז לרע"ק דאין קידושין תופסין בחיי"ל דמי לחיי"כ דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה, ולפי"ז אינם מפרשים כפי' הרמב"ן משום דתפסי בה קידושין וזיקה בכדי לא פקע, אלא דמשום חומרא וקולא קאמר או משום דקרינן ביה לקחת וכמש"כ הרשב"א ולהכי בחיי"ל לרע"ק אף שנתפסה הזיקה מעיקרא כגון שנפלה ולבסוף נפצע מ"מ הא אי"ע ליבום ואי"ע לחליצה ג"כ, והטעם בסוטה דפטורה מן היבום ומן החליצה הוא ג"כ משום דטומאה כתיב בה כעריות ונכללת בדרשא דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה, ואף דתפסי בה קידושין מ"מ יש לה דין ערוה לענין זה דלא תתרבה מדרשא דרב גידל, וממילא אמרינן כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה, ועפי"ז שפיר מקשה הש"ס כמו שבערוה אע"פ שנתפסה הזיקה מעיקרא מ"מ אתי איסור אחות ודחי וע"כ מטעם כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה, א"כ ה"נ חיי"ל לרע"ק דאינם נכללין בדרשא דיבמתו וכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה. והסברא היא לפי"ז דשאני זיקה מקידושין דבקידושין כיון שחל תו לא פקע דקידושין לא פקע בכדי אבל בזיקה דכל עיקרה הוא משום מצות יבום וכיון שאינה ראוי' למצות יבום ממילא פקע הזיקה, ולהכי כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה, רק בחיי"ל לדידן נפיק מקרא דיבמתו דאף שאי"ע ליבום עדיין הזיקה עליה משום מצות חליצה וגם לרע"ק קרא דיבמתו איצטריך לספק סוטה דתפסי בה קידושין ואין בה טומאה כעריות ואיתרבי לחליצה מגזיה"כ.

אבל לשי' הראב"ד אינו כן אלא דגם בערוה גופא הטעם שאי"ע לחליצה משום דלא תפסי בה קידושין ולא נתפסה הזיקה, ובסוטה אף דטומאה כתיב בה כעריות מ"מ כמו דמבעלה בעיא גיטה ה"נ מיבם בעיא חליצה, והא דילפינן דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה היינו שאינה עולה ליבום משום חיוב כרת ולא תפס בה הזיקה, ומייתי הש"ס הראי' בפשיטות דכמו דבנעשית ערוה אח"כ נפקע הזיקה וע"כ משום שאי"ר ליבום בדין שתפקע הזיקה ה"נ באיסור פצוע ולפי"ז גם לפי המסקנא נפ"מ בין הרמב"ם והראב"ד בפירוש הטעם דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה דלדעת הרמב"ם הוא גזיה"כ משום חומר הערוה ודלא תפסי בה קידושין מורה רק על החומר ולהכי גם בסוטה דחמורה משום דטומאה כתיב בה כעריות הדין ככל העריות אף דתפסי בה קידושין, ולשי' הראב"ד הא דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה משום דלא תפסי בה קידושין הוא באמת כפשוטו מצד הסברא וכסברת הרמב"ן דלא נתפסו בהו הזיקה משום דלא תפסי בהו קידושין ולהכי בסוטה דתפסי בה קידושין אף דאית בה חומר ערוה מ"מ נתפסה הזיקה וזיקה בכדי לא פקעה.

ו

ויש לעשות סמוכין לשי' הראב"ד דסוגיות חלוקות הן בדינא דרב ולהקשות לדעת הרמב"ם ולהראשונים דעמי' מסוטה די"ח ע"ב דאמר רב המנונא שומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה כו' אלא הא דקתני שומרת יבם וכנוסה הא מני רע"ק היא דאמר אין קידושין תופסין בחי"ל ומשוה לה כערוה ע"כ מבואר מד' הגמ' דלרב המנונא שו"י שזינתה הויא כא"א אפי' לרבנן דרע"ק משום דאגידא בי' כא"א וכמש"כ התוס' שם ולרע"ק לכו"ע אסורה, ולכאורה לדידהו הויא סוטה ודאית ופטורה מן החליצה מן היבום דכיון דכא"א היא וטומאה בה כתיב כעריות ויחודש דין חדש דלרע"ק ולרב המנונא כיון שזינתה פקע זיקתה. [ואין להקשות לפי"ז דהאיך מתנה עליה אם זינתה דהא אם זינתה בעודה שו"י איננה אשתו והא בעינן והביא האיש את אשתו, די"ל דע"י גלגול שאני והא בע"כ צ"ל כן בהא דמתנה על נישואי אחיו שם וכ"פ הרמב"ם בפ"ד מהל' סוטה, והא אי נימא בזינתה בנשואי אחיו הוי סוטה ופטורה מן החליצה ומן היבום דאין זו אשתו, ע"כ צ"ל דע"י גלגול אף בכה"ג מתנה וכ"כ המקנה בקידושין דכ"ז].

שו"ר בתשו' רעק"א סי' ר"ו שהקשה ע"ד התוס' יבמות דצ"ב בד"ה ואמרו לה שכ' ומיבם לא הוי ממזר מדאורייתא ואפילו לרע"ק דמשוי זנות יבמה כזנות דא"א ואוסרה איבם דאפילו א"א לא מסתרא מדאורייתא ע"י טעות והקשה ע"ז הגאון רעק"א קושי' עצומה דהא בלא"ה לא הוי ממזר מדאורייתא דהא הכל מודים בבא על הסוטה שאין

הולד ממזר כמבואר ביבמות דמ"ט ע"ב, וע"ז הביא בשם חכם אחד לתרץ דיבם שאני דכיון שזינתה טומאה כתיב בה כעריות ופטורה מן החליצה. ומן היבום ושוב הו"ל אשת אח שלא במקום מצוה והולד ממזר ולהכי כתבו דלא מסתרא ע"י טעות יעו"ש, ונראה דמפשט פשיטא ליה להגאון רעק"א דשו"י שזינתה דין סוטה עליה ופטורה מן החליצה ומן היבום, אבל הדבר מתמי' בעיני דלפי"ז להס"ד בד' התוס' דנאסרה מדין סוטה מדאורייתא על היבם עדיפא הו"ל להקשות דאמאי הולד אחרון ממזר דהא כיון שזינתה והויא סוטה ודאית פקע זיקתה וממילא דלא הוי הולד ממזר לרע"ק מיבמה לשוק, ולפי האמת אין הכרח מזה כיון דלא מתסרא מדאורייתא ע"י טעות ואין עלי' דין סוטה להכי הולד אחרון ממזר.

אבל גוף החידוש נפלא בעיני דלפי"ז לרע"ק דאמר אין קידושין תופסין בחיי"ל ולדידי' הולד ממזר מיבמה לשוק וכדאמר ביבמות די"ד ע"ב לאפוקי מדרע"ק דאמר יש ממזר מחיי"ל, וקשה דהא לרע"ק שו"י שזינתה הויא סוטה ודאית בהעראה לחוד ואין אשה מתעברת בהעראה ובגמ"ב כבר סוטה הואי ופטורה מן החליצה ומן היבום, א"כ בגמ"ב תו ליכא משום איסור יבמה לשוק רק איסור סוטה לבועל והכל מודים בבא על הסוטה שאין הולד ממזר, ורק שי"ל לפמש"כ התוס' ביבמות דמ"ט בד"ה סוטה א"נ בבועל לא כתיב הוי' ולא תפסי בה קידושין ולרע"ק ממילא דהוי הולד ממזר מדין סוטה לבועל, אבל לתירוץ הראשון שם קשה ודוח"ל משום כיון דאי אפשר לגמ"ב בלא העראה שהיא בחיוב לאו ממילא הולד ממזר לרע"ק אף שלאחר העראה נפקע הזיקה דסוף סוף אין זה יצירתו בעבירה דהא בגמ"ב כבר הותרה, וילע"י בזה ממש"כ הראשונים בקידושין דע"ז בכהן שבא על אחותו זונה משוי לה חללה לא משוי לה דחדא ביאה לא מחלקינן לומר דבגמ"ב הוי חללה, וכ"כ השי"מ בכתובות ד"ל גבי בעולה לכה"ג דלא מחלקינן לומר דהוי חללה, אך יש לחלק דלהוסיף איסור בגמ"ב לומר שנתחללה אפשר דחדא ביאה לא מחלקינן אבל לאחר מה שהותרה לא מצאנו סברא זו דסוף סוף נפקעת הזיקה משנאסרה בהעראה ואין בה איסור דיבמה לשוק, ועוד דלפי"ז לא משכח"ל איסור דלא תהי' אשת המת החוצה רק בפעם אחת דמשזינתה פ"א שוב פקע זיקה ומותרת להנשא ואף די"ל בדוחק דמיירי ע"י טעות ובכה"ג דלא הוי סוטה מדאורייתא הולד ממזר דלא נפקע זיקה, מ"מ לא אישתמיט למימר הכי דרק ע"י טעות ושוגג הוי ממזר לרע"ק ביבמה לשוק ובמזיד לא משכחת לה.

עוד ק"ל מיבמות דצ"ב א"ל ר' יוחנן לאו משנתינו היא דתנן האומר לאשה כו' לאחר שיחלוץ לך יבמך אינה מקודשת א"ל ר"ל כו' מתניתין רע"ק היא דאמר אין קידושין

תופסין בחיי"ל, וקשה אי נימא דע"י ביאת יבמה לשוק יש לה דין סוטה א"כ תפקע זיקתה ולפי"ז לרע"ק דמסיק בסוטה לדידי' שו"י שזינתה אסורה כא"א אי תתקדש בביאה מצד הדין ראוי שיחולו הקידושין בגמ"ב (כדין קידושי ביאה דכל המקדש דעתו אגמר ביאה) והא בהעראה נאסרה ופקע זיקתה ובגמ"ב לא הוי יבמה לשוק רק סוטה לבועל דתפסי בה קידושין, וא"כ לפי"ז אמאי הוי דשלב"ע לרע"ק הא בידו לקדשה בביאה וכל היכא דהוי בידו לא הוי דשלב"ע, והכא במקום קידושי כסף בידו לקדשה בביאה ועל ידי ריצוי שניהם בידם להפקיע הזיקה, ואף דהוי באיסור מ"מ הא מבואר דלמ"ד קידושין תופסין ביבמה לשוק לא הוי דשלב"ע אע"ג דהא דבידו לקדשה מעכשיו הוא באיסור, ולשי' התוס' יבמות דמ"ט אי ללאו הוא דאתי ולקי נמי אקידושין ומ"מ ל"ה דשלב"ע [ועי' ברש"י אי לאו דדלאי כו' דהו"א משום דאסור לקדשה הוי דשלב"ע] וא"כ הא בידם להפקיע הזיקה באיסור על ידי קידושי ביאה, ואפ"ל דאע"פ שמתרצים שניהם לקידושין מ"מ אין זה בידו בדבר התלוי בידה ג"כ ודמי להא דאמרינן בקידושין דס"ב נהי דבידו לגרשה אין בידו לקדשה ולא מהני הריצוי של עכשיו והריטב"א מפרש משום דהא מחוסר מעשה גדול ועי' באבני מלואים סי' מ"ג, ועוד נראה דהא דבידו לא הוי דשלב"ע היינו שבידו לעשות על מה שמתנה כמו במחוברים לכשיתלשו דבידו לתלוש וכן בידו לשחררה על הקידושין אחר השיחרור וכן ביבמות דנ"ב ביבמתו, אבל בזה שמתנה לאחר שיחלוץ לך יבמך כיון דאין הקידושין תופסין עכשיו ואין בידו שתחלוץ אע"פ שבידם להסיר הזיקה באופן אחר חשוב לאחר שתחלוץ דשלבל"ע, [ועי' באס"ז כתובות דנ"ט בידו לפדות אבל אשה אין בידה להתגרש מה שהביא בשם הרמב"ן דאפילו לרב הונא דס"ל דיכולה לומר איני ניזונית ואיני עושה לא מיחייל לה מהשתא אע"פ שיש בידה מצד אחר כיון שלא התנה על זה והוא ממש כסברא זו, ויעוי"ש שנראה שנחלקו הראשונים בזה אם חשוב בידו בכה"ג] אולם גוף הדין שתוכל יבמה לשוק להתקדש בגמר ביאה הוא דבר מחודש ותמוה.

וסבור היתי לומר דשו"י שזינתה אע"פ שנאסרת ליבם מכל מקום אין בה טומאה כעריות, דדוקא סוטה לבעל דחמירא ומסתעף מאיסור א"א החמור תלה בה הכתוב טומאה והקשה לעריות, משא"כ בשו"י שזינתה דבא מכח איסור לאו דיבמה לשוק אין בה טומאה כעריות, אבל זה אינו שהרי אין מקרא מיוחד על איסור שו"י שזינתה דנימא שזה מין איסור אחר, ורק שנכלל בדין א"א שזינתה, ואיך נחלק ונאמר דאיסור א"א שזינתה יש כאן אבל טומאה אין כאן דהיכן מצינו איסור סוטה בלא טומאה, ועוד דא"כ איך

אפשר שתיאסר שו"י ע"י קינוי וסתירה דהוא מצד דעשאה הכתוב כודאי בספק טומאה והא כיון שאין בה טומאה תהי' ככל הספיקות שאינן אלא מדבריהם.

ומזה סייעתא לשיטת הראב"ד דסוגיות חלוקות הן ולפי הסוגיא דסוטה ד"ה גם סוטה ודאית אסורה רק ביבום אבל מחליצה לא מיפטרה כמו דלא נפקא מבעלה בלא גט, ולהכי א"ש בשו"י שזינתה דלא נפקע הזיקה ואתי כמאן דס"ל דלרע"ק הוי ממזר מיבמה לשוק כסוגיא דסוטה ומיושב בזה קושית התוס' ביבמות די"ד בד"ה פשיטא שכתבו תימא דלא מסיק אדעתיה דאתי לאפוקי מדרע"ק, ולפי מה שנתבאר חידוש גדול חידש המתרץ דלרע"ק הוי ממזר מיבמה לשוק ולא אמרינן דמהעראה פקע הזיקה לפי דהוי סוטה וס"ל להמקשה כרב ומשני דלרע"ק הוי ממזר מחיי"ל דיבמה לשוק ככל חיי"ל דלא פקע הזיקה, וגם הא דס"ל להש"ס ביבמות דצ"ב דהוי דשלבל"ע ולא ס"ל דבידו לקדשה בביאה ולהפקיע הזיקה ס"ל ג"כ כסוגיא דסוטה דצריכה חליצה ולא נפקע הזיקה, וביותר י"ל דהא ר' יוחנן הוא דמייתי סייעתא ממשנתינו דאין קידושין תופסין ביבמה לשוק ור' יוחנן לטעמי' בירושלמי יבמות פ"י ובסוטה פ"א דצרת סוטה אסורה משום ריח ערוה כמ"ש לעיל באות ח' וס"ל דסוטה אינו פטורה מחליצה ורק ביבום אסורה שפיר מייתי סייעתא, ור"ל דחי לה ג"כ לטעמי' דריו"ח דאתי כרע"ק וא"ש.

ולשיטת התוס' והרא"ש והרמב"ם דס"ל דבסוטה ודאית אין פלוגתא כלל ויקשה מיבמות די"ד הא דלרע"ק יש ממזר מיבמה לשוק, ונראה לישב שיטתם והסבר דבריהם באופן אחר, דהא דסוטה פטורה מן החליצה הוא משום דמצינו קרא דרב גידל בחיי"ל דתפסי בה קידושין וקרא דאם לא יחפוץ כל שאי"ע ליבום אינה עולה לחליצה, והנה סוטה לא דמי לחייבי לאוין דלית בהו טומאה וסוטה טומאה כתיב בה כעריות, ואין ראי' מקרא. דרב גידל לסוטה ודאית משום חומר הטומאה, גם מקרא דלא יחפוץ דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה דמיירי בחיי"כ דלא תפסי בה קידושין אין ראי' לסוטה, דנהי דטומאה כתיב בה כעריות אבל סוף סוף לא דמי דהא תפסי בה קידושין, ונמצא לפי"ז דסוטה אינה נכללת לא בדרשא דרב גידל ולא בקרא דאם לא יחפוץ, איך נדיין דינה לחליצה דהא ליבום גם ספק סוטה אסורה מקרא דלאחר ולא ליבם אבל חליצה הא מדרשא דקרא אין הכרע לא לכאן ולא לכאן, ונראה כיון שאינה מתיבמת מה"ת וממילא אם בא עליה היבם לא קנאה כמו באלמנה לכה"ג מן הנישואין מדאורייתא ליבום לא רמיא, והנה באלמנה לכה"ג נסתפק המל"מ אם בא עלי' היבם אי חייב משום אשת אח דכיון דמדאורייתא לא חזיא ליבום איסור אשת אח במקומה עומדת, ובאמת כבר הכריעו האחרונים יעוין בשעה"מ ובא"מ סי' קע"ג בהגה"ה דכיון דאיתרבי לחליצה מדרב גידל

בע"כ דאיסור אשת אח נפקע דבערוה לא בעי חליצה, וכ"ז באלמנה מן הנשואין דגלי רחמנא דבעי חליצה, אבל באיסור סוטה דאינה מתיבמת מה"ת בודאי חייב עליה היבם משום אשת אח דהא קרא דיבמתו ליכא בסוטה דטומאה כתיב בה כעריות ממילא הדר דינא דהיבם חייב עליה משום אשת אח ממילא הוי ערוה ליבם כאשת אח שלא הי' בעולמו או כאילונית דאתמעטא מאשר תלד שאינה צריכה חליצה כאשת אח שיש לה בנים ופוטרת צרתה.

ולפי"ז הא דסוטה פטורה מן החליצה אף דקרא שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה בחיי"כ דלא תפסי בה קידושין קא מיירי מ"מ כיון שאי"ע ליבום מצד קרא דלאחר ולא ליבם ומקרא דיבמתו לא איתרבי לפי דטומאה כתיב בה כעריות וממילא דהיבם חייב משום אשת אח, והדר דינא דהוי כערוה דאשת אח ופטורה מן החליצה ופוטרת צרתה, וספק סוטה אף דאסורה ג"כ מלאחר ולא ליבם מ"מ כיון דאין בה טומאה כעריות לא חמירא משארי חיי"ל ועשה ואיתא בדרשא דרב גידל וכמש"כ הרשב"א ביבמות וכיון דאיתרבי לחליצה ע"כ דאסור אשת אח נפקע.

והנה הרשב"א ביבמות דמ"א ע"ב בהא דמתה אשתו מותר ביבמתו דהוי יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה דתחזור להתירה הראשון, הקשה שם דהא כיון שכבר נפטרה איך תחזור ותהי' זקוקה דהא אין דרכיה דרכי נועם והאריך ומסיק דהא דמותר ביבמתו לאו דצריכה חליצה או יבום רק אם רוצה לכונסה מותר לכונסה דכבר פקע איסור אשת אח ממנה כיון שהיתה מתחלה ראוי' ליבום ולא יבנה ליכא כיון שלא עשה מעשה רק דממילא נפקע איסורא יעו"ש היטב, למדנו מדברי הרשב"א דכיון דנפקע איסור אשת אח אינה חוזרת עוד לאיסורה ואף שלא במקום מצות יבום נפקע, ואם כי להלכה בשו"ע סי' קנ"ט ס"ז מבואר דאם מתה ארוסתו חוזרת היבמה להתירה רצה חולץ רצה מיבם, מבואר דבת חליצה ויבום היא דלא כהרשב"א דלדבריו ל"ש חליצה כלל כיון דמצות יבום נפקע, מ"מ בסברת הרשב"א דאשת אח שהותרה לא תיאסר עוד לא מצינו חולק מפורש, וזה הטעם נראה מה שיבמה שאי"ר בשעת נפילה הרי היא כא"א שי"ל בנים כל שאין אני קורא כו' משום דאיסור אשת אח אין לו היתר לחלוטין, אבל ביבמה שהותרה ונאסרה שנשא אחותה מה שנאסרה לא נאסרה מחמת איסור אשת אח שבו רק מצד אחות אשה גרידא, ולהכי במתה ופקע איסור אחות אשה מותרת להתיבם, אבל אילו היתה נאסרת מחמת איסור אשת אח אין לאיסור זה היתר, וכן נראה סברת התוס' ביבמות דכ"ו ד"ה וחליצה דאין אחות אשה הבאה לאחר מכאן פוטרת צרתה, ועי' בתוס' ד"ח שהקשו ג"כ דבנשא מת ומת ואח"כ נשא חי אינו בדין שתפטור צרתה, והטעם משום דרק איסור

אשת אח פוטרת צרתה ולא איסור אחות אשה והכא שנשא אחות יבמתו ואיסור אשת אח פקע א"א שתפטור צרתה, ועוד דהא בצרה אין שום איסור אחר רק איסור דאשת אח וממילא בצרה זו שכבר הותרה ואין עלי' עוד איסור אשת אח אי אפשר שתהי' אסורה ועי' בבית מאיר סי' קנ"ט וסי' קס"א.

ולפי המתבאר א"כ בשו"י שזינתה אף לרע"ק צריכה חליצה דהא עיקר הפטור מחליצה הוא לפי שאי"ע ליבום ובאיסור אשת אח וערוה א"צ חליצה אבל בשו"י שכבר הותר גבה איסור אשת אח ואי אפשר לחול עוד מחדש א"כ ליכא גבה רק איסור דלאחר ולא ליבם והוי כשאר חיי"ל ועשה וצריכה חליצה כיון דאיסור אשת אח ליכא ואי אפשר להפקיע הזיקה ע"י איסור לאו דסוטה דתפסי בה קידושין וא"ש הא דלרע"ק יש ממזר מיבמה לשוק אף בביאת רצון ולא נפקע הזיקה ע"י הערוה וגם אין בידו לקדשה בגמר ביאה.

אולם כ"ז למאי דס"ל דיבמה שהותרה ונאסרה תחזור להתירה הראשון, אבל לשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה נראה דס"ל דאיסור אשת אח חוזר וניעור ולדידי' לרע"ק הוי ממזר מיבמה לשוק וכן בידו לקדשה בגמ"ב [ולפי"ז נסתר קצת מש"כ בדהתוס' דכ"ו ד"ה וחליצה דהא שם קאי אליבא דשמואל והא לדידי' איסור אשת אח חוזר וניעור, אלא דבלא זה פשטות דהתוס' דגזיה"כ הוא דדוקא צרת ערוה שהיתה צרה בחיי' ולא בצרה הבאה לאחר מכאן, ויעוי' בירושלמי יבמות פ"ג אין צרה לאחר מיתה, ובחי' הרשב"א יבמות פ"ג].

ובזה יש לכוין קצת דהתוס' יבמות דצ"ב בד"ה ואמרו שכתבו ומיבם ל"ה ממזר דאורייתא אפילו לרע"ק כו' דאפילו א"א לא מיתסרה מדאורייתא ע"י טעות. ותמה בתשו' רעק"א דהא בלא"ה ל"ה ממזר מדאורייתא דהכל מודים בבא על הסוטה שאין הולד ממזר ותירץ משום דכיון דטומאה כתיב בה כעריות ושוב הו"ל אשת אח והולד ממזר, ולפי המתבאר זה היסוד נסתר מהלכה דאיסור אשת אח הואיל והותר הותר ואינו חוזר וניעור וכרב דקי"ל כותיה דיבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון, מ"מ בדברי התוס' יש לתרץ ולכוין דבריהם דמייתו הוכחה לכו"ע דע"י טעות לא מיתסרא אבל מצד דהבא על הסוטה שאין הולד ממזר אין הוכחה לשמואל דס"ל דאיסור אשת אח חוזר וניעור ולדידי' הולד ממזר משום אשת אח, ומיושב ג"כ מה שדקדקתי בדברי התוס' לפי פי' הגרעק"א דעדיפא הו"ל להקשות דאמאי הולד אחרון ממזר אליבא דרע"ק משום דזו הקושיא אינה כהלכה דקי"ל כרב דאין איסור אשת אח חוזר וניעור ולא נפקע הזיקה ושפיר הוי ממזר אליבא דרע"ק.

יב

ועוד נראה דהדבר תלוי בשני תירוצי הש"ס ביבמות ד"ח דלמאי דמשני התם דאיצטריך קרא דעליה לנשא מת ומת ואח"כ נשא חי דלא נימא הואיל ואישתרי אישתרי א"כ גלי קרא בהדיא דבכה"ג אין כאן מצות יבום כלל והרי היא כאשת אח שיש לה בנים וממילא ה"ה סוטה דטומאה כתיב בה כעריות אתי בהקישא דר' יונה אבל לפי מה דס"ל לרבא שם דקרא לא איצטריך לנשא מת ומת ואח"כ נשא חי ורק מסברא ידעינן דלא הותר איסור אחות אשה משום דלא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי ומהטעם שכ' התוס' שם או כמש"כ הטו"א במגילה ד"ג דרבא לית לי' הואיל ואשתרי אישתרי נמצא לא מכח דגלי קרא נאסרה ליבום דאיצטריך קרא למיסר צרה במקום מצוה דוקא. ורק מסברא ידעינן דלא הותר רק איסור אשת אח ולא איסור אחר וממילא לא אתי עשה דיבום ודחי איסור אחות אשה שהוא ל"ת שיש בה כרת. ולהכי באיסור אחר שאין דומה לאחות אשה כגון סוטה אף דטומאה כתיב בה כעריות מ"מ הרי קידושין תופסין בה וחולצת כשאר חיי"ל ועשה כיון דליכא מיעוטא להדיא ומסברא לא אתי דהא דטומאה כתיב בה כעריות והקישא דר' יונה לא מצי משוי לי' כל"ת שיש בה כרת. ואע"פ דגם לרבא דלא איצטריך קרא משום דאין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת מ"מ הא ממילא נשמע מקרא דעליה דאסורה, נראה דקרא דעליה לרבא דאיצטריך למישרי צרה שלא במקום מצוה דבמקום עליה הוא דאסירה שלא במקום עליה שריא א"כ ע"כ בשעת נפילה מיירי דאיכא בי' צרה ולצרור הא מיירי שהיתה צרת ערוה בחייה כמוש"כ התוס' בדכ"ו ורק למאן דדריש מעליה לנשא מת ומת ואח"כ נשא חי דחיק לחלק בין לצרור ועליה כמש"כ התוס"י בד"ח אבל לרבא הא עיקר עליה להורות היתר לצרה שלא במקום מצוה וכפשטי' דקרא דעליה ולצרור שהיתה צרה בחייה, וע"כ בשעת נפילה מיירי ולהכי בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי רק לפי שאין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת אינה מתיבמת וכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה, וכל זה בערוה דכרת משא"כ בלאו דסוטה דדינה כשאר חיי"ל ועשה.

וכל זה לפי שיטת התוס' בכתובות ד"מ דסוטה הוי ל"ת ועשה ואינה נדחית מפני עשה, אבל לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א בחי' לכתובות שם שמפרשים קושית הש"ס אנמצא בה דבר ערוה וס"ל דעשה דסוטה הוי כלאו הבא מכלל עשה ונדחית מפני עשה יקשה לפי"ז בשו"י שזינתה דניתי עשה דיבום וידחה ל"ת, ובאמת כבר נתקשה בזה בתוספות הרא"ש בחי' ליבמות ד"ט במה שהקשו התוס' שם לרע"ק דחיי"ל לאו בני חליצה ויבום נינהו דניתי עשה וידחה ל"ת, והוסיפו בתוס' הרא"ש להקשות מסוטה די"ח דמשמע אליבא דרע"ק דמשוי חיי"ל כערוה דניתי עשה וידחה ל"ת, והתוס' לשיטתם בכתובות

ד"מ דסוטה הוי ל"ת ועשה ואינה נדחית להכי לא הקשו מסוטה, ולכאורה אין התחלה לקושית תוס' הרא"ש, דשאני סוטה דטומאה כתיב בה כעריות וילפינן מהקישא דר' יונה מעלי' דליכא מצות יבום כלל, ובשארי חיי"ל שפיר הקשו התוס' לרע"ק דליכא היקש לעריות משא"כ בסוטה דטומאה כתיב בה כעריות, והא דמשני בסוטה די"ח כרע"ק דאמר אין קידושין תופסין בחיי"ל היינו דלרבנן דלא משוי חיי"ל כערוה ולא הוי כאשת איש ועל כן לא נאסרה ואין כאן טומאה כלל, משא"כ לרע"ק דנאסרה וממילא אית בה טומאה כעריות אין כאן מצות יבום כלל.

אולם לפי"מ שנתבאר דלרבא בנשא מת ומת דס"ל דלא אמרינן הואיל ואשתרי אישתרי והא דאינה מתיבמת מסברא דאין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת. א"כ שפיר הקשו בתוס' הרא"ש דבכה"ג ליתי עשה דיבום ולדחי ל"ת, ובאמת קושיתם מסוטה אלימא טפי דלא יספיק מה שתירץ הרמב"ן ביבמות שם דלרע"ק דס"ל אין קידושין תופסין בחיי"ל לא תפסי זיקה, וכן מה שתי' השעה"מ עפ"י דברי הרשב"א ביבמות ד"כ דבעינן לקחת שתהי' בה ליקוחין ובחיי"ל דאין קידושין תופסין לרע"ק לא קרינן בה לקחת, וכן מה שתי' בתוס' הרא"ש דס"ל לרע"ק כרבי דיליף מולקחה יעוי' שם דהא בסוטה הכל מודים דתפסי בה קידושין ותפסי בה זיקה וקרינן בה לקחת וקרינן בה ולקחה לרבי וקשה דליתי עשה דיבום ולידחי ל"ת דסוטה. ודוחק לומר דהא דתני שומרת יבם וכנוסה משום ביאה שניה, וכן הא דרב המנונא דשו"י שזינתה אסורה ליבמה גזירה ב"ר אטו ב"ש דהא פשטיות הסוגיא נראה דאסורה מן התורה גם ב"ר.

יג

ונראה בישוב קושית תוס' הרא"ש מ"ט לא אתי עשה דיבום ודחי ל"ת דסוטה דלכאורה צ"ב סברת רב המנונא דשו"י שזינתה נאסרת. נהי דס"ל דאין קידושין תופסין ביבמה לשוק והוי כא"א מ"מ כיון דאינה נאסרת רק בלאו מנ"ל בא"א גופא שאינה בחנק כגון שפחה חרופה שתהי' אסורה לבעלה בזנות, גם למאי דמשני שם בסוטה מתניתין כרע"ק דאין קידושין תופסין בחיי"ל ולהכי נאסרת צ"ע דהא לרע"ק כל חיי"ל אין ק"ת גם שלא מחמת אישות א"כ אשת איש לא הוי ולמה תיאסר כאשת איש, והתוס' בסוטה שם בד"ה בשומרת כתבו משום דאגידא בי' הו"ל כארוסה וצריך באור הא זיקה אינו אלא מדרבנן ורע"ק ס"ל אין זיקה והא בפירוש שנינו במשנה בנדרים דע"ד דאמר רע"ק אין היבמה גמורה ליבם כשם שהארוסה גמורה לאיש וכיון דלא דמי לארוסה מהכ"ת תיאסר, ובירושלמי סוטה פ"ב הל' ה' הובא בתוס' סוטה י"ח מאן תנא שומרת יבם רע"ק דאמר יש ממזר ביבמה אמר לי' רבי אילי מה איכפת לי' ממזר גבי קינוי התורה

אמרה וקינא את אשתו אפילו מקצת אשתו, ונ"ל דה"פ דהירושלמי מקשה מה בכך דהוי ממזר לרע"ק הא מ"מ לא הוי אשת איש עי"ז ורק דרע"ק ס"ל דיש ממזר מחיי"ל, ומשני התורה אמרה וקנא את אשתו אפילו מקצת אשתו היינו דשו"י דהוי מקצת אשתו הוי ג"כ קינוי, וזהו דלא כפירוש המפרשים שם שמבארים שהתורה אמרה כו' הוא מקושית הירושלמי, עוד שם בירושלמי ולא כן א"ר ינאי מנין שאין קידושין תופסין ביבמה לשוק כו' ולאו מתניתא היא לאחר שיחלוץ לך יבמך אינה מקודשת כו' א"ל ר"ל כו' פתר לי' כר' עקיבא דרע"ק אמר יש ממזר ביבמה ויתיבוני' מה איכפת לי' ממזר גבי קינוי (כ"ה גירסת התוס' ודלא כגי' המפרשים) התורה אמרה וקנא את אשתו אפילו מקצת אשתו. נראה פירושו דהירושלמי מקשה דהא לר' ינאי אין קידושין תופסין ביבמה לשוק ואפשר לאוקמי מתניתין כרבנן ועדיפא מדרע"ק דלרע"ק דס"ל יש ממזר מחיי"ל ואין ק"ת ביבמה לשוק לפי שהוא חיי"ל ואין זה מחמת אישות אבל לרבנן דס"ל דקידושין תופסין בחיי"ל וביבמה לשוק אין תופסין ע"כ משום דאגידה בי' ויבמה הרי היא כאשת איש וכלשון הגמ' ביבמות דצ"ו יבמה הרי היא כא"א ולענין זה זיקה ככנוסה ולהכי לכשזינתה אסורה ומביא מאי דדחי ר"ל ממתניתין דהרי את מקודשת לי לאחר שיחלוץ לך יבמך אתי כרע"ק דאמר יש ממזר ולרבנן ק"ת ביבמה לשוק והדר מקשה מאי איכפת לי' ממזר גבי קנוי דהא אין זה מצד אשות ומשני התורה אמרה וקנא את אשתו אפילו מקצת אשתו וזהו כגירסת התוס' והגירסא שלפנינו בירושלמי מה איכפת לי' ממזר גבי קידושין והק"ע והפ"מ נדחקו בזה ועי' בשי"ק שם ובאמת זוהי גירסא מוטעת שהרי קידושין תלוי בממזרות ובאמת בירוש' פ"ג דקידושין הל' ה' משני פתר לה כרע"ק דאמר יש ממזר מיבמה לשוק ולא הקשה שם מה ענין ממזר לקידושין וכ"ה בירוש' יבמות פ"א ה"א ופשוט שהגירסא הוא כמש"כ בתוס' מה איכפת לי ממזר גבי קינוי, ובבבלי לא נזכר דבר מהא דוקנא את אשתו אפילו מקצת אשתו וקשה גם לרע"ק נהי דיש ממזר מיבמה לשוק אבל לא הוי אשת איש ומנ"ל שתיאסר עי"ז.

ונראה דטעם דרב המנונא לפי מאי דגלי רחמנא דבזינתה בחיי בעלה אסורה ליבם מקרא דלאחר ולא ליבם, או משום דטומאה כתיב בה כעריות והא ליבם ליכא טומאה, וע"כ דגזיה"כ הוא לענין זה כמו נישואין הראשונים מפילים ואישות הבעל והיבם חד הוא, והיא הזיקה שזוקקת ליבום והיא הגורמת שע"י הזנות בחיי הבעל נאסרת ליבם, וכיון דחזינן שהתורה גילתה דזיקת היבם בחיי הבעל גורמת לאסור על היבם, מיני' נשמע דגם הזיקה לאחר מיתת הבעל מחשבת את הזנות כטומאה לאוסרה על היבם כשם שסוטה

בחיי הבעל אסורה על היבם משום זיקת היבם כמו כן שו"י שזינתה אסורה משום הזיקה דחד טעמא הוא.

וכן נראה מסוטה ד"ו באשת כהן שנאנסה ונפלה לאח חלל דלדידי' משרי שרי' ואע"פ שנאסרה לבעלה הכהן ועכצ"ל דמה שנאסרה לבעל אינו מועיל לאוסרה על היבם ככל האסורות לבעליהן ומותרות ליבמיהן, רק דע"י הטומאה נאסרת גם לזיקת היבם והכא דלחלל שריא לא נאסרה משום הזיקה בתחילה, ובזה מיושב דברי הנימוק"י שנסתפק באשת כהן שנאנסה אי טומאה כתיב בה כעריות ותמה עליו המל"מ מסוגיא זו דאי נימא דטומאה יש בה מה בכך דלחלל שריא מ"מ הא נטמאת, אבל לפי"מ שנתבאר אין זו סתירה דאע"פ שיש בה דין טומאה מ"מ אין בה כדי לאוסרה רק היכא דגם להיבם אסורה מכח טומאה זו דנאסרת ליבם מכח זיקתו גם בחיי הבעל אבל הכא באח חלל דלדידי' מישרי שריא ואין הזיקה אוסרת כלל ולכן אף שהיא אסורה לבעל מכח דטומאה כתיב בה כעריות מ"מ אין בטומאה זו לאוסרה על היבם שהוא חלל, [ומה שתמה המל"מ ע"ד הנימוק"י, מיבמות דנ"ו דמבואר דאשת כהן שנאנסה לוקה עליה משום טומאה א"כ טומאה כתיב בה כעריות נראה דס"ל להנימוק"י כהרמב"ן והרשב"א דהא דטומאה כתיב בה כעריות לא מהני רק לפוטרה מיבום וקרא דלאחר ולא ליבם פשטות הקרא הא מיירי בזינתה ברצון, והנימוק"י לשיטתו דמחזיר גרושתו לריב"ב חולצת משום דלא כתיב בה מיעוט רק מטומאה ולהכי מסתפק דגם באשת כהן שנאנסה חולצת כמו מחזיר גרושתו וזה פשוט].

ובזה יתישב שי' התוס' בסוטה שם דהלכתא כותי' דרב המנונא משום דאין ק"ת ביבמה לשוק לרב בודאי ולשמואל בספק מדמבואר בגמ' דלרע"ק דס"ל אין ק"ת בחיי"ל אסורה ליבם, ובאמת הא מדהגמ' אין ראי' דדוקא לרע"ק דמשוי חיי"ל כערוה ויש ממזר מחיי"ל להכי אסורה כמו בא"א דדמי לחיי"כ וכמו שפירש"י שם וכ"כ הריטב"א ביבמות דצ"ב וכ"פ הרמב"ם והטושו"ע דשו"י שזינתה מותרת ליבם אע"פ דקיי"ל כשמואל דמספק"ל אי ק"ת ביבמה לשוק. ולמש"כ א"ש דס"ל להתוס' דהא דנאסרת לרע"ק אע"פ שאין היבמה גמורה ליבם כשם שהארוסה גמורה לאשה וס"ל דאין זיקה אלא מדאסרה תורה סוטה שזינתה בחיי בעלה ליבם שהוא מחמת זיקת היבם וכיון דאין ק"ת ביבמה לשוק הרי היא כאישות אחת ואין האישות נפסקת כלל ואע"פ דאין זיקה לשארי הדינים כלפי היבם מ"מ בנוגע לאיסור יבמה לשוק שאסרה תורה כיון שאין קידושי אחר תופסין בה לא נפסקה האישות להכי גם למאי דלא ס"ל כרע"ק דיש ממזר מחיי"ל אבל כיון

דאין ק"ת ביבמה לשוק ולא נפסקה האישות כלל אסורה מחמת הזיקה כמו שנאסרה בחיי בעלה.

ולפי"מ שנתבאר דלהכי שו"י שזינתה אסורה מדאסרה תורה בזינתה בחיי הבעל מקרא דלאחר ולא ליבם או משום דטומאה כתיב בה כעריות א"כ אין מקום לקושית תוס' הרא"ש דליתי עשה ולידחי ל"ת דהרי מדאסרה התורה בזינתה בחיי בעלה משום זיקת היבם מפורש בקרא דלאחר ולא ליבם הרי דגילתה תורה דבכה"ג אין כאן מצות יבום כלל. ומאי דמדחה לה הש"ס מתניתין כרע"ק דאמר אין ק"ת בחי"ל ומשוי לחי"ל כערוה אבל לרבנן לא נאסרה, היינו דלרבנן י"ל דאע"פ שנאסרה בחיי הבעל מכח זיקת היבם ג"כ מ"מ הא היא א"א בשעת מעשה אבל לאחר מיתת הבעל שאינה אשת איש וקידושי זר תופסין בה ונפסקה האישות אינה נאסרת אבל לרע"ק דאין ק"ת בחיי"ל הרי היא א"א ויבמה לשוק קידושי אחר תופסין בה ולהכי לפי שי' התוס' כיון דאין ק"ת ביבמה לשוק נאסרת כמו לרע"ק. אבל גוף הדבר שנדחית מצות יבום מכח איסור סוטה ידעינן מקרא דלאחר ולא ליבם דנאסרת גם מצד זיקת היבם ול"ש לומר אתי עשה ודחי ל"ת דבפירוש גלי רחמנא בהכי.

והרמב"ם והטושו"ע שפסקו דשו"י שזינתה מותרת ליבם נראה בשיטתם דלפ"מ דמתרץ בסוטה מתניתין כרע"ק דאין ק"ת בחיי"ל ומשוי לה כערוה ומדקאמר ומשוי לה כערוה נראה דדוקא לרע"ק דמשוי לה כערוה אבל לרבנן י"ל דאע"פ שאם זינתה בחיי בעלה אסורה ליבם משום זיקת היבם הטעם לפי שהיתה אשת איש שהיא בחנק באותה שעה אבל אחרי כן שאין בה רק איסור לאו לא נאסרה ולהכי אע"פ דקיי"ל דאין ק"ת ביבמה לשוק מספק מ"מ מותרת. וכן נראה ממסקנת הירושלמי דמאי דפליגי אי שו"י שזינתה מותרת ליבמה פליגי בפלוגתא דרע"ק ורבנן אי יש ממזר מחיי"ל וגם ר' ינאי דס"ל אין ק"ת ביבמה לשוק ס"ל דמותרת לביתה והתוס' כ' דפליג ר' ינאי אדר' ינאי אבל לשי' הרמב"ם א"ש. [ומש"כ בש"ק בירוש' שם לתרץ דאע"פ דאין ק"ת מ"מ בזנות אפילו לאו אין בה דלא תהי' כתיב אהוי' קפיד רחמנא דבריו תמוהים דכיון דאין ק"ת בודאי דהאיסור בלא קידושין וכמבואר ביבמות דס"ט לרע"ק לא תהי' לא תבעל], וגם לפי ההו"א בירוש' שם דתולה דין שו"י שזינתה אי ק"ת ביבמה לשוק נראה דר"ל לפי ההו"א דיש ממזר מיבמה לשוק וחמירא כערוה, ועי' בירוש' פ' האומר ובחי' הרמב"ן ליבמות דמ"ט אבל לפ"מ דקיי"ל דאין ממזר מיבמה לשוק אע"פ דאין ק"ת ביבמה לשוק מותרת ליבם וכ"כ המאירי בסוטה די"ח.

ויש מקום עיון בזה במש"כ בשי' הרמב"ם דלפי שאין בה רק איסור לאו לא נאסרה רק לרע"ק דמשוי לה כערוה מדהרמב"ם בפ"ב מהל' סוטה שפסק באשת קטן שאינה שותה ונאסרת על בעלה, והמנ"ח במ"ע דסוטה כתב דכונת הרמב"ם ביבם קטן שבא על יבמתו דס"ל כמש"כ הה"מ בפ"ה מהל' יבום דמה"ת קונה אותה לכל דבר דאל"כ אין אישות לקטן והא אין חיוב מיתה באשת קטן דנתמעט מאיש כי ינאף ומהיכ"ת תיאסר והא מדהג"מ נראה דדוקא לרע"ק דמשוה חיי"ל כערוה משא"כ לרבנן [ובזה ילה"ע ג"כ ע"ד האבני מלואים בסי' מ"ג דבשפחה תרופה שאינה אלא בלאו קידושי אחר תופסין בה דבקידושין דס"ז ילפינן על א"א שהיא בחנק דוקא אבל לא באיסור לאו, וא"כ ביבם קטן שבא על יבמתו יתפסו קידושי אחר כיון שאינו אלא בלאו והא מדהגמ' בסוטה מבואר דרק לרע"ק שאין ק"ת בחיי"ל נאסרת וכיון דקידושי אחר תופסין בה אינה נאסרת וביבם קטן הא תופסין בה קידושי אחר] ולכאורה הי' נראה לתרץ דהא דמוקי לה בסוטה כרע"ק דרע"ק לטעמי' דס"ל ביבמות דמ"ד דהנושא קרובת חליצתו יוצא והולד ממזר משום דהכתוב קרא ביתו ועי' בתוס' שם דלרע"ק חלוצה אסורה לכהן מה"ת כמו גרושה ונראה דאע"פ דרע"ק ס"ל אין זיקה היינו רק לגבי דיני היבם אבל בנוגע לאיסור יבמה לשוק לעלמא הרי היא כא"א והחליצה מתירה כמו הגירושין ולהכי לרע"ק הו"ל כא"א ושו"י שזינתה אסורה, משא"כ לדידן דאין החליצה כגירושין ול"ה כא"א ולהכי שו"י שזינתה מותרת אבל קטן שבא על יבמתו דהוי א"א אסורה, אולם מסתימת דהגמ' בסוטה אין נראה כן וגם פשטות הדברים נראין דרק בדין חליצה הכתוב קרא ביתו והא בירוש' פליגי אי חליצה הוי פטור או קנין.

ונראה לחלק דבודאי בא"א ממש דשייך בה מעלה מעל באישה אסורה משא"כ בשו"י לדידן דלא הוי א"א כלל [ונראה דגם לשי' התוס' דשו"י שזנתה אסורה מספק באומרת מותר ל"ש סברת המהרי"ק דמ"מ הוי מעלה מעל באישה דאין זה אשה רק זקוקה] והא דאסורה לרע"ק אף דלא הוי א"א כמשכ"ל מדגלי רחמנא דזיקתה אוסרתה דכשזינתה בחיי הבעל, ואע"פ דבאותה שעה היתה אסורה כא"א שהיא בחנק מ"מ הא לרע"ק חיי"ל כערוה ואין חילוק בדבר אבל לרבנן דאין חיי"ל כערוה א"כ אין ראי' מאיסור זיקתה בחיי בעלה שהיתה באיסור א"א בחנק לאוסרה בזיקתה אח"כ שאינה אלא בלאו דהא חיי"ל לרבנן לא דמי לערוה ולהכי פסק הרמב"ם דשו"י שזינתה מותרת אבל בא"א ממש כמו באשת קטן אפילו מאיסור לאו אסורה גם לרבנן.

ולפי האמור דעיקר מה שנאסרת בשו"י שזינתה הוא דידעינן מסוטה בחיי הבעל א"כ אין הבדל ביניהם דטומאה כתיב בה כעריות ופטורה מן החליצה לפי סברא זו כמש"כ

הגאון רעק"א מ"מ י"ל דלהכי חולצת דאע"פ דמוכח דשו"י שזינתה אסורה ואינה נדחית מהעשה דיבום מקרא דלאחר ולא ליבם מ"מ אינה נפטרת מחליצה מדין טומאה כתיב בה כעריות דבנשא מת ומת ואח"כ נשא חי גם ערוה גופא אינה נפטרת מעליה רק מדין אין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת, ואי לאו קרא דעליה בודאי ל"ש היקש דטומאה כתיב בה כעריות (ואין להקשות בתחלת הסוגיא דיבמות טעמא דכתב רחמנא עליה כו' הא איצטריך לסוטה דאין איסור עליה נגד היבום משום דקרא באחות אשה מיירי ועוד דהא מלאחר ולא ליבם ידעינן אישות יבום] דעל ידי טומאה דכתיב בה לא הוי עי"ז ככרת וכיון דעיקר איסורה מצד לאחר ולא ליבם הא לשי' התוס' בסוטה ד"ה משום ביוצאת על ידי סתירה וכדאמר רב יוסף שם דבעי חליצה כמו גט ולהכי שו"י שזינתה חולצת.

יד

ואם אמנם מצאתי ליישב חידוש דין של הגאון רעק"א ולפלפל בדבריו בישוב דהתוס' ביבמות דצ"ב דשו"י שזינתה הוי סוטה ופטורה מן החליצה ומן היבום דטומאה כתיב בה כעריות וכי במחלוקת היא שנוי' בסוגית הש"ס מ"מ הדבר תמוה לחדש דשו"י שזינתה תצא בלא חליצה לרע"ק ולרב המנונא וכמשכ"ל באות י'. ולכאורה הי' נ"ל בטעמא דמילתא דלהכי חולצת ואין הזיקה נפקעת דאם נאמר שתפקע הזיקה לא תיאסר ליבמה שהרי אינה זקוקה עוד ודוקא סוטה לבעלה נאסרת דלא פקעו קידושיה הראשונים וגם תפסי בה קידושין אע"פ שנאסרה, משא"כ בשו"י אם תאמר דפקע זיקה שוב אינה נאסרת כלל וממילא דזקוקה ליבום והדבר מתהפך כחמר חותם, אלא שמדברי רש"י יבמות דמ"ט סוטה דהא תפסי בה קדושין דאף לאחר שזינתה לא פקעי מינה קידושיה הראשונים, מבואר מפרש"י דאלו לא היו הקידושין תופסין היו נפקעין ג"כ ואפ"ה היתה נאסרת משום א"א דאל"כ אין ראי' כלל מדלא פקעי קידושיה הראשונים דאם היו נפקעין ממילא דאינה נאסרת ולהכי אינן נפקעין אבל באמת אין קידושין תופסין בסוטה, הרי מוכרח שזה היסוד אינו ואע"פ שנפקעין הקידושין נאסרת וממילא דה"ה בשו"י שזינתה אע"פ שא"צ חליצה ונפקעת הזיקה מ"מ נאסרת. אולם יש לחלק דשאני זיקה מקידושין דקידושין אע"פ שנפקעין מכאן ולהבא מ"מ עד עתה היתה א"א ונאסרת לבעלה ומה שנפקעין הקידושין להבא הוא כמו גט, אבל בשו"י שהזיקה היא בכלל מצות יבום שזקוקה לו וכיון שבטל המסובב בטל הסיבה, וגדולה מזו מבואר בירושלמי ריש יבמות ובפ"ג דלמ"ד חליצה פטור נעקרת הזיקה למפרע ואם קידשה זר למפרע תופסין הקידושין עי"ש היטב, ולפי"ז י"ל דאי אפשר שתפקע הזיקה בגלל מה שזינתה דאם נימא דפקע שוב לא תיאסר והילכך לא פקע, ולא דמי לסוטה לבעלה דאף אי נימא דפקע מכאן

ולהבא נאסרת מצד שהיתה א"א עד עכשיו, אבל בזיקה התלוי במצות יבום אם תפקע הזיקה אין כאן זיקה למפרע, אולם עדיין צ"ע דמהיכ"ת תיאסר שו"י שזינתה הא לפי האמת לא מצינו איסור לבעל רק באשת איש שזינתה ואע"פ שנאסרת לבעלה לא פקע הקידושין וצריכה ממנו גט משא"כ בשו"י שזינתה כיון שתיאסר הויא סוטה ופקע זיקה למפרע וא"צ חליצה כלל ומהיכ"ת דבכה"ג תיאסר, ובעיקר הדבר להלכה בודאי אי אפ"ל שתהי' הזיקה נעקרת למפרע ויבמה לשוק שנתקדשה ואח"כ נשא אחותה בודאי חלו הקידושין מספק ואין הזיקה נעקרת למפרע, ובפרט לשי' הרשב"א דגם לכשנאסרת אינה נאסרת משום אשת אח והיתר אשת אח במקומו עומד ואי אפ"ל דבטלה הזיקה למפרע וכיון שכן הרי מבואר בדרש"י ביבמות דמ"ט דאע"פ דנימא בסוטה דפקע הקידושין מ"מ היתה נאסרת, ומה"ט בדין שתיאסר שו"י שזינתה ותפקע הזיקה להבא ותפטור מחליצה.

ע"כ נראה דאע"פ דנאסרת כסוטה מ"מ לא נפקע הזיקה מצד אחר כיון דעיקר איסור ע"י הזנות הוא מחמת זיקת היבם דהרי היא כאשת איש אי אפשר שעי"ז יופקע הזיקה דהא הזיקה גורם לאסור ואע"פ דבנשא מת ומת ואח"כ נשא חי נפקע הזיקה וכן בנפלה ולבסוף נפצע ביבמות דע"ט לרע"ק י"ל דדוקא אם האיסור הוא מחמת קריבות או פצוע שזהו לא מחמת הזיקה אבל באיסור שהזיקה גורמת לאיסור אי אפשר שתפקע עי"ז הזיקה, וביותר י"ל לפמש"כ הרמב"ן דרב דס"ל דסוטה פטורה מן החליצה פליג על רב יוסף בסוטה ד"ה דס"ל דאילו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא הכי נמי בעיא חליצה ורב לית לי' האי טעמא כיון דכתיב בה טומאה כעריות והיינו בסוטה שזינתה תחת בעלה קודם שחלה הזיקה בפועל לא חלה הזיקה על ערוה דטומאה כתיב בה כעריות ואע"ג דקידושין תופסין בסוטה והרמב"ן הרגיש שם בזה, וע"כ צ"ל משום דזיקה קלישא מקידושין ואע"ג דתפסי בה קידושין בסוטה מ"מ זיקה לא חלה משום טומאה דכתיב בה כעריות וכן מוכח ביבמות דע"ט בנפלה ולבסוף נפצע לרע"ק דהקידושין לא נתבטלו והזיקה נדחה אלמא דזיקה קלישא ולהכי כל שזינתה בחיי הבעל דטומאה כתיב בה כעריות לא חלה הזיקה, אבל בשו"י שזינתה שכבר חלה הזיקה בודאי גם רב מודה דאילו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא דהא כל האיסור וטומאה דכתיב בה כעריות הוא משום דלענין דין זה הוי' ככנוסה וכאשת איש ואלימא זיקה כקידושין דאל"כ לא היתה נאסרת מצד אשת איש וכיון דהאיסור הוא מחמת דהוי כקידושין א"כ דמיא לאשת איש דבעיא גיטא מבעל ובנפל ולבסוף נפצע לרע"ק דנפקע הזיקה ולא אמרינן הא מבעל בעיא גיטא משום דלכל הדינים אין זיקה ככנוסה וחיי"ל לרע"ק כערוה דילפינן דאף בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי נדחית אע"פ דאין קידושין נפקעין משום דזיקה לא אלימא כקידושין

אבל ביבמה שזינתה דמאי דנאסרת וטומאה דכתיב בה כעריות משום דהרי היא כאשת איש לגבי דין זנות ואיסור יבמה לשוק וכמו דמבעלה בעיא גט ה"נ יבמה בעיא חליצה ולהכי בשו"י שזינתה גם רב מודה לסברת רב יוסף.

והנה הרמב"ן ביבמות שם כתב וז"ל ואפשר דס"ל לרב כמאן דדריש לאחר ולא ליבם ודריש לי' איהו לגמרי לפטור מן החליצה ומן היבום וכיון דכתיב בה טומאה כעריות מה עריות צרותיהן כמותן אף זו צרתה כמותה אבל מחזיר גרושתו שלא פטרה הכתוב בפירוש חייבי לאוין היא וחיי"ל בני חליצה ואי טומאה כתיב בה כעריות צרתה כמותה הלכך צרתה נמי חולצת עכ"ל, ומדברי הרמב"ן מבואר דמצד דטומאה כתיב בה כעריות אינה נפטרת מן החליצה. וביאור דבריו נראה אע"ג דבעריות כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה וכיון דטומאה כתיב בה כעריות הוי כהיקש צ"ל דהא דאי"ע ליבום אי"ע לחליצה מבואר ביבמות ד"כ משום דלא תפסי בה קידושין אבל במחזיר גרושתו דתפסי בה קידושין עולה לחליצה ולהכי גם בסוטה היתה חולצת מצד טומאה דכתיב בה כעריות רק מלאחר ולא ליבם נתמעטה מחליצה ומדין טומאה כתיב בה כעריות ילפינן דצרתה פטורה, ולפי"ז בשו"י שזינתה דלא נתמעטה מקרא דלאחר ולא ליבם דהא קרא מיירי בסוטה שזינתה תחת בעלה ומת והא דאסורה לרע"ק ולרב המנונא משום דכיון דאין קידושין תופסין בה הרי היא כאשת איש וטומאה כתיב בה כעריות והא מטומאה כעריות לא ידעינן לפי"ד הרמב"ן רק על איסור יבום כמו במחזיר גרושתו לה ולצרתה אבל אינה נפטרת מן החליצה (וצרה בשו"י שזינתה לא שייך דאין צרה לאחר מיתה] ולהכי שו"י שזינתה חולצת, וגם ע"י קינוי וסתירה נאסרת אע"ג דבספק סוטה ליכא טומאה כעריות מ"מ הא נאסרת ליבם מצד עשה דנטמאה כמו באשת איש ולדברי הרמב"ן העירני ח"א.

אולם באמת זהו שיטת הרמב"ן והרשב"א דמטומאה דכתיב בה כעריות לא ידעינן לפוטרה מחליצה ומחליצה פטורה משום לאחר ולא ליבם ולהכי במחזיר גרושתו דלא כתיב בה מיעוט חולצת, אבל התוס' חולקים על זה דהא ס"ל במחזיר גרושתו לריב"כ משום טומאה דכתיב בה כעריות פטורה אף מחליצה כמבואר בדבריהם בדי"א והתוס' לשיטתם בסוטה ד"ה דמלאחר ולא ליבם ידעינן ליוצאת משום סתירה דסוטה ודאית נפטרת מצד טומאה דכתיב בה כעריות אף מן החליצה ולשי' התוס' יקשה בשו"י שזינתה תפטור מן החליצה מצד טומאה דכתיב בה כעריות וע"כ צ"ל כמשכ"ל משום דהאיסור הוא בשביל הזיקה כמו בקידושין ולהכי אי אפשר שתצא בלא גט כמו אשה מבעלה ולא דמי לסוטה בחיי הבעל וכיון דאיסורה כא"א וטומאה כתיב בה כעריות אף

דחולצת מ"מ הבא עליה לא קנה וחייב משום אשת אח, ויתישב בזה דהתוס' ביבמות שהקשה הגאון רעק"א דהא הכל מודים בבא על הסוטה שאין הולד ממזר דאע"פ דחולצת מ"מ כיון דטומאה כתיב בה כעריות והבא עליה לא קנאה ולא דמי לשארי חיי"ל וחייב עליה משום אשת אח ולהכי הולד ממזר ואיך שיהי' בבאור דהתוס' ביבמות דצ"ב אבל הדין דין אמת דשו"י שזינתה חולצת גם לרע"ק ולרב המנונא כמו שנתבאר.

טו

ואחר שנתברר שיטת הרמב"ם והראב"ד לטעמם ראוי לברר הדין בצרת ספק סוטה לשי' הראב"ד, ולפי"מ שנתבאר שיטת הראב"ד דטעמו משום דספק טומאה ברה"י טמא ודאי ואין שום חילוק בין טומאת ודאי לספק וע"כ גם ספק סוטה אסורה להתיבם וכן מבואר ברא"ש שכתב בביאור' ד' הראב"ד דפסק כסוגיא דסוטה לחומרא וכיון דלידי' פליגי הא דרב ביבמות וסוגיא דסוטה ולא ירד לחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק א"כ לדידי' לפי הך סוגיא דיבמות הוי ספק סוטה ספק ערוה ולחומרא צרתה אסורה ביבום. ויעוי' בלח"מ פ"ו מהל' יבו"ח הי"ט [ומש"כ שם כתב הרא"ש דהראב"ד ס"ל בסוטה בין ודאי ובין ספק חולצת ולא מתיבמת בין היא בין צרתה עכ"ל זה הלשון לא כתב הרא"ש ורק הלח"מ הבין כן בדעת הרא"ש] שך ובשו"ע סי' קע"ג סעי' י"א אבל אם ספק זינתה או לאו כו' צרתה חולצת או מתיבמת, והרמ"א כתב ע"ז וי"א דאפילו זינתה ודאי צריכה חליצה וה"ה לצרתה ויש להחמיר, ומדלא כתב דבספק זינתה צרתה אסורה להתיבם משמע דבהא מודה דאף לדעת הראב"ד צרתה מותרת להתיבם, הן אמת שהגר"א בס"ק י"ד שם כתב וכן בסוטה ספק כמש"כ הרא"ש דלהראב"ד אין חילוק בין סוטה ודאי לסוטה ספק עכ"ל, ומסתימת ד' הרמ"א אין נראה כן ואולי לפי שאין דין יבום נוהג בזה"ז סתם הדברים, אבל ביש"ש יבמות פ"א מבואר להדיא דעתו דבספק סוטה צרתה מתיבמת אף שפסק כהראב"ד, ומבואר שם דס"ל דמכריע כסוגיא דסוטה ולאו מספיקא פסק דחולצת וע"כ לא הוי ספק ערוה. וז"ל היש"ש ומ"מ לא נראה לו כ"כ ראי' ברורה לחלוק על רב ולומר דודאי סוטה כספק וצרתה מתיבמת אלא חולצת ולא מתיבמת עכ"ל וכן הביא שם בשם המרדכי דלרב צרת סוטה פטורה מחליצה ולמתניתין דסוטה צריכה חליצה ויבום, וסיים וטוב הדבר שתחלוץ ולא תתיבם ובאמת בסוטה לא נזכר כלל מדין צרה והא לפי סוגין דסוטה אסורה מלאחר ולא ליבם והוי כשארי חיי"ל ועשה דצרתה מתיבמת והא לדידי' אין חילוק בין סוטה ודאי לסוטה ספק וס"ל דהא דרב ביבמות נדחה מהלכה א"כ למה תהי' צרת סוטה אסורה, ובאמת לשי' הראב"ד דסוטה ודאית חולצת והא כבר נתבאר דכל יבמה שצריכה חליצה פקע איסור אשת אח כמו אלמנה

מן הנשואין לכה"ג דאי איתא דהוי אשת אח הוי ערוה שא"צ חליצה, וא"כ תמיהני איזה איסור יש על הצרה דבכל צרת ערוה הטעם כיון דהערוה פוטרה מחליצה ממילא איסור אשת אח במקומו עומד ופוטרת גם צרת צרתה, אבל בצרת סוטה הא סוטה גופא נפקע איסור אשת אח לשי' הראב"ד וא"כ לא תהא הצרה חמורה מהסוטה עצמה והא איסור סוטה ליכא בהצרה וסוטה גופא אסורה משום לאחר ולא ליבם או משום ק"ו דבמותר לה נאסרה כו' אבל צרת סוטה איזה איסור יש בזה. (אם לא דנימא דשאני סוטה דנתמעט מיבום בפירוש מקרא דלאחר ולא ליבם ובכה"ג חייב משום אשת אח ולא דמי לחיי"ל ועשה וכמשכ"ל ולפי"ז אף בספק סוטה צרתה אסורה מהאי טעמא].

הן אמת דמצינו דוגמא לזה בגמרא בצרת מחזיר גרושתו דמיבע"ל אליבא דרבנן אע"ג דאמור רבנן טומאה בסוטה הוא דכתיב אין מקרא יוצא מידי פשוטו א"ד דכיון דאיעקר איעקר ולדידהו מחזיר גרושתו גופא בעי חליצה אלא דאיבע"ל על הצרה אי מתיבמת, וכן מיבע"ל אי אלים ק"ו למדחי צרה, ולאוסרה ליבום קא מיבע"ל ל דלפוטרה מן החליצה אף היא גופא חולצת כמש"כ התוס' שם וקשה כיון דהיא חולצת נפקע איסור אשת אח א"כ איזה איסור יש על הצרה וכן לפי פי' הרשב"א והנ"י גם אליבא דריב"כ היא גופא צריכה חליצה ומבעי"ל על הצרה אי מתיבמת וקשה מהיכ"ת נאסור להצרה ודוח"ל דלאבא שאול קאי דס"ל דהכונס יבמתו לשם נוי ולשם אישות הולד ממזר דלדידי' חייב עלי' על אשת אח כמו שנראה מפיה"מ להרמב"ם בפ"א דבכורות וכ"כ הבית מאיר בסי' קס"ה [עי' בירושלמי יבמות מה דאמר אבא שאול כרע"ק דאמר יש מיבמה לשוק, מה דאמר אבא שאול ביבמתו היינו דמתחלה אמר דאבא שאול כרע"ק כיון דכינס לשום נוי ולא קיים מצות יבום הרי היא כיבמה לשוק וס"ל כרע"ק דיש ממזר מיבמה לשוק ודחי לה מה דאמר אבא שאול ביבמתו דלא חזרה להתירה הראשון והרי היא אשת אח] דבודאי פשטות הסוגיא קאי לכולי עלמא וע"כ צ"ל דלפי הך צד דצרת מחזי"ג אסורה הוי איסור צרה איסור עצמי ולא משום אשת אח. רק מצד איסור דלצרור דצרת ערוה אסורה וה"ל צרת מחזי"ג משום טומאה דכתיב גבה, וכ"נ משטחיות הסוגיא בד"ח מ"ש ערוה דל"צ קרא צרה נמי לא צריכא קרא דמשום לצרור הוי איסור עצמי בצרה, אבל נראה דכ"ז לפי ההו"א אבל לפי המסקנא דילפינן דצרת ערוה שלא במקום מצוה שרי ואין צרה אלא מאח מבואר הטעם דבמקום מצוה הוי איסור אשת אח אבל שלא במקום מצוה דאין איסור אשת אח שרי וכדאמר רב אשי בדי"ג צרה מ"ט אסורה דבמקום ערוה קיימא כו' ועי' בתוס' ריש יבמות, וממילא בצרת מחזי"ג דליכא איסור אשת אח בדין שתהי' מותרת, ולהכי קיי"ל בצרת מחזי"ג דמותרת, ובהאיבעי דבעי היינו דזהו גופא

מספק"ל אי צרת ערוה הוי איסור בפ"ע, [וי"ל דבזה פליגי ג"כ בדי"ג דרב יהודא יליף מלצרור דהתורה ריבתה צרות הרבה לפי פרש"י על צרת צרה ורב אשי נפיק מסברא דלר"י צרה הוי איסור עצמי ויתיישב בזה משה"ק התוס' רעק"א למשניות דלמ"ל קרא על צרת צרה תיפ"ל כיון דהצרה אסורה משום אשת אח ממילא דצ"צ אסורה כצרת א"א שלא הי' בעולמו דהוי כערוה, ולמש"כ י"ל דאיצטריך קרא דצרה אסורה מצד עצמה אף במקום דליכא אשת אח ואע"ג דבסוטה ומחזי"ג לא משכח"ל שאין בהו צרת צרה מ"מ נפ"מ לפי"ז בלאחר מיתה דאם נשא מת ומת ואח"כ נשא חי דליכא גבי' איסור אשת אח שהותרה כמש"כ הרשב"א ומ"מ אסורה הצרה מצד איסור עצמי וכיון דאין בה איסור אשת אח רק איסור דלצרור הו"א דאין בה דין ערוה לפטור צרתה ולהכי איצטריך קרא על צרת צרה ולפי המסקנא דקיי"ל דצרת מחזי"ג מותר והוא כדרב אשי דצרה מ"ט אסירא דבמקום ערוה קיימא משום דאיסור צרה אינו אלא משום אשת אח ואין זה איסור עצמי ולהכי שפיר כ' התוס' בדכ"ו דאין צרה לאחר מיתה שאין בה איסור אשת אח אולם פשטות דהתוס' נראה דצרה לאחר מיתה אינה נכללת בכלל לצרור כמשכ"ל מ"מ י"ל דזהו גופא החידוש דילפינן מקרא דלצרור דהתורה ריבתה צרות הרבה דצרה הוי איסור עצמי ממילא גם צרת מחזי"ג אסורה] וממילא לפי ההלכה דק"ל דצרת מחזי"ג מותרת אין לנו מקום איסור בצרה מה"ת במקום שאין בה איסור אשת אח וא"כ לפי"ז גם צרת סוטה בדין שתהי' מותרת לשי' הראב"ד.

ולפי המתבאר ע"כ צ"ל כמש"כ לעיל דהא דצרת סוטה אסורה להראב"ד הוא רק מספיקא דחשש לסוגיא דיבמות וכרב דלדידי' הוי צרת ערוה ממש, אבל לפום סוגין דסוטה דמי לצרת מחזי"ג וצרת חיי"ל דמותרת, וזהו שכתב הראב"ד על דברי רב אלפס ביבמות וסוגיא דשמעתתא אע"ג דכתיב בה טומאה בעינן חליצה או היא או צרתה דאלו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא השתא נמי בעיא חליצה וצרתה כמותה. ועי' ברמב"ן שסמך הראב"ד על הסוגיא דסוטה שזו השמועה. מפורשת דפטורה מן החליצה ומן היבום. וכ"כ הרא"ש, ולמש"כ היש"ש כונת הראב"ד שחושש לסוגיא דיבמות וסוטה וסוגיא דשמעתתא דיבמות מוכח דטומאה כתיב בה כעריות לפטור את הצרה וצרת סוטה אסורה. ומסוטה מוכח דסוטה גופא בעיא גט וחושש לשני הסוגיות לחומרא דצרת סוטה אסורה כמבואר ביבמות וסוטה עצמה בעיא חליצה כמבואר בסוטה. ולפי"ז יש מקום לומר בשיטת היש"ש והרמ"א דצרת ספק סוטה מתיבמת ממנ"פ דלפי סוגיא דסוטה דאין חילוק בין ספק לודאי גם צרת סוטה ודאית מותרת, ולפי סוגיא דיבמות בע"כ לרב ס"ל דספק סוטה לא הוי כודאי דאל"כ תיקשי מתניתין דסוטה מ"ט ספק

סוטה חולצת וכדקאמר הש"ס קאמינא לך אנא סוטה ודאי ואמרת לי את סוטה ספק וכמו שנתבאר לעיל וע"כ דס"ל דאין טומאת ספק סוטה פוטרת מן החליצה, וא"כ ספק סוטה דבכל גוני חולצת פקע איסור אשת אח ול"ה צרת ערוה ושפיר מתיבמת [אבל אם שכן נראה לדעת הישׁ"ש אין הדברים מוכרחים לדינא דאפ"ל דבזה גם הראב"ד מודה כשי' התוס' דלהחמיר עשו ספק סוטה כודאי ולא להקל להסוגיא דיבמות, ומה שלא ירד הראב"ד לחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק היינו דלא ס"ל דאף ספק טומאה ל"ה משום דלא כתיב בלשון לאו כדי לתרץ בזה הסוגיא דסוטה ולפי"ז י"ל דלסוגיא דיבמות הוי ספק סוטה ספק ערוה ובדין שתהי' הצרה אסורה להתיבם].

טז

ולפי"מ שנתבאר יחודש דין מחודש במש"כ הב"ש סי' קע"ג ס"ק י"ב לחלוק על הב"ח שכתב דל"ש כאן חליצה פסולה, וכתב ע"ז דלא דמי למחזיר גרושתו אבל בסוטה קלשה הזיקה ושייך כאן חליצה פסולה, ונראה דבחליצת הסוטה לא נפטרה הצרה עכ"ל. ולפי"מ שנתבאר גם אי נימא דחליצת סוטה הוי חליצה פסולה כמש"כ הב"ש מ"מ חליצת צרת סוטה הוי חליצה מעליא ונפטרה הסוטה בזה. והטעם משום דממנ"פ אי דנין דהוי חליצה פסולה משום שאי"ר צרת סוטה ליבום ע"כ דהסוטה הוי ערוה וא"צ חליצה כלל. דאי הסוטה צריכה חליצה ממילא צרתה מותרת להתיבם ול"ה צרת ערוה, ואם אנו חוששין לומר דהוי ספק צרת ערוה היינו בע"כ לפי הך צד שמא סוטה א"צ חליצה ממילא דגם הצרה פטורה בלא חליצה, וא"כ ממנ"פ תפטור הסוטה או שא"צ חליצה או שהצרה ראוי' גם להתיבם. ולפי"ז אין להצרה דין חליצה פסולה שצריכה לחזור על כל האמין מהאי טעמא. דאי מספקינן שמא הוי צרת ערוה כסוגיא דיבמות ממילא היא יוצאה בלא חליצה, ואין לומר דגם ממנ"פ לא יועיל כיון דסוף סוף אי"ר ליבום מספק וממילא הוי חליצה פסולה, דבר זה במחלוקת המהרשד"ם והחכ"צ היא שנוי' וכבר העלה הבית מאיר בצלעות הבית והכריע דכל דאיכא ממנ"פ לא הוי חליצה פסולה יעו"ש, אבל חליצת סוטה עצמה הוי שפיר חליצה פסולה דהא עכ"פ אי"ר ליבום מה"ת אף לפי הך סוגיא דסוטה. משא"כ בצרתה לסוגיא דסוטה מותרת להתיבם ג"כ דל"ה צרת ערוה כלל, ולסוגיא דיבמות פטורות שניהן מחליצה ג"כ ואיכא ממנ"פ כנ"ל. **עוד** י"ל לשיטת המרדכי דטוב שלא תתיבם דהא דצרת סוטה אסורה אאמד"ר דהא צרת מחזי"ג כיון דמחזי"ג חולצת צרתה מתיבמת ורק מדרבנן החמירו בסוטה וכמבואר בירושלמי יבמות פ"ו סוטה למה היא אסורה משום ריח ערוה והיינו לפי שיטת הראב"ד דסוטה עצמה צריכה חליצה א"כ ליכא איסור אשת אח לגבי הצרה ורק מדרבנן החמירו

משום ריח ערוה אבל לא מה"ת כיון דסוטה גופא בעיא חליצה ועי' בריטב"א יבמות די"א בשם הרא"ה, ולפי"ז אף לפי סוגיא דסוטה ג"כ צרת סוטה אסורה מדרבנן, אבל מ"מ לענין חליצה פסולה י"ל כיון דמה"ת ראוי' ליבום ורק מדרבנן אסורה אין זו חליצה פסולה וכה"ג מבואר בראשונים לענין איסור שני' וחיי"ל דמה"ת אתי עשה ודחי ל"ת רק מדרבנן אסורה גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' וה"נ בצרת סוטה דמה"ת מתיבמת א"צ לחזור על כל האמין.

ולענין ספק סוטה י"ל ג"כ לפי הנחה זו דכיון דצרת סוטה אאמד"ר לא החמירו בצרת ספק סוטה כמו שלא החמירו בצרת מחזיר גרושתו, דדוקא בסוטה ודאית מצינו דאמרו משום ריח ערוה אבל בספק סוטה לא מצינו שהחמירו וכיון דבסוגיא דסוטה אינו מבואר כלל איסור צרה ובירושלמי סוטה דמבואר על צרה אבל גם שם הכונה בסוטה ודאית וע"כ נקטו בפשיטות דצרת ספק סוטה מתיבמת כ"נ בשי' הישי"ש והרמ"א.

ולפי מה שנתבאר מדברינו הקודמים נראה בזה נידון שאלת כת"ר דחליצת צרת סוטה לא הוי חליצה פסולה שתהי' צריכה לחזור על כל האחין. אי משום ממנ"פ וכמ"ש לעיל אי משום דהא דצרת סוטה אינה מתיבמת הוא רק מדרבנן, ואף שאין הדברים מוכרחים לדינא מ"מ בעיקר דין זה שאנו חוששין לשי' הראב"ד דס"ל דסוטה חולצת והא הראב"ד ס"ל להלכה דחליצה פסולה א"צ לחזור על כל האחין וכן דעת הרשב"א והריטב"א והנימוקי ביבמות דהלכה כשמואל דא"צ לחזור על כל האחין ובפרט דבסוטה גופא דעת הבית מאיר להלכה כמש"כ הב"ח דלא כהב"ש ומה גם בצרת סוטה דבזה י"ל דגם הב"ש מודה דא"צ לחזור על כל האחין וראוי להקל בזה כמו שכתבתי.

סימן ב

עוד בענין סוטה, אם יש לסמוך במקום עגון בלא חליצה, ואם ניסת לשוק בלא חליצה.

א

ועל דבר שאלתו אם יש לסמוך בסוטה במקום עגון בלא חליצה, כבר ראה מה שהביא הפ"ת באה"ע סי' קע"ג דברי הרדב"ז בתשו' ח"א סי' קע"ה שמקיל באם היבם הלך למדה"י או שמבקש ממון הרבה להתיר סוטה וצרתה בלא חליצה. ומסיק שהוראה זו סמוכה על שני כללים דצרת סוטה פטורה מן החליצה וביאת נכרי אוסרת אותה על בעלה יעו"ש, הרי שהרדב"ז מכריע כשי' הרי"ף והרמב"ם שפסקו כרב, וכ"כ באו"ז ה' יבום סי' תק"ג.

אולם רבינו הגר"א בבאוריו ס"ק י"ג כתב ודברי הראב"ד נכונים ומוכרחים וכ"פ הר"מ מרוטנבורג הובא במרדכי והמרדכי ותה"ד. ובסימן הקודם העירותי מהירושלמי דיבמות פ"י ה"א צרת סוטה למה היא אסורה ר' יוחנן אמר משום ריח ערוה נגעו בה ורב אמר משום טומאה שכתוב בה כעריות ונראה דריח ערוה אאמד"ר ורב ור"י הלכה כריו"ח, והריטב"א ביבמות די"א הביא בשם הר"א הלוי דרב לא אמר כ"א לאסור מה"ת ביאה שני' בין לה בין לצרה אבל חליצה בעי בין לה בין לצרה ולשי' הרא"ה ביאה ראשונה מותרת מה"ת ועי' בנובי"ת חאה"ע סי' ק"נ דנתכוין לשי' הרא"ה בפירושא דרב ושם מתרץ מריש הסוגיא דיבמות דמקשה לרב ולרב אשי ליתנינהו, עכ"פ הרי חבל ראשונים שדעתם להלכה דסוטה צריכה חליצה ואיך ניקל בספק איסור תורה. ומתשו' נובי"ת שם מבואר ג"כ שאין להקל מספק ושאין לסמוך אף במקום עגון על שי' הראשונים נגד שי' הראב"ד אם לא בצירוף ספק אחר והוי ס"ס [ומש"כ הנוב"י שם לדון דאם היינו תופסין בשי' הרי"ף וסייעתו דסוטה ודאי א"צ חליצה אף שהיינו מסתפקים אם ההמרה נחשב לזנות ודאי הוי ס"ס שמא זינתה וא"צ חליצה ואת"ל שלא זינתה שמא על ידי הנשואין פקע זיקתה הוא תמוה דהא ספק סוטה לא הוי ספק ערוה אף שהיינו כלל וכמש"כ הרא"ש ביבמות וכמש"פ הרמב"ם דצרתה מתיבמת וכדקיי"ל להלכה בשו"ע וכדמקשה הש"ס בריש סוטה ותתיבם יבומי ודמי לשאר חיי"ל ועשה א"כ בספק אם המרה נחשב לזנות ודאי והוי ספק זינתה צריכה חליצה בודאי ואסורה לשוק בודאי ואין כאן ס"ס כלל ואולי נתכוין הנוב"י לצרף לס"ס שי' התוס' דלהכי ספק סוטה חולצת דלהחמיר עשה הכתוב ספק סוטה כודאי ולא להקל ולפי דעתם ספק סוטה הוי ספק ערוה וזהו נגד ד' הרמב"ם והטושו"ע שפסקו דצרתה מתיבמת ולא הוי ספק ערוה] אולם הבית מאיר הובא בפ"ת שם מקיל ג"כ במקום עגון היכא דלא אפשר בחליצה ויש להליץ על שי' הרדב"ז למשכ"ל בתשו' הקודמת בשי' הראב"ד דמצריך חליצה לצרת סוטה משום דלחומרא חשש לסוגיא דסוטה ולא בתורת הכרעה, וכנראה כן מלשון הרא"ש וכ"נ מד' הגר"א, ואלו היו דברי הראב"ד עפ"י הכרעה כסוגיא דסוטה הי' צרת סוטה מותרת וא"כ י"ל עפמ"ש הב"ש סי' ע"ז ס"ק י"ז דחייב הבעל בקבורה מדין ס"ס דלד' הרמב"ם זכתה בנצ"ב אף לדין הש"ס, וע"ע במל"מ פי"א מה' גירושין הכ"א מה שהביא מהריב"ל ובבאר יצחק חאה"ע סי' ו'. וא"כ ה"נ י"ל דהוי ס"ס שמא הלכה כהרמב"ם והראשונים דסוטה ודאית א"צ חליצה וגם לשי' הראב"ד דצריכה חליצה אינו אלא מספק מחלוקת הסוגיות ושמא הלכה כסוגיא דיבמות דא"צ חליצה.

אולם אין זה מוכרח דיש לאמר דשיטת הראב"ד דגם סוגין דסוטה ס"ל הא דטומאה כתיב בה כעריות ומאי דמקשה א"ה תתיבם יבומי הוא לפי ההו"א שלא ידע מטומאה כלל לגבי יבם כמש"כ בסי' א' ולמאי דמשני מקרא דלאחר ולא ליבם איכא טומאה ג"כ ומקשה דחליצה נמי לא תבעי משום זה ומתרץ רב יוסף דאילו איתא לבעל מי לא בעיא גיטא משום דאפילו בערוה גמורה לא חמירא יבם מבעל כיון דתפסי בה זיקה כמו קידושין, ולפי"ז י"ל דהראב"ד מכריע כסוגיא דסוטה, והא דצרת סוטה אסורה לפי דטומאה כתיב בה כעריות ונכללה בכלל עלי' ולצרור ויש בזה איסור עצמי מלצרור וכ"כ הרמב"ן דמטומאה כתיב בה כעריות ידעינן דצרתה כמותה לענין יבום ומה דנפטרת מחליצה לרב הוא משום לאחר ולא ליבם וכ"נ מלשון הראב"ד דמשום טומאה צרתה כמותה, והא דצריכה חליצה הוא לפי דדרשא דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה אינו אלא בהנך דלא תפסי בהו קידושין אבל סוטה דתפסי בה קדושין יש בזה סברת רב יוסף דבעיא חליצה כמו גט מבעל, אבל לצרור דכתיב גבי עריות וסוטה דטומאה כתיב בה כעריות איתנהו בכלל דלצרור והצרה אסורה וגם אי נימא דלא הוי איסור עצמי י"ל דשאני סוטה דנתמעטה להדיא מיבום וחייב משום אשת אח אף דחולצת ולהכי גם הצרה אסורה משום אשת אח, ובאיסור תורה שלא תצא יבמה לשוק בלא חליצה הי' ראוי לחוש לסברא זו דהראב"ד מכריע כסוגיא דסוטה בתורת ודאי, אולם לפי"מ שנתבאר בדברי הרא"ש וכמה מרבותינו דדעתם בשי' הראב"ד דמספיקא פסק דחולצת ולא בתורת הכרעה ועכ"פ יש בזה ספק ספיקא דהא לשי' הרא"ש ודעמי' גם להראב"ד אינה חולצה אלא מספק, וזהו יסוד לשי' הרדב"ז והכרעת הבית מאיר להקל במקום עגון בלא חליצה.

ב

ובדיעבד אם ניסת בלא חליצה יעוי' בס' שושנת העמקים להפרמ"ג סוף כלל כ"ב שכתב מתחילה דמדינא פטורה מן החליצה כמש"כ המחבר ונפ"מ אי קידשה אחר הוי קידושי ודאי ולא קידושי ספק, ואם נשאה כהן הדיוט בלא חליצה אין מוציאין מידו, ולבסוף כתב דהמעיין בתה"ד סי' רי"ט משמע דספוקי מספקא הלכה כמאן יעוי"ש ולא החליט דבר ברור בזה, והנוב"י באה"ע סי' ק"נ מצדד דהנישואין יפקיעו הזיקה ואח"כ דחה לה דאין קידושין מפקיעין הזיקה לפי שבידו לגרשה, [ונתכוין לדהתוס' ביבמות דט"ז ד"ה בני צרות כמש"כ בנו הרב בהג"ה שם] והביא ראי' מיבמות דצ"ב השתא דאמר אמימר הלכתא כותי' דשמואל אם הי' יבמה ישראל נותן לה שני גט והותרה לו ולא אמרינן דהקידושין מפקיעין הזיקה ותהוי כיבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה, והא

לשמואל קיימא התם ושמואל ס"ל הואיל ונאסרה נאסרה. ומזה מוכרח דאין איסור א"א מפקיע הזיקה. וכן מוכח מהרי"ף ביבמות די"א גבי יבמה שהותרה ונאסרה מוכח והותרה שלא הביא ראי' מסוגיא דדצ"ב דונתן גט והותרה דהלכה כרב דתחזור להתירה הראשון, והנה החת"ס בתשו' ע"ו מצדד דנישואין מפקיעין הזיקה ולא קידושין, והחילוק בין נישואין לקידושין הוא לענין זיקה דרבנן ובדאורייתא אין חילוק ויסודו מד' הבית מאיר סי' קנ"ט, ודעתו לצדד כשי' הרמב"ן והרשב"א בריש יבמות דא"א הוי כשאר עריות, ובע"מ שלא תנשא מצדד הרשב"א משום דדבר אחר גרם לה והרמב"ן מסתפק גם בע"מ שא"צ חליצה, ומדהתוס' ביבמות ד"י ד"ה לעולם נראה מה שפר"י תמן התורה אסרה עליו כו' ומשנשאה המת אין לה היתר להתיבם כשימות מפני שאין איסור שבה תלוי בשום אדם אלא בתורה שאסרה עליו תלוי. אבל א"א האיסור תלוי במגרש שאם רוצה יתירנה ליבם. קודם שימות אחיו שנשאה ולהכי לא תני להו לפי שביד המגרש להתירה עכ"ל וע"ע בנובי"ת אה"ע סי' ק"נ שמפרש כונת התוס' דבכה"ג הוי ערוה ופוטרת צרתה אלא דמתניתין לא קמיירי ולפי פי' הנוב"י סותרים דבריהם בדט"ז שכתבו דאין איסור א"א מפקיע הזיקה דאפשר לתקן ע"י גרושין, ולדעת הבית מאיר דהתוס' ביבמות דט"ז מחולקים עם הרמב"ן והרשב"א בזה.

ולכאורה היה נראה להשות הדעות ולא פליגי דדוקא בא"א מתחלה בשעת נפילה דהוי ערוה לא מהני מה שבידו לגרשה דאף אם מגרשה אח"כ ג"כ אסורה משום דכל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' הרי היא כאשת אח שי"ל בנים ולהכי כ' התוס' שאם ירצה יתירנה ליבם קודם שימות דלאחר שימות לא מהני דכל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' [ועי' במהרי"ט סי' מ"ט דמדברי התוס' מוכח דיכול לגרש בלא קידושין דלא כמש"כ הרא"ש בתשו' כלל מ"ה] משא"כ בדט"ז שנתקדשה אח"כ אחר שנפלה ליבם הוי יבמה שהותרה כיון דבידו לגרשה תחזור להתירה הראשון ע"כ לא הוי ערוה, אבל ז"א דהרי קושית התוס' לשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה ואין חילוק בין ערוה בשעת נפילה לערוה שאח"כ וע"כ צ"ל משום דכיון דבידו לגרשה לא נפקע זיקה כלל א"כ מה"ט גם בשעת נפילה נמי וכבר הרגיש בזה הקרן אורה ביבמות דמ"א, עוד קשה לדעת הרמב"ן והרשב"א והתוס' יבמות ד"י דלדבריהם איך יפרנסו הא דאמר אם הי' יבמה ישראל נותן לה שני גט והותרה לו דלדידהו דס"ל דא"א כשאר עריות כיון דלשמואל הואיל ונאסרה נאסרה איך הותרה לו אחר הגט והו"ל להגמ' לפרש דהלכתא כותי' דשמואל דקידושין תופסין והלכתא כותי' דרב דיבמה שהותרה תחזור להתירה הראשון כמו שהקשה הנוב"י והבית מאיר.

ג

ולכאורה נ"ל לישב בסתירת דהתוס' לפי המבואר ביבמות דמ"א בדין דמתה אשתו מהו ביבמתו ומסיק שם הש"ס הדר אמר אימר דא"ר אלעזר היכא דלא חזיא בשעת נפילה אבל היכא דחזיא בשעת נפילה מי אמר, הדר אמר אין והתניא ר"א אומר מתה יבמתו מותר באשתו מתה אשתו אותה יבמה חולצת ולא מתיבמת אע"ג דס"ל לשמואל כר"א כו' הרי מפורש מהברייתא מדברי ר"א דחולצת ולא מתיבמת אע"ג דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה חולצת כשאר חיי"ל ועשה, אלמא דפקע איסור אשת אח ולכאורה צ"ע מאיזה טעם אינה מתיבמת כיון דאיסור אשת אח נפקע א"כ איזה איסור אחר יש, ואפ"ל דאסורה להתיבם משום לא יבנה וכבר הרגיש הרשב"א לרב דאמר יבמה שהותרה ונאסרה תחזור להתירה הראשון ולא נאסרה משום לא יבנה, ומתרץ משום דלא עבדי בה מעשה, אבל ר"א ושמואל ס"ל דאיכא לא יבנה אע"ג דלא עבדי בה מעשה כיון דנדחתה מצות יבום אינה חוזרת ונראית עוד ליבום אבל באמת איסור אשת אח נפקע ולהכי חולצת כשחזרה והותרה ורק מצות יבום נדחתה.

ועפי"ז מיושב שפיר דהתוס' בדט"ז ואין סתירה לדברי הרשב"א והרמב"ן דא"א בשעת נפילה הוי ערוה דאע"פ שבידו לגרשה מ"מ כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה הרי היא כא"א שיש לה בנים, וגם אחר הגירושין תהי' אסורה, משא"כ בנתקדשה אחר הנפילה דהוי יבמה שהותרה ואיסור אשת אח פקעה שפיר חלקו התוס' דבידו לגרשה, דאף לשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה מ"מ זקוקה עדנה לחליצה ול"ה עוד ערוה ורק ממצות יבום נדחתה משום לא יבנה א"כ א"א שתפקיע הקידושין הזיקה דהא אחר הגירושין תחזור לזיקתה, ולהכי א"ש הא דאמר בדצ"ב ע"ב דאם הי' יבמה ישראל נותן לה השני גט והותרה לו גם להתיבם גם לשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה כיון דגם לשמואל לא נפקע הזיקה כאמור.

ועפי"ז יש מקום לחדש בנד"ד בסוטה שניסת לשוק בלא בלא חליצה שאנו חוששין לשי' הראב"ד שמא הכריע כסוגיא דסוטה [דאלו חשש רק מספק יש לדון בזה משום ס"ס כמו שנתבאר באות א'] והא דצרתה אסורה צ"ל דכיון דטומאה כתיב בה כעריות נכללת בדרשא דלצרור מ"מ אינה יוצאה בלא חליצה כמו שאינה יוצאה מבעלה בלא גט, אבל כיון דאיתנייהו בכלל דלצרור כמו שאר עריות וצרתה אסורה ליבום בודאי דהבא עלי' חייב משום אשת אח, ובפרט למש"כ לצדד דעל הצרה אין איסור אחר רק משום אשת אח ועכצ"ל דבסוטה ודאית חייב משום אשת אח לשי' הראב"ד אף דחולצת, והאחרונים צדדו אף בספק סוטה חייב עלי' היבם משום אשת אח ומכש"כ בסוטה ודאית להראב"ד,

ומאי דחולצת אף דחייב עלי' משום אשת אח משום דדמי לאסור ד"א גרם לה כיון דמצד עצמה היתה מותרת משום אשת אח רק בשביל סוטה, וכ"כ האבני מילואים באלמנה לכה"ג בסי' קע"ג, ולפי"ז יש לדון בסוטה שנשא אחותה ומתה דל"ש יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון אף לרב דטעמא משום דאיסור אשת אח נפקע ולא יכול להתחדש כמש"כ הרשב"א בחי' ליבמות שם, אבל אם הי' האפשרות שיחודש איסור אשת אח בודאי דהיתה נאסרת גם לרב אלא דבנשא אחות יבמתו נאסרה משום אחות אשה ולא משום אשת אח דנפקע, ולהכי במתה אשתו ואין כאן איסור אחות אשה מותרת יבמתו להתיבם, אבל בסוטה דמעולם לא הותרה איסור אשת אח ואם בא עלי' יבם חייב כרת משום אשת אח אלא שצריכה חליצה, אבל כל שנשא אחותה ויש בה משום ערוה דאחות אשתו הרי יש בה איסור אשת אח ג"כ ואע"פ שמתה אשתו אח"כ אינה חוזרת עוד להתירה הראשון, ועפי"ז בסוטה שנשאת לשוק מה שאינה נפטרת ע"י איסור א"א כמש"כ התוס' בדט"ז משום שביד המקדש לגרשה ותחזור להתירה הראשון וכמו שכתבנו דגם לשמואל מודה דחולצת ותחזור לזיקתה אבל בסוטה שיש בה איסור אשת אח ונעשית אשת איש ונפקעת זיקתה א"כ אף אם מגרשה לא תחזור להתירה הראשון דמעולם לא הי' היתר אשת אח כמו שכתבנו, ורק זיקה הי' לה ולכשנפקעת זיקתה לא תחזור עוד לזיקתה ודמי לא"א בשעת נפילה, ובזה הלא מבואר מדהתוס' הנ"ל ד"י ומדברי הרשב"א והרמב"ן דאיסור א"א הוי ככל עריות משום דגם לאחר הגירושין אסורה דכל שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' וה"נ גם לאחר הגירושין תיאסר משום איסור אשת אח שלא הותר מעולם.

ד

אולם שבתי וראיתי שזה היסוד נסתר מדברי הרשב"א ליבמות שם וז"ל וא"ת אפילו מן האירוסין הלא מכיון שקידש את אחותה נאסרה יבמה עליו דבר תורה וקיימא עליו באחות אשה וא"כ האיך היא חולצת דהא איכא למיגזר שאם אתה אומר חולצת מתיבמת וכדאיתא פד"א כו' עכ"ל, הרי מפורש מד' הרשב"א הא דחולצת אינו אלא מדרבנן, וכן מוכרח לשיטתו דאי אפשר לומר לשמואל דאיסור אשת אח פקע והא דאינה מתיבמת הוא משום לא יבנה לפי"מ שכ' הרשב"א אליבא דרב דיבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון דטעמא דמלתא משום דכיון דבשעת נפילה הותרה לו שוב אי אפשר לאסור בה משום אשת אח וכדקיי"ל החולץ ליבמתו בין הוא ובין האחין אינם חייבין לא על החלוצה כרת ולא על הצרה כרת ומה"ט אמר ר' יוחנן בפ"ק מי איכא מידי דמעיקרא הותרה לו והשתא קאי עלה באיסור אשת אח בכרת עכ"ל. ולפי"ז

לר"ל דס"ל בין הוא בין אחיו חייבין על הצרה כרת אע"ג דמעיקרא אי בעי האי חליץ ואי בעי האי חליץ ואיסור אשת אח הותרה מתחלה אע"פ כן חייב על הצרה כרת אחר החליצה משום דאיסור אשת אח חוזר וניעור כמו שתלה הרשב"א דינא דרב כר' יוחנן א"כ לפי המבואר בדף מ' אמר רב טובי בר קיסנא אמר שמואל הבא על צרת חלוצה הולד ממזר מ"ט באיסורא קיימא, הרי דשמואל כר"ל דאיסור אשת אח חוזר וניעור ולפי דברי הרשב"א יבואר פלוגתא דרב ושמואל דרב ס"ל כר' יוחנן דאין על הצרה כרת ואין איסור אשת אח חוזר וניעור ואע"פ שנאסרה משום אחות אשה לכשמתה אשתו דפקעה איסור דאחות אשה חזרה להתירה הראשון וכלשון הירושלמי דבטל הגורם בטל האיסור, ושמואל לטעמי'. דס"ל כר"ל דחייב על הצרה כרת ואיסור אשת אח חוזר וניעור וכל שנאסרה עליו שעה אחת משום אשת אח אינו חוזר עוד להיתר ואסורה עליו עולמית והדברים מאירים בטעמם, וא"כ הרי מוכרח לשי' הרשב"א דשמואל לטעמי' דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה קיימא באיסור אשת אח דאע"פ דאיסור אשת אח הותרה מ"מ חוזר וניעור והוי ערוה א"כ הא דאינה מתיבמת הוא משום איסור אשת אח וע"כ צ"ל דחולצת אינו אלא מדרבנן ולבד זה הא לשיטת הרשב"א גם לרב מותרת להנשא לשוק בלא חליצה ורק שגם איסור אשת אח אין בה ומותרת ליבם בלי מצות יבום. וא"כ אאפ"ל דלשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה אסורה לשוק בלא חליצה דהא גם לרב מותרת וע"כ צ"ל דחולצת מדרבנן כמש"כ הרשב"א ולפי"ז כיון דלשמואל אין חילוק בין ערוה בשעת נפילה בין לאחר נפילה א"כ יקשה מדף צ"ב ע"ב דאמר רב אשי השתא דאמר אמימר הלכתא כותי' דשמואל כו' והא רב אשי ס"ל בהדיא כר"ל דחייב על הצרה כרת וחייב משום אשת אח אח"כ וממילא דס"ל לפי דעת הרשב"א דהואיל ונאסרה נאסרה כשמואל.

אולם משיטת הרי"ף והרא"ש אינו נראה כדעת הרשב"א, דהרי"ף הביא ראי' דהלכה כרב דריו"ח ס"ל כותי' בדף כ"ז ע"ב והרא"ש דחה דשאני התם דהוי זיקה דרבנן ואם איתא הא מוכרח מדריו"ח דס"ל דאין על הצרה כרת דאין איסור אשת אח חוזר וניעור ואי אפ"ל הואיל ונאסרה נאסרה וע"כ ס"ל לריו"ח דתחזור להתירה הראשון אף באיסור דאורייתא, ומוכרח מדבריהם דס"ל דלא תליא זה בזה. וע"כ צ"ל לדעתם דאע"פ דריו"ח ס"ל דאין על הצרה כרת משום שליחות דחברתה קא עבידא ואתי לא יבנה וניתק מכרת ללאו אבל בעלמא היכא דלא עביד מעשה דחליצה איסור אשת אח חוזר וניעור וגם משי' הראב"ד בספר הזכות שפסק להלכה כר"ל דחייב על הצרה כרת משום דשמואל ס"ל כותי' מ"מ בדין דיבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה לא חלק שם וס"ל דהלכה

כרב והא לר"ל דס"ל דחייבים על הצרה כרת בודאי דאיסור אשת אח חוזר וניעור גם לאחר שהותר לכו"ע אף לשי' הרשב"א, וצריך טעם מ"ט חזרה להתירה הראשון כיון שנאסרה בינתים משום אשת אח. ובאמת יקשה ביותר לשיטתם לפי"מ שפרש"י בדמ"א בד"ה מהו ביבמתו וכן אחרי כן בברייתא דמקדש אחות יבמתו דמנפילה ואילך מיתסרי והרי אין אני קורא בה בשעת זיקת יבום יבמה יבא עליה כו', מבואר דמדין כל שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עלי' קאתינן עלה ודרשא זו מדין דרכי נועם היא כמש"כ התוס' בריש יבמות בד"ה ואחות אשתו ומה"ט כל שנאסרה גם אחרי נפילה אין זה דרכי נועם ומאי נפ"מ בין בשעת נפילה ובין לאחר נפילה הא אין זה דרכי נועם וכמשה"ק כן הרשב"א, ותי' הרשב"א לא יספיק לשי' הראב"ד שפסק להלכה כר"ל דחייב על הצרה כרת ואפ"ה ס"ל דתחזור להתירה, גם ברמב"ם ובשו"ע אה"ע סי' קנ"ט ס"ז מבואר דאם מתה חוזרת להתירה רצה חולץ רצה מיבם וזהו דלא כהרשב"א וכיון דיש בו יבום וחליצה קשה הא אין זה דרכי נועם.

ונראה בשיטתם דאע"פ דס"ל דחייב על הצרה כרת ואיסור אשת אח חוזר וניעור מ"מ כל שהותרה ונאסרה תחזור להתירה הראשון משום דכללא דכל שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' הרי היא כאשת אח שי"ל בנים דוקא בשעת נפילה ולא אחרי כן, וביותר י"ל לפי"מ שנתבאר בסי' הקודם דבנשא מת ומת ואח"כ נשא חי לרבא דמפיק מסברא דאין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת ויש בו עשה אלא שאינו דוחה הל"ת לפי שי"ב כרת ול"ה כאשת אח שי"ל בנים ועשה יש בו וע"כ אינו חייב משום אשת אח אף לר"ל דס"ל דחייבים על הצרה כרת משום דאחר החליצה אין כאן עשה כלל והוי כאשת אח שי"ל בנים. משא"כ בזה שיש בו עשה דיבום בכח אלא שאינו דוחה הל"ת שי"ב כרת ואין כאן רק משום אחות אשה והעשה דיבום מיתלי תליא ואפשר להתחדש לכשתמות אחותה [אלא דלפי"ז לכשנשא אמה דל"ש סברא דמילתא תליא תפקע וצ"ע] ולפיכך כשהותרה ובטל הגורם עשה דיבום במקומו עומד. משא"כ בערוה בשעת נפילה דגלי קרא דעליה דאין כאן מצות יבום כלל ודמי לאשת אח שי"ל בנים ומתו משום דפשטי' דקרא דעליה ולצרור בשעת נפילה מיירי דשייך צרה כמשכ"ל ומאי דלא הוי דרכי נועם נראה בדעתם דדין דרכי נועם איננו איסור מיוחד רק כלל על משפטי התורה אשר בודאי לא ניתן מצות יבום להתחדש עוד כל שלא חלה מצוה זו בשעת נפילה [שו"ר בתשו' רעק"א הנספחות להגהות על או"ח שכתב בתוך דבריו דסברת דרכי נועם היינו דמכח זה נפרש הך דינא דקרא דאין עושין מתים כחיים דדין התורה כך דבשעת נפילה היא זקוקה ולא אחרי כן יעוי"ש] ועל כן ביבמה שהותרה ונאסרה שתלה מצות יבום וגם

אחרי לכשנאסרה יש מצוה זו רק שאין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת ולא פקע מצוה זו, ועכ"פ לשי' הראשונים ולמש"פ הרמב"ם והשו"ע דלרב דחזרה להתירה הראשון יש בה מצות יבום ואסורה להנשא לשוק שפיר י"ל דשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה אסורה להתיבם אבל זקוקה לחליצה ולהכי חולצת מן התורה ורק ליבום נאסרה משום לא יבנה דמה שנפטרה לשוק ע"י נשואי אחותה הוי כמו חליצה דזיקה שחלה מיתלא תליא ואסורה לשוק ורק שאסורה להתיבם משום לא יבנה ולפי"ז נפקע איסור אשת אח כמו אחר חליצה.

וביותר י"ל דאפילו אי נימא דל"ש בזה לא יבנה כיון דלא עבדי בה מעשה כמש"כ הרשב"א מ"מ אסורה להתיבם לפימש"כ הרמ"ע מפאנו בשו"ת סי' ק"ה) שיש בזה ענין דחוי אצל מצות דבנראה ונדחה אינו חוזר ונראה ולפיכך אסורה להתיבם, ואפילו תימא דכיון דאסורה להתיבם גם אחרי כן משום דחוי שוב אין כאן מ"ע דיבום כלל ואיסור אשת אח חוזר וניעור וממילא בדין שלא תחלוץ ג"כ מן התורה, מ"מ י"ל דהתוס' בדט"ז וסוגית הגמ' בדצ"ב דאפילו לשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה כיון דמשום דחוי קאתי עלה כל שבידו לא הוי דחוי כמבואר בזבחים דל"ד ובדברי התוס' בסוכה דל"ג וממילא דגם מצות יבום לא פקע. ועשה דיבום מתלי תלי לכשיגרש ולהכי אע"פ שנתקדשה לא פקע זיקתה. [מיושב בזה דברי הרשב"א דלדידי' גם אליבא דרב דס"ל דתחזור להתירה הראשון פקע זיקתה וגם לכשיגרשה תפקע זיקתה משום דכל שהוא בידו לא הוי דחוי] וכל זה לכשנתקדשה אחר נפילה משא"כ בשעת נפילה דאין כאן מצות יבום כלל ויש בזה דין כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבוא יבא עליה כו', ולפי"ז בסוטה שנתקדשה דגם מתחילה יש בה איסור אשת אח ול"ש לומר דיש בזה מ"ע דיבום לכשנתקדשה והוי א"א כשארי עריות לא מהני הא דבידו לגרשה כמו בא"א בשעת נפילה כמש"כ למעלה.

אולם מפשטות דברי מאור עינינו רש"י בדמ"א מבואר דלשמואל מדין כל שאין אני קורא בה בשעה שהיא זקוקה יבמה יבא עליה הרי היא כא"א שי"ל בנים ואין נפ"מ בין שעת נפילה או לאחר נפילה ומדין דרכי נועם הוא ולשמואל כללא הוא משום דרכי נועם דלא ניתנה מצות יבום להתחדש בזמן מן הזמנים אחרי מיתת הבעל וע"כ צ"ל לפרש"י הא דחולצת כמש"כ הרשב"א דאאמד"ר, וגם בשיטת הרי"ף והרא"ש י"ל כן דלשמואל הואיל ונאסרה נאסרה א"צ חליצה מן התורה דס"ל דכיון דאין עשה דוחה ל"ת דאחות אשה שי"ב כרת שוב יש בו ג"כ איסור אשת אח או דילפינן מעליה בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי דאין כאן מצות יבום, עכ"פ לשי' הרשב"א יקשה ביבמות דצ"ב דמבואר דאין א"א

פוטר אחר נפילה הא מדבריו ברישׁ יבמות נראה דרק משום דבתנאים לא קא מיירי קרא והוי כדבר אחר גרם לה אבל א"א בשעת נפילה היתה ערוה אע"פ שביד המקדש לגרש. **וראיתי** להחת"ס בחאה"ע סי' ע"ט מש"כ לחלק דדוקא בדט"ז ביבמה שנתקדשה לזר שכופין אותו לגרש להכי לא נפקע זיקתה משא"כ בד"י ששייר בגטו ולא פעל עולה, ומה"ט הי' נראה לישב דהא דאמר בדצ"ב נותן גט והותרה לו כיון דמספק"ל אי קידושין תופסין ביבמה לשוק ואסורה להמקדש דהא מספק לא נפקע זיקתה ולהכי עומדת להתגרש ולא פקע זיקתה. ולפי"ז יש לדון בסוטה שנתקדשה לשוק דיש בזה ס"ס אי נפטרת מן החליצה כשי' הרמב"ם ודעמו או כהראב"ד שצריכה חליצה ואפי"ת דצריכה חליצה שמא קדושין תופסין ביבמה לשוק ונפקע זיקתה א"כ מותרת להמקדש מצד ס"ס ואינו מחויב לגרשה ולהכי פקע זיקתה. אולם באמת תמוה לחלק בסברת החת"ס מדאורייתא באיסור ערוה. ובפשוטו ה' נראה דבנתקדשה באיסור יבמה לשוק שפשעה באיסור ונתגרשה ל"ש לומר שתפקע זיקתה אף לשמואל מדין דרכי נועם דלמה תרויח להפקיע זיקתו ולא דמי לשייר בגטו וכל כיוצא בזה שהיא לא גרמה לכך ואמרינן שאין זה דרכי נועם לשמואל בין בשעת נפילה ובין לאחר נפילה בכל זה קשה לחדש סברות מן הלב בדין דרכי נועם לפמשכ"ל שזהו בדרך כלל על משפטי התורה שלא נתנה מצות יבום אחר שנדחית להתחדש עוד.

ה

ונראה לישב על פי סברא דחילוק גדול יש בין א"א בשעת נפילה או לאחר נפילה דאם היתה א"א בשעת נפילה נפטרת אע"פ שביד המקדש לגרשה ולא דמי לשאר עריות מ"מ הא אין קידושין תופסין בא"א ואיך תתפוס הזיקה בשעה שהיא א"א ודמי לחיי"ל לרע"ק דכיון דאין ק"ת בחיי"ל לאו בני חליצה ויבום נינהו וכל זה בערוה בשעת נפילה משא"כ ביבמה שהותרה והרי היא זקוקה דהוי כמו קידושין אע"ג דבנשא מת ומת ואח"כ נשא חי ונפלה ואח"כ נפצע לרע"ק ג"כ לאו בני חליצה ויבום נינהו זהו מגזיה"כ דאם לא יחפוץ כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה ולהכי בא"א שבידו לגרשה לא דמי לשאר עריות והדר דינא להסברא שלא תפקע הזיקה שנתפסה כמו שארי קידושין שאינן נפקעין לכשחלו, וזה נראה שיטת הרמב"ן דגם בא"א על ידי תנאי אף דד"א גרם לה ואינו דומה לאחות אשה מ"מ כיון דאי"ע ליבום אי"ע לחליצה דבע"מ שלא תנשא הא גם קידושין בכלל כדמוכח מדהתוס' ד"י וכמש"כ השעה"מ בפ"ח מהל' גירושין וגם בע"מ שלא תבעלי הא אי אפשר שיותפס בה זיקה כיון שאי"ע ליבום ובשעה שתעבור על תנאי היא א"א א"כ מה בכך דבידו לגרשה כיון דלאו בת קנין יבום היא ולא תוכל לחול הזיקה מעיקרא

וכבר נתבאר בשי' הרמב"ן דכל שאין דין קידושין אין דין זיקה ולהכי כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה מסברא, וז"ל הרמב"ן ביבמות ד"כ בתוך דבריו דרבא לא דרש לדרב גידל ולא ס"ל הך דרשא אלא זיל בתר טעמא התם תפסי קידושין ולא פקעי זיקה הכא לא תפסי קידושין ופקע זיקה ודאמרינן בריש מכלתין ד"ג כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה לישנא דקרא נקיט ולאו משום מדרש כו' וכן שיטת הרמב"ם בפ"ו מהל' יבום הלכה ח' ונראה דהא דאיצטריך לדרשא דרב גידל בחיי"ל ועשה ולדרשא דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה בחיי"כ ולא ילפינן החילוק מסברא משום דלכשנשא מת ומת ואח"כ נשא חי דכבר חלה הזיקה דבקידושין בכה"ג לא פקע ומ"מ כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה מגזיה"כ וכיון דאיכא גזיה"כ דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה ולהכי איצטריך קרא דועלתה יבמתו השערה בחיי"ל ועשה דחולצת אבל גם לדרב גידל לפי האמת חלוק ערוה דבשעת נפילה שאין בה תפיסת קידושין ואין בה זיקה מסברא אף דלא דמי לאחות אשה מ"מ אין בה זיקה אבל לאחר נפילה שהעיקר מגזיה"כ דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה וכל דלא דמי לשאר עריות ובידו לגרשה זיקה בכדי לא פקע.

והנה דהתוס' בדט"ז שחילקו בא"א דבידו לגרשה צ"ב דהא ילפינן כל עריות מהקישא דר' יונה ואין משיבין על ההיקש וכמבואר בקידושין דס"ז אלא א"א איכא למיפרך שיש לה היתר אלא אמר ר' יונה כו' ולשיטת הרמב"ן דהא דסוטה פטורה מן החליצה ילפינן מלאחר ולא ולא ליבם והא דטומאה כתיב בה כעריות דצרתה כמותה י"ל דההיקש הוא רק לענין יבום דכתיב בפרשה דעליה אבל לא לענין דין דכל שאי"ע ליבם אי"ע לחליצה אבל לשי' התוס' דסוטה פטורה מן החליצה משום דטומאה כתיב בה כעריות הרי דגם בדין דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה הקישן הכתוב לעריות דחיי"כ ואע"ג דסוטה תפסי בה קידושין ולא דמי לשארי עריות אין משיבין על ההיקש ועי' במש"כ בסי' א' אות י"ב א"כ מה"ט גם א"א לאחר נפילה כיון שאי"ע ליבום מאיזה טעם שיהי' מקרא דעליה או לרבא לפי שאין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת הא כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה כשארי עריות ואין משיבין על ההיקש*.

* **הגה"ה** וראיתי בס' הישר לר"ת סי' מ"ה שכ' לתרץ מ"ט נדה ל"ה כשאר עריות לענין יבו"ח משום דאמרינן מה לאחות אשה מיוחדת שהיא ערוה לאפוקי נדה. אע"ג דכתיב בה ואל אשה בנדת טומאתה לא תקרב לגלות ערותה אין התלמוד קורא ערוה אלא זו דלא תליא ביומא וטבילה וכן אין דבר שבערוה פחות משנים אין חזקת נדה בכלל ולא ספירתה, תדע דכי יליף בפ' האומר מאחות אשה במה מצינו מפרש מה אחות אשה מיוחדת שהיא ערוה כו' וכי יליף מהיקש דר' יונה אינו מזכיר ערוה דאין משיבין על ההיקש ואההיא פריך אפילו נדה נמי אבל על מה מצינו מפרש מה אחות אשה מיוחדת שהיא ערוה ולא פריך מנדה כלל, ועוד תימא מ"ט יליף במה מצינו לילף מהיקש דר"י אע"כ למעוטי נדה כו'

ומבואר בדר"ת דיליף מבמה מצינו ולא מהיקש וע"כ נדה אינה בכלל עריות דלא דמיא לאחות אשה משא"כ אם הי' יליף מהיקש דר"י גם נדה בכלל דאין משיבין על ההיקש, אבל תמיהני שהרי מפורש ביבמות ד"ח מכדי כל עריות איכא לאקושינהו לאחות אשה ואיכא לאקושינהו לאשת אח כו' איבע"א לקולא וחומרא לחומרא מקשינן הרי מפורש דמהקישא דר"י ילפינן לכל עריות ולא מבמה מצינו א"כ גם נדה תפטור מהקיש דר"י כדמקשה בפ' האומר א"ה נדה נמי ודברי ר"ת צע"ג.

ובאמת תמי' גדולה במש"כ התוס' ריש יבמות ד"ה אחות אשה לחלק נדה משאר עריות משום דנדה לכו"ע אסורה הא אין משיבין על ההיקש כדמקשה בפ' האומר א"ה נדה נמי והתם גלי קרא ותהי נדתה עליו אפי' בשעת נדתה תהא בה הוי' אבל לענין יבו"ח דלא גלי קרא כיון דניתי נדה בהקישא דר"י א"כ מ"ש נדה משאר עריות וכמו שהק' בספר הישר, גם לשי' הראב"ד דס"ל דסוטה חולצת משום דמבעלה לא נפקא דלא גט ולהכי זיקה לא פקעה וס"ל בנדה דק"ת בה ולהכי זיקה לא פקעה ע"כ גם בעת נדותה קנאה כדמוכח בפסחים משום דכיון דהזיקה לא פקע וחולצת שוב אין בה איסור אשת אח עדיין קשה גם לשי' הראב"ד לרב ביבמות דס"ל סוטה פטורה מן החליצה דטומאה כתיב בה כעריות אע"פ דתפסי קידושין ומ"ש נדה דהוי ג"כ ערוה, ועי' בשמים ראש ריש סי' ש"א, - ונראה דבאמת דהתוס' בריש יבמות שם צריכין באור דמתחלה כתבו ואפילו בנדתה משמע בפסחים סו"פ אלו דברים דבת יבום היא דפריך מ"ש יבמתו דקעביד מצוה משמע דקני לה ואח"כ כתבו ועוד נראה לחלק דאחות אשה אע"פ שמתה אשתו אח"כ לא תזקק ליבום כיון שנפטרה שעה אחת משום שנאמר דרכיה דרכי נועם כו' אבל נדה דרכי נועם היא דלבעלה נמי צריכה להמתין עד שתטהר עכ"ל, וצ"ב דתי' האחרון אינו מספיק אלא על לאחר שנטהרה מנדתה דל"א בה כל יבמה שאין אני קורא בה כו' אבל על שעת נדותה קשה דמשמע מחילוקם דלא קנה לה בשעת נדותה ובפסחים משמע בהדיא דבת יבום היא [ולכאורה נראה לתרץ הא דפסחים דיבמתו נדה בעל פטור דמשמע דקני די"ל דמיירי שבשעה שנפלה ליבום היתה טהורה ואח"כ פרסה נדה דבזה י"ל כיון דאיסור אשת אח נפקע והותרה ליבום שוב אינה נאסרת עוד משום אשת אח כמש"כ הרשב"א ולהכי בפרסה נדה אחרי שהותרה ליבמה כיון דאין כאן איסור אשת אח ונדה תפסי בה קידושין וע"כ חולצת וממילא דאם בא עלי' קנאה ובפרט לריו"ח דס"ל דאין על הצרה כרת וכמש"כ הרשב"א בדף מ"א משום דאיסור אשת אח הותרה ולטעמו שפיר קאמר דיבמתו נדה קעביד מצוה כנ"ל, ולפי"ז דוקא כשנפלה ליבם היתה טהורה וניתר איסור אשת אח אבל אם היתה נדה בשעת נפילה באמת לא קנה, אבל מסתימת ד' הראשונים נראה דבכל גוני קנה בעת נדותה, ודוח"ל דלתירוץ השני באמת לא קנה].

ע"כ נראה בהבנת דבריהם דהא בהא תליא דוקא בערוה שאסורה עליו עולמית כמו סוטה אע"ג דתפסי בה קידושין מ"מ לא תפסי בה זיקה כיון דהזיקה היא בשביל מצות יבום ויבום אין בה דטומאה כתיב בה כעריות לא איתרבאי בדרשא דרב גידל חליצה נמי ל"ש אצלה דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה משא"כ נדה דתפסי בה קידושין והזיקה היתה נתפסת רק בשביל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה והא לאחר שתטהר תעלה ליבום ואיך אפ"ל שהזיקה נפקעה לגמרי שהרי מיתלא תליא ולכשתטהר תהא

מתיבמת וממילא אי אפ"ל שתצא לשוק בלא חליצה שהרי יש בה זיקה וזקוקה למצות יבום כשתטהר, וזה שיעור דהתוס' דאחות אשה אע"פ שמתה אשתו אח"כ שוב לא תזקק ליבום כו' וממילא לא משכח"ל בה זיקה כלל אבל בנדה דדרכי נועם היא ואם תטהר תתיבם וממילא היא זקוקה ליבום ויש בה מצות זיקה וחולצת וכיון דחולצת שוב אין בה איסור אשת אח ואם בא עלי' יבם בעת נדותה קנאה. **ואין** להקשות לפי"ז דגם באחות אשה ביבמה שהותרה ונאסרה דאח"כ תחזור להתירה הראשון ושוב לא תפטור משום ערוה, תינח לשי' הרשב"א דגם אח"כ מותרת לשוק ולא תחזור לזיקתה א"ש, אבל לדעת החולקים הרי הזיקה מתלא תליא, אך ז"א דלא דמי לנדה דבודאי תטהר ובודאי תעלה ליבום אח"כ ואין זו ערוה הפוטרת משא"כ באחות אשה והא אין בידו להמית את אחותה.

ובדרך אחר יותר קצרה י"ל דהא דאי"ע ליבום אי"ע לחליצה הוא דכשאינו עולה ליבום כלל לעולם, משא"כ נדה כיון לאחר שתטהר תעלה ליבום עולה ליבום קרינן בה וא"כ אף דנדה ילפינן מהקישא דר"י מ"מ כיון דמה שנאסרת אח"כ מצד כל יבמה שאין אני קורא בה כו' לאו מהקישא הוא רק מסברת דדרכי נועם הוא ובנדה חשוב דרכי נועם ואינו נכלל בדין כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה ובע"כ יצתה נדה מכלל עריות דהקישא דר"י דכיון דאחרי שתטהר מותרת בע"כ היא זקוקה ליבום ועי' בתוס' ישנים שם כיון שיש לה היתר ע"י טבילה מקרי עולה ליבום ועי' ברא"ש דלא דמי לחליצת מעוברת כו' דשאני נדה שעומדת לטבול וליטהר, וזהו שהוסיפו בעהתו"ס בתירוצם האחרון דלתי' הראשון שכ' דלא דמי לאחות אשה ושארי עריות קשה דהא אין משיבין על ההיקש וצ"ל לדבריהם קאי אי נימא דהקישא דר"י הוא רק לענין הערה כמש"כ הרשב"א ביבמות ד"ח אליבא דרבא [ויעוי' ירושלמי ריש יבמות במה"פ שרוצה לפרש ג"כ דהתוס' בד"ח כמש"כ הרשב"א יעו"ש] וע"כ הוסיפו בתי' השני לישב להקישא דר"י דאין סברא לחלק משום דאין משיבין על ההיקש מ"מ מחלקים דלכשתטהר אינה נאסרת דהוי דרכי נועם וזקוקה ליבום וממילא דגם בעת נדותה הרי היא זקוקה כאמור.

ונראה בפשט דהתוס' דהא דאי"ע ליבום אי"ע לחליצה הוא באופן שאי"ע ליבום לעולם, אבל כל שביד המקדש לגרשה חשובה עולה ליבום לאחר זמן וכיון דכבר הוזקקה ליבום זיקתה מיתלא תלוי ולא תוכל להפטר מן החליצה כיון שביד המקדש לגרשה וראוי ליבום אחרי כן וכל זה לכשחלה הזיקה שזהו רק מגזיה"כ דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה משא"כ בא"א בשעת נפילה אי אפשר שתחול הזיקה כיון. שאי אפשר שתחול הקידושין לאחר שתתקדש ותתגרש והא אין ביד היבם והיבמה להסיר איסור א"א ולא דמי לנדה בשעת נפילה שכ' התוס' דבידה לטבול ועוד דבנדה תפסי בה קידושין אבל בא"א בשעת נפילה דלא תפסי בה קידושין ואין בידם להביא לידי תפיסת קידושין אי אפשר שתחול הזיקה מעיקרא.

ובדעת הרשב"א דמספק"ל בא"א על ידי תנאי דד"א גרם לה דאפשר דחולצת אע"פ שאין בה תפיסת קידושין ורק שעל ידי עבירת התנאי בטל הגט למפרע חשובה בת תפיסת

קידושין וגם אפ"ל דס"ל עפמש"כ בסי' א' בשי' הראשונים דלהכי סוטה פטורה מן החליצה אע"ג דתפסי בה קידושין דהא דאמרינן בד"כ מסתברא חיי"כ דלא תפסי בה קידושין הוא ענין חומר וכן פרש"י בסנהדרין דנ"ג דלהכי מוקי לקרא דלא יחפוץ בהכי ולהכי גם סוטה יש לה החומר משום דטומאה כתיב בה כעריות יש בסוטה חומר ערוה ומה"ט בא"א מחמת תנאי דד"א גרם לה אין לה חומר ערוה ולהכי חולצת. אבל הרמב"ן דס"ל דהא דסוטה פטורה מן החליצה משום לאחר ולא ליבם והא דחיי"כ אי"ע לחליצה הוא גם מסברא דלא תפסי בה קידושין ולהכי בא"א בשעת נפילה כיון דבפועל אין בה קידושין או יבום אין בה זיקה כלל ואי"ע לחליצה.

והנה בשיטת התוס' ביבמות ד"י בסוף הדבור בפירוש ד' הירושלמי ולתני' א"א תמן התורה אסרה עליו הכא הוא אסרה עליו דהאיסור תלוי במגרש שאם ירצה יתירנה ליבם קודם שימות אחיו ולהכי לא תני ומשמע מדבריהם דבכה"ג פוטרת צרתה רק דלא תני להו, וכ"כ הישׁ"ש והנובי"ת בכונת דהתוס' ופרושם מוכרח מדבריהם דאל"כ מאי מהני שהי' מתירה קודם שימות כיון דעכשיו אין בידו להתירה ליבום משום שנאסרה עליו בשעה אחת ובתוס' גיטין דפ"ג תירצו שני תירוצים ועי' בתוס' הרא"ש ביבמות ולתירוץ השני אינה פוטרת צרתה יעוי"ש, ובדהתוס' יל"פ דבתוך הדבור כתבו ומיהו לרבי דילפינן מולקחה כל היכא דאיכא תרי ליקוחין קשה דגם א"א ע"י תנאי אין בה ליקוחין ופוטרת צרתה ובודאי דלרבי לא מהני הא דבידו לגרשה כיון דאין בה ליקוחין ומפרשים קושית הירוש' לרבי דלא ילפינן מאחות אשה ולתני א"א שפוטרת צרתה ועל זה משני תמן התורה אסרה עליו אבל הכא הוא אסרה עליו ובידו להתירה קודם ולהכי לא תני לה, אבל היא עצמה נראה מדהתוס' בתחלת הדבור דהוי ערוה ואפילו לרבנן רק שאינה פוטרת צרתה ולא מהני הא דבידו לגרשה וכן הוכיח מזה הבית מאיר.

אולם מדהתוס' אין הכרח לזה. והנה המהרי"ט בתשו' סי' מ"ט הוכיח מדהתוס' במגרש על תנאי שיכול לגרשנה אח"כ בלי תנאי או לבטל התנאי דלא כמש"כ הרא"ש בתשו' כלל מ"ה דאין יכול לבטל התנאי וגם לחזור ולגרשה אין תקנה אלא שיקדשנה ויתן לה גט בלא תנאי וכאן אי אפשר שיקדשנה קודם מיתת אחיו דהא היא א"א ואין קידושין תופסין ומדברי המהרי"ט נראה דמפרש דהתוס' דיכול המגרש להתירה על ידי ביטול התנאי, ולכאורה יש לתמוה דא"כ יכול להתירה אף לאחר מיתת אחיו דהא ע"י הביטול חל הגט למפרע ולא נאסרה עליו שעה אחת, וראיתי שהרגישו בזה, וצ"ל בסברתו כיון דבאותה שעה היתה אסורה עליו חשוב נאסרה עליו שעה אחת ואיגלאי מילתא למפרע לא אמרינן אף דלא דמי לחליצת מעוברת, ועי' בשעה"מ פ"ב מהל' נדרים שמפרש ד'

הרשב"א בריש יבמות שהקשה מנודרת הנאה ליבמה דהא אפשר לאתשולי משום דכל שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה כו' ואח"כ הביא ד' הרשב"ץ ח"ב סי' ר"ס דבכה"ג מתיבמת.

וע"כ נראה בכונת התוס' דבידו להתירה ע"י גט וס"ל להתוס' דלא מהני ביטול אח"כ, אלא דמה שהוכיח המהרי"ט מדהתוס' דבידו לגרשה שנית דלא כמש"כ הרא"ש בתשובה דחה באבני מילואים בסי' קמ"ג לפי המבואר בד' הרמב"ן דהירושלמי מיירי באומר חוץ ולא בעל מנת א"כ גם התוס' מפרשים כן לכך שפיר מהני גט שני יעוי"ש. ובחוץ בודאי דאין בידו לגרשה אחר מיתת הבעל כמש"כ המגיה בא"מ שם ס"ק ב' דהא קידושי אחיו לא חלו לגבי שמעון דבאותה שעה עדיין היתה א"א גביה ואני קורא בה כל יבמה שאינה עולה לפני צד הקנוי בה שהרי היא קנוי' לראובן חוץ משמעון והשיג שם על בעל מכתב אלי' אולם לפני מיתת הבעל י"ל דגמרו קידושי הבעל אח"כ כמש"כ המגיה שם אבל לאחר מיתת הבעל בודאי אין בידו להתירה ליבם, ולהכי מדויקים דהתוס' שכתבו שאם ירצה יתירנה ליבום קודם שימות דבחוץ לאחר שימות לא מהני, ולפי מש"כ י"ל דמש"כ התוס' מתחלה בתוך הדבור דבעל מנת אינה פוטרת צרתה ונראה דהיא עצמה הוי ערוה, משום דהתוס' ס"ל כשי' הרא"ש בתשובה דבעל מנת לא מהני לא ביטול התנאי ולא גירושין שנית רק שיקדשנה והכא אי אפשר דהא היא מקודשת לאחר ואין תקנה בדבר ולהכי הויא ערוה, ולמש"כ הרי מדהתוס' ראי' לתשו' הרא"ש היפוך מד' המהרי"ט ואין סתירה כלל לדהתוס' ביבמות דט"ז דבעל מנת אין בידו לגרשה. אולם בד' הרמב"ן אי אפ"ל כן שהרי שיטת הרמב"ן בגיטין דע"ו דבריצוי שניהם יכולים לבטל את התנאי וגם מפשטות דהתוס' שכתבו מתחלה דאי חשיב שיור כמו בחוץ מפלוני אם ניסת לאחר שרי' ליה והביאו אח"כ ד' הירושלמי וסתמו הדברים ולא כתבו דלפי גמרא דילן בחוץ מותרת להתיבם כמש"כ הרמב"ן נראה דמפרשים קושית הירושלמי בע"מ כמש"כ המהרי"ט ואע"פ דבידו לתת הגט כמבואר בדהתוס' מ"מ א"א בשעת נפילה הוי ערוה ופטורה מן החליצה רק שאינה פוטרת צרתה, ועכצ"ל דשאני א"א בשעת נפילה מלאחר נפילה כמשכ"ל.

כל זה כתבתי מה שיש לצדד לפי תירוץ הראשון בתוס' יבמות דט"ז שכתבו לחלק מסברא אולם התוס' שם תירצו עוד וז"ל ועוד אור"י דלא תהי' אשת המת לאיש זר משמע דאפילו ע"י הוי' דהיינו קידושין לא תהי' לאיש זר דלהכי אפקעיה בלשון הוי' ולפי תירוץ זה גזיה"כ הוא וגם אפשר להשוות בזה דעת הרמב"ן והרשב"א וד' התוס' דהתם הויא א"א ע"י שיור בגט ולמפרע הויא א"א שפיר הויא א"א ככל עריות, משא"כ בנתקדשה

לזר לאחר מיתת הבעל ע"ז איכא גזיה"כ דלא תהי' לאיש זר דאפילו ע"י הוי' לא תהי' וא"ש בפשיטות.

אולם בבית מאיר כתוב וז"ל ואף תי' תוס' שני מקרא נלמד כמדומה לי דלא סברי ותי' זה ודאי רחוק דאל"כ אכתי מהכ"ת לומר דגזיה"כ הוא אלא דמ"מ הטעם כדמחלקים בתי' ראשון, ובאמת תירוץ הר"י צריך טעם מנלן באמת לחדש גזיה"כ בדרשא שלא נדרשה בגמ', ובפשוטו נראה שאין זה דרשא אלא מוכח מפשוטו של של מקרא למש"כ הריטב"א בקידושין דע"ח וז"ל ומיהו יבמה לשוק אליבא דשמואל דסבר דלא תהי' דכתיב בי' ללאו הוא דאתא כיון שהוא לשון הוי' וקידושין תופסין בה הו"ל בלא יקח ולדידי' קידש לוקה בעל ולא קידש אינו לוקה והרי זה מבואר יפה. וזו שיטתו של הרמב"ן עכ"ל, ולפי"ז אי נימא דקדושין מפקיע הזיקה א"כ איסור דלא תהי' אשת המת החוצה היכי משכחת לה דבלא קידושין ליכא לאו וע"י קידושין הרי נפקע הזיקה ואין עוד איסור יבמה לשוק ונצטרך לומר דעיקר האיסור הוא רק על עצם מעשה הקידושין וכמש"כ התוס' ביבמות דמ"ט דלקי נמי אקידושין ונפרש דעל קידושין גרידא והפקעת הזיקה עובר בלאו ואח"כ היא ניתרת לו. אבל ז"א במשמע שעיקר האיסור יהי' רק הקידושין דלא מצינו כיו"ב בכל חיי"ל דעיקר האיסור הוא הביאה האסורה וגזרה תורה באיזה מחיי"ל שהקידושין ג"כ תנאי לעבירה ועובר גם על זה בלאו אבל שלא יהי' בהביאה שום איסור ורק הלאו בהקידושין לבד זה לא מצינו וע"כ צ"ל דאין הקידושין מפקיע הזיקה וזהו שהוכיח הר"י דלא תהי' אשת המת לאיש זר משמע אפילו ע"י הוי' לא תהי'.

אולם ק"ל על תי' הר"י מיבמות דצ"ב א"ל ר"ל כו' מתניתין רע"ק היא דאמר אין קידושין תופסין בחיי"ל כו' והנה לפי תי' הר"י דמה דאין קידושין מפקיע הזיקה הוא מקרא דלא תהי' ילפינן א"כ למאן דס"ל דאין ק"ת בודאי אין ראי' דאין קידושין מפקיע הזיקה דהא לרע"ק לא יפורש כלל לא תהי' על הוי' דהא לדידי' אין כאן הוי' כלל ולדידי' גם ביאה בלא קידושין עובר אף שנאמר בו הוי' כמו בכל חיי"ל, וקשה לפי"ז מנ"ל להש"ס לומר בפשיטות דלרע"ק אין קידושין תופסין ביבמה לשוק דהא לא דמי לכל חיי"ל דבכולן גם אי נימא דק"ת מ"מ תהי' הביאה ביאה אסורה וע"כ דאין ק"ת אבל ביבמה לשוק דאי נימא דק"ת פקע הזיקה ומותרת לו א"כ מהיכ"ת נאמר דאין ק"ת בכה"ג שע"י תפיסת הקידושין תהי' ניתרת ולא תהי' עוד חיי"ל.

ואין לומר כיון דהקידושין הוי עבירה ודמי לאלמנה לכה"ג דלרבא כ"מ דאמר רחמנא לא תעביד אעל"מ כדמקשה בתמורה ד"ה וקרא דלא יחלל חלולין הוא עושה ואין עושה ממזרים הא לא דריש רע"ק דס"ל אין ק"ת בחיי"ל [וילה"ע דא"כ בבעולה לכה"ג דמבואר

ברמב"ם דאם בא ביאה בלא נשואין לא חללה וכמש"כ המל"מ בפי"ח מהל' איסו"ב בדברי רש"י כתובות ד"ל דבלא קידושין אין עבירה דנימא אעל"מ דהא לא דמי למצרי ואדומי דאין בקידושין עבירה, שוב מצאתי בדו"ח להגרעק"א בכתובות ד"ל שהרגיש בזה, אולם עיקר ד' המל"מ אינם מוכרחים דבודאי לרע"ק דס"ל אין ק"ת בחיי"ל הא דכתיב באלמנה לכה"ג לא יקח הוא גם בלא קידושין וכמבואר ביבמות דס"ט דלרע"ק לא תהי' לא תבעל, וגם להרמב"ם דס"ל דכל חיי"ל אינו לוקה בלא קידושין מודה לרע"ק וכיון דאיכא עבירה בלא קידושין דמי למצרי ואדומי ולא אמרינן בי' אעל"מ ועי' נובי"ת סי' נ' אבל בקידושי יבמה לשוק אי נימא דקידושין תופסין ופקע הזיקה וגוף הקידושין הוי עבירה אמרינן אעל"מ עדיין יקשה לאביי דס"ל אי עביד מהני מאי מספק"ל ביבמות דמ"ט אי ק"ת ביבמה לשוק הא מוכח ממשנתינו דהרי את מקודשת לי לאחר שיחלוץ לך יבמך דאינה מקודשת דאין ק"ת ביבמה לשוק דהא אי אפשר לאוקמי כרע"ק דגם לדידי' מהראוי שיתפסו הקידושין דעי"ז יופקע הזיקה, וצ"ל לשי' הר"י דס"ל להש"ס כיון דלרע"ק הא דס"ל דאין ק"ת בחיי"ל הוא משום דתלוי בממזרות וכיון דלרע"ק יש ממזר מיבמה לשוק ולדידי' עובר על ביאה בלא קידושין אע"ג דאי נימא דקידושין תופסין בה תהי' ניתרת מ"מ אין מקום שיותחל חלות תפיסת הקידושין כיון דבלא קידושין הרי היא אסורה.

ולכאורה נראה נפ"מ לדינא בין תירוץ הראשון שבתוס' משום דבידו לגרשה או לתי' הר"י דממשמעות הכתוב דלא תהי' מוכח דאין הקידושין מפקיעין הזיקה ביבמה שהותרה ונשא אחותה ונאסרה ליבם והותרה לשוק ונתקדשה ואחרי כן מתה אחותה, דלתי' הר"י הא ניסת בהיתר והקידושין מפקיעין הזיקה ולרב דס"ל אין ק"ת ביבמה לשוק הא בודאי לא ידעינן מלא תהי' אשת המת החוצה דאין הקידושין מפקיעין הזיקה דהא ס"ל אין קידושין תופסין ממילא היכא דקידושין תופסין מהני להפקיע הזיקה, וגם לשמואל הא לא ידעינן מלא תהי' רק היכא דקידושין הי' בעבירה ועבר על לאו דלא תהי' אבל בנתקדשה בהיתר בודאי ראוי שהקידושין יפקיעו הזיקה, אבל לתי' הראשון הא בידו לגרשה גם בכה"ג ולא נפקע זיקתה ולמאי דפסק הרמב"ם והטושו"ע ביבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה דרצה חולץ ורצה מיבם ותחזור לזיקתה ולמצות יבום אחרי הגירושין הרי בידו לגרשה. עוד נראה נפ"מ אם נתקדשה לאחי אביו שמותר בה שהיא לו אשת בן אחיו ועתה ליבם היא אשת אחי אביו וא"כ גם לאחר הגירושין היא ערוה עליו ולא מהני הא דבידו לגרשה להתירה, ועי' בשו"ת רעק"א החדשות סי' ק"ט מש"כ בזה אבל לתי' הר"י לא מהני קידושי יבמה לשוק להפקיע האיסור אע"פ שגם אחר הגירושין

תהי' ערוה ואם נשא היבם אחותה ונתקדשה היבמה לאחי אביו בהיתר ואח"כ מתה אחותה בזה בודאי נפקע הזיקה ע"י הקידושין ממנ"פ דלתי' הראשון אין בידו לגרשה להתירה ליבם ולתי הר"י הא נתקדשה בהיתר.

אולם למש"כ בטעם הר"י דאין זה דרשא דהא לא מצינו דרשא זו בתלמוד רק שכן מוכח מפשוטו של מקרא דאל"כ לא תהי' אשת המת החוצה היכי משכח"ל דהא ע"י הקידושין נפקעת הזיקה א"כ אין לנו ראי' מהכתוב רק היכא דנתקדשה ואחרי הגירושין תהי' ניתרת ליבם דבכה"ג אין הקידושין מפקיעין הזיקה דבידו לגרשה אבל באופן שבע"כ תהי' מופקעת מהיבם גם אחר הגירושין אין לנו ראי' על זה ובכה"ג גם להר"י מפקיע הזיקה וגם הבית מאיר כתב בשי' הר"י דהא דאין הוי' מפקיע הזיקה הוא מטעם משום דבידו לגרשה.

כן יש לדין בזה דמה דהוסיף הר"י ממשמעות המקרא ולא סגי לי' בתירוץ הראשון דבידו לגרשה משום דלשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה ודמי לא"א בשעת נפילה בכה"ג לא אמרינן בידו לגרשה, וע"כ הוסיף הר"י דמ"מ כיון דנתקדשה באיסור דלא תהי' אי אפשר שהקידושין יפקיע הזיקה, ולפ"ז לכשנשא יבמה אחותה ונתקדשה לשוק בהיתר ואחרי כן מתה אחותה בכה"ג למאי דקיי"ל דיבמה שהותרה ונאסרה תחזור להתירה הראשון מודה הר"י לתירוץ הראשון משום דבידו לגרשה ומתורץ בזה משה"ק בדרוש וחדוש על תי' הר"י דהא לרב ודאי אי אפשר למידרש קרא להכי דהא ס"ל אין ק"ת ולא משכח"ל הוי' ויקשה לפ"ז דישאר קושית הש"ס בדפ"ז דלא יהי' מתים כחיים לפוטרה מיבום ומה דמשנינן דרכי' דרכי נועם והיינו דאם תנשא וימות הבן ותצטרך חליצה ותתגנה על בעלה זה ל"ש לרב דהא לא תצטרך לחליצה תחת בעלה דבעת שנתקדשה הי' הבן חי ואח"כ כשמת הבן היא ערוה משום א"א ויעוי"ש מה שרצה לומר דלאותו ס"ד דגם לרב אפשר למידרש לא תהי' אפי' ע"י הוי' ובאופן זה דמת הבן תחת בעלה השני ודחה אח"כ, ותירוצו אינו מובן דהאיך אני קורא לרב לאו דלא תהי' באופן שנתקדשה בהיתר דהא באיסור לרב אין קידושין תופסין, ולא עוד דלפמש"כ קושית הגרעק"א גם לשמואל קשה נהי דמוכח דלא תהי' אשת המת החוצה אין קידושי איסור יבמה לשוק בכח להפקיע זיקת היבם היינו היכא דעובר על לאו דלא תהי' אבל היכא דנתקדשה בהיתר הרי א"א ערוה ככל העריות.

ולמש"כ דגם הר"י מודה לרב דס"ל דיבמה שהותרה ונאסרה דתחזור להתירה הראשון מצד סברא דבידו לגרשה ואח"כ תחזור להתירה א"כ לפי ההו"א דלא נעשה מתים כחיים גם בשעת נפילה שייך סברא זו דבידו לגרשה, ויעוי' בנובי"ת סי' ק"נ שכ"כ מעצמו

להוכיח מזה דאין א"א מפקיע הזיקה, ולמש"כ י"ל דאין נפ"מ בין תירוץ הראשון לתי' הר"י לדינא דבנתקדשה בהיתר מ"מ היכא דשייך סברת דבידו לגרשה דתחזור להתירה גם הר"י מודה והיכא דע"י הקידושין תהי' ערוה גם אח"כ אין ראי' מלאו דלא תהי' בכה"ג דאין הקידושין מפקיעין הזיקה והחידוש של הר"י דאליבא דשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה מ"מ מצד קידושי איסור יבמה לשוק אין הזיקה נפקעת וממילא דמותרת אחרי כן ג"כ, מ"מ י"ל דאיכא נפ"מ בא"א בשעת נפילה דאפשר דלתירוץ הראשון דגם לשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה מ"מ אין הקידושין מפקיעין מסברא דבידו לגרשה ה"ה בא"א בשעת נפילה אינה נפטרת כמו דמצדד הרשב"א, אבל לתירוץ הר"י הא ידעינן רק היכא דנתקדשה באיסור יבמה לשוק דאין הזיקה נפקעת לשמואל משא"כ בא"א בשעת נפילה דאסורה גם אחר הגירושין משום כל שאין אני קורא בשעת נפילה יבמה יבא עלי' ולא נפקע הזיקה מסברא וכשי' הרמב"ן והתוס' בד"י.

ולפי מה שנתבאר דלמאי דקיי"ל כרב דיבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון אין איסור א"א פוטר להר"י מסברא עכ"פ אין ראי' מקרא דלא תהי' אשת המת דאין הקידושין מפקיעין הזיקה רק באופן שאחרי הגירושין תהי' ניתרת אבל באופן שתהי' אסורה אח"כ דקידושין מפקיעין כמו בשעת נפילה וא"כ למש"כ למעלה בסוטה שנפלה ליבום ואח"כ נשא אחותה ומתה לא אמרינן יבמה שהותרה ונאסרה תחזור להתירה הראשון ולהכי בסוטה שנתקדשה לזר להך צד דק"ת ביבמה לשוק מהני הקידושין להפקיע הזיקה משום דבידו לגרשה ל"ש בזה דאף אם תתגרש תיאסר ואף דלשי' הרשב"א דס"ל דיבמה שהותרה ונאסרה לא תחזור עוד ליבום ולחליצה ולדידי' ל"ש סברא דבידו לגרשה ועכצ"ל גם לרב מצד גזיה"כ מ"מ הא מפסק השו"ע בסי' קנ"ט ביבמה שהותרה רצה חולץ רצה מיבם דלא כהרשב"א וזקוקה לחליצה ושייך סברא דבידו לגרשה, אבל בעיקר הסברא דיבמה שהותרה ואיסור אשת אח שניתר אינו חוזר וניעור י"ל כהרשב"א וכדקי"ל כריו"ח דהחולץ ליבמתו אי"ח לא הוא ולא האחין על החלוצה ועל הצרה כרת וי"ל דלהכי תחזור להתירה הראשון דרק איסור אשת אח אין לו היתר אבל היכא שנאסרה משום אשת אח כמו בסוטה ונשא אחותה ומתה אין לו היתר לאיסור אשת אח ולא תחזור להתירה הראשון ובכה"ג ל"א בידו לגרשה והזיקה נפקעת, [ואף דלתי' הראשון שבתוס' מוכח דלשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה משום דבידו לגרשה אינו מפקיע הזיקה מ"מ י"ל דלשמואל מוכרח לומר כן מהא דקאמר בני צרות אני מעיד לכם אבל למאי דקי"ל כרב אפשר דרק היכא שתחזור להתירה הראשון

בזה אינה מפקעת הזיקה משום דבידו לגרשה אבל היכא דתיאסר אחרי כן ג"כ באמת אינו מפקיע הזיקה].

וראיתי במנ"ח מצוה קע"ה שכ' דבנפלה קטנה לכה"ג דיש בזה ל"ת ועשה והבא עליה לא נפטרה צרתה וחייב עליה משום אשת אח כמש"כ המל"מ לצדד כן אם נתגדלה אחרי כן אינה פוטרת צרתה אף דליכא אלא לאו ואתי עשה ודחי ל"ת מן התורה מ"מ כיון דבשעת נפילה לא חזיא ואין אני קורא בה יבמה יבא עליה הרי היא כאשת אח שי"ל בנים יעוי"ש, ולכאורה בפשוטו כיון דזקוקה לחליצה לא אמרינן כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' ואף דלריו"ח ביבמות דכ"ז מצינו ג"כ בזיקה דרבנן כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' היינו לאוסרה מדרבנן ליבום אבל לגבי דין תורה שלא לפטור צרתה לומר כללא דרב לא מצינו רק בנשא אחותה דנפטרה מזיקתו לגמרי אבל היכא דזקוקה לו אף דאם בא עליה חייב משום אשת אח מ"מ כיון דצריכה חליצה אי אפ"ל דהרי היא כאשת אח שי"ל בנים ולהכי אם אחר נפילה אין בה אלא ל"ת לבד אפ"ל דאתי עשה דיבום ודחי ל"ת מן התורה, וכל זה באופן שנסתפק המנ"ח שלא נעשית ערוה אחרי כן אבל באופן שנעשית ערוה אח"כ לכשנשא אחותה או נתקדשה לשוק לפי הך צד דקידושין תופסין בזה י"ל דגם לרב כיון שנאסרה נאסרה דהא גם רב אמר יבמה שהותרה ונאסרה תחזור להתירה הראשון נראה דהותרה למצות יבום ואח"כ חזרה להתירה הראשון, אבל באופן שגם מתחלה נאסרה למצות יבום ורק שאסורה לשוק שתחזור לזיקתה ואיסורה הראשון לא שמענו ולהכי גם לכשנתקדשה ונתגרשה הואיל ונאסרה נאסרה, וביותר י"ל למשכ"ל בביאור דהתוס' דלהכי אין הקידושין מפקיעין הזיקה משום דבידו לגרשה משום כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה, משא"כ בא"א דראוי להיות עולה ליבום לאחר הגירושין והא סוטה באמת אינה עולה ליבום לעולם והא דחולצת לשי' הראב"ד משום דאילו איתא לבעל מי לא בעי גיטא ולהכי כשקידש אחותה או נתקדשה לשוק לענין זיקה הוי כגט וזיקתה פקעה ע"י איסור ערוה ואי אפ"ל עוד דזיקה מיתלא תלי לכשתתגרש כיון דאין בה מצות יבום ופקעה בכדי.

ולענין הלכה אם אמנם הדברים באו בדרך משא ומתן של פלפול וע"ז נאמר וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה, אולם ביסוד הדבר לענין סוטה שנישאת לשוק בלא חליצה נתבאר שיש לדון בזה דהוי ס"ס דגם לשי' הראב"ד אינו אלא ספק וגם אי נימא שהכריע הראב"ד כסוגיא דסוטה שיטת הבית מאיר והתוס' לצרף לסניף דנישואין מפקיע זיקה ולדעתם כן הוא דעת הרמב"ן ופליגי ע"ד התוס' בדט"ז. ויש לזה קצת סמוכים מהתוספתא יבמות פ"ו שומרת יבם שקידש אחיו את אחותה או שקידשה היא את עצמה

משום ריב"ב אמרו כו' ונראה מד' התוספתא דס"ל ק"ת ביבמה לשוק וע"י הקידושין נפקעת הזיקה כמו בקידושי אחותה הרי דגם בקידשה היא את עצמה נראה דפליגי ריב"ב ורבנן [ועי' בירושלמי יבמות פ"י זה חולץ וזה מקיים ובנועם ירושלמי שם דמפרש מצד דהקידושין מפקיעין הזיקה, ואין דבריו נראין בפירוש ד' הירושלמי דזה מקיים. משמע דרשאי לקיים אחר החליצה] ואם כי מדברי רבותינו בעלי התוס' אינו נראה כן ובודאי דאין לבנות יסוד על דין זה דנישואין מפקיעין את הזיקה דאין זה אלא לגבי זיקה דרבנן. אך אפשר לצרף זה לסניף ובפרט למה שנתבארו איזה סברות דבסוטה י"ל דלכו"ע הנישואין מפקיעין הזיקה ועל כן יש להקל לכשניסת בלא חליצה וגם לסמוך במקום עגון על דעת עמודי ההוראה בלא חליצה משום ס"ס כמשנ"ת.

ז

ועל דבר מה שהעיר כת"ר עמש"כ בקונטרסי הראשון בשיטת הרמב"ם דלהכי בספק סוטה צרתה מתיבמת דס"ל כסברת הרא"ש לחלק בין ודאי סוטה לספק, והרא"ש כתב לחלק בין טומאה בלשון לאו או לשון עשה, וע"ז העיר מד' הרמב"ם בפ"ו מהל' יבום שכתב מפני שטומאה כתיב בה כעריות שנאמר והיא נטמאה שהוא בל' עשה וראיתי שגם הקרן אורה תמה בזה, ונראה למש"כ בביאור שי' הרמב"ם דרק עצם הזנות הוי טומאה כעריות אבל מה שעשאה התורה ספק כודאי אף דכלפי שמיא גליא שהיא טהורה זה ענין בפני עצמו ואין בו דין טומאה כעריות ולהכי אין חילוק באמת לשי' הרמב"ם בין טומאה בלשון לאו או לשון עשה רק בין טומאה ודאי לספק, ובאמת כן פרש"י דטומאה כתיב בה כעריות מעשה דונסתרה והיא נטמאה וכ"כ הרא"ש שם מתחלה דקרא דונסתרה והיא נטמאה בודאי סוטה כו' דאין קרוי טומאה אלא הבעילה של זנות אלא דאמרינן לה משום ספק טומאה וכ"כ הרשב"א בד"ה למיקים עלה בלאו וז"ל וי"ל דלעולם לא קרא הכתוב טומאה לספק אלא הזנות הוא שקרא טומאה ולהכי לשי' הרמב"ם טומאה ודאית גם בלשון עשה הוי כעריות וגם לריב"ב דלאו בסוטה לית לי' מ"מ כיון דודאי זינתה פטורה מן החליצה ולשיטתו מיושב קושית המל"מ בדהתוס' ביבמות ד"ג לרב ולרב אסי ליתנינהו דהוי מצי לשנוי בפלוגתא לא קמיירי משום דגם לריב"ב פטורה מן החליצה ומאי דנקיט הרמב"ם העשה דונטמאה ולא הלאו דלא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה למאי דקיי"ל כרבנן דריב"ב משום דונסתרה והיא נטמאה הרי מפורש בסוטה ודקאמר הגמ' נבעלה טומאה בהדיא כתיב בה ונסתרה והיא נטמאה אבל לאו דמחזי"ג אין מקרא יוצא מידי פשוטו, וביותר י"ל למש"כ הכ"מ בפי"א מהל' גירושין הל' י"ד דהלאו דלא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה הוא

דוקא בזינתה וגירשה והחזירה אבל בלא גירשה אין כאן לאו וצ"ל לפ"ז דמאי דמקשה ביבמות שם סוטה ספק נמי הא אית בי' לאו ומאי מקשה והא מתניתין דסוטה דאם מת חולצת ולא מתיבמת הא לא מיירי בגירשה והחזירה מ"מ מקשה שפיר דמוכח מקרא דאחרי אשר הוטמאה דנסתרה חשוב טומאה אבל עכ"פ אין לחלק בין לאו ועשה כיון דבאמת אין כאן לאו כלל לפני הגירושין ול"ש בזה חומר הלאו רק דידעינן שיש בזה טומאה ולהכי כ' הרמב"ם טומאה דעשה דבסוטה ודאית טומאה להדיא כתיב ונסתרה והיא נטמאה.

ונתקשיתי כעת בד' הרמב"ם פ"ו מהל' יבום דסוטה פטורה מן החליצה ומן היבום וכן צרתה כאלו היתה ערוה על היבם מפני שטומאה כתיב בה כעריות למש"כ שם בהל' ח' ט' ולקחה לו לאשה פרט לערוה שאין בה ליקוחין כיצד יבמה שהיא ערוה על יבמה כגון כו' הר"ז פטורה מן החליצה ומן היבום ואין לה עליה זיקה כלל שנאמר ולקחה לו לאשה ויבמה מי שראוי' ללקוחין וקידושין תופסין בה היא זקוקה ליבם. היתה היבמה אסורה על יבמה איסור לאו או איסור עשה כו' ומפני מה צריכה חליצה מפני שיש בה לקוחין הואיל וקידושין תופסין בה הרי הן זקוקות ליבם עכ"ל. [והה"מ שם כתב רבי ולקחה כו' וערוה גופה ל"צ קרא דאין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת ובאמת דברי רבינו ברורים דמולקחה ילפינן דפטורה מן החליצה ואין לו עליה זיקה כלל] וכן לגבי הצרה כתב בהל' י"ד דלהכי פטורה שנאמר אשר לא יבנה את בית אחיו בית שיש בו לקוחין באיזה מהן שירצה ובית שמקצתו אינו יכול לבנותו שהרי אין לו בה ליקוחין כו' הרי דלא נתמעט ערוה בפירוש רק דבעינן לקוחין ואין קידושין תופסין בה אינה זקוקה וכל שקידושין תופסין בה היא בכלל ולקחה, א"כ סוטה דתפסי בה קידושין מה בכך דטומאה כתיב בה כעריות הא קרינן בה ולקחה, והתינח אי ילפינן מלצרור דילפינן מאחות אשה ומועלתה יבמתו השערה ילפינן דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה אף דלהכי מוקמינן לה בחיי"כ משום דלא תפסי בה קידושין מ"מ בע"כ הקישן הכתוב סוטה לערות דאחות אשה וכמו שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה אבל לשי' הרמב"ם דעיקר ילפותא מולקחה כל שאין בה תפיסת קידושין וכל שיש בה תפיסת קידושין יש בה לקוחין וקרינן בה ולקחה והוא בית שבונה על ידי לקוחין. ובאמת יש להעיר כן לרבי דיליף מולקחה דהא סוטה אית בה לקוחין וא"כ מאי מקשה לרב ולרב אסי ליתנינהו הא בפלוגתא לא קמיירי, וגם מד' הרמב"ן שכתב דמטומאה כתיב בה כעריות ידעינן דצרתה כמותה לפוטרה מן היבום ומקרא דלאחר ולא ליבם ידעינן לפוטרה מן החליצה לא יתורץ דדוקא אי ילפינן מלצרור דצרתה כמותה משום טומאה דכתיב בה כעריות ילפינן ג"כ דצרתה כמותה, אבל כיון

דילפינן מולקחה או מלא יבנה בית שיש בו לקוחין הרי סוטה יש בה לקוחין וצ"ע, ואולי נאמר בד' הרמב"ם דס"ל ג"כ לדרשא דאם לא יחפוץ דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה ודרב גידל רק דהא דולקחה הוא פירוש על כלל דכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה, ויעוי' בד' רבינו בפ"א הל' י"ט ומפני מה לא תחלוץ בתוך תשעים יום מפני שאינה ראוי' ליבום ונאמר אם לא יחפוץ כו' ומוקמינן לה בחיי"כ משום דלא תפסי בה קידושין ולא קרינן בה ולקחה וכמו שפרש"י ביבמות ד"כ דקרינן בי' לקחת ואינו עולה ליבום אי"ע לחליצה, וע"כ סוטה דאינה עולה ליבום דידעינן מלאחר ולא ליבם משום דטומאה כתיב בה כעריות אי"ע לחליצה, או כמש"כ בסי' א' דמשום טומאה דכתיב בה כעריות ליתנהו בדרשא דרב גידל ולהכי חייב משום אשת אח ואין בה ולקחה ופטורה מן החליצה ולהכי גם צרתה כמותה.

ומש"כ להשיג עמש"כ במסוכן דפשיטא לי' דברה"י טמא ודאי שהרי כ' התוס' בריש נדה ובפ"ק דחולין דלא ילפינן מסוטה אלא דבר שיכול להיות והרי אין לך דבר שאינו יכול להיות גדול מזה דבודאי אי אפשר להיות שברה"י הקודם הי' מת וברה"ר אח"כ הי' חי. ועוד דהא לא דמי דהא בסוטה לא נולד דבר שיסתור אח"כ טומאתה משא"כ בהך דטהרות כשנטהרו אח"כ ברה"ר למפרע הי' דבר שאינו יכול להיות, וע"כ העלה דבמסוכן הוי ספק טמא כמו בדבר שאינו יכול להיות עכ"ד. באמת הא כעין זה הקשו התוס' בסוטה דכ"ח דהא ספק מטמא לא דמי לסוטה והא סוטה הוי ספק מגע ומסוכן הוי ספק מטמא ותירצו דכן הלכה ללמוד ספק מטמא מספק מגע ולהכי כמו דבספק מגע ודאי טמא כמו כן בספק מטמא וכן מפורש בדהתוס' נדה די"ז בד"ה ואין שורפין דהוי ספק מטמא וברה"י שורפין וגם בדין מסוכן גופא מבואר במשנה ברה"י ספיקו טמא וכ"פ הרמב"ם בפי"ח מהל' אה"ט ה"ו דסתם טמא הוא ודאי טמא וכן מהמשנה בטהרות פ"ו כל ספיקות שאתה יכול לרבות ברה"י כו' ספק יש בה כשיעור ספק אין בה כשיעור ספק טמאה ספק טהורה כו' דהוי ספק במטמא וכן מוכח מדהתוס' בפסחים דט"ו דלא משכח"ל ספק טומאה רק באופן דב' נזירין ואם איתא הא בפשיטות משכח"ל בספק מטמא ומאי דמדמה כת"ר לב' נזירין וב' שבילין זה אינו דהתם המציאות מכחיש דאי אפשר שיהי' שניהם טמאים ודאי או טהורין ודאי דהא אחד מהם טמא ודאי או טהור ודאי ולא דמי דסוטה שאין סתירה מן המציאות ובכה"ג לא ילפינן מסוטה משא"כ במסוכן ובכל ספק מטמא אין סתירה מן המציאות שהרי לא נתברר לנו הספק אם חי הי' או מת והספק במקומו עומד אלא שדין ספק טומאה ברה"י טמא ודאי ודין ס"ט ברה"ר טהור ודאי וכשהי' המסוכן ברה"י אנו דנין שהי' מת אבל לא נתברר עי"ז שהוא מת

ונמצא דרק הדינים מכחישים זא"ז ומוקמינן כל חד כדינו דהא אין המציאות מכחיש. ששקר הדבר, משא"כ בב' נזירין דהמציאות מכחיש דאחד מהם טהור ודאי ולא דמי לסוטה אבל ספק מטמא הא ילפינן מספק מגע כפי ההלכה.

ומש"כ כת"ר דמדהתוס' דדבר שא"י להיות א"א ללמוד מסוטה הרי מוכח מזה דס"ט ברה"י הוי בירור ולהכי אי אפ"ל ששניהם נטמאו אבל אם נאמר שאין זה בירור מאי נפ"מ אם א"י להיות הרי אין אנו מבררים כלל ששניהם נטמאו והרי ספק יש עליהם ועשאה התורה ספק כודאי ובחזקה הרי מוקמינן שניהם בחזקת טהרה אע"פ שזהו דבר שא"י להיות וע"כ משום דחזקה אין זה בירור עכ"ד, בפשוטו נראה דאע"ג דס"ט ברה"י אין זה בירור על עצם המאורע רק ספק טומאה דילפינן מסוטה שהתורה עשאה ספק כודאי וע"כ ספק שהמציאות מכחישו לא דמי לסוטה ובכה"ג לא עשאה התורה ספק כודאי וכ"ז בספק טומאה דילפינן מסוטה אבל חזקה דלא ילפינן מסוטה ויש בו סברא שלא נעשה מעשה ולא נשתנה דינו מוקמינן כל חד כדינו וכל אחד תולה בחברו.

ומש"כ על קושיתי לד' הגאון רעק"א דשו"י שזינתה ופטורה מן החליצה ומן היבום דא"כ ממזר מיבמה לשוק לרע"ק היכי משכח"ל דהא משעת הראה פקע זיקה. והביא מדברי המחברים דעיקר הדין אי פקע זיקה מן התורה אחר נפילה במחלוקת היא שנוי' שנחלקו בזה ריב"ב ורבנן ובירושלמי בפ' ב"ש ור"פ ד' אחין וכ"כ הנימוקי, וכן במחלוקת דיבמות דק"ט במקדש אחות יבמה, אני לא מצאתי בכל המקומות ההם אי פקע זיקה מן התורה ולא נחלקו רק בדין זיקה דאחות זקוקתו מדרבנן וחילקו בזה בין נישואין לגירושין. ולשון הנימוקי בפ' כיצד כיון דקי"ל יש זיקה הרי היא כמקודשת אצלו אינו בדין שתצא מקודשת למקודשת כ"כ הרמב"ן והרשב"א ופשוט דאאמד"ר מדין אחות זקוקתו וברשב"א מפורש דאאמד"ר וכן מבואר ביבמות דמ"א דשמואל ס"ל הואיל ונאסרה נאסרה וכפרש"י דקאי באשת אח וכמש"כ הרשב"א שם דלר"א אינה חולצת אלא מדרבנן וכן ביבמות דק"ט אאמד"ר ומדאורייתא אין חילוק בין קידושין לנישואין וכמבואר בדע"ט דגם בנפל ואח"כ נפצע לרע"ק לאו בני חליצה ויבום נינהו ומקשה וליתי איסור פצוע ולידחי [אם לא דנימא דרבה דמוקים כשנפל ולבסוף נפצע פליג על זה] וכן מוכח מדהתוס' ומקושיתם בדט"ז בבני צרות דלשמואל ליפקע זיקה ע"י קידושין דערוה דלאחר נפילה לא בעי חליצה דאל"כ אין מקום לקושיתם, הן אמת לדברי המחברים הנ"ל יתורץ קושית הרשב"א לרב ביבמה שהותרה ונאסרה דתחזור להתירה הראשון דאין זה דרכי נועם אחרי שכבר הותרה לשוק. ולדבריהם באמת לא

הותרה אחר הנפילה אולם זהו נגד ד' הראשונים רבותינו בעלי התוס' והרשב"א דמפורש בדבריהם שאין זה אלא מדרבנן.

סימן ג

ר"ח אייר תר"נ. **הערה** ביבמות דף ל"ב. **א) ביבמות** דל"ב ר"ש אומר אינו חייב אלא משום אשת אח בלבד והא תניא ר"ש אומר אינו חייב אלא משום אחות אשה בלבד ל"ק כאן שנשא חי ואח"כ מת כאן שנשא מת ואח"כ נשא חי ור"ש היכא דנשא מת ואח"כ נשא חי כיון דאיסור אחות אשה לא חייל תתיבם יבומי אמר רב אשי איסור אחות אשה מתלא תלי וקאי אי פקע איסור אשת אח אתי איסור אחות אשה וחייל והלכך לא פקע, והתוס' שם בד"ה לא פקע הקשו דהא משכח"ל אשת אח מן האב דפוטרת צרתה וליחשבה בהדי ט"ו נשים כו' ונראה דק"ל בעיקר קושית הגמ' ותתיבם יבומי משום דאין איסור חל על איסור דזה נראה פשוט דבכ"מ שאמרו אין אחע"א מ"מ לענין תפיסת קידושין בודאי מונע האיסור השני מלחול וכן לענין ממזרות כגון באחד שקידש אשה בימי נדותה אף דאין איסור אשת איש חל על איסור נדה או איסור אשת אח על נדה [ולגבי איסור אשת איש על נדה יש מקום עיון דהא איתוסף איסור לגבי בן נח דחייב משום א"א ואי"ח משום נדה ויעוי' בפנים יפות בפ' קדושים ובתשו' עמודי אור סי' פ' בישוב קושית הגרעק"א בגיטין ד"צ איך יחול איסור מחזיר גרושתו על מחזיר סוטתו, ויש לה"ר ולפלפל בזה מכתובות דל"ח דמקשה ארוסה בת סקילה היא דהא משכ"חל בעת נדותה דלא חל איסור אשת איש ואי"ח סקילה, וגדול אחד העירני מדהג"מ סנהדרין דנ"ז דמקשה הש"ס הא מרבינן מאיש איש דכתיב גבי עריות ומתרץ כאן בעריות דידהו כאן בעריות דידן וא"כ נדה דהוי בכלל עריות דידן ככל העריות מן הדין שיהא ב"נ מצוה עליה, אולם נראה דמאי דאמר הש"ס בעריות דידן היינו עריות דקורבא דוקא חייב ב"נ ולא עריות דנדה ויעוי' בביאור הגר"א יו"ד סי' רס"ט] מ"מ בודאי לא תפסי בהקידושין לכ"ע משום א"א או כשמת לאחיו משום אשת אח או באם קידש ממזרת ודאי אין ק"ת לקרוביו משום חיי"כ אף דאין אחע"א דאין כאן לא כולל ולא מוסיף אלא חמור, וכן אם בא עלי' אחיו בודאי הולד ממזר אף שאין הבועל חייב משום אשת אח דאין אחע"א וזו א"צ לפנים ויעוי' בכריתות די"ד בתוד"ה נישאת איך חל איסור אשת אח על איסור ממזרת בתי' הראשון שתירצו דאחיו נמי ממזר וכונתם דבלא"ה אינו חייב משום אשת אח אבל בודאי אין קידושין תופסין בה.

ויש לה"ר לזה ג"כ ממשנה יבמות די"ג דשש עריות חמורות מאלו מפני שנשואות לאחרים צרותיהן מותרות שא"י להנשא לאחיו כגון אשת אביו, והא אם קידש אביו אשה בעת נדותה לא נאסרה משום אשת אביו דאין אחע"א ואח"כ מת בעת נדותה וקדשה אחיו נימא דתפסי בה קידושין דאין איסור אשת אב חל עלי' ואסורה משום אשת אביו ופוטרת צרתה, אלא ודאי דאע"פ שאין אחע"א מ"מ מונע האיסור השני תפיסת הקידושין, וכן ממזרות דתלוי בתפיסת קידושין הולד ממזר וזה פשוט דמונע תפיסת קידושין ולאו משום דעל דין דאין בו תפיסת קידושין הוא ענין חדש שלא הי' באיסור הקודם דהא דלא תפסי קידושין אין זה איסור בפני עצמו רק שהוא מסתעף מחומר כרת של עריות וכיון דלא חל החומר כרת מהיכ"ת יחודש בו דין דלא תפסי קידושין [והא גדולה מזו מבואר בדברי פיה"מ להרמב"ם בכריתות בנקודה הנפלאה דאין איסור הנאה דבשר בחלב חל על איסור אכילה דחלב לפי שאיסור הנאה דבב"ח בא מכח איסור אכילה] וע"כ צ"ל דאע"ג דאין אחע"א ואי"ח כרת בפועל משום איסור השני מ"מ מהני שלא יתפסו הקידושין וא"כ כיון דמועיל איסור אחות אשה למנוע הקידושין ממילא פקע זיקה וכמו חיי"ל לרע"ק דלאו בני חליצה ליבום נינהו ה"נ נהי דאין בזה חומר ערוה שאינו חייב על איסור השני מ"מ הא אין ק"ת ולאו בני חליצה ויבום נינהו, ומאי מקשה ותתיבם יבומי הא כיון דאין ק"ת פקעה זיקה, ואי"ל דעל איסור השני אמרינן עשה דוחה ל"ת דהא אין בו כרת ולהכי תפסי קידושין ולא פקע זיקה דהא לרע"ק בחיי"ל לאו בני חליצה ויבום נינהו ולא ולא אמרינן עשה דול"ת כקושית התוס' ביבמות ד"ט וכמו שתי' הרמב"ן דגם הזיקה פקע כיון דאין קידושין תופסין. וצ"ל דמאי דמועיל האיסור השני למנוע הקידושין הוא לפי המסקנא דאיסור אחות אשה מתלא תליא ואע"פ דאין אחע"א לחיוב מ"מ האיסור איתא במציאות וכמו דמשני הש"ס לקוברו בין רשעים גמורים אבל לפי"מ דמקשה הש"ס ותתיבם יבומי וס"ל דהאיסור אינו במציאת כלל א"כ אינו מועיל גם למנוע תפיסת הקידושין כיון דהאיסור השני אינו במציאות כלל, ולפי"מ דמשני הש"ס דאיסור אחות אשה מיתלא תליא וקאי ואיכא במציאות ממילא גם איסור אחות אשה מונע תפיסת הקידושין ובגלל איסור אחות אשה א"צ חליצה ומיושב קושית התוס' שם שהקשו וא"ה לר"ש משכח"ל אשת אח מן האב דפוטרת צרתה וליתשבה בפ"ק בהדי ט"ו נשים כו, ולפי"מ שכתבתי באמת מצד איסור אחות אשה היא שפוטרת צרתה כיון דאין בה תפיסת קידושין ע"י איסור אחות אשה דאיתא במציאות, ודברי רש"י שפי' הואיל ואיסור אחות אשה מוכן ועומד לחול עלי' פטורה מן היבום מדוקדקים בזה דהא

דפטורה מן היבום הוא גם באמת לפי שאיסור אחות אשה עומד לחול ואיתי' בעולם וכיון דנדחה היבום ממילא חייב משום אשת אח דהוא איסור קדום.

ובזה נ"ל לישב מאי דקאמר הש"ס הלכך לא פקע ולכאורה קשה מנלן הא אדרבה נימא דאיסור אשת אח הותרה והלכך חל עלי' איסור אחות אשה וכיון שחיי"ל איסור אחות אשה ממילא חיי"ל עלה איסור אשת אח. והנה לפי שיטת הרשב"א דאיסור אשת אח שהותרה לא יכול לחול עוד ומה"ט יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון א"ש דאי אפ"ל דפקע איסור אשת אח וחייל איסור אחות אשה ואח"כ אסורה משום אשת אח דאי אפשר עוד איסור אשת אח לחול, אבל נהי דמוכרחים אנו לומר כן אבל גוף הסברא מנ"ל לר"ש לחדש ולומר דלא פקע משום דאי פקע תחול איסור אחות אשה אדרבה נימא דפקע והדר חייל איסור אחות אשה ובאמת אינו חייב משום אשת אח, ולמש"כ הא דלא. פקע. הוא משום דגם קודם שנפקע איסור אשת אח מ"מ בכח איסור אחות אשה למנוע מלחול הזיקה בשבילו משום דאיתא במציאות ואין נפ"מ לזה אי אחע"א או אין אחע"א דלכו"ע חייל האיסור במציאות להפקיע הזיקה והא דאיצטריך להש"ס למימר איסור אחות אשה מיתלא תליא היינו להורות שהוא במציאות.

ובזה אמרתי לתרץ מה שהקשה לי חכם אחד לשי' המהרש"ל ביבמות דל"ג דאי טומאה דחוי' בציבור מ"מ חשוב לאיסור טומאה איסור למנוע איסור השני ולפי"ז באיסור אשת אח שהותרה מ"מ הא לא גרע מדחוי' א"כ בכאן דמשני הש"ס דלא פקע איסור אשת אח משום דאי נימא דפקע יחול איסור אחות אשה, אכתי נהי דאי אפ"ל דהותרה מ"מ נימא דעשה דיבום דוחה ל"ת דאשת אח ויהי' נדון מתורת דחוי' וממילא תהי' אשת אח במציאות ולא יחול עליו איסור אחות אשה ותתיבם בתורת עשה דוחה ל"ת והא לשי' המהרש"ל בסוגיא דעליה לכל התירוצים עשה דול"ת שיש בה כרת רק לרבא ועל דחוי' אין איסור אחר חל כמש"כ המהרש"ל, אבל לפי"מ שנתבאר אין מקום לקושיא זו דאע"פ דאין אחע"א מ"מ מועיל איסור אחות אשה להפקיע הזיקה והיבום. (ובל"ז נראה כיון דגלי רחמנא באשת אח דהותרה והרי היא כאשתו לכל דבר ממילא אי אפשר לחלק הנושאים ולומר שתהי' בתורת דחוי'.

אולם שיטת התוס' בד"ה לא פקע בקושיתם נראה דס"ל דאיסור אשת אח פוטר ולא איסור אחות אשה והא בודאי דגם שי' התוס' דבאין אחע"א לא תפסי קידושין וא"כ מה"ט בדין שאיסור אחות אשה תפקע הזיקה כמו שפרש"י ואפשר דגם שי' התוס' כן לפי המסקנא למאי דמסיק הש"ס לקוברו בין רשעים גמורים דאיסורא איכא לכו"ע אבל

אכתי הא לא אסיק הכי ואכתי לא ידע מהמסקנא ולהכי גם לפי"מ דמשני דאיסור אחות אשה מיתלא תלי בע"כ משום איסור אשת אח פוטר וע"כ הקשו התוס'. וצ"ל לדבריהם דלהכי לא פקע איסור אשת אח משום דאינו ראוי לדין יבום דהא יחול איסור אחות אשה וכל שאי"ר לדין יבום באיסורא קיימא אבל לפי המסקנא דאיסורא מיהא איכא גם לשי' התוס' מונע תפיסת קידושין ממילא דפקע זיקה מצד האיסור השני המונע לחול כמו שפרש"י [ובמה שכתבתי יש להעיר במה שראיתי למחברים שכתבו בטעמא דרב דס"ל יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון אף אי נימא דאיסור אשת אח חוזר וניעור מ"מ לפ"מ שכתב המהרש"א ביבמות דל"ג בנטמא קודם שנעשה בע"מ והי' בר עבודה בטומאתו בק"צ שוב לא מצי לחול עליו איסור טומאה משנעשה בע"מ וה"נ כיון דאשת אח הותרה ולכשנאסרה משום אחות אשה איסור אחות אשה קדים ואין איסור אשת אח חל עליו ולהכי לכשמתה אשתו חזרה להתירה הראשון, ולפי מש"כ דאע"פ דאין אחע"א מ"מ מונע תפיסת קידושין ופקע זיקה כמש"כ בשי' רש"י א"כ אע"פ שאינו חייב משום אשת אח מ"מ מהני לפוטרה מחליצה ויבום גם משום אשת אח.].

ולפי"מ שנתבאר יתישב לי דברי הגמ' ביבמות די"ג ע"ב רבא אמר טעמייהו דב"ש דאין אחע"א תינח היכא דנשא מת ואח"כ נשא חי לא אתי איסור אחות אשה וחייל אאיסור אשת אח אלא נשא חי ואח"כ נשא מת איסור אחות אשה קדים כו' הו"ל צרת ערוה שלא במקום מצוה, והנה בנשא מת ואח"כ נשא חי דלא חייל הא דאינה מתיבמת ערוה גופא כתבו התוס' משום דאיסור אחות אשה מתלי תלי וכמבואר בדף ל"ב [ועי' מהרש"א] א"כ מה"ט גופא הו"ל לפטור צרתה כיון דבערוה גופא איכא משום אשת אח וכמש"כ התוס' דל"ב בד"ה לא פקע אליבא דר"ש והרמב"ן בחי' די"ג כתב וז"ל אבל לגבי צרה כיון דמחיים לא חלה איסורא דאחות אשה לאו צרה דערוה הוי וטעמו דב"ה כו' וס"ל כי פקע איסור אשת אח אתי אחות אשה וחייל בין בערוה בין בצרה זהו תו"ד, ודעת הרמב"ן אינו מובן דאכתי משום איסור אשת אח היתה צרתה וגם במאי פליגי ב"ש וב"ה לפ"ז דלב"ש רק הערוה נפטרת מצד סברא דאיסור אחות אשה מתלא תלי ולב"ה מועיל על הערוה ועל הצרה. ויעוי' בתו"י שנדחקו ג"כ בטעמא דב"ה למאן דס"ל אין אחע"א. ולפי"מ שנתבאר לשי' רש"י דהא דמיתלא תליא היינו משום דאיסור אחות אשה איתא במציאות והלכך לא פקע איסור אשת אח דהא איסורא מיהא איכא ואיסור אחות אשה מונע חלות הקידושין וממילא נפקע הזיקה, ולפי"ז צ"ל בטעמא דב"ש דס"ל דאין אחע"א ואכתי קשה הא איסורא מיהא איכא וממילא בטל הזיקה ומוכרחים אנו לומר דלב"ש

אין אחע"א היינו דס"ל דאף איסורא ליכא דלא כר"ש ור"י, ובלא"ה אנו מוכרחים לומר כן מדס"ל נשא חי ואח"כ נשא מת דהו"ל צרת ערוה שלא במקום מצוה בע"כ צ"ל דגם איסור אשת אח ליכא דאל"כ אכתי הוי צרת ערוה במקום מצוה אי שם אשת אח עלה, ובזה מתורץ מה שדקדקו התוס' בדל"ב בד"ה שנשא שכתבו דר"ש לית לי' הא סברא דמ"מ הו"ל אשת אח היינו דלר"ש איסורא מיהא איכא ושם אשת אח עלה אבל לב"ש גם איסורא ליכא ואין איסור אחות אשה במציאות וא"כ אינו מונע הזיקה ובדין שתפקע איסור אשת אח אלא דלשפקע איסור אשת אח אתי איסור אחות אשה וחייל עלה, וכבר נתבאר דהתוס' ביבמות דכ"ו ע"ב דאין איסור אחות אשה הבא לאחר מיכן פוטרת צרתה וא"כ לב"ש דאיסור אשת אח נפקע וממילא אי אפשר לפטור צרתה דהוי כאחות אשה הבא לאחר מיכן וכמשכ"ל דצרת ערוה אין איסור אחר חוץ מאיסור אשת אח והכא איסור אשת אח נפקע וא"כ הכא דנפקע איסור אשת אח מותרת צרתה ומדוקדקים ד' הרמב"ן בלשונו הזהב שכ' אבל לגבי צרה כיון דמחיים לא חל איסורא דאחות אשה לאו צרת ערוה הוי היינו דאיסור אחות אשה חל רק לכשנפקע איסור אשת אח באמת נפקע ובכה"ג לאו צרת ערוה היא, וטעמא דב"ה הוא דאע"ג דאין אחע"א מ"מ איסורא מיהא איכא וכדקי"ל ונמצא דאיסור אחות אשה מעיקרא חל אלא דמיתלא תלי וממילא דהוי צרת ערוה כיון דאיסור אחות אשה איכא כנ"ל ובזה פליגי וא"ש.

סימן ד

בחדש סיון תרס"ו. לחכם אחד.

א

על דבר הערתו בנידון קושית הבית מאיר ביבמות דס"א בנפלה לו יבמה ונתמנה להיות כה"ג דלא יכנוס דאמאי לא נימא הואיל ואשתרי אשתרי דמקרא דעליה בד"ח לא נוכל למילף רק ערוה אבל חיי"ל ועשה נימא הואיל ואשתרי אשתרי וחידש מעכ"ת דמצד הואיל ואישתרי אשתרי לא הוה שרינן רק ב"ר ומקרא דממעטינן שו"י הוא רק על ב"ש וב"ר אסורה רק מטעם גזירה אטו ביאה שני', וטעם לדבר דל"א הואיל ואשתרי אשתרי גם אביאה שניה משום דב"ש דכבר היא אשתו אין עוד עליה איסור אשת אח דכבר פקע אישות הראשונה זהו ת"ד, והנה בעיקר תירוצו כבר העיר הבי"מ שם דבאמת ב"ר אינה אלא מדרבנן וסברתו דהואיל ואשתרי אשתרי לא עדיף מדחי' דאינו אלא בב"ר יעו"ש אלא שמעכ"ת הוסיף תבלין ע"פ הירושלמי דאין זה עוד אשתו של מת ע"י היבום.

אמנם בפשוטו נראה דהואיל ואשתרי אשתרי הוא בתורת היתר ולא בתורת דחי' ודין אחות אשה ואשת אח חד הוא וכמו דבאשת אח הותרה לגמרי ע"י גזיה"כ דולקחה הרי היא כאשתו לכל דבר א"כ בהיתר זה גם אחות אשה בכלל, ובפרט דלב"ש הותרה גם בלא גזיה"כ דולקחה כמש"כ התוס' בד"ח דלביאה שני' ל"צ קרא רק שמגרשה בגט ומחזירה והואיל ואשתרי אשתרי לגמרי, ומלבד זה יש לשדות נרגא מסוטה די"ח שו"י וכנוסה דנאסרה מדרב המנונא או כרע"ק כמבואר בסוטה שם ויקשה בזה דנימא הואיל ואשתרי אשתרי וביאה ראשונה תהא מותרת ודוח"ל דמתנה בשביל איסור דרבנן דגזירה ב"ר אטו ב"ש, וביותר יקשה למאי דמוקי לה הש"ס כרע"ק דס"ל אין ק"ת בחיי"ל ומשוי לה כערוה נימא אליבי' הואיל ואשתרי אשתרי דלרע"ק לא מצינו גוירה ב"ר אטו ב"ש דהא כל חיי"ל א"צ חליצה וכערוה דמו ובשו"י שזינתה י"ל דכיון דטומאה כתיב בה כעריות אע"פ שצריכה חליצה כמש"כ במק"א מ"מ ילפינן לאיסור יבום ול"א הואיל ואשתרי אשתרי מקרא דעליה דסוטה הוי כערוה אבל ע"י קנוי דהוי ספק סוטה דלא כתיב בה טומאה כעריות וחולצת כשארי חיי"ל ועשה מדרב גידל נימא בה הואיל ואשתרי אשתרי ואע"פ דלרע"ק מוכח ביבמות דע"ט דבנפלה ולבסוף נפצע דא"צ חליצה ול"א הואיל ואשתרי אשתרי היינו בשארי חיי"ל דאין ק"ת בהם ודמי לערוה אבל בספק סוטה דתפסי בה קידושין וגם אין בה טומאה כעריות נימא לרע"ק ולרב המנונא הואיל ואשתרי אשתרי ואפ"ל דבכל מקום דאמרינן הואיל ואשתרי אשתרי הוא דוקא באופן שהוא איסור שאינו מחמת היתר הקודם דאחות אשה הוא איסור בפ"ע וכיוצא בו משא"כ בספק סוטה בשו"י דעיקר האיסור בא מחמת ההיתר והזיקה ליבם וע"י איסור יבמה לשוק הוי כא"א וכיון דאיסור יבמה לשוק מחמת זיקת היבם הוא הגורם איך נימא הואיל ואשתרי אישתרי דהא ההיתר גורם האיסור, אולם יל"ע מנודרת הנאה מיבמה ביבמות דקי"א דהוי איסור צדדי דנימא הואיל ואשתרי אשתרי.

ועוד יש לדקדק לדברי הבי"מ מדברי הגמ' דיבמות ד"כ מתיב רבא פ"ד כו' אם בעלו קנו ואס"ד מדאורייתא לחליצה רמיא ליבום לא רמיא אם בעלו אמאי קנו, וקשה דלוקי בנפלה ולבסוף נפצע וכדמוקי לה רבה לברייתא זו בדע"ט דאז מה"ת רמיא ליבום מטעם הואיל ואשתרי אשתרי ורק מדרבנן אסורה מטעם גזירה אטו ב"ש ולכך אם בעלו קנו ואסור לקיימן בב"ש משא"כ באלמנה לכה"ג ושארי חייל דמה"ת לא רמין ליבום אם בעלו לא קנו אולם זה י"ל דהא רבא גופי' לית לי' הואיל ואשתרי אשתרי כמש"כ התוס' ביבמות ד"ח בד"ה רבא.

ב

ומכבר אמרתי בישוב קושית הבי"מ דבאמת הא דאיצטריך קרא דעליה דלא נימא הואיל ואשתרי אשתרי כמו במצורע שנעשה בעל קרי והא לא דמי דהתם שם טומאה חד הוא אבל בזה שהאיסורים מחולקים בשני שמות מנלן כמש"כ התוס' שם לרבא, נראה דכיון ששני האיסורים תלוים זב"ז דאי נימא דיש בו איסור אחות אשה ממילא חוזר וניעור גם איסור אשת אח א"כ אנו דנין גם על איסור אשת אח ועדיף משם אחד דאיסור אשת אח הותר בכל גווני אף שנתוסף עליו איסור שני ואמרינן הואיל ואשתרי אשתרי דעד שאתה אומר שהאיסור השני יעורר איסור הראשון ויחזקהו אדרבה אמור להיפך שאיסור אשת אח שהותר גורם שיותר גם השני הנוסף הואיל ואשתרי אשתרי משא"כ בחיי"ל ועשה דאיתרבו לחליצה ואיסור אשת אח פקע וכמו שהכריעו האחרונים ואף אם לא יהי' היתר ליבום מ"מ איסור אשת אח פקע א"כ אין שייך כלל איסור אשת אח לאיסור חיי"ל שאינם תלוים זב"ז כלל וכיון דהוא איסור מיוחד מב' שמות והאיסור השני דחיי"ל אינו מעורר איסור הראשון דאשת אח דנימא דכמו שזה הראשון הותר יותר גם האחרון ולכן לא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי לכו"ע.

אולם סברא זו נסתרת משיטת הרשב"א דס"ל ביבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון דאין זו חוזרת ליבום רק דאיסור אשת אח שבה פקע, ונראה בדעתו דאיסור אשת אח אינו חוזר וניעור עוד דבשעה שהותרה ונאסרה לא נאסרה רק משום איסור אחות אשה אבל איסור אשת אח כבר פקע, ולפ"ז בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי לא נאסרה עוד משום אשת אח וממילא דאינו תלוי כלל איסור אשת אח באיסור אחות אשה ואפ"ה הו"א הואיל ואשתרי אשתרי אי לאו דגלי קרא אלמא דגם באיסורים מב' שמות כה"ג שאינם תלוים זב"ז אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי, וי"ל לסברת הרשב"א דרבא לשיטתו דס"ל יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון ואיסור אשת אח פקע ול"ש אליבי' הואיל ואשתרי אשתרי ולא אצטריך קרא להכי ולשינויא קמא דמשני דאיצטריך קרא דעליה לנשא מת ומת ואח"כ נשא חי משום דס"ל כשמואל דהואיל ונאסרה נאסרה ולדידי' איסור אשת אח חוזר וניעור ותלוי באיסור אחות אשה והו"א הואיל ואשתרי אשתרי.

ג

אולם אחרי התבוננות נראה בעיקר הסברא לשי' הרשב"א דדוקא היכא דההיתר הוא ודאי אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי כיון דאי אפשר שאיסור החדש יחזק את האיסור הראשון וע"כ הותר איסור הראשון כמו בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי דאיסור אשת אח

אינו חוזר וניעור והואיל ואשתרי אשתרי וגם במצורע שנעשה בעל קרי הא איסור מצורע הותר וזה מצותו וטהרתו להכניס ידיו לבהונות ובודאי יטהר מצרעתו לכשיכניס ידיו לבהונות ויקבל הזאתו אף שיהי' טמא טומאת קרי ולא דמי לבע"מ ששימש בטומאה דחייב שתים כמבואר ביבמות דל"ג דשאני התם דבע"מ עבודתו פסולה וממילא לא הותרה עבודה אצלו ועי' בקידושין דף י"ב בתוס' ד"ה אם ובמקנה שם וכיון דאי"ח משום מצורע אף שהוא בעל קרי ובכה"ג אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי, ולפ"ז לרבא דס"ל יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון ולסברת הרשב"א איסור אשת אח אינו חוזר וניעור שייך לומר הואיל ואשתרי אשתרי, וסתמא דסוגיא דיבמות קאי להלכה דקי"ל כרב וכר' יוחנן דאין איסור אשת אח חוזר וניעור ושייך הואיל ואשתרי אשתרי ורבא לא ס"ל הא דעולא או משום דהוי ב' שמות כמש"כ התוס' והד"ק קושית הבי"מ בנפלה יבמה ונתמנה להיות כה"ג דנימא הואיל ואשתרי אשתרי.

והנראה בזה דהנה הא דלא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי היכא שלא הי' שעת היתר כדאמר שם ביבמות ד"ח מי לא מודה עולא כו' הוא משום דדוקא היכא דהי' לו שעת היתר שפיר ראוי לומר הואיל ואשתרי משא"כ אם חל האיסור קודם שחל ההיתר, והיכא שבאו שני האיסורים בב"א אמרינן מאי תזית דנימא הואיל ואשתרי אשתרי אדרבה נימא להיפך דהאיסור השני מחזק את הראשון ולא אשתרי כלל אבל באופן שגם בבת אחת הותר איסור אחד בודאי הי' גורם גם להיתר השני אף שבא ביחד עם הראשון והיינו אומרין גם בב"א הואיל ואשתרי אשתרי כיון דלא חל האיסור קודם שחל ההיתר והא בגמ' אמרו דמודה עולא שאם ראה קרי בליל שמיני ונשא מת ולא מת כו' רק באופן שלא הי' שעת היתר, והנה בחיי"ל ועשה דרבי רחמנא מיבמתו דעולה לחליצה ואינה עולה ליבום ע"כ איסור אשת אח שבהם פקע מדצריכא חליצה וא"כ הי' ראוי לומר גם בב"א הואיל ואשתרי איסור אשת אח אשתרי גם הלאו והעשה ורק כיון דגלי קרא דיש לך יבמה אחת שעולה לחליצה ואינה עולה ליבום ילפינן דלא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי ומכיון שלמדנו דל"א הואיל ואשתרי אשתרי כשבאו בב"א אף שגם בב"א הותר איסור אחד שוב לא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי גם היכא שבאו האיסורים בזא"ז כגון בשו"י לכהן הדיוט ונתמנה להיות כה"ג ובנפלה ולבסוף נפצע בשו"י שזינתה ובנודרת הנאה מיבמה כיון דבחיי"ל ועשה אין שום נפקותא בין שבאו האיסורים בב"א או בזא"ז מכיון שגלתה תורה דחולצת ואינה עולה ליבום מוכח דל"א הואיל ואשתרי אשתרי בכל גוני וחיי"ל גרידא בשו"י אלמנה מן האירוסין שנפלה לכהן הדיוט ונתמנה להיות כה"ג דסתמא קתני דאסור לכנוס ואסור משום גזירה ב"ר אטו ב"ש ולא אמרינן הואיל

ואשתרי אשתרי אע"פ דקרא דרב גידל מגזיה"כ דיש לך יבמה אחת כו' לפי המסקנא הוא באלמנה מן הנישואין מ"מ י"ל כיון דגלי קרא דלא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי אף בחיי"ל ועשה ה"ה בחיי"ל גרידא דבדין היתר אין נפ"מ בין עשה ולאו דעשה רק דוחה ל"ת ולא הותר ובפרט דעל ביאה שני' הא אין כאן מצוה כלל א"כ כמו שלא הותרה אלמנה מן הנישואין מצד הואיל ואשתרי אשתרי כמ"כ בשארי לאוין ל"א הואיל ואשתרי אשתרי ורק דעשה דוחה ל"ת בב"ר וגזרינן ב"ר אטו ב"ש.

ובמה שכתבתי יש לפלפל בישוב קושית התוס' והרשב"א ביבמות דף ט' דמנ"ל אליבא דרע"ק דחיי"ל לאו בני חליצה ויבום נינהו דיבא עשה וידחה ל"ת, ועיקר קושיתם דאין לומר כיון דאין ק"ת פקע הזיקה ול"ש עשה דוחה ל"ת כמש"כ בכה"ג הרמב"ן, דהא בריש יבמות מוכח דאלמלא קרא דעליה הו"א דאתי עשה ודחי ל"ת אע"פ דאין ק"ת באחות אשה, ולמש"כ י"ל דלפי ההו"א דאתי עשה דיבום ודחי ל"ת שיש בו כרת דאחות אשה וממילא איסור אשת אח מותר לגמרי בתורת הותרה כשארי יבום ואיסור אשת אח הניתר אינו חוזר וניעור כמש"כ הרשב"א והי' שייך הואיל ואשתרי אשתרי וניתרת ג"כ איסור אחות אשה וממילא דגם ב"ש היתה מותרת משום הואיל ואשתרי אשתרי כמו איסור אשת אח כן איסור אחות אשה ושייך בי' ולקחה הרי היא כאשתו לכל דבר ויש בה תפיסת קידושין ג"כ, וכ"ז אי עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת, אבל אי אין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת ואין בה דין יבום לא הותר איסור אשת אח כלל. וכ"ז לפי ההו"א, אבל לפי המסקנא דילפינן מקרא דעליה דאפילו בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי ל"א הואיל ואשתרי אשתרי ולרע"ק חיי"ל כחייבי כריתות דמי ולא אמרינן גם בחיי"ל הואיל ואשתרי אשתרי כמבואר ביבמות דף ע"ט בנפלה ולבסוף נפצע ולהכי אי אפשר לומר דאתי עשה ודחי ל"ת דכיון דביאה שניה אסורה לו ואין בו דין ולקחה וכיון דלרע"ק בחיי"ל לא תפסי קידושין ופקע זיקה ול"ש עשה דוחה ל"ת בכה"ג דלא תפסי קידושין ורק דבי"ר נדחית כאמור ובזה י"ל ג"כ דרש"י בסנהדרין דנ"ג מתמיהת השאג"א בתשו' סי' נ"ג וד' רש"י ביבמות דפ"ד שהביא קרא דיבמתו בחיי"ל גרידא משום דמיבמתו ידעינן דל"א הואיל ואשתרי אשתרי וב"ש אסורה ואכמ"ל.

ד

ובזה אמרתי דבר מחודד בישוב קושית התוס' ביבמות ד"כ בד"ה מיתיבי ואם בעלו קנו תימא דרבא גופי' מותיב מהך ברייתא והשתא איתותב מינה, דהנה לכאורה ק"ל במאי דמקשה רבא אם בעלו אמאי קנו דבודאי צ"ל דס"ל דכיון דמדאורייתא ליבום לא חזיא הויא אשת אח ולפיכך אם בעלו לא קנו דאם איתא דאיסור אשת אח נפקע מה בכך

דליבום לא רמיא מ"מ הרי ק"ת בתיי"ל וכן הוכיח השעה"מ, והא"מ דחה זה ע"פ דעת הרשב"א דלפ"מ דס"ל דחיי"ל ליבום לא רמיא ולא ילפינן מיני' דאין עשה דוחה ל"ת משום דאיסור אשת אח הותר ואין לך בו אלא חידושו משא"כ כשנוסף איסור אחר ולהכי לפי ההו"א דחיי"ל ליבום לא. רמיא ע"כ דאיסור אשת אח לא פקע ושפיר מקשה הש"ם אם בעלו אמאי קנו יעוי"ש וק"ל א"כ אמאי לא מוקי לה בכשנפלה ולבסוף נפצע כדמוקי לה רבה לקמן דע"ט דלשיטת הרשב"א איסור שניתר אינו חוזר וניעור וא"כ בכה"ג אין בו רק איסור לאו שבו ולפיכך אם בעלו קנו משא"כ באלמנה לכה"ג דאיסור אשת אח לא פקע אם בעלו לא קנו, ואין לומר דמשו"ה לא מוקי לה בכשנפלה ולבסוף נפצע משום דא"כ יקשה נימא הואיל ואשתרי אשתרי (דלהך סברא דאיסור אשת אח לא פקע אין מיבמתו ראי' דל"א הואיל ואשתרי אשתרי כשבאו בזא"ז] ומ"ט אסור לקיימן דהא רבא גופי' לא ס"ל הואיל ואשתרי אשתרי בד"ת (ועי' זבחים דל"ב דרבא ל"ל הואיל ואשתרי אשתרי ובטו"א מגילה ד"ג ובתוס' רעק"א יבמות פ"א] ושפיר מצי רבא לאוקמי בכה"ג, ומזה באמת ראי' דלא כשעה"מ והא"מ וצ"ל בקושית הש"ס [עי' בא"מ שם] דאע"פ דס"ל דאיסור אשת אח פקע מ"מ כיון דבפירוש רבי קרא לחליצה ולא ליבום בדין הוא שאם בעלו לא קנו כיון דאין ביבום שום דין קידושין ומאמר אינו אלא מדרבנן ורק דין יבום וכיון דגלי קרא דליבום לא רמיא ו הרי אינה יכולה להקנות בתורת יבום ודין קידושין אין בביאה זו וממילא דאין כאן קנין כלל דדין קידושין אין כאן ודין ביאת יבמה בפירוש מיעט קרא מיבמתו ולפיכך אע"פ דאתרבי לחליצה ואיסור אשת אח פקע מ"מ לא קנו וממילא דאף בשנפלה ולבסוף נפצע אף דודאי פקע איסור אשת אח מ"מ אם בעלו לא קנו ושפיר מקשה רבא.

והנה למאי דמשני ואמר הדר אמר רבא כו' ה"נ אפשר בחליצה ולא ס"ל הא דיבמתו [כ"כ הרמב"ן לתירוצא חדא] ומקשה הש"ס מאם בעלו קנו ולכאורא השתא דקיימינן דליכא מיעוט דליבום לא רמיא רק משום דאפשר בחליצה אין מקום לקושית הש"ס וצ"ל דמקשה דכיון דלא ס"ל הא דיבמתו שעולה לחליצה א"כ שוב אין ראי' דאיסור אשת אח פקע וכיון דאפשר בחליצה ואין העשה דוחה ל"ת ממילא אם בעלו חוזר וניעור איסור אשת אח והא דחולצת אף שיש איסור אשת אח משום דאי אמרת דמשום האי איסורא לא תחלוץ שוב בדין הוא שתתיבם דהא א"א לקיים שניהם] ולהכי שפיר מקשה אם בעלו אמאי קנו, אך לפ"ז הדרא קושיא לדוכתא דלוקים הש"ס בנפלה ולבסוף נפצע דבכה"ג כבר נפקע איסור אשת אח וצ"ל דהגמ' שפיר מקשה לפ"מ דס"ל הואיל ואשתרי אשתרי דהא לא ס"ל השתא דרשא דיבמתו וא"כ אי אפשר לאוקמי ברייתא בכה"ג דא"כ

תקשה סיפא אמאי אסור לקיימן בב"ש וגם לכתחלה מותרת ויפה עולה קושית הש"ס, אבל רבא גופי' לטעמי' אזיל דס"ל דל"א הואיל ואשתרי אשתרי יש לישב הברייתא דמיירי כשנפלה ולבסוף נפצע דפקע איסור אשת אח ולפיכך אם בעלו קנו ומ"מ אסור לקיימן בב"ש משום איסור לאו שבו דל"א הואיל ואשתרי אשתרי.

ובאופן אחר י"ל לשי' הרשב"א דלהכי לא מתרץ הש"ס בכשנפלה ולבסוף נפצע משום דאכתי קשה לר"ל דס"ל דחייב על הצרה כרת ולשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה ולדידהו איסור אשת אח חוזר וניעור כמש"כ הרשב"א ואמאי אם בעלו קנו, אבל רבא לשיטתו ביבמות דמ"א דיבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון ולדידי' י"ל לכשנפלה ולבסוף נפצע ואין עוד איסור אשת אח ורק מתחלה מקשה אם נימא דבפירוש מיעטה תורה דליבום לא רמיא ואין בה דין יבום כמשכ"ל.

והנה משכ"כ לתרץ קושית הבית מאיר דמיבמתו ידעינן דלא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי הוא רק אם נימא דבחייל ועשה נפקע איסור אשת אח אולם לפי הך צד שנסתפק המל"מ דבאלמנה מן הנשואין כיון דליבום לא רמיא מן התורה חייב משום אשת אח, וכן ראיתי מובא בשם חמדה גנוזה נדפס בירושלם לקוטים מיוחסים להרשב"א על יבמות ומבואר שם להדיא דסובר הרשב"א דהיכא דחולצת ולא מתיבמת היא באיסור ערוה על האח, וזהו דלא כמש"כ הא"מ במסקנת דעת הרשב"א וא"כ אין מיבמתו ראי' כלל דלא אמרינן הואיל ואשתרי דהא איסור אשת אח לא ניתר כלל בחייל ועשה והדר יקשה קושית הבית מאיר דנימא הואיל ואשתרי אשתרי, ונראה לישב בפשיטות דהא דאמרינן באשת אח ואחות אשה הואיל ואשתרי אשתרי לפי דכרת אחת לכל העריות וכמבואר בריש כריתות כי כל אשר יעשו מכל התועבות האלה ונכרתו כו' וכרת דאחותו יצאה לחלק או כמו שאמר שם דכרת אחת וחלוקין בלאוין הלאוין מחלקין וס"ל לסתמא דגמרא דהוי כשם אחד אבל בשני איסורים חלוקים לגמרי ל"א הואיל ואשתרי אשתרי לכו"ע ויתישב בזה קושית הטו"א במגילה ד"ג בכה"ג ונזיר דנימא הואיל והותר טומאת כהונתו לקרובים הותר ג"כ לנזירותו דהא באיסורים חלוקים לגמרי ל"א הואיל ואשתרי אשתרי והא דלא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי באיסור נדה דהוא בכלל כרת אחד דשארי עריות והא ממיעוט דעליה אין נדה בכלל דגם בעת נדותה קנאה כמש"כ התוס' בריש יבמות ואיסור אשת אח הותר בודאי כמו בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי לשי' הרשב"א נראה דמעליה ידעינן דלא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי והדר דינא דאין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת ובשארי עריות חייב ג"כ משום אשת אח ובנדה זיקתה לא פקע אבל הא אין עשה דוחה ל"ת שי"ב כרת ומ"מ קנאה משום דהא בנדה תפסי קידושין וחשובה

ג"כ עולה ליבום לכשתטהר וכמשכ"ל בסי' ב' בהג"ה, ועוד נראה דל"ש באיסור נדה הואיל ואשתרי אשתרי דאין איסור נדה מניעה למצות יבום דיקיים מצותו לכשתטהר ויקיים ולקחה להקים שם לאחיו כמו בבעלה בשעה שהיא טהורה ולהכי אין הו"א בגמ' כלל בלא קרא דעליה דיהא שייך לאיסור נדה הואיל ואשתרי אשתרי ולא דמי למצורע שחל שמיני שלו בערב הפסח דמצותו מיד, וכ"כ בשושנת העמקים להפרמ"ג כלל ה' דדוקא בער"פ אמרינן הואיל ואשתרי אבל בלא זה אמרינן ימתין עד שיטהר, [ויעוי"ש מה שהביא מקידושין דכ"א דמצינו הואיל ואשתרי אשתרי ובתוס' שם בד"ה בב"ש ומבכורות ד"ו, ובאמת הם ענינים שונים והתם גם בדבר הרשות אמרינן כן ועי' בפי' הראב"ד פ"א דתמיד ובשאג"א סי' ל'].

ה

ומש"כ מעכ"ת שי' לתרץ קושית הרב מלובלין לשי' הסוברים דאין עשה דוחה ב' לאוין ומאי מקשה ביבמות באלמנה מן האירוסין דליתי עשה ולדחי ל"ת הא איכא ב' לאוין לא יקח ולא יחלל דאין עשה דוחה ב' לאוין, ותי' עפי"ד התוס' ביבמות דמ"ט דביבמה ליכא קידושין והוסיף להסביר דביבם אחד למ"ד אין ק"ת ביבמה לשוק הרי לא אהני הקידושין מידי דהא אסורה וקיימא ולא תפסי קידושין לעלמא וכמבואר בגיטין דפ"ג דבכה"ג היכא דלא אהני הקידושין ל"ש קידושין ומה"ט גם ביבום כן ולהכי לא עבר על לאו דלא יקח רק משום לא יחלל זהו תו"ד. הנה תירוצו נסתר משי' הרמב"ם שפסק בפי"ט מהל' איסו"ב הל' ד' דאם בא ביאה בלא נישואין לא חיללה והה"מ שם כ' דאין איסור לכה"ג על ביאה בלא קידושין יותר מעל אדם אחר ועשה דכי אם בתולה מעמיו יקח ולא בעולה הוא דוקא ע"י קיחה, ולפ"ז יקשה באלמנה מן הנישואין דאמרינן דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה דהא יבום לא הוי קידושין כלל ואין בזה קיחה ואין איסור על ביאה גרידא וליתי עשה דיבום ולידחי, אלא ע"כ צ"ל דאע"פ דיבום לא הוי ענין קידושין מ"מ כיון דע"י היבום קונה אותה וילפינן מולקחה דהרי היא כאשתו לכל דבר הרי יש בזה קיחה וקרינן בי' ולקחה וממילא דעובר על לאו דלא יקח ואין ואין נפ"מ אם הקיחה היא ע"י קידושין או ע"י יבום ובכה"ג עובר על בעולה בעשה ומהאי טעמא דעובר באלמנה משום לא יקח וכן מוכרח מד' הרמב"ם דס"ל דאין חיוב בחיי"ל בלי קידושין ומ"מ בודאי בחיי"ל אסורה ביאה שני' ביבום מן התורה וגזרינן ב"ר אטו ב"ש אע"פ דלא הוי קידושין מ"מ הא הויא כאשתו ע"י יבום ובכה"ג גם חיי"ל אסורה ורק על ביאה בלא קנין אישות ליכא איסור [ועי' במקנה ובתשו' רעק"א סי' ר"כ מה שחידשו דעובר כה"ג באלמנה משום לא יקח אף על ביאה שני' שהרי היא אשתו אף שאין בזה קיחה חדשה]

ובזה נראה לפשוט ג"כ ספיקו של המל"מ בפ"א מהל' מכירה במש"כ הרמב"ם דאם בא ביאה בלא נשואין לא חיללה אם נישואין דוקא או קידושין סגי ומסיק שם דבקידושין לחוד ג"כ עובר, ולמש"כ הרי זה מוכרח מדין אלמנה לכה"ג ביבום למש"פ הרמב"ם בפלוגתא דיבמות דנ"ו במערה נמי ואלמנה מן האירוסין לא אכלה וא"כ בהעראה לא הוי רק ארוסה ולא נשואה וא"כ אמאי לא תתיבם אלמנה מן הנשואין ובאירוסין גרידא הא אין איסור עשה דבעולה אלא ע"כ צ"ל דע"י קידושין גרידא ג"כ הוי איסור עשה כמו דמסיק המל"מ בפשיטות.

והנה בעיקר קושיית הרב מלובלין כבר קדמוהו בס' בית מאיר ס' קע"ד שהביא מגינת ורדים דעשה דוחה ב' לאוין. ונ"ל לישב להסוברים דאין עשה דוחה ב' לאוין היינו דוקא ב' לאוין שאינם תלוים זב"ז משא"כ היכא דלאו אחד הוא על תנאי של לאו השני דנראה דאפשר דאע"פ דאין עשה דוחה ב' לאוין מ"מ חד לאו דחי וכמו דס"ל להריב"א דאע"פ דאין עשה דוחה ל"ת ועשה מ"מ הל"ת דוחה, ולפ"ז י"ל דהלאו דלא יחלל נדחה מפני עשה דיבום והנה בלאו דלא יחלל דעת הרמב"ם דהיכא דאין הביאה מוסיף חילול בפסולה לכה"ג כמו גרושה וזונה ל"ש לא יחלל כיון דלא הוסיף חילול ובאלמנה לכה"ג ליבום בפשוטו נראה דלא נתחללה כיון דלא הוי ביאת עבירה כלל ואפי' לד' החולקים ע"ד הרמב"ם בשארי פסולים וס"ל דא"צ שיוסיף חילול ועובר משום לא יחלל מ"מ מודים בזה דהא לא נתחללה כלל, ואין זה ענין למה שנסתפק השעה"מ והא"מ ביבם שיבם את הממזרת או איפכא אי הולד ממזר דאע"ג דביאת היתר הוא הולד ממזר כמו גר דמותר בממזרת וכן מי שנישאת לחלל אע"פ שאין עבירה הולד חלל, ועי' במהרש"א בח"א יבמות דע"ז, אבל בזה דהעיקר משום עבירה הא לא נתחללה ונמצא דאחרי דאמרינן דעשה דיבום דוחה הל"ת דלא יחלל הרי בעצם לא עבר הלאו דלא יחלל כלל שהרי לא נתחללה בפועל וכיון דקי"ל דקידש אינו לוקה בעל לוקה שתים משום לא יקח ומשום לא יחלל וטעם דלא יקח משום לא יחלל א"כ מ"ל קידוש ולא בעל ומ"ל קידש ובעל בהתירא דלא חילל כלל ושוב אין כאן לאו דלא יקח בעצם דכיון שנדחה הלאו דלא יחלל מצד עשה דיבום והביאה הויא ביאה דהתירא ממילא דאין כאן לאו דלא יקח דאיסור הקידושין והקנין הוא על תנאי שתהי' הביאה ביאה אסורה הגורמת חילול. ועוד נראה דהא דאמרינן דאין עשה דוחה ב' לאוין הוא באופן דגם אי נימא דנדחין הלאוין מ"מ הם בגדר דחי' רק שנדחין מפני העשה וע"כ אמרינן דאין עשה דוחה ב' לאוין משא"כ בזו אי נימא דהלאוין נדחין נמצא שלא נתחללה כלל ולא עבר כלל על הלאוין וע"כ אמרינן דמתחלה דוחה חד לאו וכיון דדוחה לא עבר עליו כלל שהרי לא נתחללה על

ידו ושוב בכח העשה לדחות את הלאו השני ובכה"ג דוחה שפיר ב' לאוין, ובמש"כ מיושב ג"כ קושית הב"ח ביבמות דפ"ד דהא גם באלמנה מן האירוסין לכה"ג בגמר ביאה הא נתחללה ואיכא עשה דקדושים תהיו ולפמש"כ כיון דעשה דוחה ל"ת בהעראה לא נתחללה.

שו"ר במקנה קידושין דס"ו שנסתפק בגרושה שנפלה ליבום לכהן אי תתחלל היא וזרעה כיון שהי' בהיתר ומביא ראי' מגרושה לכהן הדיוט דאתי עשה דיבום ודחי ל"ת והא איכא ב' לאוין אע"כ דבאמת אין כאן חלול לפי דדוחה, אלא דלשי' התוס' דרק העראה מותרת ואין אשה מתעברת בהעראה ובגמ"ב הוי עבירה והולד חלל, רק לשי' הרשב"א והר"ן דבגמ"ב איכא נמי מצוה לא הוי חלל עכ"ד, ובאמת למש"כ הרשב"א מובא בשי"מ כתובות ד"ל ובמל"מ פי"ז מהל' איסו"ב הי"ג לא מחלקינן חדא ביאה ולהכי הבא על שו"י לא הוי הולד חלל ול"א דבהעראה נפסלה ה"נ י"ל דגם לשי' התוס' לא נתחללה בגמ"ב, ומכבר העירותי מיבמות ד"ק אלא לראשון לטמא ממנ"פ אי בר קמא שפיר ואי בר בתרא הוא שפיר קא מיטמא לי' דחלל הוא, והא משכח"ל שקידשה אחיו של שני ומת ונפלה לפניו ליבום ומן התורה מתיבמת ורק מדרבנן אסורה ולא הוי הולד חלל מן התורה רק מדרבנן ולהכי אינו מטמא לראשון ומזה נראה לכאורה ראי' דאף בכה"ג הו"ל חלל ומצאתי בשו"ת שואל ומשיב שהביא קושיא זו, ואפ"ל דלהכי לא משני הכי משום דס"ל להמקשן דבגרושה לכהן הדיוט איכא גם עשה דקדושים תהיו כמש"כ הרמב"ן ביבמות ד"כ ואף דהגמ' דחי לה התם באלמנה מן האירוסין לכה"ג אבל בפסולי כהונה דכתיב גבי' בפרשה איכא ג"כ עשה דקדושים תהיו וכ"כ התוס' ביבמות דפ"ד דבפסולי כהונה איכא עשה דקדושים תהיו ועי' בב"ח שם וכיון דגרושה הוי ל"ת ועשה ואין עשה דוחה ל"ת ועשה הו"ל הולד חלל מן התורה.

ובעיקר ספיקו של המקנה י"ל כיון דעשה רק דוחה ל"ת והוי רק בגדר דחי' ולהכי י"ל דהולד חלל וקצת דוגמא לזה בפסחים דפ"ד בו בכשר ולא בפסול ומ"מ אפשר לשבור עצמות בפסח הבא בטומאה בציבור דאף דדחוי' חשוב פסיל ועי' מהרש"א יבמות דל"ג דטומאה דחוי' בציבור מ"מ חשוב שם איסור ואין איסור אחר חל עליו ומה"ט חשוב ג"כ שם פסול, וכיוצא בזה שמעתי לתרץ קושית התוס' ביבמות ד"ט שהקשו לרע"ק דחיי"ל לאו בני חליצה ויבום נינהו דליתי עשה ולידחי ל"ת דכיון דהיא בגדר דחוי' יש על זה שם איסור ולאו בת תפיסת קידושין היא ול"ש בה ולקחה וכל זה לרע"ק דס"ל אין ק"ת בחיי"ל, אבל בריש סוגיא דעליה דהו"א דאתי עשה ודחי ל"ת שי"ב כרת דקאי לרבנן דס"ל דק"ת בחיי"ל ורק חיי"כ לא תפסי בה קידושין כיון דדוחה לא הוי חיי"כ וגם הא לא

דמי לאחות אשה דילפינן מיני' דאין ק"ת בחיי"כ, אבל מצד הסברא הישרה נראה דכיון דאין יצירתו בעבירה ואפילו מצוה איכא איך אפ"ל דתתחלל עי"ז, וכן נראה לרע"ק בדין שיתפסו הקידושין מצד עשה דוחה ל"ת והא לרע"ק אין ק"ת בחיי"ל שיש בהם איסור לאו אבל בעשה דוחה ל"ת הא איכא מצוה ג"כ.

אולם בישוב קושית התוס' ביבמות ד"ט י"ל כיון דהמצוה תלוי בהקנין דבעינן ולקחה כמש"כ הראשונים וכיון דכ"ז שאינו קונה אין כאן מצוה והא ע"י עשה דוחה ל"ת לא הותרה כמו אשת אח דהותרה אף בלא קנין כמו ביבם קטן שבא על יבמה גדולה תגדלנו, ולהכי כיון דמצד עצמה אין בה קנין אין מקום שיותחל תפיסת הקידושין וכה"ג כתבתי להוכיח במק"א [עי' בסי' ב' אות ו'] לשי' הר"י ביבמות דט"ז דילפינן מלא תהי' דאין הקידושין מפקיעין הזיקה דלרע"ק דס"ל אין ק"ת בחיי"ל ולא דריש קרא דלא תהי' ומ"מ אין ק"ת ביבמה לשוק ולא אמרינן דע"י הקידושין יופקע הזיקה ותהי' ניתרת משום דאין מקום שיותחל תפיסת הקידושין כיון דבלא הקידושין הרי היא אסורה וה"נ י"ל כיון דבלא הקנין דאין בה מצוה הרי היא אסורה ממילא אין בה תפיסת קידושין, ובריש סוגיא דעליה דהו"א דעשה דוחה ל"ת שי"ב כרת אע"פ דאי נימא דאינו דוחה לא קנה י"ל דדוקא בחיי"כ דילפינן מהקישא דר"י מאחות אשה והא האיסור בשארי עריות הוא אף אי נימא דקידושין תופסין בה אבל ביבום הא אי נימא דק"ת בה אין כאן איסור דעשה דוחה ל"ת לא דמי לאחות אשה. משא"כ בחיי"ל לרע"ק דאין על זה קרא מיוחד אלא דכללא הוא דתפיסת קידושין תלוי במזרות וא"כ כל שלא ע"י יבום הרי היא אסורה והולד ממזר בכה"ג אין קידושין תופסין, וילה"ע ע"ז מדהתוס'. קידושין דס"ז ד"ה מנה"מ וע"ע ברשב"א קידושין שם, ובפשיטות נראה דלפי ההו"א דבלא קרא דעליה הו"א דאינו תלוי כלל בתפיסת קידושין ומקרא דעליה ידעינן דבעינן תפיסת קידושין וכ"כ הרמב"ן ביבמות ד"ט דלרע"ק גלי רחמנא בעריות וה"ה לחיי"ל דכל דלא מתפסי קידושין פקע זיקה יעו"ש הרי דמעליה ידעינן זה דתלוי בתפיסת קידושין [ובזה מיושבים ג"כ ד' האבני מלואים בסי' י"ח בישובו על קושית התוס' שתמהו עליו מריש הסוגיא דעליה דלפי ההו"א לא בעינן תפיסת קידושין] ולמש"כ י"ל באופן אחר דלא אמרינן עשה דוחה דוחה ל"ת רק באופן דגם אם לא ידחה יש בזה מצוה משא"כ בזה אי נימא דאינו דוחה כיון דתלוי בתפיסת קידושין וכל היכא דלא תפסי קידושין הרי אין כאן זיקה ואין כאן מצוה כלל ולהכי לא דחי ואכמ"ל.

1

ומה שהביא כת"ר קושית האבני מילואים בסי' ל"ג ע"ד הרמב"ן והריטב"א ביבמות ד"כ שהקשו דאי סוף ביאה קונה א"כ ביבמה הוי בעולה ואף באלמנה מן האירוסין איכא עשה ול"ת ותירצו דביאת יבמה שאני דלא הלכו אחר דעתו דבפירוש ריבתה תורה שוגג כמזיד וע"ז תמה דהא בכה"ג אזלינן בתר נישואין וכדאמרינן בפ' הבע"י כה"ג שקידש את הקטנה ובגרה תחתיו כו' וא"כ נהי דביאת שוגג קונה מ"מ לא משוי לה לנשואה, ובפרט לפ"מ דקיי"ל דאלמנה מן האירוסין כו"ע לא אכלה, וביותר הקשה לשי' הרמב"ם דפלוגתתם במערה נמי וא"כ אפי' נפרש דעתו שרוצה לקנות בהעראה אינו קונה אותה לכל הדברים והו"ל ארוסה ובסוף ביאה הרי היא נשואה והויא בעולת עצמו והניח בצ"ע.

ולדעתי המדקדק בלשון הזהב של הראשונים הרמב"ן והריטב"א והר"ן יראה דס"ל דגם בגמ"ב מקיים מצוה דלהקים שם אבל אין הגמ"ב לעיכובא ואף העראה ביבמה קיים ג"כ מצות יבום כיון דהעראה קונה אלא דלפי שיטת התוס' דס"ל בחיי"ל דעשה דוחה ל"ת רק העראה שרי ולא גמ"ב דהוי כביאה שני' ע"ז חולקים וס"ל דגם בגמ"ב איכא מצוה דאין סברא דמצות להקים לאחיו שם לא יהי' בגמ"ב, אבל כו"ע מודו דאין זה לעיבורא דכיון דקנה לכל הדברים האמורים בפרשה לד"ה לפוטרה בגט ולפטור צרתה איך נימא דלא קיים להקים שם דכתיב ג"כ בפרשה ואילו הערה בלחוד קיים ג"כ המצוה והא כ' הר"ן דאע"ג דאין אשה מתעברת מב"ר מ"מ לפעמים מתעברת ול"א דלהקים לאחיו שם הוי לעיכובא וכל שלא נתעברה בב"ר הרי לא קיים המצוה כלל אלא דמצות יבמה יבא עלי' קיים בב"ר ורק אע"פ דסגי בהעראה מ"מ כיון דלפעמים מתעברת בב"ר אני קורא להקים לאחיו שם גם בגמ"ב וכולה חדא מצוה היא.

ולפ"ז משה"ק הריטב"א דאי ביבמה דוקא גמ"ב א"כ הו"ל עשה ול"ת היינו אי נימא דבהעראה לא קנה כלל ולא קרינן בה יבמה יבא עלי' וכיון דגמ"ב לעיכובא הו"ל עשה ול"ת, אבל לפי האמת דיבמה קונה בהעראה ורק אי גומר ביאתו מקיים ג"כ המצוה אבל באלמנה מן האירוסין דבהעראה לא הוי אלא ארוסה אז באמת אסור לגמור ביאתו כיון דבכה"ג אזלינן בתר נישואין ולשי' הרמב"ם דס"ל דפליגי נמי במערה באמת לא יגמור ביאתו גם אי נימא דהרמב"ם ס"ל כשי' הריטב"א דבגמ"ב מקיים ג"כ מצוה דלהקים לאחיו שם ולא עוד אלא שנ"ל דכיון דבהעראה גרידא ג"כ סגי שוב מותר לגמור ג"כ ויתישבו בזה ד' הריטב"א דמשמע מדבריו עכ"פ דבאלמנה מן האירוסין לכה"ג גומר ביאתו ג"כ, והטעם י"ל לפי סברת רבא בזבחים דל"ב בטומאה דאשתרי הא אשתרי והא לא אשתרי, אבל בדחי' מה לי חד דחי' ומ"ל שתי דחיות וכיון שנדחה נדחה וא"כ ה"נ

כיון דבהעראה הרי נדחה הלאו מפני העשה שוב אמרינן הואיל ונדחה נדחה וגם העשה דבעולה הבאה אח"כ עם הל"ת נדחית ג"כ וקושיתו אי נימא דהעראה לא קנה ביבמה ובגמ"ב הו"ל עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה, אבל לפי האמת דבהעראה קונה ג"כ ויקוים בזה מצות יבום א"כ שוב מותר לגמור ביאתו ולהכי אמר רבא גזירה ב"ר אטו ב"ש ולא אטו גמר ביאה דרבא לטעמי' דס"ל בזבחים דבדחיה אמרינן הואיל.

ומש"כ כת"ר לפרש דברי הירושלמי יבמות פ"ו בהא דאמר ר"א פנוי הבא על הפנוי' שלא לשם אישות עשאה זונה אר"א בר ממל הדא אמרת כה"ג שקידש את האשה בבעילה אינו כבא על הבעולה וכתב לפרש ע"פ משה"ק המל"מ בפ"א מהל' מכירה בדין דנשבע למכור קונה בכסף אף במקום שכותבים את השטר דהוי כפריש א"כ האיך אמרינן בקידושין דאי סוף ביאה קונה אסור לכה"ג לקדש בביאה דהא הוי כפירש ותי' בדרוש וחידוש משום דהיא אינה מוזהרת ולא הוי כפירשה לדעתה אבל בזונה לר"א דס"ל פנוי הבא על הפנוי' עשאה זונה דגם היא מוזהרת הוי כפריש עכת"ד, ולפי פירושו יקשה דמאי אירי' כה"ג דנקיט הירושלמי אף כהן הדיוט יהי' קונה לר"א בתח"ב דמשום איסורא דזונה דגם איהי מוזהרת הוי כפריש, אלא דיש לחזק תירוצו של מעכ"ת דלכאורה הדבר תמוה לומר דכיון דקונה בסו"ב הראה הוי זנות דהא ר"א דוקא בפנוי הבא על הפנוי' שלא לשם אישות עשאה זונה אבל לא בדרך אשות וקידושין וכן כתב הק"ע שם דלא כפי' הפני משה יעו"ש אולם י"ל דבודאי אי סו"ב קונה ג"כ לא הוי זנות אבל בכה"ג אי נימא דסו"ב קונה אסורה לו משום בעולה כמבואר בבבלי קידושין ואסור לגמור משום דהויא בעולה וממילא דהראה הוי זנות בעלמא משום איסור זונה ולהכי הוי כפריש וע"כ נקיט הירושלמי בכה"ג דוקא אבל בכהן הדיוט לא הוי זנות אולם גוף ד' הגאון רעק"א שחידש דבעולה לכה"ג אינה מוזהרת נסתר מד' התוס' חגיגה די"ב בד"ה בתולה שכתבו להדיא דאף היא בכלל האיסור ועי' בתוס' רעק"א יבמות סו"פ החולץ אות נ"ז שהרגיש מזה וכ"כ האס"ז בב"מ ד"ל דגם איהי מוזהרת ובלא"ה אין תירוצו מספיק דהא עכ"פ גם איהי מוזהרת בלאו דלפני עור וממילא דהוי כפריש משום איסורא כמש"כ המהרבי"ל אולם בגוף קושית המל"מ י"ל בפשוטו דמשכח"ל שאינם יודעים מהאיסור שעי"ז נעשית בעולה וגם אם העדים לא ידעו שהוא כה"ג לא הוי כפריש א"כ בתחלת ביאה הוי כמקדש בלא עדים, אלא שילה"ע דכיון דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה וכמבואר ברמב"ם פ"ג מהל' אשות ובהה"מ שם ובטושו"ע סי' ל"ג וכיון דהעדים א"י לראות וכמבואר בכריתות די"ב ורק משום חזקת צורה קאתי כמש"כ הרמב"ם וכמו שהאריך בזה החת"ס חאה"ע סי' ק"ג, ולכאורה צ"ל כן בדהתוס' שכתבו לחלק דהיכא

דפריש ולא גמר ביאתו קנה בהעראה וקשה דהא מ"מ העדים לא ידעו מזה מתחלה והוי כמקדש בלא עדים אע"כ כיון דמעידים על היחוד תלוי הדבר בדעת המקדש ולהכי די בעידי יחוד ויש לחלק.

סימן ה

ב"ה ח' אדר תרנ"ה. ווילנא. **אשה** שניסת לכהן ואח"כ יצא קול שחלצה זה עשרים שנה בפה והיא ואחיה אומרים שהי' לה ולד אחר מות בעלה הראשון ומת תוך ל' ובפנקס הצדקה גדולה רשום בשם נפל.

א

מה שפקפק רומעכ"ת יחי' בדבר הנאמנות בזה לפי שאין עדים כשרים היודעים להעיד שהי' לה ולד שמת תוך ל' יום מבעלה הראשון לפני חליצתה רק עפ"י עדות נשים ואחיה ובפנקס הצ"ג פה רשום בשם נפל ולכאורה הא גם באיסורים אין ע"א נאמן נגד חזקה והא בספק אם יש לאשה יבמה ולד בחזקת היתר ליבם עומדת וממילא בחזקת איסור לשוק עומדת כמבואר ביבמות ד"ל והוצרכה לחליצה בודאי ואין ע"א נאמן להוציאה מחזקתה זו, אולם גם באיתחזק איסורא באיסור דרבנן כ' הנוב"י במה"ת אה"ע סי' ז' דכיון דאי מ"א מהימן נגד חזקה הוי ספיקא דדינא וע"כ בדרבנן אזלינן להקל ובזה העיר על דברי הב"ש אה"ע סי' קנ"ח שכ' דאין ע"א נאמן להעיד שמתה אשתו להתיר איסור חדר"ג וכ"כ בח"צ סי' ס"ה ע"ד הריב"ש שכתב דקטן אינו נאמן דאתחזק איסורא דרבנן דמ"מ גדול וקרוב נאמן אף באיתחזק אסורא וכ"כ הגאון רעק"א בחי' ליור"ד סי' ט"ו דע"א נאמן להעיד על עגלים שהם ב"ח מה"ט דבדרבנן גם באתחזק נאמן יעו"ש וע"ע בתשובת רעק"א סי' ז'.

ולבד זה נראה דגם איתחזק איסורא לא הוי דהא לדברי העד מעולם לא נפסלה לכהונה והחליצה מעיקרא היתה רק בתורת ספק וכמ"ש בהגמי"י בפ"ג מה' אישות סי' ג' במעשה בשליח שטעה ואמר הרי את מקודשת לי דנאמן השליח לומר שטעה ולא הוי נגד חזקת א"א כיון דע"פ דבריו לא הוחזקה כלל בא"א ולא מקרי איתחזק איסורא רק היכא דאף לדברי העד הבא להתיר את האיסור מכאן ולהבא מודה דמעיקרא אסור משא"כ היכא דלדברי העד לא הי' איסור מעולם כלל ויעוי' בשב שמעתתא ש"ו פ"ג וד', ומה שהיתה מתחלה בחזקת היתר ליבם וממילא באיסור לשוק עומדת נראה דג"כ לא הוי איתחזק איסורא משום דע"כ לא אמרינן איתחזק רק אם אותו איסור דא"א או טבל והקדש נמשך והעד בא להתיר את האיסור ההוא משא"כ איסור זה דחליצה לכהונה

הוא איסור שנתחדש אח"כ והאיסור יבמה לשוק כבר חלף והלך לו ע"י מעשה החליצה, ואין מחזיקין מאיסור לאיסור לומר כמו שהיתה אסורה מתחלה מצד יבמה לשוק כן נשאר עלי' איסור לכהונה, וע"כ בעדות העד שאינו בא להתירה לשוק שמותרת היא מאלי' ע"י החליצה רק שבא להתירה לכהונה משום דלדבריו היתה החליצה מספק, ולגבי כהונה דלא נפסלה מעולם לגבי איסור זה לא אתחזק כלל, ועי' בתשו' רעק"א סי' קכ"ד קכ"ה לגבי איסור סוטה ומה שפקפק בזה הגאון מליסא.

עוד נראה לפי מ"ש הנוב"י במהד"ק אה"ע סי' ס"ט ובתנינא אה"ע סי"ט דבספק ולד ליכא חזקת איסור כלל דכיון דרוב מתעברות ויולדות מעולם לא נתברר חזקת איסור שלה לשוק ודוקא בס' דקרוב לו או קרוב לה לצרתה דתנינא ביבמות שם דמת בלא בנים והספק הוא מצד אחר בזה אמרינן בחזקת היתר ליבם עומדת ובחזקת איסור לשוק משא"כ בספק אם יש לו בנים דכיון דרוב מתעברות ויולדות ממילא לא איתחזק איסורא כלל.

הן אמת שהתוס' ביבמות ד' ל"ז כתבו מפורש גם בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון דנימא בחזקת היתר ליבם עומדת שכתבו דאין סברא לומר בשהו הרבה ולא ילדו רוב נשים מתעברות ויולדות והנוב"י בריש סימן ס"ט הביא דברי התוס' ובסוף הסימן לא הזכירו וע"ע בפני יהושע לקדושין דף פ' שכתב גם כן כמ"ש הנוב"י על כל פנים באשה זו שלא שהתה הרבה עם בעלה הראשון לפי מה שכתב הנוב"י שם דגבול לזה הוא עשר שנים דהוי רוב נשים מתעברות ויולדות, א"כ לדברי הנודע ביהודה אין כאן חזקת איסור כלל. גם אם נימא דחזקת איסור הוי וחזקה שנתבררה לשעתה מיהו הוי אחר הקדושין והנשואין מיד בחזקת היתר ליבם עמדה מ"מ אחרי כן הוי רוב נשים מתעברות ויולדות וכמבואר ביבמות דף קי"ט שם רישא חזקה ליבום ורובא לשוק א"כ נהי דאיכא חזקה מ"מ כיון דהרוב מרע להחזקה שוב ע"א נאמן דעד כאן אין ע"א נאמן נגד חזקה רק בחזקה אלימתא דלא איתרעא משא"כ בחזקה זו דאיתרעה ע"י הרוב ויל"ע ע"ז מריש גיטין ויעוי' בפנ"י ובתשו' רעק"א ס' קכ"ד.

גם למש"כ השב שמעתתא ש"ו פ"ז לחלק דבחזקה שהוחזקה לפנינו כההיא דסוקלין ושורפין על החזקות אין ע"א נאמן להוציא מידי חזקה ובזה תירץ ההיא דגיטין נ"ד דאזכרות שלי לא כתבתים לשמן דאינו נאמן והא לדבריו לא היתה הס"ת כשרה מעולם ולדברי הגהמי"י ל"ה נגד חזקה כלל, וע"ז תירץ כיון דסתם סופרים כותבים לשמה הס"ת בחזקת כשרה עומדת והוחזקה לכשרה וע"כ אינו נאמן וא"כ הכא הלא הוחזקה לחלוצה, הנה באמת בעובדא דידן במקומה לא הוחזקה לחלוצה רק ע"י הקול שיצא עפ"י דברי'

וקול ושוברו עמו דהיתה רק חלוצה מספק אלא הכא גם בהוחזקה לחלוצה לא דמי לס"ת דעדות העד מתנגד למעשה הסופר הכותב לשמה כמ"כ בכל החזקות בהוחזקה נדה בשכנותיה וכיו"ב בא העד להוציא מידי מעשה החזקה משא"כ בעדות העד שהי' לה ולד שמת תוך ל' שאינו סותר מעשה החליצה כלל דגם מספק צריכה חליצה וע"כ היא מוחזקת לחלוצה א"כ אין זה נגד החזקה שהוחזקה כלל וע"כ ראוי להאמין עדות הע"א בכה"ג וגדולה מזו כתב הנוב"י מהד"ק אה"ע סי' נ"ד דנאמן ע"א לומר תנאי הי' בקדושין אף שהיו מוחזקים ודרים כאיש ואשתו דאין זה נגד החזקה כיון דגם לדברי העד הי' מעשה הקדושין אלא בהתבטל התנאי נתבטלו גם הקדושין יעו"ש.

ובגוף דברי הש"ש דזה שהוחזק בטעות חשוב ג"כ חזקה ואין ע"א נאמן להוציא מיד חזקה זו ובכה"ג כתב גם התבו"ש סי' כ"ח אות כ"ט דמה שיצא בהיתר חשוב חזקה והביא ראי' לזה מכתובות כ"ד דקאמר גדולה חזקה וכו' הרי אתם בחזקתכם אף שלא נתברר כשרותם מ"מ א"א להוציאם מחזקתם ויש להעיר ע"ז מדברי התוס' כתובות דכ"ב בד"ה תרי ותרי שפירשו ערעור דפגם משפחה שמעידין שהוא עבד ואלו מזימין אותם דאי באלו מכחישים אותם ואומרים שאינו עבד א"כ ל"ש לאוקמי בחזקת כשרות דאם הי' עבד מעולם לא הי' לו חזקת כשרות יעו"ש, ולדברי הש"ש והתבו"ש הא עכ"פ היו מוחזקים לדיינים כשרים ואין להוציאם מחזקתם, ואולי בתרי ותרי שאני דלא מהני חזקה שהוחזק לפנינו רק חזקה דמעיקרא שלא נשתנה. גם מה שהביא התבו"ש מהא דגדולה חזקה לאיבע"א שם בגמ' הוא רק בתרומה דרבנן וע"ע כתובות ד' כ"ו באס"ז שם שהביא באריכות דברי הרשב"א והריטב"א בתרי ותרי כיון דלא איתחזק אלא אפומייהו דהנך סהדי לאו חזקה היא יעו"ש.

ב

ויש לשדות נרגא בכל מה שכתבתי ביסוד ההיתר מיבמות דף קי"ט דמקשה מהא דניתן לי בן במדה"י ואמרה מת בני ואח"כ מת בעלי נאמנת מת בעלי ואח"כ מת בני אינה נאמנת וחוששין לדבריה וחולצת ולא מתיבמת וליחוש דילמא אתו עדים ואמרי כדקאמרה ונמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה אר"פ בגרושה וכו', וקשה לפמ"ש מאי פריך דהא י"ל דדוקא באשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י לא תנשא בדין הוא שאסורה לכהן דגם ספק חלוצה אסורה להנשא לכתחלה כמו שהוכיח הרמב"ן בחי' ליבמות כ"ד משא"כ בניתן לי בן דהא דאינה נאמנת להנשא לשוק משום דיבמה לשוק הוי דבר שבערוה כמו"ש הנמוק"י והמרדכי (דלא כמש"כ הנוב"י קמא סי' נ"ד דיבמה לשוק לא הוי דבר שבערוה יעוי' בנה"מ סי' ל"ו ובתשו' רעק"א] ולא הקילו רבנן באיסור יבמה

לשוק משום דייקא והעמידו על דין תורה אבל לכהונה דהוא איסור ככל האיסורין וע"א נאמן באיסורין אפילו קרוב ופסול ואפילו בע"ד דילפינן מספרה לה וכן משחיטה וניקור (דטעם דבידו מהני לסלק רק החזקה כמ"ש הפוסקים). א"כ מהכ"ת שלא להאמינה וע"כ מותרת להנשא לכהן דלגבי כהן נאמנת שיש לה בן והא מצינו בכה"ג דפלגינן דבורא ומחלקים הנאמנות ומבואר בכתובות כ"ד נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה ובב"ב דקל"ד דנאמן להבא משום בידו ואינו נאמן למפרע וה"נ למה לא נאמינה על איסור כהונה ואף שהיא חלוצה מ"מ לגבי איסור כהונה הוי כאלו נתברר עפ"י עדים שהחליצה שלה היא בטעות.

ולכאורה י"ל דכיון דבחזקת היתר ליבם עומדת א"כ בא העד להעיד נגד החזקה ואינו נאמן, ואף דלפסול כהונה ל"ה אותחזק כלל מ"מ הא בא להעיד לפני החליצה להתירה לשוק ועדות זו היא נגד החזקה ובדבר שהוא מדאורייתא ופסול כהונה הוא רק מסתעף מזה והא כתב הריטב"א בנדה די"ח בשליא בבית שהביית טמא דאין להעמיד הבית על חזקתו דהספק הוא על השליא וכ"כ בריש נדה הא דלא מוקמינן במקוה שנמדד הטהרות על חזקתן לפי שהספק על הטמא הטובל והטהרות ממילא נטמאו. [ועי' בתוס' חולין י"א שכתבו העמד טמא על חזקתו, אף דהספק על הפרה. וכבר הרגישו מזה ואכ"מ] וה"נ עיקר הספק הוא אם צריכה חליצה ואוקי בחזקת היתר ליבם וצריכה חליצה ונאסרת לכהונה ממילא ול"מ עדות העד כיון שעיקר עדותו הוא נגד החזקה בתחלה אבל כשכבר נחלצה ובא העד להתירה לכהונה דאין עוד נפ"מ להתירה לשוק דממילא מותרת משום חליצתה ל"ש לאוקמי בחזקת איסור יבמה לשוק וכמש"כ התוס' בקדושין דע"ט דאין להעמידה בחזקת פנוי' דבין כך וב"כ היא מקודשת אי מקדושי אביה אי מקדושי עצמה היינו כיון שלא היו דנים באותה שעה רק אחר מעשי שניהם שעכ"פ נתקדשה בודאי וה"נ כיון דלא היו דנים עפ"י עדות העד על מעשה החליצה דאז היו הרבה עדים בדבר ורק שנולד הספק כעת על מה שנשאת לכהן ול"ש לאוקמי בחזקת איסור לשוק.

אבל גם זה אינו מספיק למ"ש בשם הנוב"י דבאיסור דרבנן מהימן ע"א נגד חזקת איסור א"כ על איסור חלוצה לכהונה בדין שנאמין עדות הע"א גם יקשה לשיטת הרשב"א ושארי הפוסקים דס"ל דע"א נאמן נגד החזקה וא"כ בדין שנאמין והא דלא מהימנא להתירה לשוק משום דהוי דבר שבערוה כמשכ"ל אבל להתירה לכהונה דהוי רק איסור וע"א נאמן באיסורין נאמנת, וא"כ מה מקשה הש"ס.

ואף שיש לדחוק דקושית הש"ס קאי רק לפום הך צד דע"א אינו נאמן נגד החזקה דלשיטת התוס' מספקא לי' להש"ס בר"פ האשה רבה ודעת הרשב"א דס"ל דע"א נאמן

נגד החזקה היינו דמסוגיא דכריתות משמע דנפשטה האיבעיא ולפי הך צד דאינו נאמן נגד החזקה גם בדרבנן אינו נאמן אבל אכתי יקשה על הרמב"ם וטור ושו"ע שהביאו האוקימתות בגרושה או בבית האסורים כדמשני הגמ' והא לדידן באיסור דרבנן נאמן ע"א נגד החזקה כמ"ש הנוב"י ובפרט למ"ש הפנ"י בקדושין דדעת הרמב"ם כדעת הרשב"א דע"א נאמן נגד החזקה ממש"פ בפט"ז מה' סנהדרין דאיסור יוחזק עפ"י ע"א כגון שהעיד על אשה שהיא גרושה או זונה, וכ"כ הש"ך בסי' קכ"ז ועוד דמ"ש דהוא נגד החזקה זהו לפי שיטת הרמב"ן שכתב ליישב הא דניתן לי בן דאינה נאמנת ולא אמרינן ניזל בתר רובא דרוב נשים מתעברות ויולדות משום דאיתרע הרוב לפי שאינו לפנינו ודוקא בהלכה היא וצרתה שאין הצרה לפנינו אזלינן בתר רובא אבל כיון שהלכה בלא ולד ובאה בלא ולד איתרע רובא דידה וא"כ באומרת ניתן לי בן ואח"כ מת בני אינה נאמנת ג"כ שהי' לה בן כיון דרובא איתרע וכשיצאה יצאה בחזקת איסור לשוק ובחזקת היתר ליבם, אבל לשיטת התוס' למ"ש בד' קי"ט בד"ה אמאי שהקשו למה אינה נאמנת במיגו שהיתה יכולה לומר עדיין בני קיים וסמכינן ארוב נשים דמתעברות ויולדות ותירצו דמיירי כגון שיש שני עדים שאומרים ששניהם מתו דהשתא אינה יכולה לומר עדיין בני קיים ולפי"ז כאן ידוע עפ"י עדים שהי' לה בן וגם אזלינן בתר רובא אלא שהספק מי מת קודם ובכה"ג לפי סוגית הגמ' בדל"א בחזקת היתר לשוק עומדת ובחזקת איסור ליבם היא.

ג

ע"כ נראה דע"א הבא להעיד בדבר שבערוה דאין דבשב"ע פחות משנים ממילא גם לענין צד האיסור שבו אינו נאמן, והנה לכאורה מצינו בעדות פלגינן דבורא, ובגיטין ד"ט פליגי אביי ורבא בכתב נכסי קנוין לך דאביי ס"ל מתוך שלא קנה עצמו לא קנה נכסים ורבא ס"ל דעצמו קנה נכסים לא קנה וכה"ג פליגי בב"ב דף קל"ד בגרשתי את אשתי למפרע אי נאמן מכאן ולהבא ולמ"ד דנאמן הוא משום דפלגינן דיבורא גם בחד גופא וגם למ"ש הראב"ד בריש פ"א דמכות דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא פלגינן דבורא כדין נמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטלה נראה דבאיסורין דע"א נאמן מן הדין ול"ש בו פסול נמצא אחד מהם קא"פ ה"נ ל"ש גבי' עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ועי' בתשו' רעק"א סי' קכ"ד שתמה ע"ד הר"ן שהקשה ע"ד הרי"ף שפסק בנתן מתנה לשני בני אדם והעדים קרובים לאחד מהם דנתבטל המתנה משחרור דבנכסי קנוים לך דפלגינן דבורא, והא לא דמי דבשחרור דדין איסור עליו ואין בו פסול דקא"פ להני פלגינן דבורא. [ונראה בד' הר"ן דגם באיסורים אמרינן דבטלה כל העדות אף דל"ש בו פסול

דקא"פ], וכן מצינו בעדות אשה דכל הפסולין נאמנין ואפ"ה אין האחים יורדין לנחלה. על פיהם [ועי' בנובי"ק סי' מ"ה שהוכיח מזה דבעדות אשה ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה], אבל באמת יש לחלק בין הנושאים דבההוא דכתב נכסי קנוין לך שייך ענין פלגינן דבורא דבאמת מעשה השחרור אינו תלוי בקנין נכסים רק שהמקרה הרכיבן ע"י מה שכתב בשטר כל נכסי קנוין לך ותלאן זב"ז וכן בגירשתי את אשתי למפרע בלא מעשה הגירושין אפשר שגירש או שבידו לגרש כעת להבא ורק ע"י אמירתו ודבורו שאמר גרשתי למפרע ע"ז שייך פלגינן דבורא הדבור למפרע אבל המעשה בעצמה אפשר שתהי' מגורשת להבא ולא למפרע אבל היכא שעצם המעשה תלוי זב"ז בזה ל"ש פלגינן דבורא, והא דנאמן ע"א בעדות אשה אע"פ שאין האחים יורדין לנחלה על פיו הוא לפי שלא בא העדות על ירידת נחלה דנימא כיון שלא נתקבל ע"ז נתבטל כולו, ובאמת מפורש שם ביבמות קי"ז באת לב"ד ואמרה מת בעלי התירוני להנשא מתירין אותה להנשא ונותנין לה כתובתה תנו לי כתובתי אף להנשא אין מתירין אותה מ"ט אדעתא דכתובה אתאי, ואף שאין ראי' משם דעיקר הטעם משום דדייקא להנשא וכאן שבאה לתבוע כתובתה ולא להנשא לא דייקא וממילא אינה נאמנת גם להנשא, אבל עכ"פ העדות באה רק על היתר נישואין ומיני' שאין ראי' דלא אמרינן עדות שנתבטלה מקצתה בטלה כולה בעדות אשה כיון שאין עיקר העדות באה על ממון אבל היכא שעיקר עדותו בא על ממון או על דבשב"ע ובזה תלוי גם איסור כיון דאין אנו מאמינים לו על עיקר עדותו אין אנו מאמינים לו גם על איסור שבו דאין נאמנות לחצאין ול"ש בזה פלגינן דבורא, ועי' ביבמות דמ"ז נאמן הוא לפסול את בנו קטן ואינו נאמן לפסול את בנו גדול שיש לו בנים כמש"כ התוס' שם דכיון דאינו נאמן על בני בנים אינו נאמן ג"כ על בנו דל"ש בזה פלגינן דבורא והא לאבייי בגיטין שם דס"ל דלא פלגינן דבורא גם בשחרור דאין קא"פ מבטל מ"מ לא פלגינן דבורא ומיני' נשמע דהיכא דעצם העדות מסתעף זמ"ז דל"ש בזה פלגינן דבורא אף בעדות אשה דאין קא"פ מבטל הצירוף מ"מ נתבטל כל העדות, אלא דמדברי הראב"ד בעצמו בערב מבואר דלולא פסול דקא"פ מבטל עדות הכשרים הי' שייך פלגינן דבורא אף דעדות שהעידו על עיקר פרעון והערבות מסתעף מעצם חיוב ההלואה והיינו הך ומבואר דלשי' הראב"ד ביטול כל העדות גם המסתעף הוא מדין קא"פ ובאיסורין גם בכה"ג אפשר לחלק העדות ועי' בנובי"ק אה"ע סי' ע"ב.

ד

ולכאורה יש לה"ר דפליגי גם בסברא זו אי יש נאמנות לחצאין מיבמות דקי"ח דהאשה שהלכה כו' וצרתה אסורה היתה בת ישראל לכהן תאכל בתרומה דברי ר"ט רע"ק אומר

אין זו הדרך מוציאתה מידי עבירה עד שתהא אסורה להנשא ואסורה מלאכול בתרומה וברש"י שם הואיל ואינה נאמנת להשיאה אינה נאמנת לפוסלה יעוי"ש והנה לשי' הפוסקים דס"ל דאין ע"א נאמן נגד החזקה א"ש לר"ט דתאכל בתרומה לפי דאין ע"א נאמן נגד חזקת א"א וחזקת היתר לאכילת תרומה לפוסלה אבל לשי' הרמב"ם כמש"כ הש"ך בסי' קכ"ז בדעתו וכן לשי' הרשב"א דע"א נאמן נגד החזקה א"כ מאיזה טעם אינה נאמנת הצרה לפוסלה מתרומה הא ע"א נאמן באיסורין.

והנה התוס' מספקא להו אי דוקא בתרומה דרבנן או אף בתרומה דאורייתא ג"כ דאוקמי אחזקת א"א לפי הנראה בכונתם דאין ע"א נאמן נגד החזקה ומידי דהוה אשני שבילין, אבל הרמב"ם בפ"ט מה תרומות ה"ד כתב הואיל ואינה נשאת על פיהן הר"ז אוכלת בתרומה בחזקת שבעלה קיים סתם הדברים ומשמע אף בתרומה דאורייתא אוכלת והא הרמב"ם לד' הש"ך ס"ל דע"א נאמן נגד החזקה א"כ מאיזה טעם לא נחוש לדברי צרה דהא ע"א נאמן באיסורין, וע"כ אפשר לומר דהטעם הוא לפי שעדות הצרה בא בדבר שבערוה וכיון דאינה נאמנת על צרתה ומוקמינן על ד"ת ממילא גם על צד האיסור שבו אינה נאמנת כיון דנתבטלה העדות מעיקרו גם על המסתעף ממנו אינה נאמנת.

והראב"ד דס"ל דעיקר פסול דעדות שנתבטלה מקצתה בטלה כולה הוא מדין נמצא קא"פ ול"ש בזה באיסורים גם בכה"נ שהנאמנות הוא לחצאין פסק באמת כר"ע דאסורה לאכול בתרומה דנאמנת הצרה על צד האיסור שבו. [שו"ר בש"ש ש"ז פ"ד הרגיש מזה והביא סיוע מד' הר"ן בסנהדרין דל"א דמעשר שני דהוא ממון גבוה ופתיך בי' ממונא אינו נאמן גם על צד האיסור שבו, ובפ"ב שם נדחק בבאור דהתוס' ביבמות שם דמספק"ל בתרומה דאורייתא דעל צרתה אין להאמינה ואיכא חזקת א"א מידי דהוה אשני שבילין מיהו איכא הכא חדא דעביד איסורא ממנ"פ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה. ותמה ע"ז הש"ש דהא גם בב' שבילין איכא חדא דעביד איסורא ומאי ענין סוטה לכאן יעוי"ש, ובאמת דהתוס' פשוטים ברורים דהא בב' שבילין הא איכא חדא דעביד איסורא ממנ"פ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה וע"כ הא דטהור בב' שבילין מצד חזקה הוא ולא מדין ס"ט ברה"ר ולהכי אוכלת בתרומה ג"כ ומהני ג"כ לענין איסורא וכן מבואר בדהתוס' בסוטה דכ"ח דלאו מדין ס"ט ברה"ר הוא וכן מורים פשטות דהתוס' בריש נדה ובחולין ד"ט וזהו דלא כמש"כ התוס' בנדה ד"ס בד"ה באנו בתוך הדבור דמדין ס"ט ברה"ר טהור בב' שבילין יעוי"ש], וצ"ל בשי' הרמב"ם דהא דאמרינן בכתובות נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה אע"ג דאין נאמנות לחצאין משום דהתם אין זה מסתעף מעיקר

העדות ופרטי העדות נחלקים כל חד כדינו ועוד דהתם מעלה עשו ביוחסין ובלא זה לשי' הרמב"ם באמת לא מהני להאכילו בתרומה רק בתרומה דרבנן ולא בתרומה דאורייתא.

ה

וי"שלומר דהרמב"ם והראב"ד לשיטתייהו אזלי בפי"ב מה' עדות ה"ב פלוני רבע את שורי הוא ואחר מצטרפים להרגו שאין אדם קרוב אצל ממונו, והראב"ד השיג ע"ז יש מן המפרשים הטובים שפירשו פלוני רבע את שורי דגם הרובע אינו נהרג כשם שאינו נאמן על שורו דעדות שנתבטלה מקצתה בטלה כולה, דהראב"ד לשיטתו המובא ברא"ש פ"א דמכות דהא דפלגינן דבורא ול"א עדות שנתבטלה מקצתה בטלה כולה משום דדמי לקא"פ וע"כ במקיימי דבר הכתוב מדבר ולא בעושי דבר דבע"ד אינו בגדר עד, וע"כ בפלוני רבע את שורי דאין זה בע"ד ורק בגדר עד פסול ע"כ מבטל כל העדות וגם הרובע אינו נהרג ומיני' דכל היכא דלא שייך דין דקא"פ מבטל עדות הכשרים כמו באיסורים א"א לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וע"כ נאמנת הצרה לפסלה מתרומה כרע"ק, אבל הרמב"ם ס"ל דדין פלגינן דיבורא ועדות שנתבטלה מקצתה בטלה כולה ל"ש לדין קא"פ וגם היכא שמבטל קא"פ בכל זה י"ל דפלגינן דבורא וכמ"ש התוס' בסנהדרין ד"ט ע"ב בד"ה ואין בתוך הדבור תדע דאם הי' כהן נשוי אחותו והוא ואחר מעידין שפלוני בא עלי' כו', מבואר דאף בקרוב שאינו בע"ד דמבטל עדות הכשרים לא נתבטלה כל העדות דפלגינן דבורא, [וכן מבואר בדהתוס' אצל אשתו ל"א שמפרשים דלא כהראב"ד וכ"כ הלח"מ] וא"כ אי אפשר לפרש כדעת הראב"ד דאדם קרוב אצל עצמו אמרינן ואדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן, היינו דאצל עצמו הוא בגדר בע"ד ואצל ממונו אינו בע"ד רק קרוב, דלדעת הרמב"ם אין נפ"מ בין בע"ד ובין קרוב ובכל אנפי פלגינן דבורא וע"כ דהפירוש אדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן הוא כפירש"י, דמתוך שנאמן על הרובע נאמן על ממונו [ונראה לשי' רש"י והרמב"ם דלהכי נאמן על השור לפי שהוא מסתעף מעיקר העדות שהעיד על הרובע], וכיון דשי' הרמב"ם מוכרח דענין פלגינן דיבורא אינו תלוי בדין קא"פ שמבטל בצירוף, א"כ י"ל גם להיפך היכא שאינו מבטל קא"פ כמו בעדות אשה ובאיסורים היכא דל"ש ענין פלגינן דבורא כגון שהמעשה תלוי זב"ז והאחד מסתעף מהשני [כמו שהביא הרא"ש מתחלה לתרץ בשם יש מתרצין שם בפ"א דמכות] אמרינן שפיר כיון שאינו נאמן לגבי עיקר העדות אינו נאמן גם לצד המסתעף שבו, ולהכי שפיר פסק הרמב"ם בפ"ט מהל' תרומות כר' טרפון ודקדק בלשונו הואיל ואינה נשאת על פיהן ואינה נאמנת הצרה ע"ז הר"ז אוכלת בתרומה. ומאי דמבואר בנדרים ד"צ באמרה לבעלה טמאה אני דרבא אמר אינה אוכלת וגם לרב ששת

אוכלת בכדי שלא תוציא לעז על בניה והרמב"ם בפ"א מהל"ת פסק כרבא דאינה אוכלת שאני התם דמדין שאחד"א קא אתי עלה ולא מטעם עדות, ורק כדי שלא תתן ענ"ב לא האמינוה לגבי בעלה, אבל לגבי תרומה שאחד"א משא"כ בדין עדות שפיר אמרינן דבטל כל העדות כדין עדות שנתבטלה מקצתה בטלה כולה.

ויש להוסיף עוד דר"ע ור"ט לטעמייהו אזלי אי דנין על המסתעף כמו על עיקר העדות, במה דפליגי בירושלמי דסוטה פ"ו ה"ב ר"ט אומר ע"א נאמן לטמאותה ואין ע"א נאמן להפסידה כתובתה רע"ק אומר כשם שע"א נאמן לטמאותה כך ע"א נאמן להפסידה כתובתה כו', חזר רע"ק להיות שונה כר"ט, ועי' בנוב"י מהד"ת חלק חו"מ סי' ח' דהגירסא האמיתית בירושלמי הוא להיפך דר"ט ס"ל דנאמן להפסידה כתובתה כשם שע"א נאמן לטמאותה ורע"ק ס"ל דאינו נאמן להפסידה כתובתה חזר רע"ק להיות שונה כר"ט דמדקאמר הירושלמי מתחלה מתניתין משהודה רע"ק לר"ט אלמא דר"ט ס"ל דנאמן להפסידה כתובתה ע"ש. והטעם דר"ט ס"ל כיון דעיקר עדות הע"א בא לאוסרה על בעלה וע"ז האמינה תורה ע"א בסוטה ומיני' דגם על המסתעף שבו להפסידה כתובתה ג"כ נאמן דהמסתעף גריר בתר עיקר העדות כמו דס"ל דאינה נאמנת הצרה לאוסרה בתרומה כיון שעיקר עדותה בדבר שבערוה ואזיל המסתעף בתר עיקר העדות, אבל רע"ק ס"ל דחלוקים הם וניהו דגזיה"כ בסוטה דע"א נאמן אחר קו"ס אף דאין דבר שבערוה פחות משנים אין לך בו אלא חידושו אבל לענין ממון דבעי ב' עדים אוקמוה אדינא ואינו נאמן להפסידה כתובתה אף שהוא מסתעף, ולפ"מ דקיי"ל דחזר רע"ק להיות שונה כר"ט א"כ המסתעף אזיל בתר עיקר העדות, להכי שפיר פסק הרמב"ם בפ"ט מה' תרומות כר"ט דאזלינן בתר עיקר העדות ואינה נאמנת לפסול הצרה מאכילת תרומה. ובמק"א הבאתי ראי' דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לאו מדין קרוב או פסול הוא מב"ק דע"ג דעדות שהוזמו על הטביחה בטל גם עדות גניבה לר' יוסי, ופשט השמועה נראה משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכ"כ השיטה מקובצת שם והביא כן בשם תוס' הרא"ש. ויעו"י במהרש"א בפירש"י שם והא ר' יוסי ס"ל בנמצא אחד מהם קרוב או פסול בד"מ דתתקיים העדות בשאר ומ"מ ס"ל בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ומשמע גם לענין הדין דגניבה [דעל קנס יש לדון למש"כ התוס' במכות בטעמא דר"י בד"מ משום דבשנים לא נתבטל לגמרי דע"א מחייב שבועה ובקנס הא אין נשבעין וע"ע בטו"ז חו"מ סי' ל' לענין עדות מיוחדת בקנס ובקצוה"ח שם] הרי דדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אמרינן גם בד"מ לר"י וה"ה באיסורים לדידן ומ"מ יש לחלק בין ד"מ לאיסורים

דבד"נ בעי הגדה בב"ד ושייך בי' עדיות שבטלה מקצתה בטלה כולה אף דאין בו פסול דקא"פ משא"כ באיסורים דלא בעי הגדה בב"ד.

ולפי מש"כ דלהכי אינו נאמן הע"א על צד איסור שבו משום דעיקר העדות הוא בדבר שבערוה ואינו נאמן גם על המסתעף ולהכי אינה נאמנת לומר ניתן לי בן במדה"י להנשא לכהן, משום שעיקר עדותה בא להתירה לשוק בדבר שבערוה מיני' דוקא באופן זה דעיקר עדותה בדבר שבערוה, אבל בנ"ד שכבר חלצה ואין נפ"מ בהיתרה לשוק רק בדין פסול כהונה וכיון דלא הוי דבר שבערוה שפיר נאמן עד פסול כדין איסורים דע"א נאמן, ואף דנפ"מ לענין דבר שבערוה גם אחר חליצה לענין אם יקדשנה החלוץ או האחים דאי יש לה בן אין הקדושין תופסין והוי א"א שיש לה בנים, אבל מה שיוכל להולד נפ"מ לענין דבר שבערוה אין זה חשוב עדות בדבר שבערוה כיון דלא ע"ז מעידין דבלא"ה עכ"פ אסורה להחלוץ ועוד דהא כעת הרי נשואה היא ואין קידושין תופסין בה בלא"ה וכן נראה מכל עידי קידושין, אף דע"י עדותן הרי הם אוסרים את האשה עליהם ועל קרוביהם ואפ"ה נאסרת האשה משום א"א לכל העולם וגם לעדים ולקרובי העדים משום דכיון דעיקר עדותם הוא לעלמא לא משגחינן על מה שיצויר נפ"מ כזו שאז לא היו העדים נאמנים וז"פ] ולהכי שפיר נאמן עד פסול להתירה לכהונה.

וכן ילה"ר לזה מדברי הירושלמי בסוטה שם דר' בון בר חייא בעי חמותה שאמרה אני ראיתיה שנטמאת ובא אחד ואמר אני ראיתיה שנטמאת מהו מה בא להעיד אם להשקותה כבר נראית שלא לשתות אלא לא בא אלא להפסידה כתובתה שאין מפסידין ממון עפ"י ע"א, היינו כיון דעיקר הנאמנות נצמח ממה שהוא מסתעף מעדות הע"א שבא לאוסרה שע"ז נאמן מה"ת וכן נאמן גם לענין הפסד הכתובה אבל בזה שכבר נאסרה ע"י חמותה ואין עדות העד פועל רק על ממון וע"כ אינו בדין שנאמין אותו. וכהאי גוונא איבעי בירושלמי פ"ב דכתובות ה"ו, מהו להוציא ממון מתוך עדותם ממה שנאמנים הקטנים להעיד בגדלם מה שראו בקטנותם היך עבידא הי' הכל יודעים עד שדה ראובן הי' תחום שבת ובאו ואמרו עד כאן היינו מהלכים בתחום שבת ונמצאת שהיא שדה של שמעון מהו יעו"ש, ואם שיש לחלק בין הנושאים אבל הסברא בולטת מד' הירושלמי דמשגיחים בתר עיקר עדותם ואף דמספק"ל להירושלמי הוא על מה שאינו בדין שנאמין אותו כמו ע"א על כתובה [או עדות הקטן על ממון] ומאמינים אותו רק לפי שהוא מסתעף מדין נאמנות ע"א בסוטה וע"כ מספק"ל אי בעינן שיהי' פועל בעדותו ממש שנתחדש המאורע על פיו ונאסרה על ידו ולהכי מהימן גם לממון ומדמה לה הירושלמי לעדות הע"א בחלב שיוחזק באיסור על פיו ולוקין אח"כ ג"כ על ידו, משא"כ בזה דנהי דע"א

נאמן לאוסרה אבל לא נתחדשה המעשה על פיו והאשה נאסרה ע"י חמותה אינו נאמן להפסידה כתובתה דאינו קם לממון או דילמא דלא בעינן שיתחדש מעשה על פיו וסוף סוף הי' נאמן גם הע"א לאוסרה וממילא דמפסדת כתובתה דהא עכ"פ אנו מחזיקים דברי העד שהמעשה אמת שזינתה.

והנה בנ"ד שבא להעיד רק בנוגע לפסול כהונה ואפילו אם נדין כמו שבא לפני החליצה, מ"מ כיון דגם לדברי העד צריכה חליצה מספק א"כ לא שייך לומר דנתבטלה מקצתה ממה שאין מאמינים אותו ונעשה מעשה החליצה דהמעשה מוכרחת מ"מ ואין זה תרתי דסתרי והדר דינא אשר להמסתעף שבו נאמן כדין ע"א דנאמן באיסורין דהא העדות שלו לא נתבטל כיון דגם לדבריו צריכה חליצה מספק. ובזה היסוד דכל מסתעף מעדות שאינו נאמן בטל מצד עדות שבטלה מקצתה דהוי תרתי דסתרי אבל בגוונא דלא הוי תרתי דסתרי והעד אינו נאמן רק בתורת ספק ולא נתבטל עדותו בכולו הדר הדין שנאמן להמסתעף שבו, עוד יבואר בסי' הבא שיטת הרמב"ם בפ"א מהל' איסו"ב הל' כ"ב.

1

ולמה שכתבתי בשיטת הרמב"ם דכל מסתעף בתר עיקר העדות אזלינן פריך הש"ס שפיר ביבמות דקי"ט מניתן לי דבן דאינה נאמנת וחולצת ולא מתיבמת נמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה, אבל לשיטת הראב"ד דפסק בפ"ט מהל' תרומות כרע"ק דאסורה לאכול בתרומה משום דנאמנת היא בעדותה על צד האיסור שבעדות זו כדין ע"א שנאמן באיסורין ואסורה לאכול בתרומה ולדידי' צ"ב קושית הש"ס, ואפ"ל דקושית הגמ' קאי לפום הך צד דאין ע"א נאמן נגד החזקה וכיון דעיקר הספק הוא אי צריכה חליצה לכתחילה והיא בחזקת היתר ליבם ואיסור לשוק עומדת ובזה אין ע"א נאמן גם באיסורין. ויתיישב לנכון בזה שיטת הרי"ף והרא"ש שסתמו למתניתין דקי"ח ניתן לי בן מת בעלי ואח"כ מת בני חולצת ולא מתיבמת והשמיטו לאוקימתות הש"ס דמשני בגרושה או בחבושים בבית האסורים וכבר תמהו בזה עי' בב"ח אה"ע סי' קנ"ו ובב"ש שם ס"ק י"ז שנדחקו בזה, ולפי הנ"ל א"ש דלדידן אי אמרינן ע"א נאמן נגד החזקה או לא הרי הוי ספיקא דדינא ובדרבנן אזלינן להקל ושפיר נאמנת על איסור חלוצה לכהונה, והרי"ף והרא"ש שמפרשים קושית הש"ס משום דהוא נגד חזקה לפי שסתמו ולא פירשו כגון שהיו עדים בדבר וכמש"כ התוס' ומפרשים כפי מש"כ הרמב"ן המובא לעיל ולדידי' הוי נגד החזקה דחזקת היתר ליבם, ולדידן דהוי סד"ר בע"א נגד חזקה נאמנת להכי השמיטו הרי"ף והרא"ש האוקימתות וא"ש.

אולם י"ל דגם לשי' הראב"ד דמחלקים הנאמנות היינו לדינים מיוחדים דאסורה להנשא משום דאין דשב"ע פחות משנים מ"מ מהני הנאמנות כלפי איסורים ואסורה מלאכול בתרומה, אבל בזה שאיסור כהונה הוא מסתעף פועל יוצא מהחליצה וכיון שהוצרכה לחליצה ממילא אסורה לכהונה, וביותר י"ל דכל היכא דבעיא חליצה בודאי ע"פ דין תורה ובלא החליצה אינה ניתרת זו היא החליצה שאסרו חכמים ולהכי כיון דעל היתר יבמה לשוק אינה נאמנת כדין דשב"ע דאין פחות משנים ואם נתקדשה לזר אין הקידושין תופסין הרי הואילה מעשה החליצה להתירה לשוק וממילא הרי היא אסורה לכהונה כדין כל חלוצה, ודוקא אם נתברר אח"כ בשני עדים שלא היתה צריכה חליצה דהעדים מועילים גם על הזיקה ומשוי להחליצה בטעות אז הותרה לכהונה אבל כ"ז שלא נתברר בעדים אף שהיא נאמנת לענין האיסור אבל לענין הזיקה סוף סוף אינה נאמנת והחליצה מתירתה וממילא שאסורה לכהונה ואף דביבמות דכ"ד אמרינן דקדמו וכנסו אין מוציאין דספק חלוצה לא גזרו רבנן אף דעצם החליצה מוכרחת מדין תורה דהוי ספק חתיכה אחת מב' חתיכות בשנים שקדשו לגבי איסור תורה שאני התם דנהי דספק דאורייתא אף מה"ת לחומרא בחתיכה א' משתי חתיכות מ"מ אינו אלא בתורת ספק ואינו מביא רק אשם תלוי ולא מתורת ודאי, משא"כ בניתן לי בן ומת בעלי ואח"כ מת בני לשי' הרמב"ן שכתב דבכה"ג איתרע ליה רובא ואין כאן רוב והוי ספק השקול א"כ כיון דלהתירה לשוק בחזקת איסור לשוק והיתר ליבם עומדת וממילא אם נתקדשה לשוק הוי יבמה ודאית ככל הספקות דאזלינן בתר החזקה וא"כ הרי בדין דגם לכהונה הויא חלוצה ודאית ולא מהני נאמנות דידה אף דבאיסורין נאמנת כיון דסוף סוף צריכה חליצה מה"ת ובכה"ג אפשר דגם בקדמו וכנסו מוציאין אותה מידו כיון דזהו הוי חלוצה ודאית [וע"ע בכיוצא בזה בתשו' רעק"א סוס"י ק"ז בדהתוס' חולין דצ"ו].

ז

וראיתי להפלאה בס' נתיבות לשבת סי' ו' שיצא לדון דהא דבספק חלוצה לא גזרו רבנן הוא משום דסד"ר להקל וע"כ חידש דהיכא דאיכא חזקה דלדעת הש"ך ביו"ד סי' קי"א לא אמרינן סד"ר להקל היכא דאיכא חזקה דאיסורא ה"נ בספק חלוצה היכא דחזקה מסייע להחמיר גזרו בה רבנן אף בקדמו וכנסו להוציאה ומביא ראי' לזה מיבמות דקי"ט דמקשה הש"ס נמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה וקשה הא הוי ספק חלוצה ולמה נחוש אלא ע"כ משום דאיכא חזקה חזקת היתר ליבם ולכן לא אמרינן בזה ספק חלוצה ל"ג רבנן זהו תוכן דבריו יעוי"ש ובאמת נראה דזה אינו דלדבריו אכתי תקשה שם במתניתין שהלכה היא וצרתה למדה"י דאיכא רובא לשוק דרו"נ מתעברות ויולדות ואיכא רוב נגד

החזקה והוי ספק השקול, ועוד דהא לפי' התוס' בניתן לי בן במדה"י מיירי דאיכא עדים בדבר שאומרים ששניהם מתו ואיכא חזקה להתירא כמשנ"ת לעיל א"כ יקשה קושיתו ונראה פשוט דהא דספק חלוצה ל"ג רבנן הוא לאו מטעם סד"ר להקל כי אם בפשיטות דגזירות חכמים כך היתה מתחלה דעל הודאי גזרו ועל הספק לא גזרו ואף ביש חזקה להחמיר וכ"נ ג"כ מד' הריטב"א בר"פ החולץ, אבל מה שכתבתי לחדש הוא ענין אחר דהיכא שצריכה חליצה מה"ת באופן דאיכא חזקה המסייע אין זה חלוצה ספק אלא חלוצה ודאית, ולפ"ז גם בעובדא דידן ראוי לעיין כיון שאין עדותה מועלת לגבי איסור זיקה וגם חזקת היתר ליבם סותר דבריה והוי ודאי חלוצה דלא מהני גם קדמו וכנסו וכמו שכתבתי בזה, אולם היכא דאיכא רוב נגד החזקה הוי ספק חלוצה א"כ בנ"ד שלא שהתה עם בעלה הראשון רק ג' או ד' שנים בכה"ג לא איתרע ליה רובא כלל ובזה ל"מ חזקת היתר ליבם לעשותה לודאי חלוצה ונהי דבלא עדותה לא היינו יכולים להתירה לכהונה בדיעבד מטעם רובא נגד החזקה דמכיון שחלצה מהכ"ת נסתפק ונאמר שהי' לה בן ומת בתוך ל' והא רוב החלוצות הן שמתו בעליהן בלא בנים אבל ע"י עדותה שפיר נאמנת כדין ע"א נאמן באיסורין ואפילו נגד החזקה באיסור דרבנן וכמש"ל, ולפני החלוצה באומרת ניתן לי בן היכא דאיכא רובא דרו"נ מתעברות ויולדות נהי דאינה נאמנת מ"מ א"צ חליצה אלא מספק וא"כ גם לאחר החליצה נאמנת לומר שהיתה החליצה מספק וכמו שנתבאר לעיל.

ועוד נראה דהוי ספק חלוצה מטעם אחר דהרי יש עדות אשה ואחיה א"כ גם לכתחילה לפני החליצה לשי' הרמב"ם והרבה פוסקים נאמן ע"א להעיד שניתן לה בן להתירה לזר וכמבואר בטושו"ע סי' קנ"ו ס"ח ודעת החולקים הם הראב"ד והרא"ש, וכיון דרוב הפוסקים מתירים בע"א אף דהראב"ד והרא"ש חולקים מ"מ יותר מספיקא דדינא לא הוי וא"צ חליצה אלא מספק וכבר הוכחנו דדוקא היכא דצריכה חליצה ודאית הוי גם לכהונה כמו ודאי חליצה משא"כ בספק דמי לכל ספק חלוצה הרי נתבאר דלכל השיטות כיון שכבר חלצה ואין העדות בא בדבר שבערוה ושהחליצה היתה מספק נאמנת ואם קדמו וכנסו אין מוציאין.

ח

ובגוף הדבר אי ע"א נאמן על איסור חליצה ושארי פסולי כהונה כמו באיסורין יש להעיר ממ"ש התוס' רי"ד בקידושין דס"ו הובא בש"ש ש"ו פט"ו דבמעיד על אשה שנשבית או שהיא גרושה ורוצה לפוסלה לכהונה הוי דשב"ע כדמוכח בשמעתין היינו מראיות הש"ס מינאי וכן מב"ג וב"ח דפסולו בשנים ונראה לדעתו דגם בפסול כהונה דחלוצה

דרבנן הוי דבשב"ע כפסול כהונה מדאורייתא מהא דקאמר בן חלוצה פסולו בשנים וכן מינאי דהרי שבוי' אינו אלא מדרבנן וכן יש להביא ראי' דלהקל באיסור דרבנן הוי דבשב"ע מריש גיטין דקאמר סתם ספרי דדייני מגמר גמירי כו' ורבנן הוא דאצרוכוהו קיום ומשום עגונא אקילו בה רבנן דמשמע דרק מצד תקנת עגונה אבל שורת הדין הוא שאינו נאמן אף שאינו אלא מדרבנן דרבנן הוא דאצרכוהו קיום וכן יש להביא ראי' מנדה ד' מ"ח ע"ב דלר"ש אינן נבדקות בתוך הזמן ע"י נשים אף דלשיטת הרי"ף וכן דעת התוס' בבכורות דהא דמקשינן אשה לאיש אאמד"ר ומ"ט אינן נאמנות ואי"ל משום חזקת קטנות נגד העד יעוי' בתוס' קדושין דס"ד ויבמות ס"ט דאכתי יקשה לדעת הפוסקים דע"א נאמן נגד החזקה.

אולם בכ"ז יש להשיב דמה שאמרו בינאי בשבויה דאאמד"ר דבעי תרי היינו דאינו חמור מאם העיד העד שנטמאה דאינו נאמן משום דאין דבשב"ע פחות משנים כמ"כ אינו נאמן שנשבית וכן לפוסלו בפסול חלל דבן חלוצה לא יהא חמור מפסול תורה שאינו נאמן אבל להקל ולהכשיר בעדותו לומר שאינו פסול בדרבנן או שאינה פסולה לכהונה מצד חלוצה שפיר י"ל דאין זה בגדר דבשב"ע ומגיטין ב' אין ראי' משום דהספק הוא באיסור תורה. (וכה"ג מבואר באחרונים ביור"ד סי' ט"ו ס"ג דאין הנכרי נאמן במסל"ת בעגלים משום דשורש האיסור מדאורייתא וע"ע במג"א סי' תקי"ג ס"ק י"ג] שוב מצאתי בתשו' חמדת שלמה שהביא ראי' מהא דגיטין דגם בדרבנן הוי דבשב"ע ולפי מש"כ יש לחלק. גם מהא דנדה דמ"ח י"ל דשיטת הרי"ף דע"א אינו נאמן נגד החזקה ודוקא אי חזקה דרבא מסייע הוי חזקה ונאמן ע"א, [עי' בתשו' רעק"א סי' ז' שכתב ג"כ דהוי נגד חזקת איסור יבמה לשוק עי"ש.] אבל לר"ש דלית לי' חזקה דרבא הוי נגד חזקה ואינו נאמן. [אך לפי"ז יהי' ראי' דגם באיסור דרבנן אין ע"א נאמן נגד החזקה דהא חליצת קטנה אאמד"ר לשיטת הרי"ף] מ"מ יש לחלק דחליצת קטנה הוי עיקרו מד"ת דאיסור יבמה לשוק דאורייתא משא"כ בפסול חלוצה לכהונה, אולם אפילו אי נימא דפסולי כהונה וגם באיסור דרבנן הוי דבר שבערוה הוא באופן שצריכה היתר כמו בחליצת קטנה, משא"כ היכא דאם כדברי העד כן הוא אין כאן ערוה כלל שאומרת שאינה חלוצה בזה י"ל אף לדברי התוס' רי"ד דלהקל ולהכשיר שאין כאן פסול כהונה כלל ל"ש דבר שבערוה. וכ"כ הש"ש ש"ו פ"ג דהיכא דאינו ידוע אם יש כאן דבר שבערוה לא הוי דבשב"ע, והוי כמו שאר איסורין אף באיסור תורה יעו"ש וע"כ גם אם פסול כהונה הוי דבשב"ע כיון דלדברי העד לא נפסלה לכהונה אין זה דבשב"ע].

ט

ובעיקר דברי התוס' רי"ד הנה שיטת הרמב"ם מבואר בפט"ז מה' סנהדרין שכתב איסור יוחזק עפ"י ע"א בע"א שאמר גרושה או זונה דנאמן, מבואר דס"ל דפסול כהונה ל"ה דבשב"ע ואם שבפנ"י בקדושין בקו"א נדחק ליישב דהרמב"ם מיירי באופן שהי' קו"ס ע"כ נאמן דהיא זונה אף נגד החזקה וכן בגרושה מיירי שזרק לה גט ואיתרע חזקתה עי"ש אבל פשטות דברי הרמב"ם מורים ובאים דע"א נאמן לפסול לכהונה ול"ה דבר שבערוה כלל וכ"כ השב שמעתתא ש"ו פט"ו ויעוין במחנה אפרים פי"ב מה' עדות ובשעה"מ פט"ז מה' סנהדרין. ולכאורה יש להעיר מש"ס מפורש בגיטין פ"ט א"ר יצא קול מזנה אין חוששין מ"ט פריצותא בעלמא הוא דחזו ופרש"י יצא קול על אשה פנוי' בעיר כתנאי כו' א"ל ר' יוחנן בן נורי אם כן לא הנחת בת לא"א שיושבת תחת בעלה והתורה אמרה כי מצא בה ערות דבר ולהלן הוא אומר עפ"י שנים יקום דבר מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור ועי' בתוס' שמפרשים דגם ריב"נ קאי על קול דקודם נשואין שזינתה לפסול לה ונפסלה לכהונה על ידו. ואפ"ה בעי עדות ברורה וזה ילפינן מערות דבר אלמא דגם בפסול כהונה בלחוד הוי דשב"ע ואיך נחלק ונאמר דבעי עדות ברורה מערות דבר ולא בעי שני עדים ומהא דריב"ן גופא הי' אפ"ל דנהי דהקול הוא שזינתה לפני נישואיה ונפסלה לכהונה מ"מ כיון שאנו דנין כעת להוציאה מבעלה ולהוציא אשה מבעלה בעי עדות ברורה וכ"כ המחנה אפרים פי"ב מהל' עדות, ומש"פ הרמב"ם בפט"ז מהל' סנהדרין דנאמן ע"א לומר אשה זו גרושה או זונה לפוסלה לכהונה היינו לפני נישואין שלא בא להוציאה מבעלה וע"כ לא הוי דשב"ע אבל ממאי דמדמה הש"ס הא דרבא לריב"נ מבואר דטעם דריב"נ שייך גם בדין דרבא ורבא הא מיירי להנשא לכתחילה לכהונה ובזה הא לא הוי ערות דבר כלל.

ולדעת התוס' רי"ד דס"ל דפסול כהונה הוי דשב"ע הא דקאמר רבא יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין לה היינו דהו"א דנהי דהוי דשב"ע מ"מ מדרבנן חיישינן מיהו לקלא דקמי נשואין כמו שחוששין לקלא דנתקדשה לפני נישואין אף דהוי דשב"ע וע"ז חידש רבא דגם מדרבנן אין חוששין לקלא דמזנה מ"ט פריצותא בעלמא מדרבנן היא דחזו לה, וע"ז מייתי כתנאי היינו דלר"מ תצא משום פריצות בעלמא מדרבנן ולרע"ק משישאו ויתנו בה מוז"ב וע"ז א"ר יוחנן בן נורי א"כ לא הנחת כו' היינו דלהכי לא חששו לקלא אף דקמי נישואין משום שאין זה דבר ברור ולא החמירו לחוש ובדרך אסמכתא אמר שהתורה אמרה כו' דלפיכך לא חששו חז"ל, אבל לדעת הרמב"ם דפסול כהונה לא הוי דבשב"ע א"כ אין זה ענין כלל לערות דבר, ועוד ק"ל דיצא לה שם מזנה היינו בע"כ

קול שהוחזק בב"ד שאמרו ששמעו מנשים המוז"ב שזינתה וכמו בקול דקידושין א"כ לפי מש"פ הרמב"ם דפסול כהונה לא הוי דשב"ע והוי ככל איסורין דעד מפי עד וכל הפסולים נתמנין גבי' א"כ עפ"י דין פסולה לכהונה. ע"פ עדות דעד מפי עד וא"כ היאך נבטל הקול ונתירה לכהונה מצד ספק דפריצותא בעלמא הוא דקא חזו כיון דלאו משום חומרא דקלא הוא רק מצד הדין אסורה.

ו

אלא דבעיקר פי' הגמ' לפרש"י והתוס' דמפרשים דבפנוי' קאי מבואר בראשונים שמפרשים באשת איש וז"ל הריטב"א בסוף גיטין ורבינו נר"ו פירש יצא עלי' שם מזנה בעיר אין חוששין על בעלה משום דאמרינן פריצותא בעלמא דקא חזו ודוקא משום האי טעמא הא לאו הכי חיישינן ואע"ג דאמר רב אשי כל קלא דלבתר נישואין לא חיישינן ליה הנ"מ כשמוציאין קול שנתגרשה דקול זה בא לסתור הנישואין אבל להא חיישינן לה אי לאו משום דאמרינן פריצותא בעלמא הוא דחזו בה וצ"ע, והא דאמרינן כתנאי לפי פי' זה אתי כפשטי' לאוסרה על. בעלה משום זנות בלבד, וכן הראב"ד בס' תמים דעים מפרש דרבא בא"א קאי ואין חוששין לה ר"ל אפילו למצוה בעלמא ולכתחילה מורינן לה לבעלה שלא יחוש ולא יגרש וכתנאי נמי ר"מ סבר גרגרה בשוק מצוה לגרשה ורע"ק סבר אפי' ע"י קלא דנשים מצוה לגרשה וריב"נ לא פליג אדר"מ דבעדי דבר מכוער א"כ לא הנחת בת כו' וכ"נ מד' חי' הרמב"ן והרשב"א ביבמות דכ"ז בשם הר"ח דמפרש פלוגתא דהני תנאי לענין בעלה יעוי"ש, ונראה דגם הרמב"ם מפרש הא דריב"נ באשת איש ולהכי כ' בפי"ז מהל' איסו"ב הל' כ"א אפילו הוציאה בעלה מותרת לכהונה אחרי כן, וכ"ה בשו"ע סי' ו' סעי' ט"ז יצא עליה שם מזנה בעיר אין חוששין לה ואפי' הוציאה בעלה כו' הר"ז מותרת לכהן וכמש"כ שם הח"מ בס"ק י"ד דלא כהב"ח, וטעמא דמילתא שאינה נאסרת לכהונה אחר הגירושין משום דעיקר העדות ע"י עד מפי עד שהוחזק על ידו הקול בא בדבר שבערוה גם לכהונה דהוי מסתעף ממנו אינו נאמן ע"א כמשנ"ת וגם מצד הקול אין חוששין כיון דאין כאן קול ברור דפריצותא בעלמא הוא דקחזו לא החמירו בזה לחוש אח"כ לכהונה ואע"ג דבקול שהיא גרושה לבתר נישואין דאין חוששין היינו דוקא לבעל ראשון אבל אם מת ונישאת לכהן תצא משני כמבואר בגיטין דפ"א ובשו"ע אה"ע סי' ו' סי"ג אבל בקול דמזנה אין חוששין כיון דפריצות בעלמא קא חזו ואין בקול זה ממש לאוסרה.

ומשם מוכרח ג"כ הדין דבתורת עדות כיון שאינו נאמן על דשב"ע אינו נאמן גם על פסול כהונה המסתעף מאותה עדות דהא מבואר בגיטין דפ"א דשייך אתה מוציא לעז על בניו

של ראשון ומן הדין לא הי' לנו לאסור לשני ורק משום דיאמרו סמוך למיתה גירשה ואי איתא הא קול הוי עד מפי עד ונהי דאינו נאמן להוציאה מבעלה אבל לגבי השני הוי כאלו בא העד מפי עד לאוסרה והרי הוחזק על פיו לאיסור וא"כ מדין עדות ראוי לאוסרה על השני מה"ת ואיך נוכל להתירה לשני משום חשש דשמא אתה מוציא לעז על בניו של ראשון אע"כ כיון דהקול הי' בשעה שלא הועיל בתורת עדות משום דהוי דשב"ע לא מהני ג"כ לאוסרה לכהונה מדין ע"א נאמן באיסורין משום דבעיקר העדות אינו נאמן ורק מצד הקול החמירו ולכן דוקא באופן שאין הוצאת לעז על בניו של ראשון.

ובזה יש להשוות ולישב לכאורה סתירת השו"ע מסי' ד' סט"ו דא"א שיצאה עליה קול שהיתה מזנה תחת בעלה כו' אבל היא עצמה חוששין לה משום זונה וכהן חושש לה מדין תורה, ועי' בב"ח ובח"מ ובב"ש שנדחקו לחלק מהא דיצא עלי' שם מזנה בעיר דקיי"ל דאין חוששין לה, ולפי משנ"ת י"ל דדוקא היכא שיצא הקול בשעה שהיא א"א בזה לא מהני מדינא מתורת עד מפי עד משום דעל עיקר עדות בעי שנים כדין דשב"ע ורק לפסול לכהונה ולזה מהני הקול מדינא בתורת עד מפי עד לאוסרה לכהונה ובזה ניחא מש"פ דכהן חושש לה מדין תורה דלכאורה צ"ב איזה איסור תורה יש בזה ע"י קול בעלמא וע"פ מש"כ ניחא דלשי' הרמב"ם דבפסולי כהונה מהני נאמנות העד כמו באיסורין א"כ גם עד מפי עד מהני ואסורה מדינא.

אולם מלשון הרמב"ם בפי"ז מהל' איסו"ב הל' כ"א יצא קול על הבתולה כו' יצא לה שם מזנה בעיר כו' משמע דגם על אשה פנוי' שיצא קול מזנה אין חוששין לה ומותרת לכהונה, ולפי מש"כ ראוי לכתחלה לחוש לכהונה מדין תורה כמבואר בסי' ד' מצד נאמנות עד מפי עד באיסורין ע"כ נראה דאין לאסור מצד ע"א נאמן באיסורין דהא קיי"ל ע"א בהכחשה לאו כלום היא והא היא אומרת דטהורה אני מדנישאת לכהן, ומש"כ הרמב"ם דאיסור יוחזק ע"פ ע"א באומר אשה זו גרושה או זונה היינו בשותקת ואינה מכחשת דבדבר שבערוה קי"ל דשתיקה לאו כלום הוא ובפלוגתא דאביי ורבא בקידושין דס"ו קיי"ל כרבא אבל באיסורין בשתיקה יוחזק האיסור, משא"כ היכא דבעל דבר מכחיש לא יוחזק האיסור וכמו שכתב כן הרמב"ם בפירוש שאם הכחיש לאחר האכילת חלב לא מהני אבל מתחלה פשוט דמהני וע"כ במכחשת את הקול אין לאוסרה לכתחלה גם בפנוי', והרמב"ם מפרש הא דיצא עלי' קול מזנה בעיר אין חוששין לה בכל גוני בין בפנוי' ובין בא"א, ואע"ג דריב"נ מיירי בא"א מ"מ מביא ראי' דאם היינו חוששין משום הקול היינו חוששין בזנות גם לאחר נישואין דלא דמי לגירושין כמש"כ הריטב"א בשם

הראשונים וע"כ מוכיח דאין זה קול ברור דפריצותא בעלמא קא חזו לה ומצד עד מפי עד אינה נאמנת דהא היא מכחשת.

יא

שו"ר באבני מילואים סי' מ"ו סק"ה שהקשה לד' הרמב"ם דפסולי כהונה לא הוי דשב"ע מהא דתנן יצא קול מגורשת הר"ז מגורשת דהא מדינא ע"א נאמן באיסורין וה"ה לעד מפי עד ותירץ דלאחר שנישאת גם הרמב"ם מודה דהוי דשב"ע ותירץ עפ"ז קושית הרשב"א שם שהקשה בהא דפריך בגמ' והאמר רב אשי כל קלא דבתר נישואין לא חיישינן דמאי מקשה דילמא ה"ק שאם היתה אלמנה ויצא עליה קול שהיא גרושה ואוסרין אותה להנשא דאי אפ"ל בכה"ג דא"כ אסורה מדינא דעד מפי עד נאמן באיסורין יעו"ש, ולדבריו רק בשיצא קול שנתקדשה ונתגרשה אסורה רק מצד קול ולא מדינא אבל בא"א ודאית שיצא קול שנתגרשה אסורה לכהן מדינא אך לפ"ז יקשה מדף פ"א דקאמר נמצא אתה מוציא לעז כו' ומשמע דתצא משני רק מצד הקול ולא מדינא ולדבריו ראוי שיועיל מדינא כדין ע"א נאמן באיסורין דהא הקול יצא קודם שנשאת לשני וע"כ צ"ל דכיון דעיקר העדות בא בדשב"ע לא מהני גם על איסורין וכמו שכתבתי.

אבל בעיקר קושית האבני מילואים נראה לישב בפשיטות דמצד נאמנות ע"א באיסורין הי' מהני הכחשה דידה להנשא לכהן שאומרת שאינה גרושה דע"א בהכחשה לאו כלום הוא אבל מצד הקול אסורה אף בהכחשה דידה וממילא נסתר ג"כ מה שתירץ הא"מ על קושית הרשב"א דגם קודם נישואין נפ"מ מאי דאסורה משום קלא ולא מהני הכחשה שאינה גרושה, וכ"נ ממאי דמצינו בשבוי' דאין נאמן ע"א להעיד שהיא שבוי' וכמבואר באה"ע סי' ז' סעיף ו' ד' והא לדעת הרמב"ם דפסולי כהונה לא הוי דשב"ע א"כ מן הדין ע"א נאמן לפוסלה לכהונה וע"כ הוא לפי שהיא מכחישתו ואומרת לא נשביתי או נשביתי וטהורה אני משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר לפי שבידה להכחיש העד האומר שנשבית משום דע"א בהכחשה לאו כלום הוא ומה"ט האב שאומר נשבית ופדיתיה אינו נאמן וכמבואר בקידושין דס"ד ובאה"ע שם ס"ח לפי שאומרת טהורה אני ולא נשביתי או שנאמנת לומר טהורה אני לפי שבידה להכחיש ולומר שלא נשבית כדין נשביתי וטהורה אני ועי' בשעה"מ פט"ז מהל' סנהדרין, אבל באופן שאינה מכחשת לשי' הרמב"ם הי' נאמן ע"א לפוסלה לכהונה ומה שאינה נאמנת בעצמה היכא שיש עדים שנשבית לומר טהורה אני כדין ע"א נאמן באיסורין צ"ל דזה בכלל תקנת חז"ל שאסרו שבוי' לכהונה מספק אף היכא שמעידה על עצמה או שפחתה ובעלה שאין אדם מעיד על עצמו אף דבאיסורין מהני עדות הבעל ועיקר עדות ילפינן מוספרה לה

דנאמנת מ"מ ביוחסין החמירו, וכל זה היכא שהיא שבוי' ודאית ע"פ עדים. כבר היא בכלל התקנה אבל כ"ז שאין ידוע שנשבית הרי היא נאמנת להכחיש את העד האומר שנשבית כדין ע"א בהכחשה וה"ה בגרושה נאמנת להכחיש את העד שאינה גרושה, ובזה נ"ל לכוין דעת הרכב"ם שכתב בפי"ח מהל' איסו"ב דהשבוי' הואיל ואיסור כל הספיקות כולן מד"ס לפיכך הקילו בה ותמה המחנה אפרים דהא גם בשארי איסורין נאמן ע"א ולפי מה שנתבאר י"ל דחידוש חידשו חז"ל דכל הפסולים נאמנין להתירה אף בהכחשת ע"א דבכל האיסורין ע"א בהכחשה לאו כלום הוא ובשבוי' נאמן הפסול לומר שהיא טהורה אף להכחיש את הכשר וכמבואר בכתובות דכ"ג ע"ב וכמבואר באה"ע סי' י"ז ס"ה דנאמנות שלהם האלימו כבי תרי לפי שעיקר השבוי' מד"ס לפיכך הקילו בה. עוד נראה הא דבשבוי' הקילו אף בא"א לבעלה הכהן דמגזירת חז"ל נאסרה מדין שבוי' ולגבי בעלה גם להתירה הוי דשב"ע וגם באיסור דרבנן היכא שיש ספק תורה הוי דשב"ע כמשכ"ל דמוכח כן מריש גיטין אך הם אמרו והם אמרו להאמין כל הפסולים להתירה לבעלה.

יב

ומה שתמה כת"ר באגרות שניות על מה שצדדתי דלדברי העד מעולם לא נפסלה לכהונה וגם איתחזק איסורא לא הוי כמ"ש הגהמי"י בפ"ג מהל' אשות וע"ז תמה דהלא נמצא בפנקס בכת"י הגרי"ח לנדא ז"ל שהיא חלוצה אין כאן תימא דכיון דאין עדות העד סותר המעשה הנ"ל דגם לדבריו צריכה חליצה מספק וכמו שהבאתי דברי הנובי"ק אה"ע סי' נ"ד שחידש דנאמן הע"א לומר תנאי הי' בקידושין אף שהם מוחזקים ודרים כאיש ואשתו וכיון שלא הי' דרכו של הרב רי"ח ז"ל בפנקס לרשום בצדו אם היא חלוצה ודאית לפה"נ לפי שאין נפ"מ דלכתחלה גם ספק חלוצה אסורה וא"כ אין כאן סתירה כלל לדברי העד וע"כ יש לצדד דל"ה איתחזק כלל.

ובגוף השאלה כיון שנמצא אח"כ בפנקס הצ"ג רשום בשם נפל וכאשר הגידו כן דרכם לכתוב על ילד שמת בתוך ל' אמרינן רוב ולדות בני קיימא ושפיר נאמן שהי' ילד בן קיימא ועל הפנקס יש לסמוך כיון דהפנקס נכתב בשעתו שלא בתורת עדות ודמי לאשתמודענא ביבמות דל"ט ויש לסמוך על עדות זו גם אח"כ כשיש נפ"מ בעדות דדמי להוחזקה העדות עי' תוס' ריש גיטין ד"ה ואם יש עוררין עי"ש בסוף הדבור, והא נתבאר ג"כ דנאמנת לכהונה כדין ע"א נאמן באיסורין, ועי' בתשו' רעק"א סי' פ"ה קכ"ד קכ"ה לדינא דפסולי כהונה לא הוי דשב"ע, וגם לפני החליצה היתה נאמנת בזה שא"צ חליצה אלא מספק.

ובעיקר הדין שנודע לאחר שנשאת לכהן שחלצה מספק שמת הולד בתוך ל' אי אמרינן בזה קדמו וכנסו אין מוציאין אותה מידו, הנה מדברי התוס' שבת קל"ו ד"ה ואם מבואר אומר. רבי דהא דאינה חולצת בשמעתין לא משום שאם חלצה יהי' מחויב להוציאה אלא כיון שאפשר בלא חליצה מוטב שלא תחלוץ יעו"ש ובתוס' יבמות דכ"ד תירצו באופן אחר וכתבו דהתם בהחולץ שחולצת לאחר נשואין ואמרו קמו רבנן במילתא דנפל הוי לכך הצריכו חליצה ואתו למישרי חלוצה לכהן אבל הכא כ"א כשכונס אמרינן קים ליה להאי דלאו חלוצה היא ולכן כנסה מבואר מדבריהם דמהני קדמו וכנסו בנ"ד, אולם ראיתי בתוס' הרא"ש שם שהביא בשם הרמ"ה לחלק בין היכא שבודאי חלצה מיבמה אלא שהחליצה היתה מספק דכיון שהצריכוה רבנן חליצה מיבמה לא ידעו דמשום ספק הוא ואתי למשרי חלוצה לכהן ובין היכא דהספק שמא לא חלצה מיבמה דאז אמרינן קדמו ושנסו אין מוציאין ולפי תירוץ הרמ"ה א"כ במת הולד תוך ל' גם בקדמו וכנסו מוציאין אותה ואולי זה ג"כ כונת הטור בסי' ז' ה"כ שכתב ספק חלוצה והמל"מ בפי"ז מה' איסו"ב תמה ע"ז דהא אם כנס אין מוציא כ"ש דלא הוי חלל מספק ולפי מש"כ התוס' רא"ש משכח"ל בכה"ג. אולם אין ראי' מד' הטור דגם לתירוץ התוס' שחילקו ביבמות שם דהיכא שחלצה אחר שנשאת גרע דיאמרו דקמו רבנן במילתא משכח"ל בולדה מת שצריכה חליצה גם באשת כהן ונתקדשה ואח"כ חלצה דבכה"ג מוציאין גם בספק חלוצה, ועי' בס' נתיבות לשבת להפלאה, והנה מדברי התוס' מבואר דלא כתוס' הרא"ש וכן מסתימת הרמב"ם והשו"ע דספק חלוצה אם קדמו וכנסו אין מוציאין וכן מבואר מד' הריטב"א ר"פ החולץ דלר"ל דל"א איגלאי מילתא למפרע למה פסלה מן הכהונה אף בדיעבד הא הוי ס' חלוצה דאם קדמו וכנסו אין מוציאין והא התם ודאי חלצה מיבמה אלא שהחליצה מספק אי הוי באותה שעה ולד של קיימא אלמא דאף בכה"ג קדמו וכנסו אין מוציאין ואע"ג דמשני התם מדרבנן דפסלה מן הכהונה ואף בדיעבד תצא וכמ"ש הנמוק"י. הובא בב"ש סי' קס"ב סק"ה שאני התם דמדרבנן גזרו משום דמחזי כחליצה מעלייתא, וכ"נ מפי' הראשונים שם ודוקא בחליצת מעוברת הוא ולא בשארי ספיקות.

וראיתי בתשו' בנין ציון ח"א סי' קכ"ח מחמיר באיילונית שיש לה סימן אחד ומשטחיות דבריו נראה שהי' חוכך להחמיר גם במת הולד תוך ל' אך מה דמשוה שם אם חלצה תחתיו דכהן דמשמע מדעת הרי"ף והרמב"ם והשו"ע דמת תוך ל' ונתקדשה לכהן שאם היתה חולצת אסורה לו דלא כהתוס' שבת קל"ו לדינו באיילונית בסי' א' שחלצה קודם שניסת לכהן, לא אדע הדמיון שהרי התוס' ביבמות דכ"ד בפירוש חילקו בין שחולצה

קודם הנשואין או אחר הנשואין וזהו ג"כ שיטת הרי"ף והרמב"ם דלהכי באשת כהן אם היתה חולצת אחר שנשאת היתה אסורה עליו דלא כמ"ש התוס' בשבת וע"ד התוס' ביבמות לא נמצא חולק בד' הראשונים הנ"ל, ובגוף שאלתו באיילונות בסי' א' החת"ס אה"ע סי' פ"ג מקיל בזה, ואחרי שבד' התוס' יבמות כ"ד מפורש להיתר וכ"נ מדעת הריטב"א וכ"נ מסתימת הרמב"ם ושו"ע שלא חילקו בזה ומשמע בכל גווני א"כ אין בידינו להחמיר להוציא אשה מבעלה באיסור דספק חלוצה מדרבנן ואין לחוש לדעת יחידאי של תוס' הרא"ש ועכ"פ דספיקו יותר מספק דרבנן בפלוגתת הפוסקים לא הוי ודינו כסד"ר להקל.

וע"ד אשר הטעתו ולא הודיעו לפני הנשואין לבעלה הכהן שהיא חלוצה ולכאורה יש לדון בזה אם אמרינן בכה"ג קדמו וכנסו אין מוציאין אותה מידו כיון דע"י הטעות יתבטלו הקדושין נראה לפמש"כ הר"ן בפי"א דכתובות גם באלמנה לכה"ג שלא הכיר בה צריכה גט, וע"ע בתשו' נובי"ת סי' נ' שצריכה גט מספק ובשו"ת תפארת צבי חאהע"ז דן בזה שא"צ גט אלא מדרבנן אולם גם למה שהאריך בזה בשו"ת מלבושי יו"ט ח"ר לדינא דהיכא דהטעהו באופן דלא הוי ליה לאסוקי אדעתי' לחקור בזה גם באיסור דרבנן דשניות יש לבטל מדין תורה הקידושין וגם בכנסה נתבטלו הקדושין יעו"ש, מ"מ נראה דהיכא דהטעתו באיסור דספק חלוצה כיון דעל פי דין בדיעבד אם קדמו וכנסו אין מוציאין ועל פי דין מותרת היא לו בדיעבד אין זה מום בגוף המקח אף דלכתחלה אסור דאין עושין ספק לכתחלה הוא איסור צדדי ואיסורא דעביד עביד אבל עכ"פ אין זה מום במקח כיון דרשאי לדור עמה וכיון דהקידושין חלין ממילא דפשוט דאם קדמו וכנסו אין מוציאין אותה, ונראה דהא דכנסו וכ"ה ברמב"ם ושו"ע לפיכך אם עבר ונשא חלוצה. לאו דוקא נישואין דה"ה קידושין וכן מוכח מקושיית התוס' ביבמות דכ"ד. וכ"כ התוי"ט במשנתינו בדין דקדמו וכנסו דה"ה בקידושין.

סימן ו

בענין הנ"ל.

א

בסימן הקודם יעדתי לבאר בענין זה שיטת הרמב"ם בפ"א מהל' איסו"ב הלכה כ"ב וז"ל המקנא לאשתו ונסתרה ובא עד אחד והעיד שנטמאה והי' בעלה כהן ובא עלי' אח"כ הר"ז לוקה עלי' משום זונה אעפ"י שעיקר העדות בע"א כבר הוחזקה בו זונה עכ"ל, והראב"ד כתב ע"ז אינו כן דאינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה דכל אונס בע"א לא

קרינן בי' זונה אלא משום טומאה והכי איתא ביבמות בלישנא בתרא דרבה עכ"ל, והה"מ כתב ואני תמה בזה שהרי דברי רבינו בכאן אינם בנאנסה ואפילו באונס אין דברי הר"א מחוורין לפסוק כל"ב דרבה כו' ומה שאינו לוקה גם משום טומאה כתב הה"מ מתחלה דאף דקיי"ל כרבנן דריב"כ ביבמות די"א דלאו בסוטה דאחרי אשר הוטמאה אית להו אפ"ה אינו לוקה משום טומאה דהוי לאו שבכללות דעיקר הלאו למחזיר גרושתו קאי יעו"ש. אבל דברי הרמב"ם תמוהים ודבריו סותרים מה שפסק בפי"א מה' גירושין הי"א שכתב ובכלל לאו זה שכל אשה שזינתה תחת בעלה נאסרה עליו ולוקה עליו שנאמר אחרי הוטמאה והרי נטמאה וכו' וגם דברי הה"מ סותרים זא"ז כמו שתמה ע"ז הכ"מ שם, ובאמת מקור דברי הרמב"ם נובע מדברי הירושלמי בסוטה פ"ו ה"ב מדנקיט באשת כהן דאיסור יוחזק עפ"י ע"א מבואר כדברי הרמב"ם דאינו לוקה רק משום זונה ולא משום טומאה אבל צ"ע למה לא ילקה משום טומאה לפמש"כ הרמב"ם בפירוש בה' גירושין דאשה שזינתה תחת בעלה לוקה עלי' משום טומאה, והנה הלח"מ שם כתב דלולא דברי הה"מ אפשר לתרץ דהא דבפ"א מה' א"ב אינו לוקה משום טומאה לפי דאין הטומאה אלא עפ"י ע"א אבל לגבי איסור זונה הרי הוחזקה ולוקין עלי' משום זונה עכ"ד, ודבריו סתומים וחתומים דאם הוחזקה שזינתה הרי הוחזקה לטמאה ג"כ ואם אין זה חזקה א"כ גם על איסור זונה אינו בדין שילקה.

ב

ע"כ נראה דחילוק גדול יש בין טומאה לזונה בע"א אחר קו"ס כמו שאבאר, דיש להסתפק ולחקור במה שהאמינה תורה עד אחד בסוטה אחר קינוי וסתירה אעפ"י דאין דבשב"ע פחות משנים אם הוא מתורת ודאי והטעם הוא לפי שיטות הקדמונים כדברי מהרי"ק דהא דאין דבשב"ע פחות משנים הוא דוקא באיתחזק איסורא ג"כ אבל דבשב"ע דלא איתחזיק נאמן ע"א ולהכי בסוטה דע"י רגל"ד דקינוי ובתירה איתרע חזקתה והוי כמו דשב"ע בלא חזקה דנאמן ע"א מדינא או כשיטת הרמב"ן דס"ל דאין ע"א נאמן בדבשב"ע אף בלא אתחזק אסורא וכמבואר בחי' ליבמות ובר"ן ריש גיטין א"כ לפי"ז אף דאיתרע חזקתה ואין כאן חזקה כלל אינו בדין שנאמין להע"א דהא מ"מ דבר שבערוה הוי וחידוש הוא שחידשה תורה בע"א בסוטה, ולפי שיטה זו אפ"ל דהחידוש הוא רק בדין ההשקאה כמו שומרת יבם וארוסה ומתו בעליהן וכיו"ב הרבה דינים בדיני השקאה שאינה שותה, וכמ"כ אם יש ע"א אינה שותה וממילא נאסרה כדין סוטה אחר קו"ס בלא השקאה דאסורה לבעלה מספק מעשה דונטמאה בתורת ודאי כמ"ש התוס' בסוטה ד' כ"ח ודעת הרמב"ם נראה מפורש כצד השני דאינו נאמן על עצם הטומאה רק שהאמינה

אותו תורה שלא להשקותה ולא למחוק שם על המים כמ"ש הרמב"ם בפ"א מה' סוטה ה' ט"ו אפילו אשה ועבד או שפחה כו' הואיל וקדם הקינוי וסתירה בעדים כשרים, ובהלכה כ' כל סוטה שאמרנו שאינה שותה מפני עדי טומאה הר"ז אסורה על בעלה לעולם ותצא בלא כתובה שהרי נאסרה בקו"ס והשתי' שתתירה נמנעה שהרי יש בה עד כמו שביארנו עכ"ל, וביותר בולט שיטת הרמב"ם ז"ל ממ"ש בפ"ג ה' כ"ג באו עדי טומאה אחר ששתתה הר"ז תצא בלא כתובה כו', אבל בא ע"א והעיד שהיתה טמאה אינה אסורה ותשב תחת בעלה שהרי שתתה עכ"ל. הרי דבריו ברור מללו דרק מפני שאין השקאה נאסרת בע"א אבל אחר השקאה לא מהני עדות הע"א ואם איתא דע"א נאמן בסוטה עפ"י דין לפי דאיתרע חזקתה א"כ גם לאחר השקאה הי' בדין שנאמין עדות הע"א וכן תפס שם המל"מ בשיטת הרמב"ם דהא דנאמן ע"א קודם שתי' ונאסרת לא מפני העד אלא מפני שהיא נמנעת משתי' מגזיה"כ כמו נשים שאינן ראוין לשתות יעו"ש, והתוס' בסוטה ד"ו מספק"ל אי נאמן ע"א לאחר שתי' וסיימו מיהו מסתברא דה"ה לע"א כדעולא דאמר כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים והרמב"ם חולק ע"ז ולדבריו צ"ל דהא דאמר כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים הכונה לא בדין נאמנות המאורע רק בדין הנאמנות שאינה שותה עפ"י דבריו וכמו דאמרינן כן בעגלה ערופה דנודע מי הכהו אין עורפין כמ"כ אם נודע עפ"י ע"א אין עורפין ואף שאין דברי העד מעלים כלום לענין הרוצח רק על דין עג"ע גזרה תורה שנאמן ואין עורפין על פיו ומבואר בסוטה מ"ז ע"ב לגבי עג"ע והאמר עולא כו' וכן בסוגיא דסוטה ד' ל"א ע"ב לענין סוטה אלמא דאף שאין נאמנות הע"א פועל רק על דין ערפה שאין עורפין על פיו שייך שפיר כל מקום שהאמינה תורה וכן משוה להו הרמב"ם להדדי בפ"ה מה' עדות ה' ב' בב' מקומות האמינה תורה ע"א בסוטה שלא תשתה מי המרים ובעגלה ערופה שלא תערף כמו שביארנו כו' היינו שנאמנות העד הוא רק על דין זה שלא תשתה ושלא תערף ואינו מברר עצם המעשה.

ובירושלמי פ"ו דסוטה ה"ד פליגי שמעון בר בא בשם ריו"ח כאן לא היתה שותה ובעגלה ערופה היו עורפין (פירוש בבאו בב"א עד אומר נטמאת ועד אומר לא נטמאת לא היתה שותה, ובעג"ע בבאו בב"א אחד אומר שראה הרוצח ואחד אומר שלא ראהו היו עורפין] רב אמר היתה שותה נראה דבזה פליגי רב וריו"ח ריו"ח ס"ל כאן לא היתה שותה דמפני רגלים לדבר נאמן העד בברור הדבר כיון דאיתרע חזקתה וע"א נאמן מדינא וחשוב כשנים אבל העד האומר שלא נטמאת הרי רגל"ד כנגדו ולכן הוי כע"א במקום שנים ואינה שותה וזה רק בטומאה דהאמינתו תורה כתרי משום דרגל"ד ואין ע"א במקום

שנים אבל בעריפה דאין כאן רגלים לדבר ורק שנאמן הע"א על דין העריפה דוקא ולא בעצם המאורע ולכן דוקא אי בא מתחלה יש בו משום דין כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ואין העד הבא אחריו נאמן להכחישו אבל בבאו בב"א אין ע"א בהכחשה כלום וע"כ היו עורפין ורב דס"ל דהיתה שותה ס"ל דגם כאן העד אינו נאמן בתורת ודאי על עצם המאורע כמו שאינו נאמן בעג"ע על הרוצח ורק דפעולת הע"א היא לעכב ההשקאה וממילא נאסרת ע"י קו"ס ודמי דין סוטה לעגלה ערופה ודוקא בזא"ז אמרינן כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים אבל לא בב"א וכיון דבש"ס דילן משוי סוטה ועגלה ערופה להדדי בלי שום חילוק כרב ע"כ פסק הרמב"ם להלכה כרב וגם בסוטה בב"א אינה שותה כשיטתו דאין העד נאמן בתורת ודאי על עצם המאורע כאמור. וכן מדוקדקים בזה דברי הרמב"ם בפ"ו מה' יבום וחליצה הי"ט אשה שזינתה תחת בעלה ברצון ובעדים ומת קודם שיגרשנה ונפלה לפני יבם הרי היא פטורה מן החליצה ומן היבום כו' ודקדק הרמב"ם בלשונו בעדים וכן הועתק בטוש"ע והא גם בע"א אחר קו"ס דגזיה"כ הוא דנאמן ג"כ בדין שתהי' פטורה מן החליצה ומן היבום דהוה סוטה ודאית, ולפמשנ"ת זהו שיטת הרמב"ם דהא דע"א מועיל בסוטה הוא רק שלא תהי' שותה וע"כ נאסרה ע"י קו"ס שלה והוי רק כספק סוטה שחולצת ולא מתיבמת וזהו נכלל במש"כ הרמב"ם אבל סוטה כו' או שאינה בת שתי' הר"ז חולצת.

וראיתי בס' נחל יצחק סי' ס"ט שכתב לתרץ קושית הב"ש באה"ע סי' קע"ח ס"ק י"א שהקשה על מה שכתב השו"ע בא ע"א והעיד שנטמאה מאותו שקינא לה תצא דלמאי הביאו השו"ע הך דינא לדידן דבזה"ז נאסרה עליו אחר קו"ס בלא עדות הע"א ותירץ דנפ"מ גם בזה"ז לענין יבום וחליצה דלולא עדות הע"א הוי ספק סוטה וחולצת אבל עכשיו עפ"י עדות הע"א הוי סוטה ודאית ופטורה מן החליצה ומן היבום עכ"ד. ולפי"מ שנתבאר שיטת הרמב"ם אינו כן אלא גם בע"א הא דנאסרת לפי שאין השקאה שתתיר אותה ונאסרת מצד קו"ס כדין ספק סוטה וחולצת ולא מתיבמת ודין זה תלוי באשלי רברבי ולשיטת התוס' בסוטה ד"ו דע"א נאמן אף לאחר השקאה ונראה דדעתם דע"א נאמן בסוטה בתורת ודאי הוי ודאי סוטה ולשיטת הרמב"ם הוי ספק סוטה וכן ראוי לדקדק בד' רבינו ירוחם המובא בב"ש סי"א ס"ק א' לחלק בדין כופין לגרשה בין קו"ס לחודא ובין ע"א אחר קו"ס.

ג

הרי נתבאר דדעת הרמב"ם דע"א בסוטה הוא רק ספק סוטה מדין קו"ס מ"מ אין הכרע מזה כשיטת הרמב"ן דבר שבערוה בלא אתחזק איסורא דאפשר דאף אחר קו"ס אית לה

חזקה שאינה טמאה ודאי כמ"ש התוס' בריש נדה] ולפי"ז אינו בדין שילקה הבא עלי' משום טומאה דהא אין דבר שבערוה פחות משנים, ואין כאן רק ספק סוטה ואסורה מעשה דונטמאה ולא בלאו ומה שלוקה משום זונה הוא עפמש"כ הרמב"ם בפ"ט מה' סנהדרין דאיסור יוחזק עפ"י ע"א בבא ע"א ואמר אשה זו זונה או גרושה כו' ואח"כ בא עלי' כהן לוקה מבואר שיטת הרמב"ם דפסול כהונה ל"ה דבשב"ע ומש"כ בקדושין ס"ו בן גרושה וב"ח פסולו בשנים היינו דוקא על הולד וכמ"ש הש"ש בש"ו פט"ו באריכות ע"ש. ולשיטת הרמב"ם נראה דאין חילוק בין אם העיד אשה זו זונה שנבעלה לכותי או שנבעלה בעודה תחת בעלה והבעל והבועל אינם בעולם דל"ה בשעת הגדת העדות דבר שבערוה דאין נפ"מ רק לענין אי מותרת לכהונה וזה לא הוי דשב"ע כמו גרושה ושארי פסולי כהונה.

ומה שאין האשה נאסרת עפ"י ע"א באשת כהן שזינתה ברצון דלב' לשונות אסורה משום זונה והא זונה לכהונה לא הוי דבשב"ע כלל. דדבר שבערוה הוא רק דבר שאין בו תפיסת קדושין או איסור סוטה לבעלה דטומאה כתיב בה כעריות ועיקר דבר גבי' כתיב ערות דבר, [יעוי' בתשו' רעק"א סי' קכ"ה דגם באשת כהן שנאנסה לא מהימן ע"א משום דבעלה לוקה עלי' משום טומאה ולהכי הוי דבשב"ע יעו"ש היטב] אבל איסור זונה דתפסי בה קידושין וטומאה ליכא גבה הוי ככל איסורים, וכמש"כ הרמב"ם דע"א נאמן לומר אשה זו זונה א"כ גם לבעלה תאסר משום זונה [עכ"פ לשיטות הסוברים דע"א מהימן נגד החזקה] אך באמת זה אינו דכיון דאיסור זונה מסתעף מדבר שבערוה וכיון דאיכא גבה טומאה ג"כ ובטומאה הוי דבשב"ע דלא מהימן הע"א וממילא דאינו נאמן גם על איסור זונה כדין מסתעף, לפיכך נראה דגם לאחר שמת בעלה לא נפסלה לכהונה אף דלכהונה לא הוי דבשב"ע כלל, מ"מ כיון שעדות העד הי' על דבר שבערוה דלא מהימן גם לאיסורים המסתעפים אינו נאמן דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וע"כ אינה נאסרת אח"כ לכהונה משום שאין לו נאמנות בעיקר העדות [ומש"פ הרמב"ם בפי"ח מהל' איסו"ב, בדין אשת כהן שאמרה נאנסתי אף שאין מאמינים אותה בחיי בעלה ומותרת לו אם מת אסורה לכהונה אעפ"י שלא האמינה בשעתה עכ"ז חוזר וניעור איסורה לכהונה שאני שאחד"א שאין בזה דין עדות ואם כי בשעתה הפקיעו נאמנותה לגבי הבעל אחר שמת חוזר וניעור איסורה מצד שאחד"א, משא"כ בנאמנות העד כל שלא הועיל בשעתו אינו חוזר ונעור עוד ונתבטל העדות], אבל אם בא העד להעיד לאחר מיתת הבעל שזינתה בעודה תחתיו בזה י"ל דאסורה לבועל ולכהונה ויעוין בתשו' רעק"א סי' קכ"ד.

אבל בע"א שבא אחר קו"ס נהי דלגבי טומאה אינו נאמן להלקות את בעלה הבא עליה משום טומאה משום דאין דבשב"ע פחות משנים וכמשנ"ת, אבל מ"מ לא הוי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דכאן לא נתבטלה עדות הע"א דהרי נתקיימה עדותו לענין ההשקאה והתורה האמינה אותו שלא להשקותה ונאסרת לבעלה, וכיון דלא נתבטלה עדותו בפועל ממילא לגו איסור זונה דהוי כמו שאר איסורין שע"א נאמן נאמן בודאי הע"א והאיסור נתחזק על פיו והכהן הבא עליה אחר מיתת בעלה לוקה עלי' משום זונה כדין איסורין אשר יוחזקו עפ"י ע"א וה"ה בבעלה כהן דלוקה אח"כ משום זונה.

ואין לומר הא ע"א בהכחשה לאו כלום הוא והא היא אומרת טהורה אני שאני סוטה בתר קו"ס דברי שלה לאו כלום הוא, והתורה משוה ברי שלה לספק וצריכה השקאה וכמ"ש התוס' בסוטה דכ"ד דגם לענין כתובה ברי שלה לאו ברי הוא. ועפ"י זה מיושבים לנכון דברי הרמב"ם ז"ל דבע"א הבא אחר קו"ס ובעלה כהן ובא עלי' אח"כ לוקה עלי' משום זונה. אף דבסוטה ודאית בב' עדים לוקה עלי' משום טומאה ג"כ כמש"פ בהל' גירושין מ"מ בע"א לשיטת הרמב"ם דאינו נאמן בתורת ודאי על עצם המעשה ונאמן רק על ההשקאה שלא להשקותה וע"כ משום טומאה ליכא לאו רק עשה דונטמאה אבל משום זונה דעד אחד נאמן באיסורין שפיר לוקה כיון דלא נתבטל גם לענין טומאה כמשנ"ת שפיר מקיימין עדותו להאיסור שהעד נאמן עליו וכיון ץ שנאמן לאיסור זונה לוקה עלי'.

ד

ושיטת הראב"ד נראה דס"ל דע"א שנאמן בסוטה נאמן על עצם המאורע ולהכי לוקה ג"כ משום לאו דטומאה ומש"כ הראב"ד דכל אונס בע"א לא קרינן בי' זונה הוא משום דס"ל כלישנא בתרא דיבמות דנ"ו ומשה"ק עליו הה"מ במש"פ כל"ב דרבה כבר השיג עליו השעה"מ שלא ראה דברי הרמב"ן במלחמות וכ"ה גם בתוס' ר"פ ד"א ועי' ברשב"א יבמות דס"ח והר"א ממיץ בספר יראים פסק ג"כ כמ"ד דבאונס לא מקרי זונה והרי"ף והרא"ש הביאו ג"כ הך לישנא בתרא וכ"ה בודאי דעת הראב"ד, והנה הראב"ד מפרש ד' הירושלמי באונס וס"ל דאינו לוקה רק משום טומאה ולא משום זונה, וק"ל דהא דין זה מקורו בירושלמי סוטה פ"ו דר' מנא אמר כו' נסתרה בפני שנים ואמר אחד אני ראיתיה שנטמאת ובא בעלה כהן עלי' התרו בו שנים לוקה עיקר עדותו בעד אחד כו' ולד' הראב"ד קשה למה נקיט כהנת וכהן באונס דהא משום טומאה לוקה גם באשת ישראל ברצון וע' בש"ק שם שכ' דצ"ל דאתי כריב"כ דס"ל לאו דטומאה בסוטה ליכא

אבל לד' הראב"ד דס"ל דמשום זונה אינו לוקה ורק משום טומאה א"כ מאי שנא אשת כהן מאשת ישראל דהא משום טומאה איכא בתרווייהו ומשום זונה גם באשת כהן אינו לוקה ולמה נקיט באשת כהן באונס וצ"ע.

ונראה בבאור ד' הראב"ד שכ' דכל אונס בע"א לא קרינן ביי' זונה דטעמו של דבר דמפרש ד' הירושלמי באשת כהן באונס משום דאם בא ע"א אחר קו"ס והעיד שזינתה ברצון בודאי דנאמן על עצם המאורע כמשכ"ל דכיון דרגל"ד מסיעתו הוי כשנים. [ואפשר דס"ל להראב"ד דע"א ורגל"ד מהני גם בממון דהא מהני בסוטה להפסידה כתובתה דהא ילפינן דבר דבר וצירוף רגל"ד עם ע"א הוי כשנים כמו בסוטה, ויש מקום לומר דבכה"ג גם לענין מלקות מהני, ואפשר לחלק דדוקא בממון דמהני אומד ידיעה בלא ראי' שפיר מצטרף רגל"ד לנאמנות ע"א אבל בד"נ לא מהני אומד ועי' ברמב"ם בפ"כ מהל' סנהדרין דילפינן מקרא דנקי וצדיק אל תהרוג ואפשר דז"א אלא לענין מיתה] עכ"פ כיון דע"א בצירוף רגל"ד הוי כשנים לענין דשב"ע ג"כ א"כ אין רבותא דאיסור יוחזק ע"פ ע"א דהא הוי כשנים לדשב"ע ולכתובתה והירוש' הא נקיט איסור יוחזק ע"פ ע"א בע"א המעיד שהוא חלב דנאמן רק לענין איסורים ומ"מ מהני גם למלקות, אבל בסוטה אין רבותא דהא הוחזק ע"י ע"א וצירוף רגל"ד דהוי כשנים לגבי דשב"ע ולהכי נקיט הירושלמי באשת כהן באונס דלישראל מישרא שרי באונס ובכה"ג אין הרגל"ד מסייע לזנות ואפ"ה אסירא וטעמו של דבר נראה דכיון דע"י רגל"ד איתרע חזקת טהרה שלה הוי כדשב"ע בלא איתחזק נאמן ע"א כמו באיסורים, ובזה שייך שפיר הך דינא דאיסור יוחזק ע"פ ע"א דהא הוחזק רק ע"י עדות הע"א בלא צירוף דרגל"ד ודמי לאיסור שהוחזק ע"פ ע"א דחלב ומדויקים ד' הראב"ד דבכל גוני בע"א לא קרינן ביה זונה דהראב"ד מפרש ד' הירושלמי באונס.

והנה הגאון רעק"א בדו"ח כתובות תמה מנ"ל מקרא דלא נתפשה דנתפשה מותרת דאשת ישראל באונס שרי דילמא כיון דמיירי קרא דועד אין בה בע"א אחר קו"ס דע"א נאמן משום רגל"ד המסייעתו ולהכי באונס דאין רגל"ד מסייעתו ממילא אין ע"א נאמן, ולמש"כ בד' הראב"ד דכיון דאיתרע חזקתה הוי דשב"ע בלא איתחזק נאמן ע"א א"כ אע"פ שאין רגל"ד מסייעתו מ"מ הא איתחזק לא הוי, ולהשיטות דס"ל דדשב"ע בלא איתחזק לא מהימן חד ס"ל כשי' הרמב"ם דהא דהאמינתו תורה בע"א בסוטה הוא רק על דין השקאה ולא על גוף המאורע וכיון דכבר נאסרה ע"י קו"ס ובא הע"א רק למנוע ההשקאה לא הוי רק גרם לדשב"ע דבכה"ג ס"ל להרמב"ם דעל מינוי שליחות לקידושין א"צ עדים לפי שאין זה גמר הדבר והוי רק גרם לדשב"ע וזה רק דין מדיני השקאה כמו

באיסורים דע"א נאמן א"כ מה"ט על דין השקאה גם באונס בדין שיהי' ע"א נאמן בה כיון דכבר נאסרה ע"י רגל"ד והראב"ד דס"ל דעל מינוי שליחות צריך עדים וגם גרם לדשב"ע צריך עדים ס"ל דדשב"ע בלא איתחזק ע"א נאמן ונאמן על עצם המאורע. (ובפשוטו נראה כיון דמקרא דוהיא לא נתפשה ילפינן מדיוקא ונתקבל הלכה על זה דיש לך אחרת דאע"פ שנתפשה אסורה הרי דבאשת כהן ע"י ע"א אחר קו"ס נאסרת גם באונס אע"פ שאין הרגל"ד מסייעתו וע"כ דאשת ישראל מותרת בכה"ג ועי' סוטה דכ"ד וי"ל דזה אינו אלא לפי ההו"א ועי' ברמב"ם פ"ג מהל' סוטה הל' כ"א ובמל"מ שם).

שוב מצאתי בש"ש ש"א פ"ג מש"כ בד' הרמב"ם והראב"ד בפ"א מהל' איסו"ב הכ"ב ומתחלה כתב בכוונת הראב"ד להשיג על הרמב"ם דאינה לוקה משום זונה דלא מצינו דהימני' רחמנא לע"א אלא בפרשה האמורה דכתיב ונטמאה ולטומאה הוא דהימני' רחמנא דהא ס"ט ברה"י ודאי טמא וע"י שתיית מי המרים טהורה היא וכשבא ע"א תו אינה שותה והו"ל טומאה ודאית כדין ס"ט ברה"י אבל לאיסור זונה דספקו מותר ככל הספיקות שא"א מדבריהם לא הימני' לע"א ואיסור זונה דהו"ל דשב"ע אין ע"א מהימן בה ואינו לוקה אלא משום טומאה וכמו בהך דינא דל"ב דרבה דאינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה ה"נ בע"א ברצון אינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה ושי' הרמב"ם דאיסור זונה לכהונה לא הוי דשב"ע ונאמן כדין ע"א דנאמן באיסורין זהו תו"ד.

והנה לא ירדתי לסוף דעתו בבאור ד' הראב"ד דהא דהימני' רחמנא לע"א בטומאה משום דבלאו העד הו"ל ג"כ ס"ט ברה"י וסט"מ בודאי וכשבא ע"א ואינה שותה ממילא הו"ל טומאה ודאית וכונתו לפ"ז דס"ל להראב"ד דס"ט ברה"י סט"מ בודאי ובספק סוטה לוקה ג"כ משום לאו דטומאה כמש"כ התוס' ביבמות די"א א"כ ל"ש זה לדין דהוחזק עפ"י ע"א דלוקה משום עדות ע"א שהי' נאמן בשעתו אע"פ דלענין מלקות אינו נאמן דהא גם בלי עדות הע"א לוקה משום טומאה אחרי קו"ס, וע"כ צ"ל דס"ל להראב"ד דאע"פ דעשאה התורה ספק כודאי מ"מ אין בו רק עשה דונטמאה ואינו לוקה משום לאו דלא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה וכמש"כ הרמב"ם בפי"א מהל' גירושין הי"ד לפיכך כל אשה שנאסרה על בעלה ע"י קו"ס אם בעל אותה. מכין אותו מכת מרדות ועי' בהה"מ שם דכל שלא זינתה ודאי אינו לוקה עלי' מלקות גמור מספק והועיל עדות הע"א שיהי' ודאי ושילקה משום לאו דטומאה א"כ מה"ט גם על איסור זונה דגלתה תורה אחרי קו"ס ונטמאה לכהונה ואיכא עשה דונטמאה וספק כודאי יהי' נאמן ע"א ללקות משום זונה דמאי שנא בין איסור טומאה לזונה דבשניהם איכא איסור עשה דונטמאה אחר קו"ס ובשניהם אין כאן לאו וכיון דהימני' רחמנא לטומאה משום דאסורה מתחלה

מעשה דונטמאה א"כ ה"ה לאיסור זונה, גם מש"כ הש"ש בשי' הרמב"ם דלהכי נאמן ע"א באיסור זונה דל"ה דשב"ע מחוסרים באור דא"כ יהא נאמן ע"א באשת כהן שזינתה וע"כ צ"ל משום דמסתעף מדשב"ע כמשכ"ל וגם הא לא נחלק הראב"ד בפט"ז מהל' סנהדרין ע"ד הרמב"ם שחשב איסור זונה לכהונה כשארי איסורין.

ובאמת ק"ל לשי' הראב"ד דסוטה חולצת וכ' הרא"ש ביבמות די"א דהראב"ד לא ירד לחלק בין ספק סוטה לודאי מדמבואר בסוטה, דספק סוטה חולצת ה"ה ודאי, ונראה בשי' הראב"ד דספק כודאי ואי שייך טומאה כעריות בודאי שייך גם בספק ומדינא חולצת, ולשיטתו נראה דבספק סוטה ישנו בלאו דלא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה ואיך שייך אליבי' איסור יוחזק ע"פ ע"א דהא גם לפני עדות הע"א הי' לוקה אחר קו"ס, ולשי' התוס' יבמות די"א והרשב"א שם דס"ל דספק סוטה איתנהו בלאו דטומאה י"ל ד' הירוש' בפ"ו דסוטה דאיסור יוחזק ע"פ ע"א באשת כהן שזינתה דס"ל דאע"פ דלוקה משום לאו דטומאה אבל משום לאו דזונה אינו לוקה ולהכי נקט באשת כהן דאלו באשת ישראל דליכא רק לאו' דטומאה ל"ש איסור יוחזק ע"פ ע"א, אבל למש"כ הראב"ד דאינו לוקה בע"א משום זונה רק משום טומאה קשה דהא לשיטתו דלא ירד לחלק בין ספק לודאי גם לפני עדות הע"א לוקה משום טומאה ומאי שייך בזה איסור יוחזק ע"פ עד אחד ועי' בסי' א' אות ח'.

וצ"ל בשי' הראב"ד דלא ירד לחלק בין ספק סוטה לודאי אין כונתו דספק כודאי ואיתנהו גם בו טומאה של סוטה ודאית דגם הראב"ד ס"ל דאין ספק סוטה ענין של ברור ודאי כשי' הרמב"ם וממילא דאינו לוקה משום לאו דאחרי הוטמאה, ורק כלפי מש"כ הרא"ש על קושית הש"ס בספק סוטה א"ה תתיבם יבומי דמאי מקשה דהא הוי ספק ערוה וע"ז תי' הרא"ש דבספק סוטה גם ספק טומאה לא הוי ובאור הדברים דרק עצם הזנות הוי טומאה אבל לא הדין דונסתרה והיא נטמאה דאע"פ שהיא טהורה אסורה ולגבי הספק הו"ל ככל הספיקות דא"א מדבריהם וע"ז חולק הראב"ד וס"ל דבספק סוטה הוי ספק ערוה דאע"פ דהטומאה דכתיב בה כעריות הוא על עצם הזנות מ"מ בספק סוטה דלהחמיר עשאה הכתוב הספק כודאי ממילא גם גבי לאו דאחר אשר הוטמאה יש בו איסור ספק לפי הך צד שמא זינתה ועשה דונסתרה והיא נטמאה עובר בודאי אפילו אם כלפי שמיא גליא שהיא טהורה וכיון דס"ל להראב"ד דספק סוטה יש בו גם ספק טומאה כעריות ומאי מקשה הש"ס בריש סוטה ותתיבם יבומי וע"כ הוכיח מזה דסוגין דסוטה ס"ל דגם ודאי סוטה חולצת וזהו שלא חילק בין סוטה ודאי לסוטה ספק דבסוטה ספק הוי ספק

ערוה מה"ת וכיון דס"ל להראב"ד דרק מספק אסור בלאו דאחרי אשר הוטמאה ואינו לוקה ע"ז ולהכי א"ש הא דאיסור יוחזק ע"פ ע"א אחר קו"ס.

ובהנחה זו יש לתרץ ד' הראב"ד ע"פ דרך הש"ש דאפ"ל דהא דהאמינתו תורה בע"א אחר קו"ס בטומאה האמורה בפרשה היינו דוקא באיסור טומאה דהוי ספק גם לפני עדות הע"א ונאסרה גם מספק בלאו דאחרי אשר הוטמאה מ"מ חיוב מלקות אין בספק טומאה כמו שאינו חייב על ביא"מ בס"ט ברה"י ורק שאסור מספק וע"י עדות העד נעשית לודאי טומאה אבל באיסור זונה לכהונה שאין בזה טומאה ואינו אלא ככל הספיקות שא"א מדבריהם ולא נאסרה מתחלה מספק איסור לאו דזונה לא האמינתו תורה ולהכי ס"ל להראב"ד דבע"א אינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה [וכ"ז לשי' הראב"ד אבל הרמב"ם לשיטתו דס"ל דספק סוטה צרתה מתיבמת וע"כ צ"ל לדבריו דגם ספק טומאה של לאו דאחרי אשר הוטמאה ליכא מן התורה דאל"כ הא הו"ל ספק ערוה. ובספק סוטה אין רק איסור עשה דונטמאה ולא ספק ערוה ולפי"ז אין חילוק כלל בין איסור טומאה לאיסור זונה דהא גם בזונה יש איסור עשה דונטמאה א"כ שפיר לוקה משום זונה] ובפשוטו י"ל לפ"ז בשי' הראב"ד דהא דמצינו דע"א נאמן בסוטה מגזיה"כ הא באשת ישראל ברצון קמיירי דאסורה עליו משום טומאה אבל לאיסור זונה לכהונה הא לא גלי רחמנא אולם ק"ל לפי פירוש זה בד' הראב"ד דכיון דמיירי ברצון וחייב משום טומאה א"כ מאי שנא דנקיט הירוש' באשת כהן כיון דאי"ח משום זונה ורק משום טומאה והא איתנהו באשת ישראל ג"כ.

ה

ולכאורה יש לישב שי' הרמב"ם בפ"א מהל' איסו"ב מה שלוקה משום זונה ולא משום טומאה. בענין אחר דמה שאין האשה נאסרת לבעלה כהן בע"א שזינתה ברצון משום זונה אף שפסול זונה מצד עצמו הוא כשאר איסורים, הוא מטעם דכיון שהיא עומדת תחת בעלה ואתה בא להוציאה מבעלה משום איסור זונה זהו ג"כ מקרי דבר שבערוה דילפינן דבר דבר מממון וכמו שאין מוציאין ממון רק עפ"י שני עדים כמו כן אין אנו יכולים להוציא אשה מבעלה רק ע"י שני עדים ואף שהאיסור מצד עצמותו אינו דבשב"ע מ"מ כיון שנצטרך להוציא על ידו אשה מבעלה מקרי דבר שבערוה וכן מה שנאמן ע"א לומר אשה זו גרושה היא הוא דוקא קודם שניסת אבל לאחר ש אין נאמן ע"א לומר זו גרושה היתה ולהוציאה מבעלה דלאוסרה על בעלה מקרי דבשב"ע [וכ"כ המח"א בפי"ב מהל' עדות והא"מ בסי' מ"ו הובא בסימן הקודם] אבל בסוטה אחר קו"ס דנאסרת לבעלה ונפקא מתותי' ע"י קנוי וסתירה שוב מועיל עדות ע"א לענין איסור זונה כיון דע"י איסור

זה אין אנו מוציאים אותה מבעלה דבלא"ה לאפוקי קיימא ע"י קו"ס והוי איסור זונה כמו שאר איסורים ולפי"ז אתי שפיר שיטת הרמב"ם בפ"א מה' א"ב מה שלוקה עלי' משום זונה כיון שאסורה לבעלה מצד קו"ס והיא נמנעת השתי' ע"י עדות העד כמשנ"ת הוי איסור כהונה כשאר איסורין דהעד נאמן אף שלענין טומאה אינו נאמן משום דטומאה היא מצד עצמה דבשב"ע דטומאה כתיב בה כעריות ואף שאין אנו צריכים להוציא על ידו מבעלה ונאמן רק למנוע ההשקאה. משא"כ באיסור זונה בכה"ג שאין אנו אוסרים ע"י איסור זה לבעלה.

ולפמש"כ דמה שאין אשה נאסרת לבעלה כהן משום זונה בע"א שזינתה הוא לא משום שהוא מסתעף מעדות בדבשב"ע כמשכ"ל רק דאיסור זונה גופא הוי דבשב"ע משום דנאסרת על בעלה אבל בעלמא היכא שאין אנו אוסרים לבעלה שפיר מהימן ע"א אף שהוא מסתעף מעדות שאינו נאמן עליה יחודש דין חדש בע"א שהעיד על אשת ישראל שזינתה ברצון ומת הבעל נאסרת לבועל דלגבי' לא הוי דבשב"ע וכן נאסרת לכהונה וכן סוטה שנאסרה מצד קו"ס שלא רצתה לשתות ואסורה עליו באיסור עשה ובא עד אחר והעיד על טומאה אחרת בעלה לוקה עלי' משום זונה כיון דבהני גווני אין אנו מוציאים ע"י עדות זו מבעלה שוב הוי כשאר איסורים דנאמן ע"א וחידוש דין זה לא שמענו, ועי ברמב"ם ובשו"ע אהע"ז סי' ו' סי"ג אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי אעפ"י שהיא מותרת לבעלה לכשמת הרי היא אסורה לכל כהן משום שאחד"א, אבל בע"א נראה דאינה נאסרת אחרי כן וכמש"כ באות ג' וצ"ל כיון דבשעתו גם זונה הוי דבר שבערוה להוציאה מבעלה אין כאן עדות כלל ולא מהני אחרי כן לכהונה, אולם אם בא ע"א אחר מיתת בעלה להעיד שזינתה ברצון בעודה תחת בעלה לפוסלה לכהונה לכאורה הא ראוי להאמינו דהא לפוסלה לכהונה הוי דין איסורים שע"א נאמן.

ובתשו' נוב"י חאה"ע מסתפק אי נאמן ע"א להתיר להחזיר סוטתו לבעלה שאין כאן אלא איסור לאו ולא מקרי דבשב"ע ואף דטומאה כתיב בה כעריות מ"מ אינה ערוה ממש ולא דמי ליבמה לשוק דהא בסוטה הולד כשר וקידושין תופסין בה שאם גירשה בעלה וחזר וקידשה מקודשת והדבר צריך תלמוד כו' שאינה ממש דבשב"ע ולא אתחזק איסורא וק"ו לדעת הראב"ד בפ"ו מיבום שצריכה חליצה כו' והאבני מילואים אהע"ז סי' י' כתב ע"ז וז"ל ונפלאתי בחקירה שחקר אם איסור סוטה חשוב דבשב"ע והכריע דאינו דבשב"ע דאיך נעלם דבר מעיני הגאון דעיקר דבר שבערוה דבעי שנים אינו אלא משום דיליף דבר דבר מממון דכתיב כי מצא בה ערות דבר וכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר ומבואר דדבר בסוטה הוא דכתיב, עוד גמ' ערוכה בפ' האומר דס"ו אשתו זינתה

בע"א רבא אמר לא מהימן משום דאין דבשב"ע פחות משנים ומבואר דסוטה לבעלה הוי דבשב"ע יעו"ש, הנה הא"מ שוי' להגאון בעל נוב"י לטועה בדבר שתשב"ר יודעין מקרא מלא וגמ' ערוכה ואני אומר שיש מקום לחקירת הנוב"י ובודאי לא נעלם דבר פשוט מעינו הבדולח דבודאי בע"א שבא להעיד על אשה שזינתה לאוסרה על בעלה זהו עיקר דבשב"ע דילפינן דבר דבר מממון ואין דבשב"ע פחות משנים וכן להתיר איסור א"א לשוק ע"י גט ומיתה בודאי אינו נאמן ע"א אבל בנידון דהנוב"י שכבר יצתה מתחת בעלה ואנו דנין להתיר איסור לאו דמחזיר סוטה ע"י ע"א שפיר נוכל לומר כיון שאיסור זה לא חמיר משאר איסורי לאוין ואין בו בעצמותו דבשב"ע ולענין להוציאה מבעלה אין נפקותא שפיר הוי כשאר איסורין ונאמן העד ולדבריו יש מקום עיון אם בא העד לאסור כגון שבא אחר גירושין והעיד שזו זינתה תחתיו אם נאמן לאוסרה עליו משום מחזיר סוטתו כיון שעכשיו לא הוי דבשב"ע דאינה עומדת תחת בעלה וכמ"ש, אולם נראה דיש מקום להוסיף ולחלק בין עדות להתיר ובין עדות לאסור די"ל דעדות בזנות שזינתה תחת בעלה כיון שעדות הע"א בא להעיד עלי' שזינתה והרי היא אסורה על הבעל מצד לאו דלא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה דטומאה כתיב בה כעריות הרי זה דבר שבערוה גם אחר הגירושין אע"פ שאינו מוציאה מרשות בעלה, [ועי' בתשו' רעק"א סי' קכ"ה שהתוכח בזה עם הנתיבות שצידד דבאשת כהן שנאנסה להכי הוי דשב"ע אף באיסור זונה משום דמעיד באיסור אשת איש החמור, והגרעק"א כ' ע"ז לפי דלוקה משום טומאה יעו"ש] ולכן להעיד עלי' לאסור לא מהימן ע"א אבל בעד הבא להתיר שלא זינתה אף דלהתיר כמו גט ומיתה אמרינן ג"כ אין דבשב"ע פחות משנים הטעם בזה משום שבא העד להתיר איסור א"א להבא ובלא עדותו היתה נאסרת משום איסור א"א אבל להתיר איסור מחזיר סוטתו שהוא בלאו בזה שפיר מהני עדות ע"א כיון דעל מעשה הזנות ל"ש לומר דהוי דבשב"ע דהא העד בא להעיד שלא הי' כאן מעשה הזנות מעולם ודמי להא דהגמי"י בטעה השליח ואמר לי ולענין הבעל אין נפ"מ כיון שבא העד לאחר גירושין והוי כמו שאר איסורין אבל בבא להעיד לאסור אף שבא לאחר גרושין ואינו דבשב"ע דהא לא בא להוציאה מבעלה מ"מ הוי דבר שבערוה מצד עצמות האיסור שהרי מעיד שזינתה ויש בה טומאה לחזור לבעלה והוי דבר שבערוה ונראה דאם בא העד להתיר בעודה תחת בעלה לפני הגרושין מ"מ לא מהימן אף שמצד עצמות האיסור אין זה דבשב"ע דהרי מעיד שלא זינתה וכמ"ש וגם אין מוציאין אותה מבעלה ע"י עדותו דהרי אדרבה להעמידה תחת בעלה בא מ"מ הוי דבשב"ע דכשם דלענין הוצאה מבעלה להפקיעה מרשותו מקרי דבשב"ע כן נמי להיפך להעמידה ברשות הבעל שיחולו כל

השעבודים שהוא משועבד לה והיא לו ג"כ הוי דבשב"ע דמ"ל לאוסרה ולהפקיע כל השעבודים ומ"ל להתירה לחייב בכל השעבודים בין כך ובין כך שפיר שייך למילף דבר דבר מממון ומקרי דבשב"ע כיון דיש נפ"מ בעדות העד לענין הבעל לחייבו במה שלא הי' חייב קודם עדות העד אין ע"א נאמן ועי' בא"מ סי' ל"ח ס"ק י"ז דגם נישואין צריך עדים אולם אף א"נ דמצד השעבודים א"צ עדים וחופה א"צ עדים מ"מ בנוגע לאיסורים הכלל בזה הוא דכל שעודה תחת בעלה מקרי דבשב"ע בכל גוני דעדות בעניני אישות בין לאיסור ובין להיתר, משא"כ לאחר גירושין אנו צריכים לדון על האיסור מצד עצמו אם הוא דבר שבערוה וכיון שהעד בא להתיר שפיר הוי כשאר איסורין, עכ"פ היוצא מזה דבעיקר חקירת הנוב"י אם איסור סוטה היכא שבא העד להעיד אחר גרושין ל"ה דבשב"ע לא מצינו לזה סתירה גלוי' ולענין כהונה אם בא אחר הגירושין להעיד שזינתה באונס דפסולה לכהונה כדין ע"א דנאמן באיסורין ונראה דאם בא ע"א להעיד בעודה תחת בעלה על אשת ישראל שזינתה באונס דלשי' כמה ראשונים אסורה לכהונה אח"כ גם בעריות שע"י קדושין כמש"כ התוס' ביבמות דמ"ד [דלא כמש"כ בס"פ ב"א] כיון דהוי חיי"כ עשאה זונה ועי' ברא"ש בפ' הבע"י, ולוקה אח"כ משום כי תהי' לאיש זר וכיון שמותרת לבעלה ישראל ואין כאן דבר שבערוה וטומאה, ממילא נאמן הע"א שהעיד באותו שעה לפוסלה לכהונה אחרי כן.

1

והנה דברי הרמב"ם ברור מללו דאחרי קו"ס ועדות ע"א המונע לשתות לוקה משום זונה ודבריו סותרים למש"פ בפי"ח מהל' איסו"ב הי"ב כל אשה שקנא לה בעלה ונסתרה ולא שתת מי סוטה אסורה לכהן מפני שהיא ספק זונה כו' בין שהיתה שם עדות שמונעה מלשתות כו' הר"ז אסורה לכהונה מספק, והא בהי' עדות שמונעה מלשתות אסורה משום זונה ודאית כדין ע"א שנאמן באיסורין וכמש"פ הרמב"ם בפ"א מהל' איסו"ב וכבר תמה בזה בס' נחל איתן מסתירת דברי הר"מ הנ"ל, ולפי מש"כ דהעד אינו נאמן בתורת ודאי בסוטה ורק בזונה מדין ע"א נאמן באיסורין הוא י"ל ע"פ מש"כ המחנה אפרים בהגהות לד' הרמב"ם פי"ח מהל' איסו"ב הי"ז במש"כ הרמב"ם דהשבוי' הואיל ואיסור כל הספיקות כולן מד"ס לפיכך הקילו בה דמשמע דוקא גבי שבוי' אבל בשאר איסורין אין עבד ושפחה נאמנין ובהל' סוטה כתב ואפילו עבד ואפילו שפחה נאמנין הואיל והתורה האמינה ע"א ונראה דשאני התם דאיכא רגלים לדבר יעו"ש, ולפמשנ"ת דגם גבי סוטה גופא אינו נאמן הע"א בתורת ודאי רק שאינו שותה וממילא נאסרת מצד קו"ס מספק ולגבי איסור זונה לכהונה נאמן בתורת ודאי כדין ע"א נאמן באיסורין דוקא שעד

כשר הוא אבל קרוב ושפחה אינם נאמנים כמש"כ המחנ"א, וע"כ שפיר כתב הרמב"ם הר"ז אסורה לכהונה מספק אף בהי' עדות שמונעה מלשתות כגון שהי' עדות של פסולים אף דמונעים השתי' מ"מ אינם נאמנים לאיסורין והרמב"ם נקיט דאסורה לכהונה מספק בכל גוני אף דל"ה עדות המועיל לאוסרה בתורת ודאי זונה, אבל גוף דברי המחנ"א צ"ע ולא כן נראה מלשון הרמב"ם בפ"ה מ"ה עדות ה"ג דכל מקום שע"א מועיל אשה ופסול מעידים וע"ע בפי"א מה' עדות הל"ז ע"א נאמן באיסורין אעפ"י שהוא פסול לשאר עדיות שהרי רשע בעבירה ששחט שחיטתו כשרה כו' ועי' בתשו' הרשב"א סי' ת"ל ואכ"מ.

ואפ"ל בסתירת דברי הרמב"ם דנראה דמש"כ הרמב"ם בפט"ז מה' סנהדרין דאיסור יוחזק עפ"י ע"א והוא מהירושלמי פ"ו דסוטה היינו דוקא בעד כשר דהרמב"ם ס"ל דהטעם הוא דאיסור יוחזק עפ"י ע"א משום דכ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים וכ"ד מהרי"ק דאף בשארי איסורין אמרינן כן וכמבואר בש"ך סי' קכ"ז, וא"כ אחרי שהעיד ע"א על חתיכה שהיא של חלב ולא הוכחש באותה שעה הרי הוא כשנים וע"כ לוקין על פיו אחרי שהוברר הדבר עפ"י נאמנות ודאית כשני עדים, והנה דעת הרמב"ם בפ"ט מה' רוצח הי"ד דלא אמרינן כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים רק בעד כשר ולא בעד פסול וע"כ פסק אשה האומרת ראיתי את ההורג ואשה אחרת אומרת לא ראיתי היו עורפין בין שבאו כאחת בין שבאו זה אח"ז והראב"ד חולק על זה ע"ש ולשיטתו דבעד פסול ל"א כ"א שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ומהני אח"כ גם הכחשת פסול א"כ לא הוחזק האיסור בתורת ודאי וע"כ אי אפשר להעניש העובר עפ"י עדות הפסול.

ומיושב בזה מה שתמה הפני יהושע ע"ד הרמב"ם מהא דאין האב נאמן לסוקלה כמבואר בקדושין דס"ד וכמש"פ כן גם הרמב"ם ולא אמרינן דהאיסור כבר הוחזק ולפמ"ש א"ש דהאב אף שנאמן מ"מ מצד שהוא פסול ל"א גבי' כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים להחזיק האיסור להעניש את העובר אח"כ ולהכי אינו נאמן לסוקלה ובהודאת עצמו דמהני להחזיק אף שהוא עד פסול כקרוב היינו דוקא שהוחזק אחרי כן על פיו וא"צ לנאמנותו משא"כ בנאמנות ע"א שמעיד שהוא חלב דלא בעינן הוחזק אח"כ ומיד שמעיד שהוא חלב ולא הוכחש האוכל לוקה ומש"כ הש"ש ש"ו פ"י לחדש דגם בעדות ע"א בעינן הוחזק שלשים יום והוכיח מד' הרמב"ם בפ"ט מהל' נזירות וכן עד שאמר לאחד בפני נדרת בנזירות כו' נהג נזירות על פי ע"א ושתה יין או נטמא לוקה ומשמע דאם עדיין לא נהג נזירות על פיו אע"ג דהנדר חל עליו אין לוקה על פי עד אחד ומה"ט כ' דגם מש"כ הרמב"ם בפט"ז מהל' סנהדרין אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק היינו ג"כ ע"י חזקה אחרי כן, וזה אינו נראה כלל דלנאמנות ע"א ניבעי הוחזק אחרי כן ומש"כ הרמב"ם

נהג נזירותו ע"פ ע"א דאם לא נהג נזירות שאינו מגדל פרע ואינו מתרחק מן המתים הרי זה גופא הוי הכחשה כיון דעדות הע"א שנהג בנזירות הוא עליו עצמו ולא דמי לעד שהוא מעיד שהוא חלב שהאוכל לוקה דהתם אין העדות בגופו ולא הוי ליה למידע וכיון דלא הכחיש הרי הוחזק לחלב משא"כ בעדות הע"א בנזיר שהעדות עליו כיון שאין נוהג נזירות מתחילה הר"ז גופא הכחשה, ומשה"ק שם הש"ש מהוחזקה נדה בשכנותיה דבעלה לוקה ומשמע דאי אמרה טמאה אני לך אין בעלה לוקה ואע"ג דהימנה רחמנא כמו בע"א דכתיב וספרה לה למש"כ א"ש דנהי דנאמנת באיסורין אבל עד פסול הוי ולא הוי כשנים ולהכי אין בעלה לוקה עליה אא"כ הוחזקה אבל בעד כשר המעיד לוקה מיד ולא בעינן הוחזק וכ"נ מדהר"מ בפ"ג מהל' שגגות ובפ"א מהל' איסו"ב הכ"ד דלא נזכר הוחזק וכ"נ מהירוש' דסוטה פ"ו מקור הדין דלא נזכר שם הוחזק כלל, ומש"כ הרמב"ם איסור יוחזק ע"פ ע"א הוא מיד [ולגבי עצמו עי' מל"מ פ"כ מאיסו"ב והגר"א אה"ע סי' ג' ס"ק י"א].

ובמה שכתבתי בשי' הרמב"ם דל"א כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים בפסול י"ל ג"כ משה"ק המל"מ בהגהותיו לס' החינוך במאי דפסולי עדות אינם חייבים קרבן שבועה כמבואר בסו"פ שה"ע דהא בעד מיתה או בעד סוטה חייב ק"ש כמבואר בשבועות דל"ב ועי' בש"ש ש"ז ובתשו' רעק"א סי' קע"ט, ולמש"כ נראה לפ"מ שפרש"י בב"ק דנ"ו דלהכי ליכא לא יגיד בחד משום דאין בעדותו תועלת ממון ועוד מדכתיב והוא עד וכ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים והגרעק"א בתוספותיו למשניות סוטה הקשה ע"ז דהא בעד סוטה ועד מיתה חייב, וצ"ל בכונת דרש"י לפ"מ דקיי"ל כעולא דכ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים [וגם בנסכא דר' אבא פי' הריב"ם בתוס' ב"ב דל"ד וברמב"ן שם דכ"ז שלא נשבע להכחיש העד הרי הוא כשנים] ולהכי חשוב שם כשנים וכ"ז בעד כשר אבל בעד פסול דלא הוי כשנים נהי דנאמן בעד סוטה ובעד מיתה דהוי כשנים לגבי פסול אבל אם הכשר מכחישו אח"כ לא הוי כשנים לפיכך אי"ח קרבן שבועה בפסול, [ומה שתמה הש"ש שם במש"פ הרמב"ם בפ"י משגגות דהמלך וכהן משיח מביאים קרבן על שה"ע וע"כ מיירי בד"נ דהא בד"מ אין המלך מעיד ומבואר דאע"ג דאינו עד בכל מילי מ"מ להאי מילתא ראוי להעיד א"כ אשה נמי בעד סוטה ומיתה ראוי' להעיד יעוי"ש, לק"מ דשאני מלך שהוא באמת עד כשר אלא שאינו ראוי להעיד משום שום תשים עליך מלך ואינו בדין עמידה אבל בד"נ וכ"מ שמעיד משום אפרושי מאיסורא ממילא גם לענין דין ממון הרי הוא עד כשר וזה פשוט], ולפמשנ"ת דעד פסול דלא הוי כשנים לשי' הרמב"ם לא יוחזק איסור על ידי עד פסול אתי שפיר מש"כ הרמב"ם דאסורה לכהונה מספק

היינו רק מצד העשה דונטמאה דספק כודאי אבל אין להלקותו משום הלאו דזונה עפ"י עדות הפסול דלא האמינתו תורה כשנים וכונת הרמב"ם דאינה בתורת זונה ודאית לענין מלקות דהאיסור לא הוחזק עפ"י עד פסול והרמב"ם סתמא כתב אף בעדות פסולים, ופשטות ד' הרמב"ם אפ"ל לפי שכלל בהלכה זו הנך גוני שלא רצתה לשתות וכיו"ב וע"כ כתב דאסורה לכהונה מספק דקאי אכל גווני].

ז

וראיתי להלח"מ פי"ב מהל' גירושין מה שנתקשה ס בדברי הרמב"ם בפ"ט מהל' רוצח הל' י"ד דהרי הן כב' כתי עדים המכחישות זא"ז דמבואר מדברי הרמב"ם דעדות הע"א לגבי שנים הוי כתרי ותרי והא ביבמות קי"ח מקשה הש"ס פשיטא אין דבריו של אחד במקום שנים וכן משמע מכ"ד דעדות הע"א כמאן דליתא הוא לגבי תרי הן אמת שהתוס' ביבמות שם חילקו מהא דסוטה דל"א דלא מקשה הש"ס פשיטא משום דהתם דנאמן מדאורייתא הרי הוא כשנים ונראה דהוי כשנים ממש אולם לפי מש"כ בדעת הרמב"ם דס"ל דעד מיתה נאמן מה"ת אין תירוץ התוס' מספיק ובב"י אהע"ז סי' קע"ח מבואר דבע"א אומר נטמאת הוי כתרי ותרי לפי הנראה דייק כן מד' הרמב"ם הנ"ל ועי' בפנ"י כתובות דכ"ו ובקו"א שם מה שערער על טעות מורה אחד וכתב שדברי הב"י מגומגמים ולא הביא דברי הרמב"ם] וראיתי בתשו' נטע שעשועים שבנה יסוד ע"ד הרמב"ם ובס' יהושע סי' ע"ה ע"ו התוכח אתו בזה ונדחק בד' הרמב"ם וע"ע בס' תרומת הכרי סי' ל"א.

ולדעתי יש להעיר על דברי רבינו הב"י דאין מדברי הרמב"ם שכתב בעג"ע דהוי כב' כתי עדים המכחישים זא"ז ראי' לסוטה דהרי הרמב"ם לא כתב כן בסוטה וכתב רק הדין דע"א אומר נטמאת וב' אומרים לא נטמאת לא היתה שותה ולא סיים בזה כשני כתי עדים המכחישים זא"ז, וטעמו של דבר נראה עפ"י מה שנתבאר בשיטת הרמב"ם דנאמנות הע"א בסוטה הוא רק בדין ההשקאה ולא בעצם המעשה ונאמן רק שלא להשקותה וממילא היא נאסרת כיון שנמנעת השתי' המתירתה אבל אחר ההשקאה אם בא ע"א אינו נאמן מכל מקום י"ל כשבאו אח"כ ב' עדים והעידו על עצם המעשה שהיא טהורה לא גרע בירור ב' עדים מהשקאה דמה שהאמינה תורה להעד היינו למנוע ממנה ההשקאה והרי היא ממילא באיסורה אבל כשבאו אח"כ שני עדים הרי אלו מתירין אותה בעדותם על גוף המאורע שע"ז לא הי' הע"א נאמן בתורת ודאי וא"כ אין דבריו של האחד במקום שנים כלום, אבל בעג"ע שפיר כתב הרמב"ם דהוי כשתי עדיות המכחישות זא"ז משום דשם עדות הע"א ועדות הב' עדים הוא רק בדין העריפה ולא על ההורג ולענין העריפה הרי האמינה תורה עדות הע"א כשנים ושפיר הוי כתרי ותרי כיון דעל העריפה אנו

דנים ועל העריפה באה עדות העדים ובדין העריפה האמינה תורה ע"א כתרי ובדקדוק כתב הרמב"ם דינו דוקא בעגלה ערופה ולא בסוטה, ולפ"ז לא משכח"ל לדין דע"א אומר נטמאת וב' אומרים לא נטמאת דשותה רק בשנים אומרים שלא ראה ומכחישים את הע"א בזה שותה, וע"כ שכל הרמב"ם את לשונו ולא סיים בזה דהוי כב' כתי עדים המכחישים זא"ז, דא"כ הי' נראה דגם במעידים שטהורה היא הוה ספק ובאמת ז"א דבכה"ג הלא נתברר שטהורה היא וא"צ השקאה ובשנים המכחישים לאחד שאומרים שלא ראה ששותה אין נפ"מ אי הוי כתרי ותרי או דאין אחד במקום שנים דבין כך ובין וכך שותה והב"י שכ' דהוי כתרי ותרי אף שהביא מתחלה פרש"י דב' אומרים לא נטמאת היינו שלא ראה לפי הנראה בדעתו עפ"י ד' הרמב"ם דאף בשנים אומרים שטהורה היא שותה ולמש"כ בשי' הרמב"ם די"ל דנאמנות ע"א הוא רק למנוע ההשקאה בודאי מהני הכחשת השנים וד' הב"י צ"ע [עוד יש להעיר בחילוק עג"ע מסוטה דבעג"ע נראה דגם גזלן דאורייתא החשוד לשקר כשר ובסוטה דוקא פסול עבירה דרבנן דוקא עי' בטו"א ר"ה כ"ב, ובמנ"ח בדין עג"ע ולהכי במוכחש משנים הוי כחשוד לשקר ודומה לזה בשו"ע חו"מ סי' ל"ד שי' רבינו יקיר דבנשבע להכחיש העד שנאמן דבא העד והתובע לפסול את הנתבע שנשבע לשקר, ולהכי בעג"ע כיון דנאמן כשנים אעפ"י שחשוד לשקר מ"מ הא פסול משקר נאמן ג"כ משא"כ בסוטה].

ומה שהקשה הלח"מ שם בד' הרמב"ם בפ"ט מהל' רוצח הי"ד דלא אמרינן בעד פסול כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ממה שכתב הרמב"ם לענין עדות אשה דשם מוכח דאף בפסול אמרינן דהרי הוא כשנים שאם העיד הפסול אינו נאמן פסול אחר להכחישו עי"ש שהרבה לתמוה ולדקדק בדברי הרמב"ם, ונראה דיש מקום לחלק דדוקא בעג"ע ובסוטה י"ל דהא דעדות הפסול לא חשוב כשנים משום דאי אפשר להיות מעד פסול כשר ומה שהאמינה תורה כשנים הוא רק בעד כשר דעכ"פ הוא כשר מצד עצמו וחזי לצירוף ומכיון דגלי קרא דלא בעי שנים ממילא דדין האחד כדין השנים הואיל והוא כשר בעצמותו אבל עד פסול א"א לו להיות כשר ומה שהאמינה תורה עד פסול ס"ל להרמב"ם הוא רק בענינים שאינם צריכים בירור ובעג"ע משוי לספק ומבטל הקורבה וכמ"כ בסוטה מהני עדות הפסול למנוע ההשקאה ונאסרת מצד הרגלים לדבר דקו"ס ואף שאינו פועל בנאמנותו על בירור הדבר להיות בתורת ודאי כשנים מ"מ מהני לבטל דין העריפה ודין ההשקאה שזהו הוא שחידשה תורה ולכן היכא שהוכחש הפסול אח"כ כיון שלא הי' נאמן מתחלה בתורת ודאי אין עדותו מכרעת כלום וקם דינא כדמעיקרא, אבל בעדות אשה מה שהאמינו חז"ל לעדות הפסול שמת ע"כ צ"ל שהוא בתורת ודאי

שנתברר עצם המעשה ע"י עדותו דאי בתורת ספק מאי מהני עדותו הרי אי אפשר להתיר א"א לעלמא מספק וע"כ משום הסברות דמילתא דעבידא לאגלויי או מטעם דייקא ומינסבא אנו מאמינים לעד הפסול בתורת ודאי וממילא שוב אי אפשר לחלק בין כשר לפסול שהרי גם הפסול נאמן בתורת ודאי וע"כ גם אם בא פסול אחר להכחישו אינו נאמן, ומה שפסק הרמב"ם דאם בא כשר אח"כ נאמן הכשר להכחיש את הפסול אפ"ל עפ"י מ"ש התשב"ץ וגם הנוב"י האריך בדעת הרמב"ם דס"ל דע"א בעדות אשה נאמן מה"ת ודוקא עד כשר ולא פסול יעו"ש א"כ עדות הפסול לגבי הכשר הוי כעדות ע"א לגבי שנים וכה"ג חילקו התוס' ביבמות דקי"ח בין סוטה לעדות אשה ע"ש, גם אי באו שני פסולין אח"כ להכחיש את הפסול נאמנים מטעם כיון דמתקנת חז"ל פסולים ככשרים אזלינן בתר רוב דעות ואין ע"א במקום שנים, גם שארי הדקדוקים שדקדק הלח"מ בדברי הרמב"ם בפ"ט מה' רוצח וגם בהשגות הראב"ד שם דמש"כ בה' ט"ו בד"א כשהיו שלשתן כשרים או פסולים אבל אם אמר ע"א ראיתי ההורג וב' נשים או ב' פסולים אומרים לא ראיתי אין עורפין כונתו בזה אחר זה דכ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ואין הפסולין נאמנין להכחישו, ובה' ט"ז ב' נשים או ב' פסולין אומרים ראינו ההורג וע"א מכחישם ואומר לא ראיתם עורפין שאפילו מאה נשים או מאה פסולים וע"א מכחישם הרי אלו כאיש אחד ועד אחד היינו דהרמב"ם לשיטתו דבעדות הפסול ל"א כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים וע"כ אף בבאו בתחלה ואח"כ בא הכשר מאה נשים כחד גברא דמיין דכהך לישנא פסק הרמב"ם וא"ש בפשיטות ולא אדע מה שנדחק הלח"מ בזה.

ח

והנה יש להעיר במה שהחזקנו בשיטת הרמב"ם דאין ע"א נאמן בתורת ודאי על גוף המעשה ורק שלא להשקותה הוא נאמן וממילא אסורה מצד קו"ס דלפ"ז יש להעיר מאי שנא דמפסדת כתובתה עפ"י עדות הע"א ומאי שנא מחמש נשים דנאמנות לאוסרה ולא להפסידה כתובתה כיון דאינו נאמן בודאי. והנה הנובי"ת חחו"מ סי' ח' כ' דמה שנאמן ע"א להפסידה כתובתה הוא מתקנת חכמים מתוך שנאמן לאוסרה ובחמש נשים אוקמי אדינא יעו"ש וא"ש, אבל מפשטות הדברים אינו נראה כן. והנה הבית מאיר תמה בסי' קע"ח בחמש נשים דעכ"פ אינה שותה וא"כ לדידן דקיי"ל כב"ה דמתו בעליהן עד שלא שתו מפסדת כתובתה, א"כ עדות חמש נשים דפועל שלא להשקותה לא גרע ממתו בעליהן עד שלא שתו, ועי' בתוס' רעק"א בסוטה שתמה כן והניח בצ"ע והבי"מ חידש דדוקא במתו בעליהן עד שלא שתו הוי א"י אם נתחייבתי שלא נתחייבו היורשים אבל

בעדות חמש נשים הוי א"י אם פרעתיך וע"כ אינה מפסדת כתובתה [ועי' בקצוה"ח סי' ל"ט ובנח"י סי' ס"ט מה שהאריך בזה] ולפי"ז אם נימא דגם עד כשר אינו נאמן בתורת ודאי רק שמונע השתי' א"כ קשה גם בעד כשר אמאי מפסדת כתובתה הא בא"י אם פרעתיך אינו בדין שיועיל עד המסייע דאינו קם לממון וכה"ג מבואר בש"ך סי' פ"ז ומ"ש עד כשר מחמש נשים כיון דאינו נאמן בתורת ודאי אם לא דנימא דשיטת הרמב"ם דמספק פטור ודמי לא"י אם נתחייבתי כמו שנראה כן מד' התוס' סוטה ד' כ"ה, ואין חילוק בין מתו בעליהן לכל הספיקות ורק בחמש נשים שפר היתה תקנה מיוחדת שלא להאמינה להפסיד כתובתה בכדי שלא יקלקלו צרתה, ולפי"ז אפ"ל מה שהשמיט הרמב"ם מה דאיבעי לי' לר' בון בירושלמי דסוטה פ"ו חמותה שאמרה אני ראיתי שנטמאת ובא ע"א ואמר אני ראיתי שנטמאת מהו כו' וכבר. תמה ע"ז בש"ק שם ולפימש"כ י"ל דכיון דמצד הדין הרי מפסדת כתובתה גם בעדות חמותה ורק מתק"ח בחמש נשים אינה מפסדת וע"כ בבא אח"כ ע"א והעיד כיון דלא אפשיטא בירושלמי והוי ספיקא דדינא הר"ז כספק בתקנה ואוקמי אד"ת וכמו דקיי"ל בכל ספק תקנה וממילא מפסדת כתובתה וכיון שכתב הרמב"ם דע"א נאמן להפסיד כתובתה ממילא נשמע דבכל גוני מפסדת כתובתה ע"י עדותו ואף בגוונא דמספקא לן בירושלמי כיון שהוא ספק בתקנה, אולם מדלא הוזכר כלל בגמ' שהי' בזה תקנת חכמים שלא להפסידה כתובתה בעדות חמש נשים נראה פשטות הדברים דמצד הדין הוא וע"כ מטעם דא"י אם פרעתיך הוי וכמ"ש הבית מאיר:

ונראה דבהא דא"י אם פרעתיך חייב יש ב' טעמים משום חזקת חיוב ומשום אין ספק מוציא מידי ודאי ומה"ט דנו האחרונים דאף בספק פרעון קודם להלואה חייב משום אין ספק מוציא מידי ודאי ובסוטה דע"י רגל"ד איתרע חזקת חיוב הא דחייב בכתובתה בחמש נשים בודאי הוא משום דאין ספק מוציא מידי ודאי. והנה דעת ההפלאה בכתובות דפ"ה [וע"ע בתשו' ברית אברהם ח' חו"מ סי' ה'] דע"א בא"י אם פרעתיך מועיל וטעמו דהא מבואר בחו"מ סי' ע"ה דהוגד לי מפי קרוב חשוב טענת ברי לחייב היסת ה"נ חשוב נמי ברי לענין א"י אם פרעתין ע"י ברי מפי אחר, אבל האחרונים הכריעו להלכה דברי מפי אחר לא הוי ברי וכמבואר בב"ב דקל"ה ובכתובות דע"ו דכמנה לאחר בידך דמי וע"כ אף דהוגד לי מפי קרוב חשוב ברי צ"ל דזה דוקא לחייב שבועת היסת [דגם רגל"ד כתיבה פרוצה מחייב היסת] אבל למיחשב ברי ודאי נגד טוען ברי שכבר נתחייב זה לא מהני ברי מפי אחר, ונראה דזה דוקא בסתם א"י אם פרעתיך דאיכא חזקת חיוב אין ברי מפי אחר חשוב ברי לפוטרו מחזקתו אבל היכא דליכא חזקת חיוב כלל ורק

משום דאין ספק מוציא מידי ודאי קא אתינן עלה בזה י"ל דגם ברי מפי אחר מהני דהא עכ"פ יש בזה גם טוען ודאי ול"ש לומר אין ספק מוציא מידי ודאי דהא ודאי וודאי הוא ומהני שפיר ברי מפי אחר בכה"ג ועפי"ז יש לדון בספק פרעון קודם להלואה כמשכ"ל שיועיל בזה ברי מפי אחר] וביותר י"ל דחשוב ברי נגד טענת ברי דסוטה דברי גרוע הוא וכמש"כ התוס' בסוטה שם אלא דמ"מ אף שאין אנו מאמינים לה והתורה עשאה לספק חשוב טענת ברי משום דסוף סוף היא הרי טוענת דברי ויש בזה תביעה ודאית בזה שפיר י"ל דיש בזה הכחשה ודאית ע"י ברי מפי אחר דנגד ברי גרוע דידה מהני ברי מפי אחר דהוי ג"כ ברי גרוע ולפי זה א"ש בסוטה דע"א נאמן להפסידה כתובתה וגם קרוב ופסול נאמן משום דהוגד מפי קרוב מהני למשוי טענת ברי נגד טענת ברי שלה כיון דחזקת חיוב אין כאן דאיתרע וברי שלה גרוע, ובזה יובן מה דחמש נשים אינן נאמנות להפסיד כתובתה ושארי פסולי עדות נאמנים והא מגזיה"כ דועד אין בה ילפינן דכל הפסולין נאמנין בסוטה. וא"כ גם חמש נשים מן הדין נאמנות ולפימש"כ יובן היטב דעיקר הטעם דמועיל עדות הפסולין להפסיד כתובתה משום דמחשבינן עדותם לברי נגד טענתה וכמ"ש ובעדות חמש נשים אין זה ברי כלל דהא מבואר שם בחו"מ סי' ע"ה דוקא בהוגד מפי קרוב ונאמן הוי ברי ובלבד שלא יהי' נוגע בעדות וא"כ חמש נשים ששונאות זא"ז וחשודות לקלקל והוי כנוגע ואין זה מפי נאמן ולא הוי עדות דידהו ברי כלל ושפיר אינן נאמנות להפסידה כתובתה דהוי א"י אם פרעתיך ומחויב כתובתה מדינא.

ובירושלמי פ"ו דסוטה פליגי רב אדא אמר ע"א נאמן לטמאותה ואין ע"א נאמן להפסיד כתובתה אמר ר"ח מ"ט אמרו נאמן לטמאותה מפני שרגלים לדבר כו' שמעון בר בא בשם ריו"ח כאן שלא היתה שותה ובעג"ע היו עורפין כו' נראה לפמשנ"ת דבזה קא מפלגי בירושלמי אי נאמן העד בתורת ודאי או רק על דין ההשקאה ומה"ט פליגי בזה גם לענין להפסידה כתובתה דר"ח ס"ל דנאמן בתורת ודאי מפני רגל"ד על גוף המאורע שזינתה וממילא אמרינן מתוך שגזרה תורה שנאמן בודאי לאוסרה נאמן נמי להפסיד כתובתה ורב אדא ס"ל דהע"א אינו נאמן בתורת ודאי רק למנוע ההשקאה וממילא דלהפסידה כתובתה אינו נאמן דאין ע"א קם לממון ול"ש לומר מתוך שנאמן לאוסרה יהי' נאמן גם להפסיד כתובתה דהרי ע"ז גופא אינו נאמן על גוף המעשה ורק למנוע ההשקאה נאמן, והרמב"ם שפסק דמפסדת כתובתה אף שהוא סובר להלכה דאין ע"א נאמן רק למנוע ההשקאה צ"ל דכיון דבש"ס דילן לא חילק בזה עכצ"ל דגם מספק מפסדת כתובתה עפ"י עדות הע"א ומהטעם שכתבנו דלענין זה מהני ברי מפי אחר, וכ"כ הרמב"ם בפ"א מהל' סוטה הלכה כ' כל סוטה שאמרנו שאינה שותה מפני עדי טומאה הר"ז אסורה על בעלה

לעולם ותצא בלא כתובה שהרי נאסרה בקו"ס והשתי' שתתירה נמנעה שהרי יש בה עד עכ"ל מבואר דמאי דמפסדת כתובתה משום קו"ס ואין בה שתי'.

ולפי"ז א"ש ג"כ מה' שהשמיט הרמב"ם האיבעי' דר' בון בירושלמי דסוטה פ"ו והובא לעיל ולפמשנ"ת א"ש דהירושלמי לשיטתו דע"א נאמן בתורת ודאי ומשום מתוך שנאמן לאוסרה נאמן ג"כ להפסידה כתובתה וע"כ איבעי' ליה לר' בון בבאה חמותה תחלה ונאסרה ע"י עדותה ואח"כ בא ע"א דאז שוב אין עדותו פועל כלום ול"ש מתוך ולכן יש לומר דאין הע"א נאמן להפסיד כתובתה אבל הרמב"ם דס"ל שהעד אינו נאמן בתורת ודאי ורק על ההשקאה נאמן וע"כ הא דנאמן להפסיד כתובתה אינו מטעם מתוך שנאמן לאוסרה כי אם מטעם אחר וכמו שכתבנו ולפי"ז אין מקום לבעיא זו דהא בכל גווני אין העד נאמן מכח טעם מתוך שנאמן לאוסרה ומה לי באה חמותה תחלה או לא וע"כ השמיט הרמב"ם בעיא זו ולמש"כ בשי' הרמב"ם דהא דמפסדת כתובתה בעד סוטה היא משום חסרון השקאה וכמו שנראה כן מדבריו בפ"א מהל' סוטה הל' כ', צ"ל דהא דעד סוטה חייב בקרבן שבועה כמבואר בשבועות דל"ב דאע"פ שאינו נאמן בתורת עדות ודאית מ"מ כיון דע"י עדותו לא היתה שותה והי' נפטר מכתובתה חייב ק"ש דהא דפליגי שם בעדי סתירה היא משום דהגל"מ דלאו כממון דמי דשמא תשתה וכ"פ הרמב"ם בפ"י מהל' שבועות דלהכי פטורים שהרי אפשר שתשתה ולא תפסיד כתובתה ובודאי בארוסה שאינה שותה ושתפסיד כתובתה גם עדי סתירה חייבין בק"ש אע"פ דמפסדת מספק על ידם, וה"נ בעדות הע"א שמונע ההשקאה הרי מפסדת על ידו וחייב ק"ש, וכן מש"פ הרמב"ם כפכ"א מהל' עדות דבהוזם עד טומאה משלם ע"א אע"פ שאינו נאמן בתורת ודאי מ"מ הוי ממון גמור ויש בזה דין הזמה ובהוזמו עדי סתירה אינם משלמים משום דהוי דהגול"מ דלאו כממון דמי ובאופן דע"י קו"ס היתה מפסדת כתובתה גם עדי סתירה משלמין וזה פשוט.

סימן ז

ב"ה ט"ו כסלו תרע"ו האטעל.

א

הרמב"ם בפ"א מהל' סוטה הל' ג' פסק קינא לה על שנים כאחד ואמר לה אל תסתרי עם פלוני ופלוני ונסתרה עם שניהם כאחד ושהתה כדי טומאה אפילו הם שני אחיה או אביה ואחיה הרי זו אסורה עד שתשתה עכ"ל, והוא מהירושלמי כמש"כ הכ"מ וכבר תמהו בזה ע"ד הרמב"ם [ע"י בש"ק ירושלמי פ"א דסוטה ובתשו' חת"ס חאעה"ע סי' ק"ב

ובס' מנחת חינוך הל' סוטה] מגמרא דנזיר דנ"ז ואמאי כל ספק טומאה ברה"י מהיכא ילפינן מסוטה מה סוטה בועל ונבעלת אף כל טומאה ברה"י כגון דאיכא תרי אבל הכא שני נזירים והאי דקאי גביהון הא תלתא הו"ל ספק טומאה ברה"ר וכל ס"ט ברה"ר ספיקו טהור כו', וכ"פ הרמב"ם בפט"ז מהל' אה"ט כשם שסוטה ובועלה שנים כך ספק טומאה בשנים אבל אם היו ג' ברה"י הו"ל רה"ר וספיקו טהור וכ"פ הרמב"ם בהל' נזירות פ"ט הל' ט"ז, וא"כ איך פסק הרמב"ם דנסתרה עם שנים הר"ז אסורה עד שתשתה הא כיון דנסתרה עם שנים הוי ספק טומאה ברה"ר דטהור ועו"ק לפ"ז איך קאמר מה סוטה בועל ונבעלת הא אם נסתרה עם שנים ג"כ אסורה וגדולים חקרי לב בקשו פחרונים לד' הרמב"ם התמוהים.

והנה מאי דקאמר הגמ' מה סוטה בועל ונבעלת אעפ"י דבנסתרה עם שנים ג"כ אסורה לשי' הרמב"ם י"ל בפשיטות כיון דסתם סתירה הוא רק בועל ונבעלת ובסוטה דבר הכתוב בהוה ומצוי דהסתירה הוא עם בועל ונבעלת ועל זה נתקבל הלכה ללמוד לכל ספק טומאה ברה"י מסתם סוטה דהוי בועל ונבעלת שמקנא לה מאיש אחד אבל תלתא הו"ל רה"ר וס"ט ברה"ר טהור אבל הקושיא חזקה כיון דעכ"פ ילפינן מזה דתלתא הו"ל רה"ר וס"ט ברה"ר ספיקו טהור. א"כ מהאי טעמא גם בנסתרה עם שנים תהי' טהורה ככל ספק טומאה ברה"ר דספיקו טהור.

ב

ולכאורה הי' נראה דהא איסור סוטה לבעלה שהוציאה הכתוב בלשון ונטמאה יש בזה דין. איסור שאסורה לבעלה ואעפ"י דמצד דין טומאה ס"ט ברה"ר ספיקו טהור מ"מ הא ספק איסור תורה לחומרא ואין בספק איסור דין חילוק רשויות, אבל זה אינו לא מיבעי לשי' הרמב"ם דס"ל דסד"א מה"ת להקל אלא אפילו לדעת החולקים עליו וס"ל דסד"א מן התורה לחומרא מ"מ הא היא אומרת ברי לי דטהורה אני ורק דגזיה"כ הוא לאחר קו"ס דהתורה עשה ספק כודאי ולא מהני ברי שלה אבל ברה"ר דספיקו טהור ורק מדין ספק איסור תאסר תהי' נאמנת במה שאומרת טהורה אני ואפילו אם נאמר דברי שלה לאו כלום הוא כחשודה לאותו דבר הא מ"מ לא מצינו דין השקאה בסוטה רק בספק סוטה דהתורה עשאה כודאי בקנוי וסתירה ברה"י אבל ברה"ר באופן שאסורה רק מדין ספק איסור מנ"ל דבספק כזה איכא דין השקאה.

ונראה דהא מצינו בספק סוטה דהתורה עשאה ספק כודאי מדכתיב ונסתרה והיא נטמאה ואסורה לבעלה מדין ודאי הרי גלתה תורה דגם לענין דין איסור סוטה עשאה התורה כודאי וגם מדהוציא הכתוב בלשון טומאה ילפינן מזה קו"ח או הלכה שנתקבל

לכל ספק טומאה ברה"י דספיקו טמא והלכה זו נתקבל רק על דיני טומאה ולא על דיני איסור אבל סוטה גופא שהוא בעצם דין איסור שאסורה לבעלה הרי גלתה תורה בספק איסור סוטה כודאי וראי' לזה דהא ילפינן מנטמאה דאסורה לתרומה ולכהונה והא איסור זונה לתרומה ולכהונה אין זה אלא דין איסור ואין בזה ענין טומאה הרי דגם לענין ספק איסור עשאה התורה כודאי ואין לומר דלהכי אסורה לתרומה ולכהונה משום דכיון דס"ט ברה"י ספיקו טמא בודאי ממילא מסתעף מזה דהיא זונה ואסורה בתרומה דא"כ אמאי אי"ק לתרומה ולכהונה, ובתוס' סוטה דכ"ט בד"ה שכן הקשו אמאי איצטריך קרא לתרומה ולכהונה כיון דטימא הכתוב מהכ"ת מותרת בתרומה וכהונה וי"ל אי לאו קרא הו"א דלא טימא הכתוב אלא לבעלה דאיכא ספק חייבי מיתות ב"ד על ידו אבל לענין תרומה וכהונה הו"א אוקי איתתא אחזקתה, ובש"ש ש"א פי"ג כתב לתרץ דלא עשה הכתוב ספק כודאי בסוטה אלא באיסור טומאה שבה ומשו"ה סוטה לבעלה דאית בה איסור טומאה משו"ה אסורה לבעלה בודאי ואי לא כתיב ונטמאה וא"כ לא הוי ידעינן כלל איסור טומאה אלא איסור זונה מהכ"ת יהי' ספיקו כודאי ומשו"ה איצטריך קראי לכהונה ולתרומה דהשתא בכולהו איכא איסור טומאה יעוי"ש, ובאמת אין מן הצורך לומר דהשתא איכא בכולהו איסור טומאה כמו דמסיק הש"ש דכיון דאיכא איסור טומאה ממילא ספיקו טמא דהא באמת איסור סוטה לבעלה ולתרומה ולכהונה לא ילפינן מדיני טומאה רק להיפוך דיני טומאה ילפינן מסוטה וכמו דספק סוטה עשאה תורה כודאי ה"נ כל ס"ט ברה"י ספיקו טמא בקו"ח או מהלכה ורק מדהוציא הכתוב איסור לבעלה ולכהונה ולתרומה בלשון ונטמאה ילפינן מזה על דיני ספק טומאה ברה"י ולא על ספק איסור ברה"י וקושיית התוס' מתורץ שפיר דאלמלא קראי דונטמאה לתרומה ולכהונה הו"א דרק לבעלה אסורה משום דין טומאה אבל לגבי שארי איסורים שאין בהם דין טומאה כמו זונה וכהונה לא עשתה התורה ספק כודאי להכי אי"ק דגם לגבי ספק איסורים דתרומה וכהונה עשאה התורה לזונה ודאית וממילא דגם איסורה לבעלה כאיסורי ש תרומה וכהונה.

ולפ"ז כיון דאיסור סוטה עשאה התורה כודאי הנה באמת בדין איסור אין חילוק רשויות ובין ברה"י ובין ברה"ר אסורה ומאי דספק סוטה ברה"ר מותרת לבעלה הלא בפירוש אמרו בנדה ד"ג אי מה סוטה ברה"ר טהור הרי השתא התם משום סתירה וסתירה ברה"ר ליכא הכא משום חסר מ"ל חסר ברה"ר ומ"ל חסר ברה"י וכ"ת הא כל ספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור כו' מבואר מדהגמ' דהא דספק סוטה ברה"ר טהור לאו משום דספק טומאה ברה"ר טהור אלא אפילו אי נימא דס"ט ברה"ר טמא ספק סוטה ברה"ר טהור משום

דסתירה ברה"ר ליכא, וביאור הדברים דמאי דספק סוטה הוי ספק טומאה כספק שרץ לפי שקדם הקינוי וסתירה אבל בלא סתירה דליכא רגלים לדבר לא הוי ספק טומאה וא"א למילף ספק טומאה ברה"ר מספק סוטה ברה"ר דהתם סתירה ברה"ר ליכא ממילא לא הוי ספק כלל מה שאין כאן בשארי הספיקות.

ובאמת בתוספתא טהרות ובירושלמי סוטה ילפינן דס"ט ברה"ר ספיקו טהור שהרי הצבור עושים פסח בטומאה ונשאלין ליחיד ואין נשאלין לרבים, וכ"פ הרמב"ם בפט"ז מהל' אה"ט מפני מה התירו חכמים ספק טומאה ברה"ר שהרי הציבור עושים פסח בטומאה כו' שאיסור הספיקות מדבריהם לשיטתו דכל הספיקות הם לקולא מן התורה ואח"ז כתב ומפני מה החמירו בס"ט ברה"י שהרי סוטה שנסתרה אסורה וכ"כ התוס' בנזיר דנ"ז דלפי המסקנא ס"ט ברה"ר טהור לאו מסוטה ילפינן, וכבר תמה התוי"ט בפ"ד דטהרות דלמה להו למודים אחרים ולא ילפינן מסוטה דס"ט ברה"ר ספיקו טהור ויעוי' במה"פ בירוש' פ"ק דסוטה מש"כ בזה.

ולמש"כ א"ש בפשיטות דס"ט ברה"ר א"א למילף מסוטה כמו שאמרו בריש נדה דסתירה ברה"ר ליכא ולא הוי ספק כלל משא"כ בשארי ספיקות ולפימש"כ דהא דספק סוטה ברה"ר טהור משום דלא הוי ספק כלל דלא הוי מקום סתירה י"ל דהיכא דשייך סתירה במבואות אפילות והוי ספק סוטה ממילא יש לזה דין איסור דהתורה עשאה ספק איסור זה כודאי ואין חילוק באיסורים בין רשות הרבים לרשות היחיד וסבירא ליה להרמב"ם דבעצם הדין דמבואר בירושלמי דבנסתרה עם שנים שקינא מהם דהוי סתירה אין חולק על זה בתלמודא דידן מסברא דבודאי שייך גם בהרבה אנשים דבפרוצים איכא איסור יחיד וגם באפילה בלילה בשעה שאין בני אדם מצוים דהוי רגלים לדבר כמבואר בירושלמי ובתוס' ריש נדה והכל לפי הענין והיכא דשייך סתירה ממילא דהוי ספק סוטה דאסורה, והא דאמרינן בנזיר דנ"ז מה סוטה בועל ונבעלת הוא מסתם סוטה האמור בפרשה דדבר הכתוב בהוה דילפינן מזה הכלל דס"ט ברה"י ספיקו טמא והגדר והשיעור מה נקרא רה"י ילפינן מסתם סוטה דהוי בועל ונבעלת אבל תלתא הו"ל רה"ר ובכל הטומאות ספיקו ברה"ר טהור דלא נתקבלה הלכה רק מסתם סוטה דהוי בועל ונבעלת וכל דהוה לי' תלתא ואינו נכלל בכלל הלמוד מסוטה הו"ל ככל הספיקות שא"א הדבריהם אבל סוטה גופה אם הי' במקום סתירה שעי"ז נולד הספק ועשאה התורה כודאי אין בזה דין חילוק רשויות ועי' ירוש' סופ"ק דכתובות קרונה ש"צ לאו רה"ר הוא א"ר יוסי מכיון ששניהן יכולין להתיחד כמאן דהוא רה"י מבואר דכל שראוי להתיחד הוי מקום סתירה בסוטה ובשאר הטומאות אין נפ"מ בין שהוא מקום סתירה רק אם הוא

ברה"ר ספיקו טהור, וא"ש מש"פ הרמב"ם דקינא משנים ונסתרה עמהם הר"ז אסורה דלענין איסור סוטה אין חילוק בין רה"ר לרה"י רק אם הוא מקום סתירה אסורה, ועי' בנובי"ת חיו"ד סי' ק"כ דבאיסור נדה אין חילוק רשויות ואף דסוטה לבעלה ג"כ איסור הוא משום דאיסור סוטה נאמר בלשון טומאה אבל בנדה אף דכתיב בה ג"כ ואל אשה בנדת טומאתה מ"מ לא תלה טעם האיסור בטומאה, ועיקר הדברים מפורשים בתוס' ב"ק די"א דכל לבעלה מהני ס"ס ועי' במהר"ם שי"ף שם ובש"ש, ולמש"כ הדברים פשוטים דבאמת גם בסוטה הוא דין איסור אבל ספק איסור דסוטה עשאה התורה כודאי אבל איסור נדה לבעלה הוי כשארי איסורים ורק מלשון ונטמאה דכתיב בסוטה נתקבל ההלכה לכל ספק טומאה דספיקו טמא ברה"י.

ג

והנה בסוטה דכ"ח בתוד"ה מכאן ובד"ה ברה"ר הביאו ד' הירושלמי מ"מ יש רגלים לדבר לפלטיא בלילה ולחורבה ביום ומביאים מזה ראי' דפלטיא בלילה חשוב רה"י וכן הביאו ראי' מהא דתנן בפ"ח דטהרות משנה ג' דהמאבד ביום כו' דזה הכלל כל שעבר עליו הלילה או מקצתו ספיקו טמא, אלמא דלילה חשוב רה"י והקשו על זה מהא דנגע באחד בלילה ואינו יודע אם חי או מת ולמחר עמד ונמצא מת ר"מ מטהר שספק רה"ר טהור וקשה דהא לילה הו"ל רה"י ולדברי התוס' בנסתרה בלילה עם הרבה אנשים הו"ל ספק רה"י וספק סוטה דאסורה ויתישב הדין דירושלמי בקינא משני בני אדם ונסתרה עמהם בלילה, אולם שי' הרמב"ם נראה שאינו מחלק בין יום ובין לילה בדין ס"ט ברה"ר וכמו שפסק בפי"ח מהל' אה"ט ה"ל י"ד דאם ראהו חי בערב ובשחר מצאו מת הר"ז ספק ברה"ר וטהור והא דפ"ח דטהרות משנה ג' דאם עבר הלילה טמא מדרס מפרש הרמב"ם בפי' המשנה לפי שידרכוהו אנשים ולא יראוהו ומחלק שם בין רה"ר ובין רה"י דברה"י טמא מת ג"כ וכך הביא שם הר"ש מהתוספתא והרמב"ם בפי"ח מהל' אה"ט הל' ז' שאינו מחלק בין רה"ר ובין רה"י והראב"ד משיג שם ויעוין בכ"מ שם דהרמב"ם אינו חולק על זה והיכא שכתוב סתם טמא היינו טמא מדרס יעוי"ש ובאמת כן מוכח מתלמודא דידן בנזיר דנ"ז דמקשה הא הו"ל תלתא והו"ל רה"ר ואינו מחלק בין ביום ובין בלילה דאל"כ הו"ל לשנוי דמיירי בלילה.

ונראה דשי' הרמב"ם דאין חילוק בזה וגם הירושלמי מודה דס"ט ברה"ר ספיקו טהור אף בלילה דהא דס"ט ברה"ר ילפינן מפסח הבא בטומאה ונשאלין ליחיד ואין נשאלין לרבים א"כ אין חילוק בין ביום ובין בלילה וגם למש"כ הרמב"ם לפי דכל הספיקות מדבריהם אין נפ"מ בזה, וכל זה לענין שארי טומאות אבל בספק סוטה דאינו תלוי בין

רה"ר ובין ר"ה ורק לפי דהוי מקום סתירה על זה אמר בירושלמי מ"מ יש רגלים לדבר לפלטיא בלילה ולחורבה ביום דחשיב רגלים לדבר והוי מקום סתירה, ושם בירושלמי מבואר שאלו את בן זומא מפני מה ס"ט ברה"י ספיקו טמא א"ל סוטה מה היא לבעלה כו' ומפני מה ס"ט ברה"ר ספיקו טהור א"ל מצינו שהציבור עושים הפסח בטומאה כו' מבואר דס"ט ברה"ר לאו מסוטה ילפינן וע"כ בשארי טומאות ספיקו ברה"ר טהור אף בלילה ורק בסוטה כל היכא דשייך סתירה ויש רגלים לדבר אסורה והא דילפינן מסוטה מה סוטה בועל ונבעלת והוי רה"י משום דילפינן מהוה ורגיל דסתם סתירה אף בלילה הוא בועל ונבעלת גרידא.

ובשי' התוס' דמשוה דין לילה לכל ס"ט ברה"ר כסוטה דהוי רה"י לכל ספיקות צ"ל דאזלי בכאן לפמש"כ בחולין ד"ט דגם ס"ט ברה"ר ספיקו טהור ילפינן מסוטה וכיון דבספק סוטה הוי מקום סתירה בכה"ג גם בכל הטומאות הוי רה"י ולפ"ז רה"י חשוב כל היכא דהוי מקום סתירה אבל לפי המסקנא דס"ט ברה"ר אינו נלמד מסוטה כמש"כ בנזיר דנ"ז גם לילה הוי רה"ר, ויתישב לדבריהם מאי דלא משני התם דהוי בלילה לפמש"כ התוס' שם דע"כ אותה סוגי' ס"ל דס"ט ברה"ר טהור מדין חזקה ולא מסוטה ילפינן יעוי"ש, [וע"ע בתוס' ריש נדה דכתבו בלילה ואפילה הוי רה"ר ובגליון שם מיהו בירושלמי דסוטה משמע דאפילה ולילה הוי רה"י גמורה].

עכ"פ שי' הרמב"ם דלילה ואפילה הוי רה"ר כדמוכח מברייתא דמסוכן ועכצ"ל דמאי דמבואר בירושלמי דמ"מ יש רגלים לדבר בפלטיא בלילה דלסוטה הוי ספק סוטה ואסורה אף דלכל הטומאות הוי רה"ר הרי מוכח מזה דספק סוטה אסורה אף באופן דלענין דין ספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור הרי מוכרח מזה דגם בקינא לה משנים אע"ג דהוי ספק טומאה ברה"ר דספיקו טהור מ"מ אסורה לבעלה מדין ספק סוטה כמו לילה וזה נראה המשך ד' הירושלמי בסוטה שם והוא שמקנא לה משני בני אדם כאחת ר' יוסי בעי מקנא לה ממאה בני אדם אל תכנסי לבית הכנסת כו' מ"מ יש רגלים לדבר לפלטיא בלילה לחורבה ביום ומבואות אפילות ביום כו' היינו דתלוי אם הוי מקום סתירה ואפילו שנים ומאה דכל דהוי מקום סתירה הוי ספק סוטה ואסורה.

ד

והש"ש בש"א פט"ז הקשה במש"כ הרמב"ם בפ"ב מהל' סוטה קטנה שהשיאה אביה אם זינתה ברצונה נאסרה על בעלה לפיכך מקנין לה לא להשקותה אלא לפוסלה מכתובתה, וכ"כ שם דקטנה אשת הגדול אחר קינוי וסתירה נאסרת והא בפירוש שנינו בטהרות פ"ג חש"ו שנמצאו במבוי שהן טהורין דספק טומאה בדבר שאיבד"ל ספיקו טהור וא"כ

הקטנה אין בה דעת לשאול וספיקו טהור ותירץ כיון דהבועל גדול הוי כטומאה הבאה בידי אדם וחשוב יש בו דעת לשאול אלא דלפ"ז אם זה שמקנין ממנו הוא קטן בן ט' דביאתו ביאה הוי ספק באין בו דעת לשאול ויקשה היכי יליף מסוטה הא בסוטה גופא משכח"ל בקטן וקטנה, ובזה י"ל דפרשה סוטה ע"כ מיירי בגדולה דקטנה לא בת השקאה היא אבל לדינא בקטנה שמקנין אותה מקטן אין מן הדין שתיאסר על בעלה לפי דהוי ס"ט באין בד"ל דספיקו טהור והניח בצ"ע, והנה באמת גם בקטנה כל שיש לה דעת חשוב יש בד"ל ואינו תלוי בשיעור גדלות כמבואר בסוכה דמ"ב ועי' במה"פ בירושלמי רפ"ק דסוטה וכבר הרגישו בזה המחברים.

אולם בעיקר הערת הש"ש גם בקטנה שאיבד"ל באופן דספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור נראה לפי המתבאר דמה שאסרה התורה ספק סוטה לבעלה יש בזה לבד דין טומאה גם דין איסור שאסרה תורה מספק לבעלה ולתרומה ולכהונה א"כ יש בזה איסור ג"כ ואסורה ובאיסור הא אין נפ"מ בין ספק שיש בד"ל או שאין בד"ל אלא דילפינן מסוטה דסתם סוטה יש בה דעת לשאול ובפרט דפרשת סוטה בגדולה קא מיירי דקטנה לאו בת השקאה היא וילפינן מזה בכל הספיקות ברה"י דנלמד מסוטה דוקא יש בד"ל ואין בד"ל ספיקו טהור, אבל סוטה גופה דעשאה התורה ספק איסור שלה כודאי אין בה חילוק רשויות ובין יש בד"ל או אין בה דעת לשאול אסורה.

ה

ובס' מנחת חינוך תמה לשי' הרמב"ם דנסתרה עם שנים הר"ז אסורה עד שתשתה במש"כ התוס' בחולין ד"ט ובכ"ד, דבשני נזירים לא ילפינן מסוטה דכיון דאחד מהם ודאי טהור לא ילפינן מסוטה ברה"י לטמא ודאי דהא בנסתרה עם שנים ושהתה כדי טומאת אחד מהם ג"כ בודאי לבועל אחד מותרת ומ"מ הא אסורה לשניהם דלא חילקה תורה וא"כ נילף מדאסורה לבועלים ברה"י גם בב' נזירים דהוי כודאי ותירץ דלא ילפינן מסוטה לטמא ודאי היכא דאיכא חזקה אבל לבועל דליכא חזקת היתר אסורה מספק ולכאורה הי' נראה בזה ליישב מה שתמה המהרש"א והמהר"ם שם וכן בגליון תוס' ריש נדה דבב' נזירים דלא דמי לסוטה וברה"ר טהור משום דמוקמינן כל חד בחזקת טהרה שלו א"כ ברה"י דלא ילפינן מסוטה בכה"ג דחד מינייהו טהור בודאי נוקמי בחזקת טהרה ויהי' טהורים בודאי יעוי"ש ותירצו דמ"מ היכא דלא דמי לסוטה ילפינן ג"כ דברה"י הוי ספק והדברים מחוסרים הבנה, דמנ"ל דבכה"ג הוי ספק ולמש"כ י"ל דלהכי הוי ספק ברה"י משום דילפינן מנסתרה עם שנים דאסורה לבועלים אף באם שהתה רק כדי טומאת אחד מהם אף דאחד טהור ודאי דאסורה להם מספק ואף דספק דאורייתא מן התורה להקל

מ"מ אסורה לבועלים א"כ ה"נ בב' נזירים אף דאחד טהור ודאי ולא דמי לסוטה מ"מ לא אמרינן גבי' סד"א מן התורה להקל ומביאים קרבן טומאה וטהרה מספק אולם אין זה מספיק למש"כ המנ"ח דלהכי לבועלים אסורה אף דלא דמי לסוטה מ"מ אסורה להם מספק כיון דלבועלים ליכא חזקת היתר א"כ בב' נזירים דאיכא חזקת טהרה ולא דמי לסוטה נוקמי בחזקתייהו גם גוף הדבר שכ' המנ"ח דלבועל ליכא חזקת היתר במחלוקת שנוי' דלרבה דס"ל ביבמות ד"ל דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת אף היכא דנולד הספק בחיי הבעל ה"נ אשה זו בחזקת היתר לכשימות הבעל קאי ועי' בש"ש וא"כ לדידי' יקשה דנילף מדאסירה לבועלים בשהתה כדי טומאת אחד מהם ולא מהני חזקת היתר, וע"כ דאסורה בודאי וה"נ בב' נזירים.

ולמש"כ הא דילפינן מסוטה מה סוטה בועל ונבעלת לפי שדבר הכתוב בהוה וסתם סוטה בועל ונבעלת ומיני' ילפינן לכל דיני טומאה א"ש בפשיטות דבסתם סוטה יכול להיות ספק כודאי ה"נ בשארי ספק טומאה משא"כ בב' נזירים, אולם ילה"ק להיפוך כיון דילפינן מסתם סוטה דבעינן שיהי' דמי לסוטה משא"כ היכא דאחד טהור ודאי א"כ בנסתרה עם שנים למה אסורה לבועלים הא אחד מהם טהור ודאי ניהו דלענין דין רה"ר אין נפ"מ כיון דהוי ספק איסור שאסרה תורה ואין בזה חילוק רשויות אבל בחילוק זה דאחד מהם מותר בודאי ול"ש לומר שיהו שניהם אסורים בודאי שייך גם באיסורים א"כ ניהו דספק סוטה אסורה לבעלה בודאי ועשאה התורה ספק כודאי ולא מהני חזקה לפי שספק זה יכול להיות בודאי אבל לבועלים באופן שאחד מהם טהור בודאי מהכ"ת תיאסר לשניהם בודאי וי"ל לפמש"כ התוס' בב' נזירים דאע"ג דלא דמי לסוטה מ"מ ספק מיהו הוי ולא מהני חזקה וה"נ לבועלים ג"כ אסורה מספק, אלא שיש להעיר דהא דוקא בס"ט ברה"י היכא דלא דמי לסוטה הו"ל ספק משא"כ בתלתא דהו"ל רה"ר ורק משום דהוי ספק סוטה דהוי כודאי גם לענין איסור וא"כ הא י"ל דדוקא היכא דהספק אפשר להיות ודאי כמו בסוטה דבועל ונבעלת משא"כ בקינא לה משנים.

וי"ל לפי הנראה מדהתוס' נדה ד"ס בד"ה באנו בתוך הדבור שכתבו דניחא ליה לאשמעינן בב' שבילין אע"ג דהוי ס"ט ברה"ר וכן מה שהקשו מאי ענין כתמים לשבילין דהא מ"מ יש לטהר יותר בב' שבילין משום דהוי ס"ט ברה"ר יעוי"ש מבואר מדהתוס' דגם בב' שבילין יש בו דין ס"ט ברה"ר, וצ"ל לדבריהם דאע"ג דאחד מהם ודאי טמא מ"מ הוי רק כאיקבע איסורא כיון דההחזקות מתנגדות זו לזו, וכמש"כ התוס' בכתובות דכ"ב, אולם ברה"ר דס"ט טהור אף באיקבע כמבואר בטהרות פ"ה ולהכי ספיקו טהור ולפ"ז באיסורים דאיקבע אסור מביא אשם תלוי כל היכא דסותרות החזקות אסור מספק אם

כן בספק סוטה דהוי איסור ג"כ ולהכי אסורה לבועלים מספק אולם מדהתוס' ביבמות דקי"ח מבואר דגם לגבי איסורים מהני חזקות הסותרים יעוי"ש לענין אכילת תרומה וכ"נ מדהתוס' סוטה דכ"ח וא"כ לדבריהם יקשה מאיזה טעם אסורה לבועלים דהא אחד מהם ודאי טהור ונוקמי בחזקת היתר.

1

ונראה עפמש"כ במק"א בביאור דבהתוס' בב' נזירים דלא דמי לסוטה וטהורים ברה"ר דא"כ גם ברה"י יהי' טהורים ג"כ משום חזקה כמשה"ק בגליון התוס' בריש נדה והמהרש"א שם דבאמת הא דבשני שבילין אף בב"א מן התורה מוקמינן אחזקה משום דרק ההוראה במקרה באה בב"א והא גוף המקרה שהלכו בשני שבילין כל אחד ואחד בפ"ע ומה בכך שבאו לשאול בב"א והא כל אחד מצד עצמו נטהר בשעה שהלך ואוקמי אחזקתו ורק מדרבנן גזרו לפי שבאו בבת אחת ובזה יתישב ג"כ משה"ק בשו"ת חמדת שלמה לר"ח דס"ל בשני כיתי עדים המכחישים זה את זה בהדי סהדי שקרי למ"ל דמאי שנא משני שבילין דמוקמינן כל אחד בחזקתו דשאני שתי כתי עדים דדנין עליהם על עדותם אם העידו אמת וממילא מוכרחים אנו לומר דדברי עדות המכחישים עדות שקר הן אבל בשני שבילין שכל אחד הלך בפ"ע ואין דנין מזה לזה ורק שבמקרה אחד מהשבילין טמא והנה גם בשני כתי עדים לר"ה דס"ל זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה משום דעכ"פ כל כת וכת מוקמינן בחזקתם דיש לדין על כל כת בפ"ע ואין אנו מוכרחים לדון על המכחישים דהא גם בלא עידי הכחשה יש מקום לעדותם ואנו דנין על כל כת וכת בפ"ע משא"כ בב' נזירים שנזרקה טומאה ביניהם דאילו הי' רק נזיר אחד והי' אירע ספק טומאה ברה"י דטמא בודאי ולא מהני חזקה כלל ומה שאנו רוצים לטהר לפי שהיו ב' נזירים וידעינן שנטמא רק אחד מהם וע"כ אחד טהור ולא דמי לסוטה משום דהבירור מנגד שא"א להיות שיהיו שניהם טמאים וע"י הבירור הזה אנו רוצים לטהר כל אחד ולוקמי בחזקתו ולטמא השני והרי בהוראה זו מצד עצמה הוי כת אחת דע"כ אנו מוכרחים לצרף לחזקה את הבירור דאחד משניהם טהור בודאי וכיון שאנו מוכרחים לדון מצד הוראה על שניהם גם בעת המאורע הרי א"א להעמידם על חזקתם המתנגדים זה לזה ואף דבת אחת אאמד"ר היינו ב"א שהוא במקרה מה שבאו לשאול בבת אחת והא מן הדין נטהרו בעת המאורע מצד חזקה רק שבאו לשאול בבת אחת משא"כ בטומאה שנזרקה בין ב' נזירים דההוראה שאנו דנין על עצם המאורע הרי מוכרחת להקיף את הבירור על שניהם ולומר שבע"כ אחד מהם טהור ולא דמי לסוטה בכה"ג א"א לאוקמי' על חזקתו מן התורה כיון שהדבר נוגע לשניהם והחזקות סותרות

זו לזו וכמו שאי אפשר לצרף שני עדים משני כתי עדים המכחישים זא"ז לעדות אחת לכו"ע, וכל זה ברה"י דכל אחד בפ"ע טמא ודאי מס"ט ברה"י משא"כ ברה"ר דגם אם אירע לאחד מב' נזירים ספק טומאה טהור וא"צ לדון על שניהם להכי שפיר מוקמינן להו בחזקתם ושניהם טהורים וא"ש, ושו"מ אח"כ מקצת דברים אלו בשו"ת בית אפרים אה"ע] ולפ"ז בנסתרה עם שנים ושהתה כדי טומאת אחד מהם אעפ"י דאחד מהם טהור בודאי וגם רה"י לא הוי דהא תלתא הו"ל רה"ר מ"מ כיון דאם הספק הי' על אחד מהם היתה נאסרת עליו בודאי דהא התורה עשאה ספק סוטה כודאי גם לענין איסור ורק לפי שהיו שנים ואחד מהם טהור בודאי וההוראה מוכרחת להיות על שניהם ביתד בכה"ג לא מוקמינן בחזקתו.

ז

והנה המהרש"א בנדה די"ט הקשה גבי משארסתני נאנסתי דאזיל ר"ג בתר חזקה דגופא ואמאי הא הוי ספק טומאה ברה"י דלא מהני חזקה והניח בצ"ע והש"ש ש"א פט"ו כתב ע"ז דקושי' זו מעיקרא ליתא דספק טומאה ברה"י דספיקו טמא היינו אם נולד הספק ברה"י אבל ספק שאינו ידוע אימתי ובאיזה מקום אם ברה"י או ברה"ר הו"ל ספק רשויות והכי נמי במשארסתני נאנסתי דהזנות אינו ידוע אם היה ברה"י או ברה"ר א"כ אין זה ענין לספק טומאה ברה"י עכ"ד ולמשנ"ת דבספק סוטה דין איסור עלה ואין בה חילוק רשויות וכל היכא דאיכא ספק סוטה אסור א"כ שפיר הקשה המהרש"א גבי משארסתני נאנסתי דהא בס"ט ברה"י לא מהני חזקה, ובאמת מבואר בירוש' כתובות פ"ק הדא דתימר שלא להפסידה מכתובתה אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה כו' דאמר רבי אילא בשם ר' לעזר מצא פתח פתוח אינו רשאי לקיימה משום ספק סוטה ויעוי' בחדושי רשב"א לכתובות ובאס"ז דיש מן הראשונים שפירשו בשי' הירוש' דגם ספק ספיקא לא מהני משום דבאיסור סוטה גופא אין חילוק רשויות ולהכי לא מהני חזקה וגם ס"ס כמו ברה"י דספיקו טמא ולא מהני חזקה כמש"כ התוס' בב"ב דנ"ה דלהכי לא מהני ס"ס וה"ה ברה"ר באיסור סוטה אולם הא בתלמודא דידן בכתובות ד"ט מבואר דמהני ס"ס וכ"ה שיטת הרמב"ם ובאמת בירוש' ריש כתובות מבואר ג"כ דמהני ס"ס וחש לומר שמא אנוסה היא קול יוצא לאנוסה ואפילו תחוש לה משום אנוסה לא ספק אחד ספק אנוסה ספק פתותה מדבר תורה להחמיר אר"י ואפילו תחוש לה משום אנוסה שתי ספיקות ספק אנוסה ספק פתותה ספק משנתארסה ספק עד שלא תיארס שתי ספיקות מדבר תורה להקל, הרי מבואר דמהני ס"ס רק דלא חיישינן מספק אונס משום דקול יוצא לאנוסה, ולכאורה צ"ע לפי המבואר בירושלמי מצא פ"פ אסור לקיימה משום ספק

סוטה א"כ אפילו ס"ס לא מהני ובאמת באס"ז בכתובות ד"ט בהא דמקשה ואמאי ס"ס הוא הקשה בשיטה דהא אמרינן כל מקום שאתה יכול לרבות ספיקות וס"ס ברה"י ספיקו טמא ותירץ דהני מילי כשהוחזקה שם טומאה אבל אם לא הוחזקה שם טומאה כלל בס"ס אין אוסרים עכ"ל, והנה קצרו בדבריהם וצריך ביאור דהא מבואר בפ"ו דטהרות משנה ד' כיצד נכנס למבוי והטומאה בחצר ספק נכנס ספק לא נכנס טומאה בבית ספק נכנס ספק לא נכנס ואפילו נכנס ספק היתה שם ספק לא היתה שם ואפילו היתה שם ספק יש בה כשיעור ספק שאין בה כשיעור ואפילו שיש בה כשיעור ספק טמאה ספק טהורה כו' ספיקו טמא הרי דאפילו ספק היתה שם טומאה ולא הוחזקה טומאה כלל טמא, וגם בספק ביאה קיי"ל כרבנן [ואם כוונת השיטה דהו"ל ספק רשויות כמש"כ השב שמעתתא אינו נראה כן מלשונו והא נתבאר דאין בסוטה דין חילוק רשויות].

ונראה בכונת השיטה דהני מילי כשהוחזקה טומאה היינו דבעת לידת הספק הי' מקום שיהי' בו טומאה שהי' טומאה או ספק טומאה בחצר וספק אם הי' טומאה בבית שהוחזקה שהי' שם טומאה או ספק טומאה בהסביבה וראוי הי' שתהי' הטומאה בבית ויש מקום לתלות הספק אבל אם לא הוחזקה שם טומאה כל עיקר אין זה נכנס בגדר ספק כלל ועל כן נקיט המשנה טומאה בחצר כו' דדוקא שהוחזקה טומאה בכלל אבל היכא שלא נכנס בגדר ספק כלל אין אנו חוששין דאל"כ הא בכל מקום נחוש מספק רחוק אלא דכל היכא דלא הוחזקה טומאה אינו נכנס לבית הספק.

והנה בסתם אשה דבדוקה מזנות דלא נחשדו בנו"י על עריות ולא הוחזקו לספק זנות ורק ע"י קו"ס הוי ספק טומאה וכמש"כ התוס' בסוטה דכ"ח בד"ה אינו דין בתירוצם וי"ל דסתירה ע"י קינוי בסוטה הוי כספק מגע שרץ שהרי בלא קינוי לא הי' שום ספק בסתירה גרידא דלא נחשדו על עריות הלכך הקינוי גרם הספק וה"פ במס' נדה התם גבי סוטה וספק שרץ הוי ריעותא דהיינו השרץ והבועל קמן אצל הטהרות והאשה אבל גבי מקוה קודם טבילה לא ראינו שום ריעותא דאיכא לספוקי על ידו ולעיל בפ"ק קודם העדאת העדים לא הי' שום ריעותא עכ"ל, מבואר דרק ע"י קו"ס דהוי רגל"ד ונחשדה על זנות הוי כספק מגע שרץ ובודאי היכא דאיכא ספק בסתירה גופא או בשיעור סתירה אם העדים אמרו שמסופקים הם אם שהו כדי שיעור טומאה לא הוי ספק סוטה דלא מהני בו ס"ס משום דרק ע"י קו"ס ודאית הוי כספק מגע שרץ אבל כ"ז דלא הוי קו"ס ודאית נשארה בחזקתה דלא נחשדו על העריות ולפ"ז בפ"פ שנתודע עי"ז שנבעלה א"כ כל זמן שי"ל שנבעלה בהיתר אין עליה דין ספק סוטה דלא נחשדו על העריות וביאת איסור דמה בכך דהיא בעולה אם נבעלה כשאינה תחתיו הויא כלא הוחזקה ונראה דגם

ספק אונס ספק רצון הוי כלא הוחזקה דאל"כ כיון דספק זה הוי כודאי שוב לא מהני הספק תחתיו למשוי כס"ס [ונראה דמש"כ התוס' ב"ב דנ"ה דלהכי לא מהני ס"ס ברה"י משום דכיון דלא מהני חזקה לא מהני ס"ס והא בפשוטו י"ל כיון דהספק כודאי ול"ש ס"ס דכל ספק הוי כודאי משום דלר"ש דס"ל דס"ט ברה"י תולין ומ"מ גם לר"ש לא מהני ס"ס וע"כ כתבו מטעם דלא מהני חזקה דהא לר"ש ג"כ לא מהני חזקת טהרה. ואפ"ל דבהא פליגי ר"א ורבנן בספק ביאה לפי' הרשב"ם שם דפליגי בס"ס דטעמא דר"א דס"ל כר"ש דתולין ולהכי ס"ל דמהני ס"ס] וטעמא דמילתא דהוי כלא הוחזקה משום דכיון דסתם אשה בדוקה מזנות ולא נחשדו בנו"י על העריות ברצון ובלא קו"ס הוי כלא הוחזק טומאה ועי' בפנ"י בד"ט שם [וזה נראה ג"כ מאי דמקשה הש"ס בכתובות ד"ט מי אמר ר"א הכי והאמר ר"א אין האשה נאסרת על בעלה אלא על עסקי קו"ס קו"ס אין פ"פ לא ועי' בפרש"י ותוס' דזהו מאי דמקשה דס"ל דדוקא ע"י קו"ס דאיתרע חזקתה ע"י רגל"ד הוי ספק אבל בפ"פ דלא איתרע חזקתה גם בספק אחד בדין שלא תיאסר ומשני דפ"פ כשני עדים דמי שאינו ידוע לעדים אם זינתה ברצון או באונס דמספק אחד נאסרת וכפי' הריטב"א והרא"ה הובא באס"ז שם] וכ"ז לשי' הבבלי אבל הא ר' אילא בירושלמי חש לספק סוטה וס"ל דהוי ספק סוטה ומבואר שם דמ"מ ס"ס מהני רק משום דקול יוצא לאנוסה, וצ"ע כיון דהירושלמי סובר דהוי ספק סוטה גם בס"ס תיאסר ועי' במשמרת הבית שער ד' שכ' ג"כ דבספק אחד אסור מה"ת דהוי כספק סוטה וגם בספק דאינו תחתיו הוי ספק סוטה ומ"מ ס"ס מהני, ועי' בחת"ס חאה"ע סי' ק"א מה שנדחק לחלק בזה דל"ה רגל"ד ממש וצ"ע בטעמא דמילתא דמאי שנא ספק אחד מס"ס בס"ט ברה"י דלא מהני אפילו כמה ספיקות ובאמת מלשון המשנה דטהרות נראה דאף בלא הוחזק טומאה לא מהני ס"ס.

ח

ונראה לפמש"כ הרשב"א הובא באס"ז כתובות ד"ט דכל ס"ט ברה"י אקיש רחמנא לסוטה בין שיש רגל"ד או שאין רגל"ד דלא אקשינהו רחמנא אלא לדין רשויות ודעת לשאול אבל לרגל"ד לא אקשינהו לסוטה ובסוטה דבעינן רגל"ד משום דטוענת ברי וכ"כ בריש נדה ומבואר דבכל ס"ט לא הוי רגל"ד ורק בסוטה הוי רגל"ד וכ"כ התוס' שאנץ בסוטה דכ"ח דאף דהשרץ קמן לא מקרי רגל"ד וליכא למילף מסוטה דאיכא רגל"ד ולא הוי קו"ח גמור רק גילוי מילתא וזהו דלא כמש"כ התוס' סוטה שם אלא דבספק טומאה לא בעינן רגל"ד ולא דמי לסוטה. והנה הא דא"ר אילא בירושלמי דאסור לקיימה משום ספק סוטה אף דהוי ספק רשויות שמא זינתה ברה"ר הוא משום דלגבי דין איסור לבעלה

אין חילוק רשויות ואין זה מדין טומאה ורק מדין איסור סוטה לבעלה ועי' בציון ירושלים שם, והא איסור לבעלה בסוטה לא מצינו רק בקו"ס דהוי רגל"ד והתם אין רק ספק אחד אם זינתה אם לא זינתה אבל היכא דאיכא ס"ס דיש לומר שמא אינו תחתיו ושמא באונס ולא הוי רגל"ד כספק סוטה ע"י קו"ס כיון שיש שני צדדים שלא זינתה תחתיו ברצון לא הוי רגל"ד ומה"ט אי אפשר שתיאסר ואע"ג דבס"ט ברה"י אף בלא רגל"ד טמא והא דאיצטריך רגל"ד בסוטה לומר דלא מהני ברי שלה כמש"כ הרשב"א וא"כ היכא דליכא ברי שלה תיאסר כשאר ס"ט הא זהו דוקא ברה"י אבל בזה הא הוי ספק רשויות ואין בו דין ס"ט דרה"י ורק משום דאסורה מדין איסור לבעלה כסוטה ואיסור זה לא מצינו רק ברגל"ד דקו"ס שיש בו רק ספק אחד אבל כיון שיש בו ס"ס לא הוי רגל"ד, וידוקדק בזה ד' הירוש' שאמר ר' אילא דאסור לקיימה משום ספק סוטה דספק טומאה אין כאן דהא הוי ספק רשויות כמש"כ הש"ש רק מדין איסור דספק סוטה לבעלה אסורה בספק אחד דהוי רגל"ד [ותמיהני בירושלמי ספ"ק דכתובות גבי קרונה של ציפרין דדן אי הוי כרה"ר או כרה"י דהא התם לענין פסול כהונה מירי ואין כאן טומאה כלל והא דונטמאה לכהונה הוא דוקא בא"א וגם בנאנסה איכא טומאה אבל פנוי' שנבעלה לפסול לה הוי איסור זונה כשארי איסורים וצ"ע] ובזה מובנים ד' הירושלמי מאי דאוסר ר' אילא במצא פ"פ וחש לומר שמא אנוסה היא משום דקול יוצא לאנוסה ובבלי מתיר בס"ס ובתוס' בד"ה ואיבע"א הקשו וא"ת ונוקי בחזקת היתר לבעלה וי"ל דאונסא קלא אית ליה כדאמר בירושלמי ושוב הקשו וא"ת א"כ בס"ס נמי תיאסר דספק אונס כמאן דליתא דמי ולא נשאר אלא חד ספק כו' ואור"י דרובא דברצון לא הוי רוב גמור כו', ובאס"ז מבואר דמתרצים בפשיטות משום דסמוך מיעוטא דאונס לחזקת היתר לבעלה והוי פלגא וע"כ בספק אחד אסורה ובס"ס מותרת וע"כ מהני הס"ס, ולפ"ז צ"ע בטעם הירושלמי דאוסר דהא איכא ס"ס ולמשנ"ת בשי' הירושלמי דבספק אחד אסור משום סוטה והא בספק סוטה גם משום איסור סוטה לא מהני חזקת היתר וכ"כ במשמרת הבית שער ד' דלא מהני חזקת היתר בזה משום ספק סוטה ולהכי אי אפ"ל לומר סמוך מיעוטא לחזקת היתר והו"ל פלגא דחזקה לא מהני כלום ולהכי ספק אונס דהוי מיעוט אינו מצטרף לספק דאינו תחתיו כיון דלא הוי ס"ס בעצם דלא הוי ספק השקול רק ע"י צירוף חזקה וחזקה בספק סוטה לא מהני ובתלמודא דידן דלא נזכר משום ספק סוטה כלל ורק דאסור משום ספק איסור שפיר מצטרף החזקה להמיעוט והוי פלגא ופלגא וע"כ מהני הס"ס. **אולם** צ"ע באמת מאי טעמא לא חשו בתלמודא דידן משום ספק סוטה [וסבור הייתי לומר עפ"י שי' המהר"י באסאן דחד"א הוא מטעם נדר ואין לו דין סוטה וע"כ יש לו

דין ספק איסור ומהני בו חזקה, ולפ"ז בטענת דמים דלא הוי חד"א רק בירור לא מהני חזקה לאסור משום ס"ס ויתישב לפ"ז בריש כתובות משה"ק בתוד"ה שאם דבשאר נשים דאיכא ס"ס אמאי תנשא ליום הרביעי לפמש"כ י"ל דלמאי דמשני בד"ט לא דקטעין טענת דמים הא לא מהני ס"ס, אולם מד' הרמב"ם בפי"ח מהל' איסו"ב הל' י' שכ' שמצא דרוסת איש ועי' במ"מ שם בין בטענת פ"פ ובין בטענת דמים בס"ס מותרת יעוי"ש, ובאמת שי' מהר"י באסאן נדחה מרוב הפוסקים דחד"א הוא מצד נאמנות וגם לפי דברי המהרי"ב י"ל דחד"א הוא מטעם נדר הוא דהחד"א כפי דין נאמנות וכיון דבנאמנות נאסרת משום ס"ס יש עליו דין חד"א] ולכאורה נראה לתרץ כיון דנולד הספק אחר שמצא פ"פ ומתחלה הא לא נחשדו על עריות וכמש"כ התוס' דסוטה דכ"ח דגבי מקוה קודם שנמצא חסר בשעת טבילה לא ראינו שום ריעותא דאיכא לספוקי על ידו ומה"ט י"ל כיון דהספק נולד אח"כ הוי כטומאה למפרע דבכה"ג לא ילפינן מסוטה וכמש"כ התוס' בריש נדה וכמו שהסביר הש"ש בשי' המהר"ם בשמעתתא א' פי"א משום דבטומאה דלמפרע בשעת לידת הספק ליכא רגל"ד ומשו"ה במקוה שנמדד צריכים אנו לטעמא דתר"ל גם ברה"י יעוי"ש היטב ולפ"ז י"ל דכיון דלא הי' לנו בשעת לידת הספק רגל"ד רק אח"כ הוי כטומאה למפרע, אולם לא דמי דבכל טומאה דלמפרע אין אנו דנין כלל על להבא דהאשה הרי היא טמאה לפניך וכן המקוה הוא חסר לפניך ורק שאנו דנין בשעה שנגעו הטהרות באשה או על הטמא הטובל במקוה באותו שעה וכיון דאז לא הי' מקום להסתפק הוי טומאה למפרע משא"כ במצא פ"פ שעי"ז נתודע ורגלים לדבר שנבעלה ואנו מסתפקים להבא אם נבעלה באופן האוסר תחתיו או רצון או באופן שאינו אוסר לאו תחתיו או אונס בכה"ג שאנו דנין להבא אם זינתה ונאסרת או שהיא מותרת הרי הוא ספק סוטה להבא ומה לי אם נתברר באותו שעה בשעת לידת הספק או שנתברר אחרי כן שיש לה איסור ספק להבא, ונראה לישב לפמש"כ הש"ש בש"א פט"ו לחדש דבספק סוטה מהני חזקת הגוף ודוקא חזקת הדין כמו חזקת היתר לא מהני כמו בסוטה שיש לה חזקה שאינה טמאה ודאי משא"כ חזקת הגוף דעדיף מרובא והא רובא מהני אפילו ברה"י כמבואר בחולין ד"י יעוי"ש, וכתב ע"ז הש"ש ואין להקשות דהא דסוטה נמי איכא חזקת כשרות דזה נמי מיקרי חזקת הגוף זה ליתא כיון דקינא לה ונסתרה ויחוד אסור מן התורה א"כ חזקת כשרות דידה איתרע ואין לה אלא חזקת היתר לבעלה וזה אינו חזקת הגוף ומשו"ה בחזקת הגוף דלא שמענו מסוטה טהור אפילו ברה"י יעוי"ש היטב ועי' בשימק"ו כתובות ד"ט מה שהביא בשם הריטב"א והרשב"א דמסייע לה חזקה דגופא ובלשון הרשב"א ברי עם חזקת כשרות דגופה, ולפ"ז במצא פ"פ דלא איתרע כלל חזקת

כשרות דידה וחזקת צדקות דידה עוד עדיפא דלא נחשדו בנו"י על עריות והוי חזקת הגוף כמש"כ הש"ש דכה"ג גם בספק סוטה מהני וע"כ ס"ל להבבלי דאין לה דין ספק סוטה כיון דחזקת צדקות דידה לא איתרע, ולא מיבעי בספק רשויות דאסור רק מצד ספק סוטה לבעלה והא בספק סוטה ע"י קו"ס איתרע לה חזקת צדקת משא"כ בזה דחזקת צדקת שלה לא איתרע אלא אפילו אם הספק הוא בודאי רה"י מ"מ י"ל דחזקת צדקת דלא איתרע מהני, ושי' הירוש' גבי משארסתני נאנסתי דאסור לקימה משום ספק סוטה דס"ל דבספק סוטה לא מהני חזקת צדקת ג"כ להכי לא הוי ספק ספיקא.

ובזה יתישב מה שתמה הנובי"ת באה"ע סי' י"ד על הירוש' דמאי שנא דאסור לקימה משום ספק סוטה אף שיש בזה ס"ס משום דרובא ברצון ומ"ש דנאמנת לגבי כתובה הא לגבי כתובה איכא ג"כ רובא דרצון וספק דאינו תחתיו ויעוי"ש מה שתירץ משום שהבעל אינו חושדה שזינתה ברצון ורק אנן חיישינן לה לגבי איסור, ויחודש לדבריו דאם הבעל מסופק באמת גם לר"ג אינה נאמנת ולמש"כ א"ש דלגבי כתובה הא מהני חזקת צדקת כחזקת הגוף ומצטרף למיעוטא דאונס ולר"ג מהני חזקת הגוף עם ברי אבל לגבי איסור בספק סוטה הא לא מהני שום חזקה וס"ס לא הוי דאונס הוי מיעוטא וכל זה לשי' הירוש' אבל לשי' הבבלי מהני חזקת צדקת כמש"כ אפילו ברה"י.

סימן ח

אייר תרנ"ח. **הערה בריש סוטה.**

א

בריש סוטה ר' יהושע אמר מקנא לה עפ"י שנים ומשקה ע"פ שנים והכי קיי"ל להלכה כמבואר ברמב"ם פ"א מסוטה ובשו"ע ס' קע"ח וק"ל דהא עפ"י שנים עדים יקום דבר ולא חצי דבר, והרי עדי קינוי ועדי סתירה הא הוי חצי דבר דעדי קינוי בלא עדי סתירה או עדי סתירה בלא עדי קינוי לאו כלום הוא ומשמע דאינו צריך שאלו העדים ששמעו הקינוי המה יהיו ג"כ עדי סתירה ולא אישתמיט תנא למימר הכי ואי"ל דגזיה"כ הוא בה ולא בקינוי בה ולא בסתירה דאפ"ל דעל חד כת קאי שאותו כת עדים יהיו ע"ק וע"ס, ולשי' התוס' בב"ק וגיטין דס"ג דכיון דהעדים רואים מה שיכולים לראות דבר שלם קרינן בי' לק"מ אבל לשי' הרי"ף דס"ל דבעינן שיהי' תועלת בעדותם וא"כ איזה תועלת יש בעדי קינוי לחודא או בעדי סתירה לחודא דאינה נאסרת זה בלא זה, וכה"ג הקשו התוס' בב"ק ד"ע לשי' הרי"ף מגיטין דס"ג דאיך מצרפינן עדי אמירה לעדי קבלה ובגיטין תירצו התוס' דלמ"ד בגמ' שליש נאמן ל"צ עדי אמירה לעדי קבלה כו' והכא ל"ש תי' הנ"ל,

והנה הרשב"א והרמב"ן תירצו בגיטין שם דזהו לא הוי חצי דבר כלל כיון דעל האמירה שנעשה שליח וראוי לקבל הגט דבר שלם קרינן בי' דהעדים מעידים שראוי לקבל הגט וידו כידה ונראה דהחילוק דהא דבעדי חזקה לא מהני לרע"ק היינו דע"י העדות של שנה אחת לא נתחדש כל דבר והא עדי חזקה אין זה אלא ענין ראי' בעלמא וכל שלא נגמר הבירור א"כ אין כאן עדות כלל ול"ש לומר דחזי לאצטרופי כיון שאין זה חלק מן עצם המעשה אלא שזהו חלק מן הבירור וא"כ כיון דאין כאן עדות ג' שנים אין זה בירור כלל אבל בשליחות הגט שע"י העדים נעשה שליח וראוי הוא לקבל הגט בפניהם הרי נתחדש ענין מחודש על פיהם וא"כ הכי נמי בעדי קינוי וסתירה דמה שנאסרת בסתירה הוא לפי שהיה הקינוי מקודם וע"י הקינוי ראוי היא להאסר ע"י סתירה גרידא והוי כדבר שלם לשי' הרמב"ן והרשב"א, אולם לשי' התוס' אינו כן אליבא דרע"ק וכן לא ס"ל להתוס' לשיטת דהרי"ף אלא כיון שצריך לגמר הגט עדים הוי חצי דבר א"כ אכתי יקשה כנ"ל והנה במקנא מאבי' ואחי' דקיי"ל דמקנין על ידם י"ל דאיכא תועלת דאסורה להתיחד ע"י הקינוי כמבואר בב"ש סי' קע"ח ס"ק ב' אבל בסתם קינוי דבלא"ה אסורה להתיחד א"כ אין תועלת כלל מעדי קינוי גרידא שו"מ שבעיקר הקושי' כבר התעוררו בזה המחברים.

ב

ונראה לישב עפמש"פ הרמב"ם בפ"א מהל' סוטה הל' ח' קינא לה בפני שנים וראה אותה שנסתרה עם זה שקנא לה עליו ושהתה כדי טומאה הר"ז אסורה עליו ויוציא ויתן כתובה שאינו יכול להשקותה על פי עצמו, ומבואר בד' הרמב"ם בהלכה ב' שפ' כר"י דסתירה בפני שנים ואפי"ה פ' דברואה שנסתרה הר"ז אסורה ונראה בשי' הרמב"ם דגם ר"י דס"ל דמשקה עפ"י שנים ולא עפ"י עצמו היינו רק על דין השקאה או להפסידה כתובתה אבל לאוסרה על עצמו נאסרת כיון דראה אותה שנסתרה דהא לא גרע מטומאה ואלו ראה שאשתו זינתה אסורה עליו ולא איברי סהדי אלא לשקרי וכמש"כ התוס' בכתובות ד"ט ה"נ בראה שנסתרה דכיון דע"י קינוי וסתירה אסורה מנטמאה א"כ מה לי אם ראה שזינתה או שראה שנסתרה ורק על ההשקאה ממעטינן מגזיה"כ דבה ולא בסתירה דבעינן עדים דע"י עדים יכול להשקותה וכ"ז בסתירה דהוא ענין של ספק זינתה ע"י הרגל"ד אבל בקינוי שאין בקינוי עצמה ספק איסור של זנות בזה גזיה"כ דבעינן ב' עדים וע"כ לא כתב הרמב"ם הדין בקינוי על פי עצמו רק בפכ"ד מהל' אישות שחשש להא דריב"י כהא דרב חמא בסורא אבל לר"י דס"ל דמקנא על פי שנים אין שום סרך איסור בקינוי על פי עצמו ולהכי בהל' סוטה לא זכר הדין דקינוי על פי עצמו דכיון דפסק כר"י אין בקינוי ע"פ עצמו איסור דאין זה מדין נאמנות רק שמעשה הקינוי אינו ע"פ

התנאים וכמו דבקינוי קיי"ל דאם רצה למחול יכול למחול א"כ זהו ענין גזיה"כ שהקינוי צריך להיות על פי תנאים ידועים ולהכי לא מהני קינוי בפ"ע בלא עדים שאינו מתהוה הענין כלל שלא בעדים, וכה"ג כתב השאגת אריה בתשובות הנספחות והנדפס ג"כ בס' בית אפרים לפרש ד' הירושלמי בסוטה דקינא בע"א שחרית וע"א ערבית לא הוי קינוי ונסתרה ע"י עדות מיוחדת הוי סתירה יעוי"ש בסי' מ"א והוכיח ג"כ מהא דרב חמא בסורא דחשש לריב"י אבל לר"י לא חייש והא לר"י שהבעל יודע מהקינוי שמקנא בעצמו א"כ אף לר"י תיאסר עליו אע"כ דשאני קינוי דאינו מתהוה כלל בלא עדים כמו קידושין. **וביותר** נראה להסביר החילוק בין קינוי לסתירה אע"ג דמחד קרא נפקא בה ולא בקינוי בה ולא בסתירה א"כ לכאורה חד דינא לתרווייהו ומאי שנא קינוי מסתירה נראה דשאני סתירה דהספק הוא שמא זינתה הוי דבר שבערוה דאין דבר שבערוה פחות משנים ודין טומאה אית לה ולא גרע מטומאה דבאשתו זינתה אסורה לו היכא שראה הבעל אע"ג שאין עדים בדבר משא"כ קינוי דאין זה דשב"ע אלא גרם לדשב"ע ע"ד שכ' הרמב"ם בפ"ג מהל' אישות הל' ט"ו דבמינוי שליחות לגרש האשה א"צ עדים ועי' ברא"ש בפ' האיש מקדש דבשליחות שאין זה גמר הדבר א"צ עדים ומהני הודאה וה"נ בקינוי כיון שאינה נאסרת עי"ז ואין זה גמר הדבר ל"ה דשב"ע ואין זה אלא גרם לדבר שבערוה ולפ"ז ע"כ הא דקינוי בעי ב' עדים לאו משום דשב"ע הוא אלא גזיה"כ הוא דבעי ב' עדים כמו התראה בחייבי מיתות וחייבי מלקות ואין זה מצד אמיתת בירור הדבר ולהכי אף שקינא בפ"ע אין קינוי כלום בלא עדים.

ולפמשנ"ת בשי' הרמב"ם דלאוסרה על בעלה כל שראה שנסתרה נאסרת ולא איברי סהדי אלא לשקרי י"ל משה"ק דהא הוי חצי דבר עפמש"כ התוס' בגיטין דס"ג לתרץ דכיון דהשליש נאמן לא הוי חצי דבר וביאור הדבר דכל היכא שא"צ עדים על גמר הדבר אין זה חצי דבר ולפ"ז גם בעדי קינוי כיון דע"י הקינוי נאסרת אח"כ בסתירתה אף בלא עדים רק שרואה הבעל בעצמו שנסתרה וממילא לא הוי הקינוי חצי דבר כיון דגמר הדבר סתירה אפשר שתגמר ושתיאסר גם בלי עדים וכיון דיש תועלת בעדותו של הקינוי לאסור אח"כ בסתירה בלא עדים לא הוי חצי דבר, ולהכי ג"כ לא הוי חצי דבר עדות הסתירה כיון שעדי קינוי אין צריכין לעדי סתירה כנ"ל וכמבואר בב"ק ד"ע דכיון דעדי קידושין ל"צ לעדי ביאה אע"ג דעדי ביאה צריכין לעדי קידושין לא הוי חצי דבר וה"נ אע"ג דעדי סתירה צריכין לע"ק כיון דע"ק א"צ לעדי סתירה ובראיית הבעל סגי ל"ה חצי דבר וא"ש.

ג

ומדברי רש"י במתניתון דריש סוטה בד"ה ומשקה עפ"י ע"א או על פי עצמו כו' נאסרת בסתירה עד שתשתה מבואר דלר' יהושע אינה נאסרת ג"כ וכן דקדק הגרעק"א בגליון למשניות מלשון רש"י ולכאורה יש להוכיח כן מדהגמ' דקאמר הא למשנתינו יש לדבר סוף זימנין דלא איסתתר ואמר איסתתר והא לשי' הרמב"ם גם לר' יהושע אין לדבר סוף דכיון דאמר איסתתר אף שאין להשקותה מ"מ הרי נאסרה עליו ואולי י"ל לשי' הרמב"ם דהא דקאמר אין לדבר סוף היינו להפסידה כתובתה וכן מבואר בירושלמי על דברי ר' יוסי בר"י א"כ אין לדבר סוף כו' על מתניתין הכל ממנו לקנאות כו' ולפוסלה מכתובתה דכל זמן שאינה שותת הרי נאסרת עליו ונפסדת כתובתה אבל מה שתוכל להאסר על פיו ע"י שקר אין אנו חוששים שהרי נאמן לומר שאשתו זינתה למישוי אנפשיה חד"א אבל כיון שאינו נאמן להפסידה כתובתה אין אנו חוששין לכך וע"כ גם במקנא אם נסתרה על פי עצמו אף שנאסרת עליו מ"מ אם תכחיש אותו בודאי שאינה מפסדת כתובתה משא"כ לר"א דמשקה על פי עצמו הרי אף אם תכחיש אותו משקה הוא על פיו וכ"ז שאינה שותת מפסדת כתובתה ואין לדבר סוף, וצ"ל לפ"ד רש"י דס"ל דאינה נאסרת ג"כ עפ"י עצמו דלהכי לא הוי חצי דבר כמשכ"ל באות א' מה שתירצו הרשב"א והר"ן בגיטין דעדי השליחות לא הוי חצי דבר דהעדים מעידים שראוים לקבל הגט וה"נ קינוי כיון שראוי שתיאסר על ידי זה הוי דבר שלם.

ד

ובמש"כ ב לשי' הרמב"ם דקינוי לא הוי דבר שבערוה משום דהוי רק גרם לדבר שבערוה רק שצריך עדים כמו התראה יש להעיר במש"כ התוס' בסוטה ד"ג בד"ה מה להקשות בדברי המשנה שם מה עדות אחרונה שאוסרתה איסור עולם מתקיימת בעד אחד עדות הראשונה שאין אוסרתה איסור עולם אינו דין שתתקיים בע"א דהוי מצי למיפרך מה לעדות האחרונה שכן רגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה ובאמת לכאורה יותר יל"ק דלמ"ל קרא דבה למעוטי קינוי וסתירה כיון דידעינן מגזי"ש דדבר דבר דאין דשב"ע פחות משנים ממילא ידעינן דקו"ס בעי שנים דמעדות אחרונה א"א למילף שכן רגלים לדבר, ולמש"כ לשי' הרמב"ם שמינוי השליחות א"צ עדים א"כ בקינוי שאינה נאסרת על ידו מהכ"ת נימא דבעי שנים והו"א דדינו כשארי איסור והיתר דסגי בע"א ואי"ק דבה גזיה"כ למעוטי קינוי דהוי כהתראה, והפירוש במשנה שדן בקו"ח לעדות הראשונה מעדות האחרונה והא עדות אחרונה הוי רגל"ד משא"כ בראשונה, נראה דבאמת הא דאיצטריך קרא דנאמן עד אחד לאחר קו"ס ובלא קרא לא ידעינן אעפ"י שיש רגל"ד משום דמה בכך

שיש רגל"ד ואיתרע חזקת היתר שלה והוי ספק מ"מ מהכ"ת שיהי' נאמן ע"א בתורת ודאי, והנה לשי' הראשונים דדבר שבערוה אף בלא איתחזק אינו נאמן מהכ"ת יהי' נאמן, וגם לשי' הפוסקים דבעי איתחזק י"ל דאף דאיתרע חזקת טהרה שלה מ"מ נשארה בחזקתה שאינה טמאה ודאי כמש"כ התוס' בריש נדה, ובמק"א כתבתי לבאר בזה שי' הרמב"ם עפ"י מש"כ המל"מ שם לשיטתו דע"א אינו נאמן רק לפני השקאה ולא לאחר השקאה משום דבאמת ע"א אינו נאמן על עצם המאורע רק שעדות הע"א הוא למנוע השקאה וזהו דין מדיני השקאה שכל שיש ע"א מונע השקאה ולאחר השקאה אינו נאמן וביותר י"ל כיון שכבר נאסרה ע"י קינוי וסתירה ואין הע"א מחדש עצם האיסור לבעלה ורק שהי' לה בירור השקאה ועדות הע"א מונע ההשקאה וזהו דין כשארי איסורים דנאמן ע"א ולא הוי דבר שבערוה כלל וזהו מה שדן בקו"ח דמה עדות האחרונה שאוסרתה איסור עולם דע"י מניעת השקאה תיאסר לבעלה ממילא דאעפ"י שיש רגלים לדבר מ"מ היתה ניתרת ע"י השקאה וסגי בע"א לפי דזהו דין מדיני השקאה ואין זה דבר שבערוה ועל זה נאמן ע"א ומכש"כ עדות הראשונה שאין אוסרתה איסור עולם ורק שצריכה השקאה ויש לה תקנה להשאר בהיתר תחת בעלה ורק שגורם לדין השקאה מכש"כ דלא הוי דבר שבערוה ולהכי איצטריך קרא למעוטי דלא נילף מעדות האחרונה וצריכה שתי עדות על סתירה שאוסרה לפי שעה והוי דבר שבערוה ועל קינוי דלא הוי דבר שבערוה כלל בודאי דאי"ק דבה לפי המסקנא דבעי ב' עדים.

ה

והנה התוס' שם בדבור הסמוך בד"ה נאמר כתבו תימא למ"ל גזי"ש אפילו בלא גזי"ש מהיכ"ת לי' דליתהמין בה ע"א מעדות אחרונה ליכא למילף דאיכא פירכא וקושייתם שם על המסקנא דטומאה בעלמא בלא קינוי וסתירה דלא מהימן ע"א דלמ"ל קרא להכי הא מעדות ע"א אחר קו"ס אין ללמוד דשאני התם דהוי רגל"ד, וצ"ע דהא אלמלא קרא דדבר דבר הו"א דדבר שבערוה הוי כשארי איסורים דע"א נאמן והא דאי"ק דע"א נאמן לאחר קו"ס שנאמן. אף בהכחשה שהאשה מכחשת ואומרת טהורה אני דמצד ע"א נאמן באיסורים ע"א בהכחשה לאו כלום הוא והו"א שראוי' להשקאה ולהכי איצטריך קרא שהע"א נאמן אבל באופן דלא הוי בהכחשה ובאופן דלא הוי הודאה ג"כ (ועי' בר"ן בשלהי נדרים בשם אחרים דמדינא אינה נאמנת גם בהודאה להפקיע א"ע מבעלה כיון דמשועבדת לו וגם בשותקת הדין כן) והו"א דדבר שבערוה הוי כשארי איסורים דנאמן ע"א ולהכי איצטריך למילף מדבר דבר דאינו נאמן, וצ"ל דקושיית התוס' לפ"מ דמספקא לן ביבמות דפ"ח אי ע"א נאמן באיסורין נגד חזקה א"כ להך צד דגם באיסורים אינו

נאמן נגד חזקה קשה על משנתינו למ"ל גזי"ש דבר דבר שאין ע"א נאמן בטומאה, אולם גם זה יש ליישב דנפ"מ לענין בועל דהו"א דאסורה על פי דברי עד אחד דלדידי' לא הוי בחזקת היתר ואף דבגמ' אמרו כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל ובכתובות ד"ט התם אונס הוי וכל דמותרת לבעל מותרת לבועל שאני הכא דלפי הך צד דזינתה אסורה לבעל ג"כ אלא דספק לבעל מותרת משום חזקת היתר ולבועל דליכא חזקת היתר ראוי שתיאסר, [ועי' ש"ש ש"א פ"י בכה"ג בס"ט ברה"ר דטהור אפילו היכא דליכא חזקה דילפינן מבועל] ואם כי הדבר שנוי במחלוקת דלרבה דס"ל ביבמות ד"ל דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת אף היכא דנולד הספק בחיי הבעל חשוב חזקת היתר גם לגבי הבועל מ"מ י"ל דלהך צד דר"ל דע"א אינו נאמן נגד החזקה ס"ל כאביי ביבמות שם דבכה"ג לא הוי חזקת היתר, [ועי' ש"ך יו"ד סי' נ' וש"ש] והו"א דעדות ע"א בטומאה מהני לאוסרה לגבי הבועל ולהכי אצטריך קרא דע"א בטומאה אינו נאמן לגבי הבועל משום דהוי דבר שבערוה ואף דלפי התי' בתוס' יבמות ד"ג דטומאה כתיב כעריות הוא רק לגבי הבעל ולא לגבי הבועל מ"מ ילפינן דגוף הזנות הוי דבר שבערוה וכיון דאינו נאמן על עצם הטומאה מצד דהוי דבשב"ע מותרת לבועל ולולא יראתי לשלוח יד להגיה בדהתוס' הייתי מגיה במקום גזי"ש בה היינו דלמ"ל קרא דבה אפילו בלא קרא דבה מהכ"ת דליתהמין ע"א דמעדות אחרונה ליכא למילף ובדבור הקודם הקשו דהוי מצי למיפרך הק"ו מעדות האחרונה שכן רגלים לדבר, ואח"כ הוסיפו להקשות דלמ"ל קרא דבה דאחרי שידענו מגזי"ש דדבר דבר דאין דבשב"ע פחות משנים ממילא דגם בקינוי וסתירה בעי שנים כיון דמעדות האחרונה ליכא למילף שכן רגלים לדבר.

סימן ט

ע"ד השאלה בשומרת יבם שניסת בטעות לאיש אחד פה באנטיקאליע, בדעתה שכיון שהיו לה בנים ומתו כבר א"צ חליצה, ולאיש שניסת לא נודע כלל שהיא זקוקה ליבם ושצריכה חליצה ממנו ואחרי איזה ימים אחר החופה נודע להרבנים מפיה. ונתרצית להתגרש באופן שהרבנים יורו להם היתר שישאו זא"ז אחרי הגט והחליצה והבטחנו לעיין בדינם ולדבריהם הי' חופת נדה ורק חופה גרידא, ועתה אחרי הגט והחליצה שואלים ומבקשים למצוא פתח היתר שישאנה, ובאשר אין לה מקום מחסה והיא שעת הדחק גדול העירני רומעכת"ר לעיין בזה ולהגיד חו"ד לדינא והשאלה מסתעפת בזה. א אם שומרת יבם שנכנסה לחופה ולא נבעלה תצא מזה ומזה, ב' אם יש להם נאמנות

שהי' רק חופה גרידא, ג' כיון שהם דרים ומוחזקים כאיש ואשה מיחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים.

א

והנה בספק הראשון בשומרת יבם שנכנסה לחופה ולא נבעלה אי תצא מזה ומזה מבואר בב"ש סי' קנ"ט סק"ז אפילו לא בא עליה ב"י וכ"מ וד"מ עכ"ל וכ"כ היש"ש ביבמות דבנכנסה לחופה גרידא נאסרת ועי' במהרשד"ם סי' כ"ב, ובאמת לפי הנראה בכ"מ ובב"י מספקא לי' בזה בלשון הרמב"ם בפ"ב מהל' יבום הלכה י"ח שכ' ואם נשאת לאחר ובעל לוקה הוא והיא ומוציאה בגט ואפילו הי' לו כמה בנים ממנו ונאסרה עליו ועל יבמה ויבמה חולץ לה כו' וכתב ע"ז הכ"מ משמע מדברי רבינו דדוקא כשבעל אבל אם לא בעל לא נאסרה עליו ויש לדחות דלא נקיט בעל אלא משום מלקות כ"כ בב"י מבואר דהב"י מספקא לי' בלשון הרמב"ם ולא העלה דבר ברור ובד"מ לא הגיה בזה כלום וכיון דהב"י מספק"ל לא אדע למה כ' הב"ש לדבר פשוט שכן הוא ולפי הנראה בסברתו דכיון דהטעם הוא משום דמיחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים ושם מבואר בנמוק"י ביבמות פ"ט דאף בנכנסה לחופה ולא נבעלה הדין כן וממתניתין דתני רק בנתקדשה דמותרת מבואר דרק נתקדשה ולא כן בניסת, והנמוק"י כתב בטעם דגם נכנסה לחופה חשוב קא עבדי איסורא לפי שהיא קרובה לביאה וכ"כ הריטב"א והובא בב"י סי' י"ז ובשו"ע שם סעיף נ"ו הגיה הרמ"א אפילו לא נבעלה וא"כ מה"ט גם ביבמה לשוק דמיחלפי באשה שהלך בעלה למדינת הים אפילו בנכנסה לחופה ולא נבעלה אסורה אולם יש לי בזה מקום עיון לדינא והוא לפמש"כ הרא"ש בפ"י מיבמות סי' ו' בשם הראב"ד דהיכא שנשאת על פי עדים אשת גיסו מותרת אגיסו ואשתו מותרת לו דבהא אפילו ר"י נפחא שרי כו' ואע"ג דבאשה שהלך בעלה למדינת הים אסורה לחזור לו אפילו בעדים דלא אמרינן מינס אניס התם הוא דאיכא למימר גירש זה ונשא זה אבל הכא כיון דאחות אשתו היא לא מתסרא משום ליתא דנפשה אלא משום דאתי לאחלופי כו' מסתי' דגזרינן בה בעד אחד דדמיא לפשיעותא אבל כשנשאת בעדים לא גזרינן בה והרמב"ן חולק ע"ז משום דבאשת גיסו אע"ג דל"ש למימר גירש זה ונשא זה מ"מ זימנין דאתי גיסו תחלה יעוי"ש ולהכי בנתיבמה בטעות כתב הרמ"א בסי' קנ"ט דמותרת לבעלה אם היתה נשואתו לפי דל"ש שלא יאמרו ויעוי' בב"ש שם ובסי' ט"ו דזהו על פי שי' הרא"ש בר"פ האשה רבה דתרתי טעמא בעינן שמא יאמרו גירש זה זה ונשא זה ודעבדי איסורא דלא כהרי"ף אבל היכא דל"ש חשש שמא יאמרו לא קנסו רבנן.

ובשי' הראב"ד נראה דחלוק עד אחד מב' עדים דבעד אחד דשרינן לשוק מטעם דייקא ומינסבא ולהכי כשבא בעלה הרי קמן שלא דייקה ופשעה בזה וקרובה לרצון אסרו חז"ל מצד עצמה והקילו בתחלתה משום סופה כדי שתדייק וכיון שלא דייקה הוי כרצון אבל בב' עדים דהוי אנוסה ממש דלא משום דייקא מותרת רק על פי העדים ולהכי רק משום חשש דשמא יאמרו גירש זה ונשא זה קנסוהו היכא דקא עבדי איסורא אבל היכא דליכא חשש שמא יאמרו אין מקום לקנוס ולהכי אשת גיסו מותרת אגיסו בב' עדים משום דליכא שמא יאמרו אבל בעד אחד אסירא דיש בזה איסור מצד עצמה דדמיא לפשיעותא, ומה"ט חידש הכנסת יחזקאל בתשו' סי' ס"ז דהיכא דבאו ב' עדים שמת היבם כו"ע מודים דלא תצא לפי דביבמה לשוק ל"ש גזירה שמא יאמרו כמש"כ התוס' בגיטין ד"פ בד"ה נישאו דבשומרת יבם דאם זינתה במזיד לא נאסרה דלא כרב המנונא לא גזרו רבנן שמא יאמרו רק משום דאתי דאחלופי באשה שהלך בעלה למדינת הים והיכא דליכא חשש דשמא יאמרו מותרת היכא דאיכא ב' עדים דהוי אנוסה גמורה יעוי"ש שהאריך בזה, ולפי זה אני אומר מה אם ניסת ע"פ שני עדים דעכ"פ עבדי בה איסורא אלא דהוי אנוסה ואין מקום לקנס כיון דאין כאן איסור של קרוב לרצון וגזירה דשמא יאמרו ליכא ומכש"כ היכא דנכנסה לחופה ולא נבעלה ל"ש לאסור מצד דין דזנות ורק משום שמא יאמרו גירש זה ונשא זה וא"כ היכא דל"ש גזירה זו כמו שומרת יבם או באשת גיסו בעד אחד לשי' הראב"ד היכא דלא הי' רק חופה ורק משום דמיחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים והא בכה"ג שאין איסור עצמיות וגזירה דשמא יאמרו ליכא לא גזרו משום דאתי לאחלופי כנ"ל, ולשי' הרי"ף המובא ברא"ש בר"פ האשה רבה שגורס אלא היכא דעבדי איסורא גזרו בה רבנן וחזר מתחלה משום דשמא יאמרו והעיקר משום קנס, ולשיטה זו אין נפ"מ בין ע"א או ב' עדים וגם היכא דל"ש גזירה שמא יאמרו ויעוי' בב"י סי' י"ז ובסי' קנ"ט ולדידי' י"ל ביבמה דל"ש שמא יאמרו מ"מ קנסוהו משום דמחלפי בכל גווני כמו בא"א דלא גזרו ג"כ משום שמא יאמרו, אבל לפי הכרעת הפוסקים דלא כהרי"ף וכמו שהכריע ג"כ הרמ"א להלכה בסי' קנ"ט בנתיבמה בטעות דמותרת לבעלה משום דליכא גזירה דשמא יאמרו ולא קנסוהו ומה"ט גם בנכנסה לחופה ולא נבעלה אין מקום לאיסור בשומרת יבם ולהכי לא הגיה הרמ"א בסי' קנ"ט ביבמה שניסת לזר אפילו נכנסה לחופה ולא נבעלה כמו שהגיה בסי' י"ז דדוקא בא"א כתבו הראשונים הנמוק"י והריטב"א לאסור בנכנסה לחופה משום דאיכא גזירה דשמא יאמרו לא כן בשומרת יבם שנכנסה לחופה לזר כאמור.

ושיטת הרמב"ם בפ"י מהל' גרושין הל' ו' דלהכי בנתקדשה אין אנו חוששין שמא יאמרו א"א יוצאת בלא גט כיון שלא נישאת יאמרו תנאי הי' בקדושין ולא נתקיים התנאי ויעוי' בלח"מ שם בשי' הרמב"ם דלפי המסקנא עיקר החילוק בין קדושין ונשואין לפי דיש תנאי בקדושין ואין תנאי בנשואין ולהכי גם בנכנסה לחופה ולא נבעלה בדין שתהי' אסורה לפי שאין תנאי בחופה וכדקיי"ל כן להלכה ברמב"ם פ"ז מהל' אישות ובשו"ע אהע"ז סי' ל"ח [וד' הקרבן נתנאל שכ' בפ"י דיבמות אות ג' דקיי"ל דיש תנאי בחופה יעו"ש שגבו ממני] ויעוי' בביאור הגר"א בסי' י"ז סעיף נ"ו שכ' להוכיח מד' התוס' ביבמות פ"ט דמקשה דהו"ל לתרץ דלפי שאין תנאי בנשואין דאלמא גם בנכנסה לחופה כן ולהכי לשי' הרמב"ם גם לפי המסקנא עיקר הטעם לפי שאין תנאי בנשואין ולהכי גם בנכנסה לחופה נאסרת שלא יאמרו א"א יוצא בלא גט ולהראשון נאסרת שלא יאמרו שהוא מחזיר גרושתו משניסת משו"ה היכא דל"ש החשש דשמא יאמרו פסק הרמב"ם בפ"י ה"ט דהלכה אשתו הנשואה כו' אשתו מותרת וכ"כ המל"מ שם בהל' ד' בשי' הרמב"ם דס"ל דהעיקר הוא משום שלא יאמרו מחזיר גרושתו משניסת ולא משום קנס. [וזהו דלא כהנראה מהב"י בבדה"ב עיי"ש] ומצדד ג"כ בשי' הרמב"ם דקנס ל"ש רק בעד אחד ולדידן דקיי"ל אפילו בנשאת בב' עדים תצא מזה ומזה וע"כ הא דאסורה לראשון משום שלא יאמרו החזיר גרושתו משניסת יעו"ש ולפ"ז בשומרת יבם דל"ש שמא יאמרו צ"ל דגזרו משום דאתי לאחלופי וסגי לגזור רק היכא שהיתה איסור ביאה כמש"כ הראב"ד לחלק בין ע"א וב' עדים.

עוד יש לצדד בזה גם לפי ס' הנמוק"י דהיכא דעבדי איסורא גזרו בה רבנן דגם בנכנסה לחופה ולא נבעלה חשוב עביד איסורא משום דהוי יחוד הקרובה לביאה וי"ל עפמש"כ הטעם המלך בפ"י מהל' אישות בקונטרס כבוד חופה לצדד דרק יחוד של א"א ועריות אסור מן התורה ולא כן יחוד חייבי לאוין והובא ג"כ בפתחי תשובה אהע"ז סי' כ"ב דלא כהפרישה והב"ש בסי' כ"ב ועי' בעצי ארזים שם ולהכי גם יבמה לא הוי לשוק אף דמספ"ל אי קדושין תופסין מ"מ לא הוי עריות ואין בזה איסור יחוד מה"ת ולא גזרו בה רבנן היכא דלא עבדי איסורא מן התורה וכ"נ מלשון הרמב"ם בפ' כ"ב מהל' איסו"ב אסור להתיחד עם ערוה מהעריות כו' וחתן שפירסה אשתו נדה כו' ולא חשיב חייבי לאוין וכ"כ הסמ"ג בל"ת קכ"ו בקריבה המביאה לידי ג"ע הכתוב מדבר ומשמע שזהו בעריות דחיי"כ, ועי' בראש בסוף נדה ועי' בתשו' הרשב"א סי' תקפ"ט ועי' פירש"י יבמות דמ"ז אסור לנו יחוד להתיחד עם א"א משום דקורבא מעריות ליכא בגר, אולם מסוטה ד"ז משמע דאיכא איסור יחוד בסוטה דהוי חיי"ל והעמודי אור כתב משום דטומאה כתיב

בה כעריות וזה אינו דהא מיירי בספק סוטה ואפ"ל דלבעלה שאני דגם בה אבל בסתם חיי"ל ליכא איסור יחוד מן התורה גם אי נימא דיש איסור יחוד בחיי"ל מן התורה מ"מ י"ל דלא חמיר כא"א ולא גזרו בנכנסה לחופה גרידא כמו באשת איש.

ב

ויש לה"ר לזה דבשומרת יבם שנכנסה לחופה לזר לא קנסו רבנן דלא חמיר כא"א מגיטין ד"פ דמקשה הש"ס נשאו אין זינו לא לימא תהוי תיובתא דרב המנונא דאמר רב המנונא שומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה לא נישאו וה"ה לזינו והא דקתני נישאו לישנא מעליא נקט כו' וק"ל דמאי מקשה נישאו אין זינו לא דהוי משמע תרווייהו דבכלל זינו ג"כ נישאו כמש"כ התוס' לפרש כן והא י"ל דנשאו היינו נישואין גרידא נכנסה לחופה ולא נבעלה דזה לא הוי ידעינן מזינו דזינו אסורה מדרב המנונא אבל נישואין גרידא מהיכי תיתי וע"כ תני נישאו להורות דכל שהיו נשואין אסורה כדין האשה שהלכה בעלה למדה"י וניסת והא התם מלשון ניסת דייקו הראשונים דנכנסה לחופה ג"כ הדין כן וא"כ להכי תנא ג"כ בגיטין נישאו ויש בלשון נישאו נכנסה לחופה גרידא ועי' יבמות נ"ח נשאו זו וזו כו' ואף דמתניתין תני והולד ממזר מ"מ הא בלשון נישאו הכל בכלל וגם חופה גרידא ולהכי תני בלשון נישאו להורות דגם בנשואין גרידא תצא אע"כ צ"ל דפשוט להש"ס דלא נאסרת ביבמה לשוק ע"י נשואין גרידא משום דגם לרב המנונא לא קנסו רק היכא דעבדי איסורא וכמש"כ לחלק בין יחוד דא"א ליחוד דיבמה לשוק ובע"כ צ"ל דהחילוק הוא משום דעבדי איסורא גם לרב המנונא דמשום גזירה דשמא יאמרו שחלץ ואח"כ החזירה ועבר על לא יבנה גם בנתקדשה גרידא בדין שתיאסר מה"ט דל"ש לומר משום קדושי טעות או תנאי הי' בקדושין כמש"כ הרמב"ם לחלק בין קדושין לנשואין דהא ביבמה אין נפ"מ בזה דעכ"פ הרי חלצה ועובר בחזירתה על לא יבנה וגם אי נתבטלו קדושי זר עובר החלוץ בלא יבנה וע"כ צ"ל לרב המנונא הא דלא גזרינן כן בנתקדשה משום דלא עבדא איסורא לא קנסו רבנן [דבקדושין גרידא לרב המנונא דס"ל כרב דאין קדושין תופסין ביבמה לשוק כמש"כ התוס' בסוטה די"ח וליכא בקדושי יבמה לשוק איסור כשארי חייבי לאוין ולדידן דמספק"ל כרב אי כשמואל ולשמואל למש"כ התוס' ביבמות דמ"ט דללאו הוא דאתי ולקי נמי על קדושין מ"מ כיון דקיי"ל דלא כרב המנונא ויבמה לשוק האיסור משום דמחלפי באשה שהלך בעלה למדה"י וא"כ נהי דעבדי איסורא בקדושין מ"מ לא החמירו ביבמה לשוק יותר מאשת איש] ולהכי גם יחוד חשוב בחייבי לאוין דיבמה לשוק לא עבדי איסורא כנ"ל.

ובזה י"ל קו' התוס' והרשב"א שהקשו אמאי לא מקשה ביבמות הלכה ונשאת זינו לו כדמקשה בגיטין ולמש"כ בהאשה רבה דגם בנשואין גרידא אסורה להכי תני נישאת לאשמעינן דגם נכנסה לחופה ולא נבעלה תצא מזה ומזה וזהו החילוק בין נשואין להלכה ונתקדשה בסיפא אבל ביבמה לשוק דרק בביאה איכא איסור אבל בנישאת שנכנסה לחופה ולא נבעלה ליכא איסור דלהכי מקשה נשאו אין זינו לא וא"ש [והתוס' שהקשו כן משום דלא נתבאר בדבריהם דבנכנסה לחופה ול"נ אסור בא"א ואפשר דלא ס"ל כהריטב"א והנימוק"י וגם בא"א מותר כ"ז שלא נבעלה].

והרשב"א תירץ דבאשת איש אין חידוש דאין חילוק בין זנות לנשואין וכ"כ הרשב"א ג"כ דלהכי לא גזרו ביבמה שזינתה משום דמחלפא בא"א לפי דלא שכיחא ולפי הנראה בדעת הרשב"א בפשיטות דבזינתה תצא מזה ומזה וזה דלא כמש"כ המל"מ בפ"י מהל' גירושין בשי' הרמב"ם דבזינתה דל"ש שמא יאמרו שמחזיר גרושתו דהא אין איסור במחזיר גרושתו שזינתה דמותרת לבעל. ולפה"נ דהרשב"א אזיל בשי' הרי"ף דלפי המסקנא חזר מהא דשמא יאמרו אלא דעיקר כל היכא דעביד איסורא קנסוהו רבנן אבל מד' הרשב"א ביבמות דפ"ט מבואר דס"ל כגירסת הספרים דלא גריס אלא וכן דייק כן מדרש"י והביא שם שיטת הרי"ף יעו"ש. ואולי י"ל בשיטת הרשב"א דס"ל בעד אחד דדמי לפשיעותא כמש"כ הראב"ד בהא בודאי אפילו בזנות אסורה מצד קנס והא דשמא יאמרו דקנסו משום דעביד איסורא הוא בב' עדים דלזה איצטריך לגזירה דשמא יאמרו ולפ"ז אפשר דהיכא שניסת לשוק עפ"י ב' עדים וזינתה גם להרשב"א מותרת ורק בע"א אסורה.

ג

עוד נ"ל להביא ראי' דהיכא דחיישינן רק משום דאתי לאחלופי לא גזרינן בנכנסה לחופה ולא נבעלה כמשכ"ל, מיבמות דק"ט וכתובות דע"ג קטנה שלא מיאנה והגדילה ועמדה ונשאת רב אמר א"צ גט משני ושמואל אמר צריכה גט משני וקשה לרב אמאי א"צ גט משני מדרבנן והא האשה שהלכה בעלה למדינת הים תצא מזה ומזה וצריכה גט משני ודוחק לומר דא"צ גט מן התורה אבל מדרבנן צריכה גט מהשני, ויעוי' באס"ז כתובות שם א"צ גט לא מן התורה ולא מדרבנן בשם הריב"ש יעו"ש וכבר הרגיש בקושיא זו הגאון בעהמח"ס שער משפט בתשובת נחלת אבות ונסתייע מזו לדינא דבנשואי מזיד לא גזרו רבנן ורק היכא שנשאת בהיתר יאמרו א"א יוצאת בלא גט או כמו שמבואר בירושלמי כדי לברר איסורו של ראשון אבל במזיד דאסורה מצד הדין לראשון אף שנשאת בדרך נשואין א"צ גט וכה"ג כ' התוס' ביבמות דמ"ט בד"ה סוטה שכ' ואין ראי' דהתם קנסוה כי היכי דתידוק אבל הכא אינו צריך לקונסה כדי שלא תזנה תחת בעלה. [ועי' בבה"ט

סי' י"ז ס"ק קס"ז מה שהביא בשם המהרלנ"ח לענין הולד ממזר בנשואי מזיד לאחר שגרשה הראשון דבכה"ג לא הוי ממזר דלא קנסוה רק בניסת בטעות].

וביבמות דצ"ב בתוד"ה נותן ספוקי מספק"ל להתוס' בשומרת יבם שניסת במזיד שכ' מתחלה דתצא מזה ומזה אפילו בנשואי טעות וכש"כ בנשואי מזיד דקנסינן לה טפי ואפילו את"ל בכשנשאה במזיד ל"ש למיגזר ולמקנסי' כי היכי דלא קנסינן לה בזינו משום דנשואי מזיד לא שכיח כמו זנות כו' וכמו"כ יש להסתפק בא"א אי צריכה גט משני בנשואי מזיד דהיי כזינתה דא"צ גט מהבועל וגם להיפוך י"ל דרק בשומרת יבם נסתפקו התוס' דהוא רק משום דאתי לאחלופי וע"כ במזיד לא גזרו בה רבנן דהוי מילתא דלא שכיחא וכמש"כ הרשב"א בגיטין דלהכי לא גזרו בזנות דשומרת יבם משום דאתי לאחלופי בא"א לפי דזנות הוא מילתא דלא שכיח אבל בא"א גזרו בכל גוני. ויעוי' בתשו' רעק"א סי' ר"ה בלשון השו"ע שכ' נישאת אפילו בשוגג וכש"כ מזיד והביא ד' הנמוק"י בשם הריטב"א דבנישאת בלא עדים הוי זנות בעלמא, ומשמע בפשיטות דבנישאת במזיד מותרת ליבם והעלה בזה הגרעק"א דד' הנמוק"י הוא לרב דס"ל דאין קידושין תופסין ביבמה לשוק ואין כאן מעשה נישואין הוי זנות בעלמא ומותרת ליבם אבל לדידן דקיי"ל כשמואל דצריכה גט שם נישואין עלה ואינו כזנות בעלמא יעו"ש ולפ"ז י"ל דבא"א דל"ש ענין קידושין ונשואין אפשר דנשואי מזיד הוי כזנות בעלמא וא"צ גט מהשני.

אולם מד' הרשב"א בתשובה המובא בב"י סוס"י י"ז וז"ל נשאלתי רחל באה ואמרה פנוי' אני ונתקדשה לשמעון בשם פלגש בלא כתובה ושהתה עמו כמה ימים ונתיחדה עמו ואח"כ נודע בעדים שכבר נתקדשה לראובן זה שנים ואחר כ"ז נודע שהביא לה אחי' מבעלה הראשון גט לאחר זמן קדושי שני מה יהי' הדין, תשובה אשה זו צריכה גט בין מראשון בין משני כו' ומשנה שלימה שנינו ביבמות פ"ז כו' דכיון שנתיחדה אצלו לאחר הקידושין הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה כו' יעושה"ט, והא התם שהיא היתה מזידה ולבעלה הראשון אסורה מדין תורה ול"ש כדי לברר איסורו כפי המבואר בירושלמי וגם לפי חילוק התוס' ביבמות מ"ט דל"ש לקונסה כדי שלא תזנה מ"מ פשוט להרשב"א שצריכה גט מהשני אלמא דאף בנשואי מזיד הדין כן, ואין להתעקש בד' הרשב"א שהצריכה גט לפי שנתיחדה עמו אחר הגרושין דהרי מתחלה אמר. שצריכה גט משני כדין מי שעמדה ונשאת כו' דהוא בתורת קנס ואח"כ הוסיף דגם מן הדין אסורה וצריכה גט יעו"ש, אם לא דנחלק ונאמר דדוקא היכא שהיא היתה מזידה והבעל השני שוגג והוי דרך נשואין להעדים שלא ידעו שהיא א"א ויאמרו אשת איש יוצאת בלא גט אבל באופן שידעו שניהם מקדושי ראשון ובזה אין זה נישואין גם בטעות וע"כ בקטנה שנתגדלה

ונשאת א"צ גט אבל זה דוחק לחלק וכפי הנראה מד' תשו' הרשב"א דאין חילוק בין נשואי מזיד לשוגג וכן נראה מדרש"י יבמות דצ"ד בד"ה אלא דקמ"ל דאקלקולא דידה חיישי כגון מת בעלי דאי אתי בעלה אמרינן תצא מזה ומזה וכל קלקולי דמתניתין בה הרי דגם באיפן שהיא מזידה קנסוה בכל הדברים המבוארים במתניתין וכיון דאין חילוק לשיטתם בין נשואי מזיד לשוגג וגם בנשואי מזיד צריכה גט וקשה לרב אמאי א"צ גט מן השני ודוח"ל דלשון הגמ' דעמדה ונשאת לאו דוקא הוא והכונה בנתקדשה, (ובשו"ע אה"ע סי' קנ"ה סעיף כ' שאם הי' ידוע שהיו לה ב' שערות קודם שבא עליה הוי קידושין גמורים שודאי בעל לשם קידושין ואם קדשה אחר לא היתה צריכה ממנו גט. ונקיט לשון וקדשה וע"ע בלשון הטור בסי' קנ"ה וכתב הרמב"ם דוקא שלא בעל כו' אבל אחר שגדלה ונתקדשה לאחר אפילו גט א"צ מן השני ומותרת לחזור לראשון ויעוי' בב"י שתמה על הטור מה השמיענו בזה בשם הרמב"ם ומה מלמדנו כאן ולפמש"כ י"ל דנתכוין בזה דדוקא בעל ונתקדשה לאחר אפילו גט א"צ מהשני אבל אם נשאת לאחר בכה"ג צריכה גט מן השני ואסורה לראשון אף שהיו רק נשואין גרידא, או דממעט בנבעלה דצריכה גט מן השני וצע"ק].

על כן נראה דבאמת אין חילוק בין נשואי מזיד לשוגג ואף דל"ש בהו הטעם בכדי לברר איסורו של ראשון ושלא תזנה וגם שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט כיון דידוע להם שנשאת באיסור מ"מ ניהו דלא שייך בהו הטעמים מ"מ צריכה גט משום דמיחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים וכמו דגזרו ביבמה משום דמיחלפא בא"א, וכמ"כ באשת גיסו בדצ"ה משום דמיחלפא וה"נ גזרו במזיד אטו שוגג משום דמיחלפא בא"א שהלך בעלה למדה"י, ולפ"ז כיון דבאמת מצד עצמה בנשואי מזיד ליכא קנס חכמים רק משום גזירה דמיחלפא ולהכי לא גזרו רק בנבעלה שהי' ביאת איסור אבל בנכנסה לחופה גרידא לא גזרו וכמשכ"ל ד' הראב"ד לחלק בין ע"א וב' עדים דלא החמירו בגזירה דמחלפא כמו בא"א גופא, וע"כ בקטנה שהגדילה ועמדה ונשאת היינו שנכנסה לחופה ולא נבעלה א"צ גט מהשני דבנשואי מזיד הוא רק משום דמחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י לא גזרו בנשואין גרידא, ובזה י"ל ג"כ ד' הטור אה"ע סי' קנ"ב באומרת גירשני שלא בפניו דאינה נאמנת וא"צ גט מהשני אפילו אם ניסת עי"ז דמיירי בנשואין גרידא והריב"ש בתשובה סי' תק"ח שמשוה מזיד לשוגג לגמרי אף בנכנסה לחופה גרידא י"ל דשאני התם שחשבה שהגב"ע די להתירה וחשובה כשוגג יעוי"ש.

ד

שוב ראיתי הדברים מפורשים בריטב"א יבמות דק"י שכ' ואומר מ"ה ז"ל דדוקא נתקדשה אבל נשאת כיון דאיכא סרך נשואין בהכי דשני מדאורייתא הויא נשואים ובעי גט גמור מן התורה מתקלקלא בי"ג דבר דמחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י ולא דמי לאשה שנשאת בתחלה שלא כדין דלא קנסינן לה כל היכא דלא נבעלה דהתם כיון דנשואים שלא כדין מתחלה לאו כלום הוא ואפילו נבעלה א"צ גט אליו דבנבעלה קנסינן דהו"ל כזנות אבל היכא דהנשואין מדאורייתא בהא ודאי קנסינן עכ"ל מבואר מדבריו כמש"כ דהיכא דהוי א"א מה"ת בזה כ"ז שלא נבעלה א"צ גט ובנבעלה קנסינן אף בנשואי מזיד ואף דהריטב"א ס"ל דגם בנכנסה לחופה תצא וע"כ דנשואי מזיד שאני דבכה"ג דבנכנסה לחופה ול"נ לא קנסינן, וכן כ' הנימוקי בשם הריטב"א דבנשאת כיון דאיכא סרך נישואין מדאורייתא ודאי קנסינן נראה דוקא משום דחלו קידושי שני מדבר תורה אבל היכא דקדושי ראשון מדאורייתא לא נאסרה משום נשואי שני גרידא, והא שי' הנימוקי דגם בנכנסה לחופה ולא נבעלה אסורה בא"א ועכצ"ל דשאני נשואי מזיד, ומש"כ הנמוק"י בשומרת יבם לרב בנשואי מזיד היינו שנשאת בלא עדים מותרת ליבם דדמי לזנות [וכמש"כ הגרעק"א דלרב קאי דס"ל אין ק"ת ביבמה לשוק דהוי כזנות בעלמא ותחלת ד' הנמוק"י שכתב מעתה כל שנשאת בין ברשות ב"ד בין במזיד גמור תצא מן הבעל ואפילו יש לה בנים ואסורה ג"כ על היבם קאי לשמואל] ונראה מד' הנמוק"י דאפילו בנשואי מזיד ובא עליה ג"כ מותר ולא קנסוה לרב י"ל דאין סתירה לד' הריטב"א דדוקא בשומרת יבם דאסור משום לאחלופי מותר בנשואי מזיד אפילו בבא עליה משא"כ בנשואי מזיד בא"א בבא עליה אסור אבל בנכנסה לחופה ול"נ מותר כמבואר בחדושי הריטב"א ביבמות דק"י מקור ד' הנמוק"י, וביש"ש יבמות פי"ג סי"ט בפסקי דינים בדין הקטנה שלא מיאנה והגדילה ונבעלה או שיש עדי יחוד וניסת א"צ גט מן השני ומותרת לחזור לראשון עכ"ל מיירי בלא נבעלה דמותרת לחזור לראשון והא היש"ש ס"ל דאפילו נכנסה לחופה ול"נ תצא מזה ומזה ולמש"כ בניסת במזיד ס"ל כד' הריטב"א דבנכנסה לחופה גרידא לא נאסרה.

והנה מד' הריטב"א והנמוק"י מבואר דבקדושי קטנה שניסת לאחר כיון דאיכא בהו סרך נשואין דאורייתא תצא מזה ומזה אף בנכנסה לחופה ול"נ אולם מלשון רב אלפס ורא"ש שם וז"ל ודוקא שלא בא עליה שני קודם גירושי ראשון אבל אם בא עליה שני קודם גרושי ראשון אסורה לשניהם וצריכה גט משניהם כאשה שהלך בעלה למדה"י וכן מלשון הרמב"ם פי"א מהל' גירושין הל' ו' שכתב ואם בא עליה שני קודם שיגרש

ראשון תצא מזה ומזה ומבואר בלשונם דדוקא בעל ולכאורה הא גם בחופה גרידא נאסרה לשיטת הראשונים הנמוק"י והריטב"א דבכל גווני תצא מזה ומזה, ובשי' הרי"ף י"ל דלא ס"ל כדעת הריטב"א דבנכנסה לחופה אסורה בא"א כמו שצידד כן בשיטת הרי"ף בס' עצי ארזים בסי' ט"ו אולם מדברי הרמב"ם בפ"י מהל' גרושין מבואר דבא"א שנשאת ע"י נשואין גרידא ונכנסה לחופה ולא נבעלה תצא מזה ומזה א"כ קשה בקדושי קטנה למה בעל שני דוקא הא גם בניסת גרידא ונכנסה לחופה ג"כ תצא מזה ומזה והא גם מצד נשואי מזיד כיון דהנשואים חלים מדאורייתא דמי ליבמה לשוק דהא מבואר בד' הרמב"ם והשו"ע אה"ע סי' קנ"ט דביבמה לשוק בנשואי מזיד גזרו וכמש"כ הגרעק"א בטעמא דמילתא משום דק"ת ביבמה לשוק וא"כ בקדושי קטנה דנשואין דשני חלין מדאורייתא בנשואי מזיד בדין שתאסר, אולם יש לומר בשיטת הרי"ף והרמב"ם דלהכי בעינן בקדושי קטנה בעל דוקא משום דאינו אלא איסורא דרבנן בקדושי קטנה ובזה לא החמירו בכניסה לחופה וכמשכ"ל בטעם הנמוק"י משום דעבדי איסורא באיסור יחוד של תורה ולא החמירו רק באיסור יחוד דעריות, והריטב"א והנמוק"י ס"ל דהשוו מדותיהן בשל דבריהם כשל תורה דכמו בשל תורה גם בנכנסה לחופה ול"נ אסור כמו כן בקדושי קטנה דמדבריהם (וכ"נ מדברי הירושלמי פרק האשה רבה לגבי אשתו של חרש שהלך בעלה למדה"י והלכה ונשאת לחרש או פקח ובההה"מ פי"א מהל' גרושין ה' ט"ו ועי' בס' הזכות שנסתייע מד' הירוש' לשי' הרי"ף דגם בקדושין דרבנן תצא מזה ומזה דלא כהראב"ד ויעוי' בביאור הגר"א אהע"ז סי' קנ"ה ומשמע לכאורה דאין חילוק בין אשת פקח או אשת חרש וגם ע"י נשואין גרידא נאסרת ולשי' הרי"ף והרמב"ם צ"ל דגם באשת חרש מיירי ע"י ביאה דוקא ולא ע"י חופה גרידא כמו בקדושי קטנה].

ה

שו"ר בתשובות מלבושי יו"ט ח"ב במה שפלפל בדין נשואי מזיד והביא שם דברי הבה"ג הלכות גיטין [ד' ווארשא דע"ט] דשילח גט וביטל את הגט באופן שאין בלשונו ביטול ואי ההוא גברא דקידשה קידושי בעלמא הוא דקידשה ולא נסבה א"צ גיטא מיני' ושריא לבעלה קדמאה ואי נסבה אסורה לבעלה קדמאה דכיון דלרצונה איבעלה הו"ל בעילת זנות ואסורה לי' דת"ר והיא לא נתפשה אסורה וכו' היכא דאסורה לקמא אסורה לבתרא דתנן כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל ונפקא מן גברא קדמאה בגט ושריא לעלמא ומן גברא בתראה ל"צ גט דזנות בעלמא זנאית ולא תפסי בה קדושין עכ"ל הבה"ג וד' הבה"ג צ"ע דהא בגיטין ד"פ שנינו ותצא מזה ומזה וצריכה גט משניהם ולפי הנראה מד' הבה"ג דדעתו דנשואי מזיד א"צ גט מהשני, ולמש"כ י"ל קצת בד' הבה"ג עפמש"כ

הלח"מ בפי"א מהל' גרושין ה"ו בשיטת הראב"ד דשאני התם שנשאת מחמת שמת בעלה על פי השמועה אבל היכא שלא נשאת מחמת שמועה שמת בעלה לא מחלפי באשה שהלך בעלה למדה"י ולפמש"כ לצדד בנשואי מזיד דהוי כזנות בדין שלא נגזור רק משום דגזרו מזיד אטו שוגג משום דמחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י וגזירה זו הוא רק היכא שניסת מחמת שמועה שמת כמש"כ הלח"מ אבל לא היכא שניסת בגט בטל אבל בנשואי מזיד שאמרה שמת בעלה בזה אפשר דגם הבה"ג יודה משום דמחלפא.

והנה בדין הריטב"א והנמוק"י באשה שהלך בעלה למדה"י בנכנסה לחופה יש להעיר מד' תשו' הרשב"א סי' י' מה שתי' דפלטי בן ליש לא בא עליה יעו"ש ואכתי קשה דמ"מ נשואין מיהו הוה וא"כ בדין שתהי' אסורה לדוד ויעוי' בב"ש סי' קנ"ט שכתב דדוחק לומר דבימי דוד לא נגזרה גזירה זו וע"ע בתשו' רעק"א סי' ר"ו, ולמש"כ י"ל שסמך הרשב"א על מה שתי' מתחלה דהוי אונס טעות בדין שכסבורה היתה מיכל שנשאת לפלטי בהיתר מחמת שקדושי דוד אינם קדושין וכמו שהי' שאול סובר אלא דלא ברירא לי' להרשב"א היינו דס"ל להרשב"א דניהו דהוי אונס מ"מ מדרבנן הו"ל למיתסר משום דאתי לאחלופי באשת איש [דעצם הגזירה היתה באשת איש משום כדי שתדייק ולא באונס הוראה אחרת רק משום דאתי לאחלופי הו"ל לאסור] ועל זה כתב הרשב"א דהא לא בא עליה פלטי בן ליש ומשום גזירה דאחלופי לא אסרו בנכנסה לחופה גרידא וע"ע בתשו' הרשב"א ס' אלף קפ"ט ובד' הט"ז אה"ע סוסי' י"ז ובזה יש להאריך ואכ"מ הרי נתבאר דבקדושי קטנה שהגדילה ובעל בגדלותה וניסת לאחר ע"י חופה גרידא שא"צ גט מהשני וכן מבואר בד' הריטב"א והנמוק"י והיש"ש מפורש דבנשואי מזיד ע"י חופה לא תצא מזה ומזה, וע"כ הטעם דבנשואי מזיד משום אחלופא לא גזרו רק בנבעלה וכן מבואר שיטת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דבקידושי קטנה שאינו אלא מדרבנן לא נאסרה ע"י נישואין גרידא ורק לכשנבעלה תצא מזה ומזה ונראה דלא השוו מדותיהן לאסור חופה כמו נבעלה, ולשי' הריטב"א והנימוק"י גם בקידושין דרבנן כמו בקידושי קטנה כל הדרכים האלו בה ואפילו בנכנסה לחופה לבד תצא מזה ומזה, אלא שמדברי הריטב"א והנמוק"י למדנו דכל היכא דאיכא סרך נשואין מדאורייתא גזרו גם בנשואי מזיד דמיחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י וכי גם בקדושי דרבנן כמו בקדושי קטנה לשי' הרי"ף והרמב"ם דכל הדרכים האלו בה ה"ה בנכנסה לחופה ול"נ כן, ונסתר לפ"ז לכאורה היסוד שכתבתי דביבמה לשוק בנכנסה לחופה אינה נאסרת משום דבמיחלפא לבד לא גזרינן בחופה גרידא דהא ביבמה לשוק איכא סרך נשואין דאורייתא דהא ק"ת ביבמה לשוק מספק וכמש"כ הגרעק"א דלהכי ביבמה לשוק גם בנשואי מזיד גזרו דשייך

מיחלפא בא"א ומחמת זה נסתר ג"כ חידוש הכנסת יחזקאל דבב' עדים דמינס אנסה דאינה נאסרת ביבמה לשוק דמשום מיחלפא לבד לא גזרו כמש"כ הראב"ד באשת גיסו דהא ביבמה לשוק איכא סרך נשואין דאורייתא, וגם מש"כ לחלק דדוקא ביחוד של עריות גזרו ולא בחיי"ל הא מבואר בד' הריטב"א והנימוק"י דגם בקידושין דרבנן כיון דאיכא סרך נשואין דאורייתא תצא מזה ומזה אפילו בנכנסה לחופה.

1

אולם אחרי התבוננות נראה דזה אינו דמש"כ הריטב"א והנמוק"י בקדושי קטנה דכל דאיכא סרך נשואין דאורייתא גם בנשואי מזיד דחופה גרידא גזרו היינו רק בדין מזיד דטעמא דמילתא דל"ש בהו לאחלופי דהוי זנות בעלמא ואין על זה סרך נשואין ולא גזרו ולהכי היכא דאיכא סרך נשואין דאורייתא אין חילוק בין מזיד לשוגג וכל הדרכים האלו בה, משא"כ בדין ב' עדים שחידש הכנס"י משום דמינס אניס ולא פשעה כלל לא קנסו רק היכא דאיכא שמא יאמרו אבל משום אחלופי לא חיישינן להכי אע"פ שנתפסו הקדושין מספק ויש בזה סרך נישואין מ"מ לא קנסו בזה משום איחלופי כל היכא דליכא שמא יאמרו, ומה"ט גם בנכנסה לחופה גרידא דלא עבדי איסורא יותר מב' עדים ורק איסור יחוד כל דליכא שמא יאמרו לא גזרו משום איחלופי, וגם מש"כ לסתור דהא מקדושי קטנה דאמד"ר ג"כ כל הדרכים האלו בה ומכש"כ ביבמה לשוק יש לחלק מקדושין דרבנן דהא בקדושי חרש מבואר בירוש' דדמי לקדושי פקח דכל הדרכים האלו בה לפי שלא חילקו בדבר בין קדושין של תורה לקדושין דרבנן דמ"מ הויא אשת איש ואילו ביבמה לשוק פליגי בירוש' ולחד מ"ד ס"ל דזה חולץ וזה מקיים ומובא בתוס' יבמות דצ"ב ועי' בתוס' יבמות דנ"א ד"ה אי דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון יעוי"ש והא הרמב"ן מדמה להא דהמשנה ממטבע שטבעו חכמים בגיטין ולר"מ הולד מהזר מדרבנן ג"כ אע"פ דביבמה לשוק אין הולד ממזר לכו"ע הרי דרבנן הוי כשל תורה ממש. וע"כ צ"ל דשאני איסור אשת איש דהכל אחד הוא והא דקאמר בדצ"ב דכל היכא דמיתסרא מדאורייתא גזרו בה רבנן נראה כיון דעצם זנות בא"א איסורו מדבר תורה אלא דהקדושין דרבנן גזרו בה רבנן משא"כ ביבמה לשוק דעצם זנות לא מתסרא מדאורייתא ולהכי גם בקדושי קטנה לשי' הרי"ף והרמב"ם לכשבעל תצא מזה ומזה ומש"כ האבני מילואים בסי' ל"א לחדש בפחות משו"פ כיון דהוי הוראה בטעות ומדין תורה מותר לא קנסו בזה דתצא מזה ומזה משום דקדושי פחות משו"פ אאמד"ר ולא מתסרא מדאורייתא הוא תמוה ודבר זה תלוי במחלוקת הרי"ף והראב"ד בקדושי קטנה דק"י המובא ברא"ש שם דלשי' הראב"ד צריך לחלק מחרש כמש"כ הלח"מ בפי"א מהל' גירושין ועכ"פ מבואר

בד' הרי"ף והרמב"ם דאף בקדושי קטנה תצא מזה ומזה לכשבעל, וע"ע בשעה"מ בפ"ד מהל' אישות הל' י'] וה"ה בנכנסה לחופה כמש"כ הנמוק"י דלא חילקו באשת איש והשוו מדותיהן לגמרי וחדא גזירה וקנס הוא ולא משום דמיחלפא אלא דזה גופא גזירה שגזרו חז"ל בא"א אבל ביבמה לשוק דהוא סוג איסור אחר ורק משום דמחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י בזה י"ל דלא גזרו רק לכשבעל ולא בנכנסה לחופה.

וביותר י"ל לפמש"כ בתשו' רעק"א סי' פ"ו דהא דאמרו בטעם דתצא מזה ומזה דשמא יאמרו גירש הראשון זה שייך לאוסרה על הראשון דהוי כמחזיר גרושתו אבל מ"ט אסורה להשני וצ"ל דלהשני שנישאת לו אסורה בלא"ה דקנסוה לדון כאלו זינתה במזיד דאסורה לבועל ורק לאפוקי מבעלה הראשון בזה לא הי' ראוי לקנוס לדונה כמזידה אלא דוקא במקום דשייך חששא דשמא יאמרו גירש ראשון ונמצא מחזי"ג ולהכי לקדושין קטנה דהוי עכ"פ א"א מדרבנן דיינינן כאילו זינתה במזיד ותצא מזה ולהראשון הא בלא"ה אסורה כדין מחזי"ג ולהכי גם בסרך נשואין גרידא קנסו משא"כ בשו"ג דליכא איסור זנות לבעל ולבועל וגם שמא יאמרו ליכא ורק דאיכא משום איחלופי בא"א ולהכי בב' עדים לא קנסו כמש"כ הכנס"י ומה"ט גם בנכנסה לחופה לבד לא גזרו ואם שבד' הריטב"א והנמוק"י דס"ל דגם בקידושין דרבנן כיון דאיכא סרך נשואין דאורייתא מיחלפא בא"א ואף בנכנסה לחופה גרידא ואפשר דלדידהו גם ביבמה לשוק שניסת כן יש להסתפק בדבר כמשכ"ל אבל בשי' הרי"ף. והרמב"ם דס"ל בקדושי קטנה דבנשואין גרידא לא נאסרה אע"פ דאיכא סרך נשואין דאורייתא ע"כ משום דס"ל דבנשואי מזיד לא גזרו בכה"ג או דלא דמי לא"א מן התורה א"כ לשיטתם מהראוי דגם ביבמה לשוק בנכנסה לחופה לבד לא גזרו עכ"פ מצינו חילוקים בד' הראשונים בנכנסה לחופה בנשואי מזיד ובקדושי קטנה ומה"ט יש לחלק ג"כ ביבמה לשוק דלא דמי לא"א, העולה מזה לדינא מש"כ הב"ש בסי' קנ"ט סק"ז אפילו לא בא עליה לדבר פשוט יש מקום עיון בזה, ונראה דהוא ספיקא דדינא שנסתפק הב"י וכבר הראיתי פנים מסבירות להלכה ואי אפשר להכריע ספיקו של הב"י כי מה כחינו יפה בזה, אלא שי"ל דיותר מספק לא הוי ואם נשאה לא תצא דהא הוי סד"ר דלא איתחזק איסורא דאיסור יבמה לשוק חלף הלך ע"י חליצה והאיסור הוא איסור אחד מצד גזירה וקנס והוי ספיקא דדינא בדרבנן.

ז

ויש להוסיף עוד ולחקור לשי' הנמוק"י והריטב"א והריב"ש דבנכנסה לחופה לחוד ג"כ תצא מזה ומזה אם נכנסה לחופה בנדתה או שהיתה אילנית [כמבואר בסי' ס"א בשם תשובת הרא"ש] אי בכה"ג תצא מזה ומזה ולמש"כ הלח"מ בשי' הרמב"ם בפ"י מהל'

גירושין דלפי המסקנא עיקר החילוק בין קדושין ונשואין לפי דיש תנאי בקדושין ואין תנאי בנשואין [והובא לעיל אות א'] א"כ בחופת נדה לשי' הרמב"ם דלא הוי חופה ולא הוי נשואה ושפיר אפשר לבטל הקדושין ע"י תנאי וכמו"כ לשי' הנמוק"י משום דכיון דעבדי איסורא קנסוה רבנן היינו משום דהוי יחוד הקרובה לביאה דחופת נדה או חולנית אין זה יחוד הקרובה לביאה ולא חשוב עבדי איסורא.

ולכאורה יש להשיב ע"ז מד' הפוסקים דס"ל דאין באלמנה קנין חופה עפ"י הירוש' הני דכנסי ארמלתא בשבת כו' כמובא בתוס' יומא י"ג ולשי' הפוסקים דחופה היינו יחוד הראוי לביאה באלמנה בעינן ביאה כמש"כ הב"ש בסי' ס"ד סק"ו ולפ"ז באלמנה ובעולה. לא הוי נשואה עד שבעלה ויקשה לפי"ז דאין מקום לדינו של הריטב"א והנמוק"י בנכנסה לחופה ולא נבעלה דהא לפי מה שנשאת בטעות שחשבה שמת בעלה עפ"י עדות העד א"כ לא הוי נשואה כלל בכניסה לחופה וא"כ לשי' הרמב"ם דהעיקר הוא לפי שאין תנאי בנשואין ואין תנאי בחופה והא באלמנה ליכא חופה כלל ועכצ"ל לפ"ז דאף דעל פי דין לא היתה נשואה כלל מ"מ שמא יאמרו איכא דהעולם לא ידעו שלא נבעלה וכיון שנכנסה לחופה חשובה אצלם כנשואה ואיכא שמא יאמרו, אלא שאין הכרח לזה דהרמב"ם לא הביא כלל החילוק בין בתולה לאלמנה כהירוש' וכמש"כ הב"ש שם דמד' הרמב"ם נראה דאין חילוק וגם באלמנה חופה קונה ולשי' הסוברים דלא מהני חופה יפרשו בזה כמש"כ הנמוק"י משום דהוי קרובה לביאה וחשוב עבדי איסורא וע"כ החמירו בזה וממילא אף דלא הוי נשואה גם לפי הטעות מ"מ חשוב עבדי איסורא וכ"ז בחופת היתר אבל בחופת נדה וחולנית שאינה קרובה לביאה לא קנסו:

ח

ובגוף החקירה בכיוצא בזה העיר בתשו' מהר"א בן ששון סי' קע"ג הובא בשעה"מ בהל' אישות בקונט' חופת חתנים סי' ה' שנסתפק בהא דקיי"ל בשו"ע סי' מ"ו דמי שיצא עליה קול שנתקדשה לפלוני ובא אחר וקדשה מגרש ראשון ונושא שני ודוקא בשקידשה ולא כנסה אבל כנסה אסורה לו אחר שגירשה הראשון ומסתפק בזה בנכנסה לחופה וידעינן בבירור שלא נבעלה כגון שבאו עדים ואמרו שלא זזה ידם מתוך ידו אי חשוב כביאה לאוסרה עליו והביא מההיא דיש חופה לפסולות ודחה ושוב כתב כיון שאינו אלא מדרבנן ומצאנו לרבינו והרי"ף שסוברים דחופת נדה לא חשיבא חופה בנ"ד שהיתה נדה הו"ל ספק דרבנן ולקולא, והשעה"מ השיב על זה באריכות אי בנכנסה לחופה חשוב כבעולה דבר תורה והביא שזהו מחלוקת הראשונים ולד' התוס' בכתובות דמ"ט הוי כבעולה ממש ולד' הר"י והריטב"א ל"ה כבעילה והביא ג"כ לד' התוס' כתובות כ"ט

במחזיר גרושתו ובנידון מוהר"א ששון כתב דנראה דלכו"ע כל שנכנסה לחופה ולא נבעלה לא חיישינן דע"כ ס"ל להתוס' דחופה כביאה אלא גבי יש חופה לפסולות וכיו"ב דמן הדין קדושין תופסין והלכך חופתה נמי הוי חופה והו"ל נשואה וחשוב כביאה משא"כ ביצא עליה קול שנתקדשה ונכנסה לחופה ולא נבעלה הא ודאי פשיטא דמגרש ראשון ונושא שני דממ"נ אם לא נתקדשה לראשון כלל הר"ז מותרת ואם נתקדשה לראשון חופה דשני לא חשיבה חופה כלל דאטו נשואין תופסין בעריות והו"ל כמי שלא נשאה ולבסוף מסוק דהדין דין אמת ולא מטעמו זהו ת"ד השעה"מ והובא ג"כ בפ"ת ס"י. **ותמיהני** על השעה"מ בזה שכ' שאם נתקדשה לראשון חופה דשני לא חשיבא חופה כלל דהא זהו הדין דהנמוק"י והריטב"א בר"פ האשה רבה דגם בנכנסה לחופה גרידא נאסרת, ובנידון המהר"א ששון שיצא קול שנתקדשה וצריכה גט מהראשון מדרבנן והוי כא"א מדרבנן א"כ לכאורא דזהו דינו של הנמוק"י בקדושי קטנה שכ' בשם הריטב"א דכיון דנשואין דשני מדאורייתא הוא מקלקה בי"ג דבר [אלא שאם נתברר שהקול הראשון אמת ונתקדשה לראשון ובזה אם כנסה השני דהוי נשואי מזיד אצלה דלא חלים הנשואים והוי כזנות בזה יש מקום לעורר כמשכ"ל דבנשואי מזיד לא גזרו רבנן בחופה היכא שידוע של"נ וכמש"כ הריטב"א ביבמות דק"י בשם מ"ה].

והנה מה שזכר בזה המהר"א ששון יש חופה לפסולות מבואר כן בלשון הריטב"א ביבמות דפ"ט בשם מ"ה שכ' רישא דעבדי איסורא לא סוף דבר דעבדי איסורא שנבעלה ממש אלא כיון שנכנסה לחופה אעפ"י שלא נבעלה דהא לא שרי בסיפא אלא כשנתקדשה בלבד וכן אתה אומר בדר"י בן כיפר דכל שנכנסה לחופה נשואה הוי ואסורה לראשון דכל היכא דביאה פסלה חופה פסלה וכדאמרינן גבי יש חופה לפסולות עכ"ל, ולפי הנראה כונתו בזה על הא דריב"כ דהוי כבעולה ממש וכמש"כ התוס' בכתובות דמ"ט אבל בודאי דל"ש איסור חופה בדין סוטה דרק טומאת זנות אוסרת אלא די"ל דכמו דקנסוה חכמים דביאה פוסלת ואוסרת היכא שניסת בטעות ה"נ קנסוה על חופה וגבי קנס דרבנן דתצא מזה ומזה קנסוה גם בנשואין של חופה אי מטעם דאין תנאי בנשואין או לפי דהוי עבדי איסורא דקרובה לביאה [ובדין דריב"כ דמחזיר גרושתו לאחר שנכנסה לחופה מבואר בדהתוס' כתובות דכ"ט דכל זמן שלא נבעלה אין איסור מחזיר גרושתו ולכאורה נראה בשיטתם דאף שכ' בדמ"ט דנכנסה לחופה חשיב כבעולה מ"מ י"ל דדוקא לענין סקילה וחנק הוי גזיה"כ דנכנסה לחופה דין נשואה ובעולה עלה ובחנק משא"כ במחזיר גרושתו לר"י ב"כ דילפינן מאחרי אשר הוטמאה ובזה לשון הוטמאה ל"ש על חופה כמו בסוטה וא"ש סתירת ד' התוס' שהעיר השעה"מ אלא שאין לבנות

דייק עדהתוס' כתובות דכ"ט דהא תמוה דהא בבעל גם ביאה שלא כדרכה הוי ביאה ועי' הפלאה שם דגורס בדהתוס' אי נמי וכ"כ בשו"ת נובי"ת אה"ע סי' וא"כ דהתוס' אליבא דרבנן] ועכ"פ גם בד' הריטב"א מבואר לפי דהוי נשואה וכדאמרו ביש חופה לפסולות וכ"ז בחופה דמשוי לנשואה אבל בחופת נדה דלא משוי נשואה [וכמו שחילקו הפוסקים בין חופה לפסולות דרוצה לבוא באיסור ובין חופת נדה שאי"ר לבוא בנדתה או בשארי החילוקים] ובזה לא קנסו [ובודאי נראה דגם ביש חופה לפסולות אם היתה חופת נדה שאי"ר לבוא באיסור כיון דלא הוי נשואה ממילא אינו פוסל ג"כ], וזהו שנסתפק המהר"א ששון בחופת נדה דניהו דקנסו חז"ל בנשואין לפי הטעות שהיא נשואה אבל בחופת נדה דלשי' הפוסקים דלא הוי נשואה גם לפי הטעות לא היתה נשואה וגם למש"כ הנמוק"י משום דחופה קרובה לביאה הא חופת נדה לא הוי קרובה לביאה ולא גזרו בזה ודמי לנתקדשה גרידא והוי ספק דרבנן לקולא כמש"כ המוהר"א ששון.

ט

והנה בדבר הנאמנות אי נאמנים הבעל והאשה לומר שלא נבעלה, לכאורה הא אמרינן ביבמות דקי"ב דגם בנסתרה אין לו טענת בתולים מבואר דגדולה חזקה דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה לקידושין ולהוציא ממון ואף שלא ראינו שנתיחדה ד' הרא"ה כמעט בלי חולק דכיון שדרים כאיש ואשה א"צ עדי יחוד ובודאי נבעלה אלא דמ"מ גם בזה דעת רש"י ביבמות שם דבשניהם מודים שלא נבעלה צריכה חליצה, ויעוי' בתשו' הגר"ח מוולאזין בס' חוט המשולש סי' י' שכ' בשי' רש"י דאף דהוי נגד חזקה דהתנהגות דסוקלין ושורפין על החזקות וכל ענין דרוב בעילות אחר הבעל הוא מצד חזקה דהתנהגות מ"מ דעת רש"י דברי מהני נגד חזקה ולדעתו זהו שי' רש"י בכתובות דכ"ב וזהו שי' הרשב"א והפנ"י שם דכל אדם לגבי עצמו נאמן נגד חזקה ויעו"ש שמחלק בין דבר שבממון דאינו נאמן נגד חזקה ובין איסורא דמהימן אלא שרבו החולקים ע"ד רש"י עיי"ש.

אלא דבנ"ד לדבריהם שהיתה חופת נדה אף שאין עדים על זה מ"מ יש להם נאמנות ע"ז שאינו סותר שום חזקה דלא איתרע חזקת כשרות וצדקות שלהם דהא לא היו חשודים לפי שניסת בשוגג וגם החשוד על הקל אינו חשוד על החמור, ועי' ברמב"ן יבמות דקי"ב שכ' וז"ל ועוד אמאי אינו נאמן לומר לא בעלתי אפילו לאחר שלשים וכי במקום איסורא מי לא מוקים אינש אנפשיה אפילו כל ימיו וכו' הרי דבמקום איסור נאמן, והרדב"ז בתשו' ח"א סי' שנ"א הובא במל"מ פ"י מהל' גירושין כתב שאם פירסה נדה ונתיחד עמה בפני עדים לא חיישינן לה דמסתמא לא עברי על איסור כרת ואפילו ראינו שנבעלה אין חוששין שמא בעל לשם קידושין דהא ל"ש אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות

דמאן דעבר על איסור כרת לא חש על בעילת זנות, ועי' באבני מילואים סי' ל"ג מש"כ שהרשב"א בתשובה סי' קפ"א הובא בב"י סוס"י י"ז חולק על זה דהא מבואר בדבריו דכיון דנתיחדה עמו אחר הגירושין של ראשון אמרינן הן הן עדי יחוד אע"פ שאסורה עליו מעשה נ דונטמאה, ולכאורה לד' הא"מ תמוהים ד' הרדב"ז שסותר א"ע ממש"כ בח"ד סי' רע"ז כד' הרשב"א יעו"ש, ונראה דשאני בנידון הרשב"א דהא מיירי שקידשה בתחילה וכנסה לתוך ביתו כאיש ואשה שניסת אליו במזיד וגם אחרי שנתודע אליו שהיא א"א ואחרי הגירושין שהתה אצלו כבתחילה כאיש ואשה ולא הוציא את הרשעה מתוך ביתו [והא אמרו מתיחד אדם עם אחותו ודר עם אמו הרי דחלוק דירה מיחוד] ולהכי אמרינן דכיון שמתיחד עמה בפני עדים אמרינן הן הן עדי יחוד כו' ועי' ביבמות דק"ז בתוד"ה טעמא, ומש"כ הרדב"ז דאפילו נבעלה אין אנו חוששין שמא בעל לשם קידושין דהא לא חש על איסור כרת ולא חש ג"כ על ב"ז וזה סותר ד' הרשב"א ודברי עצמו בסי' רע"ז צ"ל דשאני נדה דאיסור כרת חמור ומדלא חש על זה אינו חשש ג"כ על בעלת זנות משא"כ באיסורים שוים, ובנ"ד בחופת נדה שנתקדשה מהכ"ת שנחשוד בכשרים ובודאי יש להם חזקת צדקות ונאמנים שלא הי' רק חופה גרידא מצד הדין כבשארי איסורים והא העדות לאחר הגירושין והחליצה אי מותרת להנשא לכתחילה מצד קנס דרבנן הוי איסור ולא הוי דבשב"ע ונאמן גם הבעל. וגם בדשב"ע דרבנן היכא דלדברי העדים לא הי' דבשב"ע נאמנים כמש"כ בסי' ה' אות ח' וכיון דנאמנים שהי' חופת נדה ולא הוי נשואה לשי' הרמב"ם ומותרת לחזור לו דדמי לנתקדשה בשוגג.

ומה שיש לפקפק בזה הוא משום די"ל דנהי דנאמנים לגבי עצמן דלא הוי נשואה כלל מ"מ העולם שאינם יודעים מדבריהם הרי מוחזקים אצלם בנשואה ואכתי איכא שמא יאמרו וביחוד למש"כ הלח"מ דנראה משי' הרמב"ם דהטעם הוא משום דאין תנאי בנשואין ואיכא שמא יאמרו, מ"מ י"ל דגם לשי' הרמב"ם לא גזרו רק היכא שהיא נשואה באמת לפי הטעות שמת בעלה, וביותר י"ל דמה שקנסו בנכנסה לחופה ולא נבעלה הוא משום לא פליג דסתמא בנשואין שיש סתירה יש ביאה והשוו חכמים בנשואי חופה גרידא וכל שהיא נשואה עפ"י דין לפי הטעות הרי היא בכלל הגזירה אבל כל שאינה נשואה עפ"י דין לא גזרו, אולם לשי' הפוסקים דאלמנה אין חופה קונה רק ביאה אי אפ"ל כן כמשכ"ל ולדעתם עיקר החילוק, משום דעבדי איסורא דהוי יחוד הקרובה לביאה אבל בחופת נדה מה"ט חשוב לא עבדי איסורא, גם אי נימא דהשוו חכמים מדותיהן וכל שהיא נשואה בעיני העולם משום לא פלוג אסרו באשת איש אכתי י"ל דדוקא בא"א

גזרו משום לא פלוג אבל ביבמה לשוק דהאיסור הוא משום דמחלפא בא"א לא גזרו בזה באופן דלא הויא נשואה כלל דהוי כגזירה לגזירה.

ולענין הלכה י"ל בעיקר הדין דנכנסה לחופה ולא נבעלה בא"א שהובא מהנמוק"י בשם הריטב"א יש להסתפק אם הוא מוסכם מכל הפוסקים יעוי' בס' עצי ארזים סי' ט"ו שרוצה לכוין בד' הרי"ף דלא ס"ל הך דינא וכן נראה מד' תשו' הרשב"א בסי' י' שכ' דפלטי בן ליש לא בא עליה אע"פ שהיתה נשואה [ועי' בתשו' ושב הכהן סי' ובשו"ת חוט המשולש להגאון מוהר"ח בסי' י"ג], גם לפי הכרעת הרמ"א דבא"א אסור בנכנסה לחופה ול"נ י"ל דדוקא בא"א ולא ביבמה לשוק וכמש"כ עפ"י שי' הראב"ד דמחלק בין ע"א לב' עדים וכמש"כ הכנס"י להתיר בב' עדים ביבמה וכמו שנתבאר בארוכה הטעמים בזה ולהכי השמיט הרמ"א בשומרת יבם הדין דבנכנסה לחופה ול"נ, גם י"ל דדוקא חופה דמי לנשואה גזרו בה רבנן וכמש"כ המוהר"א ששון בכה"ג להקל בחופת נדה אבל בזה שאי"ר לביאה לא גזרו בה רבנן ואף שדרו ביחד מ"מ כיון שאינה נשואה עפ"י דין ויש להם נאמנות ע"ז לא גזרו בזה, ולמעשה בנ"ד כתבתי לברר הדברים אחרי שהוא שעת הדחק גדול שיש מקום גדול לסמוך על זה ושלא למחות בידם וכת"ר יעשה בזה כדעתו הרחבה, ומצד מה שנתקדשה בשוגג אין לחוש, דהא המקדש לא ידע כלל שיש יבם והמתקדשת היתה אומר מותר דכסבורה לפי שהיו לה בנים ומתו אינה זקוקה לחליצה, וכמבואר בטו"ז יו"ד סי' צ"ט דאומר מותר הוי שוגג, ויעוי' בב"ש סי' קע"ח ס"ק ד', ובתשו' רעק"א סי' ר"ה, ועכ"פ מצד הקידושין י"ל דהוי שוגג ממש דבכה"ג מותרת להמקדש לכתחילה וכמבואר בסי' קנ"ט ס"א בהג"ה.

סימן י

בחדש טבת תרס"ח. **איזה תשובות והערות בענין היתר מאה רבנים**.

א

ע"ד שאלתו ביבמה לשוק שנשאת בטעות לכהן וכסבורה היתה שאינה צריכה חליצה לפי שמתו בניה בחיי בעלה ועתה אינה רוצה לקבל גט ומבקשת בעד זה ממון הרבה אם יש להתיר לבעלה לישא אשה אחרת בלא היתר מאה רבנים, הנה כבר ראה כת"ר מה שכתב החת"ס באה"ע סי' ג' באשה גרושה שנשאת לכהן בטעות שמחמיר להצריך היתר מק' רבנים אולם בנידון דידן נראה לדון שיש להתיר להבעל בלא היתר ק' רבנים דהנה הנוב"י דן במהדו"ת סי' נ' בחיי"ל שלא הכיר בה שצריכה גט אינו אלא מספק יעו"ש, ולכאורה יש להוסיף דביבמה לשוק גרוע משאר חיי"ל שלא הכיר בה דהתם

הקדושין תופסין עפ"י דין והמום שאינו יכול לדור אח"כ אנו דנין אם מום שמחמת אסור מקרי מום דאפשר שערב עליו המקח ולא מקפיד על האיסור וכמו שכתב הר"ן בכתובות שם, משא"כ בזה ביבמה לשוק הקדושין היו בספק דקיי"ל כשמואל וא"כ הוי' מקח טעות בעצם הקדושין דהוא רוצה לקדשה קדושי ודאי והקדושין אינן חלין אלא מחמת ספק ודמי למה שנסתפק המל"מ בהל' אישות פרק ט' במי ששלח לקדש אשה והלך וקידש קדושי ספק דנסתפק המל"מ דלא הוי קדושין כלל משום דלתקוני שדרתיך ולא לעוותי וחזינן דהוי קפידא ושינוי בשליחות וה"נ לא יחולו הקדושין גם מספק דהוה טעות בעצם הקדושין. ולפי"ז יש לדון בנ"ד להתיר אותו לישא אחרת בס"ס ספק אולי לא תפסי קדושין ביבמה לשוק ואם גם תפסי אולי הוי קדושי טעות דהוא חפץ לקדש בתורת ודאי ולא בספק בפרט לפי מה שצידד הנוב"י דבכל חיי"ל שלא הכיר בה הא דצריכה גט אינו אלא מספק.

ולכאורה יש לסתור זה מדברי התוס' ביבמות דף נ"ב בד"ה ניתן שכ' וכן הורה ר"ת הלכה למעשה באשה שלא ידעה שהיה לה יבם ונתקדשה והתירה להמקדש אחר חליצת היבם וכו' ומבואר דגט מיהא צריכה וכן מבואר בשו"ע סי' קנ"ט סעי' א' נותן לה זה שקדשה גט ולפי מה שדנתי הא יש בזה ס"ס ספק אם קדושין תופסין ביבמה לשוק כלל וגם אי נימא דתופסין הוי ספק דשמא זה מום המקפיד כמו שכתב הנוב"י בחיי"ל שלא הכיר בה דהגט הוא מחמת ספק וא"כ אינה צריכה גט כלל משום דהוי ס"ס להיתירא ואף דיש לחלק מחיי"ל שלא הכיר בה דהתם האיסור הוא עולמית ואין כל עצה להאיסור כלל אבל ביבמה לשוק יש לזה תקנה דאם יחלוץ לה היבם תהי' מותרת להמקדש אבל עכ"פ לפי סברתו דהוי קדושי טעות מצד אחר דהוא רצה לקדש בתורת ודאי ולא בתורת ספק כסברת המל"מ יקשה אמאי צריכה גט יבמה שנתקדשה בשוגג דאף אם תחלוץ אח"כ אבל הקדושין אלו לא היו אלא קדושי ספק ומבואר בשו"ע שם שצריך לחזור ולקדש אחר שיחלוץ לה היבם משום דקדושין הראשונים לא היו אלא קדושי ספק, וגם מה שכתבתי ליישב דלא דמי לשארי חיי"ל שלא הכיר בה משום דכאן אחר החליצה תהי' מותרת להמקדש אין זה מספיק אלא לשי' ר"ת דמותרת אח"כ למקדש אבל בשו"ע סי' קנ"ט פסק המחבר דאחר החליצה אסורה להמקדש וכמו שכתבו הגר"א והב"ש בשי' המחבר שם ומכ"מ פסקו מפורש דצריכה גט ואין לחלק דאיסור זה אינו אלא מצד קנס ולא מדינא אבל עכ"פ הלא אסורה לו לדור עמה וא"כ הוי קדושי טעות דעכשיו יש איסור תורה ולאחר החליצה ג"כ אינה ראויה לקיימה וכמבואר ביו"ד סי' קנ"ט במוכר דבר טריפה אף שאינו אסור אלא מדרבנן הוי מקח טעות והחילוק בין דאורייתא לדרבנן הוא

אך כאשר אכל האסור אבל היכא דאיתא בעינא אין נפ"מ כלל אלא די"ל לפי המבואר בשו"ע דאם חזר הזר שגירשה מן האירוסין ונשאה אחר שחולץ לה יבמה אין מוציאין אותה מידו ולשי' הב"ש ה"ה אם לא גירשה ונשאת אחר שחלץ לה היבם אין מוציאין אותה, וי"ל כיון דבדיעבד אין מוציאין אותה לא הוי מום במקח דרק לכתחילה יש בה איסור ולא דמי לשארי איסור דרבנן, אלא דגוף החילוק מה שתהי' מותרת אחר החליצה הוא דחוק דעכ"פ גוף החליצה אינו בידו ומוכח מזה דבחיי"ל שלא הכיר בה הא דצריכה גט הוא בודאי ולא מספק כמו שנראה מדברי הר"ן בכתובות שם וגם ביבמה לשוק שלא הכיר בה דמי לכל חיי"ל דצריכה גט כמו בהכיר בה דמום מחמת איסור וקדושי ספק אינו נקרא מום לבטל המקח ואין לומר דמשום חומרא דא"א החמירו גם בס"ס דלפי"ז יקשה מאד דכל כי האי לא הוי ליה למסתם בשו"ע בדין זה והו"ל לפרש דרק משום חומרא דא"א צריכה גט ונפ"מ לפ"ז ביבמה לשוק שנתקדשה בטעות ואח"כ נתקדשה לשני דצריכה גט משני דאצל השני נשאר אך ספק אחד אם קדושין תופסין ביבמה לשוק ואצל הראשון הוי ס"ס דהספק השני הוי משום שלא הכיר בה ומשום חומרא דא"א החמירו בה להצריכה גט אבל בקדושי שני הוי ליה למתפס הקדושין מחמת ספק משמע מזה דסתמו הפוסקים דהא דצריכה גט היינו מדינא כמו שהכיר בה וא"כ אם קדשה שני אינה צריכה גט ממ"נ דאם קדושין תופסין ביבמה לשוק ממילא חיילי קדושי אין קדושין תופסין לא תפסי גם בשני וע"כ צריך לומר דצריכה גט בודאי [ועי' בשו"ת באר יצחק אה"ע סי' ג' מה שכתב בזה].

עוד נראה להביא ראי' דחייבי לאוין שלא הכיר בה צריכה גט בודאי מן התורה מדברי התוס' ביבמות דף ט"ז בד"ה בני צרות שהקשו לשמואל דמספקא ליה אי קדושין תופסין ביבמה לשוק הא משנתקדשה פקעה זיקתה והא לדברי ב"ה שעשו כדבריהם ונתקדשו לשוק ולב"ש הוי כחיי"ל שלא הכיר בה ולדבריהם בני ב"ה טועים בדין כסבורים הם שאינם צריכים חליצה א"כ הוי קדושי טעות ואם נימא דחייבי לאוין שלא הכיר בה אינה צריכה גט אלא מספק א"כ הוי ס"ס ספק שמא אין קדושין תופסין ביבמה לשוק ושמא חייבי לאוין שלא הכיר בה אינה צריכה גט א"כ מה הקשו התוס' מיד שנתקדשה פקעה לה זיקתה דהא מצד ס"ס אין קדושין תופסין ואין לומר אם נימא דקדושין תופסין פקעה לה זיקה שוב ממילא לא הוי מום כלל ולא דמי לשארי חיי"ל שלא הכיר בה דאסורה לדור עמו אף שקדושין תופסין משא"כ ביבמה לשוק דאע"פ דגוף הקדושין הוי עבירה זה ענין צדדי ולא מום בגוף המקח שהרי על ידי תפיסת הקדושין נפקעת הזיקה ומותרת לו וע"כ לא הוי מקח טעות אבל זה אינו שהרי לשמואל דמספקא ליה אי קדושין

תופסין ביבמה לשוק הרי ממילא אסורה לדור עמו גם אחר הקדושין שמא אין קדושין תופסין ולא נפקעת זיקתה וסוף סוף כיון דאינה ראוי' לו אחר הקדושין אם בתורת ודאי אם בתורת ספק כיון דאסורה לו הרי זה מום במקח ודמי לשארי חיי"ל שלא הכיר בה ואכתי קשה דהוי ס"ס בקדושין ומה הקשו התוס' דהקדושין תפקיע הזיקה אלא ע"כ צ"ל בשארי ח"ל שלא הכיר בה דצריכה גט מן התורה בודאי וגם ביבמה לשוק הדין כן אולם יש לדחות דאפשר לומר דלבני ב"ה דעשו כדבריהם על פי הוראה שנתפשטה אצלם דהלכה כב"ה דצרת ערוה מותרת לשוק נהי דלב"ש אסורה מ"מ לא חשוב כחיי"ל שלא הכיר בה אף לב"ש דכיון דסבורים הם דהלכה כב"ה ועושים כן לכתחלה אין זה מום במקח אף לב"ש כיון דלעולם לא יחזרו ב"ה מהוראתם ולדידהו הוי היתר גמור ומום חשוב רק מה דקפדי אינשי וכיון דלב"ה לא הוי שום קפידא כלל ממילא דקדושין תופסין אף לב"ש ושפיר הקשו התוס'.

ונראה להביא ראי' דחיי"ל שלא הכיר בה דצריכה גט בודאי מתשובת הר"ן סי' ס"ג דאשה שסברה שגט כשר ונתקדשה ונמצא גט פסול וספק פסול דצריכה גט משניהם וקשה אמאי צריכה גט מן השני כיון דחיי"ל שלא הכיר בה אינה צריכה גט אלא מספק והכא כיון דאסורה לו משום ספק א"א דגט הראשון הוי ספק פסול והוי מום במקח כמו מוכר דבר ונמצא ספק טריפה דהוי מקח טעות כמבואר ברמ"א יו"ד סי' קנ"ט א"כ הוי ס"ס ספק שמא גט הראשון פסול בודאי ואין קדושין תופסין בא"א ואפילו נימא דגט הראשון כשר מכל מקום הא אסורה לדור עמו מספק והוי מקח טעות א"כ מס"ס אינה צריכה גט מן השני והא נראה מדברי הר"ן דמצד הדין צריך לגרשה ולא משום קנס דתצא מזה ומזה, וע"כ צ"ל דחיי"ל שלא הכיר בה צריכה גט בודאי והר"ן לשיטתו וכן העלה הנוב"י לדינא במהדו"ת שם בסי' קס"ב בהשמטות, וראיתי בספר תפארת צבי שחידש בח"ל שלא הכיר בה דאינה צריכה גט אלא מדרבנן וכן האריך בזה בשו"ת ברית יעקב חלק אה"ע והעלה לדינא שאינה צריכה גט אלא מדרבנן אבל באמת זה תמוה דלדבריהם יבמה לשוק שלא הכיר בה דקדושין אינן תופסין אלא מספק א"כ הוי לה ספיקא דרבנן לקולא ואמאי צריכה גט והרי מבואר מדברי התוס' ושו"ע שצריכה גט וכן מד' תשו' הר"ן ס"י ס"ג מוכח דהוי ספק תורה דאל"כ הא הו"ל ספק מדרבנן לקולא ולמה הצריכה גט מן השני.

ולכאורה יש לומר עפ"י מה שכתב הנוב"י דלהכי לא אמרינן בחייבי לאוין שלא הכיר בה אדעתא דהכי לא קדשה משום שאין לו כל כך הפסד משום שבידו לגרשה וכן יש בידו לישא עוד אחרת מה שאין כן אשה שאין בידה להתגרש יעו"ש, ולפי"ז בתר חרם

דר"ג שאין בידו לגרשה בעל כרחה ממילא יש לומר דאדעתא דהכי לא קדשה, אולם אין לבנות יסוד על דברי הנוב"י הנ"ל שהרי יבמה לשוק שנתקדשה בשוגג שהצריכה ר"ת גט אע"פ שהטעות היתה גם אצל האשה שגם היא לא ידעה וכסבורה היתה שאינה צריכה חליצה ואין בידה להתגרש ולא אמרינן אדעתא דהכי לא נתקדשה אלמא דאין חילוק בין אשה לאיש.

מכל מקום נראה לדינא בנידן דידן ביבמה לשוק שלא הכיר בה דאע"פ דצריכה גט מן התורה מ"מ לענין חרם דר"ג כיון דאין קידושין תופסין ביבמה לשוק אלא מספק א"כ לגבי חדר"ג הוי ספק חרם ואפילו לדעת המחמירין בספק חדר"ג כספק של תורה מ"מ אפ"ל דר"ג גזר רק בודאי אשה ולא מספק ומספק אין עליו שום שיעבוד, ודוגמא לזה אמרינן בנדרים י"ט לא מחית אינש נפשיה לספיקא והכי עדיפא ביבמה לשוק דאי אפשר להיות ודאי קדושין וספק אשה אינה בכלל התקנה דחר"ג עוד נראה מה שהחמיר החת"ס והצריך היתר מאה רבנים בחיי"ל שלא הכיר בה אעפ"י שאסורה לו משום דחשש לדעת המחמירים דאפילו במקום מצוה גזר ר"ג א"כ בנ"ד הוי ס"ס ספק שמא אין קידושין תופסין ביבמה לשוק ואין זה אשתו כלל ואפילו תימא דקדושין תופסין ביבמה לשוק ספק אי גזר ר"ג במקום מצוה דהא אסורה לו משום יבמה לשוק, ועי' בפתחי תשובה באה"ע סי' ל"ט סעי"ה מה שהביא מתשו' גליא מסכתא להקל באסור חרם ר"ג במום שדרך בני אדם להקפיד עליהם ועי' עוד במלבושי יו"ט סי' ג' מה שהקיל בגוף הוראת החת"ס בזה וע"כ נראה בזה שאינה רוצה לקבל גט שיש להתיר לו לישא אשה אחרת ואינו צריך היתר מאה רבנים.

ב

ועל דבר אשר הודיעו הרבנים שיחיו, אשר לדבריהם נתברר הדבר בבירור גמור וע"י גב"ע כדת אשר אשת האיש מ' ישראל ב"ר יהודא ליב הדר בעיר אלמורע באמעריקא] נשתטית זה כשתים עשרה שנה והיתה באמעריקא בבית המשוגעים, ואחרי כי לדעת הרופאים אין לה תרופה השיבה לבית אביה במדינתינו וכבר הורו רבותינו להתיר לבעל נשתטית לישא אשה על אשתו על פי הסכמות וחתימות מאה רבנים מג' מדינות, אולם בנ"ד שהוא באמעריקא ואשתו במדינתינו הי' לכאורה מקום לפקפק דאסור לו לישא אשה באמעריקא מצד דינא דגמרא דאמר ראב"י אל ישא אדם אשה במדינה זו וילך לישא אשה במדינה אחרת כמבואר ביבמות דל"ז וביומא די"ח וכמבואר בשו"ע אהע"ז סי' ב' ויעוי' בבית מאיר שם שכתב דמלשון הגמ' והרמב"ם משמע דוקא בנשא אשה על אשתו ולא במתה או נתגרשה אף שיש לו בנים ממנה, והטעם י"ל משום דאז מוליך

בניו הקטנים עמו ואין למיחש ומשום מילתא דלא שכיחא שמניחים אצל הגרושה או קרובי האם לא גזרו עכ"ד, וא"כ דוקא במתה או נתגרשה ממנו אבל בנשתטית לפי הנהוג שמשליש הגט ועושה שליח להולכה למסור לידה לכשתשתפה ולא בתורת זכוי כדעת השואל בפנים מאירות, [דאע"ג דקיי"ל בחו"מ סי' רע"ג סי' ט"ז דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה מ"מ ראוי לחוש לדעת הרמ"ה הובא ברא"ש כתובות ד' כ' ובקצוה"ח ובנתיבות שם דדוקא בעתים חלים ועתים שוטה מהני זכי' ולא בשוטה גמור וגם אין זה ברור דהוי זכות גמור וגם לדעת הרי"ף אף בזכות גמור בגט שיחרור אינו חוזר אבל לא הוי גט עד דמטי לידו עכ"פ הלא נהגו להשליש גט ע"י שליח להולכה ולא בתורת זכוי משום כמה טעמים ופקפוקים] וא"כ כל זמן שלא נתגרשה הרי הוא בכלל הגזירה דלא ישא אשה במדינה זו וכו' ויעוי' בשו"ת שם ארי' חאה"ע סי' ס"ח מה שהאריך בזה דאין חילוק בין יש לו בנים ממנה או לא וגם בעקרה וזקנה וקטנה שייך להא דראב"י אולם נראה לפי המבואר בגמ' שם שאני רבנן דפקיע שמייהו והכי קיי"ל בשו"ע וי"ל כיון דבנשתטית צריך לזה היתר ק' רבנים קלא אית להו וכן נראה מד' הבית הלל שכ' דבזה"ז אין נפ"מ בדין דלא ישא אשה על אשתו משום חדר"ג והא נפ"מ בנשתטית אלא נראה דגם בנשתטית מותר לישה אשה על אשתו, עוי"ל דעל ידי מה שישא אשה אחרת הרי נאסרת עליו אשתו הראשונה הנשתטית משום חדר"ג וכל שאינה ראוי' ואסורה לו אין זה בכלל הגזירה דלא ישה אשה על אשתו ועי' בעין יצחק חאה"ע סי' ב' ובנ"ד נראה לפי העובדא שהיתה אתו יחד באמעריקא ורק אחרי שהיתה זמן רב בבית המשוגעים שלחה למדינתנו א"כ כיון דדרו יחד אין זה בכלל הגזירה דלא ישא אשה במדינה זו וילך למדינה אחרת אחרי שהיו יחד באותה מדינה ולא יבוא הדבר לידי זמה דאח נושא אחותו ודוקא במניחה במדינה זו מתחלה וילך לבדו במדינה אחרת משא"כ בזה שדרו שם ביחד וקלא אית להו אחרי שאין זה בכלל הגזירה הנ"ל מצד חרם דר"ג כבר נמנו להתיר לבעל הנשתטית, ועל דבר מה שאין לו להשליש מזומנים לסלוק כתובתה ושארי חיובים שכבר האריכו בזה רבותינו האחרונים להתיר גם בכה"ג אם אמנם הראי' שהביא המהרי"ם פאדאווא מגיטין דמ"א שכותב העבד שטר על חצי דמיו איני מכיר דהא בודאי התם הפקיעו חז"ל זכות האדון מדין הפקר ב"ד שאינו יכול לשעבד בהעבד דהא גם אי הי' נותן לו הדמים אם אין האדון רוצה לשחררו הרי הוא ברשותו לולא תקנת חז"ל והפקירם ומכש"כ אם אינו נותן לו רק שטר על חצי דמיו ומשום תקנת העבד הפקיעו זכות האדון ולא הפקיעו יותר מהנצטרך לתקנת העבד וכיון שאפשר לעבד לתת שטר על חצי דמיו מהכ"ת יפקיעו זכות אדוניו לגמרי, אבל בנ"ד הא לא מצינו כלל שהפקיעו

זכות האשה ואדרבא האלימו ותנאי התנו בהתקנה דבאופן זה יתירו שבעת השלשת הגט ישלם החיובים שיש עליו א"כ אין לו לשלם לא התירו בכה"ג וזהו ענין אחר ואינו נוגע למשנתינו דח"ע וחב"ח, ורק שהוא ספק בתקנה, אולם בגוף הדבר כבר הורה הנתיבות בסי' בית יעקב הל' כתובות סי' ע' ובתשו' רעק"א החדשות סי' מ"ד להתירא שאין זה מעכב ואין אנו מעגנים אותו על כך, והנני נמנה עם המתירים להתירה.

ומה שהעיר רב אחד מנדרים ד"כ דמי שעבר על נדרו כו' אין אנו נזקקים כו' לא מצינו כן לעכב לדבר מצוה ואם גוף החרם אנו מתירין בשביל תקנתו מכש"כ שאין לקונסו ולעגנו גם לזמן, ומה שהביא ראי' מד' הראב"ד בהבחנה התם מה בכך שממתין הא מן הדין בידו לישא אחרת ולא יהא שרוי בלא אשה וגם בנ"ד הא עיקר ההיתר הוא בשביל דבר מצוה ומה"ט אין לקונסו ג"כ, ולבד זה י"ל דבנשתטית לא גזר רבינו גרשון כלל ואין כאן היתר רק דמעיקרא לא גזר, ורק כדי שיהא פרסום בדבר שלא יבואו להקל התנה שיהי' ק' רבנים המסכימים אבל בעיקר הדבר לא גזר וא"כ מתחלה אין כאן חרם כלל.

ג

וע"ד נשתטית הכלואה ז' שנים בביה"ח שם והרופאים אומרים שאין תרופה למחלתה ובעלה גלמוד כי בניו יצאו מביתו ודעת כת"ר להתיר לפי שאין לו רק בנים זכרים, וגם אין לו מי שישמשנו ודרכיה דרכי נעם ואף שלא במקום מצוה יש להתיר לפי"ד הנה ע"ד שאין לו אלא זכרים מפורש בנמוקי יוסף ביבמות פ"ו במשנה דאין כופין להוציא ובמקום שנהוג חר"ג גם בכה"ג אינו יכול לגרשה יעו"ש, אולם גם באופן שקיים פו"ר דעת האחרונים להתיר משום הרהורי עבירה וכ"כ בשו"ת תפארת צבי אהע"ז סו' ל"ח דלהפריש מעבירה הוי כמעשה מצוה, וביותר נראה לדון שמחויב לבזבז ממונו ולהשתדל ע"ז שלא יהי' שרוי בלא אשה עפמש"כ ההפלאה בספרו נתיבות לשבת בשו"ת סי' ב'] להעיר דעל מצות פו"ר אינו מחויב לבזבז כל ממונו דאינו מחויב ליתן כל אשר לו בעד מצות עשה, כמבואר ביו"ד סי' קנ"ו ומישב בזה ד' המהר"י מינץ ולגבי חדר"ג מסיק דמשערין כמה ראוי ליתן לפי עשרו בעד מצות פו"ר דאין הדבר תלוי במ"ע אלא לפי ערכו וזה השיעור שמחויב ליתן לה לרצותה יעו"ש, וכ"ז לגבי מצות פו"ר לישא אשה על אשתו שאין לו בנים הימנה אבל להיות שרוי בלא אשה דהוא הצלת עבירה ונוגע לאיסורא דמחויב לבזבז כל ממונו כמבואר באו"ח סי' תרנ"ו והוא מדברי הראב"ד הובא בב"י והפרמ"ג שם מסתפק באיסור דרבנן אי מחויב לבזבז כל ממונו, אולם שי' הרי"ף דלעמוד בלא אשה הוא איסור דאורייתא כמש"כ הרד"ך [הובא בפתחי תשובה סי' א' ס"ק י"ב] ואף דלגבי מכירת ס"ת נחלקו בזה דשי' הנמוקי יוסף דבשביל פו"ר

ושבת מוכרין ובשביל הרהורי עבירה אין מוכרין ושי' הרמב"ן דמוכרין מ"מ י"ל דזה דוקא בדינא דגמרא משא"כ בחדר"ג גם הנימוק"י מודה [גם לשי' הנמוק"י בשביל מצות דלערב אל תנח מוכרין ס"ת והכא דא"י לדור וכשישא אשה בת בנים יקיים אל תנח] וכ"כ הנובי"ת סי' ו' לדון דאפילו לדעת האומרים דרגמ"ה גזר במקום מצוה היינו בביטול מצות פו"ר אבל במקום שנכשל בעבירה לא גזר ואף דשם לא רצה לסמוך על זה בעובדא דידי' הוא מחמת שהלכה מפני רעבון ברשות בעלה יעו"ש ולא אמר בה לא איסור ולא היתר אבל בנשתטית בודאי גם הנוב"י מתיר בזה וכן ראיתי בכמה ספרי האחרונים שהקילו בזה, וע"ד אם באפשרי להשיג חתימות ק' רבנים ע"י מכתבים כבר כ' בשו"ת מהר"ם שיק חאה"ע סי' ב' דדי בזה.

ד

וע"ד מכתב הרה"ג ר' אברהם דובער שי' רב בפערם אדות ר' חיים ב"ר אברהם יצחק שאשתו מרדה וברחה לאמריקא זה ארבע שנים ודעת הרה"ג הנז' ודעמו להתיר להנ"ל עפ"י מאה רבנים לישא אשה על אשתו, לכאורה לא נתברר עפ"י הגב"ע משני עדים שמרדה רק דברי הרב דפערם לבד מה שנשא ונתן ודבר עמה כי מהבריחה לבד אין זו ראי' מספקת אולי מתוך קטטה הוכרחה לברוח כמו שברח הוא מתחלה וכמש"כ כן הנובי"ת אהע"ז סי' ז', ועדות הרב הוא רק ע"א ותלוי במחלוקת דדעת הב"ש באה"ע סי' קנ"ח דאין ע"א נאמן להעיד שמתה עליו אשתו להתיר חדר"ג דאין ע"א נאמן נגד חזקה והנובי"ת שם מקיל דבדרבנן מהני ע"א נגד חזקה יעו"ש.

אולם נראה כיון דבעיקר הדין במורדת נראה מדברי הגאונים האחרונים שא"צ היתר מאה רבנים כמש"כ המהרשד"ם הובא בתשו' רעק"א החדשות סי' פ"ב וכ"כ הנתיבות בתשו' נחלת יעקב סי' ה' בתשובתו להגרע"א וכ"ה בס' תועפות ראם חאה"ע סי' ג' אלא דבתשו' חת"ס חאה"ע סי' ג' השוה את הדין דאפילו בפשעה, צריך היתר ק' רבנים ולפי הנראה גדר גדרו עפ"י מש"כ המהרי"ק כי הדור פרוץ ואם יתירו במורדת יבואו להתיר גם לכשהקדיחה תבשילו ויאמר שהיא מורדת, ומהרשד"ם סי' ק"כ מה"ט לא השוה מדותיו דבסתם מורדת מחמיר ובמורדת קרוב לד' שנים מתיר וע"כ המנהג שצריך היתר ק"ר שלא יעלה הדבר בנקל ושלא יבואו לידי מכשול ופרצה כיון דבעצם הדין במורדת א"צ היתר ק' רבנים וא"כ הא הרב דפעם שידוע לו בבירור כל הפרטים שהיא מורדת הרי בידו להתיר והבעל הא אומר ברי לי ועיקר החרם עליו.

ועוד נראה דבברחה ועזבתו כמה שנים שאינה מודיעה לבעלה מקומה ורק יודע מעוברים ושבים אף אם בתחלת הבריחה לא היתה מורדת אבל עצם ישיבתה בהעלמה

לעגן את בעלה הוי מורדת, שו"ר בשו"ת זית רענן מהדו"ת חאה"ע שכ"כ ואעפ"י דמורדת מדינא דגמרא צריך התראה והכרזה ומה"ט נתחבט בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ק סי' קי"ד וכתב דלאו קו"ח הוא דאם לממון הקל לא הוציאו אלא בהתראה והכרזה מכש"כ להתיר חדר"ג החמור, מ"מ אינו נראה כן מדברי רבותינו האחרונים ורק להפסיד כתובתה צריכה הכרזות אבל לא להתיר חדר"ג דאדעתא דהכי לא גזר, שו"ר בשדי חמד שהביא ד' המחברים שכתבו שלא כדעת השואל ומשיב ולכל היותר נצרך היתר ק' רבנים והשלשת הגט כמו בנשתטית ואעפ"י שנראה מדברי החת"ס אה"ע סי' פ' שצריך להתרותה שיתירו החרם מ"מ בודאי אין התראה זו מעכבת בברחה וא"א להתרותה והרי היא כמותרה ועומדת ואי אפשר שיעוגן עי"ז, ובנוגע להשלשת כתובה שלא הפסידה מדין מורדת שלא היו התראות והכרזות נראה שצריך להשליש והנובי"ת כ' בשהה עשר שנים ולא ילדה שא"צ להשליש הכתובה דדוקא בנשתטית שאנוסה לקבלת הגט משא"כ בזה שבידה להתגרש ואינה רוצה להתגרש אינו מחויב להשליש אבל בברחה ולא נודע מקומה ואי אפ"ל שהרי בידה להתגרש כעת בודאי שצריך להשליש הכתובה וכן נראה מדברי המחברים וכן בהשלשת הגט כדי שלא תתעגן אח"כ אם תרצה להתגרש, והנני נמנה בזה עם הגאון מו"ה רפאל שפירא נ"י להתיר לכשיקוים כל התנאים בזה.

סימן יא

ב"ה יום א' ג' תמוז עת"ר. **לרב אחד**.

א

ע"ד אשר נשאל מאמעריקא באיש אחד שגירש את אשתו וניסת לאחר וילדה הימנו בת ועתה רוצה הבעל המגרש לישא את בת מי שהיתה אשתו אם יש בזה משום בת אשתו וכת"ר פלפל בזה עפי"ד התוספתא יבמות פ"ו חומר בגרושה מבחלוצה גרושה שרשאי להחזירה לפיכך אסור בקרובותיה וחלוצה שאסור להחזירה לפיכך מותר בקרובותיה והביא ראי' מיבמות דף צ"ז דלא מוקי לה רבא סתירת המקראות בין נולדה בשעה שיכול להחזירה או בשעה שאינו יכול להחזירה ומסיק לאיסורא.

הנה בפשוטו נראה בכונת התוספתא שבא לבאר מ"ט לא נאסרה קרובת חלוצתו. מה"ת כמו דס"ל לרע"ק ביבמות מ"ד דס"ל בית חלוץ הנעל הכתוב קראו ביתו משום דרבנן ס"ל דאין חליצה קנין, וכמבואר בירושלמי מה בין חולץ למגרש אין חליצה קנין אלא פטור ואין האחים חייבים משום אחיו של חולץ אלא משום שהיא אשת אחיו של מת ובאמת הא לפני החליצה לא נאסרו הקרובות רק משום אחות זקוקתו שאאמד"ר נמצא

דאין החליצה מוסיף קנין כמו היבום דנעשית אשתו ואף אי מגרשה בגט מחזירה אלא דהחליצה פוטר ועוקר הזיקה וזהו כונת התוספתא דבחלוצה שא"י להחזירה וע"כ דלא דמי ליבום שמגרשה בגט ומחזירה ונעשית אשתו אבל בחלוצה ל"א דהוה קנין שקנה אותה וגירשה [ויעוי' בירושלמי פ"ג דמקשה למ"ד חליצה קנין מכ"ג דחולץ והרי קונה אותה] שהרי אינו יכול להחזירה אלמא דלא נעשית אשתו ע"י חליצה שתהי' קרואה ביתו וחלוצתו ובודאי דכונת התוספתא דהגרושין עצמן אינה סבה שא"י להחזירה משא"כ בחלוצה אבל מה שנשאת לאחר וא"י להחזירה אין זה מצד גרושין ואיך שיהי' בפירוש דברי התוספתא אבל בודאי אין כונת התוספתא לדרוש טעמי דקראי להקל ורק באה לבאר בטעמו של דבר דקרובת חלוצתו מותרת מן התורה.

והנה בעקר הספק שנסתפקו בזה נסתפק גם הערוך לנר בחדושיו ליבמות ד"ט ברש"י ד"ה והאמר דאפשר דאיסור דבת אשתו ל"ה אלא באותה הבת שהיתה לה כשהיתה אשתו אבל הבת שילדה אחר גרושין אינה אסורה לו משום בת אשתו דכשהיתה אשתו לא היתה בתו וכשהיא בתה איננה עוד אשתו וכתב שלא מצא דין זה מפורש יעו"ש. וכן העיר מזה הגרש"ש במהדורות לס' נתיבות עולם לדון אם נולדה אחת מהקרובות אחרי שנתגרשה אם אסורה עליו או אינה אסורה עליו ומתוספתא יבמות פ"ג ה"ב אחותה כשהיא יבמתה חולצת או מתיבמת כיצד בתו מאנוסתו נשואה לאחיו ולה אחות מאם מאיש אחר נשואה לאחיו השני ומת בלא ולד חולצת או מתיבמת והא דאמר בתו מאנוסתו ע"כ משום דמנשואתו גם השני' אסורה לו משום בת אשתו וכ"כ המפרשים שם והא גם בתו מנשואה משכח"ל שילדה אחר גירושין מאחרי שניסת לאחר אלמא דלא משכח"ל מנשואתו דאסורה גם לאחר מכאן ולזה העירני רב אחד.

ובאמת מפשטות דברי רש"י ותוס' ריש יבמות בד"ה בתו דמאנוסתו קאי דאי מנשואתו היינו בת אשתו דלא גרע מפני שהיא בתו הרי מבואר דבכל, גווני אסורה משום בת אשתו דאל"כ הו"ל למימר שנולדה אחר גירושי אשתו וגם ניסת לאחר דבכה"ג אינה אסורה משום בת אשתו דמה בכך שנולדה ממנו כיון דהלידה הי' אחר שגירשה וניסת לאחר ובטל השארות ואינו חייב עוד משום בת אשתו דבשעת לידה לא היתה עוד אשתו הרי מוכרח מדבריהם דאין חילוק לאוסרה משום בת אשתו, וכן יש להוכיח ממכות דף ט"ז בביטל באונס היכא משכח"ל אי דקטלה קלבד"מ והא משכח"ל שילדה בת מאיש אחר לאחר גירושין שלא ע"י נשואין או שנולדה לו אחות אחר הגירושין ואח"כ נשאה דנאסרה עליו האנוסה משום חמותו או אחות אשתו וביטל העשה דלא תהי' לאשה ע"י מה שנשא את בתה או אחותה [שוב ראיתי בתשו' בנין ציון שהרגיש בזה] וע"כ צ"ל דאין

חלוק בין שנולדה קודם גירושין או אחר גירושין ולגבי דין עריות אין הגירושין פועל כלל ודמי ללפני גירושין וגם לאחר מיתה במקום שלא חילקה תורה אין נפ"מ אם כבר הי' בעולם וחל עליו איסור ערוה זו או שלא הי' בעולם ואשת אחיו שלא הי' בעולמו יוכיח דאעפ"י דבשעה שנולד כבר נפקע איסורה שמת מ"מ אסורה עליו באיסור ערוה דאשת אח.

ומש"כ מעכ"ת לדחות הראי' ממכות דט"ז דדוקא בסתם גרושין דלאחר שגירשה אין עליו שעבוד להחזירה הגרושין מבטל הקורבה משא"כ באונס שמחויב להחזירה לא נתבטלה הקירבה ולהכי באונס אף שילדה אח"כ בת או שנולדה אחות אסורה עליו זה אינו כלום דהא לא נאסרו קרובתה קודם שנשאה דהא נושאין על האנוסה והמפותה ול"א כיון שיש עליו שעבוד ומ"ע ולו תהי' לאשה הוה שארו, אע"כ צ"ל דאין מצוה זו גוררת אחריה איסור קרובות וה"נ לכשגירשה לפי הך צד דאחר גרושין אין זו שארו לכל הדינים וגם לעניני קרובות מה שנולדו אחר שנשאה [וקצ"ע בדברי התוס' שם בד"ה כגון כו' שכתבו כגון דאמר קונם תשמישך עלי כדאיתא בנדרים והא בפשוטו נראה לאחר הגרושין שהי' בידו לקיים מ"ע דלו תהי' לאשה ואין עליו שעבוד דבעל ורק מ"ע דלו תהי' לאשה ונדרים חלים ע"ד מצוה א"כ גם באומר קונם תשמישי עליך חל ועוד דהא קונמות מפקיע מידי שיעבוד ורק דאלמוהו רבנן לשיעבודא דאשה כמו דאלמוהו לשיעבודא דבעל וכמ"ש הר"ן בפ' המדיר א"כ לא מצינו רק דאלמוהו שעבוד שבין איש לאשתו אבל לא בנוגע למ"ע דלו תהי' לאשה].

ומ"שכ לישב דהאי נל"ע דבידו לשלוח גט לבתה או לאחותה ולבטלו וע"י אפקעינהו רבנן לקדושין מיניה יהי' בידו להחזירה, ז"א דאכתי משכח"ל שנשא אחותה שנולדה אח"כ וגירשה דשוב אנוסתו אסורה עליו לעולם ואין בידו לתקן ע"י ביטול וגם ע"י ביטול הגט דאפקעינהו רבנן לקדושין מיני' אסורה מדרבנן וכמש"כ השימק"ו בריש כתובות והא מפורש ברמב"ם ובאהע"ז סי' קע"ז ס"ד דהיתה אסורה לו אפילו איסור דרבנן אינו רשאי לקיימה והראי' ממכות ראי' נכונה דאין חילוק בין שנולדה קודם גירושין או אחר גירושין [ולכאורה קשה דהא משכח"ל ביטלו כגון שנשא את אם אם אנוסתו דאינה אסורה אלא מדין שניות ושוב נאסרה אנוסתו מדין שניות וביטל לעשה ואפשר כיון דמה"ת ראוי' לו אין בזה מלקות דלא יוכל לשלחה דהוה נל"ע מה"ת וצע"ק ושו"מ בס' עצי ארזים שהרגיש בזה].

ב

וראיתי בס' שו"ת ברית יעקב חאה"ע שפלפל בדברי רש"י יבמות בחמותו ופירש"י שמת בעלה ונשאת אחיו ומת בלא בנים ולא פי' שנשא בת אחיו ומתה ואח"כ מת אחיו דאפי"ת חמותו לאח"מ אשתו איכא כרת מ"מ בכה"ג שנאסרה מתחלה משום אשת אח ולא חלה עליו איסור חמותו לאח"מ ואז איננה עוד חמותו לפי שכבר מתה אשתו יעו"ש ולכאורה הדברים מתמיהים כמשנ"ת לענין בת אשתו דמאי נפ"מ אם חל האיסור מתחלה או לא חל סוף סוף הרי היא חמותו גם עכשיו ובל"ז מה שאין אחע"א לא חשוב שלא חל מחיים דהא מתלי תלי כדאמרינן ביבמות דף ל"ב ואיסורא מיהא איכא [ובמק"א כתבתי להוכיח דאעפ"י שאין איסור חע"א מ"מ מהני האיסור השני למנוע תפיסת קידושין ולהכי כל היכא דלא תפסי קדושין לאו בני חליצה ויבום נינהו וממילא לענין חמותו אעפ"י דאין אחע"א מ"מ די בזה למנוע מיבום וחליצה ועי' בסי' ג'], ואולי י"ל דדוקא בעריות שאין חילוק בין מחיים או לאחר מיתה כמו באשת אח וכיו"ב כיון שהי' כבר אשת אח ואשת אחיו שלא הי' בעולמו יוכיח משא"כ בחמותו דאיקלש איסורא ולשי' הרמב"ן ושארי ראשונים אינו אלא באיסור דארור שוכב עם חותנתו ולא נכללה בכלל כרת דעריות ואפשר דלדידהו דוקא באם שחל איסורה מחיים איתנהו בארור שוכב עם חותנתו אבל אם בשעה שהיתה חמותו לא נאסרה עליו אין אח"כ משום איסורא דארור ולגבי חמותו לא יצויר שיחול לאח"מ דמצד אין אחע"א הא איסורא איכא.

אלא שיש מקום ספק לפי"ז בבת בתה שנולדה לאח"מ אשתו אם נימא דדמי לחמותו וליכא רק איסורא בעלמא ואפשר כיון דאיקלש איסורא לא נאסרה מה"ת רק באם שהי' חל עלי' חיוב דבת אשתו או בת בתה אז אקלש איסורא משריפה לאיסורא אבל אם מעולם לא חל עלי' חיוב דבת אשתו לאח"מ לא נתחדש איסור ודוקא בעריות חמורות שאין חילוק בין שחל עליו או לא חל כמו בא"א שלהב"ע אבל באיסור קלוש דארור אינו חל רק אם מתחלה חל עליו כרת דחמותו ואיקליש אח"כ לאיסור אבל אם לא חל עליו איסור חמור לא נאסרה עוד וגם בבת בתה י"ל כיון דלאח"מ אשתו על בתה אי"ח עוד שרפה וכרת על בת בתה שנולדה אח"כ לא חל עליו איסורא דארור ובנולדה מקודם אף דעל אמה אי"ח עוד מ"מ כיון דהי' מחויב עליה משום בת בתה אקליש איסורה לארור משא"כ בנולדה אח"כ ואפשר כיון דבבת בתה מסתעף מבתה כמו דאיכא איסורא על בתה כמ"כ על בת בתה, ואילה"ק אם נימא דבת בתה שנולדה לאח"מ אשתו שרי דא"כ אמאי לא מוקי לה בדף צ"ז ערות בת בנך או בת בתך לא תגלה הא בת בנה דידה או בת בתה דידה גלי שנולדו לאח"מ אשתו דבכה"ג שרי נראה דלפי הו"א דבת אנוסתו

אסורה אין מקום לחלק לפי שנולדה אחר מיתת אשתו דעכ"פ אסור לגלות ערות שתיהן ולא קילא מבת אנוסתו. ובעיקר הדבר בבת אשתו לאחר מיתת אשתו ראיתי בלקוטי פרמ"ג ליבמות שכ' לתרץ קושית התוס' בריש יבמות בבתו דאי מאנוסתו היינו בת אשתו דנפ"מ לאח"מ אשתו וכ"כ בערוך לנר אבל באמת בבת אשתו דכתיב בי' כרת בגופה וא"צ למילף מחמותו גם לאח"מ אשתו חייב כרת ויעוי' בשו"ת רעק"א סי' קכ"א שכ"כ ובפ"ת אה"ע סי' קע"ג שהרגיש מזה וכיון דאיכא כרת דעריות לאח"מ אשתו אף דליכא שרפה לשי' הרמב"ם דמי לשאר עריות ואין חילוק בין אם חל עליו מקודם או שנולד אח"כ בכולהו איתנהו כרת [ואולי י"ל כיון דאיקלש משריפה לכרת ונשתנה דינו להכי כשנולדה אח"כ ולא חל חיוב שריפה מחיים אין בה כרת אח"כ.

והנה התוס' בריש יבמות דף ג' כתבו ובת אשתו היכא דנכנסה לחופה ולא נבעלה נראה לר"י דחייב על בתה ודקדק מזה השעה"מ בשי' התוס' דדוקא בנכנסה לחופה ול"נ דדוקא בחופה חייב וכדמסיק התוס' משום דבנשואין איכא שאר וכמש"כ התוס' בדף צ"ז ועי' בבית מאיר סי' ט"ו וכבר תמהו בזה ממשנה מפורשת בקדושין דף נ' ועיין בפ"ת לאה"ע סי' ט"ו ולכאורה הי' נראה בטעמו של דבר דאף ע"י קדושין חייב על בתה משום דילפינן מחמותו דבאשה ואמה כתיב קיחה יעוין ברמב"ן יבמות [דצ"ז] נאמרה קיחה לומר לך דרך לקוחין אסרה תורה הא תינח אמה ואחותה בתה ובת בנה ובת בתה מנ"ל י"ל הא גמרינן זמה זמה ולרבא כולהון כתיבין עכ"ל ורבא אינו חולק על הברייתא כמו שתמה הישׁ"ש אלא דבא לאשמועינן דגם בבתה כתיבי דבעינן נשואין ובאנוסתו מותרת אבל איסורא דע"י קדושין ילפינן מחמותו, ושיעור דברי התוס' נראה דאלו הי' מקרא מפורש דאיסור אשה ובתה עד דגלי ערות שתיהן כדמקשה בדצ"ז לא הוי ילפינן מחמותו דכתיב בהו קיחה אבל כיון דמסיק דלא בעי שיגלה ורק מצד שארות דע"י נשואין איכא שארות שוב ילפינן מהדדי מקיחה דכתיב באשה ובתה דגלי קרא דבעריות סגי בקדושין וע"כ גם בודאי לשי' התוס' לפי המסקנא ע"י קדושין גרידא חייב על בתה, ולפמשנ"ת דהא דחייב ע"י קדושין ילפינן מחמותו יחודש בזה דין דבת ארוסתו ע"י קדושין לאחר מיתתה אי"ח כרת לשי' הראשונים דס"ל דחמותו לאח"מ אשתו אינה בכרת דכיון דבת אשתו ע"י קדושין ילפינן מחמותו אמדינן דון מינה ומינה דלאח"מ ליכא רק איסורא ודוקא בבת אשתו מנשואין דכתיב בה כרת בגופה גם לאח"מ חייב כרת משא"כ בבת ארוסתו דילפינן מחמותו, ולפי"ז יש מקום למה שנסתפקתי בבת בתה שנולדה לאח"מ ארוסתו דאפשר בכה"ג לא נאסרה כיון דאין בזה רק איסור וצע"ק, אולם נראה לחלק דאף למ"ד דון מינה ומינה היינו בבת אשתו דלא כתיב גבה שריפה וילפינן מחמותו אמרינן דדינו

בלאח"מ כמו בחמותו אבל בפרטי הדינים דילפינן מחמותו דאסורה דרך לקיחה ובת אשתו ע"י קידושין חייב כמו מן הנישואין ל"ש בזה דון מינה ומינה.

ג

ומש"כ עמש"כ דעל בת אשתו לאח"מ אשתו חייב כרת וע"ז כתב דאין גזי"ש למחצה ומ"ש הנמוק"י דקרא דבת אשתו סתמא כתיב דאין נפ"מ בין מחיים בין לאח"מ כתב להסביר בטעם דחמותו בכרת דילפינן מאשה ובתה אבל לשי' רש"י הסמ"ג והרמב"ן דס"ל בחמותו לאח"מ איסורא בעלמא יקשה אמאי לא ילפינן זמה זמה שיהי' חייב כרת וע"כ צ"ל דשי' הרמב"ן דגם בת אשתו לאח"מ אינה בכרת ורק באיסור כבחמותו זהו תו"ד, ושגה בזה דבשי' הרמב"ן עצמו בודאי אינו כן כמו שהובא בהה"מ פ"ב מה' איסו"ב בשמו וכמש"כ בחי' ליבמות דצ"ח דס"ל דהלכה דון מינה אוקי באתרה ובאזהרה וכרת עשה הכתוב בתה לאח"מ כמחיים וכן לא למדו כרת לחמותו לאח"מ מבתה אלא אזהרה שמענו וכרת מחיים דומיא דעונש דכתיב בדידה ולאח"מ לאיסורא נתרבתה מדוכתא אחריתא עכ"ל, והנמוק"י באמת אזיל בשי' הרמב"ם דמשוה להדדי ובין בחמותו ובין בבת אשתו לאח"מ אשתו בכרת ורק משריפה נתמעט אלא דאין מד' הרמב"ן הכרח לשארי שי' הראשונים דאפשר לשי' רש"י וסמ"ג דס"ל דחמותו לאח"מ איסורא בעלמא ס"ל ג"כ בבת אשתו דאינו אלא איסורא ומשוה להדדי חמותו ובת אשתו וכמו דמשוה הרמב"ם לענין כרת כן משוה לדידהו לענין איסורא. ולכאורה היו מדוקדקים יפה לפי"ז דברי הרמב"ן שה"ר לסתור ד' הרמב"ם דלאח"מ אשתו אי"ח בשריפה מהא דאמרו נשא אשה ובתה מוציא אחת ותני מותר בחמותו לאח"מ משום דאקליש איסורא ואלו בבתה אסורה לעולם וכן בפ' הא"ר מקשה אי רע"ק ליתני חמותו ולא עלה על דעתו להקשות נתני נמי בתה יעו"ש, ובתשו' רעק"א סי' קכ"א נדחק בזה דראיותיו אינם לפי שי' הרמב"ן עצמו דבאמה לאח"מ אפילו כרת ליכא, אבל אשה ובתה דאיכא כרת לא מקרי קליש איסורא וכן בדצ"ד כיון דסבר דבחמותו ליכא כרת סבר דגם איסורא ליכא יעו"ש שכ' דהוא דרך קושי' על הרמב"ם לשי' דלשי' הרמב"ן עצמו דבאמה לאח"מ אפילו כרת ליכא א"כ י"ל דלהכי אסור בבתה לעולם אף דליכא שריפה מ"מ לא מקרי קליש איסורא כיון דאיכא כרת וכן מדצ"ד דלא מקשה מבתה דפשוט הי' לו דבתה אסורה לאח"מ דכתיב כרת בגופה והוכחה שני' גם לשי' הרמב"ם י"ל דהי' פשוט להמקשן דבבתה איכא כרת דכתיב בגופה יעוי"ש.

ולפמ"ש י"ל בכונת הרמב"ן דמוכיח אף לפי הכרעתו דבחמותו ליכא רק איסורא וא"כ אם בת אשתו לאח"מ אינה בשריפה משום דון מינה ומינה ודמי לחמותו בדין שלא יהיה

בה כרת ג"כ ורק איסורא בעלמא כמו בחמותו דילפינן מגזי"ש ושפיר הוכיח הרמב"ן דאמאי לא קתני מותר בבתה כמו בחמותו דתרווייהו איקליש איסורא ולית בהו כרת וכן אמאי לא מקשה אי לר"ע ליתני נמי בתה דלפי ההו"א כמו אמה לאח"מ מותרת כן בתה כמו דלהמסקנא שוים ואין בבת אשתו רק איסורא בעלמא אע"ג דכתיב כרת בגופה כמ"כ לפי ההו"א דחמותו לאח"מ מותרת גם בת אשתו לאח"מ מותרת ומזה הוכיח הרמב"ן דבאמת חלוק בת אשתו מחמותו דכתיב בה כרת בגופא ועשה הכתוב בת אשתו לאח"מ כמחיים וזהו שיעור ד' הרמב"ן דכיון דע"כ חלוקים בת אשתו מחמותו דבחמותו ליכא רק איסורא דארור ובבת אשתו איכא כרת בגופה לאח"מ כמחיים אמרינן דין מינה ואוקי באתרה ואיכא בבת אשתו שרפה ג"כ, אולם גם למש"כ לצדד בפי' ד' הרמב"ן בתוך דבריו אבל בגמר דבריו שהניח בצ"ע בבת אשתו לאח"מ אם היא בכרת או בשריפה ולא נסתפק כלל הרמב"ן דאפשר דבבת אשתו אין אוסרת כמו שהכריע בחמותו לאח"מ הרי מפורש דבזה אין ספק כלל ובבת אשתו לאח"מ אשתו איכא כרת בודאי ועוד דקושית הרמב"ן למה לא מקשה הש"ס ליתני בתה לדידהו יותר חזקה דלשי' הרמב"ם י"ל דגם לפי' ההו"א ידע דבבת אשתו איכא כרת דכתיב בגופה וחמותה הי' סבור דנתמעטה לגמרי ומשני דבחמותו איכא כרת כמו בבת אשתו אבל לדידהו אי ס"ל דבבת אשתו גם לפי המסקנא ליכא כרת דדמי חמותו לגמרי א"כ לפי ההו"א דהי' סובר דחמותו לאח"מ מותרת הו"ל להקשות ג"כ ליתני בתה אע"כ צ"ל דבאמת גם לשי' רש"י והסמ"ג איכא כרת בבת אשתו גם לפי המסקנא.

ועוד נראה דאי נימא דבבת אשתו ליכא כרת מנ"ל איסורא דבחמותו איכא איסורא דארור שוכב עם חותנתו דבכלל זה גם אם חמותו ואם חמיו וכמש"כ הרמב"ן דכולהון חותנתו קרינן לי' אבל בבת אשתו דאיננה בכלל חותנתו מנ"ל לאיסורא והא גזי"ש דזימה זימה י"ל דהוא על מאי דכתיב גבי' עונש ואזהרה אבל לא על ארור הכתוב במקום אחד והא מוכח דאסורה דאל"כ ליתני נשא בתה כסבור שמתה אשה ול"ש התירוץ איסורא איכא וכן מבואר ביבמות דכ"א הא פסיקא לי' והא לא פסיקא לי' ומבואר דאסורה מדאורייתא אלא דהאמת יורה דרכו דבבת אשתו איכא כרת ולא מצאנו רק מחלוקת בד' הרמב"ן והרשב"א אי איכא כרת כשי' הרמב"ם או שרפה אבל כרת דודאי איכא.

ד

ומה שפלפל כת"ר ביבמות די"ח לימא מסייעי' לי' יבמתו שמתה מותר באחותה באחותה אין באמה לא מנ"ל לדייק למעוטי אמה דבחמותו לאח"מ דקלישא איסורא לא גזרו רבנן כמו בגר דילמא לא אתי אלא למעוטי בתה דבכרת וכן בדברי רב הונא דאמר

שומרת יבם שמתה מותר באמה ואמאי לא אמר דמותר בבתה דהוי רבותא טפי דאיכא כרת והאריך בזה להוכיח לסתור דברי הנוב"י להתיר באשת חמיו לאח"מ משום כיון דאאמד"ר לא גזרו לאח"מ כמו גבי גר הרי חזינן בזיקה בשומרת יבם שלא חילקו בדבר וכמש"פ באה"ע סי' קנ"ט. נראה דשאני זיקה דהוי כמו קדושין דרבנן וכל דתקנו רבנן כעין דאורייתא תקון וכיון שנעשה א"א מדרבנן נאסרו בקרובותיהן בכל הקרובים ונראה דאף בשניות נאסרו וכן נראה דגם בקדושי חרש נאסרו מדרבנן גם בשניות וגם מסתימת דברי השו"ע סי' קנ"ט ס"ה דנאסרו בקרובותיהן נראה דאין הבדל ובחלוצה מספק"ל הש"ס אי גזרו שניות בחלוצה ומסיק דגזרו והכי קיי"ל להלכה ונראה דגם בזיקה כן למ"ד יש זיקה (שו"ר שכ"כ היש"ש בפ"ב דיבמות ודייק כן מלשון הרמב"ם] ומכש"כ שנאסר באמה אף דהוי חמותו לאח"מ וכמו בקדושין דרבנן דודאי נאסר בחמותו וטעמו של דבר דכיון דלא היתה גזרה מיוחדת ע"ז שנסתפק אם גזרו עליה כמו שגזרו על הגר דמסיק הש"ס בדף כ"ב דלא גזרו בשניות ומשום דלא אתי לאחלופי די שגזרו בערוה דאורייתא משא"כ אם נתקדשה בקדושין דרבנן או בקדושי חרש דתיקנו קדושין מדרבנן ומדבריהם אמרו בכלל שהיא א"א ושהקדושין תופסין וממילא כל הדינים המסתעפים מזה מאיסור א"א וקריבות דמי לא"א מדאורייתא, וכן מפורש ביבמות ק"ח בקדושי קטנה שאלו הרי שהיתה אשת אחי אמו שהיא שניה לו ונשאה אחיו מאביו ומת מהו שתמאן השתא ותעקרינהו לנשואין קמאי ותתיבם כו', הרי מפורש דבלא מיאון אסורה לו משום שניות בקדושי קטנה שהוא מדרבנן וכמ"כ בקדושי חרש [ויעוין במהרי"ט חדושי כתובות בד"ט בקטנה שהגדולה ולאו בת מיאון אסורה בזנותה של בעלה אף שאינו רק מדרבנן ויעוי' בשו"ע סי' ל"א ס"ד בהג"ה גבי שמא ש"פ במדי דאם קידשה אחר קדושין גמורין ובא עליה נאסרה לראשון ויעוין בב"י בשם מהרי"ק שם דמדין א"א שזינתה ואף דלפי שי' רוב הפוסקים אף אם שוה פרוטה במדי אינם רק קדושין דרבנן ועי' בב"ש סי' מ"ד סק"ד דאם פקח בא ונשא אשת חרש אסורה לבעלה כשם שאסורה לבועל ומה שהביא בשם ב"ה אפשר משום דבדרך נשואין הי' ושגגה הוי לה דקדושין דאורייתא מפקינן קדושי הראשון, ויעוי' במל"מ פי"א מהל' אישות מה שהביא דברי המהר"י באסאן שנסתפק באשת חרש שזינתה והביא מד' הה"מ בפ"ג מאיסו"ב דקטנה הוי כמיאון וגם המהר"י באסאן אתי מצד אחר דלא תהא חמורה קדושין דרבנן מזיקת יבמה דאורייתא דלא נאסרה ליבמה וגם בזה מפורש דלא כדבריו בתוס' יבמות ד' נ"א ד"ה אי, ואי"ל משום דהני נשואין דרבנן נינהו לא חשו לאוסרה דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ועוד דתיתסר משום דרב המנונא יעושה"ט, עכ"פ מבואר בדהתוס' דאמרינן בזה כל דתקון

רבנן כעין דאורייתא תקון וגם לדברי המהר"י באסאן יש לחלק דשאני זנות שבא מכח איסור ועבירה ויש לחלק ולומר דדוקא באיסור א"א שהיא בחנק החמירה תורה לאסור על בעלה לא כן באשת חרש אבל באיסור קרובים המסתעף מקרובי אישות אף בקדושי חרש נאסרו גם לד' המהר"י באסאן ואכמ"ל, וכל זה בקדושין דרבנן וזיקה כעין קדושין שהוא יסוד כללי משא"כ בשניות ועריות שלא יפגעו באיסור ערוה דגזרו ביחוד על כל שני' ושני' וגם באשת חמיו מפני מראית העין י"ל שפיר דל"ג רק במקום שיכול לבוא לידי ערוה החמורה אבל היכא דקליש איסורא לאח"מ אשתו לא גזרו כמו בגר דגזרו ג"כ על כל קרובה וקרובה האסורה בישראל כי היכי דלא אתי לאחלופי והיכא דקליש איסורא בחמותו לאח"מ לא גזרו.

ה

ומש"כ ליישב מה שדקדק בס' ערוך לנר בדרש"י יבמות ד"ט דבת אשתו לאחר גרושין מותרת דקאי לר"ש דמתיר בא"א שלהב"ע ביבם ולבסוף נולד וה"נ כיון דבשעת לידת הבת היתה כבר אשת אחר, נראה דאין חילוק בין ר"ש לרבנן ופשוטן של דברים כן הוא דבודאי גם לר"ש כל איסורי עריות הבאים מקרובי אישות שאין להם היתר ע"י מיתה וע"י גרושין ואף שניסת לאחר] באיסור הן לאח הנולד גם לר"ש דמאי נפ"מ בין שהי' בעולמו או לא הי' בעולמו סוף סוף היתה מתחלה אשת אב ואשת אח אלא דבדין יבום דאשת אח הותרה גזרה תורה כי ישבו אחים יחדיו דלא"א שלהב"ע לא הותרה ואילו הי' בעולמו הי' מותר ונמצא דאשת אח מצד עצמה הותרה ורק משנולד גזרה תורה שאין עליו דין יבם בזה ס"ל לר"ש מצד הסברא דדוקא היכא שעמדה עליו באיסור דאשת אח שעה אחת אבל היכא שמצאה בהיתר שנתיבמה דפקע לגבי היבם איסור אשת אח וכן לאחיו לא נאסרה ולא דמי לחלוצה לר"ל דהאחים חייבים עליה כרת דאחיו כדקיימי קיימי משא"כ ביבום אם מת היבם הרי היא מתיבמת לאחיו השלישי ול"א דקיימי באיסור אשת אח של הראשון, וכן דייק מזה הירושלמי בריש יבמות יעו"ש וצ"ל דהיבם מפקיע איסור אשת אח גם לגבי אחיו ולהכי בכה"ג לא נאסרה גם להנולד דאין זו אשת אח של המת וכן של היבם והיבם יקום ע"ש אחיו המת והרי הוא במקומו ובזה ס"ל לר"ש מסברא דאין מה שיחול על אח הנולד דאיסור אשת אח הקודם הותרה ודוקא ביבום אמרינן הואיל ובא ומצאה בהיתר ולא עמדה עליו שעה אחת באיסור משום דנפקע איסור אשת אח שבה אבל בניסת לאחר איסור אשת אח שבה היכן הלך ומאי דמקשה הש"ס אלא מעתה אחותו מאמו שנשאה אחיו מאביו ואח"כ נולד לו אח ומת תתייבם ולא מקשה מאיסור שע"י קדושין כמו באשת אח מאמו שניסת לאחיו ולאביו משום דהמקשן דס"ל

דגם א"א שלהב"ע הרי הוא כבר איסור עצמי של אשת אח כמו אחותו מאמו שאין לה היתר וע"כ תופס הש"ס האיסור היותר עצמי אחותו מאמו וכדמקשה אח"כ איסור א"א שלהב"ע היכן הלך ומשני ע"ז האי איסורא דאית לה התירא משום דאיסור אשת אח הרי הוא ניתר ע"י היבום וכמו שפירש"י דהשלישי מכח שני בא וגם התוס' מפרשים כן דפקע איסור אשת אח דיכול להחזירה לאחר שגירשה וכי היכי דפקע לגבי' דידי' פקע נמי לגבי אחיו הנולד ולפי מאי דמשני כל איסור שלא נפקע ע"י יבום כמו באשת אח מאמו שניסת לאחיו מאביו ונולד לר"ש לא נפקע איסור אשת אח מאמו.

וכדברים האלה מפורשים בירושלמי פ' כיצד ר' יוחנן בעי אשת אביו שמצאה לפני א' מן השוק מה אמר בה ר"ש מפני שמצאה בהיתר מותרת לא אמר ר"ש אלא ע"י אחיו מן האב ר' יעקב בר אחא אמר רשב"ל בעי אשת אחיו מאמו שמצאה לפני א' מן השוק מה אמר בה ר"ש מפני שמצאה בהיתר מותרת לא אמר ר"ש אלא ע"י אחים מאב ר' יודן בעי צרת אחות אמו שמצאה לפני א' מן השוק מפני שמצאה בהיתר מותרת איבעי דר' יודן אינו מובן דמאי נפ"מ מה שהיא צרת אחות אמו דכל שניסת לשוק הרי היא אשת אח והי' נראה להגיה שמצאה לפני אחיו מן האב שנתייבמה ובזה בעי דכל האיסור בצרה הוא משום אשת אח והרי הותרה ע"י יבום אבל באמת גם בזה בדין שיודה ר"ש דלא פליג רק באיסור א"א שלהב"ע דאילו הי' בעולמו הי' ניתר לו וע"י יבום האח נפקע איסור א"א שבו משא"כ בצרת אחות אמו דאלו הי' בעולמו היתה נאסרת עליו משום צרת ערוה וע"ז אין היבום מפקיע] ובזה נדחה מ"ש מעכ"ת דבת אשתו שניסת לאחר כיון דבת אשתו איקליש איסורא לאח"מ דמי לאיסור אשת אח שי"ל היתר דבאשת אח לאו משום דקיל איסורו ואי ניסת לאחר ונולד אסור גם לר"ש ורק בנתיבמה שיצא היתר אשת אח בפועל. והותר גם למי שלא הי' בעולמו, והנני חוזר לדבר השאלה בבת אשתו שנולדה לאחר שגירשה וניסת לאחר דהוי ערוה ככל עריות שבתורה.

סימן יב

מ"ח תר"נ ווילנא. **בענין עגונה. ע"ד** העגונה אשר נמצא אחרי הדרישה והחקירה בבית החולים דקהלתינו כתוב בספרי המתים, ונמצא שם הפאס ובגד העליון של האיש הילל בן יהושע עפשטיין מילידי ראמאנאווא אשר היה חולה במחלת עצירת השתן ומת בביה"ח ממחלה זו.

א

הנה תמול עיינתי דבר העגונה ואת אשר כתב כת"ר בזה והנה בהגב"ע אשר הוגבה לפני כת"ר שאמר שהי' מלמד בסלוצק, ואנכי דרשתי ע"ז ונודעתי מחותנו כי הי' יליד רומאנאווע ולפני מותו זה שלש שנים לא עסק במלמדות מפני חולשתו ומתחלה הי' מלמד ודירתו בקאפוליע זה כמה שנים. ואשער כי בהגב"ע הורכב בטעות שהי' מלמד בסלוצק כי החולה הגיד שהוא מעיר סלוצק ואומנתו מלמדות וראוי לדרוש ע"ז אצל העד, ולפי"ז יש כאן שנוי מקום מה שאמר לפני העד שהוא מסלוצק וגם מה שאמר שהוא מלמד אשר זה שלש שנים לא עסק במלמדות, אמנם יעוי' בתשו' הגאונים בתראי סי' כ"ז באחד שהגיד שהוא מהוראדנא ובאמת הי' דר איזה פרסואות סמוך להוראדנא שהתיר הב"ח ויעו"ש שהביא מד' הרמב"ן מפ' האשה שלום תבדק נהרדעא כולה ובהג"ה שם הביא ראי' מב"ב דקכ"ב דחברון וכל פרוורהא נקרא ע"ש חברון, [ועי' כיוצא בו בתשו' אבני מילואים] והגאון ר' יעקב מפקפק בזה וחוכך להחמיר ובאמת כן הוא מנהג בני אדם בבואם למקום שאין מכירין את מקומם להתיחס על עיר המחוז הגדולה הקרובה אליהם ואולי באמת הגיד שהוא ממחוז סלוצק ולא דק בלישנא ונודע מש"כ הר"ן בתשובה סימן ל"ב מה שתולים באיזה טעות וגם מה שאמר שהוא מלמד שכמה שנים עסק בקביעות בזה ואך זה שלש שנים מפני חולשת בריאותו עזב אומנתו ולא הי' לו עסק אחר ואומנות אחרת בקביעות אחר כך ועל כן התיחס ע"ז שהוא מלמד ועי' בגיטין מ"ב עבדי שהי' כבר.

והנה העיקר שיש לסמוך בזה הוא תעודת הפאס וכבר העיד בזה הגאון מוהרי"מ פאדווא בתשו' סי' מ"ג שיש להתיר על פאספארט לחוד ויעו"י, בתשו' כנס"י סי' נ"ב וסי' נ"ה ותשו' נובי"ת סי' מ"ו, וע"ע בתשו' אבני מילואים מש"כ דמירתת להשאיל והיראה מטעם העונש לא גרע ממה שסמכו בתשו' ב"י ובתשו' צ"צ על הא דאין השואל רשאי להשאיל דלא חיישינן לשאלה, ואם כי שיש לחוש דלפי שהי' חולה גדול וע"כ השאילו לו פאספארט למען יכול להתקבל אח"כ בבית החולים ומשום פקו"נ הטיל המשאיל א"ע בספק עונש, אולם בזה שהמשאיל ג"כ חולה אשר בשביל זה קיבל הפאס ואיך ישאול דבר שחיי נפשו תלוי בו ואין להסתפק שמא נתרפא בזמן מועט באיזה ימים אחרי עדות הרופאים במינסק אשר מכתו אנושה ומוכרח לניתוח, ונוסף לזה כי מי זה ישאיל פאספארט לחולה מסוכן אשר יתקבל בביה"ח ועי"ז ימנה המשאיל בספרי מתים, ובעיקר ההיתר על תעודת הפאספארט שמסתפקים בדבר וחוששים בזה לשי' הב"י המובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ס"ט דאף בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה אי סימנים דרבנן

ולפי"ז יש לחוש גם בפאס מצד מיעוטא דמיעוטא דמושלי ונראה בשי' הב"י ובטעמו עפ"י מש"כ הפנ"י בב"מ דכ"ז דהחשש בסימנים הוא דאיתרמוי איתרמי וכ"כ בחי' הר"ן בחולין דע"ט במאי דקאמר ש"מ סימנים דאורייתא דלהכי שאני הני סימני מסימנים דב"מ דאיתרמוי איתרמי, ולהכי חוששין לשאלה לפי שמצרפין מיעוטא דשאלה עם מיעוטא דאיתרמוי איתרמי וכמש"כ הר"ן בחולין דס"ב ד"ה וליחוש דמצרפים תרי מיעוטא ועי' ברכות דנ"ג דמצרפינן מיעוטא דכשפים למיעוטא דלגמר את הכלים ומה"ט חושש הב"י אף בכלים דלא מושלי, ומתורץ בזה קושית הנוב"י שהק' בסי' ל"ב לשי' הב"י דמאי משני בעדי אוכף דאכתי קשה למ"ד סימנים דרבנן מאי מהני עדי אוכף דאף אם ראו אצלו ניחוש לשאלה לשיטתו אף במידי דלא מושלי, ולפ"ז ניחא דמידי דלא מושלי הוי מיעוטא דמיעוטא ורק בצירוף אתרמוי איתרמי מצטרף למיעוטא וא"כ בעדי אוכף דאין כאן ספק זולת חשש שאלה הוי מידי דלא מושלי דל"ח לשאלה, ולפ"ז גם בטב"ע דל"ש בו איתרמוי איתרמי במידי דלא מישלי ל"ח לשאלה אף לשי' הב"י, וראיתי בנובי"ת בתשו' חתנו בסי' ס' וכמ"כ במהדו"ק בסי' נ"א שהגאון מהר"מ ברבי וחתנו דעתם כן דבטב"ע ל"ח לשאלה ולפ"ז לשיטתם גם בפאספארט דליכא שום חשש דאיתרמוי איתרמי דבאותו פלך ומחוז ועיר אין אחר זולתו שוב הוי כעדי אוכף המבואר בגמ' דל"ח לשאלה.

ב

אולם הנוב"י דחה שיטתם דאין חילוק בין סימנים לטב"ע והביא דברי הב"י שגם בטב"ע כתב דאף על כיס וארנקי אין מעידין דחיישינן לשאלה ולשיטתו בע"כ צ"ל בדברי הב"י דרק מדרבנן הוא דאל"כ קשה עדי אוכף איך משכח"ל, ובתשו' רעק"א תירץ דעידי אוכף משכח"ל בשיש סימן בינוני על החמור דב' סימנים אמצעים הוי כסי' מובהק ולהכי אף דחיישינן לשאלה במידי דלא מושלי הוי כסי' אמצעי דהא למ"ד סימנים דאורייתא מעידים על סי' כלים במידי דלא מושלי ומצטרף לסי' אמצעי מהחמור, וכ"כ האבני מילואים והנוב"י כדעת המהר"ל מפראג דמצטרפין סימני כלים לסי' גופו ולא מטעמו יעו"ש, ודוקא למ"ד סי' דאורייתא אאפ"ל כן בכלים דחיישינן לשאלה דאי יש סימן בינוני על החמור בל"ז מהדרינן ואי בסימן גרוע אינו מצטרף ושפיר מקשה הש"ס משא"כ למ"ד סימנים דרבנן שפיר משכח"ל אבל מ"מ אין זה מספיק כ"כ דחמור בסימני אוכף משמע בסימני אוכף גרידא ובכה"ג רק ע"י הצירוף מהדרינן, מיהו גם לדעת הנוב"י צריך ביאור בשי' הב"י דמאי שנא דהחמירו בכלים דלא מושלי למ"ד סימנין דרבנן דלא הוי סימן מובהק דהא ע"כ מה"ת הוי סימן מובהק מדמחזירים בעדי אוכף אלמא דחשש שאלה

הוא מיעוטא דמיעוטא כמו בסימן מובהק שיזדמן סימן כזה ומ"מ החמירו גם בטב"ע מחשש שאלה ומ"ט לא החמירו בסימן מובהק על גופו לחוש לאותו מיעוט דאיתרמוי איתרמי וכמ"כ למ"ד סימנים דאורייתא מעידין בסימן אמצעי ולא החמירו והא סימן מובהק למ"ד סימנים דרבנן הוי כסימן אמצעי למ"ד סי' דאורייתא ומאי שנא דהחמירו בסימני כלים דחיישינן לשאלה דהא הוי סימן מובהק מדמחזירים בעדי אוכף.

וע"כ נראה דבאמת עיקר החילוק בין סימני גופו וסימני כלים דלא מושלי לפי דמצרפינן המעוטים דאיתרמוי איתרמי למיעוט דמושלי ואף בטב"ע החמירו מטעם בדדמי יעו"ש בשימק"ו בב"מ ד' כ"ז דגם בשני עדים שייך מיעוטא דמיעוטא של טעות בדדמי (וכ"ה שי' הרי"ף במלחמה] ובזה הייתי מפשר בין שי' הנוב"י ובין שי' המהר"מ וחתנו מהדו"ק סי' נ"א ומהדו"ת סי' ס'] דבסימני כלים דלא מושלי לא הוי סימן מובהק לפי דמצרפינן המיעוטים ובטבו"ע בכלים דלא מושלי החמירו משום דמצרפינן בדדמי למיעוטא דמיעוטא דמושלי והי' מתורץ בזה מ"ט מחזירים בעדי אוכף מה"ת דניהו דחיישינן לשאלה מ"מ בעדי אוכף הוי סימן מובהק לגבי חמור ובעיגונא החמירו משום צירוף בדדמי ודוקא בטבי"ע בגופו דליכא רק בדדמי גרידא וכמ"כ בסימנים מובהקים בגופו דליכא רק איתרמוי איתרמי לא החמירו ומתורץ ג"כ מה שהקשה הנוב"י מהדו"ת סי' ס' מ"ט השמיטו הראשונים עכ"פ בטבי"ע דכלים כקו' הב"י על סימנים דגם בטב"ע החמירו משום צירוף בדדמי למיעוטא דמיעוטא דמושלי, ולפי"ז בפאספארט גם לשי' הב"י כיון דל"ש בזה איתרמוי איתרמי וגם בדדמי ליכא ובחשש שאלה גרידא במידי דלא מושלי בלי צירוף איתרמוי איתרמי או בדדמי לא מצינו שהחמירו, אך מה שיש לחוש בזה הוא חשש אבידה ופקדון למש"כ הח"מ דה"ה לאבידה ומכירה חיישינן ולפי"מ שביאר הנוב"י דכ"ז לשי' הב"י דאי סימנים דרבנן חיישינן לשאלה אף במידי דלא מושלי וה"ה לאבידה ומכירה, א"כ למש"כ דגם הב"י מודה היכא דאיכא חשש שאלה גרידא בלי שום צירוף וה"ה מחשש אבידה ל"ח היכא דליכא צירוף איתרמוי איתרמי או בדדמי.

ג

ואולי באמת כונת הב"י לחוש גם בכלים דלא מושלי הוא מחשש אבידה ופקדון כמש"כ הח"מ אבל לא מחשש שאלה כיון דלא מושלי, שו"ר שכ"כ הנתיבות בתשובתו להחמדת שלמה אה"ע סי' כ"ד דלאו משום חשש שאלה חושש הב"י רק מצד חשש מכירה ואבידה, ואף שהב"ש העתיק דבריו דחיישינן לשאלה אבל בתשו' ב"י כתב סתם דלא הוי סימן עיי"ש יש לישב ובזה משה"ק השב שמעתתא בש"ז פכ"ב בסתירת ד' הב"י ממש"כ הרא"ש בתשובה דסימן מלבושים לא הוי סימן דלפעמים משאיל אדם

מלבושים לאחרים ותמה הב"י דמשמע מלשונו דטעמא דסימן כלים ל"ה סימן היינו משום דחיישינן לשאלה וא"כ בארנקי וכיס וטבעת דליכא למיחש לשאלה נימא דהוי סימן, וע"ז הק' הש"ש דאי נימא טעמא דב"י בכיס וארנקי משום דלפעמים מושלי גם הנך וכמש"כ הב"ש ולא חשיב סימן מובהק ביותר וא"כ מאי קא קשי' לי' להב"י בתשו' הרא"ש דנקיט טעמא דשאלה כיון דבכיס וארנקי נמי משום שאלה אית בי' יעו"ש, ולפמש"כ י"ל דבאמת במידי דלא מושלי אין סברא לחוש לשאלה ורק מה שהחמיר הב"י דאין זה סימן מובהק בכלים דלא מושלי דחיישינן לנפילה ולפקדון ולהכי שפיר קא קשי' לי' ע"ד הרא"ש דממאי דנקיט טעמא בשאלה נראה דוקא בכלים דמושלי אבל בכיס וארנקי לא חיישינן ולפי שיטתו גם במידי דלא מושלי למ"ד סי' דרבנן לא הוי סימן מובהק דחיישינן לפקדון ולנפילה, ובאמת מצד נפילה הוי נפילה ביחיד ולא חיישינן ועי' נוב"י סי' נ"א מה שמפקפק בזה ועי' ברמב"ם בפי"ב מהל' גירושין הל' ג' ובאה"ע סי' קנ"ב סעיף י' דאין הבעל נאמן שנפל ממנו וע"ע בסי' קמ"א בב"ש ס"ק ד' ועי' בפנ"י בגיטין דס"ד מה שתי' לרב הונא ומה שמחלק שם דדוקא בטוען ברי חיישינן אבל בסתם לא חיישינן לנפילה דיחיד ואע"פ שהסימנים הרשומים בהפ"פ הם סימנים גרועים וראוים לכמה בני אדם ולא דמי להגט של שני יוסף ב"ש שהגט גופא אינו ראוי רק ליב"ש והוי נפילה דיחיד וכמ"כ הא דב"ב בשטר בשני יב"ש דחשיב שפיר נפילה דיחיד דעצם השטר אבד יב"ש זה ומצא יב"ש אחר משא"כ הפ"פ ראוי לרוב בני אדם מ"מ הוי נפילה דיחיד שאבד החולה ומצא מי שיש לו עתה חולי זה, וכה"ג השתמש החכ"צ בסברא זו בתשובה קל"ב בשאלה דיחיד אבל מחשש פקדון לשי' הב"י לא יצאנו דלד' החולקים על החכ"צ דשאלה דיחיד גרע וה"נ פקדון דיחיד וכ"מ ביבמות ד' קט"ו דאי לנפילה מזהר זהיר ואי לפקדון כיון דשמו כשמו והא אבייי ס"ל דחוששין לנפילה בנפילה דרבים והא דאמר לנפילה מזהר זהיר משום דהוי נפילה דיחיד ואפ"ה הי' חושש לפקדון דיחיד וכן כתב בתשו' הגאון מטארנאפל בספר אבני מילואים.

אך ע"ז י"ל דאין לחוש שמא הפקידו בידו דאיך הי' משתמש בו והי' שולח יד בפיקדון להכתב על שמו בביה"ח וגם אי פ"פ דין שטרות יש לו מ"מ לפי המבואר במל"מ פ"ו מהל' טוען ונטען דנשבעים על שטרות שלא שלחתי בו יד דאף דנתמעט מדין שמירה מ"מ על שליחות יד חייב עכ"פ בודאי לכתחלה אסור לשלוח בו יד [דגם בשטרות איכא לא תגזול אף אם נתמעט מחיוב אונסין והא לד' הרמב"ן גם בקרקע איכא לאו דלא תגזול ויעוי' בתוס' ב"מ ד' ס"א בעבדים וקרקעות ועכ"פ שומר אסור לשלוח יד אף אם נתמעט מדין שמירה] וכמו שסמכו בתשו' ב"י ובתשו' צ"צ על אין השואל רשאי להשאיל דל"ח

לשאלה וה"ה לפקדון ל"ח בכאן אחרי שהשתמש בזה ומוקמינן לי' בחזקת כשרות [ואף דיש לפקפק דאולי הי' מוכרח להתקבל בביה"ח ואף דאסור להציל א"ע בממון חברו היינו דמחויב לשלם אבל מותר להציל אבל ג"ז חששא רחוקה שלא הי' ביכלתו להשיג תעודתו עד שהי' מוכרח להשתמש בפקדון] ועוי"ל כמו דל"ח לשאלה במידי דלא עבידי למושלי ה"נ ל"ח בפ"פ הנצרך לו להראות ולהפקיד ביד אחר.

והנה בגוף הדין כבר כתבתי מהמבואר בתשו' מהרי"ם סי' מ"ג שיש לסמוך על פ"פ לחוד בלי שום צירוף ובזה יש לצרף עוד סי' החולי אף דמבואר בתק"ע סי' קי"ח דסי' חולי לא הוי סי' אמצעי אך במי שמסמן איכות החולה כתב בתשו' חמדת שלמה שיש לסמוך ע"ז דהוי סימן אמצעי ובזה הלא לד' המהר"ל מפראג מצרפינן סי' כלים מובהקים לסי' אמצעים מהגוף בממנפ"ש גם בכלים דלא מושלי אף לד' הב"י הוי סימן אמצעי דהא למ"ד סימנים דאורייתא סמכינן ע"ז וב' סי' אמצעים הוי סימן מובהק וגם דהוי שאלה דיחיד.

ויש להוסיף בזה דמה שחושש הב"י בכלים דלא מושלי הוא משום חזקת א"א, והנה הנובי"ק הקשה מ"ט חיישינן לשאלה הא איכא חזקה שכל שת"י האדם הוא שלו דאלימא מחזקת אשת איש והנתיבות בספרו קהלת יעקב תירץ משום דחזקה תלוי בקנין כמש"כ התוס' בב"מ בסוגיא דרכוב ומנהיג וכ"כ הרמב"ן בס' הזכות בכתובות בפ' הכותב גבי מלוגא דשטרי שמטלטלין כיון דנקנין במסירה והגבהה הוי תפיסה משא"כ בשטר שאין תפיסתו קנין אינו מוחזק כלל ולהכי גם חזקה שכל שת"י האדם הוא שלו ל"ש בבגדים שנמצאו על המת כיון דלאו בר קנין הוא ולהיורשים מחזירין דהוי כסימן וגם כאן נמצא וכאן הי' ל"ש במת שאינו רשות כלל והוי כנמצא על האבן יעוי"ש, וכ"ז בנמצא הבגדים על המת משא"כ היכא דהוחזקו הבגדים מחיים הרי חזקה דכל מה שת"י האדם הוא שלו וגם חזקה דכ"נ וכ"ה שייך בזה שהי' מקודם שלו, רק דמ"מ במידי דמושלי י"ל כמו שתי' הנובי"ק סי' ל"ז עפי"ד הפוסקים בחו"מ סי' ע"ב סעיף נ"ט דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לא אמרינן כן וגם חזקה דכ"נ וכ"ה ל"ש בזה כמש"כ הרמב"ן ביבמות דקט"ו בהא דשמא פינן דכיון דרגיל לה להשאיל ולפנות אבל במידי דלא מושלי דוקא בנמצא הבגדים על המת דל"ש חזקה דכל מה שת"י האדם הוא שלו מחמרינן משום חזקת א"א אבל בהוחזק מחיים דיש חזקה דכל מה שת"י הוא שלו בדברים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר מהכ"ת ניחוש משום חזקת א"א וא"כ בנ"ד הלא הוחזקו הבגדים והפאס שמסר בבית החולים בחייו שהם שלו גם לפ"מ שמפקפק החמדת שלמה ע"ז בסי' כ"ה מ"מ י"ל בנ"ד דהא דחושש הב"י בכלים דלא מושלי משום

דבשעה שאנו דנין מצד חזקה שהוא שלו יש חזקת א"א המנגדתו אבל בזה דהוחזקו בחייו בשעה שלא היו דנין כלל על דבשב"ע וחזקת א"א והוחזקו הבגדים שהם שלו הוי ככל דבר שהוחזק ולא חיישינן עכשיו להחמיר משום חזקת א"א שכבר הוחלט הדבר בחייו שחפציו הם שלו ולמש"כ הב"ש דהיכא דהבע"ד אומר ברי גם הב"י מודה י"ל דעשיית מעשה ומסירת הפאס שלו והחזקת שמו הוי כאומר ברי וכמש"כ בכה"ג האבני מלואים בסי' ו' ס"ק ח' דעשית מעשה הנישואין הוי כאומר ברי יעוי"ש, מכל הלין טעמי נראה דיש להתיר בנ"ד על פי הפאס בלי שום פקפוק.

ד

ומש"כ כת"ר עוד דכל החומר הוא דחיישינן אף במידי דלא מושלי הוא משום חזקת חי [ובזה הייתי מתרץ משה"ק הב"ש מסי' קל"ב בגט דשאני התם דלא הוי רק חזקת א"א אך מד' הגמרא דיבמות ד' ק"כ מרומי' דמתניתין אהדדי אינו נראה לחלק כן ויעוין בנוב"י מהדו"ק סי' מ"ג] ובמסוכן כזה דהרופאים מכירים בהמחלה שיש לו חסרון באברים הפנימיים הוי כטריפה לאחר יב"ח דאינה חיה, הנה בעובדא זו אשר בעצת הרופאים דמינסק הי' לעשות נתוח וחשבו שיש רפואה למכתו ובגוף הדבר במסוכן לפי המבואר בגיטין ד' כ"ח ל"ש בחולה שרוב חולים לחיים אבל גוסס לא שרוב גוססין למיתה אלמא דוקא לפי שרוב גוססין למיתה אבל בספק השקול מוקמינן בחזקתו ומדממעט גוסס נראה דאין חילוק בין חולה מסוכן בין חולה סתם מדלא ממעט חולה מסוכן ואף דיל"ד בדהגמ' דאמר ל"ש אלא חולה שרוב חולים לחיים אבל גוסס לא שרוב גוססין למיתה ומדקאמר שרוב חולים לחיים משמע דוקא לפי שרוב חולים לחיים נותנים בחזקתו שהוא קיים אבל בספק השקול לא מוקמינן בחזקת שהוא קיים וקשיא רישא לסיפא אך באמת בספק השקול מוקמינן אחזקה והא דקאמר רוב גוססין למיתה הוא דוקא (וקצת יש לדייק כן מדהתוס' דשבועות ד' ל"ב] והא דקאמר בחולה שרוב חולים לחיים היינו דהאמת כן הוא דכל שלא הגיע לכלל גוסס אין חילוק בין מסוכן בין שאינו מסוכן ולא יצא מכלל רוב חולים לחיים ובתוספתא פ"ה דטהרות הובא בר"ש מבואר לגבי מסוכן שטיהרו הכתות הראשונות ואף דתלתא הוי רה"ר וברה"ר אף היכא דליכא חזקה מ"מ הא אם אין כאן חזקת חיים הרי מת לפניך והוי חזקה דהשתא אלמא גם במסוכן מטהרינן משום חזקת חיים והא דבפ"ו דטהרות במחלוקת דר"ש וחכמים דלא מהני חזקת חי לטהר הוא משום דספק טומאה ברשות היחיד ספיקו טמא אף נגד חזקת טהרה.

שו"ר בחת"ס חיו"ד סי' כ' שכ' לתרץ הא דספק אם פירכסה הוי ספק נבילה ולא הוי נבילה ודאי משום חזקת איסור דאיכא חזקת חיים נגדה וע"כ הוי ספק השקול וכ' לדון

שם דגם במסוכנת איכא חזקת חיים והביא התוספתא דפ"ה דטהרות אף דגוף דברי החת"ס לא נהירין לכאורה דהא הפרכוס הוא שאם לא פרכסה בידוע שניטלה נשמתה קודם שחיטת רוב סימנים ואז כבר נטרפה ונתנבלה בנקובת הושט בדרך שחיטה ואיזה חזקת חיים יש לה על אותה שעה לומר שלא ניטלה נשמתה קודם שחיטת הרוב אם לא דנאמר דהחזקת חיים שלה הוא קודם השחיטה מצד רובא דרוב חולים לחיים וממילא עומדת בחזקתה שתפרכס אך זה אינו דבזה חוששין דהא קיי"ל דשמא מת לא חיישינן שמא ימות חיישינן, ובעיקר הקושיא מ"ט לא מוקמינן בחזקת שאינה זבוחה צ"ל לפי דרוב מסוכנות מפרכסות וע"כ הוי ספק השקול יעוין בפרמ"ג ובאחרונים אבל חזקת חיים ל"ש בזה כמשנ"ת.

ה

ומש"כ כת"ר דבטריפה לא שייך חזקת חיים דבריו נכונים אבל כ"ז בטריפה שנודע בבירור כמו שהוכה וראינו שניקב הקרוב של מוח וכיו"ב, אבל בחולי הפנימי אשר גם לדעת הרופאים אינו ברור להם הטריפות לא יצא מכלל חולה מסוכן דמוקמינן בחזקת חיים, ובניקב כיס השתן לשי' ר"ת לא מדמינן טרפות דאדם לטרפות דבהמה וגם שא"י בבירור שכן הוא ונהפוך הוא שע"פ עצת הרופאים הי' לעשות ניתוח, ועי' ברמב"ם בפ"ב מהל' רוצח הל' ח' ההורג את הטריפה אע"פ שאכל ושתה ומהלך בשוק הר"ז פטור מדיני אדם וכל אדם בחזקת שלם וההורגו נהרג עד שיודע בודאי שזה טריפה ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה באדם ובזה ימות אם לא ימיתנו דבר אחר עכ"ל ודבר גדול השמיענו רבינו בזה ובודאי בחולה סתם שהרופאים אומרים שאין רפואה למחלתו דאין לזה דין טריפה כגוסס בידי שמים דההורגו חייב עליו ובודאי מיירי שנמצא בו טרפות ואפ"ה בעינן דוקא שיאמרו הרופאים שאין לו תעלה אבל כל שיש לדברי הרופאים רפואה אין לו דין טריפה, ובודאי דבטרפות דבהמה מע' טריפות דהלמ"מ שהיא טריפה אע"פ שהרופאים יאמרו שיש לה רפואה הוי טריפה מהלמ"מ ומה שאמרו בחולין דנ"ד וכי באנו להוסיף על הטריפות דאי בדרי לה סמא וחיי היינו דלהכי אי אפשר להוסיף על הטריפות אבל הטריפות שהן מהלמ"מ לא מהני מה שיאמרו הרופאים אבל באדם דאין על זה הלמ"מ דוקא טריפה שלדברי הרופאים אין לו רפואה ההורגו פטור, [ועי' מנ"ח סי' ל"ד שהביא ד' הרמב"ם ומש"כ בזה] א"כ ה"ה אם יש לו רפואה על ידי נתוח לא הוי טריפה, ובאמת יש לתמוה בשי' הרמב"ן דס"ל דבנחתך בצוה"ג דהוי טריפה דאם חתכוה למעלה חוזרת להכשירה דהא כיון דאם חתכוה למעלה מתכשרת א"כ מ"ט מיטרפא מתחלה הא יש לה רפואה ע"י חתך מלמעלה והוי כמו אי בדרי לה סמא וחיי ומאי שנא

רפואה דחתך מסמא דחיי, וצ"ל לשי' הרמב"ן דבע' טריפות מהלמ"מ דנחתך צוה"ג הוי טריפה אף דאם יוחתך אח"כ למעלה תחזור להכשירה מ"מ כיון דבלא חתך לא מהני סמא הוי טריפה וכ' בטריפות דבהמה שהוא מהלכה אבל באדם בודאי לא הוי כה"ג טריפה, ויתישב בזה משה"ק העמודי אור בסי' מ"ח לשי' הרמב"ן מב"ק דמ"א דמקשה וכי מאחר דמתם קטלינן ליה מועד היכי משכח"ל דהא משכח"ל שנחתך רגל השור בצוה"ג בנגיחות הראשונות לכך לא נהרג דהא שור טריפה שהרג פטור דכמיתת בעלים כך מיתת השור כמבואר בסנהדרין דע"ח ואח"כ נחתך למעלה מצוה"ג וחזר להכשירו ונגח והשתא בר קטלא הוא, ולמש"כ גם לשי' הרמב"ן בטריפות דאדם שאין על זה הלכה ורק שהוא מסברא לפי שהוא גברא קטילא דודאי כיון דיש לו רפואה ע"י חתך מלמעלה לא הוי טריפה ויש בזה מיתת הבעלים, ועי' בעמודי אור שם מה שהיא בשם אחיו הרב לדחות דבכה"ג לא הוי בר קטלא והעמו"א דחה דמי יכפנו לתקן והוי התראת ספק ואין כאן התראה למיתה ולמש"כ צדקו דבריו דבכה"ג אין לו דין טריפה באדם כמש"כ הרמב"ם דדוקא אם הרופאים אומרים שמכה זו אין לה תעלה אבל בזה הא יש לו רפואה לחתוך מלמעלה, ולהכי בנ"ד אשר לדברי הרופאים יש לו רפואה ע"י נתוח הוי כמסוכן דרוב חולים לחיים ואין לו דין טריפה, ומשה"ק ע"ד הגהות אלפסי דבהוכה ונעשה טריפה לא מוקמינן בחזקת שהוא קיים דהא בתוך יב"ח גם טריפה חיה נראה פשוט דכיון דאינו חי יב"ח ועומד למות כבר איתרע חזקת חיים שלו גם לאלתר כיון דלא יכול לחיות עוד יב"ח וההורגו פטור ועי' בתוס' זבחים דקט"ז וגיטין דנ"ז דמחלק בין טריפות דאדם לטריפות דבהמה, וכ"נ שי' הרמב"ם בפ"י מהל' איסו"ב דלא כ' ושטו נקוב אינו טמאה לידה ועי' בהה"מ פי"ג מהל' גירושין הי"ז ובב"ש סי' י"ז ס"ק צ"ו מחלק בין טריפות שניטל רגל מארכובה ולמעלה דגם באדם אינו חי ובין שארי טריפות עכ"פ כיון דגם למ"ד טריפה חי' כ' התוס' בסנהדרין דע"ח דההורג את הטריפה פטור שסופו למות ולהכי איתרע חזקת חיים שלו לאלתר.

סימן יג

בענין עגונה. ע"ד האשה אסתר בת ר' סנדר שנטבע בעלה צבי הירש ראם בריגא בנהר דווינא ועפ"י הגב"ע שהיה לפני הבד"צ כאשר הוגד להם ביום ב' ה' תמוז העבר שנטבע הירש ראם ביום א' ראו אותו והכירו בפניו ופדחתו וחוטמו עפ"י טביעות עין וגם ראו שלא נשתנה מאומה ולא היה בו שום נפוח ויש להסתפק בזה שלא ראו בשעתי' כמבואר בש"ס יבמות דקט"ו ובאה"ע סי' י"ז דאמרי אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וכן

בדקכ"א הנ"מ דכי אסקוה חזי' בשעתי', שוב חקרנו את האשה אסתר ועפ"י הגב"ע שהוגבה לפנינו והגידה שנמצא כל בגדיו אשר פשט קודם הרחיצה בנהר ובתוך הבגדים היו מונחים הגובערנאטארסקי פאס שלו והמפתח מהחדר ומכתבים שלה וטבעת שלו [בלי חותם] וגם על הוועש שלו הי' ניכר ריקום אות שמו וכל הבגדים שלו תכיר בטב"ע, כן הגידה איך שהגיד לה אחד אשר בעלה אמר לו שהולך לרחוץ בנהר הדווינא ובשעה השני' ישוב לביתו ומקום הרחיצה הוא מוקף מחיצות, והרופא שנקרא שם לעזרה הגיד שאחזהו השבץ בתוך המים ובעת הטביעה לא הי' אנשים המכירים אותו, רק עפ"י הפאספארט שנמצא באמתחתו וגם הכתובת ממעונו ועי"ז יצא הקול שה' ראם נטבע ועל כן באו למחר העדים המכירים אותו והכירו אותו בטב"ע זהו תוכן המאורע והגב"ע.

א

והנה יסוד ושורש הדין פתוח בש"ס יבמות דקט"ו דקאמר אלא ה"ד דאמרי אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנים דלאו עלייהו קא סמיכנא, וכן בדף קכ"א והנ"מ דכי אסקוה חזי' בשעתא אבל אשתהי מתפח תפח מבואר מדהג"מ דתלתא בעינן לאלתר טב"ע וסימנים, והתוס' בד"ה וקאמרי כתבו וע"י טב"ע אין להאמינם דאמרי בדדמי ודבר מועט יאמרו שאלו בעליהם של אלו כו' ואי סימנים לאו דאורייתא איירי הכא בסימנים מובהקים דהוי דאורייתא א"נ מהני עפ"י טביעת עינא, ולפי תי' השני מהני טב"ע בצירוף סימנים שאינם מובהקים ולכאורה צריך טעם דכיון דע"י טב"ע גרידא לא מהני משום דאמרי בדדמי א"כ גם בצירוף סימנים שאינם מובהקים מהכ"ת יועיל כיון דכל אחד בפ"ע לא מהני ומאיזה טעם יועיל צירוף, ובפשוטו י"ל דהא דלא מהני טב"ע משום דאמרי בדדמי אינו אלא חשש דרבנן ולהכי מצד איסור דרבנן מהני סימנים דרבנן כמש"כ בשו"ת פנ"י, אלא דהאבן העוזר והמג"ש בתשו' פנ"י סי' ה' אחרי שהוכיח מתחלה דמהני סימנים דרבנן כתב דמהתוס' יבמות דקט"ו שהצריכו גם במים שאין להם סוף סימנים מובהקים מבואר דלא מהני סימנים דרבנן גם במשאל"ס יעושה"ט, והפנים מאירות ח"ג סי' ב' כתב לתרץ דשאני הכא דעדות נשים לא מהני דמן תורה לא הוי עדות ובכה"ג בעינן סימנים מובהקים אבל היכא דהעידו ב' עדים שנטבע במים שאל"ס ויצא מחשש איסור תורה בכה"ג מהני סימנים דרבנן יעו"ש, אולם לפי דבריו יקשה דא"כ גם בטב"ע ובצירוף סימנים אמצעים לא יועיל דאע"פ דחשש בדדמי אאמד"ר מ"מ בעדות נשים הא לא מהני רק מדרבנן ויש בזה חשש איסור תורה ומהכ"ת יועיל סימנים דרבנן, ובאמת אינם נראים ד' הפני"מ דהא קיי"ל במשאל"ס אפילו אם נימא ע"י עדות דרבנן דלא תצא ולא אמרינן דהא מדאורייתא לא הוי עדות אלא דנאמנים כב' עדים

[ועי' בה"ג הל' יבום נפל במים שאל"ס כו' א"כ כי נישאת בע"א תצא אקילו בה רבנן כו' וראיתי שמפרשים שנתכוין הבה"ג לזה] ובמשאל"ס אסורה רק לכתחילה וה"נ לענין סימנים דרבנן בדין שיועיל כיון דנאמנות הנשים שנטבע כעדות כשרים הרי לגבי איסור דרבנן מהני סימנים דרבנן, ואדרבה לענין בדדמי ילה"ע דכיון דלפי האיבעי דחיישינן דמשקר ולפמש"כ התוס' דע"י טב"ע אין להאמינם דאמרי בדדמי ובדבר מועט יאמרו שהם בעליהם של אלו א"כ זהו חסרון בנאמנות וממילא דאוקמינן להו בדין תורה דלא הוי עדות ולמה מהני סימנים דרבנן, ונראה דהא דהתוס' צ"ב וסותרים דבריהם שכתבו בתחלת האיבעי דהעד אינו אומר בדדמי רק דהיא לא תדייק ובתשו' רעק"א העיר מזה ותי' דס"ל דבטב"ע קל משקר להעין וחיישינן בזה יותר לבדדמי וביאור הדברים נראה דבודאי אין כונת התוס' בזה דמשום בדדמי משקרות רק דכסבורות שכן הוא וטועות בדמיונן וכמו דאמרו זימנין דמחו ליה בגירא כו' וגם בנטבע טועה העד בדמיונו שזהו ואין חסרון בנאמנות ורק דחיישינן שטועה וכיון דאין פסול בנאמנות גם הנשים נאמנות מדרבנן כמו עדים כשרים ורק שהחמירו מדרבנן משום בדדמי וע"ז מהני סימנים דרבנן כמו בשארי איסורי דרבנן.

אבל באמת אין מדהתוס' דלא מהני סימנים דרבנן במשאל"ס ראי' דלא מהני סיד"ר באיד"ר דנהי דלפי ההו"א דהש"ס דמקשה והא מים כמלחמה דמי הי' ס"ל דעיקר ההיתר הי' שראו הטביעה ופשוט לי' דמהימן וע"כ מיירי שראו עד שתצא נפשו, אבל לפי מאי דמדחה וס"ל דלא מהימן לשי' התוס' משום בדדמי ממילא אמרינן שלא ראה עד שתצא נפשו ורק בדדמי סבור ששהא ונטבע ולהכי הוי איסור תורה ובעי סימנים מובהקים, וכן הרגיש מזה הגאון רעק"א והחת"ס בסי' מ"ח אלא דלפמש"כ דלהכי מהני סימנים שאינם מובהקים בצירוף טב"ע דחשש דבדדמי א"א מדרבנן ובחשש דרבנן מהני סימנים דרבנן וא"כ תקשה מ"ט בעינן דחזוהו לאלתר הא חשש תפח נראה מד' כמה פוסקים דאאמד"ר וכ"כ בנוב"י סי' נ' ונ"ב [ועי' בס' עצי ארזים] ובאיסור דרבנן הלא בדין שיועילו סימנים דרבנן וא"כ א אף אי לא חזוהו לאלתר בדין שיועיל ומוכח מדהתוס' דחשש נתפח הוי ספק של תורה ולא מהני בו סימנים דרבנן, ואפ"ל בשי' התוס' דהא דמהני סימנים דרבנן באיסור דרבנן היינו דוקא באיסור קל שאין בו ספק תורה כמו במשאל"ס ושהה כדי שת"נ ואח"כ לגבי הכרה או בחשש בדדמי שטועה בדמיונו דאע"פ דחוששים לטעות מ"מ אין זה אלא חשש לכתחלה וכמש"כ הב"ש בס"ק קמ"ג וכמש"פ הרמב"ם להלכה דאם ניסת לא תצא, וגם לשי' התוס' לפ"מ דמדחי לה הש"ס דמיירי לכשהעלום ואין בזה חשש דמשקר בטב"ע דהא לפי תי' התוס' מוכרח דס"ל דלכשהעלה

ל"ש בדדמי כמש"כ המרדכי וכ"כ הלח"מ וכ"כ בתשו' רעק"א סי' ק"ז יעו"ש, ורק משום שטועה זהו רק לכתחלה ואם ניסת לא תצא ולגבי איסור זה מהני סימנים דרבנן, אבל בשהה גם אם ספק נתפח אאמד"ר מ"מ גם בדיעבד תצא כמש"כ הריב"ש בכל הני דאין מעידין דבדיעבד תצא לא מהני סימנים דרבנן כמו דלא מהני סימנים דרבנן בחשש דשני יב"ש דבעינן דוקא נקב בצד אות פלוני וכמש"כ להוכיח הפנ"י בגיטין ועי' ש"ש ש"ז דאפילו בלא הוחזקו לא מהני סימנים אמצעים וכן יש להוכיח מד' תשובת הרא"ש כלל ב' סי' ט"ז שהקשה לשי' הרמב"ם דכלאים דהנהגה בטמאים אאמד"ר מחולין דע"ט דמאי ראי' דסי' דאורייתא דילמא סי' דרבנן ומהני באיסור דרבנן ולכאורה אפילו אי נימא דכלאים דהנהגה בטמאים דאורייתא הא סד"א מה"ת להקל ורק מדרבנן לחומרא ולמה לא יהני סימנים דרבנן אע"כ צ"ל דאף לשי' הרא"ש בסד"א לא מהני סימנים דרבנן כיון דהספק בשל תורה או די"ל דסי' דרבנן מהני דוקא באיסור דרבנן בלא איתחזק איסורא כמו בכלאים דהנהגה דסי' דרבנן הוי כמו רוב גרוע וכן מה שהביא האבן עוזר והפני"מ ראי' מהך דמוצא חבית יין דישראל נותן בו סימן ומותר משום דהוי מדרבנן דלא הוי איתחזק איסורא וכן לענין משאל"ס וחשש בדדמי אע"ג דבכ"מ דיצא מאיסור תורה ונשאר איסור דרבנן הוי איתחזק כדמוכח מחולין ד"י בטבל ועלה ונמצא עליו דבר חוצץ דאע"פ דהחציצה במיעוט המקפיד אאמד"ר מ"מ מהני חזקת טמא [ואין זה ענין לד' הר"ש מש"כ בפ"ב ממקואות דהיכא דממנפ"נ יצא מחשש דאורייתא לא מוקמינן בחזקת טומאה והאחרונים תמהו על זה מהא דחולין ד"י, דהר"ש מיירי שטבל מטומאה חמורה בשני מקואות אחד שאוב ואחד כשר ואם טבל באחד באמת טהרותיו תלויות אף דכולו שאוב מדרבנן מ"מ עדיין חזקת טומאה עליו רק אחר שטבל בשני טהרותיו שעשה אח"כ טהורות דממנפ"ש אם טבל, בראשונה במקוה כשר הא נטהר לגמרי וספק אם נטמא אח"כ בטומאה דרבנן במקוה שאוב בזה ס"ל להר"ש דמספיקא לא נחית טומאה אבל היכא דנשאר מתחלה טומאה דרבנן או איסור מדרבנן הוי אתחזק ועי' במל"מ פ"ו דמקואות בד' הר"ש ועי' בשו"ת תועפות ראם חיו"ד] דכיון דעכ"פ מדרבנן לא עלתה לו טבילה הוי איתחזק משא"כ בדין דרבנן במשאל"ס ובדדמי דאין זה אלא לכתחלה ואם ניסת לא תצא משום דהוי מיעוטא דמיעוטא ולא החמירו אלא לכתחלה ל"ש להמשיך החזקה כמו בתחלה דהרי נשתנה דינו לענין דיעבד בזה שפיר מהני סי' דרבנן ובחשש דשני יב"ש בלא הוחזקו דאאמד"ר התם בודאי דחזקת א"א מעלייתא היא דהא אנו דנין לפני הגירושין אם ראוי לגרש בגט זה והוי א"א מדאורייתא ולהכי גם לגבי חשש דשני יב"ש דאאמד"ר לא מהני סי' דרבנן וכמ"כ בחשש דאיתפח אע"פ דאאמד"ר מ"מ כיון

דהוי איתחזק ואם ניסת תצא לא מהני סי' דרבנן ולהכי י"ל דלאחר ג' ימים או באשתהי במים לא מהני צירוף סי' דרבנן.

ב

ובעיקר הדין אי יש לסמוך בסימנים דרבנן על איסור דרבנן וקושית תשובת הרא"ש בכלל ב' סי' ט"ז שהקשה ע"ד הרמב"ם דס"ל דאין איסור בכלאים בהנהגה במין טמאה לבד מחולין ד' ע"ט דמאי ראי' דסימנים דאורייתא דילמא סימנים דרבנן ורק באיסור דרבנן סמכינן על סימנים דרבנן, וע"ע בתומים סי' ס"ה ס"ק י"ב שכ' להוכיח מהא דחולין דע"ט דלא סמכינן על סימנים דרבנן באיסור דרבנן לשי' הרמב"ם ולא הביא שזהו קו' תשו' הרא"ש, ובאמת לפמ"ש הרמב"ן והר"ן בחי' לחולין דע"ט הא דקאמר סימנים דאורייתא אין זה ענין כלל לסימנים דאבידה אלא שכך היא הקבלה והמסורת ולפי פירושם לק"מ קושי' הרא"ש ועיקר קושיתו לפי פירש"י דדמי לסימנים דאבידה ונראה ליישב עפמשה"ק בנוב"י מהדו"ת אה"ע בסי' נ"ח וסי' ס"ו לשיטת המ"ב דשני סימנים אמצעים הוי כסימן מובהק א"כ בחולין דהוי שלשה סימנים אזנים קול וזנב אפילו נימא דסימנים דרבנן מהני והנוב"י השיב ע"ז דאזנים וזנב הוי רק חד סימן ומדקאמר פוק עין להנך דדמיין וזה רק בדבר הנראה לעינים וכמו שפירש"י באזנים וזנב ושביק הקול וע"כ הוי רק סימן אחד ומדייק שפיר דסימנים אמצעים דאורייתא זהו תו"ד הנוב"י.

והנה השימק"ו בב"מ ד' כ"ח אמר סימנים ולא אמר סימנים מובהקים דידה חידש דכל דאיכא סימנים מובהקים לא סמכינן אסימנים אמצעים ונראה דזהו למ"ד סימנים דרבנן וסימנים מובהקים הוי סי' דאורייתא וכל היכא דאיכא בירור דאורייתא לא סמכינן אסימנים דרבנן אבל למ"ד סימנים דאורייתא אין נפ"מ בין סימנים אמצעים לסימנים מובהקים [ובס' ישועות יעקב תירץ בזה קושית הפני יהושע דלהכי לא מהני בחשש דשני יב"ש סימנים דרבנן משום דכיון דאיכא נקב בצד אות פלוני לא מהני סימנים אמצעים ותמוה דל"ל לרב אשי למימר כגון שאמר נקב יש בו בצד אות פלוני דהו"ל סימן מובהק ודוקא בצד אות פלוני הא אם אין נקב בצד אות פלוני מהני גם סימן אמצעי], ועפי"ז י"ל דמדקאמר פוק עיין בה רק בראי' בעלמא וכמו שפירש"י בזנב ובאזנים ולא ע"י קול א"כ מוכח דס"ל דסימנים דאורייתא וסגי בסי' אחד אמצעי דאם איתא דסימנים דרבנן א"כ הו"ל לבחון על ידי קול דשני סימנים אמצעים מצטרפין ודמי לסימן מובהק וע"כ אעפ"י דכלאים דהנהגה לשי' הרמב"ם אאמד"ר מ"מ לא מהני סימנים דרבנן כיון דאפשר לברר ע"י סימנים דאורייתא, ומזה יש להביא ראי' לשי' המ"ב דשני סימנים אמצעים הוי כסימן מובהק וע"כ לא מהני סימן אחד אף באיסור דרבנן כל היכא דאפשר לברר

ע"י צרוף שני סימנים אמצעים עוד, יש להעיר ע"ד התומים דאפילו א"נ דאין לסמוך על סימנים דרבנן באיסור דרבנן דלא תקנו רק באבידה מ"מ עדיין אינו מספיק ליישב הא דחולין דהא לכאורה קשה לשי' הרמב"ם דכלאים דהנהגה אאמד"ר א"כ גם בלא סימנים הוי ספק דרבנן להקל וצ"ל משום דכל היכא דאיכא לברורי מבררינן ואפילו בסד"ר [עיין במל"מ פ"ד מהל' בכורות] או משום דא"א להקל בסד"ר דהוי תרי קולי דסתרי אהדדי. דעי"ז אתה מתירו בסוס ופרד וכמש"כ התוס' כן בס"ס בב"ק דף י"א ובנדה דכ"ז וכ"כ התוס' בביצה די"ד בספק דרבנן וכ"כ הר"ן בפ' בתרא דפסחים לגבי הסיבה, ולפ"ז אכתי קשה לשי' הרמב"ם א"נ משום דאפשר לברורי א"כ אפילו א"נ סימנים דרבנן מ"מ כיון דכל עיקר הדבר משום דאפשר לברורי והכא הלא אין לנו יותר לברר מהסימנים וגם לפי הטעם משום דהוי תרי קולי דסתרי אהדדי כיון דאיכא סימנים ניהו דאין לסמוך גם באיסור דרבנן על סימנים דרבנן אבל כל זה להקל אבל להחמיר בודאי ע"י סיד"ר יש להחמיר דעכ"פ יצא מכלל ס' השקול ע"י בירור הסימנים, וממילא לא הוי סתרי אהדדי כיון דיש להפרידה סימני חמור וממילא א"א להתיר בסוס וכן להיפוך וכיון דלא הוי סתרי אהדדי בדין שנתירו מצד ספק דרבנן להקל והד"ק מאי דקאמר שמע מינה דסימנים דאורייתא דהא גם אי סימנים דרבנן שרי מטעם סד"ר להקל, ולמש"כ דעיקר הראי' דסימנים דאורייתא מדלא הבחין ע"י קול מדאמר פוק עין בה מבואר דסגי בהכרת הראי' וכמש"כ הנוב"י י"ל ג"כ משה"ק דהא סד"ר להקל לשי' הרמב"ם דא"א מדרבנן דמ"מ כל היכא דאיכא לברורי מבררינן והא אפשר לברורי ע"י הקול ואע"ג דגם אם נמצא שהקול דומה לסוס מ"מ אכתי מספיקא לא נפיק כיון דסימני אזנים וזנב דומה לחמור ואכתי הוי סד"ר להקל מ"מ בזה י"ל דהוי סד"ר דסתרי אהדדי כיון דהסימנים אינם מכריעים שי"ל סימני סוס וחמור וא"א להקל בשניהם ובזה יתישב מש"פ הרמב"ם ובשו"ע סי' רצ"ז ס"ט דבודק באזנים ובזנב ובקול דאע"פ דקיי"ל דסימנים דרבנן לא מיבעי לשי' המ"ב דצירוף סימנים אמצעים הוי כסימן מובהק מן התורה והכא הא איכא צירוף סימנים ע"י הקול (וכ"כ הנוב"ת) אלא אפילו אי נימא דלא כהמ"ב מ"מ לשי' הרמב"ם דכלאים דהנהגה דאאמד"ר הוי ספק דרבנן להקל דהא אי אפשר לברורי ביותר וגם לא הוי סתרי אהדדי כמשכ"ל ובפשוטו י"ל בשי' הרמב"ם והשו"ע דסוגיא דחולין קאי למאי דאמר רבא בב"מ דכ"ז דהא דמהדרינן אבידתא בסימנים. משום דניחא לי' לבעל אבידה דליהדרי בסימנים וזה ל"ש לענין איסור אפילו באיד"ר וע"כ מדסמכינן בפרידות על סימנים משום דסימנים דאורייתא, אבל לפי המסקנא דהא דמהדרינן אבידה לאו משום דניחא ליה לבעל אבידה

וכמש"כ הרא"ש ורק דראו חז"ל לסמוך על סימנים וה"ה באיד"ר הם אמרו והם אמרו וע"כ בכלאים דהנהגה דאאמד"ר לשי' הרמב"ם להכי מהני סימנים דרבנן.

והנה התוס' ביבמות שם שכ' דאי סי' לאו דאורייתא איירי בסי' מובהקים וקשה דא"כ לאלתר ל"ל וכמבואר בסי' י"ז סע"כ ברמ"א, והב"ש בס"ק פ"ג תירץ דלפ"ז הא דאמר וקאמרי סימנים או או קאמר כמש"כ המרדכי דכיון דאמרי סי' מובהקים א"צ שראו לאלתר ולפ"ז גם בתירוצם השני דטב"ע בצירוף סי' שאינם מובהקים לא בעינן ג"כ לאלתר דכיון דמכירו בטב"ע חשש תפח אאמד"ר ואע"ג דבדיעבד תצא מ"מ ס"ל דמהני סד"ר באיד"ר אולם תי' הב"ש תמוה דהתוס' סותרים תחלת דבריהם שכ' דבטב"ע אין להאמינם הרי דלאלתר לא מהני דלא כהמרדכי ועי' בתשו' רעק"א סי' ק"ז ולמש"כ הב"ש בס"ק קמ"ג בשי' הרי"ף דע"כ מיירי [בסימנים מובהקים דאל"כ הא אינו נאמן ומיירי בסימנים מוצנעים וא"כ הא דקאמר וחזינהו לאלתר לרבותא דאע"ג דחזינהו לאלתר מ"מ בעי סימנים מובהקים יעו"ש ולפ"ז יל"פ ג"כ דבהתוס' דלרבותא נקט וחזינהו לאלתר דאפ"ה אינם נאמנים בטב"ע משום בדדמי אבל סימנים מובהקים גרידא מהני וה"ה סימנים שאינם מובהקים בצירוף טב"ע שלאחר כן מהני אבל טב"ע דלאלתר לא מהני ולהכי שפיר הקשו בתוד"ה וקאמרי כמש"כ הגר"א דאין משיאין ע"י טב"ע כיון דטב"ע בלי סימנים לא מהני אף אי חזינהו לאלתר.

והמג"ש בתשו' פני יהושע דעתו דאף סימנים מובהקים לא מהני היכא דלא חזינהו לאלתר משום דבודאי איתפח ונשתנו גם הסימנים וכן הגר"א בס"ק ק"ז ספוקי מספק"ל בדין זה דסימנים מובהקים בלא טב"ע דלאלתר ותמה על פשטות ד' השו"ע והרמ"א בסכ"ו והגאון רעק"א מחלק בין סימנים מובהקים שונים שיש סימנים מובהקים שע"י התפח ישתנה יעו"ש ולפי"ז אם לא חזוהו לאלתר לא משכח"ל שום היתר ונפל התירא בבירא כיון דגם סימנים מובהקים לא מהני בנטבע לא טב"ע ולא ע"י סימנים מובהקים, ולפי שי' הגר"א והמג"ש בדהתוס' דגם סימנים מובהקים לא מהני היכא דלא חזוהו לאלתר משום דאתפח א"כ י"ל דמה"ט גם סימנים אמצעים לא מהני לתי' הב' בצירוף טב"ע היכא דלא חזוהו לאלתר משום דכמו דאתפח מגרע הטב"ע כן מגרע הסימנים אמצעים והוי כסימנים גרועים ואינו מצטרף ואף א"נ דתפח אאמד"ר מ"מ כמו דהתפח גורע הטב"ע כן גורע הסימנים אלא דלתי' הראשון גורע גם סימנים מובהקים ולתי' השני גורע הסימנים אמצעים והוי כסימנים גרועים וע"כ לא מהני גם באיסור דרבנן דמהני סימנים אמצעים אבל סימנים גרועים לא מהני, אבל בסימנים מובהקים דכלים היכא דלא חיישינן לשאלה בזה לא איכפת לן מאי דאתפח וגם בסימנים אמצעים דכלים י"ל דעכ"פ

חששא דאתפח אאמד"ר ובאיסור דרבנן מהני סימנים אמצעים וע"כ יש לצרף סימנים דכלים בטב"ע דאחר זמן כנ"ל ויצא מחומרת הגר"א והמג"ש קולא לדידן דסימנים דכלים בדהתוס' אין הכרח רק על סימנים דגופו דגם מובהקים לא מהני משא"כ בסימנים דכלים בצירוף טב"ע שפיר. מהני.

ג

אמנם זה היסוד בנוי רק לפי הנחה דחששא דאתפח אאמד"ר אבל באמת הא הרשב"א מסתפק בזה וגם הנוב"י לא ברירא לי' דבסי' נ' וסי' נ"ב מכריע דאאמד"ר ובסי' כ"ט מספק"ל גם כן מצד איסור תורה ויעו"י במהרי"ט ח"ב סי' ל"ה חוכך לומר דאתפח גרע מלאחר ג"י ואף להסוברים דלאחר ג' ביבשה אאמד"ר מ"מ באתפח הוי איסור תורה יעו"ש, אף דמד' הפוסקים נראה דמשוים להדדי ובספק אשתהי החמירו כמש"כ הר"ן לפי שמצוי להיות אשתהי מ"מ נראה אף לפי סברא זו דאתפח הוי ספק תורה יש מקום להקל והטעם י"ל דלהכי לא מהני באתפח מן התורה אף דמכירו בטב"ע דהא באמת טב"ע עדיפא מסימנים וגם למ"ד סימנים דרבנן מ"מ טב"ע מהני מן התורה כסימן מובהק וכל זה בטב"ע גמור אבל היכא דאתפח בזה י"ל דהוי שינוי ואין טביעות עין מובהק בזה ואין הכוונה דכיון דנתפח נשתנה לצורה אחרת לגמרי שהרי מכירו בטב"ע אלא די"ל דאין זה טב"ע גמור ויש לחוש לדמיון של טעות וכמו בסי' אמצעים אמרינן דאיתרמוי איתרמי כן י"ל בטב"ע לאחר ג"י דלפעמים יכול לטעות, וביותר י"ל למש"כ באו"ז הגדול סי' תרצ"ב בשי' ר"ת שכ' שם שאם אין אדם רואה אלא פרצוף פנים עם החוטם שאר ליתא אין זה טב"ע אלא סימנא בעלמא שאמר זאת חתיכה של פרצוף פנים עד החוטם וחוטם נראית כחתיכה של פרצוף פנים עד החוטם עם החוטם כשל פלוני יעו"ש והדברים מכונים עם מש"כ הר"ת בס' הישר ועי' בשו"ת חת"ס חאה"ע סי' נ"א ובמה שהאריך בזה, הרי מבואר בשי' ר"ת דס"ל דבפרצוף פנים עם החוטם אם כל גופו שלם יש בו טב"ע וסימן מובהק ואם אין כל גופו שלם אין בו טב"ע ורק סימן מובהק, ולהכי י"ל דלאחר ג"י או אשתהי באם סימן מובהק לא הוי מחשש תפח אבל מ"מ סימנים אמצעים הוי ואף להחולקים ע"ד ר"ת דס"ל דאף בכל גופו שלם מ"מ לאחר ג"י מגרע הטב"ע אבל בסברא זו דבפרצוף פנים עם החוטם הוי ג"כ סימן לבד הטב"ע לא מצינו שחולקים, ולהכי י"ל דלאחר ג"י אף שמגרע הטב"ע מ"מ הרי יש בו סימן דפרצוף פנים עם החוטם ונהי דלאחר ג"י ובאשתהי מגרע חשש תפח הסימן מובהק של תבנית פרצוף פנים עם החוטם אבל מ"מ סימן אמצעי מיהא הוי ולהכי להתיר אשה לעלמא דלא סמכינן על סימנים אמצעים לא מהני אבל לענין נחלה להוריד על פיו לנחלה בזה י"ל דגם באשתהי

לא גרע מסימנים דרבנן ומהני גם אם נימא דאתפח הוי ספק תורה, ולהכי בספק אישתהי הוי ספק תורה כיון דהוי ספק אי הוי סימן מובהק או סימן אמצעי והא דלא מהני בלא חזוהו לאלתר היינו משום דמספק"ל אי סימנים דאורייתא או דרבנן ואי סימנים דרבנן לא מהני טב"ע של אחרי כן וגם למ"ד סימנים דאורייתא י"ל דמדרבנן מחמרינן באשתהי, אבל מה שאנו מסתפקים באיסור תורה הוא רק מספיקא דסימנים דרבנן.

ולפי"ז למש"כ המהר"ל מפראג דבסימנים אמצעים בגוף וסימני כלים מתירים ממנפ"ש דאי סימנים דאורייתא סגי סימני הגוף ואי סימנין דרבנן לא חיישינן לשאלה א"כ כמ"כ בטב"ע דאתפח או לאחר ג"י שפיר מצטרפים לסימני כלים ממנפ"ש ואף להב"ש ודעמו החולקים ע"ד המהר"ל מפראג משום דאי סימנים דרבנן ממילא גם סימני כלים לא הוי סימנים מובהקים כיון דיש לחוש לשאלה מ"מ י"ל עפמש"כ המ"ב והאחרונים דשני סימנים אמצעים הוי סימן מובהק א"כ באתפח או לאחר ג"י דהוי כסימן אמצעי מה"ת למ"ד סימנים דאורייתא מצורף לסימנים דכלים והוי כסימן מובהק גם למ"ד סימנים מדרבנן וממה נפשך מהני למ"ד סימנים דאורייתא מהני סימני כלים לצאת מידי ספק דתפח ולמ"ד סימנים דרבנן מצטרף למיהוי סימן מובהק, ומזה יש לדון ליסוד לד' העבוה"ג בסי' ל"ב דבטב"ע גרוע כגון אחר ג' ימים מהני בצירוף סי' מובהק או טב"ע בכלים והוא כ' בטעמא דמלתא משום דהוא חשש רחוק שיהי' לאיש אשר נשתנה גופו הסימנים הנ"ל או שיהי' לאיש השואל הכלים אותו טביעות עין שיש לזה, והוא ע"ד מש"כ החכ"צ דדמי לנפילה דיחיד אם שעבוה"ג לא ביאר טעמו] אבל למש"כ יש יסוד לזה על פי דין משום דצירוף סימנים הוי כסימן מובהק או כמש"כ המהר"ל מפראג משום דגם לאחר ג' ימים הכרה דטב"ע לא יצא מכלל סימנים אמצעים אלא דבסי' אמצעים בגופו יש לחוש דהוי כגרועים לאחר ג' ימים דעשוים להשתנות לאחר מיתה אבל בסימני כלים שפיר מהני והגאון רעק"א כ' ג"כ לחלק בין סימני כלים וסמני גופו משום דבסי' כלים הרבה פוסקים ס"ל דל"ח לשאלה ולמש"כ בל"ז א"ש משום דבסימני גופו לא מהני לאחר ג' ימים וזה נראה טעם הרא"ש בתשובה המובא בטור אה"ע סוסי' קל"ח שכ' וששאלת על יהודי שנהרג בדרך ולבסוף ט"ו ימים הכירו ראשו שעדיין שלם בסימנים מובהקים אינו עדות להתיר אשתו דתנן אין מעידין אלא עד ג' ימים וכ' ע"ז הגרעק"א דע"כ האי מובהקים היינו אמצעים ומבואר דלאחר ג"י דאאמד"ר לשי' הרא"ש ולא מהני סימנים אמצעים דלא כעבודת הגרשוני וכן יש לתמוה עליו מד' תשו' הר"ן הובא בב"י בנטבע שהי' סימן בראשו ובצלקת שלא התירו ועי' במהרי"ט סי' ל"ה ולמש"כ י"ל דבסימנים בגופו לא מהני דלאחר ג"י עשוים להשתנות וכשי' התוס' וכמש"כ הגר"א

והמג"ש ולהכי גם בנידון דתשו' הר"ן דמיירי בסימנים בגופו לא מהני אבל בסימני כלים שפיר מהני וכן מה שהביא הגרעק"א ראי' דבההיא דדגלת דלד' הסור מיירי בראה הטביעה עם סימן אפ"ה בעינן דחזי בשעתיה ובלא חזי בשעתי' לא מהני בסימנים היינו רק בסימני הגוף דבאשתהי מגרע הסימנים אבל בסימני כלים שפיר מהני כמו שנתבאר.

ד

כל זה כתבתי לצדד לפי שי' המג"ש להחמיר גם בסי' מובהקים דעכ"פ סימני כלים עדיפא אבל לענין הלכה כל ישראל יוצאים ביד רמ"א עפ"י הכרעתו דמהני סימנים מובהקים אף בלא חזינהו בשעתי' וכמש"כ הכ"מ בפי"ג מהל' גירושין הל' כ"א בשי' הרמב"ם דסימנים מובהקים מהני והביא ראי' לזה מדין דהשליכוהו לים והשליך מצודה אחריו והעלה ממנו אבר שא"א שינטל מן החי ויחי' דמעידין עליו דע"כ בסימן מובהק מיירי דאל"כ איכא למיחש דילמא אבר דאדם אחר הוא יעו"ש ובודאי סימנים מובהקים שאינם עשוים להשתנות לאחר מיתה מהני גם לאחר ג' ימים דיבשה ולאחר אשתהי דמים ולפ"ז צ"ל דפירשו בדהתוס' שתי' בסימנים מובהקים כמש"כ הב"ש בס"ק פ"ג או כמש"כ בס"ק קמ"ג וי"ל דגם לתי' השני שבתוס' דסי' שאינם מובהקים בצירוף טב"ע מהני ולא בעי לאלתר ג"כ כמש"כ באות א' ומאי דקשה לפ"ז משה"ק הגרעק"א מההיא דדגלת דלשי' הרא"ש מיירי בסימנים מ"מ בעי חזינהו לאלתר ומשכ"ל לתרץ דשאני סימני גוף דלא מהני באתפח זה אינו לפי הכרעת הרמ"א דאתפח לא מגרע סימנים מובהקים וה"ה סימנים בינונים] י"ל דהגמ' קאי למ"ד סימנים דרבנן ויהי' מוכח לפי"ז דלא מהני צירוף סימנים ולהכי באתפח הוי איסור תורה וממילא דלא מהני סימנים אמצעים [וגם אי נימא דחשש איתפח אאמד"ר י"ל דהתם קאי למה דמסתפק מתחלה בב"מ דסימנים דרבנן משום תקנתא דבעל אבידה להכי תקנו סימנים דרבנן להכי רק באבידה מהני ולא באיסורים דרבנן ולפי המסקנא דתקנו חז"ל סימנים דרבנן מהני באיסור דרבנן] אבל למאן דס"ל דסימנים דאורייתא ומהני מה"ת גם באתפח מהני סימנים אמצעים לסמוך כיון דאין זה אלא איסור מדרבנן ולפ"ז למש"כ הרמב"ם בהל' נחלות רק בא"א החמירו בדעתו דסימנים מדאורייתא ויורדים לנחלה רק משום חומרא דא"א ומהני סימנים אמצעים או די"ל דע"כ לא מהני צירוף סימנים רק אי סימנים דרבנן ומה לי חד סימן ומה לי ב' סימנים אבל למ"ד דסימנים דאורייתא רק משום חומרא דא"א לא החמירו רק בסימן אמצעי א' אבל בב' סימנים לא החמירו.

וכן משה"ק מתשו' דרא"ש יש לפרש בדבריו שהכירו ראשו ע"י סימנים מובהקים היינו שהכירו אותו בטביעת עין על פי סימני הגוף וכמש"כ הר"ת לפרש דאין מעידין על

פרצוף פנים היינו על הסימנים מתבנית הפנים כמבואר בספר הישר לר"ת וכמש"כ הש"ש בש"ז יעושה"ט, וכיון שאין לו טב"ע מצד הכרה רק על פי סימנים להכי אין מעידים לאחר ג' אבל סימנים מובהקים ממש מהני ובל"ז אין סתירה מההיא דדגלת לשי' הטור והרא"ש דבעי חזינהו לאלתר גם בסימנים דלשי' הטור דבעינן שיהי' הגוף שלם א"כ לשיטתו לפי שיטת ר"ת בע"כ ההיא דדגלת מיירי שראוהו שלא הי' הגוף שלם כמש"כ הר"ת בספר הישר ולהכי בעי לאלתר וכן לפי שי' הרא"ש דמיירי בע"כ שראה הטביעה ומשום בדדמי להכי י"ל דבעינן סימנים לאלתר אבל היכא דלא שייך חשש בדדמי סגי סימנים גם בלא חזינהו לאלתר.

ה

והנה בסימני כלים דלא מושלי דלא חיישינן לשאלה המחמיר בזה הוא הב"י דס"ל כיון דלפעמים משכחת בהו שאלה חוששין לשאלה והב"ש כ' בטעמו משום דלדידן דמספק"ל בסימנים דרבנן כלים דלא מושלי לא הוי סימן מובהק ממש ומאי דמשני בגמ' בכלים דלא מושלי הוא לפי הך צד דסימנים דאורייתא, ואומר אני דגם לשי' הב"י מ"מ היכא דהכירו בטב"ע לאחר ג' ימים או לאחר דאשתהי ביציאתו מן המים אפילו אי נימא דחשש תפח הוי חשש תורה מ"מ בצירוף כלים דלא מושלי מהני כמו שאבאר, דכבר הקשה הנוב"י לשי' הב"י חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן דאפילו בעדי אוכף לא משכ"ל למ"ד סימנים מדרבנן וחיישינן לשאלה אפילו בכלים דלא מושלי והאחרונים תירצו דמיירי שהי' לו סימן אמצעי על החמור ועל האוכף וצירוף סימנים אמצעים הוי כסימן מובהק, והיותר מחוור בזה כמש"כ הנוב"י מהדו"ק חאהע"ז דהב"י חושש משום חומרא דא"א להחמיר למיעוט שאלה גם בכלים דלא מושלי ומן התורה מהני ומחזירים חמור בסימני אוכף וכתבתי מזה בסימן הקודם.

ונראה דמה שחושש הב"י משום חומרא דא"א מקורו טהור מסוגי' דבכורות דמ"ו דריו"ח אמר דפדחת פוטר אפילו בנחלה ומקשה ת"ש אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם כו' ומשני שאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ומי אחמירו בה כולי האי והא תנן הוחזקו להיות משיאים כו' ומשני כי אקילו רבנן בסופה בתחלתה לא אקילו בה רבנן ואב"א יכיר לחוד והכרת פנים לחוד ולפי לישנא קמא מבואר דאף דפדחת הוי היכר מעלי' מ"מ החמירו בה רבנן בתחלתה ולהכי מצינו דהחמירו בהכרה בתחלתה ומה"ט מחמירים גם בכלים דלא מושלי. וזה נראה ג"כ מקור ד' הרמב"ם בפ"ז מהל' נחלות דאעפ"י דיורדים לנחלה עפ"י סימנים מ"מ החמירו בסימנים בא"א משום דהוי איסור תורה ונראה בדעתו דס"ל סימנים דאורייתא ורק דרבנן החמירו וכבר תמהו ע"ד הר"מ

דהא לפי סוגיא דב"מ מבואר דאי סימנים דאורייתא מתירים א"א בסימנים ולא החמירו ונראה דהחמיר עפ"י סוגיא דבכורות דמ"ו דבתחלתה לא אקילו בה רבנן וסוגיא דב"מ אזלא כהאיבע"א דיכיר לחוד והכרת פנים לחוד ולא החמירו בתחלתה כמו בסופה (או די"ל דהסוגיא דב"מ דמשני דארוך וגוץ בסימנים גרועים ולא משני דהחמירו כמש"כ הרמב"ם משום דס"ל להגמ' כריו"ח דפדחת הוי הכרה ברורה ורק מדרבנן החמירו וכיון דכל האיסור אאמד"ר א"א להחמיר כיון דסימנים דאורייתא ולמ"ד דסימנים דרבנן ס"ל להרמב"ם דלא מהני באיסור דרבנן כמו שצידדו כן בדעתו לתרץ קו' הרא"ש על שי' הרמב"ם מחולין דע"ט אבל אי סימנים דאורייתא ודאי דמהני גם באיסור א"א דרבנן דלא גרע משארי איסורים דמהני בהו סימנים מה"ת ורק משום איסור כרת החמירו ומה"ט י"ל בהא דקאמר לאהדורי גט אשה בסימנים משום דחשש דשני יב"ש אאמד"ר ואי סימנים דרבנן לא מהדרינן אפילו באיסור דרבנן אבל אי סיד"א מהדרינן ולמש"כ יש להעיר בד' הגרעק"א שסתר ד' עבודת הגרשוני דס"ל דטב"ע אחר ג' ימים מהני בצירוף סימנים וטב"ע דכלים מהא דבכורות דלהך לישנא דאאמד"ר ומ"מ לא מהני אעפ"י שיש סימנים בגופו או בכלים ותי' דלהך לישנא יפרש דאעפ"י שיש סימנים כמ"ד דסימנים דאורייתא דמפרש בסימנים גרועים וכ"כ השב שמעתתא ש"ז פכ"ג, ולפמש"כ ילה"ר לשי' עבודת הגרשוני מב"מ דלא משני דהחמירו בא"א כדאמר בבכורות וכשי' הרמב"ם משום דבהכרת פרצוף בלא חוטם סגי מן התורה ובודאי מועיל סימנים אמצעים למ"ד סימנים דאורייתא וא"כ לשי' הרמב"ם דסיד"א ורק שהחמירו מהני אחר ג"י בצירוף טב"ע] ומה"ט ג"כ שי' הב"י להחמיר בכלים דלא מושלי דניהו דמסוגי' דב"מ מבואר דבכלים לא מושלי סגי מן התורה אבל מדרבנן החמירו.

והנה באתפח דמספקא ליה להרשב"א בספק תורה נראה יסוד לספק זה על פי סוגיא דבכורות דבאמת בהא דקתני אין מעידין דייק הריב"ש הובא בב"ש סי' י"ז דאפילו בדיעבד תצא דאין עדות כלל ואין תועלת בעדותן ולהכי קתני אין מעידין מזה ראי' דאין מעידין לאחר ג' ימים הוי ספק תורה אבל לפ"מ דמשני בבכורות באין מעידין על פרצוף פנים עם החוטם דאין זה אלא מדרבנן א"כ י"ל דבכל אין מעידין הוי דרבנן. ובלא זה נראה בפשוטו דלפ"מ דמשני דהחמירו בתחלתה אעפ"י דהקילו בסופה מהאי טעמא החמירו ג"כ בלאחר ג' ימים ובשהה אעפ"י שיש לו הכרה בטב"ע [ומאי דלא מקשה הש"ס מי החמירו כולי האי על אין מעידין לאחר ג' ימים משום דעכ"פ אינו מפורש שהוא מדרבנן ועי' בשאגת ארי' החדשות שכ' דלא מקשה ממים שאין לו סוף משום דהחמירו על מיעוט נמלטים ולאחר ג' ימים גזרו בדלא אתפח משום אתפח אבל כל זה

אי נימא דבאיתפח הוי איסור תורה, אבל לשי' הפוסקים דגם באיתפח אאמד"ר ול"ש בהו גזירה וקשה מ"ט החמירו אלא דלפי האמת דמשני דהחמירו בתחלתה א"ש דלהכי החמירו ג"כ בלאחר ג' ימים ואשתהי] מ"מ החמירו רבנן כמו דהחמירו בהכרת פדחת וכל זה ללישנא קמא אבל להאיבע"א דנאיד מהך סברא וס"ל דלא מצינו דהחמירו בא"א בלי ספק מיעוט כמו במשאל"ס או גזירה ולהכי משני דיכיר לחוד והכרת פנים לחוד א"כ בע"כ הא דאין מעידין לאחר ג' ימים הוא חשש תורה עכ"פ באתפח דאל"כ למה החמירו, ומזה יסוד לספיקת הרשב"א דלהאיבע"א הוי ספק תורה דהא אבע"א מוקים לה באין מעידין מאיסור תורה, ולפימש"כ א"כ בלאחר ג' ימים או אשתהי גם אי נימא דהוי איסור תורה, מ"מ אם נמצאו כלים דלא מושלי בזה יש להתיר ממנפ"ש דלהאבע"א דאין מעידין אחר ג"י הוי מה"ת כמו אין מעידין על פרצוף פנים עם החוטם מ"מ הא לדידי' לא מצינו שהחמירו בתחלתו רק במשאל"ס דמיעוט נמלטים [וגם זה רק לכתחלה ואם ניסת לא תצא ורק בלא שהה עד שת"נ תצא], אבל בהכרת פנים או סימנים המועילים מדין תורה לא החמירו וכמ"כ בכלים דלא מושלי דמחזירין חמור בעדי אוכף ול"ח לשאלה מה"ת גם מדרבנן לא החמירו ולישנא קמא דהחמירו בתחלתו א"כ חשש תפח א"א מדרבנן וממנפ"ש לל"ק תפח אאמד"ר ולל"ב בסימני כלים דלא מושלי לא החמירו מדרבנן וא"ש.

1

עתה אבאר בקצרה יסודות ההיתר לדינא בנ"ד אשר האריכו בזה רבותינו האחרונים ולא הניחו פרט ועוללות רק ללקט פנינים מתוך דבריהם ולהעיר בם בקיצור, והנה החששות שיש בנ"ד הוא מאי דאישתהי והעדים הכירו הנטבע למחר ששמעו הטביעה דבאשתהי אפילו בדיעבד תצא וגם בספק אשתהי החמירו ובסימנים דכלים שנמצאו הפאספארט והמפתח כלים דלא מושלי הא לא נמצא הנטבע בבגדיו רק סמוך לו ובזה החמיר הב"ש ס"ק ס"ט. והנה שיטת ר"ת דבכל גופו שלם מעידים אפילו לאחר ג' ימים ועי' בב"ש ס"ק פ"ו דהיכא דאיכא צורת פנים גם באשתהי ס"ל לר"ת דמהני, אולם בריב"ש סי' שע"ח מבואר דדוקא בלאחר ג"י מתיר ולא כן באשתהי ובהגהות הרמ"א סעיף כ"ח שכ' ואפילו נפל למים מבואר כהב"ש ואפשר דהריב"ש לטעמו דבאשתהי הוי מדאורייתא כמש"כ בסי' שע"ט ודוקא לאחר ג"י מתיר משום דהר"ת מקיל בספק ג"י דס"ל דאאמד"ר אבל בספק אשתהי מחמיר והרמ"א ס"ל דגם באשתהי אאמד"ר ומאי דמחמיר בספק אשתהי הוא כמש"כ הר"ן בתשובה סי' ע"א דתולין במצוי ששהה כיון דאינו אלא שעה אחת עכ"פ הכרעת הרמ"א דהר"ת מקיל גם באשתהי והנה הש"ש ש"ז פט"ז הקשה על שי' החולקים על הר"ת וס"ל בטב"ע בגופו לא מהני מהא דבכורות שיצא מסורס משיצא

רובו דמהני לענין בכור הרי דבר הכרה הוא, והנתיבות בס' קהלת יעקב השיג על זה דהא בבכורות מחלק הש"ס שם דשאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ואיבע"א יכיר לחוד והכרת פנים לחוד, ולפי זה לדעת החולקים ע"ד הר"ת גם אי נימא דאשתהי הוי איסור תורה אם כל גופו שלם תלוי הדבר בב' תרוצי הש"ס דלישנא קמא אאמד"ר ולישנא בתרא הוי איסור תורה [ולמש"כ היכא דאיכא סימנים בכלים דלא מושלי שהחמיר הב"י משום לישנא קמא ולפ"ז היכא דכל גופו שלם הרי משום לישנא קמא אאמד"ר, אולם בעיקר ד' הש"ש לא אדע איזה ראי' מצא דבבכור לכשיצא רובו דרך מרגלותיו הוי בכור לנחלה ועי' במהרי"ט אלגזי בפ' יש בכור שהביא דברי הספרי על קרא דלא יוכל לבכר כגון שיצא ראשו ורובו פוטר את הבא אחריו מן הבכורה ותמה דלמ"ל ראשו ורובו ותירץ ראשו מיירי לכשיצא כדרכו ורובו לכשיצא דרך מרגלותיו והמהרי"ט תמה ע"ז דאם יצא דרך מרגלותיו לא הוי הכרה. ונראה מד' הספרי ראי' לד' הש"ש דבכה"ג הוי הכרה לענין בכור].

ועוד יש בזה שיטת הרא"ש דהא דאין מעידים עליו כששהה אחר שהעלהו מהמים היינו בראה הטביעה דאומר בדדמי ומפורש ביותר בד' הטור דאפילו בתר דאשתהי כשלא ראה הטביעה מהני, אלא דהרבה מן הפוסקים ס"ל דידיעה מהטביעה הוי כראי' ובתשו' רעק"א הביא ד' הבית מאיר דעכ"פ בשני עדים לא שייך בדדמי והגרעק"א מפקפק בזה אולם בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' צ"ח העלה דבשני עדים אף באשתהי אחר שהעלהו מהמים מותר וכ"כ בשו"ת מבי"ט ח"ב סי' מ"ט הלכה למעשה להתיר, ושיטת הנימוק"י בשלהי יבמות דהא דאשתהי מיתפח תפח היינו כששהה כשהעלהו מן המים ג' ימים אבל כשלא שהה אחר שהעלוהו ג' ימים שפיר מעידים עליו אף כששהה לכשהעלהו מן המים ועי' תשב"ץ ח"ב סי' נ"ג, והנה כל השיטות הנ"ל לא נקבעו להלכה שיטת ר"ת ושי' הרא"ש שרבו החולקים על זה, והעיקר מה שיש לסמוך בזה מה שנמצאו הבגדים הפאס והמפתח דהוי כלים דלא מושלי אלא שהב"ש מחמיר בזה משום שלא נמצא הנטבע בבגדיו רק סמוך לו אולם הקצוה"ח סי' רס"ב סי"ט תמה ע"ד הב"ש מאי שנא מאבידה, והנה"מ שם מחלק דשאני אבידה דבעל אבידה אומר כלי פלוני עם פירות אלו נאבדו ממני והא כתבו התוס' בב"מ דכ"ב דלא חשדינן לי' דמשקר רק דאמרינן דילמא גם מאחר נפל משו"ה תלינן שפירות אלו הי' בכלי זה כיון שראוים ליפול במקום זה ולא חיישינן לחשש רחוק לומר שפירות שהי' בכלי זה נאבדו והני אחריני נינהו והוי כעין סימן מקום משא"כ היכא שנמצא הרוג וארנקי סמוך לו ואין. אנו יודעים אם הי' כלל על הרוג זה ארנקי שפיר יש לחוש שהאיש שהי' עליו ארנקי זה אבד זה הארנקי סמוך

להנהרג זה וכי אי אפשר להזדמן שיהי' שני דברים סמוכים זה לזה זה נהרג כאן וזה אבד אבידה יעו"ש שהוסיף לחלק דאם ימצאו שני אבידות סמוכים היעלה על הדעת שאם יבואו עדים שהאחד שלו שיטול גם השני ואפילו בעל האבידה האומר שהוא שלו ורק בכלי מלא פירות ושפי הכלי כלפי הפירות דאז נראים הדברים כך והרוג וארנקי סמוכים כשני אבידות דמי יעוש"ה וכ"ז בארנקי אבל בנטבע שנמצא כל בגדיו דלא שייך בהם חשש שאלה ואבידה ואם נאמר שזה הנטבע אחר הוא ונצטרך לומר שבעל הבגדים לבש הבגדים של הנטבע ומהכ"ת נאמר שישלח יד וילבוש מלבושים של אחר וגם מהכ"ת ישאיר שם את הפאס מכלים דלא מושלי ודלא משאירים ביד אחר ורק שנחוש שנשאו המים ערטילאי למקום אחר בלי בגדיו, והבגדים של הנטבע נגנבו או נאבדו וזה ממש כמו באבידה דלא חיישינן שהפירות שהי' בכלי זה נאבדו והני אחריני נינהו ולא הוי כב' אבידות דאין האבידה מוכחת על חבירו כמו בהרוג וארנקי דהא בזה ע"כ שהנטבע הי' לו בגדים ולא הלך לרחוץ ערטילאי ובגדים אצל נטבע הם ממש כפירות בכלי והנה"מ כ' שם בסו"ד דלא ילפינן איסורא ממונא וכ"כ בשו"ת רעק"א לחלק דהא באבידה די בסימנים אמצעים ואפ"ל דהא דנמצא סמוך הוי כסימן אמצעי משא"כ להתיר אשה דבעינן סימן מובהק, אולם למש"כ לצדד דגם לאחר דאשתהי הוי כסימן אמצעי דהסימנים דפרצוף פנים עם החוטם ותבנית הגוף הוי סימן אמצעי אפילו להחולקים ע"ד הר"ת אלא דסימן מובהק לא הוי א"כ למש"כ האחרונים להקל דצירוף ב' סימנים אמצעים הוי כסימן מובהק, עוד אפ"ל לשי' הפוסקים דחשש אתפח באשתהי אאמד"ר א"כ אפ"ל דמהני בזה סימנים אמצעים ובכה"ג הא מקיל בשו"ת עבודת הגרשוני לאחר ג"י בצירוף טב"ע דכלים, אלא שאין הדברים מוכרחים לדינא דאפשר דבאשתהי גם סימן אמצעי לא הוי וגם דבתפח יש איסור תורה ואפילו תימא דהוי איסור דרבנן מ"מ גם באיד"ר דבדיעבד תצא לא מהני סיד"ר, ומה שמתיר בשו"ת עבודת הגרשוני בצירוף טב"ע או סימנים דכלים משום דרוב הפוסקים ס"ל דלא חיישינן לשאלה כמש"כ הגרעק"א, אולם לפמשכ"ל דהא דמחמירים בתפח באיסור תורה משום האיבע"א דיכיר לחוד והכרת פנים לחוד ולהאיבע"א לא החמירו בעדות אשה בתחלתה גם בסימנים אמצעים דרק משום איסור כרת החמירו כמש"כ הרמב"ם ולהכי מהני גם בסמוך כדין סימנים אמצעים ואם שאין זה יסוד מוסד אולם בנ"ד דרבו השיטות להתיר הלא שי' ר"ת ושי' הרא"ש והנימוק"י והוי ס"ס בפלוגתא דרבוותא בודאי דמהני גם צירוף סימנים אמצעים, ובל"ז העלו האחרונים לסמוך על שי' הרא"ש והטור דצירוף סי"א מהני ובעיקר ד' הב"ש הביא בס' מראות הצובאות ס"ק צ"ב חבל פוסקים דמהני גם בסמוך לו, ועי'

בשו"ת עמו"א סי' פ"ד מה שהביא סמוכים לדין זה ובעיקר השאלה הלא העלה הגרעק"א בסוס"י ק"ז להיתר.

ומה שפקפק כת"ר כיון שאין כאן גב"ע מהעדים וכל המאורע רק מפיה ובזה יש לחוש דהא מים כמלחמה דמי והא לשי' הרמב"ם באומרת שמת בעלי במלחמה אינה נאמנת אפילו בקברתיו וכמבואר בשו"ע סעיף מ"ח, הנה בנטבע במים דמי למלחמה קטנה כמש"כ המראות הצובאות בסעיף נ"ד ס"ק קפ"ז והובא בפ"ת ס"ק קל"ח ויעו"ש מה שפקפק ע"ד החת"ס, ועוד דהא יש בידה הפאספארט מערכאות מהגדת העדים שהכירו בטב"ע ומציאת הבגדים והכרתה והא כבר נתבאר דעת כמה פוסקים דעל פי עדות ערכאות נאמנים בעדות אשה וכמש"כ המהרי"ק בתשובה שיש קכ"א שכ' בתוך הדברים דהא אפילו בדבר שצריך עדות גמור כגון להוציא ממון מחזקתו דבעינן שני עדים סמכי אחזקה דלא מרעי נפשייהו גבי שטרות העולים בעש"ג כו' ואפילו לענין ערוה להתיר א"א לעלמא הוי סמכינן אחזקה זו אי לאו דלאו בני כריתות נינהו כו' יעו"ש, ועי' בתשו' כנס"י סי' נ"ג ובתשו' חת"ס סי' מ"ג שהעלו כן להלכה ואכמ"ל, ומה שחושש מעכ"ת לד' הנוב"י דבהכרת הבגדים שייך בדדמי יעוי' בנובי"ק סי' מ"ג דרק בראה הטביעה שייך בדדמי על הבגדים ולא בשמע מהטביעה ועוד דאיזה בדדמי שייך על הפאס שנמצא בבגדיו וכיון שאין פקפוק כאן מצד נאמנות ומצד חשש בדדמי הא נתבאר שיש לסמוך על הכרת העדים בטב"ע ובצירוף הכרת הבגדים והפאס שנמצאו סמוך להנטבע ואם מסכים רומעכ"ת לזה הנני נמנה עמו להתירה.

סימן יד

אד"ש עטר"ת ווילנא.

א

הרמב"ם בפ"ג מהל' גירושין הל' ט' כתב אבד במקום שהשיירות מצויות אם מצא מיד כו' או שמצאו בכלי שהניחו בו ויש לו טב"ע בארכו ורחבו של גט שהיה כרוך הרי הוא בחזקתו ותתגרש בו ומפרש הרמב"ם למה שאמרו במשנה בגיטין מצאו בחפיסה או בדלוסקמא ומכירו כשר דתרתי בעי סימנים וטב"ע וכמו שפרש"י וכמש"כ הה"מ שם, אלא דשי' רש"י דלצורבא מרבנן מהדרינן בטב"ע גרידא וכן מוכח בגמ' והרמב"ם לא חילק בדבר וכ' על זה הה"מ לפי שאין צורבא מרבנן מצוי עכשיו בדורות הללו ויבוא הדבר לידי מחלוקת ותמוה דהא בהל' אבידה ומציאה מחלק הרמב"ם הדין בין צורבא מרבנן דמהדרינן ליה בטב"ע. [ויעוי' בבית מאיר סי' קל"ב שתמה בזה ועי' בלח"מ מש"כ

בזה] והנה מה שהצריך הרמב"ם סימנים וטב"ע תמוה לכאורה וצריך טעם דהא הרמב"ם פסק דסימנים דאורייתא ואם דר"ל דההחמירו בזה משום איסור א"א כמש"כ הרמב"ם בהל' נחלות או משום דלגבי איסור א"א החמירו שמא סימנים דרבנן וע"י טב"ע גרידא ס"ל דאינו נאמן מ"ט מהני צירוף סימנים וטב"ע ובפשיטות היה נראה למש"כ הרמב"ן בחי' לגיטין בשי' רש"י דלהכי לא מהימן בטב"ע משום דאמר בדדמי וצורבא מרבנן מידק דייק ובודאי דאינו נאמן אלא מדרבנן ולהכי מהני לגבי חשש זה סימנים דרבנן ואפילו לדעת הסוברים דלא מהני סימנים דרבנן באיסור דרבנן מ"מ הא ספוקי מספק"ל אי סימנים דאורייתא או דרבנן וספק דרבנן לקולא ובפרט לשי' הרמב"ם דסימנים דאורייתא ורק משום איסור ערוה החמירו ולגבי חשש בדדמי בודאי מהני סימנים דאורייתא ולא החמירו ולהכי גם בעם הארץ מהני טב"ע וסימנים אמצעים, אולם קשה לפ"ז מה שלא חילק הרמב"ם דבצורבא מרבנן מהני טב"ע גרידא דבודאי לענין חשש בדדמי צו"מ מידק דייק דרק לענין נאמנות באיסורים ליכא לאיפלוגי בין צו"מ לאינש אחרינא אבל לענין דיוקי בודאי חלוקים וכמש"כ הרמב"ן בגיטין שם.

והש"ש בש"ז פ' כתב לתרץ ד' הרמב"ם שהצריך סימנים וטב"ע עפמש"כ הרשב"א והריטב"א והר"ן דלהכי אין השליח נאמן משום דהוי נוגע כי היכי דלא ליהוי מרא דגיטא תרעומת עליה או שלא יפסיד שכרו ופסול זה א"א מדרבנן ולהכי מהני סימנים דרבנן וסימנים גרידא לא מהני באיסור תורה וגם טב"ע גרידא לא מהני מצד נוגע רק שאינו אאמד"ר ומהני סימנים מדרבנן וצ"ל לפ"ז דבחשש דשני יב"ש בהוחזקו מיירי דהוי חשש תורה, אולם הש"ש מסיק שם להוכיח מזה דלא מהני סימנים דרבנן באיסור דרבנן ונראה דאפילו אי נימא דלא מהני סימנים דרבנן באיד"ר כמו בחששא דשני יב"ש כמו שהוכיח הפנ"י בגיטין דכ"ז או במים שאל"ס שהוכיח האבן העוזר מד' התוס' יבמות דקט"ו דבעינן סימנים מובהקים היינו דבכל חששא שחששו חז"ל מצד המיעוט דאיתרמוי איתרמי כל דתקנו כעין דאורייתא תקנו והוי כספק תורה דהא חשש מיעוט הוא חששא כללית והוי כספק גמור משא"כ בדין נאמנות באיסורין דע"א נאמן באיסורין וכמש"כ הה"מ דיש על זה דין איסורין והא באיסורין גם נוגע נאמן אלא דהחמירו בזה חז"ל לענין גט שלא להימן להשליח משום נוגע ובדבר הנוגע לנאמנות בודאי דהם אמרו והם אמרו דמהני סימנים דרבנן דעכ"פ צירוף סימנים דרבנן להעדאת ע"א מהני, אולם יש להעיר ע"ז מדהג"מ בב"מ די"ט בהא דרבב"ח דאירכס ליה גיטא בי מדרשא אמר אי סימנא פי אית לי בגויה כו' ולא ידענא אי משום סימנא וקא סברי סימנים דאורייתא אי משום טב"ע אהדרוה נהלי ודוקא צורבא מרבנן כו' דמשמע מדהג"מ דלעם הארץ

לא הוה מהדרינן גט זה למ"ד סימנים דרבנן והא עכ"פ טב"ע בצירוף סימנים אמצעים מהראוי שיועיל וצ"ל דאי משום טב"ע היינו משום טב"ע גרידא דוקא צורבא מדרבנן אבל סימנים וטב"ע מהני בע"ה אף למ"ד סימנים דרבנן.

ב

ונראה בשי' הרמב"ם שלא חילק בגט בין צו"מ לע"ה כמו באבידה דהא דמבואר בגמ' דנאמן צו"מ בגט אע"ג דאין דשב"ע פחות משנים צ"ל כמש"כ הרמב"ן דדין איסורין הוא וכמש"כ הה"מ בפירוש, וכ"נ מד' הרשב"א והריטב"א והר"ן שכתבו דלהכי השליח אינו נאמן משום נוגע דלא ליהוי מרא דגיטא תרעומת עליה או שלא יפסיד שכרו והא בפשוטו אינו נאמן דהא הוי דבר שבערוה וע"כ דס"ל דאין זה דשב"ע לפי דאין זה בעת גמר הדבר, ולא דמי להא דריש גיטין דקרי ליה דשב"ע אע"פ שאין אנו דנין רק לגבי הגט משום דכתיבת הגט לשמה זהו עצם הוית הגט דבעינן בי' לשמה ואינה נעשית מאליו והעדות בהוית הגט הוי דבר שבערוה ועוד כיון דעדות בפ"נ ובפ"נ הוא בעת מסירת הגט הוי דשב"ע ועל הפרטים אין זה דבר שבערוה עי' ברשב"א קידושין דס"ה גבי כתב יד ויעוי' ברמב"ם פ"ז מהל' גירושין הל' י"ג שדין האיסורים אינם כדיני ממונות יעוישה"ט, ושי' הרמב"ם דגם שליח הולכה א"צ עדים בעת מינוי השליחות עכ"פ גדר דשב"ע הוא בעת גמר הדבר וריש גיטין חשוב גמר הדבר בעת מסירה וכ"ז לענין דין דשב"ע אבל בגדר איתחזק איסורא דחשיב בריש גיטין והא אנו דנין רק לגבי הגט אם כשר לגרש בו מה בכך שהוא בגמר הדבר אילו העיד ע"א על מקוה שהוא כשר שיטבל בו טמא מיד בודאי דנאמן ע"א להכשיר את המקוה ואע"פ שנוגע מיד להכשיר את הטמא וזהו נגד חזקה ויעוי' בתו"ג בריש גיטין שהרגיש בזה ואי"ל כיון דהוא בעת מסירת הגט הוי נגד חזקה דא"כ נימא ג"כ אם אנו מסתפקים אם הטמא יטבול בהמקוה ובא ע"א להכשיר המקוה דבודאי מהני דהא לא דמי לדשב"ע דחשוב דשב"ע לענין חלות הקידושין והגירושין אם תהי' עי"ז א"א או תהי' עי"ז פנויה, משא"כ באתחזק בע"א מעיד נגד החזקה אם מעיד על האשה א"א שהיא גרושה או על יין שאינו בידו שנתנסך מצד איתחזק הוי נגד חזקה אבל במעיד טרם שהוחזק מהיכ"ת יהי' זה נגד חזקה כמו במקוה, וצ"ל דבחזקה העיקר על מה שאנו דנין ובע"א מעיד על כשרות המקוה שהמקוה כשרה אע"פ שנוגע לטמאים מ"מ אנו דנין רק על דין מקוה שראוי להכשיר טמאים ול"ש לדון בזה משום חזקת טמאים שאינם לפנינו וגם אם הטמא לפנינו אבל אין הספק בשביל אותו הטמא רק בדין הכשר מקוה לטהר טמאים ול"ש לדון משום חזקתם דהחזקה הוא בענין אחר וכמש"כ הרמב"ן בנזיר דלא מהני חזקת קרובים משא"כ בגט שמגרש את אשתו שכל

עיקר הגט לגרש אשתו זאת שעומדת בחזקת א"א וע"ז אנו דנין ומתעסקין להסיר חזקת א"א של זו והחזקה הוא לפנינו ובה אנו דנין להכי חשיב הש"ס בריש גיטין לאיתחזק איסורא ולפ"ז בגדר איתחזק הנפ"מ בגט רק למה שאנו דנין להכשיר הגט ולהסיר חזקת א"א א"כ מה בכך אם הוא בעת גמר הגירושין או מתחלה כיון דאנו דנין להכשיר גט מבעל לאשתו והוי נגד חזקה ולפי"ז כיון דהוי איתחזק כמבואר בריש גיטין והא מספק"ל להש"ס ביבמות אי ע"א נאמן נגד חזקה ואי אינו נאמן הא אין חילוק בין צו"מ לע"ה ואמאי מהימן בגט ואפ"ל דלהכי מספק"ל לרבב"ח משום דס"ל דע"א נאמן נגד חזקה להכי אהדרי נהליה בטב"ע או דזהו גופא מספק"ל אי בטב"ע וע"א נאמן נגד חזקה או דס"ל דע"א אינו נאמן נגד חזקה ואהדרינהו בסימנים משום דס"ל דסימנים דאורייתא ואע"ג דע"א נאמן נגד חזקה מ"מ דוקא צו"מ נאמן בזה דמידק דייק אבל ע"ה לא משום דאמר בדדמי כמש"כ הרמב"ן בגיטין לשי' רש"י וכ"כ האס"ז בב"מ דכ"ז אבל לדידן למאי דקי"ל דע"א אינו נאמן נגד חזקה דהוי אבעיא דלא איפשיטא וספיקא דדינא (וד' הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז בשי' הרמב"ם דע"א נאמן נגד חזקה אינם מוכרחים כמש"כ האחרונים) ולהכי גם צו"מ אינו נאמן מדינא דאין ע"א נאמן נגד חזקה ואין חילוק בין צו"מ לע"ה באיסורים נגד חזקה דאין ע"א נאמן אבל בצירוף סימנים דמבואר ברמב"ם בהל' נחלות דיורדים לנחלה עפ"י סימנים ורק בא"א החמירו ונראה בשי' הרמב"ם דהא דלא סמכינן על סימנים אמצעים אין זה אלא מדרבנן ולהכי שפיר מהני טב"ע דכיון דאין זה אלא מדרבנן הא בדרבנן מהני עדות עד אחד באיתחזק משום דהוי ספק דרבנן להקל וכמש"כ הנובי"ת ז' ע"ד הב"ש בס' קנ"ח ולהכי גם בע"ה מהני וגם אם נאמר דע"ה יאמר בדדמי ע"י טב"ע וז"א אלא מדרבנן הא ע"ז מהני סימנים דרבנן כמשכ"ל ולהכי מהני סימנים וטב"ע גם בע"ה וטב"ע בלא סימנים לא מהני גם בצו"מ משום דהוי נגד חזקה.

ג

והנה הא דמצינו באבידה החילוק בין צורבא מרבנן לע"ה דלצו"מ מחזירין בטב"ע הא לא מצינו בכל התורה כולה חילוק בנאמנות בין ת"ח לע"ה ואי דלצו"מ האמינו מצד טענת ברי שלו דבו"ש ברי עדיף כמשה"ק הפנ"י מאי שנא דלע"ה לא מהדרינן והיכן מצינו חילוק זה בדין תורה אולם מתורתן של ראשונים למדנו ביאור הדברים דבב"מ דכ"ז מקשה והי' עמך עד דרוש אחיך אותו וכי תעלה על דעתך שיתננו לו קודם שידרשנו אלא דרשוהו אם רמאי הוא או אינו רמאי מאי לאו בסימנים לא בעדים ופרש"י שיביא עדים שהוא שלו, והבעל המאור הקשה שם על זה דפשיטא דהא משמלה ידעינן יעו"ש שתירץ ופירש בעדים שיביא עדים שאינו רמאי אלא שהוא צו"מ ונוטל בטב"ע כו' וכ"כ

שם באס"ז בשם הר"ח דפירש בעדים שיביא ראי' שהוא צו"מ ונחזיר לו בטב"ע יעו"ש, הרי דלדבריהם אי נימא דסימנים דרבנן מפורש בהדיא בקרא דצו"מ שבודאי אינו רמאי מחזירין לו אבידה בטב"ע ואנו צריכין לדעת רק שאינו רמאי ואפילו בע"ד בעצמו נאמן כל שידעינן שהוא צו"מ דלא משני במילייהו וזהו חידוש שחידשה תורה באבידה דכל דידעינן שאינו רמאי נאמן להחזיר לו האבידה ואפילו למ"ד סימנים דאורייתא ודרשהו בסימנים מ"מ דרשא דעד דרוש אחיך הא ס"ל דרשהו אם רמאי הוא בסתם אדם בסימנים ובצורבא מדרבנן בטב"ע דכל שאינו רמאי החזירו לו (וזה נראה שי' הר"ן בחולין דבאבידה מחזירין עפ"י ע"א משום דגם להבע"ד מחזירין כיון שאיננו רמאי מכש"כ בעד אחד שאינו נוגע והא דבב"מ דכ"ז סימנים וסימנים יניח שאני התם דהא איכא בעל סימנים כנגדו והא גם בצו"מ אם יבא בעל סימנים לא מהני כיון דאין זה מתורת עדות אלא לפי שאין משקר כמו צו"מ].

אולם צ"ע לכאורה מהא דרבב"ח דאירכס לי' גיטא דמחלק ג"כ בין צו"מ לע"ה והא זה נוגע לנאמנות באיסורין והיכן מצינו חילוק בין ת"ח לע"ה דהא רק באבידה מגזיה"כ דוהי' עמך עד דרוש אחיך ילפינן דכל שאינו רמאי מהדרינן ליה אבל מה שייך זה לשארי איסורין והנה הר"ח מחלק באמת בכל האיסורין בין ת"ח לע"ה אבל הרמב"ן בחולין דצ"ו ושארי ראשונים והר"ן שם השיגו על זה, והא נראה דהוי מילתא דאיסורא ולא דבשב"ע דהא דבשב"ע בעי שנים וכ"כ הרמב"ן בגיטין דהוי מילתא דאיסורא ולהכי כתב שם לגבי גיטא מ"ל צו"מ ומ"ל עם הארץ, וצ"ל דס"ל דגם איתחזק לא הוי דס"ל כיון דאין אנו דנין כעת למעשה לא הוי נגד חזקה ובריש גיטין דדנין לפני מסירת הגט למעשה הוי איתחזק איסורא גם קודם הגירושין ולהכי ע"א נאמן בה או דס"ל דע"א נאמן באיתחזק, אבל ד' הרמב"ן צ"ע דהא רבב"ח בב"מ שם דמחלק ודוקא צו"מ בגיטא קא מיירי והתורת גיטין הרגיש בזה ותירץ דלהכי בעינן צו"מ דלגבי שיווי הנייר יש לזה דין ממון ודין אבידה ובעינן צו"מ ובזה תירץ ד' הרמב"ם שהצריך סימנים וטב"ע בגט שנמצא בחפיסה משום דלגבי החפיסה בע"ה לא מהני טב"ע ולגבי הגט דהוי איסור דאורייתא לא מהני סימנים ולהכי הצריך שניהם יעו"ש ולשי' יתיישב ג"כ שי' הריטב"א בגיטין דכ"ז דאם מצא בעצמו אף שעדים ראו מתחילה אצלו ואין לו מגו נאמן ג"כ משום דכיון דמצא בעצמו אין על זה דין אבידה לגבי הנייר ובמילתא דאיסורא גרידא נאמן כדין ע"א דנאמן באיסורין, אבל מ"מ תירוץ התו"ג לגבי גט דחוק כיון דגט שאין בו שו"פ כשר ואין על זה דין השבת אבידה רק משום מילתא דאיסורא ומ"ל צו"מ ומ"ל ע"ה [אם לא דנימא דיש לגט שאין בו שו"פ שיווי פרוטה בשביל ערך הגט להשליח או לבעל הגט משום

פשיטי דספרא כיון דנצרך הוא לו כמו כן לגבי שטר יש בו שו"פ להמלוה לנצרך לגבות בו ואע"פ שאין גופו ממון מ"מ הא איתרבי בב"מ דל"א גם אבידת קרקע להשבה וה"ה שטרות מחויב בהשבה אע"ג דלגבי המוצא אין לו שיווי מ"מ לגבי בעל האבידה יש בזה שיווי ממון], גם יש לתמוה בדברי הראשונים שכתבו דאין השליח נאמן משום נוגע דלא ליהוי מרי' דגיטין תרעומות עליו או משום שכרו הא באיסורין ע"א נאמן אפילו בעל דבר ונוגע דהא ילפינן מוספרה.

ד

ונראה בכונת הרמב"ן דאע"ג דזהו. מילתא דאיסורא מ"מ החמירו באבידה דגט כמו באבדת ממון לפמ"ש הרא"ש בגיטין פ' הניזקין דלהכי לא מהימן קרוב ובע"ד שהוא כהן אע"ג דבכל האיסורין נאמנים כל הפסולים משום שבח כהונה ופתיך ביה מתנות כהונה יעו"ש, ועי' כיו"ב בפנ"י כתובות דכ"ד ומוכח מזה דכל היכא דפתיך ביה ממונא לא האמינו באיסורים רק ע"א כשר יעוי"ש ובזה י"ל בקידושין דס"ו אי מהימן לך דלאו גזלנא הוא אע"פ דהא באיסורין גם פסול וגזלן נאמן וכבר תמהו בזה, משום דאע"פ דס"ל לאביי דמהימן ע"א דבשב"ע מ"מ לאוסרה על בעלה דפתיך בי' דין ממון ושעבודים בעינן עד כשר ובסוטה דנאמנים פסולים שאני התם דהתורה האמינתם משום דרגל"ד מסייעתם וכן מצינו לע"א גבי שבועה דבעינן שיהי' עד כשר כמש"כ הרמב"ם בפ"ה מהל' עדות ה"ג, ואפ"ל מה"ט משום דפתיך ביה ממונא אם לא ישבע ולזה י"ל דגם לאביי בעינן עד כשר] ולהכי למש"כ הרשב"א והריטב"א דהשליח חשוד לשקר משום נוגע דלא ליהוי מרא דגיטא תרעומת עליה או שלא יפסיד שכרו ובגט דפתיך ביה ג"כ ממונא לענין כתובה ושארי שיעבודים ופתיך ביה דבר שבערוה אינו נאמן נוגע ובעינן עד כשר אבל צו"מ נאמן כיון דגם באבידת ממון נאמן דאינו חשוד לשקר א"כ אע"ג דפתיך ביה ממונא לא עדיף מממונא גופא דנאמן באבידה אם מצא בעצמו והכירו בטב"ע כמו באבידה אפי' בע"ה כיון דבאבידה הרי הוא שלו ומצד האיסורים נאמן כדין ע"א נאמן באיסורין וזה נראה שי' הריטב"א בגיטין דאם מצא בעצמו אע"פ שראו עדים הנפילה ואין לו מיגו מ"מ כיון דמכיר בטב"ע נאמן דאין לזה דין אבידה ומצד איסורים גרידא נאמן אף נוגע רק באופן שאחר מצא ועלינו לעשות מעשה להחזירו בזה אמרינן כיון דפתיך ביה ממונא כיון שנוגע הוא וחשוד לשקר לא מהימנינן ליה, ואם יעיד אחר בטב"ע שאינו נוגע הרי הוא עד כשר ונאמן בזה כדין ע"א דנאמן באיסורין וכמש"כ הב"ש בסי' קל"ב ס"ק י"ג ואפילו למש"כ הריטב"א בגיטין שם דאפילו לצו"מ כי מהדרינן ליה אבידה בטב"ע אומר רבינו נ"ל דדוקא בדבר שהוא שלו אבל דשמעיה ואומר דבר זה מפלוני הוא ואית

ליה טב"ע בגויה לא דהא ודאי עדות כיון שמעיד לאחרים ובעדות לא מהימן לן צו"מ טפי מע"ה עכ"ל, י"ל דדוקא באבידה ס"ל להריטב"א דאין ע"א נאמן וכמו שאמרו בב"מ סימנים וסימנים וע"א יניח וזהו דלא כמש"כ הר"ן בפ' גיה"נ דע"א נאמן באבידה וס"ל להריטב"א דאין חילוק בין צו"מ לע"ה היכא דבא מתורת עדות ודוקא בדבר שהוא שלו האמינתו תורה מעד דרוש אחיך כמש"כ הבעל המאור והר"ח דכל שאינו רמאי מועיל טענת ברי שלו להחזיר לו אבידתו אבל בע"א שבא מתורת עדות בעינן שנים אבל בגט קודם גמר הדבר דל"ש דבר שבערוה והוי מילתא דאיסורא ע"א נאמן בזה כל שהוא עד כשר ואינו נוגע בעדות כמש"כ.

והבית מאיר והתו"ג השיגו על הב"ש מהא דריש גיטין דשליח מידק דייק ואחר אינו נאמן ואין למילף נאמנות צו"מ מאבידה דשם אינו מוציא מחזקת אחר ומסיק ותדע דהא פסקינן דלא מהדרינן גט אלא בסימנים מובהקים ואבידה מהדרינן כמבואר לכל יודעי דת ודין ומכש"כ הכא דלא מהדרינן בסימנים בינונים דלא ליהדר בע"א בעלמא משא"כ בספק איסור דכל הסימנים מהני ולא בעינן מובהקים עכת"ד הבית מאיר, והנה מהא דריש גיטין אין ראי' כמשכ"ל דהתם בעת מסירת הגט הוי דשב"ע משא"כ בזה שאינו בגמר הדבר והוי רק איסורין, ומש"כ הבי"מ דאין למילף נאמנות צו"מ מאבידה דשם אינו מוציא מחזקת אחר הא באבידה לדבריו בע"א לא מהדרינן ומ"מ נאמן צו"מ כב' עדים ומה שדן הבי"מ מקו"ח דבאבידה מהדרינן בסימנים אמצעים ובע"א לא מהדרינן מכש"כ בגט דלא מהדרינן בסימנים דלא ליהדר בע"א באמת הא באבידה שי' הר"ן בחולין דמהדרינן בע"א ואפילו לשי' הריטב"א בגיטין דלא מהדרינן אין ראי' משום דהוי דבר שבממון ובסימנים אמצעים מהני אפילו למ"ד סימנים דרבנן דתיקנו דיהני וכמו שאמרו שם וכפרש"י דהפקר ב"ד הפקר אבל בגט החמירו באיסור תורה שמא סימנים דרבנן ולא מהני באיסור תורה או לשי' הרמב"ם משום חומר א"א אבל בנאמנות ע"א דמהני באיסורין וכיון דאחר אינו נוגע ואינו חשוד לשקר מהימן כמש"כ הב"ש, וידידי הרב הגאון מו"ה מאיר באסאן נ"י העירני לחלק בסברת הריטב"א דהיכא שמצא בעצמו ויש לו טב"ע אף שאין לו מיגו נאמן משום דגם בעת גמר הדבר מסירת הגט דהוי דשב"ע מ"מ כיון שיודע בעצמו שזהו הגט ואינו צריך לנאמנות דהא ברי הוא לו שזהו הגט משא"כ באחר שמעיד עפ"י טב"ע ניהו דלהכשיר הגט הוי מילתא דאיסורא אבל בעת שמוסר הגט ליד האשה אחרי שאינו יודע בעצמו רק עפ"י עדות ע"א ואז בגמר הגט הוי דשב"ע ואין דשב"ע פחות משנים ויפה העיר, אבל נראה בשי' הב"ש דכיון דבאותו שעה א"צ לדון רק על הכשרת הגט דהוי מילתא דאיסורא כמש"כ הראשונים והוחזק

הגט לכשר ע"פ נאמנות ע"א ממילא גם בעת מסירת הגט דהוי דשב"ע מהני ככל מה שיוחזק עפ"י ע"א וכמש"כ התוס' בחולין דצ"ו לגבי שטר דמחזירו עפ"י סימנים, אבל אם נאמר דבעת גמר הדבר מסירת הגט הוי דשב"ע ולא מהני מה שהוחזק מתחילה א"כ גם במצא השליח דברי לו על פי הכרתו דזהו הגט הא מ"מ עידי מסירה סומכים עפ"י נאמנות השליח שזהו הגט כיון דיש מקום להסתפק דהא נאבד הגט ואם אין זה הגט הוי חספא בעלמא ועל עדי מסירה לדעת שזהו הגט וסומכים על נאמנות השליח והא אין דשב"ע פחות משנים ובפ"נ ובפ"נ דנאמן משום דרוב בקיאים לשמה וסתם ספרי דדייני מגמר גמירי, אבל היכא שיש מקום להסתפק שנאבד הגט עפ"י עדים ומסופקים עדי מסירה אם זהו הגט ואיך יהני עדות השליח בעת גמר הדבר דהוי דשב"ע וזהו באמת שי' הרשב"א ושארי ראשונים שכתבו דגם במצא בעצמו בלא מיגו אינו נאמן אע"פ שברי להשליח שזהו הגט מ"מ לא מהני ברי דידיה משום דבעינן נאמנות דידיה גם לגבי דידן אם הוא גט כשר להחזיקו בתורת עדות שעי"ז יהא כשר גם למסירת הגט וכיון שהוא נוגע אינו נאמן אבל עדות עד אחר שאינו נוגע מהימן להחזיק על ידו שזהו גט כשר.

ולפי מה שכתבתי להסביר שיטת הראשונים דלהכי מהני גם בעת מסירת הגט דהוי דשב"ע לפי דהוחזק מתחילה ע"י עד כשר, היה נראה לפ"ז בשי' הרמב"ם דס"ל ג"כ כמש"כ הרמב"ן והרשב"א דמדינא ע"א נאמן וכמש"כ הה"מ דיש ע"ז דין איסורין, אלא דהא דלא מאמינים להשליח משום נוגע אע"פ דע"א נאמן באיסורין משום דהא צריכין שיוחזק עדותו כמש"כ הרמב"ם בפי"ז מהל' סנהדרין דאיסור יוחזק עפ"י ע"א גם לגמר הדבר דהוי דשב"ע, והנה כתבתי במק"א לבאר שי' הרמב"ם דדוקא ע"י עד כשר יוחזק משום דס"ל להרמב"ם דכ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ושי' הרמב"ם בהל' רוצח דדוקא בעד כשר הרי הוא כשנים, ומיושב בזה קו' הפנ"י מקידושין דס"ג דהאב אינו נאמן לסוקלו משום דהוא קרוב ולא הוי כשנים ולהכי גם פסול נוגע שהוא פסול בעדות ממון וערוה לא הוי כשנים ולהכי לא יוחזק על ידו שיהא כשנים לגבי דשב"ע [וגבי אשתמידעינהו שאני דהוי גילוי מילתא בעלמא ועבידי לגלויי ואין זה מדין הוחזק ואפילו בשעת מעשה נאמנים כמש"כ הב"י בסי' קנ"ז דלא כהריב"ש וכן מבדיקת סימנים ע"י נשים אין ראי' דהוי מילתא דעבידא לגלויי ועוד דאיכא חזקה דרבא] ולהכי גם במצא בעצמו כל שאין לו מיגו והוי נוגע לא הוי כשנים אבל בעדות עד אחר דהוי כשר כיון דעכשיו לא הוי דשב"ע נאמן כשנים ממילא מהני אח"כ גם לגבי מסירת הגט כמו שהוחזק ע"פ עד כשר, ולפי זה יש לומר בשי' הרמב"ם דלהכי לא מהני טב"ע מצורבא מרבנן דכיון דיש בזה דין נוגע לא הוי כשנים ומ"ל ע"ה ומ"ל צו"מ, אולם עדיין קשה הא

בדהג"מ מבואר דלצו"מ מהדרינן, ואפ"ל בשי' הרמב"ם דדוקא למ"ד סיד"ר דרשינן קרא דעד דרוש אחיך בעדים שאינו רמאי ונאמן צו"מ מן התורה וכיון דהתורה האמינתו גם לדבר שבממון שוב חשוב הוחזק גם לגמר הדבר בדשב"ע, ולהכי לרב אשי דמספק"ל אי סיד"ר שפיר מהדרינן לצו"מ בטב"ע, אבל למ"ד סי' דאורייתא וקרא דעד דרוש אחיך בסימנים הא דמחזירים בטב"ע לצו"מ הוא מתקנת חכמים [וכן צ"ל לפרש"י שפי' לא בעדים שהוא שלו] וכיון שאינו נאמן מן התורה רק מתק"ח לא חשיב הוחזק אח"כ לדשב"ע להכי למש"פ הרמב"ם דסי' דאורייתא לא מהדרינן גם לצו"מ בטב"ע.

והבית מאיר בסי' קל"ב מצדד דגם להחזיר הגט לשליח הוי דשב"ע כדמוכח מריש גיטין דאף הכשרת הגט הוי דבשב"ע ומוכח ג"כ דאפילו מדרבנן הוי דשב"עורב אשי מספק"ל אי סימנים דאורייתא ולא מהני טב"ע משום דהוי דשב"ע או דסיד"ר ומשום טב"ע דמהני טב"ע בצו"מ, והרמב"ם מחמיר בזה מספיקא דהוי ספק תורה יעו"ש, אולם באמת הא חששא דשני יב"ש אאמד"ר ואולי בהוחזקו דהוי חשש תורה ואפשר דהוי סד"ר באיתחזק איסורא לחומרא, אלא דלפ"ז תקשה דאמאי מהני סימנים וטב"ע כיון דהוי דשב"ע ועל סימנים לא סמכינן, ואפ"ל משום דהר"מ ס"ל בפ"ז מהל' נחלות דרק משום איסור כרת החמירו דלא מהני סימנים ונראה דס"ל דסימנים דאורייתא ולהכי חומרא זו לא הוי דשב"ע והא דאמרינן בריש גיטין משום עגונא אקילו בה רבנן היינו משום דחוששין למיעוטא הוי דין בכל התורה לר"מ דחוששין על צד ספק תורה ויש לזה דין דשב"ע משא"כ בזה דרק משום כרת החמירו, וביותר י"ל דסימנים הוי כרגל"ד ובצירוף ע"א מהני, [ובזה י"ל ד' הב"י בכלים דלא מושלי דחיישינן לשאלה וכ' הב"ש בסי' י"ז דהא דמהני בגט בסי' קל"ב משום דטוען ברי אבל הסוגיא אינו מיושב, ולמש"כ י"ל עפמש"כ בסימן הקודם דהא דחושש הב"י בכלים דלא מושלי לפ"מ שאמרו בבכורות דמ"ו דהחמירו בא"א וכמש"כ הרמב"ם בסימנים וחומר זה אין לו דין דשב"ע ולהכי מהימן ברי לי וקושית הגמ' דכלים דמושלי דהוי ספק תורה ולהכי מדמי להו להדדי דלא מהני ברי לי בדשב"ע, עוד אפ"ל למשכ"ל דסימנים הוי כרגל"ד י"ל דגם למ"ד סימנים דרבנן מ"מ רגל"ד מיהא הוי ומהני בצירוף ע"א עכ"פ לענין איסור דרבנן ולהכי אף דלשי' הב"י בכלים דלא מושלי לא הוי סימן מובהק מ"מ רגל"ד מיהא הוי ולהכי מהני טענת ברי של השליח אבל בכלים דמושלי דלא הוי רגל"ד לא מהני טענת ברי ולהכי מדמה הש"ס] אבל ד' הבי"מ הם נגד ד' הראשונים הרמב"ן והרשב"א דזהו הוי מילתא דאיסורא והצריכו לטעם דנוגע כמשכ"ל והבית מאיר תולה זה בד' הה"מ אבל באמת מפורש כן בד' הראשונים.

סימן טו

ב"ה ר"ח מנחם תרס"ה ווילנא. **ע"ד** המטורף שנעלם ונמצא מת ולאחר ג' ימים הכירוהו עדים בטב"ע בפרצוף פנים שלו וגם הכירו הבגדים בטב"ע, ואשתו העידה שהי' לו שומא על הכתף בצד ימין וכן הי' לו שניט על העורף ומצאה השניט על המת במקום הנ"ל, והאריך ידידי רומעכ"ת הגאון שיחי' בהגב"ע ובהתירא דהך איתתא ובקשני להצטרף בזה להתירא ומפני טרדותי אבוא לבאר טעמי ונמוקי בזה בקצרה.

א

והנה בעיקר הדין בהכרה דאחר ג' ימים וצירוף טב"ע כבר דן העבודת הגרשוני להתיר ודייק דין זה מלשון המשנה ביבמות דק"כ דקתני אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו כו' אין מעידין אלא עד ג' ימים מדלא כייל בהדי הדדי אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אין מעידין אלא עד ג' ימים וחילקו בתרי בבא ובריש תנא אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו ובהא דאין מעידין אלא עד ג' ימים לא קתני הרי מבואר דלאחר ג' ימים מהני באמת אם יש סימנים בגופו ובכליו, והנוב"י בסי' ל"א דחה זה משום דמשנתינו דקתני אין מעידין אלא עד ג' ימים דייק מזה הרשב"א להחמיר בספק ג' ימים ולהכי אין מעידין אלא עד ג' ימים כלומר שבידוע שהוא בתוך ג' ימים ועל כן לא קתני במשנה בזה אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו דהי' משמע בזה דלא מהני צירוף סימנים אף בספיקו ובאמת בספק תוך ג' ימים מהני צירוף סימנים אבל בודאי לא מהני צירוף סימנים יעו"ש, והנה למ"ד דסימנים דאורייתא מפרש בגמ' דאעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו בגופו דארוך וגוץ ולהאיבע"א בכליו בחיורי וסומקי ולפ"ז בסיפא דאין מעידין אלא עד ג' ימים דלא קתני אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו מהני צירוף סימנים גרועים לשי' העבוה"ג וגם לשי' הנוב"י מהני בספק ג' ימים צירוף סימנים גרועים ודבר זה צ"ע דמהכ"ת דיועיל צירוף סימנים גרועים דשכיחי טובא ול"ש בזה סברת עבוה"ג דהוי שאלה דיחיד וגם מש"כ הנוב"י דע"י סימנים יצא מאיסור תורה ולכן מהני בספק ג' ימים צ"ע בסימנים גרועים דמהכ"ת דיצא ע"י סימנים גרועים מאיסור תורה גם דיחוי ד' הנוב"י לדיוקו של העבוה"ג אינו אלא לשי' הרשב"א דמחמיר בספק ג' ימים אבל לשי' הר"ת המובא בתוס' יבמות שם דס"ל דספיקו להקל הד"ק מ"ט לא קתני באין מעידין אלא תוך ג' ימים אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו וע"כ דבאמת מהני צירוף סימנים.

ולכאורה נראה דבאמת תלוי זה במחלוקת הרשב"א והר"ת דמאיזה טעם חלוק דין דאחר ג' ימים דמהני צירוף סימנים מאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אעפ"י שיש

סימנים וצ"ל דלאחר ג' אאמד"ר מהני צירוף סימנים אבל בדין דאין מעידין אלא על פרצוף פנים כו' הוא מדאורייתא לפיכך לא מהני צירוף סימנים, וכ"ז לשי' ר"ת דבספק ג' ימים לקולא ס"ל דאין מעידין לאחר ג' ימים אאמד"ר אבל לשי' הרשב"א דמחמיר בספיקו וחושש בזה מדבר תורה א"כ מאיזה טעם יועיל צירוף סימנים ומאי שנא מרישא דאין מעידין אלא על פרצוף פנים כו'. אולם לכאורה יש להשיב ע"ז מבכורות דמ"ו דפדחת פוטר כו' ומקשה מהא דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם ומשני לישנא קמא דמדרבנן החמירו הרי מוכח מזה דגם ברישא דאין מעידין אאמד"ר ומ"מ אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו לא מהני א"כ מהכ"ת יועיל צירוף סימנים לאחר ג' ימים.

ולכאורה הי' נראה בשי' הרשב"א דס"ל דאין מעידין לאחר ג' ימים הוא מדבר תורה ולפ"ז לל"ק דבכורות דאין מעידין אלא על פרצוף פנים כו' הוא מדרבנן וע"כ צ"ל הא דלא מהני סימנים דרבנן באיסור דרבנן משום דלהך לישנא יפרש דמתניתין מיירי בסימנים גרועים כמו למאן דס"ל דסימנים דאורייתא ואשמעינן מתני' דגם באיסור דרבנן לא מהני צירוף סימנים גרועים אבל בסיפא דאין מעידין אלא תוך ג' ימים דהוא מדאורייתא לא איצטריך לאשמועינן אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו דפשיטא דבאיסור דאורייתא לא מהני צירוף סימנים גרועים, ובזה מיושב משה"ק לעיל דלמ"ד סימנים דאורייתא איך יועיל צירוף סימנים גרועים לאחר ג' ימים דאדרבה דכיון דהוי איסור תורה לא איצטריך לאשמועינן דפשיטא דצירוף סימנים גרועים לא מהני וברישא אשמועינן דאאמד"ר דפדחת פוטר.

וכ"ז לשי' הרשב"א אבל לשי' התוס' דגם הא דאין מעידין לאחר ג' ימים א"א מדרבנן א"כ לל"ק בבכורות דגם אין מעידין אלא על פרצוף פנים כו' אאמד"ר ומ"מ לא מהני צירוף דסימנים גרועים א"כ מ"ש סיפא דאין מעידין אלא תוך ג' ימים דלא קתני אעפ"י שיש בו סימנים בגופו ובכליו וע"כ דהאי דיוקא דדק העבוה"ג בדיוק לשון המשנה לאו דוקא הוא ולכאורה היה נראה דבאמת ללישנא קמא דבכורות ד' מ"ו הרי מוכח דלא מהני צירוף סימנים אף באיסור דרבנן אבל ללישנא בתרא דבכורות שם ואיבע"א יכיר לחוד והכרת פנים לחוד ואין היכר פדחת מועיל מן התורה שוב י"ל דדוקא ברישא דהוי איסור תורה לא מהני צירוף סימנים אבל בסיפא דאין מעידין אלא בתוך ג' ימים שאינו אלא מדבריהם לשי' הר"ת שפיר מהני צירוף סימנים ויהי' דין זה אי מהני הכרת טב"ע לאחר ג' ימים בצירוף סימנים תלוי בב' לשונות דבכורות שם.

ב

אולם נראה לפמש"כ בסי' י"ג דעיקר ספיקת הראשונים בדין דאין מעידין לאחר ג' ימים אם הוא דבר תורה מקורו בסוגיא דבכורות דתלוי בשתי לשונות במאי דמשני שם שאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ומי אחמירו והא תנן הוחזקו להיות משיאין כו' ומשני כי אקילו בה רבנן בסופה בתחלתה לא אקילו בה רבנן ואיבע"א יכיר לחוד והכרת פנים לחוד, והנה להאיבע"א לא מצינו לחלק בין סופה ובין תחלתה ולא מצינו שהחמירו חכמים בעדות אשה כל דמדין תורה הוי הכרה וקשה הא אין מעידין לאחר ג' אעפ"י שמכירו בטב"ע וצ"ל דזהו באמת מצד איסור תורה אבל לל"ק י"ל דאאמד"ר ורק מתחלתה לא אקילו בה רבנן והא המשנה בחדא גונא קתני אין מעידין [והריב"ש מדייק בתשובה דכל היכא דקתני אין מעידין תצא ג"כ דלא מהני העדות כלל] וללל"ק דברישא אאמד"ר גם סיפא אאמד"ר דהחמירו חכמים בתחלתה אעפ"י שמכירו בטב"ע ולליש‌נא בתרא דלא מצינו שהחמירו בתחלתה א"כ צ"ל דהא דאין מעידין לאחר ג' הוא מדין תורה.

ולפי"ז נראה דהכרה לאחר ג' בצירוף סימנים לא מהני ממנפ"ש דלליש‌נא קמא דאין מעידין אלא על פרצוף פנים כו' אאמד"ר הרי מוכרח דגם באיסור דרבנן לא מהני צירוף סימנים ממילא דלא מהני ג"כ צירוף סימנים לאחר ג' ולליש‌נא בתרא דאין מעידין אלא על פרצוף כו' הוא מדבר תורה א"כ לאחר ג' הוא מדין תורה וממילא באיסור תורה לא מהני צירוף סימנים כמו ברישא ומ"ש רישא ומ"ש סיפא ונסתר דין העבודת הגרשוני. אבל בספק תוך ג' או לאחר ג' בצירוף סימנים שדן הנוב"י בזה יש להתיר ממנפ"ש דלליש‌נא קמא דבכורות דפדחת אאמד"ר ומוכרח דדיוקא דמשנה דיבמות שדק העבודת הגרשוני לאו דוקא מ"מ הרי מוכרח דאין מעידין לאחר ג' אאמד"ר וספיקו להקל ולהאיבעי"א דס"ל דיכיר לחוד והכרת פנים לחוד והוי איסור תורה שפיר י"ל הדיוקא של העבוה"ג בסיפא דלא תני אעפ"י שיש בו סימנים בגוף ובכליו משום ספק כמש"כ הנוב"י דבספק שפיר מותר משום דע"י סימנים יצא מאיסור תורה ובדרבנן ספיקו להקל. אולם אם גם שנסתר דיוקו של העבוה"ג בכ"ז יש מקום לומר דמהני צירוף סימנים לל"ק דס"ל דהא דאין מעידין אינו אלא מדרבנן וללשון זה יקשה מ"ט לא מהני סימנים דרבנן לאיסור דרבנן וע"כ נפרש משנתינו דאין מעידין בסימנים גרועים אבל בסימנים בינונים אה"נ דמהני הן ברישא דאין מעידין אלא בפרצוף פנים עם החוטם והן בסיפא דאין מעידין אחר ג' אבל ללישנא בתרא לפי מה שהוכחנו דס"ל דהא דאין מעידין הן ברישא הן

בסיפא הוא מדאו' ותתפרש מתניתין בסימנים אמצעים ואעפ"כ לא מהני וא"כ האי דינא אם מהני צירוף סימנים תלוי בהני תרי לישני הנ"ל.

ועוד יש להוסיף ולחדש דבנ"ד אף לל"ב מהני צירוף סימנים לשיטת הרמב"ם דפסק דסימנים דאורייתא ורק בא"א החמירו דלא מהני והנה עומדת לנגד שי' הרמב"ם סוגיא ערוכה בב"מ דמייתינן עלה דההיא אי סימנים דאורייתא או דרבנן ממשנתינו דאין מעידין ולשי' הרמב"ם מאי קמייתי דילמא לעולם סימנים דאו' ורק בא"א החמירו דלא מהני ועכצ"ל בישוב שי' הרמב"ם דבלא"ה מוכרחים אנו לומר דהאי סוגיא ס"ל דהא דאין מעידין הוא מדאורייתא דאי מדרבנן תקשה גם אי נאמר סימנים דרבנן אמאי לא מהני ועכצ"ל לאוקמי בסימנים גרועים וא"כ מאי קא מייתי אע"כ האי סוגיא ס"ל דמדאורייתא אין מעידין וכלישנא בתרא דבכורות וללישנא בתרא שם לא ס"ל הך סברא דבא"א החמירו ולפי"ז שפיר מייתי הש"ס מהא דאין מעידין דליכא דמימר דבא"א החמירו דלא ס"ל הך סברא והרמב"ם ע"כ סובר כלישנא קמא דהא דאין מעידין הוא רק מדרבנן ומטעם דבא"א החמירו בתחלתה ומש"ה סבר דכשם שבפדחת אעפ"י שמד"ת הכרה היא בכ"ז החמירו רבנן בא"א ה"ה והוא הטעם בסימנים אעפ"י שמדאורייתא הכרה היא מדרבנן החמירו בא"א ולפי"ז לשי' הרמב"ם בנ"ד ממנ"פ אתי שפיר דלל"ק דס"ל הסברא דבא"א החמירו ע"כ מוכרח דהא דאין מעידין הוא רק מדרבנן ובדרבנן מהני סימנים אמצעים ומשנתנו בסימנים גרועים כמשנ"ת לעיל ולל"ב דס"ל דאין מעידין מדאורייתא ע"כ לא ס"ל סברא דבא"א החמירו ושפיר מהני סימנים דסימנים דאורייתא.

ג

אולם כ"ז בסימנים בבגדיו ובסימנים בבגדיו ל"מ מטעם דחיישינן לשאלה וחשש שאלה נראה מסוגית הש"ס בהא דמקשה חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן דמדאורייתא הוא ולא משום חומר דהחמירו בא"א וא"כ אם נאמר דהא דאין מעידין אחר ג' דאורייתא לא מהני סימני בגדים אבל נראה דזה דוקא בכלים דמושלי דאז חשש שאלה דאורייתא הוא אבל בכלים דלא מושלי נהי דחיישינן לשאלה הוא רק עפ"י שי' הב"י רבא"א החמירו ובכגון דא הדר דינא כמ"ש לעיל דבין ללישנא קמא ובין לל"ב מהני צירוף סימנים דלל"ק אין מעידין דרבנן הוא וללי"ב לא ס"ל סברא דבא"א החמירו אוקמה אדינא דסימנים דאורייתא וא"כ בגונא דהכירו כל בגדיו בסימנים וכל בגדיו הוו ככלים דלא מושלי וחיישינן רק משום דבא"א החמירו ובנ"ד ממנ"פ מהני וכדאמרן וכן נראה מתשובות הב"י דמאי דמחמיר אף בכלים דלא מושלי הוא רק מטעם חומר א"א ומתורץ לפ"ז קושית

האחרונים שהקשו עליו מהא דחמור בסימני אוכף היכי מהדרינן, ודברים קרובים לזה כתבתי בסי' י"ג.

ואולם כ"ז אינו מספיק לשי' הפוסקים דמספקא לן דאי סימנים דאורייתא או דרבנן ואם נאמר דסימנים דרבנן א"כ לפי שיטת הרשב"א דהא דאין מעידין אחר ג' הוא דאורייתא. קשה להתיר בטב"ע דכלים אף בכל כליו ובפרט במטורף דמאבד מה שנותנים לו דליכא למימר בו האי סברא איך נתן גברא כל מלבושיו ובגדיו ונשאר ערטילאי וחיישינן בי' יותר לשאלה אף בכל כליו, ומה גם לשי' הב"י דחייש אף בכלים דלא מושלי לשאלה ולכן בנ"ד עיקר התירא דהאי איתתא הוא רק עפ"י הסימנים שנמצא בגופו והם השומא והשניט שנמצאו בו במקום שהגידה האשה והנה בדין השומא בצמצם לה מקום אי מהני למחשבה סימן מובהק ידוע מחלוקת האחרונים בזה והמ"ב מחמיר בזה והט"ז כ' על דבריו לחלק דלהך לישנא דמשו"ה לא הוי שומא סימן מובהק משום דמצוי' בבן גילו א"כ ג"כ בצמצם לה מקום לא הוי סימן מובהק דאפשר מצוי' בבן גילו באותו מקום עצמו אבל לאידך טעמא משום דעשוי' להשתנות א"כ בצמצם לה מקום ודאי מהני דהרי המקום לא נשתנה אולם לפי דברי הנוב"י דמפרש דגם האי לישנא דאמר טעמא משום דעשוי' להשתנות סובר ג"כ האי סברא דמצוי' בבן גילו ובאותו מקום אבל מראות השומא אינה שוה בבן גילו ולכן מצריך הטעם משום דעשוי' להשתנות וממילא לפי"ז נדחה סברת הט"ז דגם בצמצם מקום חיישינן בבן גילו דגם ללישנא דטעמא משום דעשוי' להשתנות חוששין לבן גילו ולחשש זה לא מהני צמצם מקום למחשבי' סימן מובהק וכ"ז בנוגע רק להשומא אבל השניט בודאי מהני בצירוף צימצום המקום למחשבי סימן מובהק משום דרושם ושניט אינו מצוי בבן גילו ונשאר רק החשש דעשוי להשתנות ולחשש זה מהני צמצום המקום וכמ"ש הט"ז שם דרושם עדיף הרבה משומא ולכן כיון שהאשה יודעת לכוין מקום השניט בדיוק ודאי דהוי סימן מובהק וגם שאומרת סתם בעורף מבלי סמן את המקום שם בזה נראה מד' האחרונים דסימן אמצעי מיהא הוי והביאו ראי' מדהג"מ דמצרכינן דוקא נקב בצד אות פלוני למאן דאמר סימנים דרבנן משמע דאם נאמר סימנים דאורייתא מהני סתם נקב ובודאי דהכונה בזה עפמש"כ בעל העיטור הובא בב"י דאפילו נקב בצד תיבה פלונית לא חשיב סימן מובהק רק בצד אות פלוני וע"כ אמר דוקא נקב בצד אות פלוני, ולמ"ד סימנים דאורייתא מהני אפילו בנקב בצד תיבה פלונית אבל נקב בקלף סתם נקבים בקלף שכיחי טובא, וה"נ לגבי שומא באבר פלוני הוי סימן אמצעי וצימצם המקום הוי סימן מובהק [יעי' בב"ש ס"ק ע ובפ"ת הביא דעת החולקים עליו] וכיון דהוי סימן אמצעי יש להקל לשי' המהר"ל מפראג דסי' אמצעי בגופו וטב"ע

בכלים מהני מכח ממנ"פ דאי סימנים דאורייתא מהני מכח סימנים ואי סימנים דרבנן לא חיישינן לשאלה, וגם לדעת הב"ש צידדו האחרונים דמשום צירוף סימנים אמצעים הוי כסימן מובהק אולם גם אי נימא דצירוף סימנים אמצעים לא מהני וגם דשומא לא הוי סימן אמצעי כדעת החולקים על הב"ש אבל בצמצום מקום וצירוף טב"ע בכלים דלא מושלי בודאי מהני דהא שי' הרד"ך דצמצום מקום הוי סימן מובהק, והמ"ב בסי' ס"ג השיג ע"ז דסימנים עשוים להשתנות לאחר מיתה למ"ד סימנים דאורייתא והא דקיי"ל דסימנים דרבנן היינו מספיקא ולפיכך אנו חוששין לשתי האוקימתות בב"מ למ"ד סי' דאורייתא שמא שומא עשוי' להשתנות לאחר מיתה וגם דבעינן סימן מובהק שמא סימנים דרבנן א"כ בזה מועיל ממנ"פ אי סימנים דאורייתא מועיל סימן שבגוף ואי סימנים דרבנן הא מועיל סימן מובהק שבבגדים, ואי"ל כיון דחיישינן לשאלה לא הוי סימן מובהק דהא למ"ד סימנים דרבנן ל"א סימנים עשוים להשתנות לאחר מיתה והוי סימן שבגוף סימן מובהק והא הב"ש חושש רק לסימנים דרבנן ממילא דמצד חשש שאלה לא הוי סימן מובהק, אבל בזה הא ממנ"פ מהני דאי סימנים דרבנן הא אין סימנים עשוים להשתנות לאחר מיתה ומהני סימן צמצום מקום שבגופו.

אלא דיש לפקפק בזה דנראה דבמטורף שמאבד מה שנותנים לו ואחד מסימני שוטה שהולך ערום בשוק יש לחוש לשאלה בכל גווני אפילו כל בגדיו דאין ראי' דלא ישאר ערטילאי בשוטה וכן מבואר בנוב"י דאף בכלים דלא מושלי יש לחוש בשוטה ולכן יש לחוש גם ע"ד הטלית דהוא מכלים דלא מושלי דל"ש בשוטה חבוב מצות ודוקא בבריא ובר דעת דחייב במצות שייך סברת המהרי"ט אבל בשוטה הא ל"ש זה, וע"כ נראה העיקר שיש לסמוך בזה על הסימנים מצמצום מקום השומא והשניט בעורף וגם י"ל דהשניט אינו מסימנים העשוים להשתנות לאח"מ ולא דמי לשומא עי' באס"ז ב"מ דכ"ז מה שהביא בשם הראב"ד להסתפק ללישנא דבן גילו אי דוקא בשומא חיישינן או אף בשאר חידושין וכן ללישנא דסימנים עשוין להשתנות לאח"מ אי דוקא בשומא שאין שינוי אלא בעור האדם אבל שאר חידושין שהן בעצמות ועובי הבשר אינם עשוים להשתנות לאח"מ יעו"ש, עוד י"ל דהשומא והשניט בעורף הוי כשני סימנים אמצעים ובשני סימנים אמצעים בגופו י"ל דגם הב"ש מודה דמצטרפי למהוי כחד סימן מובהק דלא נחלק הב"ש אלא בסימן אחד בגוף וטב"ע בבגדים אבל בשני סימנים בגופו מודה, ובפרט דיש לצרף בזה שי' הר"ת והבה"ג בכל גופו שלם מעידין עליו כמו שהובא בסימן מ"ג דדוקא היכא שאינו מכיר את האיש ורק מוסר סימני תבנית הגוף והפרצוף וזהו מה שהביא מעכ"ת בשם רבותינו בעה"ת על התורה, אבל היכא שמכיר את האיש מהני

טב"ע ולהכי גם אם בשוטה נחוש לשאלת כל בגדיו ואבידה ומכירה מ"מ יש להתיר בזה על ידי הסימנים מצמצום המקום בעורף מהשומא והשניט דהוי סימן מובהק אחר ג"י כמו שהכריע הרמ"א דסימן מובהק מהני גם לאחר ג"י, ובפרט שיש לצרף בזה שיטת ר"ת, ועל כן על ידי הכרת כל הבגדים והסימנים מצמצים מקום השומא והשניט בעורף ובצירוף הכרה דטב"ע לאחר ג"י כפי שיטת ר"ת הנני נמנה עם מעכת"ר להתירה ע"י ב"ד של שלשה.

סימן טז

ווילנא ב' אד"ש עטר"ת

על דבר העגונה אשת מענדל מאסעוויצקי כפי פרטי הגב"ע שהוגבה ע"י הרבנים מו"צ דפ"ק שנמצאו שני מכתבים גלוים בבגדי הנהרג במלחמה האחד שכתוב אליו מאשתו והשני הי' חלק אך האדרעסע נכתב בכתב יד מענדל מאסעוויצקי כפי הכרת אשתו, והנה המכתבים הנ"ל ל"ש בהם חשש שאלה והמכתב החלק שכתוב בכת"י לאשתו האדרעסע הלא היה נצרך לו להשיב ומוכח מזה שהמכתבים הגיעו לידו ולא נפלו לכתחילה ביד אחר שהיה כתוב בכתיבת ידו וכן שלא מסרם ליד אחר לשלוח ע"י פאסט שהרי המכתב היה חלק רק אדרעסע שלו כתב בכתיבת ידו, ורק שיש לחוש שמא שאל ההרוג הבגד מאיש חיל אחר ושכח שם המכתבים, אולם בגדי אנ"ח השייכים להממלכה ואינם שלו בודאי הם בגדים דלא מושלי כי הבגדים הם מסומנים ואין לאנש"ח בגדים כפולים ואיך ישאילם לאחר, רק מה שיש לחוש בזה הוא שיטת הב"י דאף בגדים דלא מושלי חיישינן לשאלה וכמו שהסביר הב"ש דלמ"ד סימנים דרבנן ובעינן סימן מובהק כיון דיש אפשריות בשאלה לפעמים שוב לא הוי סימן מובהק ויש לחוש לפי"ז שמא השאיל הבגד לאחר ושכח שם שני המכתבים.

א

והנה הגאון מו"ה יהושע אבד"ק טרניפאל בעהמ"ח ספר יהושע בתשובה הנספחת לס' אבני מלואים כתב בתוך התשובה ואם תרצה לומר דכליו שאל לאחר ושכח בהם המכתבים שעמו לזה לא חיישינן דאל"כ מאי משני כיס וארנקי לא מושלי אינשי דילמא שאל לו כסותו ושכח בהם כיס וארנקי אלא עכצ"ל כיון דאין דרך להשאיל כיס וארנקי מידכר דכיר ליה ולא ישכח בבגדיו כו' עכת"ד, ולכאורה דבריו נסתרים מדרש"י ביבמות דק"כ מצא קשור בכיס מאי איכא למימר ליחוש אע"פ שהוא מכיר את הכיס יש לחוש שמא השאילו לאחר וקשר בו גט זה והחזירו לזה ושכח בו את הגט עכ"ל, הרי דאע"פ דעל

הגט ל"ש ענין שאלה לא אמרינן דמידכר דכיר ליה ולא ישכח בבגדיו אלא דמ"מ חיישינן ששכח בו את הגט וצ"ל בביאור דרש"י ולחלק בין כיס וארנקי שיש בהם צורך וחשיבות בפ"ע ולא מושלי ליה בגלל החשיבות על כן מידכר דכיר ליה ולא שכחם בבגדיו כי אדם עשוי למשמש בכיסו משא"כ גט מה שאין בו חשש שאלה לא בשביל החשיבות לפי שיכול לכתוב גט אחר ורק שאין בו חשש שאלה משום שאין בו צורך לאחר וע"כ ישכח בבגדיו כמילתא דלא רמיא עליה וחוששין שמא שכח בו את הגט, ולפי"ז הדבר תלוי בחשיבות החפץ לבעליו ובעובדא של הגאון אבד"ק טארניפאל שהיה בהכתבים אטעסטאט שיש בו צורך גדול לעצמו וכמש"כ שם שא"א להשאילו מפני הצורך לעצמו מידכר דכיר ליה ולא ישכחם בבגדיו משא"כ בכתבי מכתבים שאין בהם צורך גדול רק שלא שייך בהם חשש שאלה לפי שאינם נצרכים לאחרים בזה י"ל ששכחם בבגדיו כמו שפרש"י בגט ולהכי לשי' הב"י שיש להחמיר אף בכלים דלא מושלי יש לחוש בנ"ד שמא השאיל לאחר ושכח את המכתבים בבגדו.

ולכאורה צ"ע מי דחקו לרש"י לפרש כן הא בפשוטו י"ל שהשאיל את הבגד לאחר והניח האחר שם הגט ואבד כמו שנראה כן מפרש"י בב"מ דכ"ז וכבר הרגיש בזה הפנ"י בב"מ שם, ונראה עפמש"כ בס' תורת גיטין בשינוי הסוגיות דב"מ ויבמות ובישוב קושית התוס' בגיטין דכ"ז דאמאי לא פשיט בב"מ מהך ברייתא דמצאו קשור בכיס דסימנים דאורייתא דבב"מ מספק"ל בסימנים דאיתרמוי איתרמי וחשש רמאי כמש"כ הר"ן בחולין דע"ט והפנ"י בב"מ שם דלהכי לא משני בסימנים מובהקים יעו"ש וביבמות לא מספק"ל מצד הנאמנות ול"ש החשש דילמא מיחזי חזי או כסומא בארובה דהא במיתת הבעל לא חיישינן למשקר אפי' בע"א ואין לחוש רק דילמא איתרמוי איתרמי אחרינא כיוצא בו ולהכי מוכיח מברייתא דמצאו קשור בכיס דסימנים דאורייתא דמדאורייתא אין לחוש לזה דהא הבעל אינו חשוד לקלקלה ואיתרמוי איתרמי לא חיישינן ולהכי לא פשיט בב"מ באבידה היכא שיש חשש דמשקר ובגט אשה דאיכא חשש דמשקרת יעו"ש שהאריך בזה, ועפ"ז י"ל דלהכי ס"ל לרש"י ביבמות דמאי דמקשה שם ממצאו קשור בכיס דאין בזה מצד ספק נאמנות ובבעל הא בודאי נאמן שבידו לגרשה כמש"כ הראשונים או שמצא בעצמו ולהכי במאי דמקשה וליחוש לשאלה אי אפשר לפרש שהשאיל לאחר והאחר אבד את הגט בכיס זה דהא הבעל נאמן שאבד הגט ואינו חשוד למשקר וכיון דהבעל אומר שאבד שהיה מונח בכיס ונאמן על זה ול"ש חשש שאלה, וע"כ פרש"י שמא השאילו לאחר וקשר בו גט זה והחזירו לזה ושכח בו את הגט דענין שאלה הוא מילתא דלא רמיא דהא מיירי בכל גווני שאינו אומר ברי שלא השאילו

לאחר ויש לחוש מצד עצמו שמא קשר בו השואל את הגט ושכח והחזירו לזה (ומה שפרש"י בב"מ בענין אחר משום דהתם מיירי גם בענין הנאמנות וכמו שמפרש רש"י שם בשליח שאבד את הגט ומיירי גם באופן שמצא אחר והשליח אינו נאמן כמש"כ הר"ן משום דלא ליהוי מרא דגיטא תרעומות עליה או משום נוגע שלא יפסיד שכרו, וי"ל דהא דאינו מוכיח מזה דסימנים דאורייתא עפמש"כ הש"ש בש"ז דפסול זה אאמד"ר ויעו"ש ואפשר דבחשש פסול דרבנן מהני סימנים דרבנן ותירוץ זה הוא באופן אחר דלא כמש"כ הנתיבות בתשובתו להחמדת שלמה יעו"ש).

ב

ויש להוסיף עוד דמה ששינה רש"י פירושו בב"מ מיבמות דביבמות שם דייקינן דסימנים דאורייתא מדסמכינן על הכרה ולכאורה קשה הא חששא דשני יב"ש אאמד"ר וא"כ איך מוכח מזה דסי' דאורייתא וכבר הרגישו בזה, וצ"ל דמשמע להש"ס דמיירי אף בהוחזקו ובמקום שששיירות מצויות דהוי חשש דאורייתא וכמבואר בפוסקים, וביותר י"ל דהא ביבמות קאי לרבא והא ס"ל בדקט"ז דחיישינן לשני יב"ש דוקא בהוחזקו ושיירות מצויות והוי חשש דאורייתא וכיון דאיכא חשש דאורייתא ראוי לנו לחוש גם מחשש שכחה שאינו רגיל כל כך, אבל בב"מ דאינו מוכיח הש"ס מזה דסי' דאורייתא כמשה"ק התוס' שם משום די"ל דהברייתא מיירי בלא הוחזקו או דלא שכיחי שיירות ומ"מ מקשה דניחוש לשאלה דע"י חשש שאלה נגרע גם סימן בינוני והוי סימן גרוע ומה"ט גם סימנין דרבנן לא יועילו וכיון דחשש זה אאמד"ר לא חיישינן לשכחה בדבר שאינו רגיל כיון דהשאלה בעצמותו ליוסף ב"ש לא שכיחא לא חיישינן ג"כ שמא שכח.

ובמה שכתבתי דבחשש דרבנן לא חיישינן לשכחה בדבר שאינו רגיל י"ל גם לשי' הב"י דגם בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה וכמש"כ הב"ש בטעמו דלמ"ד סימנים דרבנן כל. שיש אחד מאלף שיקרה לפעמים שאלה לא הוי סימן מובהק מ"מ לא מצינו שחשש הב"י רק מחשש שאלה בכלים דלא מושלי משום דיקרה לפעמים אף דעל פי רוב לא מושלי אבל שניחוש ג"כ לשכחה בכלים דלא מושלי דעל פי רוב לא מושלי ועל פי רוב ממשמשים בבגדים ואינם שוכחים הא זה לא מצינו למיעוטא דמיעוטא כזה שיחוש הב"י, ובזה היה נראה דגם לשי' הראשונים דחיישינן ששכח והשאיל לאחר כל זה בכלים העשוים להשאיל דלא רמי עליה ושכח אבל בשאינם עשוים להשאיל אף לשי' הב"י דמחמיר מ"מ לא חיישינן שמא שכח והשאיל דבודאי מידכר דכירי, ובזה היה נראה לתרץ שי' הב"י מהסתירה בסי' קל"ב שפסק שם או שמצא קשור בכיס וארנקי או בטבעת שחזקת כלים אלו שאינם משאילם לאחרים, מבואר דבגט מודה הב"י שאין לחוש והב"ש

בסי' י"ז הרגיש בזה וכתב ואפשר בגט שהבעל דבר לפנינו ולא אמר דהשאיל ל"ח לשאלה אבל כאן חיישינן לשאלה שמא השאיל הבעל והב"ש הוסיף ע"ז מיהו הסוגיא עדיין אינו מיושב וכוונתו דהא הש"ס מדמה ומקשה ממצא קשור בגט ואינו מחלק, ולמש"כ א"ש דבאמת לפי המסקנא למאי דמשני דבכלים דלא מושלי ל"ח לשאלה אף לשי' הב"י דלמ"ד סי' דרבנן לא הוי סימן מובהק דאפשר שיקרה לפעמים שישאיל אבל שישאל וישכח מילתא דרמי עליה כלים דלא מושלי דבודאי מידכר דכירי לא חיישינן, ולהכי בגט אף אי מצא אחר מ"מ למש"כ התוס' בב"מ די"ח דלא חיישינן שישקר הבעל או השליח במזיד ורק דחיישינן לשמא השאיל ושכח לא חיישינן בכלים דלא מושלי דמידכר דכירי אבל לפי ההו"א דמקשה מכלים העשוים להשאיל דלא רמי עליה חיישינן לשאלה כמשכ"ל ומה"ט מדמה לגט דחיישינן שמא שכח, אמנם לפי המסקנא בכלים דמושלי דעשוים להשאיל הוי מילתא דלא רמי עליה חיישינן גם לשכחה אבל בכלים דלא מושלי דודאי מידכר דכירי לא חיישינן לשכחה גם לשי' הב"י וא"ש, ואף בכלים דלא מושלי בגט גם באינו אומר ברי לי שלא השאיל מהני כמבואר בתשו' ב"י רק שאינו זוכר שהשאיל ובסתם כלים דמושלי בעינן שיאמר ברי לי, מ"מ נראה דבכלים דלא מושלי כל זמן שאינו נזכר שהשאיל כיון דמידכר דכירי לא חיישינן ששכח.

ג

וביותר יש לישב תירוץ הב"ש דלהכי מהני ברי לי לפי המסקנא שלא השאילו או בסתמא שאינו יודע אם השאילו בכלים דלא מושלי הוי כברי לי ואף במצא אחר נאמן, משום דהא דלשי' הב"י לפי המסקנא לא מהני בכלים דלא מושלי למ"ד. סימנים דרבנן משום דלא הוי סימן מובהק כמו"ש הב"ש אבל עכ"פ סימנים דרבנן מיהא הוי, והנה הא דאינו נאמן השליח אף דבאמת יש על זה דין איסורין כמש"כ הרמב"ן בגיטין והה"מ בפ"ו מהל' גירושין רק לפמש"כ הראשונים בטעמם דהוי נוגע כי היכי דלא ליהוי מרא דגיטא תרעומת עליה או שלא יפסיד שכרו והש"ש כתב דא"א מדרבנן, ופשוט דבזה לא הוי אלא מדרבנן דהא באיסורים אין פסול נוגע ורק רבנן החמירו באיסורים בגט עכ"פ בחשש זה שאמד"ר הא מהני סימנים דרבנן וא"כ כלים דלא מושלי דלא הוי סימנים מובהקים אבל סימנים דרבנן הוי א"כ שפיר מהני באומר ברי לי כיון דאין בזה אלא חשש דרבנן [ונראה דאפי' לשי' הסוברים דלא מהני סימנים דרבנן באיסור דרבנן וכמש"כ הפנ"י להוכיח מב"מ די"ט דהא חשש שני יב"ש אאמד"ר וע"י בש"ש ש"ז פי"ח כל זה בדין איתרמוי איתרמי די"ל דכל דתקנו רבנן כעין דאורייתא תיקון וכיון דיש בזה פסול עצמות מדרבנן מחשש מיעוט דמשאל"ס או חשש שני יב"ש בעינן סימנים מובהקים, משא"כ

בדין נאמנות שאין בזה דין כללי אלא דבדין זה החמירו לחוש שמא משקר הם אמרו והם אמרו דמהני סימנים דרבנן, עכ"פ צירוף סימנים דרבנן להעדאת השליח מהני), וכ"ז לפי המסקנא אבל לפי ההו"א דחיישינן לשאלה בכלים דמושלי ואין כאן סימנים כלל והוי כסימנים גרועים דלא מהני כלל אף מדרבנן שפיר מקשה דניחוש לשאלה וחיישינן דמשקר.

ובעיקר הדין של הב"י בכלים דלא מושלי דמחמיר משום דלא הוי סימן מובהק כמש"כ הב"ש נראה דרק משום דאפשר דאיתרמוי איתרמי שהשאיל ולא הוי סימן מובהק אבל לא משום חשש דמשקר בטענת ברי כיון דרוב לא מושלי מסייע לטענת ברי, ומיושב בזה גם קושית הנוב"י א"כ חמור בעידי אוכף דמחזירו למ"ד סימנים דרבנן היכי משכח"ל דבכלים דלא מושלי מהני טענת ברי של בעל האבידה דרק בכלים דמושלי לא מהני ברי נגד השמא כמש"כ הפנ"י נגד רוב העולם אבל בכלים דלא מושלי דמסייע לו הרוב מהני טענת ברי, עכ"פ כמו דמצינו דמחזירים בעידי אוכף למ"ד סימנים דרבנן ומהני טענת ברי של בעל האבידה כן מהני טענת ברי שלא השאיל לאחר ורק בנמצא מת לבוש בכלים דלא מושלי חיישינן מצד איתרמוי איתרמי ולא הוי סימן מובהק אבל לגבי חשש משקר מהני טענת ברי בסיוע הרוב דלא מושלי ולהכי מהני נמי בגט ומחשש שכחה שמא השאיל ושכח לא חיישינן בכלים דלא מושלי כמו שנתבאר.

ד

והנה הנוב"י כתב בשי' הב"י דלהכי מחמיר אע"פ דאיכא חזקה דכל מה שת"י האדם הוא שלו משום דאיכא חזקת חי וחזקת א"א, ועי' בנוב"י קמא סוף סי' ל"ז כתב שמי שעזב אשתו עגונה והלך למדה"י ואח"כ נמצא אחד מת ומכירים אותו ע"י כלים יש להחמיר אפי' בכלים דלא מושלי, אבל במי שישב עם אשתו והלך לסחורה על דעת לחזור ולא חזר שעכ"פ איתרע חזקת א"א שתיכף נולד לנו הספק מיתה על האיש הזה ודאי יש להקל בכלים דלא מושלי יעו"ש ובאמת שזה צ"ע אם אתרע ע"י זה חזקת חי, והנה בנ"ד שהיה במערכת המלחמה דמבואר בגיטין דכ"ח דעיר שכבשוה כרקום נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים וכמבואר בב"ב דקנ"ג בספינה שרובן לאבד ומתשובת הריב"ש מבואר דכל השלשה דברים שאמר ר"א בן פרטא לפני חכמים דנותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים הוי רובן לאבד ובכה"ג איתרע חזקת חיים, והנה בחיילות העומדות במערכות המלחמה אף אם נדון כעיר שהקיפוה כרקום הא שיטת הב"י וכמו שפסק כן בשו"ע אהע"ז סי' קמ"א סעיף ס"ט דעיר שהקיפוה חיל ממלכה אחרת נותנים עליה חומרי חיים וחומרי מתים ועי' בשו"ת ברית אברהם אהע"ז סי' ס"ה שהאריך

בזה אם נדון עומדים במלחמה כעיר שהקיפוה כרקום או כעיר שכבשוה כרקום, ואף דהמהרי"ט השיג על הב"י ומפרש ד' הירושלמי דקאי אסיפא דשל מלכות אחרת גם בכבשוה כרקום הוי בחזקת חי, אבל עכ"פ לשי' הב"י דמחמיר בכלים דלא מושלי הא ס"ל דבהקיפוה חיל ממלכה אחרת נותנים עליה חומרי חיים וחומרי מתים א"כ איתרע חזקת חי, ובכה"ג דאיתרע חזקת חי גם הב"י מודה בכלים דלא מושלי להקל כמו בגט, הן אמת דבשו"ת ברית אברהם סי' ס"ה האריך שם ומבאר כל השיטות ומסיק להלכה דהיכא דאפשר לברוח מן המלחמה איכא למיתלי ולהעמידו בחזקת חי אבל דבר זה לפי המקום ובגדוד הטאמבאווי שהלכו רובם לאבד בזה נראה דבודאי איתרע חזקת חי ועי' בשו"ת בית אפרים אהע"ז סי' י"ט שהעלה דבכה"ג איתרע חזקת חיים א"כ י"ל דבכה"ג גם הב"י מודה, ואם הנוב"י מצדד להקל בהלך לסחורה על דעת לחזור ולא חזר דאיתרע עי"ז חזקת א"א מכש"כ בכהאי גוונא.

ולדינא בנ"ד דחיישינן בכלים דלא מושלי שמא השאיל עפ"י חומרת הב"י ושכח המכתבים בבגדו, ראיתי בשו"ת חת"ס אהע"ז סי' צ"ה שכתב ובתשובה אחרת כתבתי דהא דבכלים דלא מושלי לא חיישינן היינו אי מלובש בהם כגון טבעתו בידו וכיס וארנקי הוא מלובש בגופו דא"א לומר ששאל מלבוש אחר מחבירו ובתוך אותו המלבוש שכח אידך הטבעת וכיס וארנקי דא"כ לא היה משמש בכלים שלא מדעת בבעלים דהו"ל שואל שלא מדעת בעלים גזלן ואחזוקי ברשיעי לא מחזקינן, אבל אי אינו מלובש בהם אלא שנמצא בכיסו שבבגדיו חיישינן שמא השאיל בגד הלז ושכח הקוויטונג בתוכו יעו"ש, ולדברי החת"ס צ"ל דהא דמשני בגט דכיס וארנקי לא מושלי אינשי ולא חיישינן שמא שכח הכיס וארנקי בבגדיו דאם שכח לא היה השואל מניח בו את הגט דהא הוי שואל שלא מדעת, אולם החת"ס בעצמו בסי' ס"ה שם כתב בתוך התשובה דבמה שנמצא בדלוסקמא פאס ש"ג דאם ישאיל בגדו לאחר לא ישאיר בתוכו מכתב זה ואפי' אם השאיל אין אדם שוכח בתוכו הדלוסקמא עם הכתבים יעוי"ש וע"ע בחת"ס סי' נ"ז, ומדברי הב"ש ס"ק ס"ט שכתב וכ"ז איירי בבגדיו אשר לבוש ארנקי מבואר דלא כהחת"ס אלא דאף אם הארנקי בתוך בגדיו ל"ח וכן יש להוכיח מיבמות דקט"ז ואי לפקדון כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' ואכתי ניחוש דילמא הפקיד גבי' איזה בגד ושכח בו השטר והא אבייי חייש לפקדון אעכצ"ל דלהא לא חיישינן שמא שכח כמו שאמרו בב"מ דכ"ב דמשני לאביי משום דר' יצחק דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ושעה. ועי' בקובץ התבונה בקונטרס סימנים דאורייתא להגאון מוהרש"ק שכתב ג"כ דרש"י ביבמות פירש לפי ההו"א בב"מ ולפי המסקנא דמשני דאדם עשוי למשמש

בכיסו בכל שעה ושעה לא חיישינן לשכחה. וע"ע בשבת די"ב הילכך מידכר דכיר לי' כיון דחייב למשמש ולא ישכח ויצא. וע"ע בנודע ביהודה קמא סי' ל"ו שכתב גם כן צד ההיתר מחמת אגרת שנמצא אצל ההורג אם אינו אגרת ישן שי"ל שאין בו צורך והשליכו לאשפה ומצא זה יעו"ש וע"ע בשו"ת בית אפרים חאהע"ז סי' ל"ח ובסוס"י קל"ו, ונראה דאף להמפקפקים בזה מ"מ אם נמצא בכלים דלא מושלי דאין בזה אלא חומרת הב"י לא חיישינן גם לשי' הב"י שמא שכח כמשנת"ל ובפרט די"ל דאיתרע חזקת חי, ובסי' י"ג כתבתי לצדד דהב"י מחמיר היכא דיש חשש דאיתרמוי איתרמי או בדדמי ומצטרפים למיעוט דלא מושלי וכל זה לא שייך במכתבים ועיקר שיטת הב"י דעת הריטב"א הובא באס"ז בבא מציעא דכ"ז דבכלים דלא מושלי לא חיישינן, וכ"כ הש"ש בש"ז להקל וכן בכמה מספרי האחרונים.

ה

ומה שיש לחוש לשי' הב"י מאבידה כמש"כ הח"מ שמא אבד המכתבים ומצא אחר וכ"כ הנתיבות בשו"ת חמדת שלמה דלהכי החמיר הב"י לא מחשש שאלה רק מחשש אבידה, נראה דלפי המסקנא דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ואי ידע דנפל מיניה הרי נתיאש ברוב נכרים ומוקמינן בחזקת מ"ק כמו דלא חיישינן למכירה ה"ה דל"ח לאבידה היכא דמתיאש, (ובשטרות יש לדון דאפילו אם לא ידע דנפל מיניה ולא הוי יאוש מ"מ לשי' הרמב"ן דלהכי לא הוי יאוש משום דהוי שומר וידו כיד הבעלים אפשר דבשטרות דאין בו דין שמירה ל"ש זה, אולם ז"א כיון דבודאי יש בו דין אבידה כמו באבידת קרקע ומחויב בשמירה אע"פ שלא נתחייב אח"כ על דיני שמירה מ"מ הוי שומר וידו כיד הבעלים, ואע"פ שאין הנייר שו"פ מ"מ הא שו"פ להלוה לגבות בו ולמכור את השטר עי' בקצוה"ח סי' ס"ה ס"ק ו' וחשש אבידה אינו אלא בדבר שיש בו סימן ורוב ישראל דלא מתיאש ולא יצא מרשותו אבל היכא שמתיאש וממילא זכה המוצא מוקמינן בחזקת מ"ק וכמש"כ הראשונים דלא חיישינן למכירה ה"ה דלא חיישינן לאבידה, ורק בדבר הגב"ע והמכתבים ראוי לדרוש אם היה כותב המכתבים עברית או רוסית בכתיבת ידו או ע"י אחר דאז יש לחוש שמא מסר שני המכתבים הגלוים ליד אחר לכתוב תשובה לאשתי, וגם בדבר הכרת הכתב יד מהאדרעסע שאשתו אומרת שזהו כתב ידו יש לחוש למש"כ הנוב"י בסי' כ"ח דבראה הטביעה לא מהני טב"ע בבגדים כי היכי דל"ח טב"ע בגוף לדעת הרא"ש והרז"ה והא מים ומלחמה חד דינא אית להו דחיישינן לבדדמי ולדעת הרי"ף בעינן צירוף סימנים בינונים לטב"ע וגם קברתיו לא מהני, ועי' בב"ש ס"ק צ"ט ובבית מאיר שם ובתשובת בית אפרים סי' י"ט, ובפרט אם נימא בדדמי על הכרת הבגדים מה

יועיל קברתיו א"כ י"ל גם בהכרת טב"ע בדדמי, אולם גוף הסברא בדדמי על הכרת בגדים אינו נראה ויעו"י בבית אפרים שם דמסיק ג"כ להלכה דל"ש חשש בדדמי על הכרת בגדים, וגם מאי דמחמיר הנוב"י חשש בדדמי על הבגדים הוא רק בראה הטביעה ולא בידע כמש"כ בנובי"ק סי' מ"ג, וגם אינו נראה חשש בדדמי על הכרת המכתבים ובכלל אפשר להכיר על ידי דימוי כתב ידו משארי מכתבים ואף אם נימא דדימוי הכת"י הוי כדימוי החתימות שכתב הקצוה"ח בסי' מ"ו דא"א מדרבנן והוי כסימנים אמצעים מ"מ הא סימנים אמצעים בודאי מהני בחשש בדדמי וראוי לברר הדבר, עכ"פ אחרי בירור דבר המכתבים מה שיש לחוש בזה על פי דעת הב"י בכלים דלא מושלי שמא שכח המכתבים בהבגדים כבר נתבאר שיש להקל בזה, ואם דעת ידידי רומעכת"ר שי' נוטה לזה להתיר ראוי להושיב ב"ד של שלשה להתירה.

סימן יז

בחדש תמוז תר"פ.

א

ע"ד הגב"ע מהעד בנוגע להעגונה אשת וועגדארף אשר ביום 4 אגוסט הלך אתו במלחמה ואחרי כן ראהו מושכב מת כפי המבואר בפרטיות בהגב"ע ע"י הרבנים דקהלתינו ועדות ע"א במלחמה במת בלא קברתיו הא קיי"ל להלכה כשי' הר"יף והרמב"ם דלא תנשא לכתחלה, והנה ידידי הרב הגאון מו"ה מאיר באסין נ"י רב דשניפישאק יצא בהצלה תחלה להתיר את העגונה על פי שני יסודות א' לפי המבואר בסי' י"ז סעיף נ' וי"א אפילו בע"א אמר מת או נהרג וראיתי אחרי כן והכרתיו היטב בטב"ע וראיתי שמת נאמן דהוי כאלו אמר קברתיו ולפ"מ שהביא הב"ש ס"ק קנ"ד ד' הצ"צ סי' פ"ח דבעינן שיאמר הכרתיו יפה היינו הסתכלות ברורה דכיון שראהו מת בתום המלחמה שאין שם פחד א"צ וקברתיו וגם טלטול והזזה, וכן נראה דעת השואל בתשו' הריב"ש סי' שע"ט בשי' הרי"ף בהא דאשתמודענא דלאחר שהעלוהו מן המים דהוי כלאחר המלחמה סגי בהכרה ואחרי שהי' בנ"ד הפסק המלחמה די בזה אולם הרב הנ"ל מפקפק בזה אם הי' ההכרה וההסתכלות בקירוב כמש"כ הצ"צ ועל כן צירף בזה יסוד שני להיתר האומדנות שמת במלחמה ושנאבד זכרו כמש"כ התה"ד בפסקיו סי' קל"ט וה"נ רוב הגדוד הטאמבאווי נהרגו והעד ראה אותו בשעה הראשונה מול האויב במלחמה וזה כמה שנאבד זכרו ומשום שמא נפל בו מום וערק לעלמא משום כיסופא ל"ש בזה דלכבוד יחשב אם נפצע במלחמה ואילו חי הי' איזה ידיעה מאתו וע"י צירוף האומדנות ראוי להתירה

לכתחילה והאריך בזה הרה"ג הנ"ל בקונטרסו, והנה בצירוף האומדנות לכאורה ע"א במלחמה כמים שאל"ס דמי וכמו שאמרו בש"ס והא מים כמלחמה דמי ובשאל"ס דעת הר"א מוורדין בנאבד זכרו וצירוף האומדנות להתיר לכתחילה אבל הלא כבר חלקו עליו גדולי המורים כמבואר בב"י ושארי פוסקים א"כ ה"נ בע"א במלחמה, ולא עוד אלא שי"ל דגם הר"א מוורדין דמקיל במים שאל"ס בנאבד זכרו שאני התם דמה שמחמירים במים שאל"ס משום מיעוט הנמלטים ואפילו בגברא רבה דקלא אית להו מ"מ בנאבד זכרו הוי מיעוטא דמיעוטא שאינו מצוי שיהי' נמלט ויאבד זכרו ולהכי מקיל לכתחילה. אבל בחשש בדדמי שזהו חסרון מצד העדות די"ל שטעה ונדמה לו שנהרג ואין עדות מדרבנן להתירה לכתחילה א"כ מנ"ל שיועיל צירוף אומדנות ונאבד זכרו להתירה ועי' בתשו' הרא"ם סי' ט"ז הובא בכ"מ בפי"ג מהל' גירושין הל' א' דבחשש בדדמי חמירא ממים שאל"ס יעוי"ש.

ובדברי הרמב"ם מפורש דלא מהני אבד זכרו ואומדנות מוכיחות בע"א במלחמה כמש"כ בפ"ד מה' נחלות הל' ז' מי שטבע במים שאל"ס כו' ואמרו שאבד זכרו כו' או שנדקר במלחמה ומת כו' וכיוצא בהם אם אבד זכרו אח"כ יורדין לנחלה ע"י עדות זה אע"פ שאין משיאין את אשתו שלא החמירו כו' הרי מפורש דבעדות שנדקר במלחמה ואבד זכרו לא מהני להנשא לכתחילה, וכמו שלא מהני במים שאל"ס, ולכאורה הרי ננעלו שערי ההיתר דמצד הכרה והסתכלות יפה בקירוב כמש"כ הצ"צ לפרש דברי הרמ"א מסופק הדבר אם הי' הסתכלות יפה בנ"ד ומצד האומדנות הא לא קי"ל כשי' הר"א מוורדין וכמפורש בד' הרמב"ם דחיישינן בזה לבדדמי.

אולם התבוננתי בזה לחזק היסודות באופן אחר ואשוב ליסוד היתר הראשון ד' הרמ"א בסי' י"ז סעיף נ', והנה הרב ר' מאיר באסאן נ"י חושב שהאמת בזה מש"כ הצ"צ בס' פ"ח לפרש דדוקא היכא שנתקרב אליו לראותו ולהכיר בהסתכלות שהוא מת דזהו כקברתיו, ובאמת גם הצ"צ שם ספוקי מספק"ל בזה וכתב דאפשר דאיכא בדדמי ובתוך דבריו כתב ואם יחלוק החולק ע"ז כיון שהמרדכי כתב בסתם אם מצא אותו הרוג אח"כ לא חיישינן בדדמי על ההריגה עכ"פ צריך שיאמר והכרתיו יפה יעוי"ש ובאמת מקור ד' הרמ"א במרדכי אינו מבואר דקדוק של התקרבות והסתכלות, וכבר העיר בזה בשו"ת בית אפרים חאהע"ז ס"י ל"ג וכתב דמש"כ המרדכי הכרתיו אין באמת ענין לקברתיו אלא דהכרה בעינן מחשש בדדמי בצורה אבל העיקר בדבר שמציאת מת או הרוג אינו מביא לידי חשש בדדמי כיון שהי' אחרי כלות המלחמה ויש שהות לראותו ואין בהלות מלחמה לא מספקינן כלל שמא לא נתברר לו שמת ואומר בדדמי ונאמן כמו במת על

מטתו ואין חשש בדדמי רק מי שמעיד שהי' בשעת הריגה, וכונת הרמ"א גם אם ראה ההריגה כיון שמצאו אח"כ מת והכירו שאין כאן בדדמי של צורה די בזה להתיר והח"מ ציין שם לד' תשו' הראנ"ח סי' ע"ה שהעתיק בתק"ע ס"ק קפ"ט באומר ראיתיו מת מושכב לארץ עדיין לא הגיע לגבול הזזה ולא הוי כקברתיו דעת המרדכי והרמ"א אינו כן אלא כל שמעיד שראהו מת אין לנו לחוש יותר, ועיקר כונת המרדכי דרק על הריגה עצמה דאתי למיטעי דחזי דמחו לי' בגירא וסבר שהוא נהרג יעו"ש בבית אפרים שהאריך בזה ועי' בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' כ"ט שכתב ג"כ סברא זו יעוי"ש ולכאורה י"ל מדהתוס' יבמות דקי"ד בד"ה זמנין דאשה יראה לעמוד שם מפני שזורקים אבנים ומשמע שם שאם היא עומדת שם וממתנת עד שימות מהני ולא נימא לחוש שכסבורה היא שמת ובאמת עבדי ליה סמטרא וחיי על כן אם היא עומדת אח"כ וראתה לא חיישינן להכי ויש לדחות דאשה שאני דכל שאינה יראה ממתנת עד שיתברר לה הדבר וכמש"כ בתשו' הרשב"א תולדות אדם סי' ל"ב לחלק דדוקא באשתו שאינה נפרדת כל שאינה יראה ממתנת משא"כ באינש דעלמא והובא בקהלת יעקב סי' י"ז ובפ"ת ס"ק קל"ח.

וזה נראה שי' הרי"ף דלכשהעלוהו מן המים ואשתמודענא סגי ולא בעינן קברתיו דעצם ראית הטביעה הוי כראית ההריגה אבל מציאות הנטבע לכשהעלוהו מן המים הוי כמציאת ההרוג ולא חיישינן בדדמי ולא בעינן קברתיו וכ"כ בשו"ת תפארת צבי, וא"כ אין כאן בנ"ד חשש בדדמי שלא מת כיון שהי' הפסקה במלחמה והשבוי הי' בידי האויב וכמבואר במרדכי דאפילו בשעת מלחמה אם ראהו הרוג אחרי כן לא חיישינן לבדדמי שלא מת ולא בעינן הסתכלות יפה רק שאומר שהכירו היטב וכיון דבנ"ד שלא ראה ההריגה וראהו אחרי כן ב' פעמים כפי הגב"ע והכירו יפה ואין כאן חשש בדדמי של צורה הרי לשי' המרדכי המובא ברמ"א וח"מ שם אין כאן חשש בדדמי כלל.

ב

והנה בשי' הר"א מוורדין שמקיל במים שאל"ס אם נאבד זכרו שנסתפקתי אם גם בחשש בדדמי שזהו חסרון בגוף העדות יש להקל בנאבד זכרו דאפשר דבדדמי חמירא, נראה דמגוף הדין מוכרע דלא חמירא בדדמי ממים שאל"ס דהא הרא"ש מביא בשם הראב"ד דע"א במלחמה לא בעי מת וקברתיו ומנסבה לה לכתחילה ודייק לה מעובדא דחסא בדקכ"א דאינסבא אפומא דחד סהדא דאמר מאן איכא בי חסא טבע חסא ולא אפקוה אפילו במים שאל"ס אלמא במים שיש להם סוף אפילו לכתחילה מנסבין לה ואפילו לא אמר קברתיו, והרא"ש כתב על זה ואינו נ"ל ראי' זו דמים שיל"ס לא דמי למלחמה דל"ש לומר בדדמי כיון דעומד ורואה כל סביבות המים ושהה כדי שתצא נפשו ודאי

מת, ולכאורה תמוה דהא עובדא דחסא היה במים שאין להם סוף ואיכא בדדמי שמא לא ראה עד שתצא נפשו ואפילו בדיעבד תצא וצ"ל דלענין חשש בדדמי דאמד"ר בדיעבד לא תצא כדקי"ל הכי וזהו באמת יסוד ד' הרמב"ם דרק לכתחילה לא תנשא וכ"כ הלח"מ בפי"ג מהל' גירושין הל' י"ט יעוישה"ט וע"ע בשו"ת שאג"א החדשות סי' י"א ועי' בחי' הרמב"ן ליבמות שם שכ' הלכך איפשיט בעיין. מעובדא דחסא אלא דאיכ"ל דבמשיל"ס אין אדם טועה לומר משטבע שוב אינו עילה אלא ממתין עד שתצא נפשו אבל במים שאל"ס הוא דאיכא למימר הכי הילכך בעובדא דחסא כיון דכי ניסת עשאוה כמים שיש להם סוף ע"א נמי מהימן בה דלא חיישינן לבדדמי ואמרינן אפשר הוא דמששהה כשת"נ לא עלה עכ"ל, וצ"ל בכונת הרמב"ן אע"ג דבמים שאל"ס בודאי איכא בדדמי שמא לא שהה עד שת"נ מ"מ בדיעבד עשאוה כמים שיש להם סוף היינו דחשש בדדמי אינו אלא לכתחילה ובדיעבד לא תצא דאין לומר בכונת הרמב"ן דמים שאל"ס קילא דעשאוהו כמים שילה"ס דא"כ האיך פשיט מיני' בע"א במלחמה. ולפי זה במים שאל"ס דאיכא בדדמי בודאי מ"מ אמרו שם ביבמות קכ"א איכא דאמרי אנסבה ר"נ לדביתהו אמר חסא גברא רבא איתי' אם איתא דסליק קלא אית לי' למילתא והא ניהו דמצד מים שאל"ס אין חשש מ"מ הא איכא בע"א בדדמי ושמא לא ראה זמן שהי' עד שתצא נפשו, וגם על דברי הראב"ד קשה דלמ"ל לדייק מדיוקא דבמים שיש להם סוף אפילו לכתחילה מנסבא לה תיפ"ל דהא מפורש בש"ס לאיכא דאמרי דאינסבא ר"נ לדביתהו לכתחילה ועכצ"ל דאין ראי', מזה דכמו דמשום סברא דאם איתא דנפיק קלא אית לי' למילתא מתירין להנשא לכתחילה מצד דין מים שאל"ס להך לישנא מה"ט מתירין ג"כ לכתחילה משום חשש בדדמי דלא חמיר דין בדדמי מדין מים שאל"ס וכל דבמים שאל"ס מותרת גם בדדמי מותרת לכתחילה, ולפי"ז גם בדין דאבד זכרו דמתיר הר"א מוורדין במים שאל"ס ה"ה בנדון בדדמי לא חמירא ממים שאל"ס ואם נאבד זכרו בע"א במלחמה בלא קברתיו מותרת להנשא.

ויש לעשות סמוכין לזה מיבמות דקט"ו דמייתי ראי' דע"א במלחמה מהני ממעשה דשני ת"ח שהיו באים עם אבא יוסף בן סימאי בספינה וטבעה והשיא רבי נשותיהן על פי נשים והא מים כמלחמה דמי ונשים אפילו מאה כחד דמיין כו' ותסברא והא מים שאל"ס הוא ומים שאל"ס אשתו אסורה כו' ולכאורה מאי מקשה כ"כ בפשיטות דהא י"ל דלהכי התיר רבי דשני ת"ח קלא אית להו כאיכא דאמרי ביבמות דקכ"א דחסא גברא רבא ואם איתא דסליק קלא אית לה למילתא וכן שם קכ"א אמר רב אשי הני מילי באינש דעלמא אבל צורבא מדרבנן לא אי איתא דסליק קלא אית ליה וכבר הרגישו בזה, ולמש"כ י"ל

דס"ל להש"ס בפשיטות דאם איתא דס"ל כהך לישנא דצורבא מדרבנן קלא אית להו ומהני להתיר במשאל"ס מה"ט גם לענין חשש בדדמי ראוי שיועיל ומאי מייתי ראי' ממה שהתיר רבי נשותיהן דבע"א לא אמרינן בדדמי דילמא להכי התיר רבי נשותיהן משום דת"ח קלא אית להו ומדמדמי ע"כ דלא מהני דקלא אית להו ולהכי מקשה בפשיטות דהא משאל"ס אשתו אסורה.

אולם לשי' הרי"ף והרמב"ם לדידהו הא דמספק"ל להש"ס בקברתיו משום חשש דמשקר ומייתי ראי' מהא דהשיא רבי נשותיהן על פי נשים דע"א נאמן דלא משקר דמים כמלחמה דמי ולפי דבריהם יקשה דמאי מקשה ותסברא דמים שאל"ס אשתו אסורה דהא י"ל דמשאל"ס בצורבא מדרבנן מותרת מ"מ שפיר מייתי ראי' דאינו משקר דאי משקר העד לא מהני גם באשת ת"ח דקלא אית להו דלחשש דמשקר ואינו נאמן בודאי לא מהני אומדנא דקלא אית להו וצ"ל דס"ל להך ותסברא כפי המסקנא דגם בגברא רבה אשתו אסורה וההו"א דס"ל דאין איסור משום מים שאל"ס דס"ל דבצורבא מדרבנן דקלא אית להו שרי וכ"כ החת"ס חאהע"ז.

ג

ובזה יתישב שי' הרי"ף ממה שהקשה הרא"ש על שי' הרי"ף דס"ל דגם בשני עדים חיישינן לבדדמי מהא דמקשה הש"ס והא מאה נשים כחד דמיין דמשמע דאלו הוה ב' עדים כשרים היתה מותרת להנשא הא גם בב' עדים חיישינן בדדמי וביאור ד' הרא"ש דאף דלשי' הרי"ף האיבעי משום משקר ובב' עדים ל"ש משקר מ"מ גבי בדדמי איכא היכא דלא אמר קברתיו ועכ"פ לכתחילה אסורה להנשא ומדקאמר הש"ס דמאה נשים כחד דמיין מבואר דבב' עדים מותרת להנשא לכתחילה והא גם בב' עדים איכא בדדמי, ולמש"כ דלפי ההו"א דס"ל דמשאל"ס באשת צורבא מרבנן מותרת משום דאם איתא דנפיק קלא אית להו מותרת לכתחילה וא"כ גם לענין חשש בדדמי אין כאן איסור לכתחילה ולהכי בב' עדים אף דחיישינן לבדדמי מ"מ לא חמיר ממים שאל"ס דהיכא דאיכא אומדנא דקלא אית להו מותרת ולהכי בב' עדים ראוי להתירן לכתחילה, ובזה י"ל ג"כ קושית הרשב"א על הרי"ף שמפרש האיבעי בקברתיו ופשיט מב' ת"ח לפי ההו"א דס"ל דלא העלוהו ובלא קברתיו לא קא מיבע"ל ולפמש"כ הא דבלא קברתיו לא איבע"ל דאפי"ת דע"א נאמן משום מילתא דעבידא לאיגלוי לא משקר מ"מ בלא קברתיו איכא בדדמי והא בצורבא מרבנן לפי ההו"א דמים שאל"ס מותר לא חיישינן לבדדמי כמש"כ והרא"ש דלא נחית להכי באמת ד' הרא"ש תמוהים בל"ז כמו שתמה בשו"ת שאג"א החדשות דלפי שיטתו דבמים שיש להם סוף ל"ש בדדמי כמו שהשיג על הראב"ד א"כ

לפי הס"ד דבמים שיש להם סוף הוה ול"ש בדדמי כלל ורק דהגמ' מוכיח דמאה נשים כחד דמי ולא משקר אבל בב' עדים דלא משקרי ובדדמי ליכא במים שיש להם סוף א"כ מאי תמה הרא"ש על הרי"ף וזהו תמיה גדולה, וצ"ל בשי' הרא"ש דמפרש לפי הס"ד כמש"כ בשו"ת קהלת יעקב סי' ח' על פי הירושלמי אמר ר' אבוה שאם הים גליני דהיינו שאין בו גלים הטורדים ומונעים מלראות וראה שאין שם ברי' בודאי מת הוא וע"כ לפי הס"ד ס"ל שטבעה הספינה לא מחמת רוחות וגלים הטורדים רק מסבה אחרת אולי ניקבה הספינה ונשקעה והים הי' שקט מותר לפירוש הירושלמי וכן הי' ס"ל לפי הס"ד דכל מקום שאין גלי הים אין לו דין מים שאל"ס לענין זה, מ"מ בחשש בדדמי בים הגדול איכא כיון שחושב שבודאי יטבע ולא יעלה בכה"ג אינו שוהה עד שתצא נפשו, ולפ"ז הקשה הרא"ש לשי' הרי"ף דגם בב' עדים איכא בדדמי א"כ מאי קאמר והא מאה נשים כחד דמין הא אפילו בב' עדים איכא בדדמי, אבל בשי' הרי"ף י"ל כמש"כ דלפי הס"ד ס"ל דבצורבא מרבנן מותר במים שאל"ס לכתחילה וגם בדדמי ליכא, ולפי"ז משי' הרי"ף סייעתא דדין דבדדמי לא חמיר ממים שאל"ס וכל היכא דבמים שאל"ס מותר גם בדדמי מותר לכתחילה.

גם לשי' הרמב"ם לפי דעת הה"מ בפי"ג מהל' גירושין דס"ל דלא כהרי"ף דבתרי ליכא בדדמי ולפמש"כ הפוסקים דבב' פסולים כיון דאין להם נאמנות מדין תורה איכא גם בדדמי א"כ לפי שי' הרמב"ם קשה דפשיט מב' ת"ח שהתיר רבי נשותיהן ניהו דלא משקרי מ"מ חשש בדדמי הא איכא לכתחילה ובזה א"ש דלפי ההו"א דס"ל דמשאל"ס מותר בצורבא מרבנן ליכא חשש בדדמי (ולא הבנתי מה שתמהו המהרח"ש ושארי אחרונים ע"ד הסוברים בב' פסולים ליכא בדדמי מראית הרא"ש מסוגין דמאה נשים כחד דמיין משמע אי הוי כשני עדים לא אמרינן בדדמי ומבואר דמאה נשים כחד דמיין ואיכא בדדמי וע' ב"ש ס"ק קנ"ג ולק"מ דניהו דבב' פסולים ליכא בדדמי מ"מ מקשה הש"ס לשי' הרי"ף שפיר דניהו דליכא בדדמי מ"מ מאה נשים כחד דמין ומשקר ופשיט האיבעי דלא משקר ומשום בדדמי לא חיישינן לפי שיש ב' פסולים ואדרבה סייעתא מזה דבב' פסולים ליכא בדדמי והרא"ש מדייק שפיר מדהג"מ דאלו הי' ב' עדים כשרים היתה מותרת לכתחילה והא לשי' הרי"ף גם בב' עדים איכא בדדמי שו"מ בשו"ת גבעת פנחס להפלאה שהביא באמת ראי' מזה דבב' פסולים ליכא בדדמי יעו"ש] עכ"פ הרי נתבאר מד' הראב"ד והרא"ש דמוכח בפירוש דכל דבמים שאל"ס מותר בצורבא מרבנן גם בדדמי ליכא.

ד

וכל זה לשי' הר"א מוורדין, אבל גדולי המורים חולקים עליו כמבואר בב"י סי' י"ז ובדברי הרמב"ם בהל' נחלות כמשכ"ל באות א' ונראה לצדד בזה צירוף מה שנאבד זכרו מטעם אחר והנה ביסוד חשש בדדמי נראה דאעפ"י שאם גם נדמה לו וטעה בעדותו שהעיד שראה שנדקר במלחמה דהוא מרובן למיתה וגם שנאבד זכרו כמבואר ברמב"ם דכל הני דיורדין לנחלה ואם גם לא העיד שמת היתה אסורה רק מדרבנן כמו במים שאל"ס ובנדקר במלחמה ונאבד זכרו מ"מ אם העיד העד שמת חיישינן גם לבדדמי לכתחילה מבואר דגם כל היכא דעיקר החשש אינו אלא מדרבנן מ"מ חוששין לבדדמי לכתחילה וע"ע באהע"ז סי' י"ז סעיף ל"ג ע"א אמר כו' או שטבע בים הגדול ומת כו' אם אמר קברתיו נאמן ותנשא ואם לא אמר קברתיו לא תנשא כו' ועי' בח"מ שם דמפרש קברתיו באופן שלא יהי' חשש בדדמי ויעוי' בתשו' נוב"י סי' כ"ח הובא בפ"ת שם ס"ק קל"ה ומבואר בדבריהם דכל שיש חשש בדדמי אח"כ אע"פ דע"י עדות הטביעה גם בע"א אם ניסת לא תצא מ"מ בעינן אח"כ שלא יהי' בעדות הכרה חשש בדדמי.

וכן נראה מד' הרא"ש והטור שמצריכים גם בראו הטביעה סימנים מובהקים או סימנים עם טב"ע ולא אמרינן כיון שראו הטביעה ואין כאן אלא איסור דרבנן תיסגי טב"ע גרידא ולא נחוש לבדדמי, ונראה בטעם הדבר דהא דהחמירו באמת בדדמי אף בדין דלכתחילה משום דכיון דגוף עדות ע"א אאמד"ר לא האמינו בזה היכא דאיכא חשש בדדמי, ואפילו אי נימא דע"א בעד מיתה נאמן מה"ת משום מילתא דעבידא לאיגלוי מ"מ כיון דאפילו אם יתבדה יאמר שהוא בדדמי, ומ"מ אין זה אלא בדין דלכתחילה אבל בדין דיעבד כמו במשאל"ס אם ניסת לא תצא כמש"כ הברית אברהם סי' כ"א והאריך בזה והובא בפ"ת ס"ק קל"ט דאין חסרין בהנאמנות וה"נ צ"ל לענין בדדמי שאין זה חסרון בעצם הנאמנות לענין דיעבד, מ"מ לענין לכתחילה החמירו בזה כיון דהוי דשב"ע ואין דשב"ע פחות משנים ונאמן רק מצירוף סברא דעל"ג או מדרבנן ולהכי החמירו בדדמי ולהכי בב' עדים ס"ל להרמב"ן החולק על הרי"ף וכדקי"ל כן להלכה דאין בהו חשש בדדמי כיון דנאמנים מן הדין בלי שום צירוף סברא דעל"ג ולא מטעם דבשנים ליכא בדדמי דהא כתבו הפוסקים דבשני פסולים איכא בדדמי, וכל זה היכא דעיקר העדות היא עפ"י עדות ע"א ועדות נשים אבל אם העידו ב' עדים כשרים על א' שנטבע בים הגדול במים שאל"ס וכבר יצאה האשה זו ע"י מחזקת א"א מן התורה ואח"כ העיד ע"א שהכירו בטב"ע בזה יש לדון למש"כ המהרי"ק בשו"ת סי' ע"ב דהא דאין דשב"ע פחות שנים הוא דוקא גם באיתחזק איסורא וכ"ה שיטת כמה ראשונים דבדבר שבערוה ולא איתחזק איסורא נאמן ע"א כמו

בשארי איסורים וכיון דנאמן מדינא כמו באיסורים דינו כמו בשנים דלא חיישינן בדדמי וכיון שהיו עדי טביעה וכבר יצתה מחזקת איסור א"א ע"י העדים ובדשב"ע בלא איתחזק הא מהימן ע"א כמו באיסורים מדינא ולא החמירו בזה בדדמי.

ה

והנה במלחמה אי דמי לעיר שכבשוה כרכום כבר דן בזה בשו"ת ברית אברהם חאה"ע סי' ס"ח והאריך בזה דלא דמי לכבשוה כרכום דדנים לגבי האנשים שבתוך העיר אבל היוצא למלחמה לנצח ולהנצח והארץ רחבת ידים לפניהם לברוח אין אנו אומרים שרובם לאבד והוכיח כן מגוף האיבעי דע"א במלחמה לשי' המהרי"ק שם וכ"נ מקושית התוס' והרשב"א ביבמות דקט"ו בהחזיקה היא מלחמה דהא הוי מגו במקום חזקה ודוקא בהקיפוה כרכום אמרינן דאין להם חזקת חיים אבל סתם מלחמה לא איתרע חזקת א"א, וכל זה בסתם מלחמה דלא איתרע חזקת חיים וחזקת א"א משא"כ בידוע לנו גדוד הטאמבאווי שהלכו רובן לאבד ושנהרגו רוב הגדוד וגם אבד זכרו מתחילה ומבואר בשי' הרמב"ם דכל דרובן לאבד ואבד זכרו הרי זה אסורה רק מדרבנן ועי' בתשו' קהלת יעקב שחתר להביא מקור לד' הרמב"ם מב"ב דקנ"ג שאין אנו צריכים לבקש עדות אחרות ואמרינן שמת מחולי זה וכן בספינה שרובן לאבד יעו"ש ועכ"פ גם אם נימא כשי' הריב"ש דגם בדיעבד אם ניסת תצא מ"מ ס"ל להרבה מגדולי האחרונים דאינו אלא מדרבנן ותצא מדרבנן, וגם לשי' הריב"ש לא עדיף רובא מב' חזקות חזקת חיים וחזקת א"א ונותנים עליו ספק חומרי חיים וחומרי מתים, אבל החזקות כבר השתמשו בזה נגד הרוב והוי ספק השקול דנאמן ע"א מדינא ועי' בפנ"י קידושין פ' האומר ובנובי"ק סי' ל"א וס"ט ובתשו' רעק"א סי' קכ"ד שהעלו דבחזקה דאיתרע נאמן ע"א ומכש"כ היכא דאיתרע ע"י רובא דנאמן ובנ"ד כיון דקודם העדאת העד נודע לנו שהי' במלחמה בגדוד הטמבאוי ונתקבלו מכתבים מאתו ואחרי כן נאבד זכרו וידוע שרוב בני הגדוד הנ"ל נהרגו הרי איתרע חזקתו בודאי והוי כדבר שבערוה בלא איתחזק דנאמן לשי' כמה ראשונים מן הדין כמו באיסורין ול"ח לבדדמי.

וגדולה מזו הי' נ"ל לחדש דבסתם מלחמה שאבד זכרו אע"פ דבמלחמה גרידא בודאי אין ע"א נאמן משום בדדמי משום דע"י מלחמה לא איתרע חזקת חיים וחזקת א"א כמשכ"ל אבל בנאבד זכרו דמבואר בד' הרמב"ם דבצירוף סימנים מהני לנחלה דס"ל דאומדנא דאבד זכרו מהני למשוי סימן מובהק וכן לכל הני שמנה הרמב"ם א"כ מה"ט נראה דמלחמה ואבד זכרו ביחד הוי אומדנא גדולה שמת ואיתרע עי"ז דחזקת חיים וחזקת א"א ומה שמבואר בד' הרמב"ם דלא מהני אבד זכרו להשיא אשה נראה דשכל הרמב"ם

את לשונו הזהב וכתב מי שטבע במים שאל"ס ובאו עדים שטבע בפניהם ואמרו שאבד זכרו כו' היינו בעת הגדה הגידו שאבד דבמים שאל"ס לא מהני מצד מיעוט נמלטים אפילו באבד זכרו ואח"כ כתב וכן אם באו עדים שנפל לגוב אריות ונמרים כו' או שנדקר במלחמה ומת כו' בכל הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרו אחרי כן יורדין לנחלה אע"פ שאין משיאין אשתו כו' הרי דבאלו דקדק וכתב אם אבד זכרו אחרי כן דאלו אבד זכרו קודם שהעיד העד כיון שהי' במלחמה ואבד זכרו ואיתרע חזקתו ונאמן מדינא שוב לא חיישינן בדדמי אבל אם העיד העד קודם שאבד זכרו הרי העיד נגד החזקה שאין ע"א נאמן ואע"פ דאיתרע חזקתו אחרי כן, מ"מ בעדות העיקר משגחינן בשעת הגדה כיון דבאותה שעה הוי דשב"ע או איתחזק לא מהימן אחרי כן אולם גם אם נניח בפשטות לשון הרמב"ם דבכל גווני לא מהני אבד זכרו וחיישינן בדדמי י"ל דהא מפשטות ד' הרמב"ם נראה כשי' הרי"ף רבו דגם בב' עדים אמרינן בדדמי כמש"כ אם באו עדים כו' או שנדקר במלחמה ומת וכמו שהרגיש בזה הלח"מ, ובודאי לשי' הרי"ף דגם בב' עדים שנאמנים מן הדין החמירו בדדמי ואין חילוק בזה ואפילו היכא שנאמנים מן הדין החמירו משום חומר ערוה מכש"כ בע"א היכא דלא איתחזק דחיישינן בדדמי אבל למאי דקי"ל בזה דלא כהרי"ף דבב' עדים לא חיישינן בדדמי דנאמן מן הדין ה"ה בע"א היכא דנאמן מן הדין לא החמירו, אולם גם אם נניח בשי' הרמב"ם דבב' עדים לא חיישינן בדדמי מ"מ אין הכרח מדברי הרמב"ם די"ל דס"ל דדשב"ע ולא אתחזק לא מהימן ולהכי אף בכל אלו דאיתרע חזקת חיים וחזקת ח"א מ"מ לא מהימן בדשב"ע בלא איתחזק, אבל לשי' הקדמונים דס"ל דדשב"ע ולא איתחזק ע"א נאמן יש לו דין ב' עדים דנאמן מן הדין כמו באיסורין אלא דדבר זה צ"ע אם צירוף דאבד זכרו בסתם מלחמה מרע לחזקת חיים דאפשר דדוקא באלו שרובן למיתה הוי צירוף דאבד זכרו ולא כן בסתם מלחמה וצ"ע.

1

ולפמש"כ נתחזקו יסודות ההיתר בנ"ד שי' המרדכי המובא ברמ"א סי' י"ז סעיף נ' דאפילו בשעת מלחמה אם ראה הרוג אחרי כן והכירו יפה דדי בזה למנוע חשש בדדמי של צורה וגם נתבאר יסוד היתר השני שי' הר"א מוורדין באבד זכרו דכמו שהתיר במים שאל"ס כן לדעתו יש להתיר בע"א במלחמה בחשש בדדמי דלא חמירא ממים שאל"ס, ואף שרבו החולקים עליו מ"מ יש לצרפו לסניף והוי כס"ס בפלוגתא דרבוותא והא הרבה פוסקים חולקים ע"ד הרי"ף והרמב"ן ולא בעי קברתיו כלל בע"א במלחמה רק שחששו לעמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם והא לדעת המרדכי מודים בזה במצאו הרוג וגם שנאבד זכרו, ואם כי הרבה חשו לבלי להתיר בעגונה משום ס"ס מצד דחז"א

ל"ש בפלוגתא דרבוותא כמש"כ המל"מ והפמ"ג דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין וגם דאיכא ג' ספיקות שיטת רוב הראשונים דבע"א במלחמה לא בעינן קברתיו ושי' המרדכי והר"א מוורדין דלד' הש"ך מהני בג' ספיקות גם בחזקת איסור, ועוד דהא כיון דעיקר דין בדדמי אינו אלא לכתחילה ובדיעבד לא תצא ול"ש לאוקמי בח' איסור, ואף דמוכח מכמה מקומות דהיכא דיצתה מאיסור דאורייתא בודאי ונשאר איסור דרבנן ג"כ מוקמינן בח' איסור זה אינו רק באיסור דרבנן ודאי אבל בזה שאינו אלא איסור לכתחלה בדיעבד לא תצא ול"ש לאוקמי' אחזקתו שהי' מקודם דהא אם ניסת לא תצא, ובפרט למש"כ לצדד לסניף דהיכא דקודם העדאת העד איתרע חזקת חיים לא חיישינן לבדדמי וה"נ כיון שכבר נודע קודם העדאת העד דרוב בני הגדוד הטמבאווי נהרגו איתרע חזקתו ולשי' הרבה מקדמונים דשב"ע בלא איתחזק מהימן ולא חיישינן לבדדמי.

אולם אם נאמר לעיקר להקל בנ"ד רק בצירוף שי' הר"א מוורדין הנה זמן אבד זכרו קבעו האחרונים לי"ב חדש וכ"ז בזמן שהשנים כתיקונן אבל כעת בימי המלחמה והאנדרלמוסיא שמדינות מתגרות ונבדלות זו מזו ואי אפשר שתגיע איזו ידיעה ממדינה למדינה ל"ש לומר אבד זכרו רק לכשתכלה המלחמה לגמרי ויתחדשו ארחות הפאסט והטעלגראף ולא יהי' שום ידיעה יש לצרף לסמוך לשי' הר"א מוורדין להקל באבד זכרו וכמש"כ החת"ס אה"ע סי' נ"ח וס"ה להקל בזמן הזה, ואחרי שהוא מקום עגון גדול וכל הענין של חשש בדדמי א"א מדרבנן לכתחילה ראוי להקל בזה [ועי' בשו"ת חוט המשולש סי' ח' להגר"ח מוולאזין מש"כ להגאון בעל מנחת אהרן דכיון דחשש בדדמי חומרא דרבנן בעלמא למה חשש להחמיר כ"כ יעוי"ש], ודעתי נוטה להקל בזה אחרי שנגמר המלחמה ויצורף היתר דאבד זכרו כמשנ"ת, ועל דבר אשר העד לא הגיד רק שם כינויו וועגדארף ולא שמו ושם אביו עי' בקונ' עגונות סי' שס"ו דבשם כינויו סגי ועי' תשו' מהרשד"ם סי' י"ח וכיון שהגיד מסחרו ומלאכתו הקילו בזה ויעוי' בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' קי"ט ובשו"ת לחם רב סי' קל"ח ובקונטרסו של הגאון מוהר"א אלפנדרי ואחרי שהכירו וידע שם משפחתו ומסחרו שהי' וויאזאר ועוד דברים מתאימים ומכוונים די בזה וכמש"כ כמה מספרי האחרונים.

סימן יח

תרמ"ה ווילנא. **בדברי** הרמב"ם בפ"א מה' נערה בתולה, שהעתיק המשנה דר"פ אלו נערות כצורתה.

א

הרמב"ם בפ"א מהל' נערה בתולה הי"א כתב היתה בתולה זו אסורה על האונס או או המפתה אם היתה מחיי"כ כגון אחותו ודודתו או הנדה וכיו"ב כו' ואם לא היתה שם התראה הואיל ואינו חייב מלקות הר"ז משלם קנס עכ"ל, העתיק רבינו מתניתין דר"פ אלו נערות כצורתה ותמוה שזהו נגד סוגיא דסנהדרין דף ע"ג דמקשה הש"ס ורמינהו אלו נערות שיש להם קנס הבא על אחותו דהא ניתן להצילו בנפשו דרודף הוא ומאי דמשני הש"ס דמשעת הראה הוא דאיפגמא ז"א אלא למ"ד דהראה זו נשיקה א"כ למש"פ הרמב"ם בפ"א מהל' איסו"ב דהראה זו הכנסת עטרה א"כ באים כאחד והרמב"ם השמיט כל האוקימתות דש"ס וכבר הרגיש בזה השעה"מ בפכ"ד מה' שבת והנוב"י מהדו"ק חאה"ע סי' צ"ה יעו"ש מה שנדחקו בזה דשי' הרמב"ם כשי' הי"מ דקנס אי"ת בהראה.

והנראה בשיטת הרמב"ם דלכאורה ק"ל במאי דקאמר הש"ס בסנהדרין אלא למ"ד הראה זו הכנסת עטרה מאי איכ"ל היינו דלדידי' החיוב מיתה והחיוב ממון באים כאחד והא גם לדידי' אינם באים כאחד דעיקר חיוב מיתה של רודף לאו משום עונש עבירה של הרודף דהא קטן הרודף ניתן להצילו בנפשו אע"ג דלאו בר עונש הוא אלא דהעיקר להציל את הנרדף מהריגה או מפגם בדמו של רודף וזהו קודם עשית העבירה אבל כיון שהרג או שפגם כבר נפטר וניצל מידי חיובו ומה שניתן להצילו בנפשו הוא רק כדי להציל את הנרדף קודם שעשה המעשה וא"כ בעת פעולת העבירה אינו עוד בר חיוב וכל חיובו הוא קודם עשית מעשה העבירה להציל הנרדף או מפגם, והנה חיוב ממון דקנס אינו מחויב מתחלה רק עבור מעשה הביאה וא"כ אכתי אינם באים כאחד דחיוב מיתה בא על קודם עשית העבירה והחיוב ממון בא רק על עצם המעשה וכמו דלמ"ד הראה זו נשיקה משעת הראה איפטר לה מקטלא ה"נ למ"ד הראה זו הכנסת עטרה ג"כ קודם הכנ"ע נתחייב מיתה ובשעת הכנסה אין עוד חיוב מיתה עליו ומאי מקשה הש"ס ולשי' הריצב"א בכתובות ד"ל בתוד"ה לא צריכא דחשוב באים כאחד אע"פ שאינם כאחד ממש א"ש אבל לשארי התירוצים קשה.

ונראה בישוב הדבר עפ"י המבואר בכתובות ל"א בזרק חץ מתחלת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו פטור שעקירה צורך הנחה וה"נ במעביר סכין ברה"ר וקרע שיראין בהליכתו פטור להך לישנא דאמר לפי שא"א להנחה בלי עקירה והסברא לפי שא"א בלא עקירה ונמצא שבכה"ג שא"א לבא לידי חיוב מיתה בלא עקירה חשוב מעשה אחד עם חיוב הממון שבו בעקירה הואיל שהעקירה הוא חלק מהחיוב מיתה וא"א בלעדו וה"נ

י"ל היכא דהחיוב ממון בא אחר החיוב מיתה מ"מ הואיל והתחלת מעשה של חיוב בא בחיוב מיתה וא"א לגמר חיוב ממון בלא התחלת המיתה חשוב ג"כ חדא מעשה ולהכי א"ש מאי דמקשה למ"ד הראה זו הכנ"ע אע"ג דנתחייב מיתה קודם הכנסת עטרה מ"מ כיון דגם התחלת המעשה של הנשיקה היא חלק מהחיוב ממון וא"א לגמור מעשה של הכנ"ע בלי התחלת הראה של נשיקה ולהכי בחדא מעשה חשיבא דכמו דחלק מן התחלת חיוב מיתה פוטר חיוב ממון שבו אעפ"י שלא נתחייב עדנה מיתה כמו עקירה ה"נ פוטר החיוב מיתה של חלק התחלת המעשה של חיוב ממון כיון שא"א לבוא לידי חיוב ממון בלי התחלה זו.

ועפי"ז מיושב ג"כ דעת הי"מ שם דס"ל דקנס אי"ח רק בגמ"ב ומ"מ מקשה הש"ס שפיר למ"ד הראה זו הכנ"ע דאע"ג שאינם באים כאחד דקנס אי"ח רק דגמ"ב מ"מ כיון דחיוב ממון אי אפשר לבוא בלי חיוב מיתה הקודמת והכנ"ע הוה חלק מהתחלת חיוב ממון כחדא מעשה חשיבא ובאים כאחד ועי' בדו"ח בכתובות (ושי' התוס' דמקשים על היש מפרשים נראה דס"ל דלא דמי למה שאמרו עקירה צורך הנחה דהעקירה הוי חלק מחיוב הוצאה דשבת ולהכי כיון דא"א להנחה בלא עקירה הוי מעשה אחד משא"כ בחיוב ממון שאין החיוב ממון מורכב מחלקים רק שא"א זה בלא זה ושי' הי"מ דמ"מ חשוב באים כאחד כיון דהתחלה הוי צורך הגמר ואי אפשר שיבוא לידי חיוב ממון בלי התחלה שיש בו חיוב מיתה] ומאי דקאמר הניחא למ"ד הראה זו נשיקה משעת הראה הוא דאיפגמא לה והא מ"מ חדא מעשה חשיבא לפי"ז כיון דבע"כ הרי מחויב מיתה מקודם על הנשיקה נראה דהא באמת כיון דחיוב מיתה מצד רודף הוא וא"כ כיון דלמ"ד הראה זו נשיקה הפגם הוא הנשיקה א"כ החיוב מיתה בא קודם הנשיקה דבשעת נשיקה דאיפגמא לה ובעת עשית העבירה אין עוד דין רודף כמשנ"ת וא"כ החיוב מיתה בא קודם התחלת מעשה חיוב ממון היינו קודם הנשיקה שלא הותחל עדיין המעשה של חיוב ממון בכה"ג אינם באים כאחד כמו בגונב חלבו של חבירו ויעו"ש באס"ז דהחילוק בין עקירה והנחה דעקירה הוה התחלת החיוב אבל אכילה שאין החיוב אלא באכילה לבד הלכך לא הותחל האיסור עד שעת אכילה נמצא שהחיוב ממון בא לו קודם שהותחל החיוב יעוש"ה, וה"נ למ"ד הראה זו הכנ"ע והחיוב מיתה בא על התחלת המעשה הנשיקה חשוב כחדא מעשה משא"כ למ"ד הראה זו נשיקה ולדידי' החיוב מיתה של רודף על קודם הנשיקה היינו קודם התחלת המעשה של חיוב ממון ואין זה באים כאחד ודמי להגבהה שאין בו התחלת החיוב ושפיר מקשה הש"ס הניחא למ"ד הראה זו נשיקה כו' דלדידי' אינם באים כאחד אבל למ"ד הראה זו הכנ"ע אעפ"י שהחיוב ממון

וחיוב מיתה אינם באים כאחד לשי' הי"מ או גם לשי' התוס' והראשונים דחיוב ממון של קנס בהכנ"ע מ"מ אינם באים כאחד דחיוב ממון בא על עצם המעשה של הכנ"ע וחיוב מיתה הוא על קודם הכנ"ע מ"מ שפיר הוי באים כאחד כמו בזורק חץ ומעביר סכין ברה"ר וקרע שיראין כמשנ"ת, וכ"ז למ"ד דא"א להנחה בלא עקירה אבל למאן דס"ל דא"א לאהדורי המעביר סכין ברה"ר וקרע שיראין חייב הואיל ואפשר לאהדורי ה"נ חשוב אפשר לאהדורי דהא אפשר לפרוש בעת ההתחלה לבלי לבוא לידי חיוב ממון ואין זה חדא מעשה, והנה הה"מ כתב בד' הרמב"ם דמשו"ה השמיט במגרר ויוצא אוקימתא דעומד לפוש כדמשני בכתובות משום דפסק כהך לישנא דאי בעי לאהדורי וללישנא דאיבעי לאהדורי לא פריך מידי כמש"כ התוס' [וע"ע בשעה"מ בפ"ג מה' גניבה מש"כ בזה ולפ"ז דד' הרמב"ם כהך לישנא דאיבעי לאהדורי א"ש מה שמחויב קנס בחיי"כ ולא נפטר מצד רודף דאינם באים כאחד דחיוב מיתה דרודף בא קודם הכנ"ע וחיוב ממון דקנס הוא על אותו מעשה של הכנ"ע וסוגית הש"ס דסנהדרין קאי להך לישנא דא"א לעקירה בלא הנחה כמשנ"ת אבל למ"ד א"א לאהדורי גם למ"ד דס"ל דהעראה זו הכנ"ע ניחא כאמור כ"נ בשי' הרמב"ם.

ב

והנה ברש"י סנהדרין שם פירש משעת העראה קרי לה נבעלה ואיפגמה במקצת ושוב אין מצילין אותה בגמ"ב בנפשו וקנסא לא מיחייבי אלא בגמ"ב כו' עכ"ל ומבואר מפרש"י דבשעת העראה מצילין אותה בנפשו של רודף ולמש"כ צ"ע דהא בשעת העראה שכבר א"א להצילה מפגם א"כ אין עליה עוד דין רודף ונראה מפרש"י דבעת גמר הרדיפה הרציחה או הפגם יש לו דין רודף אע"פ שאי אפשר עוד להצילה ורק לאחר שכבר הרג או פגם אין לו דין רודף ולכאורה יש להוכיח כן מסנהדרין דע"ד ואם אסון יהי' ונתת נפש תחת נפש ואפ"ה אמר רחמנא ואם לא יהי' אסון ענוש יענש דאי אמרת יכול להצילו באחד מאבריו נמי ניתן להצילו בנפשו היכי משכח"ל דיענש כו' והא חיוב דמי ולדות הוא על גמר הכאה והרציחה ואז אזיל לי' דין רודף, אלא דבאמת אין ראי' מזה דהא דמשני דהוי מיתה לזה ותשלומין לזה ע"כ דאין זה רודף מצד האשה דהא כ' התוס' בב"ק דאע"ג דדמי ולדות לבעל מ"מ כיון דהוי גוף אחד חשוב מיתה ותשלומין לאחד, ועכצ"ל דאין זה רודף מצד האשה שלא נתכוין לה אלא דהוי רודף משום שנתכוין לאחר מצד האחר וא"כ בשעה שמכה את האשה לא הוי רודף למי שנתכוין אע"כ צ"ל דמיירי דבשעה שזרק הברזל או החץ נתכוין לאחר ונפל על האשה דבכה"ג על מעשה זריקתו הוי רודף ובמעשה זו נפטר מקלבד"מ כדין רודף וכמש"כ התוס' בב"ק דכ"ב דעל מעשה

אחת בא ונפטר או דצ"ל דכל שלא הפיק זממו הוי רודף גם עכשיו לגבי האחר למי שנתכוין ומוכיח ר"י בן שאול מזה דביכול להצילו באחד מאבריו לא הוי רודף, ונראה בשי' רש"י דלהכי גם בעת הפגם והרציחה הוי רודף דהותר דמו מצד העונש של רדיפתו שנתחייב מיתה בלי ב"ד של כ"ג ומיתתו ביד כל אדם רק אחרי שהרג ואחרי שפגם פסק מאתו דין מיתה ביד כל אדם אבל בעת הפגם והרציחה יש עליו עונש מיתה אע"פ שאי אפשר להציל את הנרדף, ולפי"ז יש ברודף שני דינים להציל את הנרדף בדמו של רודף גם בקטן ובעובר דלאו מטעם עונש וגם בבר עונש מחויב מיתה גם מצד הדין כ"ז שלא כלה רדיפתו לגמרי, אע"פ שאי אפשר להציל את הנרדף.

ובשיטת רש"י יתישב הא דאמרינן ברודף קלבד"מ ולכאורה הא לא מצינו קלבד"מ רק מה שהוא חייב מצד עבירת הלאו אבל הא הרודף ניתן להצילו בנפשו מצד הצלת הנרדף ומנ"ל דגם בכה"ג אמרינן קלבד"מ אולם למש"כ דיש בזה חומר עבירה מצד הרציחה להכי אמרינן קלבד"מ ונפ"מ לפ"ז ברודף ע"י גרמא אע"פ שיש עליו דין רודף כדמוכח בברכות דנ"ח משום הצלת הנרדף מ"מ לא נפטר משום קלבד"מ דעל גרמא אין חיוב מיתה ויתישב בזה מה שראיתי מקשים ממסור דחייב לשלם מצד גרמי והא מסור מורידין ולא מעלין דהוי כרודף וקלבד"מ ולמש"כ א"ש דלא הוי רק גרמא, אולם גם אי נימא דגם בגרמא יש בו דין קלבד"מ משום דסוף סוף ניתן להצילו בנפשו מאיזה טעם שיהי' מ"מ למש"כ א"ש דהא באמת במסור אימת נתחייב ממון בעת שמסר דכבר אזל מאתו דין רודף וכמש"כ הרמב"ם וכמבואר בחו"מ סי' שפ"ח דלאחר שמסר אין עליו חיוב מיתה ורק דלשי' רש"י גם בעת גמר הרדיפה הוי רודף משום דבר מיתה הוא וכל זה בעושה מעשה רציחה בידים אבל בגרמא שאין עליו חיוב מיתה ורק כדי להציל את הנרדף ניתן להצילו בנפשו וכיון דבעת שמוסר אי אפשר עוד להציל את הנרדף וגם דין מיתה אין עליו ולהכי לא אמרינן קלבד"מ, ואפ"ל דמה דס"ל לרש"י דגם בעת הפגימה הוי רודף אע"פ שאי אפשר להצילה הוא רק אליבא דרבנן דר"י בן שאול דאע"פ שיכול להצילו באחד מאבריו ניתן להצילו בנפשו של רודף דהוי רשות גמור להורגו וכמו שפירש"י בסנהדרין דנ"ז ומחויב מיתה מן הדין כל זמן שלא הרגו, ואחר הרציחה פסק מאתו חיוב מיתה דרודף אבל בשעה שעוסק ברציחתו יש עליו דין מיתה [ואינו מחויב לדקדק אם כבר אין בידו להציל את הנרדף כמו שאינו מחויב לדקדק אם יכול להצילו באחד מאבריו], אבל לר"י בן שאול דס"ל דביכול להצילו באחד מאבריו לא ניתן להצילו בנפשו וכל עיקר דין רודף הוא להציל את הנרדף באמת לדידי' היכא דאי אפשר להצילו אין עוד עליו חיוב מיתה כלל ולהכי פרש"י שם לפי ההו"א דקאי לרבנן דגם

בעת הפגימה הוי רודף אבל לפ"מ דמשני כר"י בן שאול גם בעת הפגם כיון דאי אפשר להציל את הנרדף אין עליו דין רודף ומאי דמשני ביכול להצילו באחד מאבריו והא גם בא"י להצילו בא' מאבריו אינם באים כאחד משום דמוקי לכו"ע אף למ"ד דאי אפשר להנחה בלא עקירה כמשכ"ל. ולפ"ז למש"פ הרמב"ם בפ"א מהל' רוצח הי"ג ובכ"מ שם כר"י בן שאול דביכול להצילו באחד מאבריו לא ניתן להצילו בנפשו ועיקר חיוב רודף הוא כדי להציל את הנרדף ולהכי כל שבעת הפגם שאי אפשר להצילה אין עוד עליו דין רודף ואינם באים כאחד ולהכי חייב קנס ובאמת כן נראה פשטות הדברים דבשעה שא"א להציל הנרדף מהריגה או מפגם ל"ש ניתן להצילו בנפשו, ודרש"י צ"ע [וצ"ע בדרש"י סנהדרין דע"ב לפקח עליו את הגל אבל אם בא על עסקי נפשות כיון דניתן להורגו בלא התראה גברא קטלא הוא משעת חתירה יעו"ש, וקשה דכיון דנפל עליו הגל הרי ניצל הנרדף הא אין עליו דין רודף ומה בכך שהי' רודף בשעת חתירה וע"כ צ"ל הא דאמר בגמ' דדמים לו לפקח את הגל בשבת אבל בשאין לו דמים אין לפקח את הגל משום דאפשר דאחרי פיקוח הגל יהפך לרודף, והרמב"ם בסוף הל' גניבה דקדק בלשונו כל גנב שיש לו דמים אם נפל גל בשבת מפקחים עליו ואם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין אבל מי שאין לו דמים ששיבר כלים בביאתו פטור עכ"ל ולא סיים אבל מי שאין לו דמים אין מפקחים עליו את הגל משום דגם דאין לו דמים אם הוא תוך הגל משכח"ל דמפקחים עליו אם אין לנו לחוש שיהפך אח"כ לרודף ורק ביש לו דמים בכל גווני מפקחים עליו את הגל אבל מה שפרש"י בטעמא דמילתא משום דגברא קטלא הוא משעת חתירה צע"ג].

ג

ויש לעשות סמוכין לשי' הרמב"ם דאין על זה דין רודף משום דאינם באים כאחד מכתובות דל"א דמקשה הש"ס בהבא על אחותו ממתניתין דאלו הן הלוקין הבא על אחותו וקיי"ל דאין לוקה ומשלם וק"ל לפ"מ דמסיק בסנהדרין ע"ג דמתניתין דאלו נערות מיירי באופן דאין עליו דין רודף במפותה או דיכול להצילו באחד מאיבריו א"כ הומ"ל דמתניתין דאלו הן הלוקין מיירי באופן שהי' עליו דין רודף ולא הי' יכול להצילו באחד מאבריו דיש עליו דין רודף לפוטרו מממון ולהכי ליכא תשלומי קנס ומ"מ ממלקות אינו נפטר לפי"מ שפירש"י בסנהדרין דע"ג דרודף אעפ"י שניצל פטור משום דהוה כחיי"מ שוגגין אבל ממלקות הא קיי"ל דחיי"מ שוגגין וד"א חייבין כר"י בחולין דף פ"א ורודף דהוי כחיי"מ שוגגין לפירש"י חייב במלקות ולהכי שפיר לוקה הבא על אחותו כיון דממונא ליכא, וביותר דהא לשי' הרמב"ם שפ' בכל חיי"ל שאינו לוקה בלא קדושין עיקר

קושית הש"ס הוא מהבא על אחותו ולא מהבא על הממזרת כמו שמבואר בתשובתו לחכמי לוניל, ויעוי' בהרה"מ בפט"ו מה' איסו"ב ובכ"מ שם ה"ב, וא"כ בבא על אחותו הא איכא דין רודף ולהכי מילקא לך ממונא לא משלם, [ולשי' רש"י דס"ל לציי"ש מהוי תפיסה בקלבד"מ י"ל דחשוב ממונא איכא אע"ג דבקנס ליכא חיוב דלציי"ש דאשר ירשיעון אלקים כתיב כמש"כ התוס' בכתובות דל"ג מ"מ הא איכא בושת ופגם, אבל לשי' החולקים ע"ד רש"י קשה וגם למש"כ במק"א דברודף גם לשי' רש"י ל"מ תפיסה דדוקא בקלב"מ מהני תפיסה שביד כל אדם לפי שתפיסה אין זה מדין ב"ד וב"ד מחייבין אותו מיתה ומלקות משא"כ ברודף דמיתתו ביד כל אדם וכל אדם חשיב כבי"ד ולהכי לא מהני גם תפיסתו שהתופס הוא הב"ד המחייב אותו מיתה ובזה מיושב קושי' התומים בתוס' סנהדרין ע"ב דבאמת ברודף לא מהני תפיסה וכן י'לה"ע בקו' הטו"א בחגיגה בדרש"י סנהדרין דפ"ז אלא דיש לדחות דהתם בע"כ מיירי ביכול להצילו באחד מאבריו דאל"כ אמאי חייב ממון לרבי ועוד דבעיקר הדבר כיון דמהני תפיסה אלמא דאין זה ב' רשעיות ואין זה מתנגד לחיוב מיתה ומלקות ואיך נימא דעי"ז נפטור ממלקות משום דמהני תפיסה] ומוכח מסוגין דכתובות דמתניתין דר"פ אלו נערות אתי כצורתה ול"צ לאוקמה בגונא דמשני הש"ס בסנהדרין ואתי' ריש הסוגיא למאן דס"ל דא"א לאהדורי והכא כיון דאפשר לאהדורי אינם באים כאחד כמו שנתבאר.

ולכאורה י"ל למש"כ התוס' רי"ד והובא בקצוה"ח סי' כ"ח דרודף הוי כמו שנגמר דינו וברח ולענינו כתב דרודף כעבדינן לי' החומרא דמי ולא מהני תפיסה ואפשר דהוה כחיי"מ שנגמר דינו למיתה ופוטר ממלקות כחיי"מ מזידין וכ"כ הרמ"ה [וזהו דלא כמבואר בפירש"י סנהדרין ע"ב] ולפי"ז אי אפ"ל דמתניתין דמכות מיירי בגוונא דהוה רודף דא"כ גם ממלקות הי' נפטר ואיך לוקה בבא על אחותו, אולם מסוגיא דסנהדרין דמקשה ורמינהו מהבא על אחותו דמשלם קנס והא הו"ל להקשות ג"כ מר"פ אלו הן הלוקין אמאי לוקה והא ניתן להצילו בנפשו ומוכח מזה דס"ל להש"ס דרודף הוי שוגג וחיי"מ שוגגין ודאי חייבין במלקות, ואולי י"ל בשי' התוס' רי"ד דמאלו הן הלוקין לא מקשה הש"ס משום דס"ל דמלקות חייב על גמר ביאה דכבר איפגמא בהעראה ונפטר ממיתה מדין רודף אבל מהא דמשלם קנס שפיר מקשה אף לשי' הי"מ דקנס הוא על גמ"ב משום דכיון דחייב מיתה על העראה מדין רודף הוי כאלו נפגמה. ע"י אחר וכמש"כ התוס' בגיטין דף נ"ג במנסך אליבא דשמואל דכיון דקלבד"מ הוה כנתנסך מאליו וממילא דלענין תשלומי קנס הוה כבעולה וכמש"כ הגאון רעק"א בתשובה לתרץ כן בפשיטות והתוס' שהקשו על הי"מ אפ"ל דאזלי להלכה בשיטת רב דמנסך ממש וי"ל דמצרפינן

החיובים מה שנעשה ע"י קלבד"מ להההגבהה] אבל במשנה דאלו הן הלוקין מלקות שפיר חייב באחותו על גמר ביאה דאף בבעולה חייב מלקות בבא על אחותו והא דלא מתרץ הש"ס בכתובות דלעולא דס"ל דממונא ומלקות ממונא משלם מילקי לא לקי והומ"ל דאלו הן הלוקין לוקה על גמר ביאה שכבר נתחייב ממון בהעראה ולקי על גמ"ב, י"ל דס"ל להתוס' רי"ד כשיטת הי"מ דקנס חייב על גמ"ב וכיון דממונא משלם מילקי לא לקי אינו בדין שיהי' מלקות גם על העראה דהא ע"י מלקות דהעראה יפטור מתשלומי קנס דגמ"ב דעי"ז נעשית כבעולה ובאמת לשי' התוס' דקנס חייב על העראה דלא כהי"מ קשה מ"ט לא משני עולא דאלו הן הלוקין לוקה באחותו משום גמ"ב וכבר הרגיש בדבר הגרעק"א שם, וצ"ל דקושי' הש"ס משום דאלו הן הלוקין סתמא תני דמשמע דחייב ככל ביאות האסורות בהעראה. אלא דגם לשי' הי"מ קשה דהא הומ"ל לשנוי' דחייב על הפרישה לכשפירש באבר חי למאן דסבירא ליה משמש מת פטור דהא על הפרישה אינו חייב ממון וצ"ל דסתמא קתני דחייב על הביאה ומשמע בכל גווני אף לכשפירש באבר מת חייב מלקות והא ממונא משלם מילקי לא לקי דהא הבא על אחותו קתני מבואר דחייב על הביאה גרידא ולא על הפרישה אבל לאוקמי בגמ"ב דאלו הן הלוקין אין זה דוחק דסתם ביאה ביאת המירוק הוא גמ"ב דהא לשי' הי"מ דמתני' דאלו נערות כל מקום דקתני ביאה לענין קנס הוא בגמ"ב ולהכי לא מקשה בסנהדרין ממתני' דאלו הן הלוקין הא הוי רודף, ולשי' התוס' דס"ל דקנס חייב על העראה ולא משני בכתובות סתמא דאלו הן הלוקין בגמ"ב וקשה מ"ט לא מקשי בסנהדרין ממתניתין דאלו הן הלוקין צ"ל דס"ל כשי' רש"י בסנהדרין דרודף הוי כחיי"מ שוגגין ובאמת י"ל דאף לשיטת התוס' רי"ד דרודף הוי כנגמר דינו וברח מ"מ י"ל דאינו פוטר ממלקות לפי המבואר במכות די"ג דמכדי רשעתו ילפינן רשעה המסורה לב"ד י"ל דרודף דמיתתו שלא על יד ב"ד וביד כל אדם לא חשיב רשעה המסורה לב"ד ורק מממון פטור דמיתה וממון לא ילפינן מכדי רשעתו, ויש לחלק דלא דמי לכרת דמסור בידי שמים משא"כ ברודף דעל פי הוראת ב"ד מיתתו ביד כל אדם וצ"ע שו"מ בשו"ת הרשב"א חלק ה' סי' י"ח שנשאל בהא דבדמים קנינהו במחתרת דמאי קא מדמה להההיא דגונב כיס בשבת דהתם ב"ד קא מחייבי ליה מיתה על מלאכת שבת ולא מצי לחייבו ממון דרחמנא אמר כדי רשעתו כו' אבל במחתרת אין בדבר חיוב מיתות ב"ד כלל, והשיב דלאו משום כדי רשעתו פטרי לי' להההיא דגונב כיס בשבת אלא משום דכתיב לא יהי' אסון ומזה דרשינן אפילו חיי"מ שוגגין ולא במיתת ב"ד ש לבד אלא אפילו הבא על אחותו אלמא כל דאפשר דאתי לידי חיוב מיתה פטור יעוי"ש ולפ"ז לענין מיתה ומלקות דילפינן מכדי רשעתו ל"ש ברודף,

ומאי דלא מתרץ בכתובות דמתני' דאלו הן הלוקין בגוונא דהוי רודף וליכא ממון י"ל משום דאכתי תקשה מבא על ממזרת דליכא דין רודף, אולם לשי' הרמב"ם דממזרת ל"ק ועיקר הקושי' מאחותו כמשנ"ת וס"ל ג"כ דקנס חייב בהראה ולא משני עולא דאלו הן הלוקין בגמ"ב קאי משום דסתמא קתני ומה"ט לא משני ג"כ דחייב על פרישה מלקות א"כ הרי מוכרח מקו' הש"ס דסנהדרין דלא מקשה מאלו הן הלוקין דרודף אינו פוטר ממלקות דחיי"מ שוגגין הוא וחיי"מ שוגגין וד"א חייבין וא"כ הו"ל להש"ס בכתובות לתרץ דמתניתין דאלו הן הלוקין מסתמא בגוונא דהוי רודף מיירי ונפטר מממון, אע"כ צ"ל דלהש"ס דכתובות אינו נפטר מממון מטעם רודף דאינם באים כאחד כמשנ"ת. ומה"ט סתם ג"כ הרמב"ם ופסק דחייב מלקות בבא על אחותו כמתני' דר"פ אלו הלוקין דאינו נפטר לדידי' מטעם רודף.

ד

ומש"כ כת"ר במכתבו אלי בישוב ד' הרמב"ם עפ"י שי' הירושלמי דאף אם הערו י' בנ"א חייבים קנס וכמש"כ השימ"ק ליישב בזה הא דבעולה לכה"ג בכתובות דף ל' יעוי' במל"מ פי"ז מהל' איסו"ב דשי' הירושלמי הוא למ"ד הראה זו נשיקה ותמה ע"ד השימ"ק מסוגיא דסנהדרין דע"ג דמאי מקשה למ"ד הראה זו הכנ"ע יעו"ש, ומה שיישב בזה לשי' עפ"י הירושלמי קושית הרב ר' בערוש בהקדמת פני יהושע דהא קנס חייב על הגמר ביאה לשי' הי"מן ומלקות חייב על הראה ומה שתי' דגם על גמ"ב חייב מלקות ומדמה להירושלמי דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה השיג ע"ז רעק"א דבחייבי מלקות שוגגין חייבין לריו"ח ל"ש סברת הירושלמי דעל כל שבולת ושבולת ורק בחייבי מיתות שייך כן דחיי"מ שוגגין פטורין ותי' כת"ר משום דעל הראה ניתן להצילו בנפשו וא"כ אאפ"ל דחייב מלקות על הראה משום דהוי רודף, ולמש"כ ז"א דלריו"ח גופא דמשני כשלא אתרו בי' הא ס"ל דחיי"מ שוגגין וד"א חייבין מלקות והא רודף לשי' רש"י הוי חיי"מ שוגגין וקשה קושי' הרב ר' בערוש דנימא דלוקה על הראה אעפ"י שהוא רודף וקנס משלם על גמ"ב.

אבל גוף דברי רעק"א שהביא כת"ר אינם מובנים לי לכאורה דהא הירושלמי בפ' אלו נערות דן כזה על החוסם פרתו של חברו ודש בה דלוקה ויליף מהמדליק את הגדיש בשבת דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה ואם איתא הא לא דמי דבמדליק את הגדיש על השבולת השני הוה כמו חיי"מ שוגגין דבתרי דיני לא קטלינן לי' ולהכי פטור משא"כ בהחוסם פרה דחייבי מלקות שוגגין חייבין ומזה נראה דלא דמי לחייבי מלקות שוגגין כיון שההתראה הי' על כל המעשה על כל הדליקה ועל כל החסימה אלא שלא התרה

לחלק חיובים אבל החיוב האחד קאי על כל חסימתו וע"כ אין לחלק ולומר דנתחייב מקודם.

אלא דבד' הירושלמי י"ל דקאי לר"ל שם דס"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין לפיכך מדמה החוסם פרתו למדליק את הגדיש, שו"ר בס' נודע בשערים ח"ב שהרגיש בזה, אבל ז"א דהא לר"ל דס"ל אשו משום ממונו ל"ש תי' הירוש' דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה דלר"ל אינו חייב רק על שבולת הראשונה, ועי' בירושלמי פ"ב דב"ק ויש להעיר עוד מדברי הגמ' חולין פ"א א"ל ר"י פעמים שאפילו שחט ראשון לשלחנו ושני לע"ז חייב כגון דאתרו בי' משום אוא"ב ולא אתרו בי' משום ע"ז ובאתרו לע"ז פטור וכדאמר זו אפילו תשב"ר יודעין, והא גם באתרו לע"ז יש לחייב דהא לר"י דס"ל ישנו לשחיטה מתחלה ועד סוף חייב משום תחילת שחיטה משום ע"ז וא"כ יש לחייב משום אוא"ב על סוף שחיטה ולא גרע מאלו התחיל אחר בשחיטה וגמר השני דבודאי חייב ראשון והשני דעל סוף שחיטה בודאי חייב ועי' במנח"ח סי' קפ"ז דלמ"ד ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף שניהם חייבים ולר"ל דס"ל אין לשחיטה אלא לבסוף א"ש דאתי בהדי הדדי וגם למש"כ התוס' בב"ק דע"א בד"ה כיון דגם למ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף נאסרת בפורתא קמא היינו דוקא לאיסור ע"ז אבל לחייב משום שחיטת עכו"ם בודאי בעי כעין פנים וכ"כ המנח"ח] אבל לר"י דס"ל דישנה לשחיטה מתחלה וע"ס קשה וצ"ל כיון דחושב גם על סוף שחיטה חייב כדברי הירושלמי דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה ואלו לדברי הגאון רעק"א דהוי כחיי"מ שוגגין וא"כ הכא לר"י דס"ל חיי"מ שוגגין ומלקות חייב מלקות וא"כ לחייב משום אוא"ב, אולם י"ל למש"כ הר"ן ובתה"א דמיירי באומר בגמר זביחה הוא עובדה דאל"כ הוי שחיטת מומר א"כ הא משום ע"ז מיחייב ג"כ בגמר שחיטה ולהיפוך ילה"ק דלריו"ח יתחייב משום תחלת שחיטה על אוא"ב ואפשר דבאוא"ב שאין בזה איסור רק חיוב על השחיטה ל"ש ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף וגם כיון דעל התחלת שחיטה גרידא א"א לחייב והא על גמר שחיטה הוי קלבד"מ והוי כשחטו אחר אינו חייב על תחלת השחיטה וצ"ע.

וכמו כן יש להעיר משבועות דף ל"ג המדליק את הגדיש ביוהכ"פ דלא כרנבה"ק והא לשי' רש"י בפסחים דכ"ט והרמב"ן בכתובות דלרנבה"ק חייבי כריתות שוגגין חייבין א"כ יקשה קושי' הירושלמי דעל שבולת הראשון יתחייב כרת ואח"כ יתחייב ממון דלשי' הגרעק"א הוי כחיי"מ שוגגין, וה"נ הוי כחייבי כריתות שוגגין [ומשה"ק בירוש' שבועות שם בהא אין לוקה ומשלם, וכן בבבלי כתובות דל"ה מאן תנא דפליג על רנבה"ק ברש"י שם א"ש דהא מקשה לר"ל דס"ל חייבי מלקות שוגגין פטורין], ובזה יש להעיר

על פרש"י בשבועות דל"ג שם דבגמ' מבואר שהדליק את הגדיש ביוהכ"פ לאפוקי מאי לאפוקי מדרבנה"ק וברש"י פי' סיפא קמ"ל שחבל בו חברו ביוהכ"פ ושהדליק את הגדיש ודייק רש"י במתק לשונו על שחבל בו חבירו משום דבהדליק בו את הגדיש לשי' רש"י משכח"ל לחיוב גם לרנבה"ק דכרת חייב על שבולת ראשון אבל מחבל בו חבירו ביוהכ"פ דחיוב ממון וכרת בהדי הדדי אתי בב"א שפיר מוכח דלא כרנבה"ק, אולם אין הכרח לזה די"ל דשאני כרת דאף דבתרי קטלא לא קטלינן לה מ"מ בכרת שאני הואיל ואם עשה תשובה ב"ד של מעלה מוחלין לו כמבואר במכות די"ג ומה"ט שייך שיפטר הכרת השני הואיל ואם עשה תשובה על עבירה הראשונה. כן יש להעיר מב"ק דע"א דמקשה בגנב וטבח ביוהכ"פ והא קיי"ל אין לוקה ומשלם, והא למש"כ הרמב"ם בפיה"מ במשנה דהשוחט בשבת דבתחלת השחיטה הוי מחלל שבת ושי' הרמב"ם נראה דס"ל דאין זה מקלקל כיון דהוי ע"מ לתקן וכמש"כ הנתיבות בסי' ש"ז (וכ"כ הקצוה"ח בסי' נ"ב בשי' הרמב"ם אלא דמש"כ שכן הוא גם שי' התוס' תמוה] דלא כמש"כ התוס' בשבת דק"ו ובחולין דק"ט בד"ה כגון וה"ר משבת דקל"ג במל סמוך לביה"מ שחייב כשלא גמר המילה.

ה

ובמקו"א הבאתי ראי' לזה מכתובות דל"ד בהיתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור ואם איתא דתחלת השחיטה הוי מקלקל א"כ לחייב משום תחלת השחיטה עבור מזיק וגם למש"כ התוס' בב"ק דע"א דתחלת השחיטה לא חשיב שינוי לקנות בכך וא"כ הו"ל כמו היזק שא"נ יוכל לומר הש"ל מ"מ יקשה לא מבעי' לד' מהרש"ל דשומר חייב בהיזק שאי"נ אלא אף לד' החולקים מ"מ במזיק בידים הא לא גרע משולח יד בפקדון דהו"ל גזלן בתחילת השחיטה וממילא דחייב כיון דלא מצי למימר הש"ל אח"כ שטבחו בשבת, וגם למה שהסביר התוס' בגיטין נ"ג בסברת שמואל דפוטר במנסך ולא ס"ל דבעידנא דאגבי' קניא משום כיון דקלבד"מ על הניסוך אי"ח על הגבהה משום דמצי למימר הש"ל דדמי כאלו נסכו אחר זהו דוקא בניסוך דהניסוך הוה היזק שאי"נ משא"כ בשחיטה דהוי היזק ניכר כיון דעל תחילת השחיטה הוי שולח יד בפקדון והוה גזלן ממילא גם אי טבחו אחר חייב כיון דלא מצי למימר הש"ל ושוב יתחייב על תחילת השחיטה אע"כ דגם על תחילת השחיטה חייב משום שבת דהוה מקלקל ע"מ לתקן, ויש לפלפל בזה עפי"ד הנתיבות סי' שמ"א לשי' הרמב"ם ואכמ"ל.

ולפי"ז דחייב על תחלת השחיטה ה"ה על תחלת השחיטת הקנה דחייב משום שבת דגם בחובל בחי לבד חייב ולא גרע פנימת חצי קנה משאר חבלה וכן הוא לשון הרמב"ם

בפיה"מ בחולין דע דמשיתחיל לעשות חבורה בצואר הבהמה הוא מחלל שבת קודם שישחוט שום דבר מן הושט ומן הגרגרת כו' א"כ מאי מקשה והא אין לוקה ומשלם כיון דמשום שבת חייב על שחיטת חצי קנה ולהכי מחייב משום טביחה על השחיטה דאף דבעינן וטבחו כולו בחיובא והכא הא תחלת השחיטה הוה בפטור דאין לוקה ומשלם, אבל נראה הא דבעינן וטבחו כולא בחיובא היינו מה שהוא בתורת שחיטה אבל חצי קנה פגום דכשר ולא בעי בו תורת שחיטה א"כ חשיב שפיר וטבחו כולו היינו השלמת רוב הקנה והושט ואי"ל כס' הירושלמי דהא משום שבת חייב ג"כ אח"כ על השחיטה כולה כמו בגדיש דהא לסברת הגרעק"א במלקות ל"ש זה דהוי כחייבי מלקות שוגגין וקצת י"ל דקו' הגמרא בב"ק הוא לר"ל דס"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין.

ו

אולם מד' הרמב"ם דפסק דגנב וטבח ביוהכ"פ והתרו בו דפטור על הטביחה משום דאין לוקה ומשלם וקשה דיתחייב מלקות על תחלת הטביחה מח"ק פגום וממון יתחייב על הטביחה והא לדידן חיי"מ שוגגין חייבים, ואפ"ל דמיירי ששחט את הושט תחילה וכיון שנפטר מממון ע"י מלקות שבתחלת הטביחה ודמי כאלו תחלת הטביחה היתה ע"י אחר אי"ת עוד על גמר הטביחה. שוב ראיתי בחדושי רע"א ליו"ד סי' ב' שתמה ג"כ כנ"ל דלחייב מלקות על תחלת טביחה וממון על גמר הטביחה ולא הרגיש במ"ש דל"ה וטבחו כולו בחיובא ונראה דס"ל להגרע"א דאין אנו משגיחים על תחלת הטביחה והא דאמר וטבחו כולו בחיובא היינו על רוב הסימנים אף לרי"ח דס"ל ישנו לשחיטה מתחלה וע"ס מ"מ בעינן שיהי' הרוב בחיובא ולא מיבעי לר"ל דס"ל אינה לשחיטה אלא לבסוף הא עיקר השחיטה בעת שחיטת הרוב אלא דגם לר"י דס"ל ישנו לשחיטה מתחלה וע"ס היינו דמ"מ לתחלת השחיטה יש דין חיוב מ"מ אם נפטר מתחלת השחיטה חייב על שחיטת הרוב, ולפי"ז יחודש אם התחיל אחר בתחלת השחיטה וגמר הגנב רוב הסימנים חייב וחשיב וטבחו כולו בחיובא אבל לא אדע מנ"ל זה והא בפשוטו נראה דוטבחו כולו בחיובא בעינן שיהי' גם תחלת השחיטה בחיוב ובפרט למאי דקי"ל כריו"ח וצ"ע לעת הפנאי.

סימן יט

בחדש כסלו תר"נ ווילנא. **בענין הנ"ל לרב אחד.**

א

מה שפלפל מעכ"ת בהא דמכות דט"ז אי דקטלה קלבד"מ ובדהתוס' והמהרש"א שם וקושית הגאון רעק"א דלוקמי במזיד ולא אתרו בה או דקטלה כשהיתה טריפה ונראה לישב עפ"מ שנסתפק בס' מנ"ח ברודף אחר הטריפה אי ניתן להצילו בנפשו יעו"ש ולכאורה יש מקום בסברא דיש עליו דין רודף דאף דההורג את הטריפה פטור משום דגברא קטילא קטיל היינו דאין עליו דין מיתה בידי אדם אבל עונש בידי שמים עליו וכ"נ מד' הרמב"ם בפ"ט מהל' מלכים ה"ד דב"נ ההורג את הטריפה כפתו לפני ארי כו' חייב ומדמה לה הרמב"ם לגרמא וכל כיו"ב שאין עליו חיוב מיתה בידי"א אבל עונש מיתה יש עליו בידי"ש ורק שהתורה פטרתו לגבי ישראל וב"נ חייב על זה אבל כל זה היכא דבעינן תנאי החיוב אבל ברודף דגם קטן הרודף ניתן להצילו בנפשו אע"פ דלאו בר עונשין וכ"נ לענין גרמא דהוי ג"כ דין רודף.

ונראה לפ"ז דגם ההורג את הטריפה שיש עליו עונש מיתה בידי"ש לפ"ד הרמב"ם הנ"ל א"כ יש עליו דין רודף כמו בגרמא, ומיושב קושית הגרעק"א דאף אם היתה האנוסה טריפה ג"כ קלבד"מ מדין רודף, וביותר י"ל דהטריפה הנרדף בעצמו רשאי להציל א"ע בנפשו של רודף ומה"ט הו"ל קלבד"מ כמו שדן הגאון רעק"א ע"ד הריב"ש דביכול להציל באחד מאבריו הנרדף בעצמו רשאי להרוג דמה"ט הו"ל קלבד"מ אלא דהוי מיתה לזה וממונא לזה יעוי' בדו"ח, ואין דבריו מוכרחים שם דהא דהנרדף רשאי להרוג את הרודף אף דיכול להצילו באחד מאבריו לפי שאנוס הנרדף שאינו יכול לדקדק במעשיו ומה שנפטר מטעם אנוס אין על הרודף דין חיוב מיתה לענין קלבד"מ אבל בטריפה אי נימא דרשאי להציל בעצמו בנפשו של רודף בכה"ג פטור הרודף מצד קלבד"מ ולהכי אפילו אי נימא דהרודף אחר הטריפה אין לו דין רודף מ"מ כיון דהנרדף רשאי להרוג להרודף יש בזה דין קלבד"מ ומתורץ ג"כ בפשיטות משה"ק הגאון הנ"ל דהא משכח"ל במזיד ולא אתרו ביה דלענין מלקות הא לריו"ח בחולין דפ"א חיי"מ שוגגין ומלקות חייב במלקות, ועי' פנ"י בכתובות דל"ה דאף לפי המסקנא כן אליבא דריו"ח דחיי"מ שוגגין אינו פוטר ממלקות וד' המהרש"א במכות ע"ד התוס' שלא בדקדוק הם דהכא לענין מלקות קאי ואליבא דריו"ח דאמר אנו אין לנו כו' ושפיר הקשו התוס' דהומ"ל כשהרגה בשוגג וכבר הרגישו בזה, ולפ"ז מתורץ דעכ"פ גם במזיד ולא אתרו יש עליו דין רודף דניתן להצילו בנפשו, אלא דתירוץ זה אינו מספיק רק לשי' התוס' רי"ד הובא בקצוה"ח סי' כ"ח והרמ"ה בחי' סנהדרין דרודף הוי כנגמר דינו בב"ד וברח והוי כחיי"מ במזיד ופטור ממלקות אבל לפ"מ שפרש"י בסנהדרין דע"ב במשנה דרודף דאע"פ שניצל מ"מ

הוי כמו חיי"מ שוגגין לריו"ח דס"ל חיי"מ שוגגין וד"א חייבין במלקות הד"ק הגרעק"א דלוקמי דקטלה כשהיא טריפה דאע"פ שיש לו דין רודף לגבה מ"מ הא חיי"מ שוגגין חייבין במלקות.

ובגוף החקירה ברודף את הטריפה נראה יותר דאין עליו דין רודף דדוקא בקטן הרודף דעצם הפעולה הוי חומר עבירה ולהציל את הנרדף ניתן להצילו בנפשו אף שאין הרודף בר עונשין או גם ברודף ע"י גרמא אף שאין בפעולת המעשה חיוב מיתה מ"מ הוא מציל בזה את הנרדף, אבל ברודף אחר הטריפה דגברא קטילא הוא מהיכ"ת להרוג הרודף כדי להציל גברא קטילא, ובזה העירותי לישב קו' התוס' בסנהדרין דע"ב שהקשו דלמ"ל קרא למעוטי מחלל שבת דאינו ניתן להצילו בנפשו תיפ"ל דהא גם הרודף מחלל שבת יעו"ש, ולהנ"ל י"ל דמשכח"ל כשהי' רודף אחר הטריפה להרגו דכיון שאינו ניתן להצילו בנפשו בחול דגברא קטילא קא קטיל, אבל מצד שהי' רודף אחריו בשבת הו"א דניתן להצילו בנפשו מאי אמרת דאם יהרוג את הרודף יחלל ג"כ שבת הא עי"ז יציל את הנרדף ומבואר בתוס' נדה דמ"ד דעל טריפה מחללין את ע השבת יעו"ש.

ב

אולם להך צד דרודף אחר הטריפה אינו ניתן להצילו בנפשו י"ל קושית הגרעק"א למש"כ בהגהת אשרי בב"ק פ' שור שנגח ראובן שהרג את שמעון אע"פ שחייב מיתה משלם דמים ליורשים בבא לצי"ש א"נ אי תפסי יורשים לא מפקינן מיני' עכ"ל הובא בקציה"ח סי' ת"ו דס"ל דקרא דעליו ולא על האדם למעוטי מכופר קאתי ולא למעוטי מדמים ולהכי מצד קלבד"מ מהני תפיסה, ולפי"ז ההורג את הטריפה חייב מן הדין דמים דגם לטריפה יש דמים יעוי' גיטין דמ"ג והא חזי למיקם קמי' ויעוי' בתוס' ריש ערכין בד"ה לאתויי מנוול וג"ז נראה דחובל את הטריפה חייב לשלם מדין חובל וההורג את הטריפה לא גרע מחובל, ומבואר ברמב"ם פ"ד מהל' חובל ומזיק ה"ט החובל בחבירו ביוה"כ אפילו במזיד חייב בתשלומין אע"פ שעבר עבירה שהוא חייב עליה מלקות והלא כל המחויב מלקות ותשלומין לוקה ואינו משלם שאין לוקה ומשלם כן הם הדברים בכל חוץ מחובל בחבירו שהוא משלם שהרי בפירוש רבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין שנאמר שבתו יתן עכ"ל הרמב"ם, מבואר בדבריו דכיון דגלי רחמנא בחובל בחבירו דמשלם ואינו לוקה משום לאו דלא יוסיף כך אינו לוקה משום לאו אחר ומה"ט דהורג את הטריפה דלא נפיק מכלל חבלה משלם ואינו לוקה אף בלאו אחר דפתיך ביה, וה"ה משום לאו דלא יוכל לשלחה דנגמר בשעת ההריגה כיון דמשלם ואינו לוקה ודינו כמו חובל ביוה"כ דמשלם ואינו לוקה [ועי' במנ"ח שנסתפק אי בחובל את הטריפה חייב משום לאו דלא

יוסיף דלא הוי מקוים שבעמך כמבואר בסנהדרין דפ"ה לגבי נגמר דינו, ועי' בפרש"י ערכין ד"ז מי שנגמר דינו לפי שעומד להכאה וזה ל"ש בטריפה וגם טריפה לא דמי לנגמר דינו דהא חי יב"ח, ועי' בתוס' כתובות דל"ג בד"ה אלא במעידין על הטריפה דאי אפשר לקיים בשום דבר לא במיתה ולא במלקות] ובזה מתורץ ג"כ הקושיא המפורסמת בביטלו ולא ביטלו דמשכח"ל כשחרשה ולפי הנ"ל גם בחרשה דנותן דמי כולו ומשלם מדין חובל בחבירו אף בלאו אחר המעורב בהדי', וכ"ז אי נימא דרודף אחר הטריפה אין לו דין רודף אבל אי נימא דיש לו דין רודף על כל פנים לגבי הטריפה הנרדף דיכול להציל א"ע בנפש של רודף, ורק דהוי כחיי"מ שוגגין כמו שפרש"י בסנהדרין ממילא דלגבי הדמים של דמי הנהרג נפטר מטעם חיי"מ שוגגין מדמי חבלה ולגבי מלקות הא חיי"מ שוגגין חייבין במלקות.

ג

ומה שפקפק רומעכ"ת עמש"כ דגם ברודף ע"י גרמא איכא ג"כ דין רודף הנה כל דיני מסור משום גרמא הוא ועי' בברכות דנ"ח בעובדא דרב שילא קרינהו חמרא אמר האי רודף הוא וע"ע בריב"ש סי' של"ח שהשוה כל דיני גרמות לרודף ועי' בס' גליא מסכת חחו"מ סי' ה' שהעלה ג"כ דגם בגרמא הוי רודף מדין מחתרת יעוי"ש, וידידי עמיתי הרב הגאון מו"ה בנציון שאטער ר"מ בישיבת ראמיילעס העירני מקושית הש"ס בב"ק דכ"ב לר"ל דס"ל אשו משום ממונו אילו קטיל תורי' עבדא מי קא מיחייב ומאי מקשה נהי דאי"ח מיתת ב"ד לר"ל דלא ס"ל אשו משום חציו מ"מ שם רודף עליו מצד גרמא וע"כ דאין על גרמא דין רודף ואם כי מדהג"מ י"ל דאע"פ דמוכח דיש דין רודף גם בגרמא מ"מ מקלבד"מ לא נפטר רק היכא שיש בו חומר עבירה של חיוב מיתה אבל בגרמא אע"פ דהוי רודף וניתן להצילו בנפשו כדי להציל את הנרדף אבל מממון לא מיפטר ולהכי מקשה בגמ' דאמאי מיפטר משום ממון, ובזה יתישב ג"כ מאי דמקשים בסנהדרין ד"י בהעדים של האב שהזימו בשקר לעדי הבעל הלא הי' על העדים דין רודפים בעדותן להרוג לעדי הבעל ולמה ישלמו עדי האב להבעל מאה כסף הא הוי' מיתה וממון לחד כמש"כ הריב"ם בב"ק דכ"ב, אבל אי נימא דע"י גרמא לא הוי קלבד"מ א"ש, אולם באמת זהו נגד הסברא הישרה דכיון דעיקר דין רודף הוא להציל את הנרדף ואפ"ה אמרינן גבי' קלבד"מ א"כ ה"ה בגרמא כיון דניתן להצילו בנפשו בדין שיפטור משום קלבד"מ ועכצ"ל דשאני בעדים מזימים דאין עליהם דין רודף דדוקא ברודף מבורר שרוצה להרוג ומיתתו ביד כל אדם יש לו דין רודף משא"כ בעדים אשר בעת עדותם הלא לא נתברר הדבר ובפרט כל זמן שלא נגמר הדין [ואחר גמ"ד הא פסק מאתם דין רודף גם אחרי גמר

עדותם אחר כדי דיבור ל"ש בהו רודף דהא אי אפשר שיחזרו מעדותם] ובודאי אם יהרגו העדים המוזמים את המזימים יתחייבו מיתה עפ"י דין ול"ש בהו דין רודף, ולמש"כ דגם ברודף ע"י גרמא פטור משום קלבד"מ מ"מ נראה דמגוף דהגמ' בב"ק דכ"ב אין סתירה, די"ל דהש"ס מוכיח מדקתני ומת העבד דפטור ואם איתא מדין רודף גם אי ניצל אח"כ העבד ולא מת יפטור המדליק את הגדיש מדין רודף דרודף ששיבר את הכלים פטור אף אי לא מת הנרדף וע"כ צ"ל דהברייתא תני פטור דקלבד"מ מדין חיוב מיתה עפ"י דין משום מיתת העבד ולא מדין רודף וע"כ צ"ל דאין על המדליק דין רודף ולא ניתן להצילו בנפשו משום דמי שיבוא להציל יציל ע"י שיתיר את העבד הכפות הנרדף ומה שאין המדליק מציל את העבד כפות אחרי שהדליק אין ע"ז דין רודף ורק מיתה ביד"א חייב כיון דעכ"פ העבד כפות וע"י חציו ישרף העבד ול"ד לזורק חץ ותריס בידו דלפי מה שהוא אין החץ יכול להורגו אלא די"ל דמ"מ לגבי העבד הנרדף שהוא כפות הלא ניתן להצילו בנפשו ומחויב מיתה לגבי הנרדף מ"מ אין זה מוכרח דאפ"ל דאם יהי' מציאות יכול להציל את עצמו בלי הריגת הרודף או שיכול להציל א"ע באחד מאבריו גם למש"כ הריב"ש דהנרדף פטור גם ביכול להצילו באחד מאבריו כתבתי בסי' הקודם דאין על הנרדף חיוב מיתה משום דאנוס הוא אבל מצד קלבד"מ לא נפטר הרודף דאין עליו חיוב מיתה רק שהנרדף ההורגו פטור וכדמוכח מסנהדרין דע"ד דביכול להצילו באחד מאבריו לא נפטר משום קלבד"מ, וכ"ז יל"פ בדהג"מ אבל הרשב"א דמפרש הגמ' מדין רודף א"כ קשה מאי נפ"מ בין אשו משום חציו ובין אשו משום ממונו סוף סוף רודף הוא ע"י גרמא וניתן להצילו בנפשו.

ד

והנה ד' הרשב"א צ"ב וז"ל אמאי פטור בעבד כפות וגדיש סמוך משום קלבד"מ והא מתחייב בגדיש קודם שיתחייב בנפשו של העבד וכדאמרינן בגונב כיס בשבת שכבר נתחייב בגניבה כו' ואפילו לר"ל דמוקי לה בהצית בגופו של עבד אכתי תקשי אמאי פטור על הגדיש אטו מי שנתחייב בנפשו ואח"כ קרע שיראין של חבירו מי לא נתחייב כו' והכא שריפת העבד לאו שריפת הגדיש ואי בעי נמי מסיק אש מעל גופו של עבד למ"ד בפ' אלו נערות כהאי טעמא גבי גונב כיס בשבת ואוכל חלבו של חבירו וא"כ ליחייב על הגדיש ואפשר דלר"י דסבר אשו משום חציו כל שהצית אפי' בגדיש ועבד כפות סמוך לו שא"א לו לברוח הו"ל משעת הצתת אש בגדיש רודף ונעשה על הגדיש כרודף ששיבר כלים בין של נרדף בין של כל אדם דפטור משום דמשעת רדיפתו מתחייב בנפשו ואף זה כן אלא דאכתי קשה לר"ל דהו"ל בשעת הצתת אש בגופו של עבד מתחייב בנפשו

ואחר שמת העבד נשרף הגדיש ואמאי פטור על הגדיש, וי"ל דנשרף הגדיש קודם שמת העבד ועדיין צריך תלמוד עכ"ל, מבואר מד' הרשב"א דרק לר"י דס"ל אשו משום חציו הו"ל משעת הצתת אש בגדיש רודף אבל לא לר"ל והא גם לר"ל דאשו משום ממונו לא גרע מגרמא דהשיך בו את הנחש וכיו"ב והו"ל רודף ומאי מקשה הש"ס לר"ל והא גם לר"ל הו"ל רודף וניתן להצילו בנפשו ומוכרח מד' הרשב"א דלמ"ד אשו משום ממונו אין עליו דין רודף, הרי מוכח מד' הרשב"א דרק לריו"ח הוי רודף ולא לר"ל דס"ל אשו משום ממונו משום דהוי גרמא לפי שאין עליו חיוב מיתה ביד"א ומדוקדקים בזה ד' הרשב"א שכ' לר"ל דמיירי דנשרף הגדיש קודם שמת העבד ולכאורה צ"ע דעדיין קשה הא אינם באים כאחד והו"ל להרשב"א לפרש דנשרפו כאחד, ולמש"כ לכשהצית בגופו של עבד גם לר"ל הו"ל רודף ולהכי פטור כמו לריו"ח, אולם ד' הרשב"א צ"ב במה שתי' דחייב מיתה מצד רודף דמ"מ הא מחויב מיתה מקודם בשעת הדלקתו ואח"כ לכשהדליק על מה שאינו מציל את הנרדף אין עליו חיוב מיתה וליחייב משום הדלקת הגדיש ואי"ל כיון דנפטר מצד קלבד"מ אין לחייבו משום חציו על הגדיש דהוי כאילו נעשה ע"י אחר דא"כ מאי מקשה הרשב"א הא נתחייב מקודם משום שריפת הגדיש ע"י הדלקתו הא נתחייב מיתה משום מעשה זה, וצ"ל דלענין חיוב מיתה אע"פ דהחיוב בא ע"י מעשיו מ"מ כל זמן שלא נשרף העבד הא אין עליו חיוב מיתה בפועל רק לכשנשרף נתחייב ולהכי אינם באים כאחד, אבל למה שתי' דנתחייב משום רודף הרי בעת הדלקה הוי רודף וניתן להצילו בנפשו מיד ולהכי הו"ל קלבד"מ, אלא דלפ"ז יקשה מה שהקשה אח"כ לר"ל לכשהצית בגופו של עבד דהא חיוב מיתה קודם חיוב ממון דמה בכך כיון דנפטר מיד מצד רודף שנתחייב מיתה הרי א"א לחייבו עוד ממון מה שדולק אח"כ כיון דנפטר בהדלקתו כמו שמתרץ לריו"ח.

ונראה בשי' הרשב"א דס"ל דאע"פ דנפטר משום מעשה אחת בקלבד"מ מ"מ ס"ל דלא הוי כנעשה מעשה ע"י אחר דלא כמש"כ התוס' בגיטין דנ"ג גבי מנסך [ומאי דמבואר במכות דט"ז אי דקטלה קלבד"מ אע"פ דעיקר הלאו עבר בשעת הגירושין מ"מ חשוב קלבד"מ מאי דקטלה אח"כ משום כיון דנתחייב מיתה הוי כאילו עשה אחר ועי' בתשו' רעק"א סי' קס"ד, י"ל דהרשב"א ס"ל כמש"כ הריטב"א במכות שם לדחות פרש"י ותוס' מה"ט וס"ל דאינם באים כאחד וגורס כגי' הרמב"ן יעוי"ש ועי' באס"ז כתובות ר"פ אלו נערות שהביא בשם הרשב"א בהא דפטור בקנס משום קלבד"מ אע"פ דחיוב מלקות משעת הראה ולא אמרינן דיתחייב קנס בנמ"ב משום דגם על גמ"ב חייב מלקות כמבואר בירוש' גבי הדליק את הגדיש בשבת וזהו כמש"כ בהקדמת פנ"י וס"ל להרשב"א

דלא אמרינן דדמי כמו שנעשה על ידי אחר והוי בעולה כמש"כ הגרעק"א, [וברמ"ה בחי' סנהדרין מבואר דעל גמ"ב אינו חייב דהוי כבעולה ממש כמש"כ הגרעק"א], אלא דאי אפשר לחייבו על מעשה שנפטר משום קלבד"מ ואי אפשר לחייבו משום חציו, וכ"ז לריו"ח דס"ל אשו משום חציו ולפי ההו"א דלא ס"ל אשו משום ממונו ג"כ, אבל לר"ל דס"ל אשו משום ממונו שפיר מקשה הש"ס דאילו קטיל תורי' עבדא מי קא מיחייב דנהי דברגע של הדלקה נפטר מצד רודף מ"מ הא הממון שלו ונתחייב אח"כ על הגדיש משום ממונו ולהכי משני בהצית בגופו של עבד דבאותה שעה נשרף הגדיש ג"כ כמש"כ הרשב"א וגם אם נשרף הגדיש קודם מיתת העבד מ"מ יש עליו ג"כ דין רודף כל שמצית והולך בגופו של עבד ונפטר משום קלבד"מ, ולשי' הרשב"א יתישב ג"כ הא דאיצטריך לר' אבין לומר בכתובות דל"א בזורק חץ בשבת מתחלת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו דפטור משום דעקירה צורך הנחה ומשום דלא מצי לאהדורי תיפ"ל כיון דבא מכח מעשה אחת הזריקה ואע"פ שאין עקירה צורך הנחה וכן מהירושלמי בהצית גדישו של חבירו בשבת דעל שבולת הראשון חייב מיתה מכאן ואילך חייב בתשלומין כו' והא נעשה ע"י מעשה אחד, ולמש"כ לפי המסקנא בב"ק דלמ"ד משום חציו חייב ג"כ משום ממונו ולהכי נהי דפטור משום קלבד"מ מ"מ הא בכלו לו חציו חייב ג"כ משום ממונו אע"פ שנפל הגדר אח"כ ובעת שהדליק הי' הגדר עומד מ"מ חייב על ממונו אח"כ ולהכי גם בקלבד"מ י"ל דאע"פ דא"א לחייבו באותו שעה אבל אח"כ כיון שיכול להציל ולכבות חייב משום ממונו ולהכי איצטריך לטעמא דעקירה צורך הנחה ולטעמא דאי אפשר לאהדורי והוי מעשה אחת, ובטעם דאי אפשר לאהדורי י"ל דאילו הי' אפשר לאהדורי הי' חייב ג"כ משום ממונו אבל כיון דא"א לאהדורי ממילא אין לחייבו משום ממונו דרק באפשר לגודרה ולא גדר חייב אבל בא"א לאהדורי אין לחייבו משום ממונו [ויהי' לפ"ז הדין בא"א לאהדורי מחיוב ממון גרידא אף דאפשר לאהדורי מחיוב מיתה מ"מ אם בא מחמת מעשה אחת פטור] ולמש"כ להכי איצטריך להירוש' לתרץ במדליק את הגדיש דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה דאע"פ דנפטר ע"י מעשה אחת מ"מ דמי לכלו לו חציו דחייב ג"כ משום ממונו דמשום קלבד"מ לא נתחייב על מעשיו באותה שעה מ"מ לא הוי כאלו נעשה ע"י אחר וממונו הוי ושמירת האש עליו אח"כ ולהכי איצטריך לטעמא דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה.

ה

וזה נראה ג"כ באור ד' הירושלמי בב"ק פ"ב מתני' מסייע לר"ל [וזהו שיבוש דמוכח דצ"ל לריו"ח כמש"כ בגיה"ש שם] עבד כפות וגדי סמוך לו ונשרף עמו פטור אם אומר

את שאינו כזורק את החץ ממקום למקום על שבולת הראשונה נתחייב מיתה מכו"א בתשלומין אמר ר' יוסי ואת שמע מיניה כו' והוא שהדליק את הגדיש בשבת פטור, אם אומר את שאינו כזורק החץ ממקום למקום יעשה כמו שחלו עליו התשלומין מכו"א ויתחייב בתשלומין עכ"ל, ומלשון הירוש' נראה דמשוי להדדי הראי' מעבד כפות וגדי סמוך ונשרף עמו פטור עם הראי' של ר' יוסי מהדליק את הגדיש בשבת דפטור (ועי' במה"פ שם ובתרומת הכרי סי' שצ"ב מש"כ בביאור ד' הירוש'] וביאור הדברים נראה דס"ל להירושלמי דלמ"ד דאשו משום חציו והחיוב בא על מעשה אחת כמש"כ ולהכי פטור מצד קלבד"מ דבאים כאחד משא"כ לר"ל דאשו משום ממונו ואינם באים כאחד דשריפת הגדיש לאו משום חציו וחיוב מיתה על העבד שהצית בגופו וכן בהמדליק את הגדיש בשבת ג"כ לריו"ח נעשה כמו שתלו עליו התשלומין כאחד, וצ"ל לפ"ז דהירוש' אזיל לפי' ההו"א דבבלי. בב"ק שם דריו"ח ס"ל אשו משום חציו ולא משום ממונו ולהכי א"ש לריו"ח דמועיל פטור דקלבד"מ וחשוב באים כאחד ולהכי גם בהדליק את הגדיש בשבת דשם שייך סברא זו דהוי באים כאחד ולא איצטריך לסברת הירושלמי בכתובות דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה והירושלמי בכתובות קאי לפי המסקנא דבבלי דריו"ח ס"ל משום ממונו ג"כ ולהכי איצטריך לטעמא דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה, ולפי המסקנא דבבלי שם דריו"ח ס"ל אשו משום ממונו ג"כ נצטרך לומר גם לריו"ח לכשהצית בגופו של עבד ונשרף הגדיש והעבד כאחד כדמשני לר"ל ובהדליק את הגדיש בשבת דפטור משום דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה כמבואר בירושלמי ולהכי אף דלריו"ח ס"ל משום ממונו ג"כ פטור אבל לר"ל מקשה הירוש' בב"ק שפיר מהא דהדליק את הגדיש בשבת דפטור דלדידי' ל"ש לומר כמו שחלה עליו התשלומין כאחד כמו לריו"ח, וגם טעם הירושלמי בכתובות דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה ל"ש אליבא דר"ל דס"ל אשו משום ממונו ואי"ח גם משום שבת רק על שבולת הראשון ולהכי מוכיח הירושלמי מזה כריו"ח דאשו משום חציו [ולשי' הבבלי י"ל דהא דלר"ל פטור בהדליק את הגדיש בשבת דדמי לזורק חץ וקרקע שיראין בהליכתו וא"א לאהדורי דפטור משום דחשיב כל המעשה מעשה אחת ולהכי במדליק את הגדיש בשבת מיירי באופן דא"א לאהדורי והוי מעשה אחת ופטור מצד קלבד"מ וכן בעבד כפות דפטור דא"א לאהדורי וא"א להציל את הגדי והעבד פטור על הגדי והגדיש דהוי כמעשה אחת].

והנה בירושלמי בב"ק שם בעבד כפות וגדי סמוך דפטור לא נזכר כלל דצ"ל דמיירי בהצית בגופו של עבד ואמר על שבולת הראשונה נתחייב מיתה, ולכאורה תמוה כמו דמקשה בבבלי אילו קטיל תורי' עבדא מי קא מיחייב ואיזה חייב מיתה יש על שבולת

הראשונה והו"ל לפרושי להדיא דעל מה שהצית בגופו של עבד חייב מיתה, וע"כ נראה בשי' הירוש' דבין לריו"ח ובין לר"ל חייב מיתה מצד רודף בשעה שהדליק את הגדיש וס"ל דרק בשעת הדלקה חשיב רודף שניתן להצילו בנפשו אבל אחרי כן לא מיבעי אם א"א לאהדורי ולהציל נסתלק דין רודף אולם גם באפשר לאהדורי כיון שאינו עושה מעשה בפועל ועל שב וא"ת שלו אין עליו דין רודף ולריו"ח דס"ל דאשו משום חציו חשיב באים כאחד משא"כ לר"ל דס"ל אשו משום ממונו מקשה הא אינם באים כאחד ולפ"ז יהי' סייעתא מד' הירוש' דגם בגרמא יש דין רודף ופטור משום קלבד"מ, ומד' הרשב"א אין סתירה דלר"ל דחייב משום ממונו אע"ג דהוי רודף מ"מ חייב משום ממונו אח"כ ורק לכשהצית בגופו של עבד ונשרף הגדיש עמו פטור משום קלבד"מ.

1

כל זה כתבתי לפי שי' הרשב"א אבל בדהתוס' ב"ק דכ"ב הא מבואר דלהכי פטור אפילו בכלו לו חציו ואשו משום ממונו וכמ"כ לר"ל דחייב מיתה על העבד משום גופו ועל הגדיש משום ממונו לפי שבא הכל ממעשה אחד, וכן הביא השעה"מ בפ"ג מהל' גניבה לתרץ כן בשם מוהר"י אשקאפה דלא דמי לגונב כיס בשבת שנתחייב בגניבה על מעשה ההגבהה ועל חיוב שבת בעי מעשה הוצאה משא"כ בדבר שבא מכח מעשה אחד, והשעה"מ מייחס ג"כ סברא זו לתלמידי הרשב"א שהביא בשם שיטה כ"י לחדושי ב"ק שכתבו בשלמא למ"ד אשו משום חציו משו"ה בעבד כפות לו פטור דקלבד"מ פי' ואפילו נשרף הגדיש קודם שהגיע לגופו של עבד דהו"ל כזורק חץ וקרע שיראין בהליכתו קודם שהמית שהוא פטור כו' ואוקמי ר"ל כגון שהצית בגופו של עבד משום דקלבד"מ פי' ואפילו נשרף העבד מקמי הגדיש פטור הא למה זה דומה לזרק חץ והלך וקרע שיראין של חבירו אחר שהמית שהוא פטור עכ"ל. אולם השעה"מ תמה על זה דא"כ אמאי הוצרך ר' אבין בכתובות לומר בהזורק חץ בשבת וקרע שיראין בהליכתו דפטור משום עקירה צורך הנחה ומשום דלא מצי לאהדורי תיפ"ל כיון שבא מכח מעשה אחת הזריקה ואעפ"י שאין עקירה צורך הנחה ואפשר לאהדורי כמו במדליק את הגדיש תפטור, וכן הקשה מההיא דמרובה דע"י בהא דמקשה דמכי מטא לאויר ביתו קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד דמטא לארעא והא כיון דבא מחמת מעשה אחד הכל מודים דפטור, וכן הקשה מהירושלמי בהמצית גדישו של חבירו בשבת דעל שבולת הראשון חייב מיתה מכאן ואילך בתשלומין ומשני דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה וכן בחסימה ולפי דבריהם למ"ל להירושלמי לומר על כל שבולת ושבולת חייב מיתה, תיפ"ל דהא בא מכח מעשה אחד יעו"ש ולדבריהם אי אפשר לתרץ כמשכ"ל בשי' הרשב"א משום דאשו

משום ממונו חייב אח"כ דהא בדבריהם מפורש דאפילו למ"ד אשו משום ממונו נפטר מצד קלבד"מ ומבואר בד' התוס' ותלמידי הרשב"א דקלבד"מ מסלק המעשה לגמרי והתוס' לשיטתם בגיטין דנ"ג דדמי לנתנסך ע"י אחר ולהכי אינו חייב משום ממונו ג"כ וכן תמה בס' תרומת הכרי סי' שצ"ב על הנמוק"י שכתב דאשו משום חציו הוא כזורק את החץ שבשעה שיצא מתחת ידו אז באותה שעה נעשה הכל מהא דכתובות דל"א דלמ"ל להטעם דעקירה צורך הנחה תיפ"ל דעבור חיוב שבת וממון בא על תחלת הזריקה וכמ"כ מהא דב"ק ד"ע ומהירושׁ' דכתובות בהמצית את הגדיש ומסיק אע"כ דליתא להאי טעמא כלל ולעולם לא מחויב לא מיתה ולא ממון אלא בתר בסוף ואף דאנוס הוא בהכי חייבי רחמנא יעו"ש.

והנה תמיהות התרומת הכרי על דברי הנמוק"י י"ל בפשיטות דאעפ"י דס"ל דאשו משום חציו וכמו שנעשה הכל מעיקרא ובתר מעיקרא אזלינן והיינו לכשנעשה בפועל בסוף חייב עליו מעיקרא [ואין סתירה מד' הנמוק"י לדהתוס' בב"ק די"ז שכתבו דאם זרק חץ ובא אחר ושברו דפשיטא דחייב ול"ש כאן מנא סבירא תבר דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצרורות חצי נזק דדוקא בדהתוס' דבא אחר ושברו שלא נעשה בפועל לבסוף לא אזלינן בתר מעיקרא אבל לכשנעשה לבסוף אזלינן בתר מעיקרא והקצוה"ח בסי' ש"צ חושב דפליגי הנמוק"י והתוס' ולפמש"כ לא פליגי, ומיושב ג"כ מה שתמה הקצוה"ח מד' הרא"ש בפ' כיצד הרגל גבי התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דחייב שכתב ואע"ג דגבי דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר אסיקנא לעיל כרבה דבתר מעיקרא אזלינן הכא לא אזלינן בתר מעיקרא אלא אחר המקום שנעשה בו הנזק דתלי קרא ברגל ובער בשדה אחר והביעור הי' בחצר הנזק ואי נימא לחלק בין זרק חץ לזרק כלי א"כ מאי קשי' דהא התם התיזה ברה"ר דאינו אלא צרורות והו"ל זורק חץ יעו"ש, ולמש"כ היכא שהוא בא בפועל לידי סוף אזלינן בתר מעיקרא אף בזורק חץ וא"כ בדין התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י בדין שתהי' בתר מעיקרא כיון שהגיע לידי סוף] וכיון דבעינן שיהי' נעשה בפועל להכי לענין דין פטור דקלבד"מ בעינן שיהי' חיוב מיתה וממון בפועל כאחד, ולהכי בזורק חץ וקרע שיראין בהליכתו ניהו דדין חיוב בין למיתה ובין לממון נתחייב על פי מעשה זריקתו מעיקרא מ"מ כיון דחיוב מיתה בפועל לא הי' קודם שבא לידי העברת ד"א בפועל וכיון דבפועל אינם באים כאחד אין בזה פטור דקלבד"מ וכן בהצית בגופו של עבד אעפ"י שיש בזה חיוב מיתה בפועל מ"מ על שריפת הגדיש שאח"כ כיון שלא הי' חיוב ממון בפועל בעת הצתת הגדיש אין זה באים כאחד וכסברת הרשב"א ואין סתירה לפי"ז לד' הנמוק"י מכתובות דל"א ומב"ק

ד"ע ומד' הירושל' בכתובות וכ"ז י"ל לשי' הנימוק"י אבל לשי' התוס' בב"ק ותלמידי הרשב"א ומוהר"י אשקאפה דס"ל דכל שנעשה ע"י מעשה דקלבד"מ נפטר דדמי לעשה אחר יקשה כנ"ל.

ז

ונראה בשי' התוס' ותלמידי הרשב"א עפמש"כ השימק"ו בב"ק ד"ע בקושית התוס' שם דמכי מטי לאויר חצירו חייב משום שבת כו' ותירצו דדוקא היכא דחיוב קודם מיתה לחיוב תשלומין כמו בהצית בגופו של עבד פטור אף שנשרף אח"כ הגדיש אבל כשחיוב תשלומין קודם לחיוב מיתה חייב יעוי"ש, וכמשכ"ל לחלק דהיכא דיש חיוב מיתה בפועל בעת התחלת המעשה נפטר משום קלבד"מ אח"כ ולהכי בהדליק את הגדיש ועבד כפות לו דהוי רודף כמש"כ הרשב"א ונתחייב מיד משום קלבד"מ נפטר גם משום ממונו אח"כ לכשכלו לו חציו, וכן מש"כ תלמידי הרשב"א בזרק חץ וקרע שיראין בהליכתו והמית האדם דהו"ל רודף בעת זריקתו וניתן להצילו בנפשו בין שקרע השיראין קודם שהמית או אחרי שהמית נפטר משום קלבד"מ משא"כ בזרק חץ מתחלת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו דלא נתחייב מיד משום שבת והחיוב ממון בא קודם חיוב מיתה לולא הטעם דעקירה צורף הנחה לא נפטר וכן בהא דמרובה ד"ע דמקשה מכי מטי לאויר חצירו קנה לענין שבת לא מחייב עד דמטי לארעא דלא נתחייב מיד משום שבת ואינם באים כאחד [ובל"ז נראה לחלק דהתם לא בעינן לקנין המכירה מעשה הזריקה ורק קנין אויר החצר של הלוקח גורם להמכירה וא"צ פעולת המוכר וזריקתו לזה עי' כעין זה באס"ז כתובות ובהפלאה] אולם מד' הירוש' בהמצית גדישו של חבירו בשבת דמקשה דעל שבולת ראשון חייב מיתה מכאן ואילך בתשלומין עדיין יקשה לדבריהם דהתם נתחייב מיד משום שבת ונפטר משעת הצתה משום קלבד"מ ומהכ"ת יתחייב אח"כ בתשלומין לשי' התוס' ותלמידי הרשב"א ולמ"ל להירוש' לומר מטעם דכל שבולת ושבולת חייב מיתה והא איכא ג"כ נפ"מ לדינא דאם הדליק את הגדיש בשבת ודלק אח"כ בחול דל"ש בזה על כל שבולת ושבולת חייב מיתה יתחייב מצד הגדיש ואלו מצד שנעשה במעשה אחת נפטר.

וסבור הייתי לומר בדעתם למש"כ התוס' בגיטין דנ"ג דרב דס"ל דמנסך ממש משום דמשעת הגבהה נתחייב על מה שנעשה אח"כ ושמואל ס"ל כיון דעל שעת הגבהה אומר לו הש"ל וכיון דקלבד"מ הוי כאלו נסכו אחר, ועכצ"ל דרב לא ס"ל דהוי כאלו נסכו אחר ואע"פ דגם לרב אינו חייב על הניסוך מצד קלבד"מ, והוי כשוגג או אנוס דפטור מ"מ חשוב שנעשה המעשה על ידו ואינו יכול לומר הש"ל ולפיכך לדידי' גם באשו לר"ל ולפי

המסקנא גם לריו"ח דחייב משום ממונו אע"פ דעל הדלקתו אינו חייב משום קלבד"מ מ"מ חייב אח"כ על אשו דהוי בעלים שלו, ולהכי לדידי' איצטריך לטעמא דחייב על כל שבולת ושבולת ולרב בעכצ"ל בהא דהדליק את הגדיש ועבד סמוך לפי המסקנא דלכו"ע איכא משום ממונו דלהכי פטור דמירי שנשרף הגדיש והעבד כאחד או די"ל דאחר הדלקה לא הי' איפשר לאהדורי וס"ל דהוי מעשה אחד בכה"ג פטור, אלא דבאמת דהתוס' בגיטין דנ"ג בסברת רב צ"ע [והתורת גיטין כתב משום דרב לטעמו דס"ל בדמים קנינהו וקנה בהנסוך לפיכך א"י לומר הס"ל ודבריו תמוהים דדוקא היכא דבדמים קנינהו בעת הגזילה אמרינן דנפטר מוהשיב וקנה גוף הגזילה אבל איך יקנה בהנסוך אחרי שכבר אגבה ואטו על ידי חיוב מיתה יקנה הכל] דהא ממשנתינו דתני המנסך בשוגג פטור מבואר דלאו מתורת גזילה קא אתי' עלה דאל"כ גם בשוגג יתחייב, ועכ"פ הא מבואר דבמנסך בשוגג פטור אע"ג דאגבי' עכ"פ בקלבד"מ דלא נתחייב על מעשיו והוי כשוגג מהכ"ת יתחייב, ואין לומר דדוקא בשוגג שכסבור שהוא שלו ולא נתכוין לגוזלו ולא קנה בהגבהה ול"א בו מדאגבי' קני' דא"כ יקשה בזה בהא דקאמר התם בפלוגתא דר"י ור"מ אי קנסו שוגג אטו מזיד במנסך והא כיון דבשוגג לא קנה בהגבהה א"כ פטור משום קלבד"מ בכה"ג גם במזיד, אולם המחוור בזה מש"כ הגרעק"א בתשו' סי' קס"ד בכונת התוס' עפמש"כ התוס' שם בד"ה מנסך דלהכי אין לחייבו מטעם שלא יהא כל אחד ואחד הולך כו' משום דלא מחייבין טפי כאלו הי' היזק ניכר עיי"ש, ולהכי ס"ל לרב כיון דאגבה קני' ובהיזק ניכר בכה"ג א"י לומר הש"ל מה"ט גם בהיזק שא"נ במזיד קנסו כמו בהיזק ניכר ומה"ט חייב במזיד, ולפ"ז גם רב ס"ל דקלבד"מ הוי כמו שנעשה על ידי אחר אלא דבמנסך חייב לפי דאגבי' קני' כמו בהיזק ניכר.

ונראה בשי' התוס' ותלמידי הרשב"א דמפרשים ד' הירוש' בהמצית גדיש של חבירו בשבת דתני דפטור משום דסתמא מיירי אף שהולך ודולק את כל הגדיש, וע"ז הקשה הירוש' דכיון דעל שבולת הראשון נתחייב מיתה הא בתרי קטלא לא קטלית ויתחייב ממון וע"ז משני דעל כל שבולת ושבולת יש חיוב מיתה דאע"פ שאא"פ לחייבו מיתה מ"מ הוי כמו חיי"מ שוגגין, ויתישב לפ"ז מה שמדמה הירוש' בחסימה להא דמדליק את הגדיש דלפ"מ שמפרשים הירוש' דאיירי שהדליק שבולת הראשונה א"כ אח"כ אינו עושה כלום אבל בחסימה הא עיקר הלאו דלא תדוש בחסימה א"כ הא על כל דישה ודישה עובר בלאו ויש בו התראת מלקות ואף אי חסמה אחר חייב משום הדישה א"כ הא דחסימה עדיפא ממדליק את הגדיש, ולמש"כ א"ש דכמו במדליק את הגדיש מדליק והולך ונפטר כמ"כ בחסימה [ויתישב בזה ד' הגרעק"א שכתב דהא דעל כל שבולת

ושבולת חייב מיתה הוי כמו חיי"מ שוגגין והקשיתי בסימן הקודם דהא הירוש' קאי לריו"ח דס"ל אשו משום חציו ולריו"ח הא ס"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורים א"כ בחסימה ל"ש זה ולמש"כ דמדליק הגדיש והולך י"ל דקאי לר"ל דס"ל אשו משום ממונו ור"ל הא ס"ל דחיי"מ שוגגין פטורים).

ואם אמנם נתישבו ד' הירוש' דכתובות דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה ואין סתירה לדהתוס' ותלמידי הרשב"א משום דהתם מיירי דמדליק כל שבולת ושבולת ולהכי חייב מיתה על כל שבולת, אבל מד' הירוש' בב"ק פ"ב במתני' בעבד כפות כתב והוא שהדליק את הגדיש בשבת פטור אם אתה אומר שאינו כזורק החץ ממקום למקום כו' מכאן ואילך יתחייב בתשלומין הרי בולט שי' הירוש' דאע"פ דנעשה ע"י מעשה אחד וגם בהדלקת הגדיש נתחייב מיתה משום שבא מיד מ"מ לר"ל דאשו משום ממונו לא נפטר מצד קלבד"מ והא בדהתוס' מפורש דאפילו לר"ל דאשו משום ממונו כשהצית בגופו של עבד ואע"פ שלא הצית בגופו של גדי פטור וכן לריו"ח היכא דכלו לו חציו משום מעשה אחד נפטר, עוד ק"ל לשי' התוס' דבע"כ צ"ל דהא דנפטר מצד קלבד"מ בעבד כפות וגדי סמוך משום מעשה אחת לריו"ח לפי שנתחייב מיד מצד רודף ולא דמי לזורק חץ בשבת וקרע שיראין בהליכתו שלא נתחייב מיתה מיד בפועל וכמשכ"ל וע"כ דס"ל להתוס' כהרשב"א דהוי רודף וכ"כ הפנ"י בתוד"ה בגדי דבהצית בגופו של עבד הוי רודף דלא כמהר"ם שם וא"כ יקשה במאי דמקשה לר"ל אילו קטל תורי' עבדא מי קא מחייב דהא ע"י גרמא הוי רודף ולשי' התוס' נפטר ע"י מעשה אחד משום ממונו ג"כ ומאי נפ"מ בין ריו"ח לר"ל דהא גם לריו"ח משום חציו אינו נפטר מצד קלבד"מ כיון דהדליק את הגדיש קודם ונתחייב רק מצד רודף א"כ גם לר"ל הוי רודף והא לשי' התוס' גם בחיוב משום ממונו נפטר ע"י מעשה אחת ויהי' מזה ראי' דלשי' התוס' ברודף ע"י גרמא לא נפטר מצד קלבד"מ ולהכי רק לכשהצית בגופו של עבד הוי רודף אם לא דנימא דמש"כ התוס' דע"י מעשה אחת נפטר היינו באופן דאי אפשר לאהדורי דלהכי נפטר וצ"ע.

סימן כ

בענין הנ"ל, להגאון ר' מאיר מיכל ראבינאוויץ

א

ע"ד אשר העיר הדר"ג עמש"כ דבהרג את הטריפה דחייב משום חובל ואינו חייב לשי' הרמב"ם גם משום לאו אחר דמ"מ משכח"ל דקטלה בשבת דממלקות אינו נפטר משום דחיי"מ שוגגין וד"א חייבין וממון נפטר וממילא כיון דליכא תשלומין שוב לוקה על

הלאו, גם העירני מעכ"ת לעיין בדין חובל בשבת דפטור מן התשלומין אי לוקה משום לא יוסיף כיון דממונא ליכא ודמי לחובל פחות משו"פ, הנה ראיתי בס' מנ"ח שכ' כן לדבר פשוט דבחובל בשבת אם התרו בו משום לא יוסיף לוקה ומצאתי בהגהת אשרי בפ' החובל סי' ב' וז"ל וכ"כ בספר המקצעות ועוד כ' דהחובל בחבירו ביו"ט חייב בו' דברים בשבת ויוהכ"פ פטור מן התשלומין וילקה ויגלה ויצום ירח ימים וכו' עכ"ל, לפי שפסק כרנבה"ק כמבואר מד' הגהת אשרי לקמן בסי' ח' במתניתין דהחובל בחבירו ביוהכ"פ חייב בכולן ודלא כספר המקצעות דלעיל. דפסק כר"נ דפטור ובפלפולא חריפתא כתב שם ע"ד הגהת אשרי ומשמע דדינא קאמר ונראה דמש"כ וילקה היינו בזמן שהיו ב"ד סמוכים וטעמו מבורר לפי שנפטר מממון מטעם חיי"מ שוגגין ע"כ לוקה משום לא יוסיף, אך אין דברי ההג"א מבוררים כ"כ דנראה דמש"כ ולוקה היינו לצורך שעה כמש"כ ג"כ ויגלה ויצום וכונתו על זה"ז לפי שנפטר מממון ע"כ תיקנו לצורך שעה להלקותו משא"כ בחובל בחול דחייב בתשלומין לא הי' צורך לתקן, שו"מ בס' תרומת הכרי סי' תכ"ד שהביא ג"כ ד' הגה"א ונסתפק בכונתו.

אולם הנני מסופק בזה דבודאי אי נימא דהא דחובל בחבירו אינו לוקה לפי שהוא משלם הוא משום כדי רשעתו וכמבואר במכות ד"ה לרבנן בעדים זוממים וכיון דנתחייב בממון נפטר ממלקות להכי בחובל בשבת הא לא נתחייב בממון ואע"פ דבקלבד"מ מהני תפיסה ע"כ הטעם משום דאין הב"ד מחייב ב' רשעיות ורק דמחויב לצי"ש וכיון דאין זה ב' רשעיות א"כ אע"ג דמהני תפיסה משום חיי"מ שוגגין בשבת מ"מ לוקה משום לא יוסיף, אבל באמת הא דחובל משלם ואינו לוקה אף לר"מ דס"ל לוקה ומשלם והא לדידי' יש לחייב משום ב' רשעיות ועכצ"ל משום דחובל בחבירו הוי כלאו הניתן לתשלומין דאינו לוקה והארכתי בזה במקו"א בשי' הרמב"ם ואפ"ל דכיון דיש בו דין תפיסה חשוב לאו הניתן לתשלומין והא גם בריבית דעת הראשונים שאין שיעבוד נכסים על החזרת הרבית רק דיש בו עשה דוחי אחיך עמך מ"מ חשוב לאו הנל"ע ואם כי יש לחלק אבל בכל זה מצד הסברא י"ל כיון דמהני תפיסה חשוב לאו הניתן לתשלומין וילה"ר לזה ממכות דט"ז דלא משכח"ל ביטלו ולא ביטלו בגזילה דמשכח"ל שגזל באופן שנתחייב משום קלבד"מ במחתרת או בשבת דפטור מן התשלומין מדין חיי"מ שוגגין ולוקה משום לאו דגזילה אע"כ צ"ל דכיון דמהני תפיסה חשיב לאו הניתן לתשלומין.

ב

ובעיקר הדבר יש להעיר ע"פ מש"כ ההפלאה בחי' לכתובות דל"ב בהחובל ביו"ט תלי בזה אי ממונא לחומרא ה"ה גם בלאו אחר חייב לשלם ואי ממונא לקולא דוקא בלאו

דחובל שכן הותר מכללו בב"ד משא"כ בלאו אחר, וההפלאה תמה ע"ד הרמב"ם כיון דהש"ס ספוקי מספק"ל מנא ליה דחובל ביו"ט משלם יעו"ש מש"כ בסוף דבריו שנדחק בזה, ולכאורה אפשר ליישב דבאמת כיון דספק הוא בחובל ביו"ט אי מלקות או ממון ממילא אינו לוקה מספק ולא עדיף מחייבי מלקות שוגגין דחייב בתשלומין ולהיפוך אין לומר כיון דספק ממונא לקולא ממילא הוי כפחות משו"פ דלוקה דז"א דהא ממון לא בעי גמר דין ומאי דספק ממונא לקולא הוא רק מפני שהוא מוחזק ואי תפס הנחבל הוי הנחבל מוחזק (וגם שייך סברא חס רחמנא אממונא דנחבל שכ' התוס' כיון דיש מציאות שיגיע ממון לנחבל ע"י תפיסה וכמש"כ הכ"מ בד' הרמב"ם בפכ"א מהל' עדות דעדים מחויבים לשלם דמי ההזמה מה שהי' מועיל בעדותם לתפיסה] וע"כ ספק חיוב ממון פוטר מספק את המלקות, משא"כ מלקות כיון דא"א לגמור דין מספק ולא משכח"ל מלקות כלל והוי כחייבי מלקות שוגגין וע"כ שפיר פסק הרמב"ם דחובל ביו"ט חייב בתשלומין בודאי וממלקות ממילא פטור, וכ"ז בחובל ביו"ט משא"כ בחובל בשבת דלהך צד דממונא לקולא ורק בלאו דחובל דקילא שכן הותר מכללו בב"ד וע"כ משלם ואינו לוקה ועפ"י הך צד מה מפני ממון הקל נדחה המלקות כש"כ מפני מיתה החמורה דגם ממון נדחה ממנה נדחה המלקות דלא יוסיף דקיל וניהו דבשארי לאוין חייבי מיתות שוגגין וד"א חייב מלקות לפי שהלאוין ההן חמורים הדוחין ממון משא"כ לאו דלא יוסיף דקיל שנדחה גם מממון אינו דין שנדחה מפני חיוב מיתה בשוגג, העיקר כיון שהקילה תורה בחובל בחבירו בממון להכי גם חיוב מלקות דגבי' רק דין ממון עליו ונפטר מחייבי מיתות שוגגין ואף דלפי הך צד דממונא לחומרא נפטר מממון מחיי"מ שוגגין וחייב מלקות דלא יוסיף מ"מ הא לא נפשטה הך ספק ואין לוקין מספק, ולפי"ז יש מקום עיון בחובל בשבת אי לוקה משום לא יוסיף דאיפשר דגם המלקות נדחה כמו שממון נדחה ושאני לאו דלא יוסיף משארי לאוין [ויעוין במג"א סי' רע"ח במשאצ"ל שכתב דהטור ספוקי מספק"ל, אך שאני חיי"מ שוגגין דפטורין להכי גם בספק פטור משא"כ בחייבי מלקות] ואם שאין לבדות קו"ח מעצמינו וגם שי"ל דאי ממונא לקולא להכי נדחה המלקות משום דחס רחמנא אממונא דנחבל כמש"כ התוס' והיכא שנפטר מממון מצד חיי"מ שוגגין ול"ש בזה חס רחמנא אממונא דנחבל לוקה מ"מ י"ל מצד הסברא דלאו הניתן לתשלומין יש לו דין ממון, וכ"נ מסתימת ד' הראשונים בחובל בשבת או באביו דבדין שילקו משום לא יוסיף, ולא אשכחן בגמרא רק בחובל פחות משו"פ דלוקה אבל לא בחובל בשבת ואם נימא כמש"כ דבלאו הניתן לתשלומין נדחה מפני מיתה יתישב ג"כ הא דביטלו ולא ביטלו דלא משכח"ל במחתרת או בשבת דליכא תשלומין והא לדעת

החולקים על דרש"י וס"ל דלא מהני תפיסה לא הוי ניתן לתשלומין כמו שהעיר בזה הדר"ג ולמש"כ דלאו הניתן לתשלומין נדחה מפני חיי"מ שוגגין א"ש, אלא שהוא דבר מחודש כיון דמלקות אינו נדחה מפני חיי"מ שוגגין דעל זה ליכא הקישא דתנא דבי חזקי' כמש"כ הרשב"א בכתובות א"כ מה"ט גם לאו הניתן לתשלומין היכא דביטלו איתנהו בכללא דשארי חייבי לאוין שאינם נפטרים מפני חיי"מ שוגגין כדקי"ל וצ"ע.

ג

ומש"כ כת"ר באגרות שניות [ותשובתו אלי באריכות נדפסה בספרו המאיר לעולם] להכריח בפי' הגה"א דמש"כ לוקה אין זה מלקות ממש דהא לפמש"כ בס' המקצעות כרנבה"ק א"כ הכרת יפטור גם המלקות דלא יוסיף כמו שפוטר הממון ודוח"ל ששגג בכרת, ושוב הדר בי' כת"ר מזה דלרנבה"ק אין כרת פוטר ממלקות וראיתו ממכות דכ"ג ומגילה ד"ז דאמר רבא אמרי בי רב תנינא אין בין יוהכ"פ לשבת כו' ואם איתא אידי ואידי בידי אדם הוא וכו' והרי הך מתניתין מוקמינן לה כרנבה"ק ואם איתא דלרנבה"ק כרת פוטר ממלקות ולדידי' לא משכח"ל מלקות בחייבי כריתות ולהכי לדידי' א"א שיהי' נפטר מידי כרת ולהכי קרי לי' זדונו בידי שמים ומאי ראי' הוא זה למאן דפליג על רנבה"ק שיחלוק על רחב"ג והאריך כת"ר בזה בטעם הדבר ומסיק דלר"ל דחיי"מ. שוגגין פטור ממלקות ה"ה שכרת יפטור ממלקות דלא בעינן אליבי' שיהי' רשעה המסורה לב"ד בפועל ולריו"ח דס"ל חייבי מיתות שוגגין חייבים מלקות ה"ה שאין הכרת פוטר ממלקות דהא אין חיוב כרת מסור לב"ד זהו תוכן דברי כת"ר בקצרה.

והנה גם ההפלאה נדחק בדהגמ' דמכות ומגילה ותירץ דמאי דק' הגמ' כרנבה"ק היינו לפי"מ דמסיק דמתניתין אתי כר' יצחק דאל"כ הא לר"ל דס"ל חייבי מלקות שוגגין פטורין מממון בלא"ה אין צ"ל כרנבה"ק וגם לפירש"י בפסחים דכ"ט דרנבה"ק אינו פוטר בשוגג וע"כ דמתניתין במגילה קאי על מזיד ובמזיד גם לריו"ח אין לוקה ומשלם (אף דאין זה הכרח כ"כ דמזיד ולא התרו בו דאינו פוטר מצד מלקות ומצד כרת הא לא בעי התראה) וצ"ל אליבי' דלר"ל אין הכרח לאוקמי כרנבה"ק או גם לריו"ח משום מלקות כשהתרו בו, אולם נראה דמשה"ק ההפלאה לק"מ דלפמש"פ הרמב"ם דחובל ביוהכ"פ משלם ואינו לוקה דכיון דגלי גלי אף על לאו אחר, משא"כ לרנבה"ק דכתובות ד' ל' וכמבואר בדהגמ' שבועות ד' ל"ג לאפוקי מדרבנה"ק ולרנבה"ק חבל ביוהכ"פ פטור ומדקאמר אין בין שבת ליוהכ"פ הא לענין תשלומין זו"ז שווין אלמא אף לענין חבלה דמי לגמרי יוהכ"פ לשבת ובע"כ דאתי כרנבה"ק וכיון שכן הד"ק דאמרי בי רב תנינא אין בין יוהכ"פ לשבת כו' דמאי ראי' מדרנבה"ק לרבנן כמשה"ק מעכת"ר.

ד

ונראה למש"כ בעל המאור ובמלחמות משה"ק על הא דאריו"ח חלוקים עליו חבריו וא"ת אמאי לא פשטוה מדר' עקיבא דאמר חייבי כריתות ישנן בכלל מלקות ארבעים שאם עשה תשובה ב"ד של מעלה מוחלים להם טעמא דעשו תשובה הא בלא תשובה לא נפטרו מידי כריתתן אלמא דרע"ק חולק על ר' חנינא דר"ח בשלא עשה תשובה קאמר דאי בעשה תשובה פוטרתו ולא מלקות וכו' וז"ל הרמב"ן גם זו התשובה אינה נכונה כו' דודאי אי ר' עקיבא כר' חנינא ס"ל פשיטא שאין לנו כאן שתי רשעיות דאי עבדית בי' הא לא מתקיימי בי' כו' אפילו תימא אין התשובה מכפרת לאו שתי רשעיות הן שהמלקות פוטרתו וכו' יעוין בלשונו הזהב דמסיק דלהכי קאמר שאם עשה תשובה לפי דקיי"ל דמי שנתחייב שתי מיתות נידון בחמורה וא"כ במחויב כרת ומלקות יהי' נידון בחמורה בכרת ולא ילקו אותו כדי שיפטור מעונש כרת החמור ולהכי קאמר שאם עשה תשובה ב"ד של מעלה מוחלין לו ולא פסיקא לי' שיהי' כרת חמור ממלקות יעו"ש. עכ"פ סברת הרמב"ן ברורה דכיון דחייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן אין זה שתי רשעיות וא"כ ה"נ לרנבה"ק אי ס"ל כרחב"ג דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן א"א שיפטור הכרת מלקות דידי' משום שתי רשעיות דאין זה שתי רשעיות כלל כיון דע"י המלקות נפטר מהכרת ושפיר מקשה הגמ' דאי כרחב"ג אידי ואידי בידי אדם הוא אף לרנבה"ק דכיון דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן ממילא אין זה שתי רשעיות וחייב מלקות והמלקות פוטר את הכרת אבל אם בהדי' הכרת עבר לאו אחר כמו לאו דלא יוסיף ביוהכ"פ פוטר הכרת ביוהכ"פ מלקות דלא יוסיף לפי שאינו נפטר מכרת ע"י המלקות של לאו אחר.

[**וראיתי** בס' המאיר לעולם שיצא לאור מהגאון ר' מאיר מיכל זצ"ל אחר מותו אשר בתשובתו להגאון ר' שלמה הכהן זצ"ל מזכיר בשמי את הדיחוי על ראיתו עפי"ד הרמב"ן ומדחה וז"ל אבל אמרתי לו שאין זה דיחוי כלל דאם נתפוס סברת הרמב"ן דמלקות חמיר מכרת משום דלמלקות אין מועיל תשובה א"כ גם בעבר על לאו אחר עם הכרת אע"ג דא"א שיהא נדון בשני העונשים כרת ומלקות משום דהו"ל ב' רשעיות מ"מ הו"ל להיות נדון במלקות ולא בכרת משום דמלקות חמור מכרת דאטו אתגורי איתגור והאריך בזה ומסיק אבל אם נתפוס סברת הרמב"ן דמלקות חמיר מכרת משום דמועיל תשובה לכרת ולא למלקות בודאי אף אם עבר על לאו אחר בהדי כרת הדין הוא שילקה ולא יכרת משום דמלקות חמיר מכרת כנ"ל ונמצא שאין ממש בדיחוי הנ"ל ואצטמיד הראי' שהבאתי מסוגי' דמגילה ודמכות דגם לרנבה"ק אינו פוטר כרת מלקות עכ"ל הגאון רמ"מ זצ"ל, ולדעתי הדחוי חוזר ונראה ובמקומו עומד ואין מקום להשגתו דדוקא בלאו בהדי כרת

לרחב"ג דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן ומלקות וכרת לא הוי ב' רשעיות שפיר פי' הרמב"ן ד' רע"ק הואיל שאם עשה תשובה דקשי' לי' דנדון אותו בחמורה ולמה נזדקק להלקותו כדי שיפטור מכרת אדרבא יהי' עליו עונש החמור של כרת ולהכי אמר רע"ק דלא פסיקא לי' דכרת חמור לפי שאם עשה תשובה כו' אבל אם עבר לאו אחר בהדי כרת ולא יפטור על פי דין דחיי"כ שלקו כיון שזה לאו אחר ויש בזה ב' רשעיות שאין ב"ד מחייבים ואיך אפשר להלקותו כיון שעי"ז לא יפטור מהכרת ויש בזה משום ב' רשעיות מאי אמרת שע"י שב"ד ילקו אותו ומלקות חמור יפטר מהכרת לפי דהוי ב' רשעיות אתמהה האם יפטור מדין שמים מדין דכדי רשעתו דהא בודאי בדין שמים יש עליו עונש של ב' דברים ודין דכדי רשעתו אפילו לרנבה"ק הוא מסור לב"ד שאם יש עליו עונש כרת אין ב"ד רשאים לחייבו ממון או מלקות אבל לא שיפטור מעונש שמים לפי שיש עליו עונש ב"ד של מלקות והא בכל מקום אמרינן דאתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו דחייב בידי שמים משום ב' רשעיות ואיך יפטור ע"י כדי רשעתו לפי שלקה מעונש שמים דכרת וחייבי מיתות אינו פוטר עונש כרת בידי שמים גם לר"ל דס"ל חיי"מ שוגגין פוטרים ממלקות ולא בעינן רשעה המסורה לב"ד ומ"מ אינו פוטר חיי"מ דמחלל שבת מכרת וכן משארי חייבי כריתות דאלו התרו בהם הי' נסקלים ואף דבפירוש רבתה תורה וגלי רחמנא כרת במקום מב"ד מ"מ ודאי דאין חיי"מ ב"ד שוגגין פוטרים גם כרת של לאו אחר אף דחיי"מ חמור לגבי כרת, הוא הדבר אשר דברתי דעונש שמים אינו נפטר מכדי רשעתו גם לרנבה"ק ובודאי אינו נפטר כרת ע"י מלקות, הן אמת הצל"ח בחדושיו לפסחים דכ"ט חידש דלרנבה"ק ליכא חיוב לציד"ש כלל וגם רחמנא לא חייבה משום ב' רשעיות ולהכי נפטר ע"י כרת דחמץ ממעילה דהקדש יעו"ש מ"מ נראה גם להצל"ח רנבה"ק פוטר ע"י כרת חיוב ממון שהוא חיוב בידי אדם אף לצי"ש וכן נפטר מתשלומי מעילה שהוא לכפרה לפי דרחמנא לא חייבה אותו ב' רשעיות שיש בהם אחד מחיובי ב"ד אף לצי"ש אבל לא שיפטור מדין שמים מחיוב כרת שאינו אלא בידי שמים דעל זה לא נאמר כדי רשעתו וכיון דאינו נפטר מכרת ע"י מלקות של לאו אחר א"א להלקותו משום שיש בזה ב' רשעיות וזה פשוט].

וכן מוכח סוגיא דשמעתין בר"פ אלו הן הלוקין דלא הוזכר כלל דלרנבה"ק אין מלקות בחייבי כריתות דאי"ל לפי דבהזיד בלאו ושגג בכרת חייב מלקות דלא חמיר כרת ממיתה דחיי"מ שוגגין חייבין במלקות כריו"ח דהא לפי האוקימתא דברשעה המסורה לב"ד הכתוב מדבר גם בחיי"מ היכא דלא אתרו בי' חייב מלקות דאכתי קשה לשארי אוקימתות דהול"ל שם דלרנבה"ק אין מלקות בחיי"כ במזיד כמו בחיי"מ ב"ד באתרו בי'

אלא דאין הכרח דאפשר דרנבה"ק כרחב"ג ס"ל דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן ולהכי לא הוי ב' רשעיות כלל והא דאיצטריך בסוגין לאהדורי בתר טעמא אליבא דר' עקיבא דס"ל דחיי"כ ישנן בכלל מלקות ארבעים וחייבי מיתת ב"ד אינם בכלל מלקות ארבעים ומאי שנא ולא שני משום דבחיי"כ אין זה ב' רשעיות כלל לפי דבחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן משא"כ בחייבי מיתת ב"ד היינו לפי דהש"ס מתרץ גם אליבא דחבריו החלוקים על רנבה"ק דס"ל דאין מלקות מוציא מידי כרת.

ה

ומשה"ק ההפלאה דאי רנבה"ק כרחב"ג ס"ל דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן איך יפטור הכרת הממון לר"מ דס"ל לוקה ומשלם וביותר יקשה לפ"מ שפירש"י בכתובות דף ל"ה דלרנבה"ק מדנקט יוהכ"כ כשבת ולא נקיט יו"ט ש"מ דס"ל דלוקה ומשלם וא"כ יקשה איך יפטור כרת מממון הא חיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן ואין עליו חיוב כרת כלל ואיך יפטור הממון נראה דל"ק דלענין הממון הוי שפיר ב' רשעיות כיון שנתחייב בשעת מעשה בכרת אע"ג דאפשר להפטר מזה ע"י מלקות כמו דלא אמרינן אליבא דרנבה"ק דאפשר להנצל מכרת ע"י תשובה כמו שאמר רע"ק דבאם עשה תשובה ב"ד של מעלה מוחלין לו, [ולרבינא זהו עיקר הטעם כמבואר שם במכות] אע"כ דס"ל לרנבה"ק דמ"מ הוי ב' רשעיות באותה שעה ולא דמי למש"כ הרמב"ן בכרת ומלקות דהתם לא הוי ב' רשעיות דהם שני דברים מתנגדים זל"ז דאי יתחייב במלקות וילקה יפטר מכרת ואם יתקיים בו העונש כרת בע"כ לא ילקה ואין זה ב' רשעיות משא"כ בכרת וממון דשני חיובים אלו הוי ב' רשעיות ואינם סותרים זל"ז שע"י ממון לא נפטר מהכרת רק שאנו אומרים שאפשר לו להפטר מכרת ע"י מלקות ע"ז אנו אומרים כיון דבאותה שעה הי' עליו חיוב כרת קלבדר"מ יפטור מממון.

ומגוף דינו של רנבה"ק מוכרח סברא זו דהא הי' עושה יוהכ"פ כשבת והדליק את הגדיש ביוהכ"פ פטור והא יוהכ"פ מכפר ואין עליו חיוב כרת עוד שוב ראיתי בס' מחנה לוי בחדושיו לשבועות דל"ג שהעיר כן ע"ד הגמ' דחבל ביוהכ"פ והדליק את הגדיש ביוהכ"פ דחייב וקאמר לאפוקי מדרנבה"ק וע"ז הקשה מנ"ל דילמא אתי כמ"ד דיו"כ מכפר בלא תשובה וע"כ אין עליו חיוב כרת עוד למאן דס"ל דאפילו כרת דיומי מכפר יעו"ש וע"ע בס' מעין החכמה להגאון בעל עצי ארזים מה שהאריך בזה בפלפולו אליבא דרנבה"ק במחלוקת דאביי ורבא בשבועות די"ג בכרת דיומא וגם בעבירות שבין אדם לחבירו דאין יוכ"פ מכפר יעו"ש, אך האמת יורה דרכו דמה שיוהכ"פ מכפר אח"כ אינו עוקר למפרע החיוב כרת שהי' עליו ובאותה שעה הי' עליו חיוב כרת ונפטר מממון וכה"ג כ'

הקצוה"ח בסי' תכ"ד ס"ק א' בדין חובל בעבד כנעני שלו דפטור דמשמע מד' הב"י דאף ממלקות פטור דאע"ג דהיכא דליכא חיוב תשלומין בחובל חייב מלקות כיון דפטורא דרבו אינו אלא משום מה שקנה עבד קנה רבו והו"ל בר תשלומין אלא שרבו זוכה הימנו ומסיק הקצוה"ח דביתומה ומפותה בכתובות דף ל"ב היינו דלית בה דין נזק כלל.

אולם ממש"כ התוס' במכות ד' ט"ז בד"ה התם שכתבו בתוך הדבור וז"ל ומאי שנא הא כיון דלא משלם א"כ בטלו ולילקי וליכא נמי ב' רשעיות עכ"ל, והא התם ששרפו בחיי הגר ונתחייב ממון ובאותה שעה הוי ב' רשעיות וצ"ע אבל הריטב"א בשם הרמ"ה גורס בגמ' כן יעו"ש ולדבריו צ"ל כמש"כ דחשוב ב' רשעיות ונראה דהרמ"ה לשיטתו בסנהדרין דע"ב בהבא במחתרת ושובר כלים פטור דאפילו למ"ד דחיי"מ שוגגין חייבין לשלם פטור דהתם הוא דלא הוה עלה חיוב מיתה כלל הכא בההיא שעתא הוי מיהו חיוב מיתה ונראה דאף דפרח חיוב מיתה אח"כ מ"מ בההיא שעתא הוי מיהא חיוב מיתה וה"נ לענין ממון כיון שנתחייב באותה שעה ממון אף דלכשמת הגר פרח חיוב ממון מיני' חשוב כחיוב ממון, והתוס' צ"ל דאזלי בשי' רש"י בסנהדרין דחשיב רודף חיי"מ שוגגין כיון דניצל ולא נהרג ופרח חיובי' מיני' וה"נ בממון כיון דפרח חיוב ממון מיני' לכשמת הגר לאו בר תשלומין היא ולשיטתו צ"ל בחיי"כ לרנבה"ק דפוטר מממון אם ס"ל כרחב"ג דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן אם באמת לקו אינו פוטר מממון רק דכל זמן שלא נלקה או שלא התרו למלקות בכה"ג פוטר.

1

והנה הרמב"ם בפי' המשניות בר"פ אלו הן הלוקין כ' ואחר שנלקה ועשה תשובה נפטר מן הכרת וכ"כ במתניתין דכל חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן כבר הקדמנו כי המלקות עם התשובה יכפר הכרת ולפי פירושו אין מקום לקו' הבעה"מ והרמב"ן מהא דרע"ק דאמר חיי"כ ישנן בכלל מלקות ארבעים לפי שאם עשה תשובה היינו עם המלקות ויתורץ בזה ג"כ משה"ק התוס' בחולין ד"פ ד"ה הראשון שכתב דמתניתין לא אתי כרחב"ג דלפי"ז שפיר אתי כרחב"ג ומשכח"ל מלקות וכרת בשחוטי חוץ היכא דלא עשה תשובה ובאמת משי' הראשונים הבעה"מ והרמב"ן והתוס' מבואר דחיי"כ שלקו גם בלא תשובה נפטרו מיד כריתתן, אך לשי' הפיה"מ להרמב"ם הנ"ל יקשה דמאי מייתי ראי' ממתניתין דמגילה דלא כרחב"ג דאתיא כרנבה"ק ולהכי פטור מן המלקות דהוי ב' רשעיות כיון שע"י המלקות לא יפטר מהכרת רק ע"י תשובה והא רנבה"ק ע"כ לא ס"ל הא באם עשה תשובה מדפוטר חיי"כ מממון ולא אמרינן הואיל ואם עשה תשובה רק דממלקות אינו נפטר לפי דלא הוי ב' רשעיות כלל כיון שהם מתנגדים זל"ז דאחרי

שילקה אין כרת עוד אבל כיון דבעי תשובה ובלא תשובה אינו נפטר ע"י המלקות מכרת שוב דמי מלקות לממון וכמו שפוטר מממון כן ראוי שיפטר מן המלקות וע"כ שפיר קאמר בזה זדונו בידי שמים משא"כ לרבנן דפליגי על רנבה"ק מנ"ל.

אולם הרמב"ם ביד החזקה חזר ממש"כ בפיה"מ דבפי"ז מהל' סנהדרין הל' ז' כתב כל מי שחטא ולקה חוזר לכשרותו שנאמר ונלקה אחיך לעיניך כיון שלקה הרי הוא כאחיך אף כל מחויבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן עכ"ל ולא הזכיר תשובה גם בפיה"מ פסק דלא כר"ח ובהל' ז' פסק בפירוש כרחב"ג, וע"ע מש"כ הרמב"ם בפ"א מהל' תשובה דמחויבי מיתות ומלקות אין מתכפר להן במיתתן ובלקייתן עד שיעשו תשובה ויחודו ויעוין ברמב"ם הל' עדות שם לא הזכיר תשובה ונראה דכפרה לחוד והסרת העונש לחוד דעון עצמו אינו נמחק עד שיעשה תשובה אבל עונש דכרת נפטר, וע"ע בחת"ס חאו"ח סי' קע"ה מש"כ שם ע"ד הגהת מל"מ בפי"ז מהל' סנהדרין ובדבריו יתיישב על נכון [ובעיקר ד' הגהת מל"מ שחידש דהא דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן הוא רק בחילל את השבת דאין בו מלקות משום דהוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד משא"כ בחיי"כ כמו יוה"כ והתרו בו למלקות דמחויב מלקות מצד הדין לא נפטרו מידי כריתתן, ותמוה דהא בסוגית הש"ס מוכח להיפוך דביוה"כ נפטרו מידי כריתתן ע"י מלקות כמו שתמה החת"ס שם, וי"ל קצת אי נימא דלרנבה"ק פוטר כרת ממלקות ואין בו מלקות להכי בכה"ג כיון שלקו נפטרו מידי כריתתן וה"נ בלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ס"ל להגהת מל"מ דהלאו ניתן על חמור שבו משא"כ לר' יצחק דנתמעט מלאו בחיי"כ לא נפטר ע"י מלקות].

ז

והנה כת"ר התעורר דלר"ל דס"ל דחיי"מ שוגגין פטורין ממלקות ולא בעינן רשעה המסורה לב"ד א"כ יפטור כרת ממלקות גם לרבנן דרנבה"ק דהא קרא דלא יהי' אסון דאיירי בממון ומיתה בעינן להקישא דרנבה"ק אבל קרא דכדי רשעתו הא סתמא כתיב וכיון דלא בעינן רשעה המסורה לב"ד יפטור כרת ממלקות עכ"ד, וי"ל למש"כ הבעה"מ אליבא דר"ל דלהכי לוקה בבא אל המקדש לפי דבפירוש ריבתה תורה חיי"כ למלקות מגזי"ש ועי' בלח"מ בפי"ח מהל' סנהדרין וכיון דגלי דלאו דבהדי כרת לוקה ה"ה על לאו אחר וכמש"כ התוס' בכתובות ד"ל גבי הקדש ותרומה ועי' בתוס' כתובות דל"ב גבי מוש"ר ולפ"ז מיושב ג"כ הא דמגילה ד"ז שהוכיח כת"ר דאין כרת פוטר ממלקות לרנבה"ק די"ל דהך סוגיא קאי לפי הך טעם דבפירוש ריבתה חיי"כ למלקות ולהכי לרחב"ג אידי ואידי בידי אדם הוא.

ולמשנ"ת לעיל בשיטת הרמב"ן דלרחב"ג דסובר חיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן אין זה ב' רשעיות א"כ אף אי נימא דבפירש ריבתה תורה חיי"כ למלקות אין זה ראי' למלקות של לאו אחר ול"ש בזה כיון דגלי גלי דהא דגלי שיש בו מלקות ולא נפטר מצד כרת משום דלא הוי ב' רשעיות בכה"ג כיון דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן לא הוי ב' רשעיות כמש"כ הרמב"ן (והא דאיצטריך קרא שיש מלקות בחיי"כ כמש"כ הלח"מ דלא נימא דלאו שניתק לאזהרת כרת אין לוקין) אבל מלקות של לאו אחר פוטר בין לאו של כרת או לאו של מלקות סתם דבכה"ג הוי ב' רשעיות דהא ע"י מלקות של לאו אחר לא יפטור מידי כרת שבו ולהכי פוטר הכרת את המלקות ואף לרבנן דפליגי על רנבה"ק לר"ל דס"ל דלא בעינן רשעה המסורה לב"ד וכדי רשעתו סתמא כתיב.

ועל פי הנחה זו יש ליישב ד' הרמב"ם בפ"ד מהל' ביאת המקדש הל' כ"ד וכן טמא שטבל ועבד קודם שיעריב שמשו עבודתו פסולה וחייב מיתה בידי"ש שנאמר ולא יחללו שם וגו' מפי השמועה למדו שזה אזהרה לטבו"י שעבד שעדיין טמא הוא שנאמר ובא השמש וכו', והראב"ד שם א"א כיון שטבו"י שנכנס למקדש בכרת היכי משכח"ל טבו"י ששימש במיתה והא איכא נמי כרת בשביל ביאת מקדש ואיני מוצא אותו אלא בבמה א"נ שעשה בה יד ארוכה לצנורא והפך אברים מבחוץ עכ"ל וע"י בכ"מ שם החלוקים בין כרת למיתה בידי"ש יעו"ש.

ונראה ליישב ד' הרמב"ם דיל"ד בשבועות די"ז בהא דפריך ר' זירא אלא הא דקיי"ל דטמא ששימש במיתה היכי משכח"ל אי דשהה בר כרת הוא ולמה לא מקשה למ"ל קרא כמו דנפיק בסנהדרין דס"ג וכבר הרגישו בדקדוק זה המפרשים, ונראה עפמשה"ק הר"ת שם מה בכך אי בר כרת הוא מ"מ הא איכא נפקותא טובא דהא קיי"ל חיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן ואי לקו ונפטר מכרת נשאר עליו מיתה (ונראה דאין כוונת התוס' דרק חיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן אבל ממיתה בידי"ש אינו נפטר ע"י מלקות דהא הטעם דרחב"ג דונקלה אחיך לעיניך כיון שנקלה הרי הוא כאחיך שייך על מיתה בידי"ש ג"כ וכן מבואר בפיה"מ לרמב"ם בפ"ג דמכות ועי' בערוך לנר בחדושיו לכריתות שהשיג על קול הרמ"ז וכ' שלא מצא הדבר מפורש ובאמת מפורש כן בפיה"מ להרמב"ם במכות וכונת התוס' צ"ל דאי לקו נפטר מכרת ויש עליו חיוב מלקות פעם שני' כדי להנצל ממיתה בידי"ש] וי"ל קושית התוס' דכיון דטמא ששימש במיתה וממילא פוטר המיתה בידי"ש את המלקות של לאו אחר ששהה ואף לרבא אליבא דרנבה"ק דס"ל בכתובות ד"ל דאין מיתה בידי שמים פוטר מן התשלומין הנ"מ ממון דנפיק מלא יהי' אסון אבל מלקות דנפיק מכדי רשעתו ולר"ל דס"ל דלא בעינן רשעה המסורה לב"ד ואפילו לרבנן

דפליגי על רנבה"ק סתמא דכדי רשעתו באיזה רשעה חמורה שהוא בין כרת ובין מיתה ביד"ש פוטר ממלקות וראוי שיפטור המיתה ביד"ש את הלאו דכרת וכיון שאינו מחויב מלקות לא נפטרה מידי כריתתן ומאי דחייב מלקות במיתה ביד"ש כמו באוכל טבל משום דכיון דחייבי מיתה ביד"ש שלקו נפטרו מידי כריתתן לא הוי ב' רשעיות משא"כ במלקות של לאו אחר דע"י המלקות של שהי' בטומאה לא יפטור מידי מיתה ביד"ש של שימוש בטומאה] ומדוקדק לפ"ז קושית הש"ס אלא הא דקיי"ל דטמא ששימש במיתה היכי משכח"ל אי דשהה בר כרת הוא דעל קרא דטמא ששימש במיתה לא קשה דאיצטריך שפיר דאי לאו קרא דמיתה מצד כרת הי' נפטר במלקות דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן דהא לולא חיוב מיתה ביד"ש הי' נפטר מכרת ע"י מלקות אבל השתא דכתיב קרא דטמא ששימש במיתה ונפטר עי"ז ממלקות וממילא אי אפשר שיפטור מכרת דשהיה ע"י מלקות ושפיר מקשה הש"ס בדקדוק דטמא ששימש במיתה היכא משכח"ל אי דשהה בר כרת הוא וע"י מלקות לא יפטור וקושית הגמ' לר"ל דס"ל דחיי"מ שוגגין פוטר מלקות [ובשבועות שם לרבה עי' באס"ז כתובות דל"ה דס"ל כר"ל] אבל לפ"מ שפסק הרמב"ם כריו"ח דחיי"מ שוגגין וד"א חייבים במלקות א"כ אין חיוב מיתה ביד"ש או כרת פוטר ממלקות דלא הוי רשעה המסורה לב"ד וא"כ א"ש בפשיטות מה שפסק דטבו"י ששימש במיתה לפמש"פ כרחב"ג דחיי"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן וא"כ איכא נפ"מ אע"פ דמחויב כרת משום ששהה ביאת מקדש לכשנלקה ונפטר מידי חיוב כרת דבי"מ מ"מ איכא עליו חיוב מיתה ששימש בטבו"י ומיושב השגת הראב"ד, אולם באמת נראה דגם לר"ל חשוב חיי"מ שוגגין רשעה המסורה לב"ד אילו אתרו ביה ורק כרת לא הוי רשעה המסורה לב"ד ואינו פוטר ממלקות לרבנן דרנבה"ק ורק לרנבה"ק לא בעינן רשעה המסורה לב"ד ובדין שיפטור כרת ממלקות של לאו אחר וקושית הגמ' בשבועות דטמא ששימש במיתה היכי משכח"ל י"ל דמקשה לרנבה"ק ולמאי דקיי"ל כרבנן א"ש מש"פ הרמב"ם.

ח

והנה במה שהוסיף כת"ר נופך טעם לשבח דלרנבה"ק אינו בדין שיפטור הכרת מלקות דדוקא ממון דילפינן מלא יהי' אסון ומתנא דבי' חזקי' ס"ל לרנבה"ק מגז"ש או מהיקישא דכרת כמיתת ב"ד אע"ג שאין העונש דכרת ע"י ב"ד והא הטעם דפטור מממון הוא מצד שאין ביד הב"ד לחייב ב' רשעיות כדמוכח בב"מ ד' צ"א מאתנן כפירש"י עכ"פ לא גרע מחיו"מ שוגגין דפטור מממון אבל לענין שיפטור כרת ממלקות דהא דמיתה פוטרת הוא מקרא דכדי רשעתו ובעינן שיהי' רשעה המסורה לב"ד דהא קיי"ל חייבי מיתות שוגגין

חייבין מלקות כריו"ח בחולין פ"א ופוטר דוקא באופן שהחיוב מיתה הוא בפועל וא"כ בכרת דלא הוי בפועל ע"י ב"ד שוב גם לרנבה"ק אינו פוטר הכרת ממלקות ול"ש ע"ז הגזי"ש או ההיקש דלא חמיר ממיתה דאינו פוטר כ"ז שאינו בפועל וכ"ז לריו"ח דס"ל חיי"מ שוגגין חייבים מלקות אבל לר"ל דפטור גם כרת פוטר מהיקישא דכרת למיתת ב"ד זהו תורף ד' כת"ר ודברים של טעם הם ראוים למי שאמרן.

אך בכ"ז יש לדון בזה [יעוין בהפלאה כתובות ד"ל שכ' דלרנבה"ק לית לי' הך דתנא דבי חזקי' יעו"ש עפי"ד הרשב"א שכ' דלמאן דיליף אסון אסון דין אסון קאמר וזהו דלא כחזקי' ולדברי כת"ר רנבה"ק ע"כ כדתנא דבי' חזקי' ס"ל דחיי"כ דמי לחיי"מ שוגגין אך אין ד' ההפלאה מוכרחים וקצת יש לה"ר מדהתוס' דפסחים כ"ט וכתובות ד' ל' דפשיטא להו דרבנבה"ק ס"ל כתנא דבי' חזקי'] דהא דאנו מפרשים כדי רשעתו לבי דינא היינו לרבנן דס"ל דרק מיתה או מלקות פוטר וע"כ גם פטור דלא יהי' אסון הוא ג"כ מטעם דכדי רשעתו ואף בחיי"מ שוגגין ג"כ חשוב רשעה מצד הב"ד אילו אתרו ביה דהא אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו דהוי חייבי מיתה והא גם בחיי"מ שוגגין חייב לצאת ידי"ש אע"ג דילפינן מלא יהי' אסון אלמא דטעם הפטור הוא משום כדי רשעתו וכ"ז לרבנן [ויעוין בתוס' ב"ק ד' ע' ד"ה אתנן שכ' דבחיי"כ משתעי] אבל לרנבה"ק דס"ל דכרת פוטר מן התשלומין מגזי"ש או מהקישא גלי רחמנא מגזי"ש הנ"ל דגם רשעה בידי שמים חשוב רשעה ושאין מפעולת עבירה שני עונשים גם מצד רחמנא, ובאמת חידש הצל"ח בפסחים ד' כ"ט דלרנבה"ק אין חייב לציי"ש כלל דדוקא לרבנן דס"ל דכדי רשעתו לבי דינא אזהר רחמנא שאין ב"ד יכולים לחייב ב' רשעיות אבל דין שמים יש עליו אבל לרנבה"ק אטו כרת ב"ד מחייבים אותו ולא דמי לחיי"מ שוגגין כיון דבשום פעם אין דינו מסור לב"ד ועכצ"ל דגם רחמנא לא חייבי' שתי רשעיות והחילוק בין רנבה"ק לרבנן לפ"ז הוא דלרבנן גלי רחמנא כדי רשעתו על קרא דולא יהי' אסון דרק ב"ד אין בכחם לחייב ב' רשעיות כדמוכח מההיא דאתנן אפילו בא על אמו אין חילוק בין חיי"מ לחייבי מלקות דמ"מ לציי"ש מחויב ולרנבה"ק י"ל דאחרי דגילתה תורה בהקישא או מגזי"ש דאסון דחיי"כ פוטרים מן התשלומין על כרחך שאין שום חיוב מצד עצמיות המעשה ורחמנא פטרי' דהא אין הכרת מסור לב"ד וגרע מחיי"מ שוגגין וע"כ גם הפירוש דכדי רשעתו דאינו מחויב משום ב' רשעיות גם לשמים כד' הצל"ח הנ"ל גם אם נימא דלא כד' הצל"ח ולרנבה"ק חייב ג"כ לציי"ש [דלדבריו ק"ל דלרנבה"ק דאתנן אסרה תורה מאי איכא למימר לסברת רבא] היינו דאין ביד הב"ד לחייב רשעה השני' כיון שיש עליו חיוב כרת ביד"ש מ"מ י"ל כיון שנתרבתה כרת כמיתת בי"ד הוי כמו שיש עליו חיוב

בפועל ודמי חיוב כרת במזיד לחיוב מיתה בהתראה כיון שיש עליו חיוב כרת בפועל ומה"ט כרת פוטר כמו מיתת ב"ד גם ממלקות גם מאי דמחייבין בחיי"מ שוגגין מלקות לריו"ח אין מזה הכרח דבעינן שיהי' רשעה המסורה לב"ד רק דלגבי ממון נפטר חייבי מיתות שוגגין מגזיה"כ דתנא דבי' חזקי' דמקיש מכה אדם למכה בהמה וההיקש הוא רק על ממון דנפטר מממון אבל על מיתה ממלקות דאין לנו היקש מהיכ"ת שיפטור וכ"כ הרשב"א בפ' אלו נערות על רב דימי דמסיק דלכו"ע חייבי מיתה שוגגין פטורין מממון ובמלקות חייבים יעושה"ט, אבל אין מזה הכרח דבעינן שיהי' רשעה המסורה לב"ד אלא דבעינן שיהי' עליו חיוב מיתה על פי דין ה"ה לכרת במזיד שיש עליו חיוב דין שמים בכל חיובו ולרנבה"ק דפוטר וחשוב רשעה ה"ה שפוטר ממלקות ולא מצינו לשון רשעה המסורה לב"ד רק במכות די"ג דבא למעט כרת והיינו לרבנן דס"ל דלא מצינו שיהי' כרת רשעה לגבי ממון והו"א דדוקא בממון דכתיב מיתה אבל בכדי רשעתו דלא כתיב איזה רשעה הו"א דגם כרת חשוב רשעה ע"ז קאמר ברשעה המסורה לב"ד נאמר אבל לרנבה"ק דס"ל כרת פוטר וכבר למדנו מממון דפוטר והטעם דלא יהי' אסון הוא משום ב' רשעיות דבא זה ולימד ע"ז כמשכ"ל ה"ה דהוי רשעה לפטור ממלקות דמאי שנא כרת ממיתה דדין שמים דמי לדין סנהדרין ודוקא שוגג דל"ח רשעה רק מצד גזיה"כ דתנא דבי' חזקי' דלא נאמרה רק לממון אבל כרת דמי לרשעה בפועל לרנבה"ק כאמור.

אולם בעיקר הדבר דבר ד' אמת בפיו של מעכת"ר וגוף החקירה אי כרת לרנבה"ק פוטר ממלקות וגם דדמי לחיי"מ שוגגין תלמוד ערוך הוא בירושלמי באיזה מקומות וז"ל הירושלמי פ"א דמגילה הל' י' על מתניתין דאין בין שבת ליוהכ"פ הא בתשלומין זה וזה שווין מתניתין דרנבה"ק כו' ר' יודא בר פזי אומר מכות וכרת מה אמרין בה אלו תנייא א"ר יוסה צריכה לרבנן ר' יונה בעי ולמה לא שמע לה מן הדא דתני רשב"י נאמר כרת בשבת ונאמר כרת ביוהכ"פ אין מכות אצל כרת א"ר מנא קומי ר' יוסא מה צריכי לי כרשב"ל ברם כריו"ח אם מכות אצל מיתה יש לן לא כ"ש מכות אצל כרת דאתפלגון השוחט אותו ואת בנו לשם עכו"ם ריו"ח אמר אם התרו בו לשם אוא"ב לוקה לשם עכו"ם נסקל כו' א"ל אפילו כריו"ח צריכה לי' תמן לשני דברים והכא לדבר אחד ע"כ וכ"ה בירושלמי בפ"ג דכתובות ובפ"ו דתרומות ומפשטות דברי הירושלמי נראה דמדמה כרת לרנבה"ק לחייבי מיתות שוגגין או פוטר ממלקות דפליגי בזה ריו"ח ור"ל והירושלמי מסיק תמן לשני דברים והכא לדבר אחד ולדבר אחד לכו"ע אין מלקות בחיי"כ לרנבה"ק אפילו לריו"ח, ולפ"ז יהי' סוגיא דמגילה נגד ד' הירושלמי דאל"כ לא הוי מקשה אידי ואידי בידי אדם דהא בדבר אחד ליכא מלקות אליבא דרנבה"ק אם לא דנאמר כמש"כ

הרמב"ן דלרחב"ג לא הוי ב' רשעיות והירושלמי ס"ל כמו שמבואר בבבלי דמתניתין אתי דלא כרחב"ג ואין מלקות פוטר כרת ולהכי הוי ב' רשעיות וכרת פוטר מלקות ולרחב"ג לא הוי ב' רשעיות, [אולם בירושלמי אינו מבואר כלל הא דמקשה בבבלי ואם איתא אידי ואידי בידי אדם דלהירושלמי פוטר כרת מלקות וכיון דאין בו מלקות להכי לא נפטרו מידי כריתתן], אלא דחילוק הירושלמי בין שני דברים לדבר אחד צריך באור דמאי נפ"מ בין דבר אחד לב' דברים כיון דכרת לא הוי רשעה המסורה לב"ד ודמי לחיי"מ שוגגין דחייבים מלקות א"כ מה"ט גם בעבירה אחת כיון דאין עליו חיוב מיתה בפועל לא הוי ב' רשעיות, והפ"מ והק"ע פירשו דהכא לדבר אחד לפי שהוא לאו שניתן לאזהרת כרת ואין לוקין עליו כמו על לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ומסתימת לשון הירושלמי לא משמע כן, ועוד דא"כ אין זה שום שייכות לרנבה"ק אם לוקין על לאו שניתן לאזהרת כרת אי לא ועיקר האיבעי בכרת ומלקות לרנבה"ק ועי' בנוע"י דמפרש לפי דלרנבה"ק דמי חיי"כ לחיי"מ ב"ד וכשם שאין מלקות בחיי"מ ב"ד כן אין מלקות בחיי"כ היינו דלרנבה"ק דמקיש כרת למיתת ב"ד ילפינן ג"כ דין זה [ועי' בתוספתא שלהי מכות כרת בידי"ש מלקין אותו מיתת ב"ד אין מלקין שנאמר כדי רשעתו מבואר דמצד כדי רשעתו אין מלקין במיתת ב"ד ואפשר דהתוספתא ס"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד לוקין עליו רק כל היכא דחייב מיתת ב"ד לכו"ע אין לוקין משום כדי רשעתו כמבואר במכות די"ג שם] ודאתאן עלה הרי מבואר בירושלמי דלרנבה"ק הלאו דבהדי' פוטר הכרת ממלקות לכו"ע ולאו אחר אינו פוטר לריו"ח דס"ל חיי"מ שוגגין חייבין מלקות, ויל"פ ד' ספר המקצעות בחובל ביוה"כ שפ' כרנבה"ק דלוקה משום לאו דלא יוסיף דלאו אחר אינו פוטר כרת דיוה"כ לריו"ח.

ט

ומה שהעיר כת"ר עמש"כ לתרץ קושית ההפלאה על דהר"מ שפ' בחובל ביוהכ"פ חייב דהא זה תלוי בספיקות הש"ס אי ממונא לחומרא או לקולא, והעירותי ע"ז כיון דא"א להלקותו מספק הוי כמו חיי"מ שוגגין ולהיפך אין לומר כיון דס' ממונא לקולא ונפטר מממון הו"ל כהכאה שאין בה שו"פ, דז"א דמ"מ חשוב בר תשלומים הואיל ואי תפס הנחבל אין מוציאים מידו וע"ז תמה כת"ר דהא קיי"ל דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני וא"כ מוציאים מידו גם לד' הרמב"ם מחלקים בין ת"כ ובין שארי ספיקות, הנה עיקר החילוק בזה דממון לא בעי גמר דין והוי בספק חיוב ואם הוא מחויב בודאי לא נפטר מחיובו רק שאין להוציא מהמוחזקות שלו וביותר למש"כ המל"מ בפ"ו מהל' עדות ובפ"ב מהל' ט"צ דבספיקא דדינא לא מהני חזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין וע"כ

אין שום בירור לחזקה על סד"ד ולא מהני חמ"ק המבררת רק חזקת ממון שאין להוציא מיד המוחזק משא"כ במלקות דבעי גמר דין ואף אם הוא מחויב מלקות אין גומרין דינו מספק וכתבתי להאלים הסברא דהא דספק ממונא לקולא הוא רק מצד המוחזקות שבו ואי תפס אידך לא מפקינן מיני' והא לכו"ע אם תפס הנחבל קודם שנולד הספק מהני תפיסתו וגם דבספיקא דדינא לד' הרמב"ם דת"כ אין מוציאין אותו מידו וה"ה בכל ספיקא דדינא כיון דתמ"ק לא מהני גבי' שום חזקה רק חזקת ממון שאין להוציא מידו ואם תפס אידך מהני, ויש לה"ר, מגיטין ד' מ"ב באיבעי דמעוכב גט שחרור אי אוכל בתרומה דמשני הכי השתא התם בהגדילו התערובות אם יבוא אלי' ויאמר קנין כספו קרינן בי' והא אי נימא דכיון דספק ממונא לקולא נחלט הפטור בודאי א"כ כיון שמספק אינם יכולים לעבוד עבודת עבד זע"ז ואין רשות רבו עליו ואיך יקרא קנין כספו אע"כ כיון דאין כאן חזקה המבררת ורק מצד מעלת המוחזק הוי ספק קנין כספו ולא נפקע ע"ז קנינו [אך נתקשיתי בדברי הגמ' דהא האדון מיאש א"ע מספק והוי מעוכב ג"ש כיון דא"י לעבוד עמו וראיתי שהרגישו בזה] ויש לפלפל בזה בד' הפוסקים אי אמרינן דהעבד תפוס בעצמו:

ומה שרמז כת"ר לד' התוס' בכורות ד' ט' ד"ה לאפקועי דאע"ג דאינו נפטר אלא מספק דינו כודאי פטור ורמז גם לד' המהרי"ט אלגאזי וכונתו למש"כ האלגאזי בתוך דבריו דלהכי אינו מחויב להפריש מספק לקיים מצות הפרשה לפי שאינו מחויב לעורפו להפסיד ממונו דספק ממונא לקולא וכל שאינו בעריפה אינו בפדי' מבואר מזה דאע"ג דאינו נפטר ממצות עריפה אלא מספק ומ"מ קרי ליה אינו בעריפה אלמא דמה שנפטר מספק ממונא לקולא נחשב כודאי, והנה מלבד מה שיש לחלק בין פטור מספק מצוה לספק ממונא שבינו ובין התובע לא דמי לפמש"כ לחלק בין ספק דמציאות ובין ספיקא דדינא דספק דמציאות דמוקמינן אחזקה גם גבי פט"ח איכא חזקה דהולד במעי אמו חולין ועי"ז גם חמ"ק שהי' בחזקתו במעי אמו וחזקת מ"ק דהוי חזקה המבררת מהני לעשות בתורת ודאי משא"כ בספיקא דדינא דלא מהני חמ"ק ומעלת המוחזק גרידא לא מהני לעשות בתורת ודאי [ואפשר דמה"ט אינו עורפו מספק דמוקמינן בחזקת חולין ולר"י דס"ל פט"ח אסור בהנאה כיון דאפשר לתקן בהפרשת טלה הו"ל כדשיל"מ], אולם בכלל דברי האלגאזי שם אינם מדוקדקים דמשה"ק שם לדבריו מספיקות דיבמות דמ"א י"ל בפשיטות דשא"ה דחיי"ל ועשה בני חליצה ויבום נינהו וע"כ מה שאסורה להתייבם מספק לא מהני להפקיע זיקה והוי רק ספק ערוה ושפיר אמרינן אם יבא אלי' כו' משא"כ בזה אמרינן סוף סוף הא אינו מחויב לעורפו ממילא ליתא בהפרשה וזה

פשוט, אבל גוף דבריו תמוהים מנ"ל לדרוש כ"ד שאינו בעריפה אינו בפדי' דבר שאינו מוזכר בגמ' ובפשיטות נראה בדהתוס' דמצות הפרשה ל"ש רק היכא שמתקן בהפרשתו כמו בתרומה דעי"ז יתוקן איסור טבל כמ"כ בפט"ח לר"י מפקיע איסורו ולר"ש פיטרו מעריפה משא"כ בספק פט"ח לר"ש דכיון שא"צ לעורפו מספק ופט"ח מותר בהנאה הפרשתו אינו מתקן כלום ואיך שייך בזה הפרשה כיון שאין בזה דין נתינה ודמי לפדיון הבן גם סברת האלגאזי דעריפה הוי ספק ממונא לקולא לפי שעי"ז מפסיד ממונו אם כי משטחיות לשון התוס' משמע כן לא אבין דספק ממונא לקולא ל"ש רק היכא דאיכא דררא דגזל להתובע או להנתבע וכמ"כ בספק דמת"כ דאם יתן להכהן בשעה שאינו מחויב יהי' גם אצל הכהן גזל ובזה אמרינן ספק ממונא לקולא היינו היכא דהמצוה הוא בחיוב נתינת ממון אבל מה שיגרום לו המצוה הפסד ממון האם ג"ז יקרא ספק ממונא ותמוה דא"כ נימא דכל המצות הדורשות הרצאת ממון לבעליהם יפטור עי"ז מצד ספק ממונא לקולא ואולי י"ל לפ"מ דתני לוי הוא הפסיד ממונו של כהן לפיכך יופסד ממונו וביותר לר"ש דדריש טעמא דקרא וע"כ בספק פט"ח שאינו מפסיד ממונו של כהן פטור ממצות עריפה, וע"ע בד' הרמב"ם והראב"ד במצות עריפה ובד' האלגאזי בספ"ק, שו"ר במנ"ח במצוה כ"ג שהרגיש בזה], ובעצם החקירה בספק ממונא לקולא אם בודאי היא שלו כבר האריכו בזה בספרי האחרונים ועי' בתשו' חמדת שלמה בסי' א' וב' ובתשו' הנתיבות אליו שם והמחברים חילקו בין ספיקא דמציאות ובין ספיקא דדינא ובזה תירצו קושיתם מב"ב דפ"א וב"מ ד"ו דאי ת"כ מוציאין אותו מידו יכול לעשר דבב"ב דפ"א הוי ספיקא דדינא ע"כ לא מהני חמ"ק וע"כ לא נתברר בודאי משא"כ בת"כ בב"מ דהוי ספק במציאות ואכמ"ל.

ומש"כ כת"ר אמנם בלא"ה יותר מסתבר לתפוס צד הראשון דהואיל ומספק"ל אי חייב מלקות אי לא וגרע מהתראת ספק דהא גם בשעה שאנו באים להלקותו מספק"ל אם הוא חייב מלקות או לא וא"כ הוי כחייבי מלקות שוגגין, ולא הבינותי הן אמת דאם אי אפשר להלקותו פשוט דהוי כחייבי מלקות שוגגין אבל צריך טעם מהכ"ת שלא ילקו אותו כיון דספק ממונא לקולא ונפטר מממון בודאי לסברת כת"ר א"כ הוי כפחות משו"פ ולמה לא ילקו אותו בודאי דהא סוף סוף פטור הוא מתשלומין וא"כ כיון שידוע לנו מתחילה דיפטר מממון מצד מעלת המוחזק והוי התראת ודאי ומלקות ודאי [וראיתי בההפלאה שהרגיש בזה וכתב משום דבכל ספק אי אתה רשאי להחמיר עליו אלא להקל עליו ונידון בקל ויל"ע דהא גופא ספק הוא איזה מהם חמיר וי"ל] והנה הדר"ג פשיטא לי' דבחובל בשבת לוקה משום לא יוסיף והאריך לסתור מש"כ בזה, ולדידי

ספוקי מספק"ל משום דלא אשכחן בתלמוד רק בחובל פחות משו"פ כמש"כ באות א' ויש להוסיף בזה דלשי' רש"י דמהני תפיסה שייך בזה חס רחמנא אממונא דנחבל וגם אי נימא דגזיה"כ הוא דמשלם ואינו לוקה מ"מ י"ל למש"כ הרמב"ן בחידושיו למכות להקשות בהא דפ"ק בסנהדרין הביא הבעל עדים שזינתה והביא האב עדים והזימום דעידי הבעל נהרגים ואין משלמים ממון וא"כ איך מקיימים בהם כאשר זמם במקצת ותירץ דהתם כיון דרחמנא אמר קלבד"מ כמאן דמקיים כולא מילתא ורחמנא הוא דפטרי' ולפי סברתו מאי דמענישין בחמורה הוי כמאן דמקיים בי' כולא מילתא יעו"ש, א"כ י"ל בחובל בשבת דנפטר מממון משום קלבד"מ דיש בכלל קלבד"מ חיוב ממון ג"כ דנכלל בכלל חיוב מיתה ולהכי יש בו דין ממון ואינו לוקה, ויש לחלק מהזמה וגם דבכדי רשעתו בעינן רשעה המסורה לב"ד וכיון דאין הב"ד מחייבים ממון בפועל ואף דאיתנהו בפטור דקלבד"מ מ"מ אין בו חיוב דממון וחייב מלקות וצ"ע.

ומש"כ עמש"כ הא דלא משכחת ביטלו ולא ביטלו בגזילה במחתרת משום דלאו הניתן לתשלומין הא נדחה המלקות כמו ממון מצד חיי"מ שוגגין דעדיין יקשה דהא משכח"ל שעבר בלאו והתרו בו למלקות דאין מלקות דוחה מלקות סמכתי בזה על מה שהארכתי בקונטרסי ששלחתי לכת"ר [ויבואר בסימן שאח"ז] בשי' הרמב"ם דאין תשלומי גניבה וגזילה נדחים מפני לאו אחר.

סימן כא

בענינים אלו.

א

הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה הל' ד' כתב הגונב טבלו של חבירו ואכלו משלם לו דמי טבלו וכן אם גנב חלבו של חבירו ואכלו משלם לו דמי חלבו עכ"ל ולכאורה אם בא רבינו להשמיענו דבעינן שיהי' החיוב מלקות ותשלומין באים כאחד הו"ל לכתוב הטעם דבעידנא דאגבי' קני' ונפ"מ כגון שתחב לו חבירו כדמסיק בגמ' דאם באים כאחד פטור ועוד דאין כאן מקומו, ובפ"ג מהל' גניבה הל' א' ב' כתב הרמב"ם בפרטיות כבר בארנו בהל' נערה שכל העושה עבירה כו' בב"א שנתחייב בתשלומין עם עון מיתת בי"ד כאחת או שנתחייב תשלומין ומלקות בבת אחת אבל כו' וא"כ ד' הרמב"ם ברור מללו בין במיתה ובין במלקות בעינן שיהי' באים כאחד אבל אם אינם באים כאחד חייב בתשלומין א"כ למה הכפיל הרמב"ם הלכה זו בפ"ב ולא כתב שום טעם דמשמע דבכל אופן חייב אפילו אם המלקות והתשלומין באים כאחד מדכתב בסתימות [ובאמת בפרק זה מדבר הרמב"ם

בדיני כפל והראב"ד השיג ע"ד הרמב"ם דמשלם כפל דמי טבלו וחלבו ועי' בהה"מ שם שמפרש דהרמב"ם מודה לזה אבל הראב"ד נראה דמפרש ד' הרמב"ם שקבע הלכה זו בפ"ב מהל' גניבה בדיני כפל דחידוש דינו שאינו משלם רק קרן לבד והדבר סתום וחתום למה לא ישלם כפל]. ולכאורה נראה בשיטת הרמב"ם דהא דמלקות פוטר תשלומין היינו דוקא תשלומי היזק בעלמא אבל תשלומים הבאים מחמת לאו דגניבה וגזילה אינו פוטר וכן נראה מדקדוק לשון הרמב"ם בפ"ג מהל' גניבה הל' ג' גנב כיס בשבת כו' וכן אם קצץ אילן חבירו ביו"ט והתרו בו או שהדליק את הגדיש ביוה"כ והתרו בו כו' ושכל הרמב"ם את לשונו דבגניבה נקיט בשבת ונראה דביו"ט אינו פוטר ובקצץ אילן חבירו ביו"ט ג"כ פטור ובגנב וטבח ביוה"כ והתרו בו דפטור על הטביחה שאין זה מעשה גניבה אבל בגניבה דוקא בשבת פטור משום חיי"מ שוגגין אבל ע"י התראה למלקות ביוה"כ ויו"ט לא נפטר בגניבה ויש להסתייע מדהגמ' דכתובות ד"ל דאמר מודה רנבה"ק בגונב חלבו של חבירו ואכלו דחייב ויל"ד על מאי דנקיט מודה רנבה"ק הא גם לדידן נפ"מ אם התרו בו למלקות דפוטר מן התשלומין דמ"מ חייב משום בעידנא דאגבי' קניא והרגיש מזה בס' קדושת ישראל הובא בטעה"מ הל' גניבה אע"כ צ"ל דבאמת מצד לאו דמלקות אינו פוטר בגניבה וגזילה וכן יש להביא ראי' מלשון הש"ס בסנהדרין דע"ב בדמים קנינהו דמשמע רק היכא דאיכא חיוב מיתה קנינהו וקשה הא גם היכא דאיכא חיוב מלקות ואם התרו בגזילה ע"י חלול יו"ט משום מלקות דיו"ט ג"כ יקנה דהא הטעם דבדמים קנינהו משום דאינו מחויב בתשלומי הגזילה לפי דהוי ב' רשעיות א"כ גם בחיוב מלקות יש ב' רשעיות וראוי שיקנה את הגזילה ועכצ"ל דלאו דמלקות אינו פוטר תשלומי גניבה וגזילה.

וכן יש להסתייע לזה ממכות דט"ז דלא משכח"ל ביטלו ולא ביטלו בגזילה ולכאורה הא משכח"ל דעבר עבירה שנתחייב מיתה בשעת הגזילה ושיבר מיד ונפטר מתשלומי דמיו וממילא דחייב מלקות משום לאו דגזילה, אולם י"ל דאם התרו בו משום חיוב מיתה נפטר ממלקות ג"כ ואם לא התרו בו משום חיוב מיתה אף דלריו"ח חייבי מיתות שוגגין וד"א חייב מלקות מ"מ י"ל כיון דבלא עבדינן לי' החומרא מהני תפיסה חשוב ניתן לתשלומין ואם ילקה משום גזילה הא עבדינן לי' החומרא ולא יהני תפיסה כמש"כ המהרש"ל וע"כ הוי ניתן לתשלומין ואינו לוקה משום גזילה וגם בסימן הקודם כתבתי לצדד דלאו הניתן לתשלומין אפשר דנדחה המלקות ג"כ מפני חיי"מ שוגגין] אבל עדיין קשה הא משכח"ל דעבר באותו שעה עבירה שחייב עליה מלקות והתרו בו דבעבדינן לי' החומרא לא מהני תפיסה ואין בו שום חיוב תשלומי גזילה וילקה משום לאו דגזילה דאין מלקות דוחה מלקות כמש"כ התוס' במוע"ק ד"ב אעכצ"ל דאין תשלומי גניבה וגזילה

נדחים משום לאו אחר דמלקות, כמ"כ י"ל בזה משה"ק במחנה לוי בשבועות דל"ז בהזיד בפקדון והתרו בו דהא מבואר דב"ק דק"ד דחומש ממונא הוא ואיך משלם החומש דהא אין לוקה ומשלם ובמקום שאין חומש אין אשם ואיך משכח"ל מלקות ואשם ולפ"ז י"ל דבשעה שהוא כופר בב"ד ונשבע בכפירה יחד ההוא שעתא קא גזיל מיני' וע"כ משלם ולא מהני המלקות לפוטרו ומיושב בזה ג"כ מה שהקשו בטוען טענת גנב לר"ל דס"ל חייבי מלקות שוגגין פטורין איך משכח"ל שיתחייב ולמש"כ א"ש דבכפירה נעשה גזלן ואין מלקות של לאו אחר פוטרו. וכן ילה"ר מד' הירושלמי דב"ק בפ' המניח דאיבע"ל בבן סורר ומורה אי משלם על גניבתו הראשונה יעו"ש והא בסו"מ לוקה על גניבתו הראשונה ואין לוקה ומשלם וכבר הרגיש בזה בנועם ירושלמי ולמש"כ דאין תשלומי גניבה נדחה מפני מלקות א"ש ורק דאיבע"ל להירוש' משום דגניבתו הראשונה הוי חלק מחיוב מיתה וע"ע בהפלאה בחידושיו לכתובות ד"ל שכתב לישב קושית התוס' בחמץ הא מדאגבי' קני' לשי' הרמב"ם דהקונה חמץ בפסח לוקה א"כ אין לוקה ומשלם ולמש"כ כיון דבשעת הגבהה מחויב באונסין מדין גזל אין המלקות דבל יראה פוטרתו ובל"ז יש להעיר כיון דהבל יראה פוטר מתשלומין ואין כאן חיוב אחריות שוב אינו עובר בבל יראה והוי כשני הפכים וע"ע בתוס' פסחים דכ"ט שכתב כיון דאגבי' חייב באחריות אולם בבל יראה נראה דכל דבלאו עבירת הלאו יש עליו חיוב אחריות אוקמי רחמנא ברשותו וכן מוכח מהא דטוה"נ ממון בפסחים דמ"ו דאע"פ דעכשיו אין בו טוה"נ מ"מ כיון דלולא איסור חמץ יש בו טוה"נ עובר עליו בב"י ואכמ"ל, ובכה"ג ילה"ע בד' הקצוה"ח בסי' ל"ח במלוה בריבית דלמה גובה את הקרן כיון דהלוה לוקה הא אין לוקה ומשלם וי"ל ג"כ כנ"ל דאי נימא דאין הלוה מחויב לשלם את הקרן דנדחה מפני מלקות שוב לא הוי קציצה כלל כיון דאינו מחויב בתשלומין והוי כשני הפכים] מכל זה יש סיוע להנחה זו דלאו דמלקות אינו פוטר תשלומי גניבה וגזילה אולם צריך טעם מאי שנא תשלומי גניבה וגזילה משארי תשלומין וגם מקור מפורש לזה.

ב

ולכאורה נראה בטעם הדבר בשי' הרמב"ם ע"פ מה שפסק בהלכות גזילה פ"א כל הגוזל כו' אין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שנאמר והשיב את הגזילה זו מ"ע ואפילו שרף את הגזילה אינו לוקה עכ"ל מבואר מדבריו דהיכא דמחזיר בעין הוי ניתק לעשה משא"כ היכי שנשרף אינו מקיים מ"ע דוהשיב ול"ה נל"ע רק שאינו לוקה לפי שחייב לשלם והרי ניתן לתשלומין וכן מפורש בדהר"מ בפי"ח מהל' סנהדרין הל' ב' שכתב וכל לאו שניתן לתשלומין כגון לא תגזול ולא תגנוב אין לוקין עליו וכן לאו שנל"ע

כגון לא תקח אם על הבנים ומדחילק בתרי גוני מבואר דלא תגזול ולא תגנוב פטור גם באופן דל"ה נל"ע ממש רק דהוי לאו הניתן לתשלומין והנה הכ"מ שם כתב על זה בדט"ז דמכות קאמר ג"כ דלאו דלא תגזול כיון דחייב בתשלומין אין אדם לוקה ומשלם וק"ל על זה דהא בפ' אלו נערות אמר ריו"ח דכל היכא דאיכא ממון ומלקות מילקי לקי ממונא לא משלם עכ"ד ובאמת דחה התוס' שם בד"ה התם גירסא זו דאינו לוקה ומשלם כו' חדא דא"כ אדרבא יש לנו לומר דילקה ולא משלם אבל הריטב"א שם הביא בשם הרמ"ה לקיים הגירסא וכתב ומיהו לא תקשה לפי' הרמ"ה ז"ל הא דאר"י גופי' דכל היכא דאיכא ממון ומלקות לוקה ואינו משלם דשאני הכא שהכתוב ניתקו לעשה בתשלומין עכ"ד היינו דבפירוש רבתה תורה לתשלומין ועי' בשער המלך בפ"א מהל' חמץ ומצה שהביא בשם הפרי חדש לישב קושיא הכ"מ דמש"כ הרב דלאו שניתן לתשלומין היינו במאי דגלי קרא שישלם כגון הנך דנקיט הרב בדמיון וכן חובל ביוה"כ וכיו"ב אבל בעלמא מילקי לקי ממונא לא משלם [ובאמת שכבר קדמוהו הריטב"א בזה] והשעה"מ הוסיף שם דגם התוס' מודים לזה ורק בגזילה שאינו מפורש בכתוב שיהי' חייב לשלם דמיה דקרא לא כתב אלא והשיב את הגזילה אשר גזל ואפשר היכא דאין הגזילה קיימת מלקי לקי ממונא לא משלם ומשו"ה הצריכו התוס' לומר דגם בכה"ג הוי נל"ע אבל בריבית ושכיר מפורש בקרא דמשלם אפילו ריו"ח מודה דמשלם ואינו לוקה משום דאי אתה אומר ילקה ולא ישלם נמצא עוקר דבר תורה שהרי בפירוש רבתה תורה לתשלומין ודמי לחובל בחבירו יעוי"ש, [והשער המלך הקשה שם על תי' הפר"ח ממש"כ הרמב"ם פ"א מהל' גזילה כל החומד עבדו כו' ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה והשיג עליו הראב"ד דהו"ל לומר מפני שהוא חייב בתשלומין שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב את הגזילה ומאי ראי' מייתי מגזילה דגלי קרא בהדיא משא"כ בחומד דלא גלי אימא דמילקי לקי ממונא לא משלם ועוד מקשה למש"כ הה"מ דלהכי לא נתן רבינו הטעם לפי דבאמר רוצה אני ל"ש חיוב תשלומין דהא בתוקף בחזקה יש בו מעשה וקשה דבלא אמר רוצה אני ילקה ולא ישלם כיון דלא גלי קרא ובכל מקום מילקי לקי ממונא לא משלם יעו"ש שהניח בצ"ע וי"ל עפמש"כ הפני יהושע בב"מ דס"ב לחדש דהא דמילקי לקי ממונא לא משלם הוא כמו באונס ומפתה ומוציא ש"ר אבל כל היכא דהלאו בא מחמת הפקעת ממון חבירו כמו ריבית ואונאה גם ריו"ח מודה דממונא משלם מילקי לא לקי כמו בגזילה ואף על פי דלא גלי רחמנא בריבית מ"מ כמו שהוא מחמת הפקעת ממון דמי לגזילות יעו"ש ולפי"ז א"ש שי' הרמב"ם בלא תחמוד היכא שתוקף בחזקה ולא אמר רוצה אני שיש בזה הפקעת ממון כמו גזילה בודאי דמשלם ואינו לוקה ככל

לאו הניתן לתשלומין משא"כ באומר רוצה אני שאין בזה הפקעת ממון והי' בדין שילקה ולא ישלם כבכל התורה דמילקי לקי ממונא לא משלם להכי כ' הרמב"ם הטעם דבכה"ג הוי לאו שאין בו מעשה.

והלמד מדבריהם בשי' הרמב"ם דלהכי אינו לוקה בגניבה ובגזילה היכא דנשרף משום כדי רשעתו כיון דבפירוש ריבתה תורה לתשלומין אי אפשר לחייבו מלקות דאי אתה מחייבו משום שתי רשעיות ודמי לחובל בחבירו דבפירוש ריבתה תורה דמשלם וממילא דאינו לוקה משום כדי רשעתו ולפי"ז למש"פ הרמב"ם בפ"ד מהל' חובל ומזיק הלכה ט' דהחובל בחבירו ביו"כ אפילו במזיד חייב בתשלומין ואעפ"י שעבר עבירה שהוא חייב עלה מלקות והוא כל המחויב מלקות ותשלומין לוקה ואינו משלם שאין לוקה ומשלם כן הם הדברים בכל חוץ מחובל בחבירו שהוא משלם שהרי בפירוש רבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין שנאמר רק שבתו יתן עכ"ל מבואר בד' הרמב"ם דחובל בחבירו דגלי רחמנא דמשלם ואינו לוקה גם אם נתערב לאו אחר דיוה"כ משלם ג"כ דכיון דגלי גלי, [וסברת התוספות בכתובות דל"ב דחס רחמנא אממונא דנחבל שייך ג"כ אם נתערב לאו אחר] וא"כ ה"ה כל היכא דבפירוש ריבתה תורה לתשלומין כמו בגניבה וגזילה דגלי רחמנא דמשלם ואינו לוקה משום דאין לוקה ומשלם ה"ה אם נתערב בו איסור אחר ולהכי בגונב חלבו של חבירו אם התרו בו למלקות גם באופן שיהי' חיוב גניבה ואכילה כאחת אינו פוטר מתשלומין כמו בחובל בחבירו ביוה"כ ולהכי איצטריך רב חסדא לומר מודה רנבה"ק דגונב חלבו של חבירו חייב כו' דלרנבה"ק דיוה"כ כשבת גם בחובל ביוכ"פ פטור דלא אמרינן כיון דגלי גלי מקילתא לחמירתא מלאו לכרת כמו בחובל בשבת לדידן ואילו היה מעשה הגניבה ואכילה כאחד או דנימא דהגבהה צורך אכילה חשוב מעשה אחת הי' נפטר ולהכי חידש רב חסדא דמודה רנבה"ק בגונב חלבו של חבירו דחייב וע"כ שפיר פסק הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה דגונב חלבו וטבלו של חבירו סתם דחייב ולא חילק כלל ולא פירש הטעם דבעידנא דאגבי' קניא כמש"כ בפ"ג מהל' גניבה משום דבא לאשמעינן שאין מלקות דחלב וטבל פוטר בכל אופן מתשלומי גניבה דבפירוש ריבתה תורה לתשלומין כדין חובל ביוהכ"פ [שו"מ להגאון ר' ברוך פרענקיל שהרגיש במקצת הדברים בספרו עטרת חכמים].

ג

אולם עיקר היסוד שכ' הפר"ח והשעה"מ בשיטת הרמב"ם בישוב קושית הכ"מ דהא דלאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו משום דבפירוש רבתה תורה לתשלומין ואין לוקה ומשלם וכמש"כ הריטב"א בשם הרמ"ה תמיהני לדבריהם ממש"פ הרמב"ם בפי"א מהל'

שכירות שאינו לוקה משום לאו דלא תלין פעולת שכיר דהוי לאו הניתן לתשלומין וכן בכובש ש"ש והא חיוב תשלומין דפעולת שכיר הוא משעת קציצה או בשכיר יום משכלה היום נתחייב בתשלומין ולאו דלא תלין אינו עובר רק עד בקר וכיון שאינם באים כאחד למה לא ילקה ומשלם והרי הריטב"א כתב במכות שם בשם הרמ"ה וז"ל כיון דגברא בר תשלומין הוא אפילו בטלו אינו לוקה שאין אדם לוקה ומשלם ונצטרך לפרש דברינו דחיוב תשלומין משעת חבלה דייינין ליה בחיוב תשלומין ואע"פ שנשרף מאליו או נאבד דאי לא למאן דתני קיימו ולא קיימו למה אינו לוקה ומשלם דהא חיוב מלקות על שעת גזילה ותשלומין על שעה שנאבד או שנשרף אלא ודאי כיון דחייב בתשלומין דחבל שלא כדין הו"ל מאותו שעה כגזלן שמשלם כשעת הגזילה כל היכא דאיתבר ממילא כו' הרי מפורש מדברי הרמ"ה דאם לא היו באים כאחד הי' לוקה ומשלם גם במשכון וגזילה א"כ למה לא ילקה בכובש ש"ש ובלאו דלא תלין כיון דנתחייב בתשלומין מקודם ומלקות אחרי כן וכן בגניבה וגזילה יקשה למאן דס"ל בטלו ולא בטלו ועיקר חיוב המלקות בשעת ביטול העשה א"כ היכא דשרפו בידים למה לא ילקה וישלם דהא חיוב ממון נתחייב בעידנא דאגביה וחיוב מלקות בשעה שביטל העשה ושרף בידים וניהו דהרמב"ם לשיטתו בפי"ח מהל' סנהדרין שפ' כמ"ד קיימו ולא קיימו ובאים כאחד חיוב ממון ומלקות אבל מ"מ יקשה דלמ"ד בטלו ולא בטלו היכא דשרף הגזילה בידים ועל זה י"ל דלפי סברת הרמ"ה למ"ד בטלו ולא בטלו מתחיל ג"כ חיוב מלקות מעבירת הלאו וכן מוכרח בדעת הרמ"ה שם דאל"כ אכתי תקשה למ"ד בטלו ולא בטלו דישלם וילקה ישלם דהא הו"ל גזלן משעת חבלה וילקה בעת בטול העשה ועכצ"ל דגם למ"ד בטלו ולא בטלו חשיב באים כאחד ואין לוקה ומשלם, אולם ק"ל לפי סברתם דמצד אין לוקה ומשלם אינו לוקה בלאו הניתק לתשלומין א"כ לר"מ דס"ל לוקה ומשלם בגניבה וגזילה היכא ששרף ואינו בעין דלא הוי נל"ע רק לאו הניתק לתשלומין ילקה ולא אשתמיט תנא למימר שילקה ובחולין דקמ"א מוכיח מברייתא דגנב וגזלן ישנו בכלל מלקות ארבעים דס"ל דלאו הנל"ע לוקין עליו ולדבריהם עדיין קשה היכי שנגנב דלד' הרמב"ם בהל' גניבה הוי לאו הניתק לתשלומין ולא הוי נל"ע וכן בגזילה היכא שנשרף למה ילקה וישלם דהא אין לוקה, ומשלם, ומה בכך דנל"ע לוקין עליו ואם נימא דמפרש באופן דהגזילה בעין וגם גניבה בעין נאמר דהוי נל"ע כמו גזילה והיכא דהוי בעין ל"ש לומר אין לוקה ומשלם דס"ל דהיכא דבעין לא אמרינן בדמים קנינהו דא"כ יש לדקדק דמנ"ל דס"ל דלאו הנל"ע לוקין עליו דילמא מיירי הברייתא היכא דאין החפץ בעין ואעפ"י דהוי לאו הניתן בתשלומין ס"ל כר"מ דלוקה ומשלם אעכצ"ל דסתמא דברייתא דגנב וגזלן ישנו

בכלל מלקות ארבעים ע"כ בכל גוני לוקה בין היכא דאיכא בעין או שאינו בעין ועדיין קשה היכא שאינו בעין מה בכך דלאו הנל"ע לוקין עליו הא אין לוקה ומשלם ודוח"ל דס"ל להש"ס לאוקמי הך ברייתא כמ"ד דלאו הנל"ע לוקין עליו וכר"מ דלוקה ומשלם דכל כי האי לא הו"ל לסתום, מכל זה מוכח דהא דלאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו לאו מדין דכדי רשעתו אלא מצד קלות הלאו דכל דגלתה תורה דמשלם ומתקן העון אשר חטא דמי ללאו הנל"ע.

ד

והנה השעה"מ התוכח שם עם הרב יבין שמועה דכתב. דלאו הניתן לתשלומין הוא מצד לאו הנל"ע והוכיח השעה"מ משי' הרמב"ם בלאו דלא תלין פעולת שכיר ומאל כליך לא תתן שפסק שאינו לוקה משום לאו הניתן לתשלומין אף דלא כתיב ביה עשה, מ"מ נראה דאף דהתשלומין לא כתוב בגדר עשה יש לו דין נל"ע דכל מה שהלאו הוא משום הפסד ממון חבירו ומשלם ההפסד הרי התשלומין תקון הלאו בפועל דע"י התשלומין יתוקן העון אשר חטא וכמו לאו הנל"ע אין לוקין עליו ה"נ לאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו, ודוגמא לזה כתבו התוספות בכתובות דל"ב בד"ה שלא השם בתוך הדבור דהתם ודאי ע"כ נל"ע שהרי עיקר הגזילה מתחת ידו אע"ג דהעשה לא כתיבא גבי הלאו עכ"ל וה"נ בלאו הניתן לתשלומין שיש לו לשלם ולתקן הלאו בפועל יש לו דין לאו הנל"ע בכל גוני ואף לר"מ דס"ל דלוקה ומשלם מ"מ הא מודה דלאו הניתק לעשה אין לוקין עליו ושפיר מוכיח הגמ' בחולין דקמ"א מברייתא דגנב וגזלן ישנן בכלל מלקות ארבעים משום דאי לאו הנל"ע לוקין עליו גם לאו הניתן לתשלומין לוקין עליו.

ובאמת תמיהני לפי דברי הרמ"ה במכות דמקיים הגירסא דאין לוקה ומשלם דמשום דבפירוש ריבתה תורה דמשלם ומדין כדי רשעתו אינו לוקה יקשה דלר"מ דס"ל דלוקה ומשלם דילקה בגניבה וגזילה היכא דנשרף ועל כן נ"ל דגם הרמ"ה מודה בגניבה וגזילה דהוי לאו הנל"ע כמש"כ התוספות או דהוי לאו הניתן לתשלומין כלאו הנל"ע כשי' הרמב"ם והרמ"ה דמקיים הגירסא בגמ' דאין לוקה ומשלם קאי על משכון דמקשה והרי גזל והרי משכון ומשני כיון דחייב בתשלומין ואין לוקה ומשלם ובגזילה סגי מאי דחייב בתשלומין אולם במשכון דלאו דלא תבוא אל ביתו לאו מדין גזל והפקעת ממון כמש"כ הה"מ בפ"ג מהל' מלוה ולוה בשי' הרמב"ם [ובאמת לשי' הרמב"ם לוקה ג"כ ויבואר בסי' שאח"ז] וע"כ היכא דנאבד או נשרף דאינו מחזיר החפץ בעין אינו מקיים העשה דוהשיב חשיב וע"י הדמים שמשלם לא יתוקן הלאו שבו שאינו מחמת הפקעת ממון ומ"מ ס"ל להרמ"ה דכיון דחבל שלא כדין והו"ל מאותו שעה כגזלן ומחוייב לשלם מדין

גזילה ובגזילה משלם ממילא גם אם נתערב בו איסור אחר דלאו דלא תבוא אל ביתו ג"כ משלם כמו בחובל ביו"ט לשי' הרמב"ם וכן מדויק לשון הרמ"ה דעל חבלה דמשכון קאי ולא על גזל אולם לפמשנ"ת בשי' הרמב"ם דהא דלאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו לפי דהתשלומין הוי תקון להעשה ולא מדין כדי רשעתו א"כ הא נסתר כל היסוד מחובל ביו"ט דהתם בפירוש רבתה תורה דמשלם ואינו לוקה מצד כדי רשעתו וכיון דגלי גלי ומשלם ואינו לוקה גם משום לאו דיו"ט אבל בלאו הניתן לתשלומין דהוי כלאו הנל"ע דאינו לוקה משום דהוי לאו הנל"ע שאין לוקין עליו ואין בזה שום חידוש אבל אם נתערב בו לאו אחר כלאו דיו"ט וכלאו דלא תבוא אל ביתו במשכון כיון שאותו לאו לא ניתן לתשלומין ולא הוי ניתק לעשה למה לא ילקה וכיון דלוקה משום אותו לאו ממילא דאינו משלם מצד גניבה וגזילה מדין דכדי רשעתו כמו שארי תשלומי ממון דנזקין דקרע שיראין וקוצץ אילן חבירו ביו"ט ול"ש בזה כיון דגלי גלי כמו בחובל דהא אין בזה שום חידוש שמשלם ואינו לוקה בגניבה וגזילה ככל לאו הנל"ע שאינו לוקה.

ה

ומצאתי מקור לשי' הרמב"ם שאין לאו הניתן לתשלומין נדחה מפני מלקות של לאו אחר מד' הירושלמי רפ"ז דתרומות דבתר דמקשה לר"ל דס"ל דחיי"מ שוגגין פטורין מהא דאיש כי יאכל קדש בשגגה ומסיק אלא רשב"ל כדעתי' כמה דרשב"ל אמר תמן הכל בכלל לא תענה כו' והכא הכל הא בכלל וזר לא יאכל קדש יצא ואיש כי יאכל קדש לחייבו ממון והתני מודים חכמים לר"מ בגונב חלבו של חבירו שהוא לוקה ומשלם שכן האוכל חלב לוקה והתני מודים חכמים לר"מ בגונב תרומת חבירו שלוקה ומשלם שכן האוכל תרומה לוקה והתני מודים חכמים לר"מ בחוסם פרתו של חבירו שהוא לוקה ומשלם ששת קבין לפרה כו' שכן החוסם פרתו לוקה אר"י שכן במחויבי מיתות גנב תרומת הקדש לוקה ומשלם מ"מ הפסידו ממון א"ר מנא קומי ר' יוסי מעתה הבא על אחותו קטנה ילקה וישלם שכן הבא על אחותו בוגרת לוקה (כ"ה הגירסא בירושלמי כתובות פ"ג) חזר ואמר תמן חלה עליו מיתה ותשלומין כאחת ברם הכא מחסימה ראשונה נתחייב מלקות מכאן ואילך בתשלומין התיב ר' זירא קומי ר' מנא הרי המצית גדישו של חבירו משיבולת הראשונה נתחייב מיתה מכאן ואילך לתשלומין ולית את אמר הכין אלא על כל שבולת ושבולת יש בה התראות מכות והתראות תשלומין אף הכא על כל חסימה יש בה התראות מכות כו' שוגג בתרומה ומזיד בחמץ שוגג בתרומה ומזיד בנזיר כו' אין נפתרינה בשני דברים ניחא אין נפתרינה בד"א מחלוקת ר"י ורשב"ל והמפרש כ' דלפ"מ דמשני על חסימה שאינם באים כאחד ה"ה בגונב חלבו ותרומה של

חבירו דלוקה ומשלם מה"ט דבעידנא דאגבי' קני' ואינו מובן דעיקר חסר מן הספר ועוד דהא טעם דחסימה איתותב בירושלמי מהדליק את הגדיש ועוד מאי שייך בזה מודים חכמים לר"מ דהא היכא שאינם באים כאחד גם במיתה דגם לר"מ אינו מת ומשלם מ"מ מת ומשלם בכה"ג כמו בהגונב כיס בשבת ואין לזה שייכות מחלוקת דר"מ וחכמים אי לוקה ומשלם אף שהוא מעשה אחד ובאמת בירושלמי לא מצאתי הטעם דבעידנא דאגבי' קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד דאכל [גם לפי ש"ס דילן משכח"ל שיהי' באים כאחד כמש"כ הריצב"א בתוד"ה לא צריכא כתובות ד"ל דתחב לו בבית הבליעה ונהנה מיד חשוב באים כאחד ויעוי' בירושלמי תרומות פ"ח לר"א הלועס כבלוע ול"ק קושיית הש"ס מדלעסיה קניא ומשכח"ל חיוב ממון ומלקות כאחד] ויותר נראה דשי' הירושלמי דהגביה ע"מ לאכול חשוב הגבהה צורך אכילה כמעשה אחת ולא אמרינן מדאגביה קניא ופטור בכה"ג מדין קלבד"מ וכן נראה מקושיית הירושלמי לר"ל דחיי"מ שוגגין פטורין מקרא דוזר לא יאכל קדש דמאי מקשה דהא אפ"ל דחייב משום דאגבי' קני' וכן מאי משני דבפירוש רבתה תורה לתשלומין דהא י"ל דמאי דגלי רחמנא בתשלומין הוא משום דאגבי' קני' ועי' בהפלאה כתובות ד"ל שהרגיש כיוב"ז בדהתוס' שם והגבהה לצורך אכילה חשוב מעשה אחד.

וכן יש להוכיח מד' הירושלמי בפ' המניח דאיבע"ל בבן סורר ומורה אי משלם על גניבתו הראשונה ומשמע ב דעל גניבתו השני' בודאי אינו משלם לפי דנפטר מצד חיי"מ שוגגין והא אינו מחויב על הגניבה רק שיאכל ג"כ וא"כ כבר נתחייב משום גניבה קודם שנתחייב חיוב מיתה וצ"ל לפי שהיתה הגניבה והגבהה לצורך אכילה חשוב מעשה אחת [וע"ע בפיה"מ להרמב"ם בגיטין דנ"ג במתניתין דהמנסך] עכ"פ מבואר בד' הירושלמי דמודים חכמים לר"מ בגונב חלבו ותרומת חבירו אף באופן דהוי מעשה אחד שלוקה ומשלם וצריך טעם לזה ונראה בשיטת הירושלמי בטעם הדבר דבגניבה שניתן לתשלומין ואינו נדחה מפני מלקות של אכילת חלב לוקה ומשלם משום דהא דילפינן מכדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אחד מחייבו משום שתי רשעיות היינו דוקא ממון שמחויב מצד דין תשלומין כמו מזיק וכיו"ב משא"כ בלאו הניתן. לתשלומין שהוא בגדר עשה המתקן את הלאו וכמו שאינו נדחה הלאו כמו כן אינו נדחה העשה הבא לתקן הלאו דהעשה והלאו חדא מילתא כמש"ש הריטב"א במכות דט"ז בשם הרמ"ה דכיון שנתק הכתוב את הלאו בעשה הרי הן כחדא מילתא וכאלו הלאו היא התחלת העבירה והעשה גמר העבירה וכשהתרינו בשעת נטילת האם ובא ושחט כאילו התרינו בשעת שחיטה ממש דכולא חדא עבירה עבדה רחמנא כו' עכ"ל וזהו בביטול

העשה וה"נ בקיום העשה שמתקן הלאו אי אפשר שיפטור מתשלומי העשה דוהשיב מדין ב' רשעיות ע"י מלקות של לאו אחר ולבלי לתקן הלאו דגזילה דהלאו ועשה חדא מילתא וכמו שאין לאו דוחה לאו כמו כן אינו דוחה עשה המתקן את הלאו וממילא שאין הלאו אחר נדחה מפני הממון של העשה ולא דמו לחיי"מ דפוטרין ממון דגזילה וחבלה דחיי"מ פוטרין ממלקות ג"כ אבל חייבי מלקות שאינם דוחים מלקות אחר ממילא גם הממון שהוא בגדר עשה הבא לתקן הלאו אינם דוחים זה את זה דחשוב כרשעה אחת כמ"שכ התוס' במוע"ק שאין לאו דוחה לאו.

וביאור והמשך ד' הירושלמי נראה לפי זה דמתחילה מסיק דרשב"ל כדעתי' כמה דרשב"ל אמר תמן הכל היו בכלל לא תענה והכא הכל היו בכלל וזר לא יאכל קדש לחייבו ממון ומייתי סיוע לזה מהא דתני מודים חכמים לר"מ דפליגי בעדים זוממים דלרבנן משלם ואינו לוקה משום כדי רשעתו בגונב חלבו של חבירו שהוא לוקה ומשלם שכן האוכל חלב לוקה ואין איסור חלב בשביל הפקעת ממון ואינו נדחה מפני ממון דגניבה דרבתה תורה לתשלומין ולא דמי לעדים זוממים דלא תענה ברעך עד שקר נוגע להפקעת ממון של חבירו וכן תני בגונב תרומה של חבירו שלוקה ומשלם שכן האוכל תרומה לוקה כו' [ובתרומה לר"ל דמדמה לעדים זוממים ובע"ז משלם ואינו לוקה לכאורה צ"ל דמשלם ואינו לוקה כמו בעדים זוממים דהא לר"ל אין נפ"מ בין שוגג למזיד וגם חיי"מ שוגגין פטורין וכיון דגלי קרא דמשלם בשוגג קו"ח ה"ה במזיד והתרו בו דמשלם הקרן וממילא דבדין שלא ילקה כמו בע"ז מ"מ נראה מהברייתא דבאוכל תרומה של חבירו דלוקה ומשלם ג"כ משום דבאוכל תרומה של חבירו הא דמשלם הקרן מדין גזל ולא משום עבירת אכילת התרומה ועבירת אכילת התרומה הוא גם בשלו ודין תשלומי גזל לא נפקע מצד עבירת המלקות וכן המלקות אינו נדחה מפני תשלומי גזל ובשוגג דהתשלומין משום כפרה משום עבירת אכילת תרומה אף בשלו לולא דגלי קרא היה נפטר מדין חיי"מ שוגגין לר"ל ובפירוש רבתה תורה לתשלומין אבל במזיד לוקה ומשלם בכה"ג כמו באוכל חלב של חבירו] והירושלמי מתחלה הוי בעי למימר גם בחסימה הטעם דלוקה ומשלם אף דאין בזה דין גזל דמ"מ הפסידו ממון ומחזק ר' יוסי מהא דהגונב תרומת הקדש דלוקה ומשלם אף דאין בהקדש דין גזל וע"כ הטעם דמ"מ הפסידו ממון וע"ז פריך הירושלמי מעתה הבא על אחותו קטנה ילקה וישלם שכן הבא על אחותו בוגרת לוקה היינו דהמלקות אינו משום ביאת נערה רק משום שבא על אחותו ונימא דלוקה ומשלם אע"כ דזה אינו ודוקא בגניבה וגזילה דבפירוש רבתה תורה משא"כ בתרומה דאין בזה דין גזל, והא דהגונב תרומת הקדש אף דאין בו דין גזל מ"מ

כיון דגלי שייך בזה דהא גלי רחמנא בתרומה שמשלם וה"ה על לאו אחר המעורב בו משא"כ בתרומה וע"ז מסיק הירושלמי דבשוגג דתרומה ומזיד בחמץ אין תפתירנה בשני דברים דלא אמריני כיון דגלי גלי א"כ פשיטא דמלקות דחמץ פוטר מתשלומי תרומה אך אי נפתירנה בדבר אחד ואמרינן כיון דגלי גלי מחלוקת ר"י ורשב"ל דלרשב"ל ע"כ דגלי רחמנא בתרומה שמשלם וה"ה אם מלקות דחמץ מעורב בו משא"כ לריו"ח דס"ל דחיי"מ שוגגין חייבין אין ראי' דגלי רחמנא מצד איסור תרומה דהא דמשלם הוא מצד הדין וגם בהזיד בלאו ישגג במיתה אפשר כשלא התרו בו ואיך שיהי' בפירוש ד' הירוש' שצריכים ביאור ובפרט במאי דמדמה בחסימה לכל הני עכ"פ למדנו מפורש מהירוש' דמודים חכמים לר"מ בגונב תרומה וחלבו של חבירו שלוקה ומשלם ואין בזה רמז מדאגבי' קני' ועוד דא"כ אין זה שייכות להא דר"ל דבפירוש רבתה תורה לתשלומין ועכצ"ל דהטעם כמש"כ דבגניבה וגזילה אין שום מלקות פוטרתו מתשלומין וגם המלקות אינו נדחה כמשנ"ת.

1

ולכאורה יש לסתור היסוד ולהעיר מד' הרמב"ם בפ"ו תרומות הלכה ו' זר שאכל תרומה בזדון כו' לוקה ואינו משלם דמי מה שאכל שאין לוקה ומשלם עכ"ל והא לפמשנ"ת היכי דאיכא דרא דגזל לא נפטר ממלקות כיון דגלי גלי והא בעכצ"ל דמיירי בתרומה שהגיע ליד כהן דבלא הגיע ליד כהן פטור מתשלומין כדין המזיק מת"כ או שאכלן דפטור מלשלם ויעוי' בהפלאה כתובות ל' ובצל"ח דל"ב שכ"כ לדבר פשוט ובהגיע ליד כהן הוי גזל ממש והא בגזל אינו נפטר ממלקות מלאו אחר ונראה דבל"ז קשה וכבר העיר המל"מ שם דהא מדאגבי' קניא ולא משכח"ל רק כשתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה ומצי לאהדורי ע"י הדחק א"נ במשקין של תרומה והרמב"ם סתם, ונראה דהרמב"ם מיירי באמת בתרומה שלא הגיע ליד כהן ובשוגג באיסור מיתה אעפ"י שהזיד בלאו והתרו בו למלקות דבשוגג אף בתרומה שלא הגיע ליד כהן חייב קרן וחומש וכן מפורש להדיא בתרומות פ"ו דבת ישראל שאכלה תרומה ואח"כ נישאת לכהן אם תרומה שלא זכה בה כהן אכלה משלמת קרן וחומש לעצמה וכ"פ הרמב"ם בפ"י מהל' תרומות הל' ט"ז וגדולה מזו פ' הרמב"ם שם בהל' כ"ב וכן אם נפלה תרומה מאבי אמו כהן ואכלה משלם קרן וחומש לכהן חבר והחבר נותן להם דמים שהיו מוכרים בה אותה התרומה כמו שאכלו עכ"ל והוא מירושלמי הרי מפורש דבשוגג שהוא מצד כפרה צריך לשלם אף דאין בזה דין גזל וע"כ בזה שפיר פסק הרמב"ם דזר שאכל בזדון לאו ושגגת מיתה מחויב לשלם אבל אם התרו בו למלקות אין לוקה ומשלם דבכה"ג דאין בזה דין גזל רק

מצד גזיה"כ צריך לשלם קרן וחומש בזה פטור מצד קלבד"מ ומיושב קושיות המל"מ דבתרומה שלא הגיע ליד כהן ל"ש מדאגבי' קני' דאין בזה דין גזל ופטור על אכילת התרומה בכל גוני משום דאין לוקה ומשלם [ולכאורה יל"ע בחולין דקל"א דמקשה על הא דמזיק מת"כ או שאכלן פטור מלשלם מברייתא מניין לבעה"ב שאכל פירותיו טבלים שפטור מן התשלומין ת"ל ולא יחללו את שם קדשי בנ"י אשר ירימו אין לך בהן אלא משעת הרמה הא משעת הרמה מיהא משלם ואמאי להוי כמזיק מת"כ או שאכלן כו' וקשה הא אי"ק לפטור בשוגג דאם הי' אוכל תרומה הי' חייב קו"ח אף שלא הגיע ליד כהן וע"י בתוד"ה אין לתירוץ השני עיקר ההוכחה משום כי יאכל קדש בשגגה כתיב ובשוגג שפיר איצטריך קרא למיפטר באוכל קודם הרמה וצ"ל דמ"מ המיעוט דלא יחללו משמע להש"ס דעל הלאו קאי ובמזיד נתמעט, וקצת ילה"ע לפמש"פ הרמב"ם בפ"י מהלכות תרומות הל' י"ט דגם באוכל במזיד צריך לשלם חולין מתוקנים וצ"ל דיש בזה מצות נתינה על מה שאכל כמו שלא הפריש וא"כ הא אי"ק דקודם שהפריש א"צ לשלם ואין עליו שום מצוה ולכאורה הי' מיושב בזה דהר"מ בפ"א מהל' מעשר הל' ה' האוכל פירותיו טבלים אינם משלמין המתנות לבעליהם שנאמר אשר ירימו אותן עכ"ל ותמוה דהא לפי מסקנת הש"ס בדאתי' לידי' בטבלייהו מיירי וכמ"ד מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמי ולפמש"כ י"ל דלפמש"פ הרמב"ם דגם במזיד צריך לשלם חולין מתוקנים ויש בזה מצות נתינה ומה שאכל התרומה כמו שלא קיים מצות נתינה ע"כ איצטריך קרא דאם אכל בטבלייהו אין עליו שום חיוב וסוגית הגמ' קאי לפי מאי דמוכח בפסחים דאין במזיד לפי מדה והרמב"ם סמך בזה על איזה מקור שמצא, ובפשוטו י"ל דלהכי איצטריך קרא שאינו מחוייב בחומש דמהכ"ת נאמר דיתחייב בטבלו דחומש בתרומה כתיב שנתקדש בהפרשתו ויש עליו קדושת תרומה רק דהו"א דניהו דאין עליו חיוב כפרה כמו על תרומה אבל דין ממון יש בזה דהא פתיך בטבל חלק הכהן וכמש"כ הר"ן בנדרים דפ"ד ובסוכה דל"ה ותוספת פסחים דל"ח ומהכ"ת יהי' נפטר מגזל השבט ולהכי יליף מקרא דאין לך בהן כלום עד שירימו שא"צ לשלם דלא זכה בהן השבט ושפיר מקשה הש"ס כיון דמדין תשלומין קא אתי עלה ולא משום כפרה ליהוי כמזיק מת"כ או שאכלן דמצד דין גזילה פטור מלשלם ודהר"מ בפ"א מהל' מעשר י"ל דנפ"מ במכירי כהונה ולהך לישנא דפטור ממון שאי"ל תובעין גפ"מ בחיוב לציי"ש וקושית הגמרא קאי על אידך לישנא דממעטינן מזה].

ולמש"כ דבתרומה שהגיע ליד כהן דאיכא ג"כ דררא דגזל ל"ש אין לוקה ומשלם צ"ל דמשה"ק הירוש' בפ"ט דתרומות לר"ל דס"ל דחייבי מלקות שוגגין מהא דאוכל תרומה

דמשלם קו"ח ולריו"ח מוקי לה בלא אתרו בו ולכאורה הא בתרומה שהגיע ליד כהן ל"ש אין לוקה ומשלם אך בל"ז קשה דהא מדאגבה קני' א"כ מאי מקשה ממתניתין ומקראי [ויעוי' בהפלאה כתובות ד"ל שהעיר כעין זה בד' התוס' שם שכ' כיון דגלי גלי] צ"ל דקרא ומתניתין סתמא בשוגג אף בשלא הגיע ליד כהן משלם וגם במזיד באכילת תרומה וכסבור שהוא שלו משלם דבכה"ג ל"ש מדאגבי' קני' וגם אין בזה דין גזלן כמש"כ המחנה אפרים להוכיח מהא דטבחוהו ואכלוה דאין משלם רק דמי בשר בזול ובכל גוני גלי קרא דמשלם ולהכי מקשה ולר"ל משני הירושלמי במסקנא דר"ל לטעמי' דאמר בפירוש רבתה תורה עדים זוממים לתשלומין והכל היו בכלל לא תענה ה"נ הכל היו בכלל וזר לא יאכל קדש כו' ולפ"ז לר"ל גם כשהתרו בו למלקות וגם באופן דל"ש מדאגבי' קניא מ"מ משלם דבפירוש רבתה תורה אבל הרמב"ם שפסק כריו"ח דחייבי מלקות שוגגין חייבין א"כ אין ראי' מדגלי קרא ואף בהזיד בלאו ושגג במיתה ג"כ חייב מ"מ אין ראי' שהתרו בו למלקות והר"ש כתב דאפילו בהתרו בו למלקות מיירי ובתוס' רע"ק לפסחים תמה על זה מנ"ל דגלי אפילו בהתרו בו למלקות] ולהכי כשהתרו בו למלקות שפיר פ' דאין לוקה ומשלם [ומש"כ בפיה"מ להרמב"ם בפ"ב דפסחים באוכל תרומת חמץ שאין לוקה ומשלם אע"ג דהיכא דאיכא דררא דגזל ל"ש אין לוקה ומשלם אולם הא הרמב"ם הוסיף לפי שאסור בהנאה ורק דהו"א דלפי מדה משלם משום כפרה להכי הוסיף דאין לוקה ומשלם וא"ש בזה קושיית הש"ס דאי כריוה"ג דחמב"פ מותר בהנאה אמאי במזיד אינו משלם ומשני כרנבה"ק ולא משני משום דאין לוקה ומשלם דלריוה"ג דמותר בהנאה ויש בזה דין גזל ל"ש אין לוקה ומשלם ואכמ"ל] ולפי המתבאר מסקנת הירושלמי דמודים חכמים לר"מ בגונב תרומה וחלבו של חבירו שלוקה ומשלם כמשנת"ל * ונראה דמזה נובעים דברי הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה הל' ד' דהגונב חלבו של חבירו ואכלו משלם דמי חלבו ולא סיים לפי דאגבי' קניא ודרכו של הרמב"ם לכתוב רק דברים המפורשים בשני התלמודים ולפמשנ"ת דכונת הרמב"ם הוא דגם בבאים כאחד תשלומי גניבה אינם נדחים מפני מלקות דחלב כמפורש בירושלמי דמודים חכמים לר"מ בגונב חלבו של חבירו ואכלו שלוקה ומשלם וזהו מקור ד' הרמב"ם.

* **הגה"ה** והנה הטעם המלך בהל' גניבה העלה דא"א שיתחייב ממון ומלקות על מעשה אחת בגונב חלבו של חבירו ואכלו משום דהו"ל עדות שאי"ל דאע"ג דבעדים זוממין ממונא משלם מילקי לא לקי היינו אם אמרו עדות ממון לבד דהלאו משום לא תענה והממון מכאשר זמם אבל אם אמרו עדות לחייבו ממון ומלקות הדרן לכללא דמילקי לקי ממונא לא משלם, ובזה תי' משה"ק בס' קדושת ישראל בכתובות ל' בהא דאמר רב חסדא מודה רנבה"ק בגונב חלבו של חבירו ואכלו חייב שכבר

נתחייב בגניבה קודם שיבוא לידי איסור חלב דלמה נקיט שלא אליבא דהלכתא דלא כקיי"ל כרנבה"ק דהא אפילו לדידי' נפ"מ לענין מלקות וממון דהא הו"ל גבי ממון עדות שאי"ל להזימם דהעדים לא יתחייבו ממון אבל בחיוב כרת דאין העדים באים לחייבו כרת דהא קמי שמיא גליא והעדים המוזמים יתחייבו ממון הו"ל עדות שאתה יכול להזימה זהו תו"ד, והדברים תמוהים שהרי מפורש בירושלמי דמודים חכמים לר"מ בגונב חלבו של חבירו ואכלו שלוקה ומשלם ולפי פי' המפרשים לפי המסקנא משום דבעידנא דאגבי' קני' וגם לפמש"כ לפרש דבגניבה וגזילה אינם נפטרים מתשלומי ממון ולוקה ומשלם ולפי פי' המפרשים לפי המסקנה משום ולא יתחייבו רק מלקות דאין לוקה ומשלם מ"מ לוקה ומשלם ומפורש דלא כטעה"מ ומשה"ק דהא הו"ל עדות שאאי"ל [והיינו אף שהיו במעשה אחת דאל"כ הא אפשר שיזומו על עדות ההגבהה גרידא] וכן הקשה ההפלאה במוש"ר דלוקה ומשלם דהא אם יוזמו העדים לא יהי' רק מלקות גרידא משום דאין לוקה ומשלם וכן יקשה בממון לזה ונפשות לאחר דחייבים מיתה וממון הא אינם בהזמה דהא יהי' ממון ונפשות לאחד הנה לשי' רש"י דס"ל דמהני תפיסה בקלב"מ א"כ למש"כ הכ"מ בפכ"א מה' עדות בשן והדר עין דהיכא דמועיל תפיסה חשוב איתנהו בהזמה [אולם לרע"ק דס"ל דע"ז קנסא ל"ש תפיסה בקנס כמ"ש התוס' בכתובות ל"ג] גם י"ל דמשכח"ל הזמה על ממון לכשיהי' כאשר עשה על מלקות למ"ש הראב"ד דבמלקות אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה ובממון איתנהו גם כאשר עשה דאפשר בחזרה ע"י בכ"מ בפ"כ מהל' עדות, וגם לשי' הרמב"ם דס"ל דלוקה במלקות דכאשר עשה נראה דלוקה משום לאו דלא תענה ולא מצד הזמה ועי' בפנ"י ריש מכות ולענין לאו דלא תענה היכא דאיכא ממון דכאשר זמם משלם ואינו לוקה, ולפ"ז משכח"ל הזמה גם בממון וכל היכא דמשכח"ל הזמה חשוב עדות שאי"ל וכמש"כ התוס' בסנהדרין פ"א, אולם למש"כ הגאון רעק"א בדרוש וחידוש בכתובות שם דבדין כאשר זמם במלקות וממון משלם ואינו לוקה ונסתייע לזה מסנהדרין ח' יקשה דא"כ איך לוקה במוש"ר הא הוי עדות שא"א יכול להזימה לגבי מלקות דהא העדים לא יתחייבו מלקות בשום גונא ועל מלקות בודאי בעי עדות שאתה יכול להזימה ונראה ליישב עפמ"ש הרמב"ן בחידושיו למכות להקשות בהא דפ"ק דסנהדרין הביא הבעל עדים שזינתה והביא האב עדים והזימום דעידי הבעל נהרגים ואין משלמים ממון וא"כ איך מקיימים בהם כאשר זמם במקצת ותירץ דהתם כיון דרחמנא אמר קם לי' בדרבה מיני' כמאן דמקיים כולא מילתא ורחמנא הא דפטרי' כדפרט' נמי כולהו מזיקין ולפי סברתו מאי דמענישין בחמורה הוה כמאן דמתקיים בי' כולא מילתא יעוי"ש א"כ כיון דחשוב כמאן דמתקים בי' כולא מילתא חשוב ג"כ איתא בהזמה והוי עשאי"ל גם לענין ממון דמה שידונו העדים בחמורה בחיוב מלקות הוי כמו שנתחייבו בממון ואיתנהו בהזמה וכן מה שידונו העדים בממון ליפטרו ממלקות משום כדי רשעתו חשוב ג"כ כמאן דמתקיים בי' כולא מילתא כמש"כ הרמב"ן וע"כ לוקה ומשלם בכה"ג.

ובעיקר דברי ההפלאה והטעה"מ שכתבו דהיכא דהמלקות והממון מכאשר זמם לוקה ואינו משלם ועי' בפנ"י בתוס' כתובות ל"ב שכתבו דהיכא דרצו לחייב ממון ומלקות חייבים ג"כ והפנ"י תמה על זה מסנהדרין ח' דממון ונפשות לאחד פטורים והגאון רע"א ובס' בית יעקב כתבו לתרץ דהתוס' קאי לר"מ

דס"ל דלוקה ומשלם אבל לרבנן באמת אינו לוקה ומשלם הדברים מבוארים לפי פי' הפ"מ בירושלמי ריש מכות עדים שנזדממו וחזרו ונשתקרו ר"י אומר שקר שקר ור' אלעזר אמר רשע רשע ובפ"מ שם מפרש עדים שנזדממו לענין חיוב מלקות וחזרו ונשתקרו שבאותה עדות עצמה נשתקרו ג"כ לענין ממון שהעידו על אחד לחייבו בדבר שיש בו חיוב מלקות וממון וכשהוזמו נתחייבו בשתיהם וקסבר ר' יוחנן דלוקין ומשלמים משום שקר שקר תרי זימני ור"א אומר דאין לוקין ומשלמין דאתי' רשע רשע מחייבין מיתות דמה התם אין מת ומשלם אף בחייבי מלקות אין לוקה ומשלם ולפי פי' הפ"מ פליגי בחידוש סברת הפלאה בירושלמי, אבל עיקר פי' הפ"מ בד' הירושלמי אינו מבורר ואינו מוכרח וראיתי בתוספתא מכות פ"ב הל' ה' וז"ל העדים שאמרו מעידים אנו באיש פלוני שגנב חלבו של חבירו ולא אכלו גנב נבלתו של חבירו לא אכלו (עי' במפרש "מנחת בכורים" שצ"ל ואכלו והשיבוש מוכח מתוכו) ונמצאו זוממין לוקין ומשלמין שע"מ כן העידוהו ע"מ שילקה ומשלם גנב חלבו של חבירו ואכלו גנב נבלתו של חבירו ואכלה (ועי' במפרש שצ"ל ולא אכלו דברישא גרסינן אכלו ובסיפא לא אכלו) הר"ז לוקה וחייב בתשלומין שבעסקי ממון הוא אמר לא תענה ברעך עד שקר ושבעסקי מכות הוא אומר כאשר זמם לעשות דברי ר"מ וחכ"א כדי רשעתו מת אינו משלם לוקה אינו משלם (ופי' המפרש דמשום כדי רשעתו דבעלמא לוקה ואינו משלם בעדים זוממים משלם ואינו לוקה) ומודים חכמים לר"מ שאם העידוהו שהוא בן גרושה כו' שלוקים ארבעים עכ"ל התוספתא ומפשטות דברי התוספתא לפי פי' המפרש נראה דפליגי חכמים על ר"מ בתרתי בב' וס"ל דמשלם אינו לוקה גם היכא דהעונש מלקות וממון מכאשר זמם וכמש"כ הגאון רעק"א בדו"ח אולם לשון התוספתא וחכ"א כדי רשעתו מת אינו משלם לוקה ואינו משלם תמוה לפי' זה דהא בעדים זוממים משלם ואינו לוקה ובשו"ת שואל ומשיב מהדו"ק חלק ג' תמה בזה ופי' דברי התוספתא לפי שהעידו שגנב חלבו ונבלתו של חבירו שלוקה ואינו משלם ממילא גם העדים אינם לוקים ומשלמים ודבריו תמוהים דהא בגונב חלבו של חבירו ואכלו מבואר בכתובות ל' דחייב בתשלומין משום דבעידנא דאגבי' קניא וכן בירושלמי דמודים חכמים לר"מ בגונב חלבו של חבירו ואכלו שלוקה ומשלם ונראה מזה סיוע לד' ההפלאה דהיכא דהמלקות והממון מכאשר זמם דינו כבכל התורה דלוקה ואינו משלם וכפי פי' הפ"מ בירושלמי ריש מכות כר"א דאמר אין לוקין ומשלמים וע"כ דייקו בלשונם וחכ"א כדי רשעתו ומודים בב"ג דליכא ממון כלל דלוקים והיכא דאיכא ממון דכאשר זמם נדחה מלקות דלא תענה, וידידי הרב הגאון מהר"מ באסין שי' העירני ע"ז דלפי פירושי לא אתי סוף התוספתא דמודים בב"ג שלוקה בדקדוק דהא גם בכאשר זמם לוקים ג"כ ופי' דברי התוספתא בחד בבא דגונב חלבו ונבלתו של חבירו ואכלו ונמצאו זוממין לוקים ומשלמים גנב חלבו של חבירו ואכלו גנב נבלתו של חבירו ואכלו הר"ז לוקה וחייב בתשלומין היינו שהתוספתא מברר הטעם דלפיכך לוקה ומשלם משום שהעידו על מלקות ותשלומים ומה שהוסיף התוספתא שבעסקי ממון הוא אומר לא תענה ברעך עד שקר ושבעסקי מכות הוא אומר כא"ז לעשות להורות דלוקה זמונים לר"מ משום כאשר זמם ומשום לא תענה וחכ"א כדי רשעתו כו' שחייב ממון ג"כ היכא דאיכא ממון ומלקות מכאשר זמם משום דבעדים זוממים משלם ואינו לוקה

כמ"ש הגאון רע"א, אולם לפי פירושו מה שאמרה התוספתא שבעסקי ממון הוא אומר לא תענה כו' הוא רק כדי שילקה שמונים ולפ"ז עיקר חסר מן הספר וארבעים הוא לוקה משום כאשר זמם וע"כ צ"ל דזה מיירי היכא דלא אכלו והעידו על ממון גרידא ומ"מ לוקים ומשלמים כמבואר במשנתינו במכות. **והנה** הגאון רעק"א בדו"ח כתובות ל"ב כתב דמסוגיא דסנהדרין ח' מבואר דבעדים שהעידו שפלוני הוציא ש"ר דמשלמים ואינם לוקים כדאמרינן דבהוזמו עידי האב נהרגים ומשלמים ממון דמיתה לזה וממון לזה ולא אמרינן דנהרגים ולוקים וכתב דטעמא בעי דנהי דבעדים זוממים משלם ומילקי לא לקי היינו על לאו דלא תענה אבל בדין כאשר זמם אמאי מקיימים כא"ז בממון ועיי"ש מה שתי' עפ"י טעמא דר"א בכתובות ל"ג ממונא משלם כיון דלאו בני התראה ופירש"י שם דהיכא דאפשר לקיים כא"ז בממון לא לקי כיון דלא התרו ולדעתי אין ראית הגאון רעק"א מסנהדרין מוכרחת דלא מצינו רק מיתה לזה וממון לזה שחייב שניהם אבל מיתה לזה ומלקות לזה לא מצינו והא איצטריך תרי קראי בכתובות ל"ז ולא ילפינן מהדדי ועוד דבממון לזה ישולם הממון לאחר שלא נתחייב בסבתו מיתה משא"כ במלקות דנוגע לו לעצמו.

שוב מצאתי בס' "בית יעקב" מהגאון מליסא בכתובות ל"ג בתוד"ה שכתב ג"כ דמיתה לזה ומלקות לזה פטור א"כ אין ראי' מסנהדרין דבהוזמו עדי האב נהרגים ומשלמים ממון משום דהוי מיתה לזה וממון לזה, אבל ממלקות נפטרו משום המיתה משא"כ היכא שלא העידו מחיוב מיתה רק מחיוב מלקות וממון שגנב חלבו של חבירו ואכלו והוזמו לוקין ואינם משלמים כבכל התורה דמילקי לקי וממונא לא משלם כמש"כ ההפלאה, שו"ר בהפלאה כתובות ל"ד בדהג"מ ושאני הני דחידוש נינהו שכתב שם לענינו בתוך דבריו דכיון דהעדים נהרגים לא גרע מאלו העידו העדים על כמה אנשים שחייבים מיתה דהו"ל מיתה דידהו כאשר זמם לכל אחד ה"נ הו"ל מיתה דידהו כאשר זמם לגבי הבעל (שחייבוהו מלקות) ובאמת אין העדים לוקים ויעוי"ש עוד בדהתוס' ואזדו לטעמייהו דידי' ולפי מ"ש שאין העדים לוקים משום שחייבים מיתה ונתקיים כא"ז במיתה נגד מלקות אבל לא נגד ממון אבל היכא דליכא חיוב מיתה ורק מלקות וממון באמת לוקים ואינם משלמים.

ובזה אפ"ל בישוב ד' הרמב"ם מהשגת הראב"ד שכ' דמשלם כפל דמי טבלו וחלבו וסתימת דברי הרמב"ם נראה שמשלם רק הקרן דהא כל הפרק הוא רק בדיני תשלומי כפל יעוי"ש ולפמשנ"ת דכל החידוש בדין זה דאפילו אם התרו למלקות והי' כאחד הגניבה והאכילה אינם נדחים תשלומי הגניבה מפני שום מלקות ולוקה ג"כ א"כ על הכפל שפיר פוטר המלקות דהא לפי המתבאר בשי' הירוש' דלהכי לוקה ומשלם משום דכיון דהתשלומין דגניבה וגזילה באים לתקן הלאו דגניבה יש לו דין לאו דגניבה שאין נדחה משום לאו אחר ואינו מדחה לאו אחר דאין לאו דוחה לאו כמש"כ התוס' בריש מוע"ק וכל זה בתשלומי קרן דוהשיב את הגזילה שאינו אלא בדין קרן לבד אבל דין תשלומי כפל כשאר תשלומי קנסות ונזיקין שבתורה שנדחים מפני תשלומי מלקות ולהכי סתם הרמב"ם דאם גנב חלבו של חבירו באופן שאינם באים כאחד ומדאגבי' קני'

חייב בכפל אבל אם הי' כאחד והתרו בו למלקות אינו חייב אלא קרן לבד והראב"ד שכתב דמשלם כפל דמי טבלו וחלבו נראה דמפרש ד' הרמב"ם משום דבעידנא דאגבי' קניא ולהכי יש בו כפל ג"כ [וגם י"ל דעל כפל פוטר המלקות דל"ש בזה מש"כ התוס' בכתובות דף ל"ב דחס רחמנא אממונא דנחבל וע"י מהר"מ שי"ף שם מש"כ דבקנס ל"ש חס רחמנא אממונא דנחבל וגם מש"כ הפני יהושע בב"מ דס"ב דמשום הפקעת ממון משלם אפשר דל"ש רק בקרן ולא בכפל ויתישב ג"כ בזה בב"ק דע"א דמקשה בטביחה והא אין לוקה ומשלם לפמש"כ הנתיבות בסי' ל"ד דע"י שינוי הוי גנב ויישב בזה קושיית הש"ס בתמורה ד"ו והרי גזל כו' משום דע"י קנין שנוי שמוציא את החפץ מרשות בעלים והוי שלו עובר בלא תגזול יעוי"ש וא"כ כיון שעובר בלא תגזול בדין שלא יפטור המלקות דיוכ"פ ולמש"כ א"ש דעל דו"ה כמו כפל יש על זה דין שארי תשלומין שבתורה שנדחים מפני תשלומי מלקות וא"ש, ובזה נדחה מש"כ באות א' לישב משה"ק במחנה לוי דלר"ל דס"ל דחיי"מ שוגגין פטורין בהזיד בפקדון וכן בטוען טענת גנב איך משכח"ל חומש ואשם דהא נדחה מפני חיוב מלקות משום דההיא שעתא קא גזל מיני' ואינו נדחה מפני מלקות ולפמש"כ על חומש וכפל ל"ש בזה חס רחמנא אממונא דנחבל ונדחה מפני מלקות, וע"ע במקנה קידושין דכ"ה בסירוס מה שתי' עפ"י שיטת הרמב"ם בחובל ביו"ט וילה"ע ג"כ דיציאת ראשי אברים קנס הוא ול"ש חס רחמנא אממונא דנחבל ויש להעיר עוד במש"פ הרמב"ם בגונב חלבו וטבלו של חבירו ואכלו דאינו משלם רק הקרן כיון דלא משכח"ל שיהי' חיוב גניבה ואכילת חלב כאחד רק באופן שתחב לו חבירו בתוך בית הבליעה וכפי' הריצב"א וא"כ ניהו בדין גנב וגזלן עליו להתחייב באונסין אבל כפל אינו מחוייב דהא הוי כגונב מן הגנב כיון דחבירו תחב לו ולהכי דקדק הרמב"ם וכתב דמשלם לו דמי חלבו וטבלו רק הקרן לבד וא"ש].

ז

והנה בד' הרמב"ם בפ"ד מחובל במש"פ דהחובל בחבירו חייב בתשלומין סתם הדבר ולא כתב שאינו לוקה משום יוה"כ ובפיה"מ להרמב"ם בפ' החובל על מתניתין דהחובל ביוהכ"פ כתב וז"ל בכל מקום אינו לוקה ומשלם זולת חובל ביוכ"פ שמשלם ואינו לוקה לפי שהמקרא מפורש בחובל שישלם עכ"פ שנאמר יד ביד כו' וזהו הענין מה שאמרו בפירוש רבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין עכ"ל ואם שדקדק הרמב"ם לומר שישלם ואינו לוקה י"ל דקאי על לא יוסיף כנראה סיום דבריו אבל משום יוהכ"פ לוקה, ולכאורה נראה דהא דחובל בחבירו משלם ואינו לוקה משום כדי רשעתו דכיון דגלי רחמנא דמשלם אינו לוקה משום כדי רשעתו וממילא כיון דגלי גלי ואינו לוקה ג"כ משום לאו

דיוכ"פ משום כדי רשעתו דאם איתא דלוקה משום יוהכ"פ ממילא בדין שידחה הלאו דיוכ"פ תשלומי חובל דהא לא גלי רחמנא רק שמשלם ואינו לוקה ויחויב משום רשעה אחת דממון אבל לא שיחויב משום שתי רשעיות ולפ"ז הו"ל להרמב"ם לפרש דחובל ביוכ"פ שמשלם ואינו לוקה משום יוכ"פ.

שוב התבוננתי דמאי דפשוט לכאורה דהא דחובל בחבירו אינו לוקה לפי דבפירוש רבתה תורה לתשלומין וממילא דאינו לוקה מצד כדי רשעתו כמו בעדים זוממים דמשלם ואינו לוקה מצד כדי רשעתו כמבואר במכות ד"ד מ"ט דרבנן משום כדי רשעתו וכמש"כ התוס' שם בד"ה בשלמא דהחומר בממון וכן תפס המהרש"ל בכתובות דל"ה בתוד"ה מתניתין והוסיף לחדש דלפי המסקנא לר"ל דס"ל חייבי מלקות שוגגין פטורין גם בחובל בחבלה שוה פרוטה וקרע בהדי' שיראין דפטור מדמי שיראין אף דמשלם משום חובל דפטור דכדי רשעתו לא גרע מחייבי מלקות שוגגין וכן יש לה"ר מהא דחובל פחות משוה פרוטה דלוקה ובגזילה פחות משו"פ אסור ואינו לוקה וכבר תמהו בזה דכיון דפחות משו"פ מחיל הוי כתשלומין ובפשוטו נראה דבגזילה מחילה דמי לתשלומין והוי נל"ע דתשלומין משא"כ בחובל דאינו לוקה מדין דכדי רשעתו דאמרינן במכות די"ג דברשעה המסורה לבית דין הכתוב מדבר וכיון דבפחות משו"פ אינו מסורה לבית דין לגבות שוב לא חשוב רשעה לפטור ממלקות ועל כן לוקה ואף דיש לחלק מכרת דשם כרת לא הוי רשעה המסורה לב"ד בשום אופן משא"כ בפחות משו"פ דממון חשוב רשעה המסורה לב"ד מ"מ נראה דכיון דכדי רשעתו במלקות ובממון ובמיתה ומלקות בעינן שיהי' רשעה בפועל וחייבי מלקות שוגגין חייבים ממון וכן חייבי מיתות שוגגין חייבים מלקות, א"כ כמו דבעינן שיהי' המלקות בפועל ה"נ בעינן שיהי' הממון בפועל והא פחות משו"פ לא הוי רשעה המסורה לב"ד בפועל.

אולם ק"ל לפי זה דא"כ לר' מאיר דס"ל דלוקה ומשלם ילקה בחובל שו"פ כמו בעדים זוממים דלוקה ומשלם, ובאמת לא אישתמיט בשום דוכתא אליבא דר' מאיר דילקה בחובל שו"פ וסתם משנה ר"מ ותני דהעבד והאשה פגיעתן רעה הם שחבלו באחרים פטורין דמשמע דפטורין לגמרי גם ממלקות ובב"ק ד"ד לפי פירש"י על מתניתין דהעבד והאשה דפגיעתן רעה כו' דמשני שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חבירו והא בחבלה ל' שיחבול אחרים דהא יתחייב מלקות ויקשה דלר"מ יתחייב האדון, [ועי' בהפלאה כתובות דל"ב מה שפלפל כיוצא בזה אי שייך בזה חס רחמנא אממונא דנחבל ומפורש ג"כ בדבריו דאי יתחייב מלקות ל"ש שמא יקניטנו רבו יעוי"ש לענינו] וא"כ יקשה לר"מ יתחייב האדון מדין שורו שהזיק והעבד מלקות דל"ש שמא יקניטנו רבו

בחבלה, וישוב לזה מצאתי מדקדוק לשון הרמב"ם בפ"ה מהל' חובל הלכה ג' שכתב הכאה שאין בו שוה פרוטה לוקה שהרי אין כאן תשלומין כדי שיהי' לאו זה ניתן לתשלומין עכ"ל, ומלשונו הזהב נראה דבחובל בשו"פ הוי לאו הניתן לתשלומין ככל לאו הניתן לתשלומין כמו גניבה ורבית ואונאה והלנת פעולת שכיר שכתב הר"מ דאינו לוקה עליהם משום לאו הניתן לתשלומין וכמו שנתבאר דהוי כמו ניתק לעשה וס"ל להרמב"ם דבחובל בחבירו דבפירוש רבתה תורה לתשלומין ויתוקן בהתשלומין ההיזק שגרם לו יש לו דין לאו הניתן לתשלומין וגם לר"מ דס"ל לוקה ומשלם מ"מ אינו לוקה בחובל בשו"פ כמו שאינו לוקה על כל לאו הניתן לתשלומין דהוי כנל"ע.

והתוס' בכתובות דל"ב בד"ה שלא השם בתוך הדבור כתבו ולא דמי ללאו דגזילה דחשיב לי' ניתק לעשה כו' אע"ג דעשה דוהשיב את הגזילה לא כתיב אצל לאו דלא תגזול דהתם ודאי ע"כ הוא ניתק לעשה שהרי עוקר הגזילה מתחת ידו אבל קרא דועשיתם לו כאשר זמם אינו עוקר הלאו דלא תענה דע"י שאנו עושים לו כאשר זמם אינו נעקר עדותו אלא ע"י שהוזם הילכך לא חשבינן לי' נל"ע כיון שלא נכתב אחריו סמוך לו עכ"ל, ולשיטת הרמב"ם דלאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו הא דלוקה משום לאו דלא תענה משום דבאמת לא הוי לאו הניתק לתשלומין דאין התשלומין דכא"ז מתקן הלאו דלא תענה ואין בידו לתקן הלאו של עדות שקר ורק באופן שיוזם ויעקר עדותו ואז ממילא אזיל ההפסד שרצה להפסידו וזה נראה ג"כ ביאור דהתוס' דעקירת העדות בא על ידי ההזמה ונתקן על ידי העוות שבא על ידי עדות שקר ולא על ידי עונש התשלומין דכאשר זמם, ולפ"ז בחובל בחבירו דמתקן בתשלומין ועוקר ההפסד שגרם לחבירו דמי לגניבה וגזילה דהוי לאו הניתן לתשלומין [ועי' בהפלאה בדהתוס' שם שהרגיש בדהתוס' שם דהא גם חובל בחבירו הו"ל נל"ע ועכצ"ל כיון שנכתב רחוק מהלאו לא הוי נל"ע גם העיר שם דהוי תרי לאוין אלא דהתוס' בזבחים דקי"ד כתבו דבגזילה ל"ש הך סברא משום דאין העשה סמוך ללאו יעוישה"ט, ובאמת לשי' הרמב"ם דמי חובל לגניבה וגזילה היכי דליכא בעין דפטור מצד לאו הניתן לתשלומין אף דאין בו עשה כלל וגם בב' לאוין פטור ממלקות וכמש"כ בספר גופי הלכות דלהכי הצריך הרמב"ם לומר בריבית משום דהוי לאו הניתן לתשלומין ולא סגי לי' בנל"ע דעל ב' לאוין לא מהני נל"ע וניתן לתשלומין עדיף טפי וכמש"כ התוס' בגזילה דשאני גזילה שעוקר הגזילה מת"י וה"נ כל שמשלם עבור ההפסד ניתקו הלאו בזה אינו לוקה משום לאו הניתן לתשלומין] ולשי' הרמב"ם זהו שאמר ר"מ במכות שלא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין היינו דהזמה לא דמי לחובל דמודה בו ר"מ דאינו לוקה לפי דהוי לאו הניתן לתשלומין משא"כ הזמה לא ניתן

לתשלומין דהא אין בידו לתקן את אשר עוות והתקון בא ע"י עקירת העדות מהזמה ולא ע"י עונש דכאשר זמם, וזה נראה ג"כ שי' התוס' רי"ד שכתב בב"מ דצ"א דלמאן דס"ל דממונא משלם מילקי לא לקי כשאין לו ממון לשלם לוקה ותמוה ממשנתינו דב"ק דפ"ז דעבד ואשה פגיעתן רעה דהם שחבלו באחרים פטורים דמשמע דפטורים לגמרי דאי ילקו א"כ גם לכשישתחרר העבד ותתגרש האשה יפטרו מלשלם דהא אין לוקה ומשלם וכן מב"ק ד"ד שמא יקניטנו רבו דהא ל"ש בחבלה כיון שילקה כמו שהעירנו לעיל, הן אמת דבמרדכי ב"ק פ' החובל הביא בשם רב נחשון גאון דעבד שחבל לוקה אך ע"כ פירושו בודאי מלקות מרדות דאל"כ לכשישתחרר העבד לא ישלם, וכן במאי דקאמר בכתובות דל"ג דמלקות דלא יוסיף משכח"ל בפחות משו"פ מבואר דבשו"פ לא משכ"ל מלקות כלל.

אולם למש"כ בשי' הרמב"ם דחובל בחבירו הוי לאו הניתן לתשלומין וגם לר"מ דס"ל לוקה ומשלם אינו לוקה בחובל בחבירו כמו על לאו הנל"ע א"כ בחובל בחבירו דהא דאינו לוקה אין זה מצד כי רשעתו רק לפי דהוי נל"ע גם התוס' רי"ד מודה דאף באין לו אינו לוקה דהא הוי ניתן לתשלומין כיון דחיוב תשלומין יש עליו ורק היכא דהפטור הוא מצד כדי רשעתו ואין לו ממון חייב מלקות ובתשו' ב"י בדיני קדושין סי' ב' כתב לפסול עדות המכה שהכה דרשע שעבר עבירה שחייב עליה מלקות פסול מן התורה וחובל שאין בו שו"פ לוקה ואפילו אם ת"ל שהיה באותו הכאה שו"פ פסול לעדות כו' דאטו מפני שהיתה הכאה יותר גדולה יוכשר והרי הגנב והגזלן פסולין לעדות אעפ"י שאין לוקין עליהם מפני שניתן לתשלומין ואעפ"י שיש לדחות דשאני התם שהוא רשע דחמס כו' מ"מ כיון דבלאו דהכאה לוקה כשאין בה שו"פ מיפסל לעדות גם כשיש בו שוה פרוטה דאינו לוקה משום דניתן לתשלומין מיפסל כיון שיש בלאו זה מלקות וכדאשכחן בגנב ובגזלן דאע"ג דניתן לתשלומין מיפסל אלא דהאי מהאי טעמא והאי מהאי טעמא עכ"ל הבית יוסף (והובא בהגהות רע"ק איגר לחו"מ סימן ל"ד ובפ"ת שם] והנה מסגנון הדברים נראה דמשוה הב"י לאו דחובל לגנב וגזלן דהוי לאו הניתן לתשלומין ומדהצריך הב"י לבקש טעם פסול לחובל בשו"פ לפי דיש בו מלקות פחות משו"פ ומשכח"ל מלקות בחבלה תיפ"ל כיון דהא דאינו לוקה הוא משום כדי רשעתו א"כ הא עבר עבירה שיש בה חיוב מלקות אלא דנפטר מדין כדי רשעתו ולא מיבעי אי ממונא לחומרא אלא אף אי ממונא לקולא אטו איתגורי איתגר רק משום דחס רחמנא אממונא דנחבל כמש"כ התוס', אבל עבירה הוא בעצם עבירה שיש בה מלקות ואטו לעולא דס"ל דממונא ומלקות ממונא משלם מילקי לא לקי לא יפסול לעדות אם עבר עבירה שיש בה מלקות וקרע שיראין

בהדי' אלא דהב"י ס"ל דשאני לאו דחובל דהוי לאו הניתן לתשלומין ואין זה מדין דכדי רשעתו ודמי לגנב וגזלן אולם בגנב הוי רשע דחמס אבל חובל דלא הוי רשע דחמס וע"כ הצריך לומר משום דמשכחת בי' מלקות בפחות משו"פ, וצ"ל לפ"ז הא דלוקה בחובל פחות משו"פ אף דבשארי לאוין הניתן לתשלומין כמו בגניבה פחות משו"פ אסור ואין לוקין משום דשאני התם דמדין שעורים הוא בממון וה"ל חצי שיעור משא"כ בחובל בחבירו דלאו דלא יוסיף אינו תלוי בשיעור ממון, וע"ע בספר עמק יהושע סי' ז' מש"כ בזה, ונסתר בזה סברת המהרש"ל בכתובות דל"ה בחובל בשו"פ וקרע שיראין בהדי' דלר"ל דמי לחייבי מלקות שוגגין ולמשנ"ת זה אינו דהא דאינו לוקה בחובל לפי דהוי כלאו הנל"ע דגם לר"ל אינו פוטר ממון כיון דהוא מצד קלות הלאו שו"ר בפני יהושע שכתב ג"כ להשיג ע"ד המהרש"ל דכיון דמשלם הוי כניתק הלאו דלא יוסיף והוי לאו שאין בו מלקות יעוי"ש.

ח

אולם ק"ל לפמשנ"ת דחובל בחבירו הוי לאו הניתן לתשלומין ולהכי אינו לוקה על לאו דלא יוסיף א"כ איך יליף עולא בכתובות דל"ב מחובל בחבירו דכל היכי דאיכא ממונא ומלקות ממונא משלם מילקי לא לקי דהא י"ל דשאני חובל בחבירו דהוי לאו הניתן לתשלומין והתורה ניתקו לתשלומין משא"כ בלאו אחר בהדי ממון כמו לאו דאחותו באמת לוקה ואינו משלם וצ"ל דלעולא דס"ל דכל התורה ממונא משלם מילקי לא לקי גם של לאו אחר ממילא לדידי' לית לי' הך כללא דלאו הניתן לתשלומין בגניבה וכיו"ב דהא ממון בהדי' לאו אחר משלם ואינו לוקה משום כדי רשעתו ומכש"כ ממון בהדי' לאו דידי' דמשלם וכיון דלדידי' לית לי' הך כללא דלאו הניתן לתשלומין שפיר יליף מחובל בחבירו דמשלם ואינו לוקה דאין חילוק בין ממון בהדי הלאו או ממון ולאו אחר וגם לריו"ח דס"ל דלוקה ואינו משלם ומקשה והרי חובל דאיכא ממונא משלם מילקי לא לקי ומאי מקשה והא לריו"ח דס"ל מילקי לקי ממונא לא משלם י"ל דשאני חובל בחבירו דהוי לאו הניתן לתשלומין נראה דקושית הש"ס דכיון דלריו"ח בכל התורה מילקי לקי ממונא לא משלם א"כ גם בחובל בחבירו נימא דמילקי לקי וממונא לא משלם וממילא דלא הוי ניתן לתשלומין כלל וע"כ משני דבפירוש רבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין היינו דעיקר דין תשלומין בפירוש רבתה תורה וממילא י"ל דמה שאינו לוקה הוי לאו הניתן לתשלומין גם י"ל דמשני גם אי נימא כמ"ד דלאו הנל"ע לוקין עליו ולדידי' הא לוקין גם בלאו הניתן לתשלומין] וביותר י"ל לפ"מ דמספק"ל להש"ס לעולא אי ממונא לחומרא אי ממונא לקולא ולהך צד דממונא לחומרא להכי משלם ואינו לוקה

משום דנידון בחומרא א"כ ל"ש לומר דלאו הניתן לתשלומין נתקו הכתוב להלאו והקיל בו בתשלומין דהא נידון בחמורה ורק להך צד דממונא לקולא וחזינן שהקילה התורה בתשלומין הרי שנתקן הכתוב מן החומר אל הקל וע"כ שהקילה התורה לתקן את הלאו בתשלומין ולפי"ז יש לבאר מאי דדחי הש"ס לעולא דיליף מחובל בחבירו דאי ממונא לחומרא ול"ש לומר דהוי לאו הניתן לתשלומין שכן חייב בד' דברים ואי ממונא לקולא שכן הותר מכללו בב"ד ויש לומר דלהכי הקילה התורה שישלם ממון משום קלות הלאו נתקו הכתוב לתשלומין ולא סגי לו לומר שכן הוי לאו הניתן לתשלומין דהא לא דמי ללאו דגניבה וגזילה שהוא רק מחמת הפקעת ממון חבירו אבל לאו דלא יוסיף האיסור אינו מחמת הפקעת ממון ובפחות משו"פ לוקה ולהכי איצטריך לומר שהלאו קיל שכן הותר מכללו בבי"ד ומחמת קלות הלאו ניתקו ויתישב בזה קוהתוס' שהקשו וא"ת איתגורי איתגור שנידון בקלה דמשום קלות הלאו ניתן לתשלומין אבל בשארי לאוין שלא יתוקנו בתשלומין באמת נידון בחמורה דלוקה ואינו משלם.

והנה לריו"ח דס"ל דבכל התורה מילקי לקי ממונא לא משלם וע"כ דס"ל דממונא לקולא דאי ממונא לחומרא יקשה איתגורי איתגור ול"ש בזה תי' התוס' דחס רחמנא אממונא דנחבל ועי' במהרש"א שם וכ"כ התו"י שם דלריו"ח ממונא לקולא ועכצ"ל דהא דהקילה תורה בחובל שכן הותר מכללו בב"ד, והנה הרשב"א הובא בשימק"ו כתב דאיסור אשת אח חשוב הותר מכללו במקום מצוה והא דקאמר הגמ' שכן הותר מכללו פריך רק אשארא אבל אשת אחיו שפיר איכא למילף יעוי"ש ויחודש לפ"ז לריו"ח דבאיסור אשת אח משלם ואינו לוקה כמו בחובל וקשה דהא ריו"ח מוקי למתניתין דמכות בכשהתרו בו דלוקה ואינו משלם ואף באשת אחיו כן ובודאי דאין חילוק בין הלאוין וכן העיר ההפלאה דגם לאו דיוהכ"פ הותר מכללו במקדש וכן העיר הגאון רמ"מ בתשובתו דגם דלאו דטומאת מת בכהן ונזיר שהותר במקום מצוה יהא דמי לחובל בחבירו דישלם ולא ילקה והא לא מצינו שום חילוק ובכל הלאוין לוקה ואינו משלם [אם לא דנימא דסברת התוס' דחס רחמנא אממונא דנחבל ל"ש רק בממון דנחבל ולא בממון אחר או כמו שפירשו איזה מהראשונים הובא באס"ז דממונא לחומרא היינו בחובל דוקא שיש בו ה' דברים ולפ"ז גם לריו"ח דס"ל דמלקי לקי וממונא לא משלם דממונא לקולא מ"מ בחובל בחבירו ממונא לחומרא וכ"ז דוחק,] אבל למש"כ א"ש דהא דאמרינן בחובל בחבירו שכן הותר מכללו בב"ד הכונה דמשום קלות הלאו נתקו הכתוב לתשלומין והוי ככל לאו הניתן לתשלומין שאין לוקין עליו וכל זה בחובל בחבירו בשו"פ שיש בו תמיד תשלומין וחזינן שנתקו הכתוב לתשלומין משא"כ בלאו דיוהכ"פ ומת מצוה וכיו"ב דאין

בהם ענין של ממון ול"ש בו ניתן לתשלומין ורק שאם אירע בהדי' ממון אחר בודאי דנידון בחמורה דאטו איתגורי איתגור א"כ מה בכך דהלאו קל שהותר מכללו במקדש או במת מצוה כיון דלוקין על לאו זה נידון בחמורה ולוקה ואינו משלם ועכ"פ לריו"ח דלא שקיל וטרי הש"ס אליבי' כמו לעולא אי ממונא לחומרא או לקולא דלריו"ח בודאי ממונא לקולא ובכל הלאוין הקלין לוקה ואינו משלם הא דחובל בחבירו משלם ואינו לוקה דמשום קלות לאו דחבלה הקילה התורה בתשלומין והוי לאו הניתן לתשלומין ולהכי אינו לוקה וא"כ לפ"מ דקי"ל כריו"ח דבכל התורה מלקי לקי ממונא לא משלם וממונא לקולא א"כ בחובל דמשלם ואינו לוקה משום דהוי לאו הניתן לתשלומין כמו שנראה כן מלשון הרמב"ם בפ"ה מהל' חובל הל' ג' כמשכ"ל.

אולם יקשה לפ"ז מש"פ הרמב"ם בחובל ביוהכ"פ דמשלם והא כיון דהא דאינו לוקה על החבלה משום דהוי לאו הניתן לתשלומין אבל לאו דיוהכ"פ דלאו הוי ניתן לתשלומין ילקה וממילא יפטור משום כדי רשעתו אולם למשנ"ת בשי' הרמב"ם דלאו הניתן לתשלומין אינו נדחה מפני מלקות של לאו אחר כמו דמפורש בירושלמי בגונב חלבו של חבירו שלוקה ומשלם ולהכי פסק ג"כ דמשלם משום חובל ואינו נדחה משום לאו דיוהכ"פ אבל על לאו דיוהכ"פ באמת לוקה, ויתישב בזה מה שתמה בהפלאה דכיון דספוקי מספק"ל להש"ס אי ממונא לחומרא אי ממונא לקולא מנ"ל להרמב"ם דהחובל ביוכ"פ משלם דהא תינח אי ממונא לחומרא י"ל דהחמירה תורה בחובל גם נגד לאו דיוה"כ אבל אי ממונא לקולא ורק לפי דהלאו דחובל קילא שכן הותר מכללו ולפמש"כ א"ש דממנפ"ש אי ממונא לחומרא א"כ בחובל החמירה גם נגד לאו דיוהכ"פ ואי ממונא לקולא שכן הותר מכללו והוי לאו הניתן לתשלומין דהממון הוא בתורת עשה לתקן הלאו אינו נדחה מפני מלקות של לאו אחר ולוקה ג"כ משום יוכ"פ [ובאמת הרמב"ם פסק כריו"ח דמילקי לקי וממונא לא משלם דממונא לקולא כמשכ"ל].

ולפמש"כ בשיטת הרמב"ם דחובל ביוהכ"פ משלם ולוקה ג"כ משום יוכ"פ יתישב משה"ק האחרונים בס' תרומת הכרי ומנחת חינוך עדהר"מ בחובל ביו"כ מהא דכתובות דל"ב דמשני ריו"ח אידי ואידי באחותו נערה דאיכא בושת ופגם כו' והא התוס' שם כתבו דמטעם חובל הוא ובחובל בפירוש רבתה תורה לתשלומין ואינו לוקה על לאו דאחותו ושוב ראוי שישלם גם הקנס ועוד דמתניתין דמכות דמיירי בהתרו בו מ"מ אכתי קשה דהא איכא בושת ופגם וצ"ל בשוטה וביתומה ובמפותה והו"ל להגמ' להקשות על ריו"ח כמו דמקשה לעולא ועוד דהר"ם בהל' נערה פסק ג"כ דבהתרו בו אינו משלם והו"ל להתנות דכל זה היכא דליכא בושת ופגם אבל היכא דאיכא בושת ופגם דמשלם

ואינו לוקה מדין חובל משלם הקנס ג"כ וע"ע במהר"ם שי"ף כתובות שם בדהתוס' דחס רחמנא אממונא דנחבל ובחי' רעק"א שם), ולמשנ"ת א"ש דדוקא משום לאו דחובל אינו לוקה לפי דהוי לאו הניתן לתשלומין משא"כ משום יוכ"פ וה"ה משום לאו דאחותו שלא יתוקן בהתשלומין דלוקה ואין תשלומי בושת ופגם סתירה ללאו דאחותו וקושיית הגמ' לעולא והאיכא בושת ופגם היינו לדידי' דס"ל דבכל מקום דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מילקי לא לקי ולא גרע בושת ופגם מממון אחר משא"כ לריו"ח דס"ל דמילקי לקי וממונא לא משלם ניהו דתשלומי ממון דחובל אינו נדחה מפני לאו אחר אבל על מלקות דלאו אחר שאינו ניתן לתשלומין לוקה כמשנ"ת, ובמש"כ בשי' הרמב"ם דגם בחובל ביוהכ"פ לוקה משום יוהכ"פ וכן כל לאו אחר נדחה מש"כ לישב בסי' י"ט קושיית הגרעק"א דתשלומי ממון דחבלה של טריפה דוחה לאו דלא יוכל לשלחה דמלקות של לאו אחר אינו נדחה מתשלומי ממון דחבלה, העולה ממש"כ בשי' הרמב"ם דבגניבה ובגזילה משלם את הקרן ואינו נדחה מפני מלקות של לאו אחר וה"ה בכל לאו הניתן לתשלומין כיון דבפירוש רבתה תורה לתשלומין ולולא הי' תשלומין היו לוקין וכיון דגלי גלי ואינם נדחים משום לאו אחר וכיון דחייב בתשלומין יש לו דין לאו הניתן לתשלומין ודוקא משום אותו לאו אינו לוקה אבל משום לאו אחר שאינו ניתן לתשלומין לוקה, וזהו המבואר בירושלמי דמודים חכמים לר"מ בגונב חלבו וטבלו של חבירו שלוקה ומשלם שאין לאו דחלב וטבל מדחה התשלומין של עשה דוהשיב המתקן את הלאו ומה"ט אינו דוחה העשה של התשלומין את הלאו דחלב וטבל כמו שאין לאו דוחה לאו, וזהו מש"כ הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה דהגונב חלבו וטבלו של חבירו דמשלם את הקרן ובחובל בחבירו נראה ג"כ בדעת הרמב"ם דהוי לאו הניתן לתשלומין בשו"פ ולהכי אינו לוקה גם לר"מ דס"ל דלוקה ומשלם ואינו נדחה ג"כ משום לאו דיוכ"פ אבל משום יוכ"פ וכל לאו אחר לוקה ככל לאו הניתן לתשלומין.

סימן כב

בענין הנ"ל.

א

הרמב"ם בפ"ג מהל' מלוה ולוה הל' ד' כתב עבר בע"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו כו' אינו לוקה שהרי ניתק לעשה כו' ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין, ובהשגת הראב"ד שם דשבוש הוא לפי שנתחייב באחריותו ויעוי' בהה"מ שם דשי' הרמב"ם דלאו דלא תבוא אין זה לאו הניתן

לתשלומין שהרי לא אסרה תורה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נושה בחובו ואין זה לא גנב ולא גזלן, אלא גזיה"כ היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו כו' ומה שהוא לוקה ומשלם תירץ לפי שהלאו עבר בשעת נטילת המשכון וכשנאבד נפקע חובו בכדי שויו שהרי לכך נטלו אבל הסוגי' שבאלו הן הלוקין מבואר כד' הראב"ד דמשוה זה ללאו דגזילה וכ"כ הרמ"ה שם עכת"ד, והנה לדברי הה"מ יש לתרץ הקושיא ממכות דהתם בעי לשנוי למ"ד ביטלו ולא ביטלו ולדידי' גם המלקות עבר בשעת ביטול העשה כמו התשלומין וע"כ אין לוקה ומשלם, אבל הרמב"ם שפסק כמ"ד קיימו ולא קיימו אינם באים כאחד דלא ס"ל סברת הרמ"ה דמשעת חבלה חייב בתשלומין, שו"מ בביאור הגר"א סימן ע"ב ס"ק ט' שהרגיש מזה, אולם ק"ל על דברי הה"מ שכתב שאין זה לא גנב ולא גזלן מדהר"מ בפ"ג מהל' גזילה הל' ט"ז החוטף משכון מיד הלוה שלא ברשות ב"ד ה"ז גזלן אעפ"י שהוא חייב לו ואצ"ל אם נכנס לבית חבירו ומשכנו הר"ז גזלן שנאמר בחוץ תעמוד עכ"ל, והראב"ד השיג על זה דאעפ"י שמבואר במשנה הנגזל כיצד כו' התם הוא דאשתכח דלא חייב כלום הרי מפורש בד' הרמב"ם דמשכון שלא ברשות הוי גזלן ועי' במגדל עוז שם דחייב באונסין, ויעוין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' שכתב דל"ד הרמב"ם משכנו שלא ברשות חייב באונסין שהרי כתב ומחשב דמי המשכון, ולפ"ז אפילו המשכון שוה יותר מכדי חובו חייב באונסין ושלא כד' הרמב"ן במלחמות בשבועות הדיינים והקצוה"ח בסי' ע"ב ס"ק ב' השיג עליו מדברי הה"מ שאינו לא גנב ולא גזלן יעוי"ש ולכאורה הרי מפורש בד' הרמב"ם ספ"ג מהל' גזילה דמשכנו שלא ברשות הוי גזלן וממילא דחייב באונסין אפילו ביותר מכדי שויו כמש"כ הש"ך, ולכאורה הי' נראה בכונת הה"מ שאינו לא גנב ולא גזלן לולא שאסרה תורה לתפוס המשכון שלא ברשות ב"ד ולבוא אל בית הלוה והלאו דלא תבוא אין זה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נוטלו בחובו אבל מכיון שאסרה תורה לתפוס בחובו ממילא דהחוטף שלא ברשות הוי גזלן וחייב באונסין אבל קשה כיון דהוי גזלן וחייב באונסין ממילא דחייב באונסין משעת חבלה ככל הגזלנים וכמש"כ הרמ"ה במכות והד"ק למש"פ הרמב"ם קיימו ולא קיימו והלאו עבר משעת נטילה ובאותו שעה נתחייב בממון ג"כ הוי באים כאחד ואין לוקה ומשלם.

ולולא דברי הרב המגיד הי' נ"ל בביאור ד' הרמב"ם והראב"ד דשיטת הרמב"ם דלאו דלא תבוא לא הוי ניתן לתשלומין דהא דמחוייב באונסין הוא מצד דין גזילה ולא מצד עשה דהשבת העבוט, דמצד דין קניית המשכון לשי' הרמב"ם בפ"י מהל' שכירות דמלוה על המשכון ש"ש אינו חייב באונסין והא דמחויב באונסין הוא מצד והשיב את הגזלה

ועל כן לא חשוב לאו דלא תבוא ניתן לתשלומין כיון דהתשלומין אינו מצד דין השבת העבוט ורק היכא דמחזיר החפץ בעין הוי ניתק לעשה דהשבת העבוט אבל בנאבד המשכון אעפ"י שמשלם מצד גזילה לא הוי ניתן לתשלומין ללאו דלא תבוא אבל הראב"ד לשיטתו בספ"ג מהל' גזילה דתופס שלא ברשות ונכנס לבית הלוה לא הוי גזלן והא דחייב באחריותה משום דס"ל דבע"ח קונה משכון אף לענין אונסין וכשי' רש"י וכמבואר בדבריו בפ"י מהל' שכירות, ולפ"ז הא דמשלם בחבלה הוא מצד קניית המשכון דעשה דהשבת העבוט וכמו ברשות ב"ד קונה משכון כמ"כ שלא ברשות ב"ד רחמנא אוקמי' ברשותי' דחייב בהשבה וכיון שקונה המשכון ממילא מחויב באונסין כמו מלוה על המשכון, [ואפשר דלפ"ז אינו מחויב רק בכדי שויו וכמו ברשות ב"ד וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב דמלוה על המשכון אינו מחויב באונסין רק בכדי שויו וה"נ שלא ברשות ב"ד כיון דלא הוי גזלן לשי' הראב"ד] וכיון דהא דמחויב באונסין הוא מצד עשה דהשבת עבוט הוי ככל לאו הנל"ע וניתן לתשלומין ולהכי אינו לוקה על לאו דלא תבוא וכמבואר במכות דט"ז ומאי דלוקה ומשלם לשי' הרמב"ם י"ל עפמש"כ בשיטתו בסימן הקודם דמשום לאו אחר המעורב בגזילה לוקה ג"כ כמבואר בירושלמי דמודים חכמים לר"מ בגונב חלבו של חבירו כו', וסוגין דמכות לא ס"ל הא דירושלמי דבגניבה לוקה ומשלם ורק דמשלם ואינו לוקה, [או די"ל כגון דמחשב דמי המשכון בשוי' וס"ל דמהני תפיסה בקלבד"מ כשי' רש"י].

עוד נראה דהא דמבואר דמכות דט"ז דאינו לוקה במשכון דהוי לאו הניתן לתשלומין למשנ"ת בשיטת הרמב"ם דלהכי לא הוי לאו דלא תבוא ניתן לתשלומין משום דהא דמשלם הוא מצד גזילה ולא מצד קניית המשכון, י"ל דזהו דוקא בנשרף ונאבד באונס דאינו חייב מצד שמירה דמלוה על המשכון ש"ש אבל בנשרף ונאבד שלא באונס באופן דחייב מצד שמירה ג"כ י"ל דזהו ניתן לתשלומין דאעפ"י דכבר נתחייב באונסין משעת חבלה כגזלן מ"מ כיון דקנה משכון מדין תורה ורחמנא שעבדי' בע"כ, ונפ"מ בזה לענין יוקרא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ושומר כשעת הוצאה מן העולם וגם לענין פירות שהרקיבו מקצתן שכ' התוס' בב"ק דנ"ו דשומר חמור מגזלן (ויש להסתפק קצת היכא דרחמנא שעבדי' בע"כ כמו בשומר אבידה לטעם דרחמנא שעבדי' אי שייך סברת התוס' בב"ק דנ"ו כיון דלא קיבל עליו השמירה וצע"ק) ולפ"ז כיון דלא בטיל מיני' דין שמירה וחייב בגניבה ואבידה גם מצד שומר חשוב לאו הניתן לתשלומין כיון דמחויב ג"כ מדין קניית משכון, ולפ"ז צ"ל דמש"כ הרמב"ם דבנאבד או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון היינו באונס שאין עליו רק חיוב גזילה ולא חיוב שמירה מצד קניית משכון

וע"כ לא הוי ניתן לתשלומין ולפ"ז בסוגי' דמכות דט"ז י"ל דמתרץ אליבי' דמ"ד דביטלו ולא ביטלו דע"כ מיירי בעושה בידים ואעפ"י שהוא מזיק לא בטיל מיני' דין שומר [וגם ע"י דין שומר חייב גם במזיק בהיזק שאינו ניכר ועי' בס"פ החובל באומר קרע כסותו בנחית לידו בתורת שמירה] וכיון דיש בזה דין שומר ע"כ הוי ניתן לתשלומין.

ב

ובמש"כ יבואר ד' הרמב"ם שם בפ"ג מהל' מלוה ולוה הל' א' דאלמנה אין ממשכנין אותה לא בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה כו' שנאמר ולא תחבול בגד אלמנה ואם חבל מחזירים ממנו בע"כ כו' אבד המשכון או נשרף קודם שיחזיר לוקה וכן בהל' ב' שם בכלי אוכל נפש והנה דקדק הרמב"ם ולא כתב בזה ומחשב דמי המשכון כמש"כ בהל' ד' ונראה משום דבמשכנו שלא ברשות הוי גזלן וחייב באונסין כתב ומחשב דמי המשכון משא"כ באלמנה וכלי או"נ דאפילו מדעתו אסור ומדעתו לא הוי גזלן וכ"כ התומים, ועדיין קשה מ"ט לא נקיט הרמב"ם ומחשב דמי המשכון שנאבד ונשרף שלא ע"י אונס ולפמש"כ א"ש בפשיטות דשלא ע"י אונס דחייב בתשלומין מדין ש"ש כדין מלוה על המשכון שפיר הוי לאו הניתן לתשלומין דהתשלומין באים מכח דין קונה משכון ולא משכח"ל בחובל בגד אלמנה וכלי או"נ במדעתו שילקה רק היכא שנאבד ונשרף באונס דאינו מחויב בתשלומין דלא הוי גזלן רק ש"ש ובשלא מדעתו באלמנה וכלי או"נ אף דלשיטת הרמב"ם דגם מדעתו אסור ואין זה מצד הפקעת ממון וגזילה מ"מ שלא מדעתו כיון דלא נתנה לו תורה רשות לחבול בגד אלמנה וכלי או"נ שוב דמי לחוטף בזרוע ונכנס לתוך ביתו דהוי גזלן וחייב באונסין מ"מ בזה לוקה ג"כ כיון דהתשלומין בא רק מכח עשה דוהשיב את הגזילה, ובמש"כ בשי' הרמב"ם דבחובל בגד אלמנה וכלי או"נ שלא מדעתו הוי גזלן נראה דאפילו לשי' הראשונים דאין בהו עשה דהשבת העבוט וחבל רחיים ורכב לוקה אפי"ה מחוייב להחזיר מצד עשה דוהשיב את הגזילה אלא דעשה דהשבת הגזילה אינו מנתק ללאו דלא יחבול ובזה י"ל קוהתוס' בב"מ דקט"ו ובתמורה ד"ו בההוא גברא דחבט סכינא דאשכבתא מחברי' אתא לקמי' דאביי א"ל זיל אהדר משום דברים שעושים בהם אוכל נפש וכיון דס"ל לאביי דאי עביד מהני אמאי א"ל זיל אהדר לפ"מ שהכריחו התוס' שם דאין באו"נ עשה דהשבת העבוט יעוי"ש שתירצו דמיירי בשוגג, ולפמש"כ מיושב קושית התוס' בפשיטות דהא באו"נ במשכון שלא ברשות הוא ניהו דאין בזה עשה דהשבת העבוט אבל מדין גזילה לא נפיק ומחויב להוציא את הגזילה מת"י מצד עשה דוהשיב את הגזילה ולהכי אמר אביי זיל אהדר.

ג

אולם ק"ל בתמורה ד"ו דמקשה והרי משכון דרחמנא אמר לא תבא כו' ולאביי [למ"ל קרא דהשיב תשיב למשכנו שלא ברשות] אי לאו דאמר רחמנא השב תשיב הו"א איסורא דעביד עביד אי בעי ניהדר אי בעי לא נהדר קמ"ל והא לשי' הרמב"ם דמשכנו שלא ברשות הוי גזלן אי לאו קרא דהשיב תשיב מחויב ג"כ להחזיר כדין גזילה מצד מ"ע דוהשיב את הגזילה וניהו דאי עביד מהני מ"מ כיון דשלא ברשות הוי גזלן הדר דינא דוהשיב את הגזילה ומהכ"ת נימא דאי בעי לא ניהדר ואף די"ל דכונת הגמרא דמצד מ"ע דהשבת העבוט הו"א דאינו מחויב להחזיר אף דמחויב מצד מ"ע דוהשיב את הגזילה והי' לוקה על לאו דלא תבא דלא הוי ניתק לעשה אבל פשטות הגמ' דלאביי הו"א אי בעי לא ניהדר קשה לשי' הרמב"ם דהוי גזלן וממילא מחויב להחזיר מצד והשיב את הגזילה וי"ל דהרמב"ם גורס בתמורה כגירסת רש"י שם בלישנא אחרינא וכ"ה גירסת רבינו גרשום שם [ועי' בהגהות הגר"א] א"ל רבא שאני התם דכתיב עד בא השמש תשיבנו ואביי אמר לך חד לכסות יום וחד לכסות לילה וצריכי ולפ"ז באמת על עצם דין השבה ל"צ קרא דידעינן מוהשיב את הגזילה ואיצטריך קרא רק על זמני ההשבה.

והתוס' דגרסי שם אי לאו קרא כו' הו"א אי בעי מיהדר אי בעי לא מיהדר מבואר דבלא קרא דהשבה לאביי אינו מחויב להחזיר שפיר הקשו לפ"ז בכלי או"נ דליכא מ"ע דהשבת העבוט לאביי אמאי א"ל זיל אהדר אולם בשי' הרמב"ם י"ל אף לפי גירסת התוס' דלאביי אי בעי מיהדר אי בעי לא מיהדר דמש"פ הרמב"ם דהחוטף שלא ברשות הוי גזלן היינו לבתר דגלי קרא דבעי השבה ולא מהני תפיסת העבוט הרי שישנו בזה הפקעת ממון והוי גזלן אבל אי לאו דגלי קרא דהשבת העבוט לאביי דס"ל דאי עביד מהני ואיסורא דעבד עבד הרי לא נעשה בזה מעשה גזילה ואיסורא דעביד עביד כאיסור צדדי שאינו רשאי לכתחילה אבל אי תפס מהני לעכב על חובו ממילא דאין בזה ענין גזילה והו"א דאי בעי לא ניהדר אבל לבתר דגלי קרא גם לאביי דמחוייב בהשבת העבוט ואין תפיסתו תפיסה כלל ממילא דהחוטף שלא ברשות הר"ז גזלן ולפ"ז ברחיים ורכב דלא גלתה תורה דין השבת העבוט ולאביי דאי עביד מהני שפיר הקשו התוס' אמאי א"ל זיל אהדר דבכה"ג אין על זה דין גזילה אולם י"ל בשי' הרמב"ם דאעפ"י שאין בכלי או"נ דין השבת העבוט מ"מ הוי גזלן דלבתר דגלתה תורה עיקר דין השבת העבוט דהוי גזלן אין נפ"מ בין עני ועשיר דאף בעשיר שא"צ להחזיר מ"מ הוי גזלן כמו בעני וכן ברחיים ורכב דאין סברא דכל או"נ שנתנו לחבול ביום או בלילה וישנו בהשבת העבוט הוי גזלן וכלי או"נ שלא נתנו לחבול בין ביום ובין בלילה שהחמירה בו תורה ולא נתקן לעשה דהשבת העבוט

שלא יהי' גזלן והגמ' בתמורה שם אי לא קרא הו"א אי בעי ניהדר אי בעי לא ניהדר היינו אלמלא גלתה תורה דין השבת העבוט כל עיקר והו"א איסורא דעביד עביד ואין בזה ענין גזילה אבל לבתר דגלי קרא עיקר דין השבת העבוט ויש עליו דין גזלן ממילא דאין חילוק בין עני לעשיר ובין שארי כלים וכלי או"נ דהוי ג"כ גזלן ואעפ"י שאין בהם עשה דהשבת העבוט אבל ישנו בו מ"ע דוהשיב את הגזילה וע"כ א"ל אביי זיל אהדר משום דברים שעושים בהם אוכל נפש ומתורץ קוהתו"ס.

ד

ולכאורה יש להתבונן בד' הרמב"ם שכתב בספ"ג מהל' גזילה דהחוטף בזרוע ונכנס לביתו למשכון הר"ז גזלן, וכ' המגדל עוז דחייב באונסין וכ"כ הש"ך וצריך ביאור עיקר הנחה זו דהא כיון דרחמנא אוקמי ברשותי' גם במשכנו שלא ברשות דקנה משכון וחוזר וממשכנו א"כ הוציאו קרא מכלל דוהשיב את הגזילה דהא קונה את הכר ביום והמחרישה בלילה וכיון דבפירוש רבתה תורה לקנייתו הרי הוציאו הכתוב מכלל והשיב הא תינח בבגד אלמנה ובכלי או"נ שמחויב להחזיר י"ל דישנו בכלל והשיב את הגזילה ולהכי חייב באונסין אבל באלו שנתנו לחבול רק שנכנס לביתו דקנה משכון להחזיקו אצלו הרי נפיק מכלל והשיב ומהכ"ת יחויב באונסין ולכאורה הי' נראה עפ"י המבואר בסנהדרין דע"ב ולא היא כי אוקמי רחמנא ברשותי' באונסין אבל לענין מיקנא ברשותיה דמרא קיימא מידי דהוי אשואל ולפ"ז אפ"ל גם היכא דליכא קרא דוהשיב מ"מ חייב גזלן באונסין מידי דהוה אשואל ויעוי' בתשובת חת"ס חחו"מ סי' קל"ב מה שהאריך בביאור פלוגתא דרב ורבא אי יש לגזלן קנין בגוף החפץ ואכמ"ל אבל גם לפי דבריו נראה דלרבא אין ראי' מהא דגלי רחמנא דוהשיב ומחויב באונסין דיש לו קנין בגוף הגזילה ומידי דהוי אשואל שאין לו שום קנין ואפי"ה חייב באונסין אבל היכא דליכא והשיב כמו במשכון דגלי רחמנא דקנה משכון הרי הוציאו הכתוב מכלל והשיב חיוב אונסין מנ"ל ועוד דהא פירש"י בסנהדרין שם בד"ה אבל דלא גרע גזלן משואל דמשום כל הנאה שלו משא"כ בתופס שלא ברשות שאין רצונו רק לתפוס על חובו ובזה הא מלוה על המשכון ל"ה רק ש"ש לשי' הרמב"ם ואין כל הנאה שלו ולמה יחויב באונסין.

וצ"ל דאעפ"י שקנה משכון לפי שעה ואינו מחויב להחזיר מיד חיוב דוהושיב לא פקע ורק על פי תנאים אמרה תורה שבידו לתפוס על חובו לפי שעה והא בגזלן גם היכא דקונה גוף החפץ ע"י שנוי לא פקע חיוב והשיב מתשלומי דמיו וה"נ לא פקע אחריות וחיוב אונסין מיני' גם בשעה שמותר לתופסו ולעכב בידו וכל זמן שלא החזיר ליד הלוה חיוב דוהשיב לא פקע דאי לא תימא הכי רק דנימא דע"י קניית המשכון נתבטל חיוב

דוהשיב לגמרי א"כ ילקה על לאו דלא תגזול דמה שניתן לעשה דהשבת העבוט אין זה ניתק ללאו דלא תגזול אעכצ"ל דחיוב דוהשיב לא פקע, ועדיין יש לעורר דאפ"ל כיון דגלי רחמנא דקנה משכון ממילא מתקיים בזה מ"ע דוהשיב את הגזילה דכיון דרחמנא אקני' לי' לתפוס על חובו והוי שומר וידו כיד הבעלים מתקיים בזה ממילא מ"ע דהשבה ולא מבעי במשכון את העשיר שא"צ להחזיר לו אף גם בעני שצריך להחזיר הוא מדין צדקה דהשבת העבוט אבל החזרת הגזילה החזיר במה שהוא תחת ידו כיד הבעלים וממילא ל"ש עוד חיוב אונסין כיון דכבר קיים השבת הגזילה ורק בכלי או"נ ובגד אלמנה י"ל כיון דעליו להחזיר מיד ממילא כל זמן שלא החזיר לא קיים מ"ע דוהשיב אבל היכא דקונה משכון את הכר ביום והמחרישה בלילה י"ל דקיים מ"ע דוהשיב במה שבידו וצ"ל לדבריהם דכיון דבמשכון אין ידו של שומר כיד הבעלים ואין רשות הנפקד של המפקיד דלגבי הלוה הוי אינו ברשותו וכמבואר בפסחים ד"ל היכא דאקדיש לוה וזבין לוה כו"ע לא פליגי ובפירש"י שם דאע"ג שהן שלו אינן ברשותו כו' וביותר כיון דתפס שלא ברשות וקונה משכון בע"כ של הבעלים והא כל השבת גזילה בעי דעת בעלים ואעפ"י דגלי רחמנא דרשאי להחזיק בידו לא נתקיים בזה מ"ע דוהשיב וכיון שלא נתקיים בזה מ"ע דהשבת העבוט אעפ"י שידו כיד הבעלים והתורה אמרה שיהי' אצלו הכר ביום מ"מ אם נאבד ונשרף ביום לא קיים העשה ה"נ לענין גזילה י"ל דאעפ"י שרשאי לתופסו לפי שעה מ"מ לא קיים בפועל מ"ע דוהשיב כל זמן שלא החזיר ליד לוה וחיוב דוהשיב מיתלי תלי וגם כל זמן שהוא בידו חיוב אחריות דוהשיב לא פקע מיני'.

ה

כל זה כתבתי לפי"ד המגדל עוז והש"ך דחייב באונסין אבל באמת דעת הרב המגיד שאין זה לא גנב ולא גזלן ושלא נתחייב באונסין בשעת חבלה נראה דמפרש מש"פ הרמב"ם דהוי גזלן הוא רק לענין פסול עדות ושבועה וכמו שמשמע כן מד' הראב"ד דאעפ"י שהחזיר הגזילה נפסל ככל הגזלנים וכמבואר בחו"מ סי' ל"ד סעיף ז' עד שיעשו תשובה אעפ"י שהחזירו אבל לא לענין חיוב אונסין דכיון דקנה משכון נתקיים בזה והשיב ואפשר דאפילו בחובל או"נ ובגד אלמנה דעליו להחזיר מיד כיון דמהני שלא ישמטנו חשוב קנין משכון וידו כיד הבעלים והוי השבה אבל מש"כ הה"מ שם בתחלת הדברים דגם הרמב"ם מודה להראב"ד דנתחייב באונסין צ"ע כיון דס"ל בשי' הרמב"ם דלא הוי גנב ולא גזלן ולא נתחייב משעת חבלה ורק לכשנאבד המשכון נפקע חובו שלכך נטלו והא שי' הרמב"ם במלוה על המשכון ש"ש וכיון דגזילה אין כאן למה יתחייב באונסין וצ"ע.

והיותר מחוור בעיני בשיטת הרב המגיד שכתב לשי' הרמב"ם שאין זה לא גנב ולא גזלן דמש"כ הרמב"ם בספ"ג מהלכ' גזילה דהחוטף שלא ברשות ב"ד הר"ז גזלן מיירי קודם שנתברר החיוב בב"ד ויעוין בחו"מ בסימן ד' ובב"י שם שי' המהר"ם ור' קלונימוס דדוקא בחפץ מבורר עביד אינש דינא לנפשי' והטעם נראה דאף דעביד אינש דינא לנפשי' הוא רק מה ששליח ב"ד מותר לעשות עפ"י ב"ד אבל בהלואה שגם שליח ב"ד אסור ליכנס לביתו ואין זה דינא וע"כ מדוקדקים ד' הרמב"ם שכ' ואין צ"ל אם נכנס לתוך בית חבירו ומשכנו שהוא גזלן שנאמר בחוץ תעמוד עכ"ל ולא סיים שנאמר לא תבוא רק לפי דמבחוץ תעמוד נפקא שליח ב"ד דגם שליח בי"ד אסור ליכנס לביתו וכ"ז קודם שנתברר החוב בב"ד דלמד הרמב"ם משבועת הנגזל כיצד דמיירי שלא נתברר החיוב ותפיסתו הוא מצד עביד אינש דינא לנפשי' והוא רק במקום שמותר משא"כ היכא שנתברר החיוב בב"ד אין עליו רק לאו דלא תבוא אבל גזלן לא הוי דהא תופס על חוב הברור לדיינים ויש להסתייע לזה ממש"כ הרמב"ם בפ"ג מהל' מלוה ולוה הל' ה' הא למדת שהממשכן את העני ולא החזירו לו בזמנו עובר משום שלשה שמות לא תבוא השב תשיב לא תשכב בו וגו' והא לשי' הרמב"ם דהוי גזלן אמאי לא קא מנה הרמב"ם הלאו דלא תגזול ולמש"כ א"ש דבהל' מלוה ולוה מיירי שהחוב מבורר בב"ד ואין כאן גזילה כלל.

ואם כנים הדברים האלה מיושב היטב קושית התוס' בב"מ ובתמורה בההוא גברא דחבל סכינא דאשכבתא דא"ל אביי זיל אהדר ואמאי הא כיון דעשה דהשבת העבוט ליכא בכלי או"נ ואביי הא ס"ל דאי עביד מהני ולפי"ז א"ש דע"כ לא אמרו בתמורה לאביי דאי לאו קרא הו"א אי בעי אהדר אי בעי לא אהדר בחוב מבורר דבהא מיירי הא דהשיב תשיב דאין בזה דין גזילה ואין עליו חיוב והשיב אבל בב"מ דמיירי דהחיוב לא נתברר בב"ד כדקאמר לי' תא קום בדינא עליו וע"כ אמר לי' זיל אהדר דהא גזלן הוא ומחוייב לקיים מ"ע דוהשיב את הגזילה ועיין, ועפי"ז אפ"ל דבחבל שלא ברשות ב"ד קודם שנתברר החוב לא קנה משכון כלל דע"כ לא אמרה תורה שמחויב להחזיר ורבתה לו שיקנה בחבל אחרי שנתברר בב"ד דאין כאן גזילה אבל בחבל קודם שנתברר בב"ד דמחויב בוהשיב לא הוציאתו תורה מוהשיב וחיוב דוהשיב במקומה עומדת.

ובזה יש לתרץ קושית הלח"מ בפ"ג מהל' מלוה ולוה ויעויין בתומים סי' צ"ז על החולקים עדהר"מ וס"ל דהלאוין דעבוט ניתן לתשלומין א"כ חבל רחיים ורכב דתני דלוקה איך משכח"ל ולדברי הרמב"ם ניחא דמיירי היכא שנשבר ונאבד משא"כ להראב"ד, ולפמש"כ דחבל קודם שנתברר החוב בב"ד דהוי גזלן ולא גלי קרא כלל שקונה המשכון ומחויב לשלם מצד מ"ע דוהשיב ולא מצד קניית המשכון וכיון דהתשלומין מחמת גזילה

לא אמרינן דהלאו דלא תבוא וכן הלאו דלא יחבול ריחיים ורכב ניתן לתשלומין דאינו משלם מחמת קניית המשכון ואינו מתקן הלאו דלא יחבול אך הראב"ד תברא לגזיזי' דלדידי' אי אפשר לומר כן דהא פליג על הרמב"ם בספ"ג מהל' גזילה.

1

ובמש"כ בשי' הרמב"ם יש לבאר מש"כ בפ"א מהל' גזילה ה"ט כל החומד עבדו או ביתו וכליו של חבירו כו' הר"ז עובר בל"ת שנאמר לא תחמוד ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה והראב"ד השיג על זה לא ראיתי תימה גדול מזה והיכן מעשה גדול מנטילת חפץ אבל הול"ל מפני שהוא חייב בתשלומין שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב את הגזילה ולפיכך אינו לוקה וגם זהו חייב להשיב את החפץ לבעלים עכ"ל וההמ"מ כתב על זה דהרמב"ם לשיטתו דאף באמר רוצה אני וע"כ כתב לפי שאין בו מעשה שנטילתו החפץ ברצון המוכר נעשה אין כאן חיוב השבה והשער המלך תמה על זה דאכתי קשה דלא אמר רוצה אני דל"ש טעם הרמב"ם לפי שאין בו מעשה א"כ הא איצטריך לטעם של הראב"ד דהוי ניתן לתשלומין והו"ל להרמב"ם לפרש שני הטעמים ועוד הקשה על דברי הראב"ד משום דניתן לתשלומין דהא בלא תחמוד לא גלי קרא שישלם כמו בגזילה א"כ נימא דמילקי לקי וממונא לא משלם יעוי"ש, ולמש"כ נראה בשי' הרמב"ם דלא ס"ל הטעם לפי שחייב בתשלומין משום דמאי דמחויב להחזיר החפץ או דמיו לבעלים מצד עשה דוהשיב את הגזילה אין זה ניתן לתשלומין רק ללאו דגזילה אבל לא ללאו דלא תחמוד דעל זה לא קאי העשה והא לשי' הרמב"ם גם באמר רוצה אני וקנה החפץ עובר משום לא תחמוד ול"ש בו השבה א"כ הא דוהשיב לא קאי על לאו דלא תחמוד [ואעפ"י שצריך להחזיר החפץ ומ"מ אפשר שילקה משום לא תחמוד דתשלומין דגזילה אינו דוחה לאו אחר המעורב בו] ול"ש לשי' הרמב"ם הטעם דלאו הניתן לתשלומין ולהכי כתב לפי שאין בו מעשה וצ"ל בשיטת הרמב"ם דלהכי אפילו בלא אמר רוצה אני אינו לוקה כיון דעיקר האיסור לא בלקיחת החפץ בחזקה רק על החמדה וההפצרה והשתדלות חשוב לאו שאין בו מעשה [ועי' בסנהדרין דס"ה שאני מגדף דישנו בלב ובפרש"י שם] והראב"ד לשיטתו דלא תחמוד הוא רק בלא אמר רוצה אני וא"כ עצם לקיחת החפץ הוי יש בו מעשה וכיון דלשי' הראב"ד בכל גזילה ישנו לאו דלא תחמוד ג"כ וזה ענין אחד וכיון דגזילה הוי לאו הניתן לתשלומין להכי אינו לוקה ג"כ משום לא תחמוד שזהו ענין אחד.

והמנחת חינוך תמה על דברי הרב המגיד שכתב דלהכי הוי אין בו מעשה לפי שנטילת החפץ ברצון נעשה דא"כ דלא אמר רוצה אני ילקה לשי' הרמב"ם דהטעם דניתן

לתשלומין ל"ש למש"כ הה"מ בעצמו גבי משכון דלפי שאין זה מחמת הפקעת ממון ולהכי כשמחזיר את המשכון בעצמו הוי נל"ע אבל כשנאבד או נשרף לוקה ואעפ"י שמפקיע חובו לא חשיב ניתן לתשלומין א"כ ה"נ בלא תחמוד דלקח בחזקה ושילם הדמים והמוכר לא אמר רוצה אני ורק לכשמחזיר את החפץ הוי נל"ע אבל כשנאבד או נשרף ילקה דלא הוי ניתן לתשלומין כמו במשכון ולדברי הרב המגיד דהר"מ סותרים זא"ז והניח בצע"ג ולמשכ"ל י"ל דאף בלא אמר רוצה אני הוי לאו שאין בו מעשה, אולם בלא זה י"ל בשיטת הה"מ דדוקא במשכון שאין זה לא גנב ולא גזלן [וכמו שנתבאר במש"כ הרמב"ם בספ"ג מהל' גזילה דהוי גזלן היינו קודם שנתברר חיובו בב"ד אבל לאחר שנתברר חיובו ל"ה גזלן ואינו חייב באונסין כלל] ומאי דהוי נל"ע בהחזרת המשכון דוקא אבל לא בתשלומי דמיו משא"כ בלאו דלא תחמוד היכא דלא אמר רוצה אני דהוי גזילה ממש ויש בזה והשיב את הגזילה וחיוב אונסין ואעפ"י ששילם דמיו מ"מ כל זמן שהחפץ בעין הא לא קיים והשיב בתשלומי דמיו ויש בזה ענין תשלומין אם נתיקר ותברא או שתי' דמשלם כדהשתא וכן אם עשה בה מעשה שינוי [ועי' בנתיבות סי' ל"ד דהוי גזילה מחדש] וכיון דבכל גזילה יש לאו דלא תגזול ולא תחמוד ג"כ הוי נל"ע דוהשיב את הגזילה דאם כעין שגזל יחזיר ואם לאו ישלם דמיו ואינו לוקה גם על לאו דלא תחמוד כמש"כ בס' גופי הלכות דניתן לתשלומין אינו לוקה אפי' בב' לאוין משא"כ במשכון דאינו לא גנב ולא גזלן ואין כאן חיוב השבה דגזילה ורק השבת העבוט שלא יתוקן בתשלומי דמיו וכ"ז דלא אמר רוצה אני אבל באמר רוצה אני שאין בזה הפקעת ממון ול"ש והשיב דהא קנה החפץ ול"ש לומר דהוי ניתן לתשלומין ולהכי הצריך הרמב"ם לטעם דלאו שאין בו מעשה.

סימן כג

מ"ח תרנ"ג. לרב אחד.

א

ע"ד שאלת מעכת"ר באשה אשר לדברי הרופאים תסתכן בעיבור ולידה אי מותרת לשמש במוך לפני תשמיש והנה בתשו' רעק"א סי' ע"א וע"ב ובחת"ס סי' קע"ב ובבינת אדם החמירו בזה ובתשו' חמדת שלמה סי' מ"ו הקיל בזה הובא כל זה בפ"ת סי' כ"ג ובצ"צ החדש הקיל ג"כ בזה והגרעק"א הסכים להתיר רק לעשות במוך אחר תשמיש כסדר בדיקות בחורין וסדקין וע"י בדיקת מוך הרבה להפליט הזרע י"ל דאסור יעו"ש, והנה מה שהביא הגרעק"א ראי' בסי' ע"א לאסור מסוגיא דנדה דמ"ב ורבא אקרא קאי

וה"ק כי כתיב ורחצו במים בשאינה מתהפכת ולכאורה דחיק קרא בגונא דחיקא כזה ולא בפשוטו דהפליטה זרע במוך או שכיבדה בחמין כדמשמע כן ודאי לאיסורא לא כתב קרא זהו תוכן ראיתו ותמיהני על הגאון הנ"ל שנעלם מעינו הבדולח לפי שעה ד' רבותינו בעהתו"ס בנדה שם בד"ה פולטת שכתבו וא"ת בלאו הכי מצי לאקשוי מרבא אקרא ותי' דקרא איכא לאוקמי דאזלא איהי בכרעא א"נ כשקנחה יפה דאפשר לכבד הבית שלא ישתייר כלום דתנן במקואות פ"ח האשה ששימשה כו' אבל השתא דמשני כאן בפולטת פריך שפיר דאם איתא דכבדה הבית א"כ תיפ"ל דהרי פלטה עכ"ל וכן מבואר בחי' הריטב"א ובדברי תוס' הרא"ש ועי' בס' התרומה הל' נדה סי' צ"ה ובתוה"ב, הרי מבואר מדבריהם דבאמת הוה מוקים לי' לקרא בכה"ג אלא משום דא"כ הוי פולטת וטמאה מצד נגיעה והכתוב גלי בזה לר"ש דטמאה מצד משמשת כמבואר שם וע"כ ד' הגרעק"א מתמיהים בזה.

וביסוד ד' הגרעק"א להחמיר לתת מוך אחר תשמיש ע"פ שי' רש"י ואף די"ל בשי' רש"י דמשמשות דמותרות היינו לפני תשמיש ולאחר תשמיש י"ל דרש"י מודה הכריח מד' הנמוק"י שהקשה לפרש"י דא"כ קודם הזמן דמשמשת כדרכה ואסורה במוך ואמאי כיון דאינה מתעברת כל עיקר אין כאן השחתת זרע וע"כ דמפרש הנמוק"י בשי' רש"י דהאיסור משום דידה דאי ס"ל דהאיסור הוא משום דמשמש על עצים ואבנים מה בכך שאינה מתעברת הא מ"מ לאו דרך תשמיש הוא ואי לשי' רש"י האיסור כיון דאינה יכולה להתעבר אסור א"כ בפשיטות הו"ל להקשות דתתסר תשמיש בקטנה ובאילונית ועכצ"ל דכוונת הנמוק"י דהאיסור משום ליתא דידה דהיא מצוה על השחתת זרע כמש"כ הר"י או דהיא מצוה שלא להשחית זרע דידי' ולפ"ז הא גם במוך אחר תשמיש אסורה עכת"ד, אבל סברת הגרעק"א תמוה דאיך אפשר דהאיסור יהי' עלי' יותר מעליו דאטו האיסור הוא שימת המוך הא האיסור הוא בשעת תשמיש ואם עליו אין איסור ה"נ עלי' אין איסור, ובאמת אין הכרח מד' הנמוק"י דאפ"ל דס"ל בפרש"י דהאיסור משום ליתא דידי' אבל לא משום דהוי כמשמש על עצים ואבנים ממש והוי כמעשה ער ואונן ממש דנראה דבכה"ג לא התיר גם ר"מ ורק לשמש במוך התיר ולא מעשה ער ואונן וע"כ דהאיסור הוא רק משום דזהו שלא כדרך כל הארץ דהא לא תתעבר עי"ז ויושחת זרעו והאיסור משום השחתת זרעו ובקטנה ואילונית זהו דרך תשמיש שלהם וע"כ התיר ר"מ לשמש במוך בג' נשים דאפשר לבוא לידי סכנה וממילא זהו דרך כל הארץ למנוע הסכנה וס"ל להנמוק"י דבכה"ג כל זרע שאי"ר להתעבר ממנו כמו בקטנה פחות מזה הזמן שוב אין איסור גם בשימוש במוך דבזה שאינו חושש דבל"ז לא תתעבר הוי כדרך כל הארץ ושפיר

הקשה דלפרש"י פחות מכאן תשמש במוך כיון דהאיסור הוא משום השחתת זרע שהוא שלא כדרך כל הארץ וזהו דוקא בזרעו הראוי שתתעבר אבל באופן שאי"ר להתעבר אין כאן השחתת זרע והאיסור לפ"ז רק משום לתא דידי' אבל לאחר תשמיש עליה ליכא איסור דהשחתת זרעו כפי' ר"ת אולם בד' הרמב"ן והרא"ה כתבו מפורש בשי' רש"י דהאיסור משום לתא דידה דאסורה להשחית זרעו ובד' הר"י בכתובות מבואר דאפילו אחר תשמיש אסורה משום השחתת זרעו.

ב

ובאמת תמיהני ביסוד האיסור דהשח"ז לאחר תשמיש היכא דאיכא חשש סכנה דהא מבואר במשנה דאהלות דהאשה שהיא מקשה לילד מחתכין את העובר במעיה מפני שחייה קודמים לחייו ומכש"כ בהשח"ז אשר תוכל לבוא עי"ז לידי סכנה ואף לשי' התוס' דלהרוג עובר אסור מן התורה גם בישראל כמש"כ בחולין דל"ג וגם לשי' הבה"ג דמחללין את השבת להצלת העובר מ"מ הא מוכרח ממשנה דאהלות דלהצלת האם מותר, וגם למש"כ הרמב"ם בפ"א מהל' רוצח הל' ט' דלהכי מותר לחתוך העובר במעיה מפני שהוא כרודף אחריה להורגה [עי' בתשו' חות יאיר סי' ל"א ובנובי"ת חחו"מ סי' נ"ט מה שתמהו בזה] הרי גם הזרע דהוי גרמא וסבה ליצירת הולד כרודף והא ברודף אזלינן בתר אומדנא כמו במחתרת כמבואר ביומא דפ"ה דספק על ממון בא או על עסקי נפשות וכיון דלפי האומדנא של הרופאים תסתכן עי"ז למה תאסר ואין לומר דכיון דתצטרך למוך אחר תשמיש אסורה לכתחילה דהא לר"מ דס"ל דמשמשת במוך משום סכנה ולא אסרינן בתשמיש כל עיקר, וכן מבואר ביבמות דמ"ב גבי מעוברת חבירו דלא ישא משום גזירה שמא תעשה עוברה סנדל ומקשה שם הש"ס דלמ"ד דג' נשים משמשות במוך מאי איכ"ל ומאי מקשה לפירש"י דאיכא איסור דהשח"ז למה נתיר הנשואין לכתחילה, הרי נראה דאין אנו אוסרים גם הנשואין אע"פ שנצטרך להתיר אח"כ משום אונס, (והאחרונים האריכו בזה אם מתירים לכתחילה במה שיהי' מותר אח"כ משום אונס והביאו ראי' מכתובות ד"ג ולידרש להו דאונס שרי ואכמ"ל) וכן מבואר בד' הרא"ה הובא באס"ז בכתובות דמשום מצות עונה התירו [עי' כת"ס אה"ע] וכיון דלא אסרו לכתחילה למה תיאסר אח"כ בשימת מוך כיון דלדברי הרופאים איכא סכנה ועכצ"ל הא דס"ל לרבנן דמשמשות כדרכן וסמכינן על שומר פתאים ד' משום דזהו חשש רחוק ומיעוטא דמיעוטא שאינו מצוי שתתעבר, ובאמת נתקשו בזה הראשונים עי' בריטב"א. שהקשה לפירש"י דלרבנן אפילו הני ג' אסורות במוך ואמאי כיון דאיכא סכנה האיך מכניסות עצמן משום שומר פתאים ד', ועי' באס"ז כתובות שהביא כן בשם הרא"ה לפום האי

טעמא רבנן אסרי ואמאי כיון דמסתכנא אלא דמה שהוכיחו מזה הראשונים ותירצו דלרבנן מותרות לשמש במוך ג"כ אלא שאינן מחויבות צ"ע דכיון דאיכא חשש סכנה מהכ"ת יהי' הרשות בידן לשמש בלא מוך כיון דאיכא חשש סכנה והא אסור להחמיר במקום סכנה ועכצ"ל דזהו באמת חשש רחוק ומיעוט שאינו מצוי דלא חיישי רבנן להאי ועל זה יש לסמוך משום שומר פתאים, ועי' מש"כ בזה בתשו' בנין ציון סי' קל"ז בפלוגתא דרבנן ור"מ אי חיישינן במיעוטא כהאי כיון דהסכנה לא הגיע עודנה כמו שמותר לירד בים, ובאמת קשה לשקול במשקל סברות מחודשות במקום סכנה] עכ"פ גם לד' הראשונים בשי' רש"י דלרבנן אסורה במוך היינו דוקא בחשש רחוק שלא חששו ובודאי לא תתעבר אבל היכא שתתעבר ולדברי הרופאים איכא סכנה מהכ"ת נחוש וא"כ לפירש"י גם במוך לפני תשמיש דפליגי בזה ר"מ ורבנן וקיי"ל כחכמים היינו דוקא בג' נשים דאיכא חשש רחוק אבל לא כן במקום דאיכא סכנה ודאית דגם לרבנן מותרת ולא אסרו השמוש כל עיקר כמש"כ.

והנה מד' הראשונים מבואר דמפרשים בשי' רש"י דלרבנן אסורה לשמש במוך, אולם מצאתי בשו"ת הרדב"ז ח"ג סי' תקצ"ו שנשאל ע"ד מקצת נשים שנותנות מוך באותו מקום בשעת תשמיש כדי שלא תתעבר אי מותר וכתב ומסתברא לי דאפילו למ"ד כולן משמשות כדרכן ומן השמים ירחמו כולן מותרות לשמש כדרכן קאמר וא"צ לשמש במוך אבל לא שיהי' ג' נשים אסורות לשמש במוך דמצי למימר שמא אין לי זכות שירחמו עלי מן השמים הלכך לכו"ע ג' נשים רשאות לשמש במוך יעושה"ט [שחידש עוד דאפילו לשי' ר"ת מיהו לר"מ בשארי נשים אסור לשמש במוך אחר תשמיש וגם שימוש במוך לד' הרדב"ז הוי כמעשה ער ואונן ולדידי' אפילו מעשה ער ואונן מותר בג' נשים וזהו שלא כד' הרא"ש בתשו' כלל ל"ג] ונראה דמפרש הרדב"ז כן בשי' רש"י דאפילו לרבנן ג' נשים מותרות לשמש במוך ויתישב בזה משה"ק לפרש"י מהא דאמרו בריש נדה משמשת במוך מאי איכ"ל ופירש"י ג' נשים משמשות במוך ותמוה דהא אנן קי"ל כחכמים נגד ר"מ ולמש"כ הרדב"ז גם לרבנן מותרות לשמש במוך וכ"נ מלשון רש"י בנדה דמ"ה משמשות במוך תקנתן הוה לשמש במוך שלא יתעברו פחות מכאן א"צ לשמש במוך דודאי לא תתעבר ובאמת דרש"י בנדה הוא ממש כמו שפירש הר"ת ושארי הראשונים דמשמשות במוך שצריכות לשמש במוך ופחות מכאן א"צ לשמש במוך ודרש"י בנדה סותר למה שפירש"י ביבמות וכתובות ועכצ"ל שמפרשים בכונת רש"י דכיון דמותרות לשמש במוך לפיכך מחויבות ופחות מיכן כיון שא"צ לשמש במוך לפיכך אסורות ג"כ, ועכ"פ כיון דגם רש"י בנדה מפרש משמשות במוך שצריכות שפיר י"ל דלרבנן דס"ל

דמשמשות כדרכן היינו שאינן צריכות אבל מותרות אם אינן רוצות לסמוך על שומר פתאים כמש"כ הרדב"ז.

ג

והנה מד' הרמב"ן והרשב"א המובא באס"ז מבואר דס"ל כפירש"י דמשמשות במוך בשעת תשמיש מ"מ השיגו על פירש"י ופירשו שצריכות לשמש ולרבנן איסורא ליכא וכמו שפירש"י בנדה וכ"כ הרא"ש בנדרים דל"ה ומפרש שם משמשות צריכות לשמש במוך שתשיב מוך באותו מקום לקלוט הזרע, ועי' בד' הרא"ש בתשובה כלל ל"ג סי' ג' המובא באה"ע סי' כ"ג באשה שיש לה אוטם ברחם דזה גרע ממשמשת במוך הואיל ומשמש כדרך כל הארץ אע"פ שאין זרעו ראוי להתעבר מבואר ג"כ דגם לרבנן דקיי"ל כותייהו שרי ורק בזורה בחוץ דהוי מעשה ער ואונן אוסר הרא"ש ועי' בישׁ"ש ביבמות סי' א' אות ח' שכ' דפירש"י עיקר דמשמש במוך לפני תשמיש כו' מ"מ נראה דגם דעת ר"ת עיקר כו' וג' נשים דהכא צריכות קאמר וכן פי' הרא"ש בנדרים דצריכות לשמש קאמר וממילא דשאר נשים מותרות וכן משמע מלשון הרא"ש שלפני תשמיש קאמר וכ"מ בריש נדה דאף שאר נשים שריין והלכה כחכמים שא"צ לשמש במוך אבל מותרות יעוי"ש, ולדינא הא מבואר בד' הרמב"ן ושארי הראשונים והרא"ש דמפרשים משמשות במוך לפני תשמיש ומ"מ גם לרבנן דס"ל דמשמשות כדרכן אין איסור, וגם לפי סברתם שם בפחות מיכן שלא תתעבר אין איסור השח"ז א"כ מה"ט היכא שתסתכן בלידה ויהי' גם סכנה להולד הא ל"ש בזה חשש זרע, וגם לפירש"י יש יסוד גדול ד' הרדב"ז דלרבנן מותרות ג"כ וכמו שנראה ג"כ מפירש"י דנדה ואין לנו לחוש רק לדעת ר"ת דס"ל דמשמשות במוך הוא לאחר תשמיש הא לפני תשמיש הוי כמשמש על עצים ואבנים דבכה"ג גם לר"מ אסור לשמש במוך ונראה דבודאי אין הכונה דאפילו במקום סכנה אסור דא"כ יאסר לגמרי וצ' כמש"כ הבית מאיר בסי' כ"ג בטעמא דמילתא דלפני תשמיש ודאי אסור לר"ת משום דס"ל דאפשר לתקוני אחר תשמיש יעו"ש, ובזה י"ל בטעמא דמילתא דלרש"י מותר לר"מ גם לפני תשמיש דס"ל דגם אח"כ אסורה כמש"כ הר"י בכתובות דל"ט אליבא דרש"י אבל לר"ת דס"ל דמותרת אח"כ להכי אסורה מתחלה, ולפ"ז באופן דלדברי הרופאים לא יהי' תועלת שימת המוך אחרי כן שתקלוט הזרע י"ל דבכה"ג גם הר"ת מתיר וביותר י"ל דדוקא בג' נשים שזהו מיעוט שאינו מצוי שתתעבר ולהכי כיון דשרי לאחר תשמיש אין אנו חוששין שמא לא תועיל המוך להפליט, אבל ברוב נשים המתעברות ויולדות כיון דתבוא לידי סכנה בכה"ג גם לר"ת מותר ויעוי' בתשו' חמדת שלמה מש"כ דברים קרובים לזה, וע"כ לדינא יש לסמוך על שי' הראשונים

דמותרות לשמש במוך גם לרבנן ועל ד' היש"ש שהקיל מפורש בזה ועל דברי הרדב"ז וגם י"ל דהר"ת מודה בזה וכן מצאתי אח"כ שכמה מחברים הקילו בזה.

סימן כד

שאלה בענין קדושין. **בדבר** הקידושין שהוגבה עדות לפנינו ומהארבעה עדים שהגידו רק ע"א יעקב בן שמואל אמר שראה הנתינה וגם שמע שאמר המקדש הרי א"מ לי בטבעת זו כדת מו"י והעד ר' אברהם לא ראה הנתינה רק שאח"כ ראה הפינגערהויט על אצבעה ושאמר המקדש לי לא שמע ויתר העדים לא ראו הנתינה וגם לא שמעו גם הבינו כולם ובתוכם העד ר' אברהם אשר זהו דרך שחוק והתול רק העד יעקב בן שמואל אמר שלא הבין ולא הכיר שזהו דרך שחוק והמקדש והמתקדשת אומרים שלא כיונו לשם קידושין רק שעשו מעשה צחוק וכן אומרת שלא הבינה כלל דברי המקדש כן בקש המקדש אח"כ את הפינגערהויט חזרה באשר כוונתו הי' לדבריו בדרך שאלה זהו תוכן הגב"ע.

א

והנה במקדש בע"א והמקדש והמתקדשת אומרים שלא כיונו לשם קדושין כתב הב"ח בסי' מ"ב דנאמנים לומר דלא כיונו לשם קידושין ונראה דמטעם מיגו דבידו להכחיש את העד והב"ש תמה ע"ז מנסכא דר"א דלא אמרינן מגו להכחיש את העד והחכם צבי תירץ דשאני התם דהוי משאיל"מ דצריך שבועה להכחיש את העד ויעוין בא"מ שמפרש דברי הב"ש לפי תירוץ הריב"ם בתוס' ב"ב דל"ג והרמב"ן שם דכל זמן דאינו מכחיש את העד הוי כשנים ולהכי לא מהני מיגו יעו"ש והטו"ז כתב דבע"א יכול לומר דנתכון להשטות וכ"כ בס' בית מאיר ובחת"ס דלא מצינו בגמרא לחוש בקדושי ע"א רק בשניהם מודים אבל כל שאינם מודים שכיונו לשם קדושין לא מצינו לחוש לקדושי ע"א והבו דלא להוסיף עלה זהו תוכן דבריהם, אולם לכאורה יש לשדות בזה נרגא למש"כ התשב"ץ בח"ג סי' פ"ד דבעד אחד אומר שראה המסירה ועד הב' לא ראה המסירה רק שיודע שלענין קידושין נתכנסו אפילו לדברי המקילין בקדושי ע"א יודו בכה"ג וכן מטין דברי המרדכי בפ' האומר בסי' תקל"א שכתב חדא דחוששין לדברי רב פפא דאמר המקדש בע"א חוששין לקדושין ועוד אם עד אחד רואה דבר מוכיח ונראה שיוכל להעיד ונידון כאלו ראה גוף המעשה כדאמרינן בגיטין וקדושין הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה הרכיב המרדכי בהדי הדדי עדות ע"א שראה ועד הידיעה ולכאורה דברי התשב"ץ טעמא בעי דאם לא נדון בב' עדי ידיעה כראי' א"כ ה"ה בע"א למ"ד דאין חוששין לקדושין מאי

טעמא ניחוש לקדושין כיון דעדי ידיעה לא מהני בקדושין ובעינן עדי ראי' וכיון דעד ראי' ליכא רק ע"א מאיזה טעם נחוש לקדושין.

ונראה להסביר דבאמת הא דלא מהני בקידושין עדי ידיעה כמש"כ הרשב"א דלא כהמרדכי המובא בב"ש סי' מ"ב סי"ק י"ב אף דבד"מ מהני עדי ידיעה בלי ראי' הוא כמש"כ התומים בסי' צ' ס"ק י"ד להסביר דבקדושין דלאו משום נאמנות לבד בעינן עדים אלא דקיום והויות הקדושין א"א בלא עדים ולהכי בעינן עדי ראי' ממש ולא עדי ידיעה והויות הקדושין אי אפשר בלא עדים ולא סגי בידיעה ולפי זה לשיטת הריב"א דבע"א כ"ז שאין הבע"ד מכחישו הרי הוא כשנים וכמו שכתבתי לעיל וא"כ בדין בע"א בקדושין ושניהם מודים דכ"ז שאין הבע"ד מכחישו הרי הוא כשנים אלא דאעפ"י כן לא מהני קדושי ע"א דכיון דבידם להכחישו א"א לחול הקדושין עפ"י ע"א וגזיה"כ דלהויות הקדושין בעינן עדים המועילים לחוב לאחרינא ושאין הבע"ד יכול להכחישם אח"כ אבל באם איכא עדי ידיעה המעידים על אמתת המעשה ואין ביד הבע"ד להכחישם אח"כ שוב בדין דעל הויות הקידושין יועיל ע"א דכ"ז שלא הוכחש הרי הוא כשנים והוי כמו שהי' הקידושין לפני ב' עדים אלא דהא לא מהני משום דבידם להכחישו אח"כ אמתת המעשה והכא בלא אמתת הדבר איכא ב' עדים ואין בידם להכחישו שוב הדר דינא דבחלות הקידושין יהי' סגי בע"א ולפי"ז יש מקום בסברא דעד ידיעה ועד ראי' יצטרפו לקדושין כיון דעל אמתת המעשה מהני עדי ידיעה בלא ראי' ועל חלות הקדושין הא כ"ז שלא הוכחש הרי הוא כשנים ואח"כ יהי' א"א להכחישו דהא יצטרף עמו העד ידיעה ובזה אפ"ל ד' המרדכי דלא פליג ע"ד הרשב"א רק דהרשב"א מיירי דשני עדים הי' עדי ידיעה בלא ראי' אבל המרדכי הא מיירי דאיכא עד אחד ועד ראי' ושפיר מצטרף עמו העד ידיעה כנ"ל.

ב

ולבד דברי התשב"ץ גם אי נימא דלא כדבריו ועד ידיעה אינו מצטרף לעד ראי' מ"מ יש להעיר לשי' הסמ"ג דחוששין לקדושי ע"א וכמו שהכריע הרמ"א להחמיר היכא דליכא עגון ובכה"ג דאיכא עד ידיעה בדין שלא יועיל הכחשת המקדש או המקדשת דהא בכ"מ בד"מ מהני ידיעה בלא ראי' הרי דעל עצם המעשה מאמינים על הידיעה כראי' א"כ הכחשת המקדש לאו כלום היא דהא עדי הידיעה מכחישים אותו וע"ז שפיר מהני עדי ידיעה להכחיש את המקדש רק דלא מהני עדי ידיעה על חלות הקידושין אבל למאן דס"ל דהמקדש בע"א חוששין לקדושין וכיון דאיכא עד א' על ראי' שוב מהני דחלות הקדושין חל על פי עד אחד ונגד הכחשת המקדש הא איכא עד ידיעה וכיון דהמעשה אמת הדר

דינא דחוששין לקדושי ע"א במקום דליכא עגון ולפי"ז הרי אין כאן מגו להכחיש את העד כיון דעל הנתינה יש עדי ידיעה ומצאתי בשו"ת רעק"א החדשות סי' נ"ה שהרגיש מזה גם למש"כ הט"ז והב"מ להסביר דבמקדש בע"א אומרים שכונתו הי' להשטות ונאמן על זה מ"מ י"ל דבכה"ג דאיכא עדי ידיעה ל"ש השטאה ובפרט שאינם יודעים המקדש והמתקדשת אולי רואים ושומעים העדים שבאותו מעמד.

אולם נראה דגם להמרדכי דס"ל דמהני ידיעה בלא ראי' היינו דוקא היכא דהענין מוכיח שנכנסו על דעת לקדש קדושין ממש וע"כ אף דלא ראו גוף הנתינה ידיעה כראי' דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ודמי לראי' ממש משא"כ היכא שהמעשה בעצמו הי' דרך שחוק ניהו דבקדושין משום חומר דא"א לא אזלינן בתר אומדנא לבטל הקדושין אבל גם לקיים הקדושין ולומר ידיעה בלא ראי' כראי' אי אפשר לומר דהא על פי הידיעה אמרינן שהי' לשחוק ובודאי לא הי' נתינה ג"כ ודוקא היכא דהוי ראי' ממש בזה החמיר בתשו' מיימוני דלא מהני אומדנא לבטל הקידושין משא"כ היכא דכל עיקר הקדושין הוא על פי אומדנא וא"כ נגד זה איכא אומדנא דלשחוק ואומדנא ושוברו עמו שלא נעשה באופן המועיל וכיוצא בזה מצאתי בתשו' חוט המשולש להגאון מוהר"ח מוולאזין זצלה"ה בסי' א' דאף דלא אזלינן בתר אומדנא בקדושין כל זה היכא שהוא נגד דברים שבפה משא"כ היכא דכל החשש קדושין הוא משום דברים שבלב יעו"ש וע"ע בתשו' הרא"מ סי' מ"ט בכה"ג ובפרט בנ"ד שלא ראה מתחלה הפינגערהויט אצל המקדש ובכה"ג לא הוי ידיעה ברורה וגם שלא שמע דאמר המקדש לי והוי ידים שאינן מוכיחות ועי' בב"ש סי' כ"ז ס"ק י"ד דאפילו לדעת המחמירים מ"מ אם יש עוד ריעותא אי הוי ספק קדושין אפילו אמר לי מקילין שם בלא אמר לי יעו"ש ובפרט היכא שכל המעשה הקדושין הי' לשחוק בזה י"ל דלכו"ע לא הוי ידים דלהכי לא סיים לי משום דעושה לצחוק ואינו יד מוכיח כלל תחלת הדברים וא"כ דלא הוי אלא ע"א בנ"ד הא מהימנא לומר שלא נתכוונו לשם קדושין.

עוי"ל החילוק בין ע"א וב' עדים שנאמן לומר דנתכוין להשטות בע"א כמש"כ הב"ח והח"מ גמגם בזה דהא הוי דברים שבלב דלא אזלינן בקדושין בתר אומדנות והוכחות וי"ל עפימש"כ התוס' בקדושין ד' ס"ו בד"ה אביי דהא דהמקדש בע"א אין חוששין לקדושין לאביי דס"ל דדבר שבערוה ובע"ד שותק דנאמן ע"א משום דהתם אפשר כיון דלא קידשה בפני עדים המעות מתנה וא"כ י"ל דאף דמאן דס"ל דחוששין לקדושין היינו דחיישינן שמא נתכוין לשם קדושין אבל כיון דדרך לקדש בב' עדים אפשר דכיון לשם מתנה ועיין בנובי"ת חאהע"ז סי' ע' וא"כ הא דמחמיר בתשו' מיימוני דלא אזלינן

בתר הוכחות היינו היכא שהמעשה הי' מעשה ברורה קדושין בפני ב' עדים אבל בע"א דאפשר דנתכוין לשם מתנה אין בהמעשה מעשה לסתור הכונה והאומדנא ואדרבה המעשה שקידש בע"א מסייע להאומדנא שכיון לצחוק.

אמנם י"ל לדברי התוס' בקדושין ד' ס"ו לאביי דהיכא דנתכוין המקדש וסבר דאיכא ב' עדים ובאמת לא ראה הקדושין רק עד אחד בזה ל"ש סברת התוס' דנתכוין לשם מתנה דהא המקדש חשב דאיכא ב' עדים בדבר ובזה יש לכוין בדהתוס' כתובות ד' כ"ג בד"ה תרווייהו שהקשו דהא אפילו ליכא רק חד דאמר נתקדשה אין דבר שבערוה פחות משנים שוב הקשו דלוקמי בחזקת פנוי' ותרצו דמיירי דעד אחד אומר קרוב לו וע"א אומר קרוב לה ויעוין באס"ז מה שהביא בשם הרא"ה לתרץ קוהתוס' וע"ע בתשו' מיימוני מה שנדחק לומר ולחדש דבכה"ג חשוב ב' עדים ולפמשנ"ת י"ל דבכתובות דמשני אביי בע"א ולאביי הא דבע"א אין חוששין לקדושין הוא משום דאפ"ל דנתכוין לשם מתנה א"כ בכתובות דמיירי שהי' ב' עדים אלא דע"א אומר שהי' קרוב לו א"כ המקדש כסבור שיש ב' עדים בדבר בכה"ג חוששין לקדושין לאביי אך גוף קושי' התוס' לאביי מהמקדש בע"א שגבו דבריהם ממני דהא בקדושין גזיה"כ דשניהם מודים לא מהני ובעי עדי ראי' א"כ לפי"ז בעי עדים שאינם יכולים להכחישם משא"כ בע"א ניהו דבשותק מהני בדבר שבערוה אבל הא יכול להכחישו ולפי הנראה שיטתם דלרבא דס"ל דגם בשותק אין דבר שבערוה פחות משנים הא דבקדושין בעי ב' עדים משום דע"א גם בשותק לאו כלום הוא ובעי הודאה והודאה לא מהני דחב לאחרינא אבל לאביי כיון דבשותק מהני עדים ולא צריך להודאה דידי' לא איכפת לן מה שיש בידם להכחישו וע"כ תירצו דהמעשה מצד עצמה בלי הודאה אינו מורה שהוא מורה לשם קדושין משום דאפשר דכונתו לשם מתנה וכיון דבעינן הודאה לא מהני דחב לאחרינא (ובזה יש להעיר ע"ד הנוב"י מהדו"ק ומהדו"ת סי' ע"ג שאין ראי' מדברי התוס' לפי המסקנא דהמעות מתנה רק שכונתם שהמעשה בעצמה אינה מוכיחה לגמרי על הקידושין] אבל לא אדע מ"ט לא תירצו בפשיטות דבעדי קיום הקידושין בעינן עדים שאין הבע"ד יכול להכחישם לדידן דס"ל דהמקדש בע"א אין חוששין לקדושין וצע"ק.

ג

עוד נראה לצדד בעובדא זו אשר המקדש חזר וביקש הפינגערהויט חזרה ולפי האומדנא נתן לה רק בדרך שאלה וכפי הגב"ע שעצם הקדושין הי' רק מעשה שחוק ולא הי' שום כוונה לקדושין ובכה"ג אפשר דאף להתשו' מיימוני יש להקל דמש"כ דלא אזלינן בקדושין בתר אומדנות והוכחות מבואר שם מב' טעמים משום דאיתתא בכ"ד ניחא לה

ולא הוי אומדנא דמוכח כ"כ ועוד משום חומרא דא"א והטעם דאיתתא בכ"ד ניחא לה ל"ש רק במתקדשת אבל היכא דהוי אומדנא גם מצד המקדש ל"ש זה ורק משום חומרא דא"א מחמרינן דלא מהני אומדנא דמוכח [וקצת ראי' יש להביא להמיימוני מקדושין ד"נ א"ל אביי דילמא שאני התם לחומרא דאף לפי הו"א דדברים שבלב דברים מ"מ בקדושין אזלינן לחומרא ועי' בתשו' בית יוסף הלכות קדושין סי' ח' שמביא ב' פירושים בזה אי לחומרא דברים שבלב אינם דברים וכ"מ מדברי הר"ן אי דלחומרא לא מהימן והביא כן מדברי המרדכי בפ' האומר ולא מצאתי שם ודבר זה תלוי באשלי רברבי בדבר שבערוה בדלא אתחזק איסורא אי מהימן עכ"פ לפי פירושם דלחומרא לא מהני דברים שבלב בקדושין אף דבממון מהני לפי ההו"א כן י"ל לפי המסקנא אף באומדנא דמוכח דהוי דברים שבלב כל אדם מהני בממון בקדושין לא מהני לבטל הקדושין וי"ל] וק"ל ע"ד התשו' מיימוני דאיך אפשר להחמיר בקדושין באומדנא דמוכח כיון דבד"מ מהני אומדנא דמוכח כמו במברחת וכיו"ב וכמו שהובא שם בתשו' מיימוני וכיון דאנן סהדי וברור לנו שכיון לשחוק א"כ הא ביד המקדש לתבוע הכסף קדושין חזרה בדין דהא אומדנא דמוכח מבטל מתנה ומכירה א"כ האיך מהני חומרא דא"א הא ע"י חומרא דא"א לא נחזיק ביד המתקדשת הכסף קידושין כיון דברור הדבר ואומדנא דמוכח שלא כיון לקדשה ובידו להוציא בדיינין הכסף קדושין ובמאי תתקדש ומכל ספק קדושין דעלמא כמו נתן הוא ואמרה היא ל"ק דהא נחזיק המעות בחזקת המ"ק וממילא במאי תתקדש ובפרט לשי' הרמב"ם בתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני י"ל דשאני הכא דהוי תפיסה ברשות וכן בספק קרוב לו וכיו"ב וכן בקידושי עד אחד ועי' בשו"ת רעק"א החדשות סי' נ"ה, אבל בזה באומדנא דדין ממון הוי ודאי ולא ספק ניהו דמחמרינן לענין איסור דא"א אבל במאי תתקדש, על כן נראה דבעובדא דתשו' מיימוני מיירי שהאומדנא הי' שמעשה הקדושין הי' דרך שחוק אבל על עצם הנתינה לא הי' הוכחה לבטל המתנה וכמש"כ התוס' בקידושין ד' ס"ו בקידושי ע"א דכונתו לשם מתנה ורק אנן סהדי שלא כיון לקדשה במה שאמר הרי את מקודשת לי זה הי' לצחוק אבל מעשה הנתינה נתן לשם מתנה וע"כ לפי הך צד דמחמרינן משום חומרא דא"א שמא לא הוי הוכחה גמורה שפיר תתקדש במה שבידה אבל בנ"ד באומדנא מתחלה וסוף הי' שנתן רק בדרך שאלה א"כ גם עצם הנתינה לא הי' רק דרך שחוק ובידו להוציא בדיינין וא"כ איך נחמיר משום חומרא דא"א כיון דאין לה במה להתקדש.

ובמק"א העירותי באיבעי דנדרים ד"ו אי יש יד לקידושין או דילמא ואת חזאי, ובר"ן ורא"ש פירשו דנתן לראשונה שני פרוטות ומספק"ל אי נתן לה ב' פרוטות בקידושיה

או דילמא אחת נתן לה ואחת נתן לחבירתה והעלה הר"ן דהוי איבעי דלא איפשיא ואזלינן לחומרא, והא כיון דהוי ספק ומדינא אם תתבע הפרוטה מחבירתה הרי היא מוחזקת בב' פרוטות ובמאי תתקדש, ודוח"ל כיון דיש לחבירתה זכות תפיסה שאם תתפוס אין מוציאין מידה תתקדש בהנאה זו דהא זכות תפיסה מפרוטה אינו שו"פ ועוד דלשי' הפוסקים בספיקא דדינא לא מהני תפיסה והא להראשונה תפיסתה היתה ברשות [והרמב"ם בפ"ד מהל' אישות מפרש האיבעי באופן אחר] ומזה מוכח דאע"פ דלגבי דין ממון הראשונה מוחזקת מ"מ מחמרינן בספק קידושין גם לחבירתה וצ"ע מ"מ ז"א אלא בספק קידושין אבל באומדנא ודאית שהי' דרך שחוק לא מחמרינן בכה"ג כיון דאין לה במה להתקדש כמשכ"ל [ומכבר אמרתי ליישב בזה ע"ד החידוד קושי' הפנ"י בריש קדושין בתוד"ה ב"ש דלענין שו"פ ושוה דינר גם לענין קדושין הראשונים ל"ש ב"ה לחומרא דכמו דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי כן ניחוש שמא שוה דינר במדי ולפמשנ"ת י"ל דלכאורה בפחות משו"פ למש"כ הר"ן דהאי חוששין שמא ש"פ במדי אאמד"ר דמדאורייתא אין להקדש אלא מקומו ושעתו ולפ"ז הא מדאורייתא שאינה ש"פ שייך להמקדש וקדושין הדרו להמקדש וא"כ במאי תתקדש דל"ש לומר דהיא מוחזקת והוי תפיסה דרשות כיון דאין זה אלא מצד חומרא, אולם אפ"ל כיון דבפחות משו"פ אין ב"ד נזקקין ואין זה יכול להוציאו בדיינין וע"כ חיישינן שמא שו"פ במדי אבל בפחות מדינר דמחויבת להשיב שוב אי אפ"ל שמא שוה דינר במדי כיון דעל המתקדשת להחזיר להמקדש ובמאי תתקדש ויל"ע בזה].

סימן כה

בחדש ניסן אעת"ר. **לרב אחד בענין קדושין. ע"ד** שאלת כת"ר בעסק הקדושין וזה הדבר בבית אחד היו חמשה אנשים אב ובנו ושלישי ובחור ובתולה, האב ובנו העידו איך שראו שהבחור המקדש נתן טבעת על אצבע המקודשת שהושיטה לו ואמר הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת מו"י ותיכף אמר המקדש הרי אתם שלשה עדים שקדשתיה העד השלישי העיד שמקודם ראה הטבעת בידו ואח"כ שמע שאמר כדברים האלה הרי את ודברים האחרונים לא שמע כי נתבהל ושמע ג"כ שאמר הרי אתם שלשה עדים שקדשתיה ואח"כ ראה הטבעת על אצבעה אבל את הנתינה לא ראה, המקדש אמר שנתכוין לקדשה בטבעת אשר שאל ממנה המתקדשת אמרה אשר ב' שעות מקודם שאל הבחור הטבעת להראות לו למען יראה איכותו ולא נתכוונה להשאיל לו ואח"כ בקשה חזרה ודחה לה כמה פעמים עד שלבסוף נתן הטבעת על אצבעה ואמר לה הלשון

שאומרים תחת החופה אבל לא הבינה מה הוא אומר ולא נתכונה להתקדש ושקלה הטבעת בידה וחשבה לצחוק בעלמא מה שהושיטה לו אצבעה גם באותו היום שאלה אשה אחת ממנה מה הי' ביניהם והשיבה מה תשאל ממני שאלו מאתו מה דעתו, וכנראה שהי' ידידות ביניהם מתחלה ותשובתה נראה כהסכם מצידה, זהו תוכן גב"ע שהוגבה לפני כת"ר.

א

והנה בנוגע לעדות השלישי שלא ראה הנתינה אם יש בזה ידיעה בלא ראי' שהכריע הרמ"א בסי' מ"ב דבעינן עדי ראי' הי' מקום לחוש לד' המרדכי בפ' האומר בסי' תקל"א שכתב חדא דחוששין לדברי רב פפא דאמר המקדש בע"א חוששין לקדושין ועוד אם עד אחד רואה דבר מוכיח ונראה שיכול להעיד ונדון כאלו ראה גוף המעשה כדאמרינן בגיטין ובקדושין הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה וכ"כ התשב"ץ בח"ג סי' פ"ד דבעד אחד שאומר שראה המסירה ועד הב' לא ראה המסירה רק יודע שלענין הקדושין נתכונו אפילו להמקילין בקדושי ע"א מודים בכה"ג וצירפו המרדכי והתשב"ץ עדות ע"א שראה ועד הידיעה ובסימן הקודם בארתי בטעמו של דבר דאף א"נ דשני עדי ידיעה לא מהני מ"מ עד ראי' מצטרף לעד ידיעה עפמש"כ התומים בסי' צ' ס"ק י"ד להסביר דלהכי לא מהני עדי ידיעה בקדושין אף דבד"מ מהני עדי ידיעה בלא ראי' משום דשאני עדי קדושין דלאו משום נאמנות לבד בעינן עדים אלא משום דקיום והויות וחלות הקדושין א"א בלא עדים ולהכי בעינן עדי ראי' ממש ולא סגי בידיעה יעו"ש ולפ"ז לשי' הריב"ם בתוס' ב"ב דל"ג והרמב"ן שם דע"א כל זמן שאינו מכחישו הרי הוא כשנים ולהכי לא מהני מיגו יעו"ש אלא דאעפ"כ אין ע"א מהני בקדושין משום דבעינן עדים שאינם יכולים להכחישו וגזיה"כ דבעינן עדים דמהני לחייב לאחרינא וכמו שכתב הרשב"א בתשובה אלף קצ"ג אבל באם איכא עדי ידיעה דאמתת הדבר מבורר על פיהם ואין הבע"ד יכול להכחישם אלא דלא מהני עדי ידיעה על קיום וחלות הקדושין וכיון דאיכא עד אחד שראה הקדושין וכל זמן שלא הוכחש הרי הוא כשנים נמצא דעל חלות הקדושין הרי חלה ע"י ע"א ועל שאינם יכולים להכחישו הרי איכא צירוף עד ידיעה ובזה הי' אפ"ל דהמרדכי לא פליג ע"ד הרשב"א דהרשב"א מיירי בשני עדי ידיעה בלא ראי' והמרדכי מיירי דאיכא עד ראי' ומצטרף עמו עד ידיעה.

אולם המהרי"ט בתשובה סי' מ"ג פסק דאין עד ידיעה שלא ראה המסירה כלום אף שהי' שם גם עד ראי' יעו"ש ולכאורה אמרתי לדון בזה הא דעדי ידיעה לא מהני הוא מטעם אחר עפמש"כ הר"ן בגיטין בפי' ד' התוספתא דע"א שראה שנתיחדה שחרית

וע"א שראה שנתיחדה ערבית אינם מצטרפים וא"צ גט דטעמו של דבר דעדי קדושין הוי כד"נ דעדות מיוחדת פסולה וכ"כ התוס' במכות ד"ו וברא"ש שם דעדי קדושין הוי כד"נ [והגאון רעק"א בתשובה סי' צ"ד כתב שלא בדקדוק דד' התוס' הוא רק לענין גיטין ולא לענין קדושין שהרי בדהתוס' בב"ב דקי"ד מבואר גיטין וקדושין יעו"ש] ולהכי לא מהני עדות ידיעה בלא ראי' בקדושין דהא בד"נ לא מהני ידיעה בל"ר כמבואר ברמב"ם פ"כ מהל' סנהדרין ומאי טעמא גם עד אחד של ידיעה אינו מצטרף עם עד ראי' דהא בד"נ בעינן שני עדי ראי' ועדי קדושין כעדי ד"נ דמי.

ב

ולכאורה אין מד' הר"ן הכרע דעל חלות הקדושין בעינן עדים המועילים בד"נ דביאור ד' הר"ן מש"כ דאינם מצטרפים עדות מיוחדת דהוי כד"נ נראה דעל נאמנות העדים קאי שכל אחד אמר שראה שנתיחדה בפניו עם עד אחר שהי' עמו וכ"כ המהרי"ט ח"ב סי' ל"ח [וע"ע במשובב נתיבות סי' ל'] או כמש"כ השאג"א בתשובתו בקדושי קטן לצדד בכונת הר"ן דלא אמרינן דאין אדם בועל בעילתו בעילת זנות ומסתמא קידשה בעת אחרת בפני ב' עדים כשרים דאל"כ הא בפשוטו אין כאן עדות כלל בנתיחדה בפני ע"א וכמש"כ הב"י בסי' ל' לפרש וכמו שתמה הב"ש בסי' קל"ג ולמ"ל להר"ן לומר משום דהוי כד"נ [ועי' בתשו' רעק"א סי' רכ"ב אות י"ח וכבר קדמוהו הב"ש] ומיושב ג"כ מה שתמהו ע"ד הר"ן דהא ילפינן בקדושין דבר דבר ממון ובממון עדות מיוחדת כשרה דאפ"ל דבודאי לענין חלות הקדושין ילפינן מממון אבל לענין נאמנות העדים שנתקדשה בב"ד כי היכא דתהוי א"א לחייב את הבועלה הוי ד"נ [ולפי פי' הר"ן מיושב ג"כ משה"ק החת"ס באה"ע דלרב פפא דס"ל המקדש בע"א חוששין לקדושין קשה מהתוספתא דמ"ט בנתיחדה בע"א שחרית א"צ גט דלד' הר"ן א"ש דגם לרב פפא אין ע"א מהני רק על חלות הקדושין אבל על נאמנות להעיד בב"ד דבעינן עדות של ד"נ ע"א לאו כלום הוא ורק על חלות הקדושין מהני כמו דמהני לענין ממון לשבועה], ומיושב ג"כ מה שתמה הב"י בסי' ל' ע"ד הר"ן מגיטין דל"ג דמשוה עדי גיטין לד"מ בפלוגתא דריב"ק ורבנן בעדי כתובה דהא התם לענין חלות הגט אי הוי כתיבה באם אמר זה שלא בפני זה ויש לזה דין עדי ממון דילפינן דבר דבר מממון אבל לענין נאמנות הוי ד"נ.

ולפ"ז אין ראי' מד' הר"ן דעדי קדושין כד"נ רק על נאמנות העדים להעיד בב"ד שנתקדשה ועדי ידיעה שנתקדשה לא מהני אבל על חלות הקדושין דיש לו דין ממון דילפינן דבר דבר שפיר מהני עדי ידיעה דמהני בד"מ, אולם מדהתוס' במכות ד"ו ובב"ב דקי"ד דס"ל דעדי קדושין כד"נ לענין קרוב או פסול דבחלות הקדושין מיירי ואפ"ה יש לו דין עדי ד"נ

ומה"ט גם עדי ידיעה בלא ראי' לא מהני ולכאורה קשה דהתוס' דהא ילפינן דבר דבר מממון א"כ כיון. דבממון לר"י אינו מבטל צירוף קרוב או פסול ומה"ט גם בקדושין לא יתבטל קרוב או פסול.

ונראה למשנ"ת בסברת הר"ן דעל נאמנות העדים בב"ד שנתקדשה הוי ד"נ ולפ"ז למש"כ הרשב"א בחי' ובתשובה אלף קצ"ג דבעינן עדים לחוב לאחרינא שא"י להכחישם וכ"כ הרמב"ן בחדושיו לקדושין דכל דאיתא בכופרים איתא במודים וכל דליתא בכופרים ליתא במודים וכמו שהסביר הפני יהושע בקדושין שם דבעינן עדים שיכולים לחוב לאחרינא ושיהי' נסקל על ידם וכל דלא מהני לחוב לאחרינא לא מהני גם לגבי עצמם דאין אישות לחצאין, ולפ"ז כיון דילפינן דבר דבר ממון דבעינן שני עדים על חלות הקדושין ועדים שא"י להכחישם על נאמנותם בב"ד ממילא בעינן גם שעדי קיום על חלות הקדושין שיהי' עדים הכשרים לדיני נפשות להעיד בב"ד שנתקדשה ושא"י להכחישם, ולהכי שפיר הקשו התוס' דיתבטל ע"י צירוף קרוב או פסול עדי קדושין גם לר' יוסי דהא צירוף פסולים אי"ר להגיד בב"ד ואף אם יבואו הכשרים לבד ויעידו לפי הו"א שבתוס' דע"י צירוף ראי' גרידא מתבטל עדות הכשרים וכיון שאין עדותם ראוי' להתקבל בב"ד נגד המכחישים לסקול על ידם שוב אין אישות לחצאין ולא חל כלל, ומה"ט גם עדי ידיעה בלא ראי' בקדושין לא מהני כיון שאין עדותם ראוי להתקבל בב"ד על הנאמנות ועד ידיעה אינו מצטרף לעד ראי' והמהרי"ט לטעמו בסי' ל"ח בעדות מיוחדת בקדושין דהוי כד"נ וס"ל דאם הוכחשו בבדיקות עדותן בטלה.

והקצוה"ח בסי' צ' הקשה דאמאי מהני בגט עדי חתימה כמסירה משום דנפיק הגט מתותי דה ובידוע שהבעל מסר לה ועדי חתימה כע"מ לשי' הרי"ף והראב"ד כמש"כ הר"ן והא עדי ידיעה בלא ראי' לא מהני, והנה באמת לשי' הר"ן י"ל דדוקא עדי קדושין הוי ד"נ ולא עדי גיטין כמש"כ הנובי"ק סי' ע"ב שכן צ"ל לשי' הר"ן [ולהכי משוה בגיטין דל"ג עדי גיטין לד"מ] ולהכי מהני בגט עדי ידיעה בל"ר אולם אין זה מספיק לשי' התוס' במכות ובב"ב דמשוה גיטין לקדושין דהוי ד"נ ואפשר דלשי' התוס' באמת גם בגיטין לא מהני ידיעה בל"ר אולם לדהתוס' יקשה קו' הב"י מגיטין דל"ג דמשוה גיטין בדין עדות מיוחדת לד"מ [ובמק"א תרצתי קו' הב"י די"ל דדין זה תלוי אי אמרינן דון מינה ומינה ובגזי"ש דבר דבר ילפינן לגמרי מד"מ או דאמרינן אוקי באתרא וסוגית הש"ס בגיטין אזיל למ"ד דין מינה ומינה ודמי לד"מ לגמרי], ולמשנ"ת דעיקר מה דהוי ד"נ רק בעת קבלת עדות בב"ד שנתקדשה והוי א"א וה"ה בקבלת עדות בב"ד שנתגרשה ורק דבעת חלות בעינן שיהי' ראוי עדותם להתקבל בב"ד אפשר דרק בעת חלות הקדושין

והגרושין בעינן תנאי זה בעת מסירת הקדושין לידה או בעת מסירת הגט אבל בגיטין דל"ג דמיירי בעדי כתיבה בזה שפיר מהני עדות דמהני בממון דהא לא נגמר עוד חלות הגרושין [ובעדי מסירה זה שלא בפני זה לא מהני כמוש"כ הב"ש].

ג

אלא דלד' התוס' והר"ן יקשה דא"כ בעדי קדושין באחד רואה בחלון זה ואחד רואה בחלון אחר דלד"נ לא מהני וכיון דבעינן עדות שראוים להתקבל בב"ד בנאמנות של עדות ד"נ והא אחד מחלון זה הוי עדות מיוחדת הפסולה לד"נ, ובאמת כבר הקשה הנוב"י ע"ב שם ע"ד הר"ן מהתוספתא דמאי איריא נסתרה שחרית וערבית אינם מצטרפים דתיפ"ל דאפילו נסתרה בפני שניהם שלא מחלון אחד והעדים לא ראו זא"ז אינם מצטרפים וקושיתו ילה"ק ג"כ ע"ד התוס' והרא"ש במכות והתוס' בב"ב דקי"ד שכתבו מפורש דעדי קדושין וגיטין דמי לעדי נפשות שו"ר בגבורות ארי להשאגת ארי' בחדושיו למכות שהרגיש בזה, ונראה דלכאורה צ"ע במאי דיליף רב במכות ד"ו מברייתא שם דעדות מיוחדת פסולה מלא יומת על פי ע"א להביא שנים שרואין אותו אחד מחלון זה ואחד מחלון זה שאין מצטרפין דמנ"ל דילמא קרא איצטריך לעדות מיוחדת משני מעשים דבד"מ כשרה דהלכה כריב"ק ובד"נ אין מצטרפין אבל במעשה אחד מב' חלונות מצטרפים.

ולכאורה י"ל דברייתא אתי כרבנן דריב"ק ורב לטעמו דס"ל בסנהדרין ד"ל דהלואה אחר הלואה אינם מצטרפים ולהכי על שני מעשים לא איצטריך קרא וע"כ דעל עדות מיוחדת ברואים מב' חלונות אתי וכה"ג תירץ הריטב"א שם בהא דדייק ר"נ דעדות מיוחדת כשירה בד"מ דלרבנן קאי דאלו לריב"ק אפילו הודאה אחר הודאה מצטרפים אבל תי' זה אינו מספיק לפי הלכה דקיי"ל כריב"ק וקיי"ל דעדות מיוחדת מב' חלונות אינם מצטרפים אפילו במעשה אחד ואי"ל דלא איצטריך קרא בד"נ בעדות מיוחדת מב' מעשים משום דא"א לצרף שני עדים מב' עבירות דלא הי' התראה והתיר א"ע למיתה לכשהי' עד אחד כמו שא"א שיצטרפו עדי קדושין על קיום הדבר כמש"כ הב"י סי' ל' אכתי איצטריך באופן שכל אחד העיד שהי' עד אחר עמו והיו שנים והתרו וכן העיד עד שני שהי' עד אחר עמו והתרו מעבירות מחולקות וכמו כן בע"א מעיד שנגמר דינו בב"ד של פלוני וע"א מעיד שנגמר דינו בב"ד של פלוני למיתה מעבירה אחרת דבכה"ג אין מצטרפין וא"כ דילמא איצטריך קרא להכי ומנ"ל למילף על מעשה אחד מב' חלונות.

ד

אולם מצאתי ישוב לזה ממש"כ הרמב"ם פ"כ מהל' סנהדרין הל' כ' אין ב"ד עונשין באומד הדעת אלא ע"פ עדים בראי' ברורה אפילו ראוהו כו' וכיוצא בו נקי וצדיק אל תהרוג וכן אם העידו עליו שעבד ע"ז זה ראהו שעבד את החמה והתרה בו וזה ראהו שעבד את הלבנה והתרה בו אין מצטרפים שנאמר נקי וצדיק אל תהרוג הואיל ויש שום צד לנקותו כו' והוא מן המכילתא, וביתר ביאור בד' הרמב"ם בסה"מ סי' ר"צ ומשוה להדדי דין אומד ועדות מיוחדת משני מעשים דבד"מ מהני הלואה אחר הלואה משום דמהני אומד וידיעה בלא ראי' אומדנא דמוכח אפילו לרבנן דרבי אחא ולהכי מהני עדות מיוחדת מב' מעשים דע"י צירוף שני מעשים הוי ידיעה כללית שמחויב ממון, וידוקדק בזה לשון הגמ' בסנהדרין ד"ל ואידך והוא עד או ראה או ידע מ"מ משום דמקרא זה ילפינן ידיעה בלא ראי' משא"כ בדיני נפשות לא מהני ידיעה בלא ראי' ע"פ אומד וכן לא מהני צירוף ב' מעשים, עכ"פ הרי מפורש בדברי המכילתא דעדות מיוחדת משני מעשים נכלל בדרשא דקרא דנקי וצדיק אל תהרוג [והכונה דאיצטריך קרא להכי אף שכל אחד העיד שהי' עד אחר עמו והי' ב' עדים בהתראה והתיר א"ע למיתה] ולהכי שפיר דריש הברייתא דלא יומת ע"פ ע"א על מעשה אחת מב' חלונות דלשני מעשים הא ילפינן מנקי וצדיק.

והרמב"ן בסה"מ שם תמה על הר"מ שהביא דרשת המכילתא דהא ע"כ אסמכתא בעלמא היא דהא עדות מיוחדת ילפינן במכות ד"ו דאפילו באחד רואה מחלון זה ואחד מחלון זה מצטרפים וכש"כ עדות מיוחדת משני מעשים, ולמש"כ א"ש דבא זה ולימד ע"ז דלולא דרשת המכילתא לא היינו יודעים מקרא דלא יומת ע"פ ע"א על עדות מיוחדת ממעשה אחד והיינו מוקמינן בב' מעשים ואיצטריך תרי קראי דמיני' ידעינן עדות מיוחדת מב' מעשים ועדות מיוחדת מב' חלונות [ומה שתמה הרמב"ן שם על דברי הרמב"ם באומד דהא קיי"ל כרבנן ודלא כרב אחא וגם בד"מ לא מהני אומד נראה בשי' הרמב"ם באומדנא דמוכח כמו בנחבל דמהני בד"מ לא מהני בד"נ, וע"ע ברמב"ם הל' סנהדרין פכ"ד הל' א' דיש לדיין לדון על פי אומד דעתו מה דדעתו נוטה שהוא כן ועי' בטוש"ע סי' ט"ו].

ה

ועדיין ד' הרמב"ם צריכים ביאור דניהו דדרשת המכילתא איצטריך אבל הרמב"ם שקבע בחבורו הדינים והביא בפ"ד מהל' עדות הל' א' הדינים דעדות מיוחדת דאפילו אחד רואה מחלון זה ואחד מחלון זה אינם מצטרפים ומכש"כ בשני מעשים ולמה הביא הדין דמכילתא בפ"כ מהל' סנהדרין דעדות מיוחדת מב' מעשים. ונראה דדבר גדול השמיענו

בזה דעדות מיוחדת מב' מעשים שוה לדין אומד שיש בו צד לנקותו היינו שאינו ברור כל כך ויש חסרון בנאמנות דכמה מדרגות בנאמנות עדים לפי העניינים דבאיסורין עד אחד נאמן אפילו פסול ובד"מ לשבועה עד כשר ולממון ב' עדים אפילו מיוחדת משא"כ בד"נ דבעינן עדים בראי' ברורה על מעשה אחת וכל שלא נצטרפו בראי' של מעשה אחד יש צד לנקותו שהוא נקי וצדיק משא"כ באחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה דשניהם ראו את המעשה ואין ספק בנאמנות דמאי נפ"מ אם ראו זא"ז ואם לא ראו המתרה מצרפם אלא דגזירת מלך שגזרה תורה בדין מיתה דלא יומת ע"פ אופן זה כמו שגזרה תורה הרבה דינים בדיני מיתה וכמו שפירש"י בסנהדרין דפ"א בעדות מיוחדת דאחד רואה דעדותם אמת אלא שאין מיתתו מסורה לב"ד [והרמב"ם שפ' בפ"ד מהל' רוצח הל' ח' ההורג נפשות ולא הי' שם עדים רואים כאחת אלא ראהו האחד אחר האחד ומפרש לפי הנראה גם בעדות מיוחדת בשני מעשים שי' הרמב"ם דעדות דמהני בממון די להכניסו לכיפה ולדידי' גם עדות ידיעה בלא ראי' אפשר דמהני והערוך לנר בסנהדרין ד' פ"א פי' ד' הרמב"ם במעשה אחת ותמה ע"ז דהא כל חד פלגא מעשה קא חזי ולחנם נתחבט בזה דבפי' נראה בשני מעשים נפרדים ובממון דמהני בכה"ג יש בו דין כיפה ומש"פ הרמב"ם בפ"ו מה' רוצח הל' ה' וכן כל הרצחנים שהרגו בעד אחד וכיו"ב אם הרגן גוה"ד אין להם דמים ותמה הראב"ד על זה פי' הכ"מ בעדות מיוחדת שראהו אחד אחר האחד י"ל ג"כ דניהו דבדין ב"ד ילפינן מקרא דנקי וצדיק על צד הרחוק ואין דנין עליו אבל גוה"ד שהרגו כי יחם לבבו שנתברר על פי שני עדים שהרג את קרובו שיש לו דין גוה"ד עליהם דאל"כ אין עדות השני מועיל בכה"ג אין לו דמים].

1

והנה בדין עדות מיוחדת בגיטין וקדושין דלא דמי לממון גרידא כיון דבגו"ק אתי לידי נפשות ולא לדיני נפשות שאנו דנין בפועל על דין מיתה אבל בגו"ק אנו דנין רק על דיני אישות ויכול לבוא לידי נפשות ונראה דמה שנוגע לדין נאמנות אי אפשר למילף מעדות דדי בממון דסגי גם ידיעה בלא ראי' והודאת בע"ד מהני אבל בגו"ק דיכול לבוא לידי נפשות בעינן נאמנות המועילים גם בד"נ על המדרגה היותר גדולה של נאמנות בנפשות ועל כן עדות מיוחדת מב' מעשים לא מהני דאין זה בירור המועיל לנפשות דאפשר דיכול לבוא לידי הריגת נקי וצדיק על צד הרחוק משא"כ באחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה דאין ספק בנאמנות העדים ויש בזה בירור שני עדים ועדותם אמת גם בדיני נפשות אלא שאין מיתתו מסורה לב"ד ובזה י"ל דהגזיה"כ דלא יומת ע"פ ע"א הוא רק

בדין מיתה בפועל משא"כ במקום שאין בו דין מיתה בפועל כמו בגו"ק אע"ג דאתי לידי נפשות מ"מ שני עדים הוי בירור גם בנפשות ודי בזה.

ואפילו למש"כ הפנ"י דבעדי קדושין בעינן שיהיו עדותם מועיל לסקול את הבא עליה [ואפשר דאין זה מוכרח דבעינן תנאי סקילה בפועל רק דין סקילה] מ"מ נראה דבכה"ג מהני גם לגבי סקילה ואפילו למש"כ הפנ"י בקו"א לקדושין לפרש דברי הרמב"ם בפט"ז מהל' סנהדרין דאיסור יוחזק על פי עד אחד למלקות ודוקא למלקות ולא למיתה כמו בנאמנות האב שקידש את בתו דלא מהני לסקילה שאני נאמנות האב דחידוש חידשה תורה שיש לו נאמנות ואין זאת נאמנות המספקת לד"נ אבל בשני עדים אחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה דהוא הבירור היותר גדול של שני עדים גם בדיני נפשות רק שאין מחייבים מיתה בפועל לכשהעידו על עשית העבירה אבל בזה שבאו שני עדים להעיד שהיא א"א דאתי לידי נפשות ואינם באים להעיד שחייב מיתה רק שהיא א"א זו היא אשת איש שחייבה תורה עליה כמו דאמרינן דאיסור יוחזק על פי ע"א משום דע"א נאמן באיסורין וחלב זו אסרה תורה ויש בה לאו וה"ה בכה"ג זו היא א"א שחייבה תורה את הבא עליה וממילא אם באו עדים שזינתה נסקלת על ידם.

ז

ובזה מאירים ד' הרמב"ם שחילק דיני עדות מיוחדת בפ"ד מהל' עדות והביא דרשת המכילתא בפ"כ מהל' סנהדרין בעדות מיוחדת דשני מעשים משום נקי וצדיק אל תהרוג דנפ"מ גדולה לדינא בגיטין וקדושין דעדות מיוחדת של שני מעשים דאינם מצטרפים משום דיש בזה חסרון בנאמנות ויכול לבוא לידי הריגת נקי וצדיק משא"כ ברואים מב' חלונות אין בזה חסרון נאמנות רק דאין בו דין מיתה אבל בגיטין וקדושין מהני, ואפשר דגם לענין גלות ומלקות דהוי ד"נ לענין עדות מיוחדת מב' מעשים לא מהני ול"מ בזה גם ידיעה בלא ראי' כיון דיש להם דין נפשות ואולי הוא נקי וצדיק משא"כ באחד רואה מחלון זה ואחד מחלון זה דאין בזה חסרון בנאמנות ר"ק מגזיה"כ דלא יומת עפ"י עד אחד י"ל דדוקא במיתה [אם לא דנימא דנתקבל גם בזה גזי"ש דרשע רשע וצ"ע] אבל מלקות וגלות יש על פיהם.

ולמש"כ ילה"ע ג"כ בד' הריטב"א שתמה במכות שם בהא דאמר ר"נ דעדות מיוחדת בד"מ כשירה תיפ"ל דבד"מ אפילו ראה זא"ז כשירה ותירץ דלרבנן דריב"ק איצטריך דס"ל עד שיראו שניהם כאחד ועדיין קשה לריב"ק דהכי קיי"ל דיוקא דקרא דלא יומת המת דוקא במיתה למ"ל, ולמשנ"ת נפ"מ לגלות ולמלקות ולגיטין וקדושין דאחד רואה מחלון זה ואחד מחלון זה כשירה וצירוף ב' מעשים פסולה, ולפמשנ"ת א"ש שי' התוס'

והר"ן דס"ל דעדי קדושין דומה לנפשות מ"מ תני בתוספתא נתיחדה שחרית וערבית אינם מצטרפים הא באם ראו כאחד מב' חלונות מצטרפים דדוקא לענין עדות מיוחדת מב' מעשים דאפשר דאין זה אמת אינם מצטרפים משא"כ בראו מב' חלונות במעשה אחד גם בד"נ מצטרפים על פי שי' הרמב"ם כאמור ומה"ט גם ידיעה בלא ראי' דל"מ בד"נ משום דאפשר דהוי נקי וצדיק גם בקדושין לא מהני, ולשי' הרמב"ן בסה"מ החולק עדהר"מ וס"ל דדרשת דמכילתא אסמכתא היא ועדות מיוחדת מב' מעשים לא מהני מקו"ח דב' חלונות שאינם מצטרפים מקרא דלא יומת, וכן בדין אומד חולק עדהר"מ דהא קיי"ל כרבנן ודלא כרב אחא וגם בד"מ לא מהני א"כ לשי' הרמב"ן אין חילוק בין עדות מיוחדת של שני מעשים בין עדות מיוחדת מב' חלונות וכיון דמהני בגיטין וקדושין עדות מיוחדת מב' חלונות עכצ"ל דגם עדות מיוחדת של שני מעשים מהני כד"מ וגם ידיעה בלא ראי' המועיל בד"מ מועיל ג"כ בד"נ ומהני גם בגיטין וקדושין.

שו"מ מה שפלפל בענין דעדות מיוחדת בס' בית הלוי ח"ב סי' ל"ט ע"ד הב"י אה"ע סי' י"א אחר שהביא ד' המרדכי דעידי כיעור מצטרפים משום דקיי"ל דהלואה אחר הלואה מצטרפים כתב דהר"ן חולק על המרדכי דהא ס"ל דאישות דשייכי בד"נ כד"נ דמי ועל זה תמה בס' בית הלוי שהרי עדות מיוחדת המעשה אמת דהא מהני בד"מ וגבי כיפה והא עדות מיוחדת מב' מעשים פסולה בד"נ דאין מקרא מיוחד על זה הוא מכש"כ דעדות מיוחדת דב' חלונות מדלא יומת עפ"י ע"א ובב' חלונות ודאי המעשה אמת כמו שפירש"י בסנהדרין דפ"א וה"ה בעדות מיוחדת דב' מעשים דילפינן מיני' וכיון דהמעשה אמת שזינתה ממילא נאסרת לבעלה א"כ לא פליגי המרדכי והר"ן דאע"ג דדיני אישות כד"נ מ"מ בעדות מיוחדת על זנות וה"ה בכיעור נאסרת זהו תו"ד, ולמש"כ שי' הב"י על פי שי' הרמב"ם דעדות מיוחדת של שני מעשים אינו אמת לגבי ד"נ דיליף מקרא דנקי וצדיק אל תהרוג ואם זנות מדיני אישות כד"נ אינה נאסרת על בעלה אבל בודאי באחד רואה מחלון זה ואחד מחלון זה נאסרת, ולשי' הרמב"ן גם אי נאמר דהוי כד"נ גם עדות מיוחדת של ב' מעשים דמי לאחד רואה מחלון זה ונאסרת והדבר תלוי באשלי רברבי במחלוקת הרמב"ם והרמב"ן.

ח

ולמשנ"ת בשי' התוס' והר"ן דלהכי לא מהני עדות ידיעה בלא ראי' דבעינן עדות המועיל להתקבל בב"ד בד"נ לפ"ז נראה דלרב פפא דס"ל המקדש בעד אחד חוששין לקדושין ולדידי' די בעדות שיכול הבעל דין להכחישו ולא בעינן עדות שיקובל בב"ד דהא ע"א אינו נאמן אח"כ ולחלות הקדושין די ע"א מה"ט לרב פפא גם עדי ידיעה סגי כיון דעכ"פ

מבורר על ידם אמתת הדבר ולפ"ז לשי' הסמ"ג דחושש לקדושי ע"א כדר"פ לדידי' עידי ידיעה מהני עכ"פ להצריכה גט כמקדש בע"א, אולם מד' הרמ"א שהכריע לחוש לד' הסמ"ג שלא במקום עיגון להצטרך גט בקדושי עד אחד ואפ"ה פסק דכל שלא ראו הנתינה אינן קדושין ולא הצריך גט אך לכתחילה הרי דלא ס"ל כמש"כ, [ואולי מיירי הרמ"א באופן דלא הוי ידיעה ברורה כמש"כ המקנה דהרשב"א והמרדכי לא פליגי].

גם גוף ד' הר"ן דעדות מיוחדת אינה מצטרפת אינם מוסכמים והב"י חולק עליו כמבואר בחו"מ סי' ל' ומשוה עדי גיטין וקדושין לד"מ ולשי' הב"י גם על נאמנות העדים בב"ד מהני עדות המועילים בד"מ, ולכאורה לשי' הב"י מהני עדי ידיעה בל"ר דהא גם סברת התומים משום דעל חלות והויות הקדושין לא מהני ידיעה בל"ר אינו מספיק דהא עדות דקידושין ילפינן דבר דבר מממון והא בממון מהני עדי ידיעה בל"ר ואין לומר משום דון מינה ומינה ואוקי באתרא דהא לשי' הב"י מהני עדות מיוחדת בקדושין דילפינן דבר דבר מממון ולא אוקי באתרא מ"מ י"ל כיון דנלמד הגזי"ש דבעינן על חלות וקיום הקדושין עדים ושניהם מודים לא מהני וע"כ מצד הסברא לא מהני עדי ידיעה בל"ר ועדי ידיעה מהני רק על נאמנות ולא על קיום הדבר ולשי' הב"י על נאמנות העדים אם היו עדי ידיעה שעל פי ידיעתם שהי' עדי ראי' מהני בגיטין וקדושין כמו דמהני בממון וכמו דמהני עדות מיוחדת אבל על קיום הקדושין לא מהני עדי ידיעה בל"ר כמו דלא מהני עדות מיוחדת וזה ההיפוך מד' הר"ן, ולמש"כ לשי' הב"י עכצ"ל הא דלא מהני ידיעה בל"ר כמש"כ התומים ולפ"ז יצטרף עד ידיעה עם עד ראי' כמש"כ באות א' ויהי' דין זה של המרדכי והתשב"ץ תלוי במחלוקת הר"ן והב"י לגבי עדות מיוחדת, אולם אין זה מוכרח כ"כ דאפשר גם לפי טעם התומים דעל חלות הקדושין לא מהני עדי ידיעה וגם אם נימא דע"א כל זמן שאינו מוכחש הרי הוא כשנים מ"מ כיון דגזיה"כ הוא דבעינן שני עדים שא"א להכחישם והם עדי קיום וכיון שכן הרי שני עדים שני עדי קיום ולא מהני עד ידיעה שאיננו עד קיום ולא יצטרף עד ידיעה לעד ראי' ואף שא"י להכחישם ע"י הסיוע של עד ידיעה מ"מ מטעם שע"א יכול להכחישו הרי גזרה תורה ששניהם עדי קיום והויות הקדושין ולא מהני עדי ידיעה בל"ר.

ומה שתמה הקצוה"ח בסי' צ' סק"ז ובא"מ סי' ל"א מד' הר"ן לשי' הריי"ף והראב"ד דר"א ס"ל ע"מ כרתי ולא ע"ח משום דע"ח כעדי מסירה שהרי הגט יצא מתח"י ובידוע שהבעל מסר לה וכן הקשה בא"מ שם מהא דמהני קריאת הגט אח"כ, י"ל עפמש"כ הנתיבות בסי' ל"ו דגיטין וקדושין לאו בחדא מחתא דבקדושין בעינן עדים משום דחב לאחרינא משא"כ בגט דנאמן הבעל לומר גירשתי את אשתי משום שבידו לגרשה ונאמן לחוב

לאחרים מטעם בידו ומה שצריך עדים משום דבלא"ה אין לו דין שטר כלל דאינו חשוב שטר רק כשיש ראי' שהגיע ממנו ולהכי מהני כתב יד בגט ולא בקדושין יעו"ש וע"כ כיון דע"י עדי חתימה כי נפיק הגט מתותי ידה הרי יש ראי' שהגיע הגט לידה מידו והוי שפיר שטר ולהכי מהני ידיעה בל"ר משא"כ בקדושין דבעינן עדים על קיום הדבר עדים שיהיו נאמנים לחוב לאחרינא וכיון דגזרה תורה עדי קיום בעינן עדי ראי' ולא סגי עדי ידיעה, ובזה מיושב ג"כ מה שתמה בס' עין יצחק חאה"ע מהא דמהני בבריא שאמר כתבו גט לאשתי ונפל מן הגג משום דהוכיח סופו על תחלתו הא בשעת מעשה רצה לצחק בה ואין כאן עדי גרושין כלל רק משום דהוכיח סופו על תחלתו דהוי ידיעה בל"ר יעו"ש ולמש"כ אין ראי' מגט לקדושין כמשנ"ת, [ובלא זה אין התחלה לקושיתו דשאני התם דמשום הוכיח סופו על תחלתו הא מוכיח אח"כ שראייתם הי' ראי' ממש שנתכוין לשם גרושין ומה בכך אם בשעת מעשה לא מהני ראייתם אבל אח"כ נתברר להם שראו ראי' ממש, משא"כ בידיעה בלא ראי' הא גם אח"כ לא נתגלה להם רק אומדנא ידיעה בל"ר דמסתמא מסר לה לשם קדושין, אבל על ראי' לא איגלי למפרע].

ט

כל זה כתבתי לפלפל בעיקר הדין אם מצטרף עד ידיעה ועד ראי' אבל בנידון דידן פשוט דלא הוי עד ידיעה משום דבנידון המרדכי המובא בב"ש דלא ראו העדים הנתינה ורק שראו יוצא האתרוג או הטבעת מתחת ידה והעדים לא ראו את המסירה ושמעו לשון הקדושין דיינינן שיש כאן ידיעה בלא ראי' שהרי ראו מתחלה אצלו ואח"כ יוצא מת"י ושמעו שמקדשה עכ"פ כיון שרואים יוצא מת"י מיד אחר הקדושין הרי הוכחה שנתן ומסר לידה ומסתמא לשם קדושין משא"כ בזה שהטבעת הי' שלה ואין ראי' ממה שיוצא מתחת ידו שנתן לה לשם קדושין שהרי הי' מחויב להחזירה ואפילו הי' שומע לשון קדושין מהכ"ת נימא שקידשה בעת מסירתו לידה שהרי הי' מחויב להחזיר, ועוד דהא לא שמע רק הרי את וכבר האריך בשו"ת בית אפרים חאהע"ז סי' נ"ח דהרי את לאו כלום הוא וכן הביא שם שו"ת בית דוד שהביא כמה תשובות בזה וכתב שהדבר פשוט ומכש"כ אם לא ראה הנתינה ולא שמע רק אמירת הרי את שמי שחושש בזה להחמיר אינו אלא מן המתמיהים יעו"ש, ואף לפמש"כ שאמר ששמע תחלת לשון הקדושין ולא הסוף ואינו זוכר התיבות דמ"מ זה פשוט דכל שלא אמר ששמע לשון קדושין הרי את מקודשת אין כאן עדות כלל וכיון שאין ממש בעדות העד השלישי ולא נשאר רק עדות האב והבן.

והנה בנוגע לעדות האב והבן שלא הוי אלא עד אחד ובמקום עיגון פסק הרמ"א להקל אלא אף שלא במקום עיגון יש לדון בזה, והנה ז"ל הרמ"א בסי' מ"ב ס"ב וכן אם קידש בפני שנים והאחד מהם קרוב הוי כמקדש לפני ע"א והח"מ מפרש באופן שלא נצטרף בראי' לדעת הרא"ש דתרתי בעי שכיון בשעת ראי' כדי להעיד ובא לב"ד והעיד או לדעת הרי"ף שנאמן לומר שלא הכיר בקרבתו והב"ש חידש שם דלדעת התוס' והרא"ש אפילו נתכוין להעיד מ"מ כיון שלא נתבטל בראי' גרידא רק בצירוף הגדה א"כ בקדושין הרי חלה משעת ראי' וא"א להתבטל עוד ע"י צירוף בהגדה וכתב ומה"ט אם קידש בפני שנים והאחד מהם קרוב דינו כמקדש לפני ע"א עיי"ש.

ובנ"ד מטעם שלא נתכונו להעיד [אעפ"י שאמר המקדש אתם עדי הרי אמר לאחר הקדושין] הא כתב הש"ך בחו"מ סי' ל"ו דהיכא שלא נתכונו הכשרים והפסולים נפסלו בצירופם ומטעם שחשש הח"מ לדעת הרי"ף היכא שלא הכיר בקורבתו הא אב ובנו יודעים שפסולים ומה שחשש הגאון רע"א בתשובה סי' צ"ד דבעדים קרובים זה לזה וכל אחד לעצמו כשר וגם בצירופם כל אחד הי' בדין שיהי' כע"א אלא דאין עולים לשנים ורק מחמת הדין דנמצא אחד מהם קרוב או פסול פוסל את הכשר וא"כ לפ"מ דלא ידע הכשר הדין הזה דנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותו בטלה לדעתו צירף לכשרים דהם כשרים אלא דאינם נחשבים כשנים יעו"ש, נראה דסברת הגאון רעק"א הוא בשלשה עדים שנים קרובים זל"ז ואחד כשר שנצטרף לכשרים דהא כל אחד כשר בפ"ע וצירוף של שניהם ביחד א"צ משא"כ בשני עדים הקרובים זל"ז הא נצטרף לפסול גם בלא הדין דנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותו בטילה ואפי' לדין עד אחד למאן דס"ל דהמקדש בע"א חוששין לקדושין הא מ"מ שני עדים עדיפא דע"א רק חוששין לקדושין ואפילו אי נימא דלר"פ קדושי ע"א הוי קדושי תורה מ"מ ב' עדים עדיפא לחוב לאחרינא ושאין הבע"ד יכול להכחישם וכיון שנצטרפו הקרובים זה לזה לשני עדים א"כ נצטרף ממילא לפסול והוי כהכיר בקורבתו ובפסולו ממילא נתבטל ג"כ מדין ע"א כדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול דעדותו בטילה.

ו

ומה שחידש הב"ש דלשי' התוס' והרא"ש דלא נתבטל בראי' גרידא רק בצירוף הגדה ובקדושין שחלו משעת ראי' לא יתבטל עוד ע"י צירוף פסולים בהגדה וכמ"כ אם קידש לפני שנים והאחד מהם קרוב לדעתי יש לדון בדבר בקדושי ע"א דבודאי סברת הב"ש נכונה דכיון דכבר חלו הקדושין איך יתבטל בצירוף הגדה, אולם באמת הא דעת הריטב"א בקדושין מ"ג וגיטין די"ח דבעדי קדושין דהם עדי קיום על ידי ראייתם והוי

מקיימי דבר לכו"ע יתבטל ע"י צירוף ראי' וסיים שלא כן דעת רבותינו וכן מפורש בד' התוס' והרא"ש במכות שלא כדבריו דע"י צירוף ראי' לא נתבטל וצ"ל בטעמם משום דכיון דעכ"פ הגדת עדי קדושין בב"ד מועיל לחוב לאחרינא ולחייב את הבא עליה סקילה וגם לתלות הקדושין בעינן תנאי זה שיהיו ראוים להגדה ולפיכך מועיל צירופם לבטל עדות הכשרים לגמרי כיון שיש תועלת בהגדתם וכל זה בעדות שני עדים אבל בעדות ע"א לר"פ דחוששין לקדושין הא אין העדות העד בב"ד מוסיף שום דבר דע"א בהכחשה לאו כלום הוא וגם לחוב לאחרינא אינו נאמן ואין הגדה בב"ד מוסיף על עדות ראייתו בשעה שחלה הקדושין בשעתו וא"כ אין בזה הגדה כלל ורק ראי' גרידא וראי' הוי גמר הדבר שאין עוד אחריה שום תוספת עדות של הגדה ובכה"ג גם להתוס' והרא"ש נגמר עדותם בצירוף הראי' ויתבטל עדותם כדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול ומודים בזה להריטב"א ורק בהגדת שני עדים שיש בהם הגדה אינם מתבטלים ע"י ראי' [וילה"ע בזה מדברי החו"ד סי' קפ"ה דאיסור יוחזק על פי ע"א ללקות עליו כמש"כ הרמב"ם דוקא שהעיד בב"ד ויש תועלת בהגדת העד אולם למש"כ הפנ"י לא מהני לסקול ע"י הוחזק דע"א וגם הא לר"פ דס"ל חוששין לקדושין לא הוי קדושי ודאי ואין תועלת בהגדתם לפני ב"ד ומה שיכול העד לחזור קודם שהגיד בב"ד אין נפ"מ להמקדש והמתקדשת שידעו שחלו הקדושין].

ובעיקר דברי הב"ש אינו נראה כן מלשון הרשב"א בתשובה אלף קפ"ט בהשאלה ועתה ג"כ לא באו הקרובים להעיד בשעת קבלת העדות ובהתשובה שביאר דאפילו נתכוונו להעיד מ"מ כל זמן שלא נצטרפו בהגדה בב"ד אינם מתבטלים ומשמע דאלו הי' מתכוונים להעיד והצטרפו בהגדתם בב"ד היו מתבטלים עדי קדושין, ובשו"ת מהרשד"ם סי' קע"ב מבאר השיטות וכ דאם נצטרפו בראי' והגדה נתבטלו עדי קדושין וכ"כ הלח"מ בשו"ת לחם רב וכן מבואר בשו"ת דברי ריבות סי' רכ"ח, וגם לד' הב"ש צ"ל דמפרש כן בדעת הרמ"א אבל בדברי החולקים על זה הלא מבואר דלא ס"ל סברת הב"ש וכן מפורש בשו"ת בית יוסף הל' קדושין סי' ב' שכתב ועוד דמקדש בע"א שאמרו סמ"ג ומרדכי היינו מקדש בע"א לבדו אבל היכא שנמצא אחד מהם פסול אין כאן עדות כלל כו' וכ"כ ר"י בשם הר"מ דהמקדש בפני שני עדים והאחד מהם קרוב מתירים אותה להנשא לכתחלה בלא גט עכ"ל.

וגם לפי שי' הב"ש בדעת הרמ"א הוא רק בשניהם מודים דאעפ"י שנתקבל עדותם בב"ד ונתבטל צירופם מ"מ דמי למודים שנתקדשו לפני כשרים והלכו להם או מתו כמש"כ הא"מ שם אבל בזה שאומרת שלא הבינה ושלא נתכונה להתקדש א"כ אינה מודית

שנתקדשה בקדושין המועילים ואעפ"י שהגאון רעק"א בתשובה צ"ד שדי נרגא בזה דכיון דאינה נאמנת מצד הדין בשני עדים באומרת שאינה מבינה לשון הרי את מקודשת ושלא נתכונה להתקדש רק בע"א נאמנת מצד מיגו וכיון דמיגו נגד שני עדים פסולים ל"א ממילא אינה נאמנת מ"מ הא מסיק שם הג' רעק"א דיש לצדד בזה דמיגו במקום עדים פסולים הוי ספיקא דדינא יעושה"ט ורק שחשש בנידון שאלתו דלשי' הרמב"ם הוי קרובים מדרבנן ויש בזה ס"ס להחמיר א"כ בקרובים אב ובנו קרובים מן התורה שפיר יש לדון בזה דהוי ספיקא דדינא דנאמנת במיגו במקום עדים פסולים ונתבאר דאין לחוש בזה מצד סברת הב"ש.

יא

ולכאורה יש לשדות נרגא ולפקפק בזה בהיתר דנמצא אחד מהם קרוב או פסול בעדותם של האב והבן די"ל דאעפ"י דצירוף עד פסול מבטל גם עדות ע"א מדין שבועה מ"מ היינו דוקא בקרובים להנידון להמקדש או להמתקדשת מבטל הצירוף משא"כ בקרובים זה לזה, דאעפ"י דבכה"ג מבטל עדות הכשרים כמה ששנינו מה יעשו שני אחים ואחד שראו באחד שהרג את הנפש שאני התם דבעינן שני עדים וכל אחד מצטרף להשני ועל כן שני אחים שהם מצטרפים זה לזה מבטלים את הכשרים משא"כ היכא דמהני עדות עד אחד וא"צ לשום צירוף והא שני אחים כל אחד בפ"ע כשר וכיון שא"צ לצירוף ממילא בכה"ג אינו מבטל עדות הכשרים [ועי' בכיוב"ז בתשו' רעק"א סי' צ"ד ובתשו' חת"ס חחו"מ סי' ל"ז מה שהביא בשם הגרעק"א לענין תחלתו וסופו בכשרות דבקרובים זה לזה כיון דכל אחד חזי בפ"ע לא הוי תחלתו בפסול ותמה ע"ד הגה"א בשבועות דל"ג דמבואר בדבריהם דאפילו בקרובים זל"ז חשיב תחלתו בפסול יעו"ש], ולפ"ז למ"ד דהמקדש בע"א חוששין לקדושין שני קרובים זה לזה כיון שאינם צריכים לצירוף וכל אחד כשר בכה"ג אינו מתבטל העדות לגמרי וחוששין לקדושין לשי' הסמ"ג, ובזה הי' מקום לתת טעם לדעת רבני שפיירא שהצריכו גט למתקדשת בפני שני עדים קרובים זה לזה כמובא בסמ"ק בהגהות הרי"ף [מצוה קפ"ג].

אולם נראה דכמו שאין שבועה על ע"א בצירוף קרוב או פסול או מטעם משום דמקשינן אח"כ שנים לשלשה ומה"ט בודאי בקרובים זה לזה דבשלשה אין דין ממון או לפמש"כ הנוב"י עפמש"כ הרמב"ם הכלל דכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבועה ובצירוף קרוב או פסול דאין שנים מחייבים ממון אין ע"א מחייבו שבועה ומה"ט גם בקרובים זל"ז אין שנים מחייבים ממון ואין ע"א מחייב שבועה [וטעם זה ראיתי מובא בשם שיטה מקובצת לסנהדרין המצורף לספר חמרא וחיי להכנה"ג הובא בספר אמרי

בינה חחו"מ] ולפ"ז גם קדושי ע"א דהטעם דמהני ע"א בקדושין משום דמהני לשבועה. כמו שפירש"י בקדושין דס"ה וכיון דבצירוף קרוב או פסול אין שבועה אף בקרובים זל"ז ולא מהני בקדושין, ואם נאמר דהמקדש בע"א חוששין לקדושין לא משום דקם לשבועה ולא בעינן שיהי' ראוי לשבועה א"כ גם בקרוב להמקדש והמתקדשת בדין שלא יבטל הקידושין כמו שהרגיש הנוב"י.

גם למש"כ במק"א לצדד דלהכי מהני קדושי ע"א כשר לר"פ משום דאיסור יוחזק על פיו כמש"כ הרמב"ם בפט"ז מהל' סנהדרין וס"ל דמהני גם לסקילה ובעת חלות הקידושין דין איסורין עלה ונאמן ע"א וכיון דיוחזק על ידו אח"כ תהי' א"א ותתחייב בסקילה ומה"ט בעינן שיהי' הע"א עד כשר משום דאיסור מוחזק ע"י ע"א דוקא בעד כשר כמשכ"ל בסי' ו' אות ו' דלהכי יוחזק עפ"י ע"א משום דכל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ודין זה אינו אלא בעד כשר כמש"פ הרמב"ם בפ"ט מהל' רוצח דבעד פסול ל"א הרי הוא כשנים א"כ מה"ט גם בצירוף עד פסול לא מהני משום דהא אמרינן כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים אבל בצירוף עד פסול הא גם שנים לא מהני דהפסול מבטל עדותם ולא מהני להחזיק על ידו למלקות ולסקילה, שו"ר מפורש ברדב"ז ח"ג סי' רצ"ח בפסול שני אחים בקדושין שכתב וז"ל מ"מ למדנו לשני הטעמים דגרע עדות שני אחים מעדות של אחד ואפילו למ"ד המקדש בע"א חוששין לקדושין המקדש בשני אחים אין חוששין לקדושין יעו"ש.

יב

ובעיקר דברי הרמ"א בסי' מ"ב באם קידש בפני שנים ואחד מהם קרוב דמקורו בשו"ת מוהרמ"פ וכתב לדון בטעם המורה דחשש לקידושין משום דס"ל דהלכה כר' יוסי דבד"מ תתקיים העדות בשאר והגאון רעק"א בסי' צ"ד פלפל בזה הי' נ"ל בפלוגתא דר' יוסי ורבי שכבר העירו רבותינו בעהתוס' והריטב"א בטעמא דר' יוסי משום דעד אחד מחייב שבועה ואין עדותו בטילה ובנובי"ת סי' ע"ו תמה בזה בטעמא דרבי ובמאי פליגי רבי ור' יוסי ולולא דברי רבותינו הקדושים הייתי אומר דטעם דר"י דס"ל דההיקש דשלשה לשנים דנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטילה היינו שנתבטל צירוף העדים דד"נ בעי צירוף דעדות מיוחדת בראי' פסולה אפילו באחד רואה מחלון זה וכן בהגדה כמש"כ הרמב"ם בפ"ד מהל' עדות הל' א' [והקצוה"ח בסי' ל' סק"ד כתב משום דמקשינן הגדה לראי' יעו"ש] וכיון שנצטרפו הכשרים לקרוב ופסול בטל צירוף העדים ומה שנים שנמצא קא"פ לא הועיל להצטרף כן שלשה בטל הצירוף וכ"ז בד"נ דבעי צירוף אבל בד"מ דלא בעי צירוף כלל דהא קיי"ל כריב"ק דאפילו עדות מיוחדת של שני מעשים

מיוחדים שלא נצטרפו כלל לא בראי' ולא בהגדה ולא במעשה של עצם העדות מהני כר"נ דשומעים דבריו של זה היום ושל זה למחר ולא בעי צירוף בפועל כלל ומה שחשוב צירוף ב' מעשים עפ"י דין שמחויב עכ"פ פלוני מנה הא לא נצטרפו העדים רק הב"ד מצרף הדינים ולא עוד דלענין דין זה ל"ש לומר מה שנים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותו בטילה, דהא גם עד אחד ראוי לצירוף לכשיבוא עד אחר מתביעה אחרת וע"כ בד"מ שנמצא אחד מהם קרוב או פסול ניהו שנתבטל הצירוף, אבל העדות לא נתבטלה ורבי ס"ל דפסול דנמצא אחד מהם קרוב או פסול הוא פסול בעצם וכאלו כל העדים פסולים או קרובים ולהכי גם בד"מ וגם לשבועה עדותם בטלה כאלו הם כולם פסולים או קרובים.

ובזה יובן דברי הש"ס במכות ד"ו בהא דאמר ר"נ עדות מיוחדת בד"מ כשרה כו' א"ה בד"נ תציל ולכאורה תמוה הרי סוגיא מפורשת בסנהדרין ופלוגתא דריב"ק ורבנן ולריב"ק דגם עדות מיוחדת מב' מעשים בד"מ כשרה א"כ יקשה דאף עדות מיוחדת מב' מעשים תציל בד"נ וקושית הש"ס אין זה ענין לר"נ והו"ל להקשות לריב"ק בד"נ תציל אף בב' מעשים וכבר נתקשה בזה הגאון מוהר"י פיק בס' קשות מיושב, ולמש"כ א"ש דבודאי עדות מיוחדת מב' מעשים שמצטרפים אין זה מדין צירוף רק דבד"מ לא בעי צירוף כלל ואף שמעידים כל אחד ממנה אחרת מ"מ אנן סהדי דשנים אינם משקרים ומחויב עכ"פ פ במנה וא"כ אין זה ענין לדין ביטול קרוב או פסול כיון דלריב"ק לא בעי צירוף וקושית הש"ס הוא לפי מה שביאר הריטב"א בשם רבותינו בעהתו"ס דהא דר"נ אליבא דרבנן דריב"ק דלריב"ק דשני מעשים מצטרפים כש"כ באחד רואה מחלון זה ור"נ חידש דאפילו לרבנן דס"ל דבעי צירוף עד שיראו שניהם כאחד מ"מ באחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה ששניהם ראו את המעשה כשרה בד"מ משום דהוי צירוף כיון דשניהם ראו כאחד ורק בד"נ גזיה"כ הוא דלא יומת המת ושפיר מקשה הש"ס דבד"נ תציל כיון דבד"מ צירוף הוא.

וגם למה שהביא הריטב"א שם בהא דאר"נ עדות מיוחדת כשרה בד"מ לפרש בשם הראב"ד ז"ל דר"נ ה"ק דעדות מיוחדת כשר בד"מ בשכולה כשרה ולאפוקי אם הי' אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה כיון דהלואה אחת היא עכ"ל דקדק בלשונו כיון דהלואה אחת היא דאף לריב"ק דבב' הלואות מצטרפים התם לאו משום צירוף הוא, וע"כ אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול אין עדותם מתבטלת ורק בהלואה אחת חידש ר"נ דבד"מ דעדותם כשרה באחד רואה מחלון זה חשוב ראי' אחת ודוקא בד"נ דעדותם

פסולה אין זו ראי' אחת ושפיר מקשה הש"ס א"ה דחשוב ראי' אחת לענין קרוב או פסול בד"מ בד"נ תציל.

והקצוה"ח בסי' ל"ו ס"ק ב' בנה יסוד על דברי הראב"ד דבד"מ לא בעי כלל לצירוף ראי' והגדה ואפילו בהלואה אחרת כיון דבד"מ אפילו הלואה אחר הלואה מצטרפים ממילא גם לענין קרוב או פסול מתבטל אפילו בהלואה אחרת יעו"ש ואין אני רואה התחלת יסוד מד' הראב"ד ונהפוך הוא שהרי דקדק הראב"ד בלשונו כיון דהלואה אחת היא אף דלריב"ק קאי הרי דדוקא בהלואה אחת בטל צירוף קרוב או פסול וגם להראב"ד י"ל דבעי צירוף ראי' והגדה וכל זמן שלא נצטרפו אין לזה דין קרוב או פסול ורק שחידש הראב"ד דדוקא בד"נ דעדות אחד רואה מחלון זה פסולה וע"כ פסול זה אינו מבטל בכה"ג צירוף קרוב או פסול אף דנצטרפו בראי' דבכה"ג אין זה צירוף משא"כ בד"מ דעדותו כשירה וכיון שנצטרפו בראי' מהני לבטל קרוב או פסול אבל אם לא נצטרפו בראי' ובהגדה כלל אין לזה דין קרוב או פסול לבטל העדות ולד' הקצוה"ח מפירושו בד' הראב"ד א"כ תמוה קושית הש"ס א"ה בד"נ תציל דא"כ הו"ל להקשות דתציל אפילו בב' מעשים כמו דמבטל העדות אחר הלואה אלא הנכון כמש"כ דבהלואה אחר הלואה אין זה מדין צירוף לריב"ק ורק דלריב"ק לא בעי צירוף בד"מ וחידש ר"נ לפי פי' הראב"ד הוא רק בהלואה אחת דאף שלא ראו זה את זה דכשירה בד"מ דמבטל הצירוף כיון דהוי ראי' אחת ורק בד"נ דעדות מיוחדת פסולה הדין מפריד הראי' אבל בהלואה אחר הלואה דאין כאן צירוף והגדה ל"ש פסול דקרוב או פסול ובל"ז דברי הקצוה"ח אינם נכונים מצד הסברא דהא בכל מקום דצירוף קרוב או פסול מבטל העדות אף שיבוטל העדות מ"מ הצירוף במקומו עומד דהא נצטרף בראי' ובהגדה ואף בעדי קיום של קידושין בצירוף קרוב או פסול דמבטל העדות ואין כאן קיום של קידושין כלל ואין כאן ראי' כלל מצד הדין מ"מ הא נצטרפו על ראיית מעשה הקדושין בפועל אבל בהלואה אחר הלואה שלא נצטרפו בראי' ובהגדה ורק הדין שב"ד מצטרפים מחשב צירוף א"כ בראיות הפסול שעל ידו לא יחויב מנה ולא יהי' צירוף של דין כלל וא"כ איך יבוטל ע"י צירוף קרוב או פסול של הלואה אחרת הא גם צירוף של דין חיוב ליכא בקרוב או פסול].

יג

ולמשנ"ת בגיטין וקדושין דבין לשי' הר"ן ובין לשי' הב"י עדות מיוחדת אם לא ראו הקדושין שנים כאחד לא חל הקדושין כלל וכדמפורש בתוספתא נתיחדה שחרית וערבית א"צ גט ובעינן צירוף בראי' ובהגדה בקדושין דעת הכנה"ג הובא בקצוה"ח סי' ל' ס"ק ח' דמקשינן לראי' כמו בד"נ א"כ בטל הצירוף גם לר' יוסי [והכנה"ג כתב דעדות

מיוחדת בהגדה תלוי בפסול עדות מיוחדת בראי' בקדושין ומאן דלא בעי ראי' כאחד לא בעי הגדה כאחד וצ"ע דהא אין מחלוקת בדבר דהא גם לשיטת הבית יוסף על חלות הקדושין לא מהני עדות מיוחדת כמפורש בתוספתא ואולי נאמר דמה שלא חלו הקדושין הוא לפי שאין עדי קיום בדבר ועל נאמנות הקדושין אם העיד העד שנתקדשה בפני ב' וכן עד שני ממעשה קדושין אחרים שפיר מצטרפים לשי' הב"י ומקשינן לפ"ז הגדה לראי' של נאמנות ולא לראי' של חלות הקדושין וצ"ע ועי' מקנה חי' אה"ע סי' מ"ד], ולמש"כ לרב פפא דס"ל דהמקדש בע"א חוששין לקדושין לר"י אף אם נמצא קרוב או פסול שפיר חוששין לקדושין אבל לרבי דס"ל דנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותו בטילה אף בד"מ משום דס"ל דהוא פסול עצמית וכאלו כל העדים קרובים או פסולים ממילא גם למ"ד המקדש בע"א חוששין לקדושין עדותו בטילה וחשש המורה בתשו' מוהר"מ פאדוואה הוא לפ"ז רק למה שחשש להלכה כר"י ולרב פפא כנ"ל.

יד

והנה בגוף השאלה ששאל מאתה הטבעת להראות לו למען יראה איכותו ואח"כ נתן הטבעת על אצבעה וקידשה ובאותו היום שאלה אשה אחת ממנה מה האהבה שביניהם והשיבה שאלו מאתו דעתו ע"כ לשון השאלה אם כי לא נמצא מפורש בראשונים הדין אם קידשה בשאלה או בפקדון ששאל מאתה או שהפקידה אצלו ורק קידשה בגזל או בחמס ובגניבה ובכנסי סלע זו בחוב המבואר בגמ' והי' צדדים לחלק מזה אך הפוסקים סתמוה ומדברי המהרי"ט ח"ב סי' קל"ח נראה דאין חילוק בדבר ובלא שדיך יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי היכא שקיבלה בשתיקה ולא אמרה הן ואעפ"י דגבי כנסי סלע שאני חייב לך מבואר באה"ע סי' כ"ח ס"ג דדוקא שאמר סלע זו שאני חייב לך אבל כנסי סלע זו סתמא אעפ"י שחייב לה והגיע ז"פ מקודשת ואינה יכולה לומר לפרעון קבלתי יעוי' בלח"מ פ"ה מהל' אישות הי"ג דגבי גזל אע"ג דנותן לה סתם אנן סהדי דהיא קבלה בתורת גזל שלה ורק לגבי חוב אמרינן דאפשר שיפרע לה החוב אחרי כן משא"כ גזלן יעו"ש מ"מ נראה לחלק דדוקא גבי חוב דהלואה דלהוצאה ניתנה א"כ ברשות הלוה איתנהו א"כ היכא שקידשה בסלע אף דחייב לה סלע אמרינן דלשם קדושין קיבלה והחוב יפרע לה אח"כ אבל היכא ששאל ממנה חפץ דמחויב להחזיר לה דשאלה הדרא בעינא היכא שמחזיר לה החפץ ואומר לה שנותן לשם קדושין וקיבלה בשתיקה אף דלא הזכיר לה בעת הקדושין דמחזיר לה מה ששאל ממנה יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי שו"ר שכ"כ בשו"ת מהרי"מ והדבר פשוט דבלא שדיך בשאלה ובפקדון הוא כמו בגזל דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי.

והנה בנ"ד מה שנראה שהי' ידידות ביניהם אם גם נאמר דהוי כשדיך כבר כ' המהרי"ט בסי' קל"ח להסתפק בדין זה אי טעמא דשדיך משום אקרובי דעתה דאמרינן הא דשתקה משום דניח"ל שהרי עומדת היא להנשא לו אי דכונה דשדיך היינו שדבר עליה כדרך כל הארץ וארצי קמה שתתקדש לו ונתרצית להתקדש לו ועמד ונתן לה כסף זה בתורת קדושין ושתקה מסתמא ניח"ל דאין חוששין דילמא הדרה בה ממה שנתרצית קודם כו' והמהרי"ט אסיק דבכה"ג לא הוי רק ספק קדושין ולפ"ז גם אי נימא בנ"ד דהוי כשדיך יותר מספק קדושין לא הוי בכה"ג ובזה יש לדון בקדושי עד אחד שאין גם קדושי ספק לא מיבעי לפמש"כ המהרי"ט וכ"כ הנובי"ת סי' ע"ה דלר"פ דאמר המקדש בע"א חוששין לקדושין רק מדרבנן והוי ספק קדושין מדרבנן אלא אפילו נימא דלר"פ חוששין לקדושין מדאורייתא לא הוי רק ספק קדושין וכמש"כ הנובי"ק סי' ס' יעושה"ט] ובזה נראה ליישב קו' החת"ס לרב פפא מהתוספתא נתיחדה שחרית בע"א כו' א"צ גט עפ"י המבואר באה"ע סי' קמ"ט ס"ב דנבתיחדה אחר הגירושין א"צ גט אלא מספק והוי ס"ס] ולדידן דהסמ"ג יחידאי נגד כל הפוסקים לחוש לקדושי ע"א והגר"א בסי' מ"ב ס"ק ע' כ' בשם הרשב"א שכל הפוסקים חולקים עליו ולית דחש לה] בודאי אינו אלא קדושי ספק מחומרא דקדושין ובשדיך בכה"ג דלא הוי רק ספק קדושין יש בזה ס"ס וחזקת פנוי'.

ועוד נראה דיש לדון בזה במש"כ המהרי"ט דבכה"ג הוי ספק קדושין דהוי ספק שדיך לפי מה שכתב הרא"ש בב"ב פ"ט באיבעי דהמקדיש כל נכסיו דכיון דסלקא בתיקו ומספק"ל אי שייכי הכא אומדנא אי לא נראה שאין מבטלין ההקדש וההפקר ועל פי ביאור הקצוה"ח בסי' ר"נ סק"ה דהיכא שנולד ספק באומדנא דמוכח הוי דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים היכא שסותרים מה שאמר בפיו, ולפ"ז בהא דשדיך וקיבלה בשתיקה דאמרינן דאחילתי' והקנתה לו החפץ הגזול או המושאל אף שלא שמענו כלל הוא רק מצד אומדנא דמוכח וא"כ כיון שיש לנו ספק בזה אי נתרצתה לקדושין או דשקלה ודידה שקלה שוב לא הוי אומדנא דמוכח ולשי' הרא"ש הוי דברים שבלב וביותר יש לדון בזה דאמרה שלא נתכונה לשם קדושין דאע"ג דבכל מקום הוי קדושין משום דמה שלא נתכונה הוי דברים שבלב כמש"כ הנובי"ק אה"ע סי' נ"ט דלאו משום חסרון נאמנות רק משום דברים שבלב אינם דברים לסתור מה שאמרה בפה או נגד המעשה שקיבלה בשתיקה אבל בכה"ג דכל עיקרה של קדושין בנוי על יסוד אומדנא ובספק שדיך הוי ספק אומדנא וממילא דאין סתירה ודאית מה שקיבלה בשתיקה ויכולה לומר שלא נתכונה לשם קדושין ומה ששקלה דידה שקלה ולפי"ד המהרי"ט שכ' דספק שדיך

הוי ספק קדושין צ"ל דהוא לשי' הרמב"ם ושאר פוסקים החולקים על הרא"ש באיבעי דהמקדיש כל נכסיו וגם ספק אומדנא מהני.

טו

והנה בגוף הדין דשדיך שקיבלה בשתיקה ואמרה הן דמקודשת משום דאחילתי' והא חפץ בעין לא מהני מחילה צ"ל דהקנתה לו ולכאורה צ"ע דהא ענין הקנין מתחיל רק לכשהגיע לידה וקיבלה לשם קדושין והא אין אדם מזכה ע"י עצמו ואיך הקנתה לו במאי זכה המקדש [ובלא שדיך מבואר בב"ש שם סק"ח דאם אמר בעת הנתינה דמקדש אותה והיא שותקת ואח"כ אמרה הן לא מהני כיון דלא אמרה הן בשעת הנתינה] ולכאורה הי' נראה ליישב דאף שהוא בידה מ"מ כיון דאמרה הן או שקיבלה בשתיקה על לשון הקדושין שאמר הרי את הוי הודאה מצידה ועי' בלשון הרשב"א בקדושין די"ג דאודי אודו לי' דהחפץ שלו ומהני מצד קנין אודיתא וקנין החפץ להמקדש והקדושין באים כאחד לכשאמרה הן או בעת קבלתה בשתיקה לפיכך אף שהחפץ בידה הרי נקנה לו מצד קנין אודיתא. ולפ"ז הי' נראה לומר דהא דאקנה לי' החפץ לאו משום אומדנא הוא אלא כיון שנתן לה לשם קדושין וקיבלה בשתיקה כהודאה הרי הודית לו שהחפץ שלו ורק בלא שדיך יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי והוי אמתלא טובה דמהני כמו דמהני טענת השטאה והשבעה בממון ואף לבטל מעשה מהני אמתלא כמש"כ הש"ך ך דהיכא דא"א בענין אחר. מהני כמבואר ביו"ד סי' א' גבי סימן על הכבש ואף שאומרת שנתכונה להתקדש לא מהני בקדושין דעל זה ליכא עדים בדבר דכיון דבידה לבטל הרי תלוי בדעתה ומדוקדק לשון הש"ס דיכולה לומר אין שקלי לדידי שקלי היינו דבידה לבטל על ידי אמתלא ובשדיך לא מהני אמתלא שלה לבטל הודאתה כיון דידעינן שנתרצתה להתקדש ובספק שדיך הוי ספק ג"כ באמתלא ולא הוי ספק באומדנא אלא ספק בהודאה ועל כן הוי ספק קדושין והי' נראה לכאורה בזה בפלוגתת הראשונים אי בגזל דידה בשדיך אי צריך להחזיר לה דמי גזילותה דטעמם בזה דאי נאמר משום אומדנא שנתרצית להתקדש ואחלתי' והקנתה לו גוף הגזילה ניהו דאחלתיה לחפץ אבל דמי החפץ לא אחלתי' ואומדנא זו אמרינן שנתרצית להתקדש לו בזה ואמדינן ג"כ דעתה שדמי החפץ חוב עליו, אבל אם נאמר דלאו משום אומדנא אלא משום הודאה הוא שהודית לו שהחפץ שלו ונקנה לו החפץ במתנה ע"י קנין אודיתא א"צ לשלם הדמים, ואם יש מקום להנחה זו דמה שנקנה החפץ להתקדש הוא מכח קנין אודיתא הי' מקום לדון בנ"ד עפמש"כ הקצוה"ח בסי' מ' ובכמה מקומות דקנין אודיתא הוא דוקא לפני ב' עדים ולא דמי לשאר קנינים דלא איברי סהדי אלא לשיקרא אבל אודיתא כיון דהודאה לא מהני

שלא בפני ב גם קנין לא מהני ובקצוה"ח שם נסתייע מל' הרמב"ן ולפ"ז בקידשה בשדיך בגזל דידה לפני ע"א כמו בנ"ד כיון דלא מהני קנין אודיתא הרי לא נקנה לו החפץ כלל ובמה תתקדש.

טז

כל זה כתבתי לסלסל ולפלפל בזה והיוצא מזה יסודי ההיתר לענין הלכה דעדות השלישי אין בו ממש א' עפ"י הכרעת הרמ"א דידיעה בלא ראי' לא מהני בקדושין ונראה דגם עד ראי' אינו מצטרף לעד ידיעה להיות כשנים כמו שפי' המהרי"ט בסי' מ"ג, ב' דעד השלישי גם עד ידיעה לא הוי דמה שראה שיצא הטבעת מתחת ידה אין זה ראי' כיון דהטבעת שלה וגם אם שמע לשון הקדושין אפשר שאמר לאחר שמסר לה הטבעת דאחר מסירה לא מהני אף בשדיך כמבואר בסי' כ"ח בב"ש ס"ק ח' ובנ"ד הא לא שמע רק תחלת לשון הקדושין דלכו"ע אין בזה ממש כמש"כ באות ח', ג' לא נשאר רק עדות האב והבן מדין קדושי ע"א שנמצא אחד מהם קרוב דלד' הח"מ הכונה בד' הרמ"א לחוש רק במקום שלא נתבטל מצד דין קרוב או פסול והב"ש שכ' דלד' התוס' והרא"ש דצריך הגדה בב"ד וכיון שחל בראי' לא נתבטל עוד הרבה חולקים על הב"ש בזה וגם דעת הריטב"א דבראי' לבד בקדושין מתבטלים וגם להחולקים עליו י"ל דבקידושי ע"א מודים וגם להב"ש דמשוה כן גם בקדושי ע"א מודה היכא שאמרה שלא הבינה ולא נתכונה להתקדש דנאמנת ואף דהוי מיגו במקום עדים פסולים כמש"כ הגרעק"א מ"מ הוי ספיקא דדינא, ד' דבקידשה בגזל דידה אי נקרא שדיך בכה"ג כתב המהרי"ט דהוי ספק קדושין ובקדושי ע א גם המחמירים בספק קדושין מודים, ה' ועוד נראה דבדין שדיך בעינן שני עדים שהי' שדיך מתחלה דאל"כ הרי אין כאן עדי קדושין כלל דהא יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ובנידון דידן הא לא היו עדים בדבר שהי' שדיך מתחילה רק מפי אשה ואחרי הדברים האלה יש מקום להתירה בלא גט אף שלא במקום עיגון מצד העדות ולא נתבאר במכתבו אם הי' קול מתחלה שנתקדשה ואם הוחזק בב"ד הקול הי' מקום לחוש על פי ד' הרמ"א בסי' מ"ו סעיף ד' דבזה"ז אין מבטלין קלא ובפתחי תשובה שם ס"ק ג' מה שהביא ד' הגאון רעק"א בשם מהר"מ אלשקר שאם הוחזק הקול ואח"כ נמצא עדים פסולים דאין לחוש להחולקים ע"ז עכ"פ אם לא הוחזק הקול בב"ד מתחלה ורק מה שהוגבה עדות העדים ב כפי הגב"ע המבואר בהשאלה הנני נמנה להתירה.

סימן כו

בע"ה ט' ניסן תר"ס. **בענין קדושין. ע"ד** שאלת הוד אבי מורי הרב שליט"א מעסק קדושין שאירע שם וז"ל השאלה איש אחד שידך בתו עם בחור אחד מוולאזין ובאו החתן והכלה באיוויע למכור את בית אביה לצרכי נדוני' בתוך כך בא נער אחד ובתוך הדברים אשר דבר עם הנערה תפס ידה בחזקה והניח כסף צוואנציגער לידה ואמר בפני עדים אתם עדים הרי את מקודשת לי במטבע זו כדת משה וישראל ולא הניח את ידה מאתה ותיכף כאשר הניח את ידה השליכה המטבע לארץ ויש מן העדים אשר יאמרו כי התעכבה בידה המטבע איזה רגעים אף בהיות ידה חפשי ואח"כ השליכה ארצה, רק לדברי כלם היתה מבולבלת מאד והיא אומרת שהשליכה תיכף והמקדש הגיד כי כמה פעמים דבר עמה דבר השידוך ולפני איזה שנים עשו ג כ ת"כ על זה והבתולה אומרת כי היתה אז צעירה לימים וכעת לא דברה עמו כלום ולא הי' לה שום רצון להשתדך עמו זה תוכן השאלה ואא"מ הרב שי' הביא המבואר בשו"ע בסי' מ"ב לקח יד האשה כו' והיא לא זרקה הקדושין הוי מקודשת ואעפ"י שבתחילה באונס הי' כו' ודעת האחרונים ודעתו נוטה להקל ושאל גם חות דעתי למעשה ולמען למלאות חפץ א"מ נ"י בזריזות מיד הנני להשיב בקיצור הנוגע לדינא.

א

נראה שאין ממש בקדושין מכמה טעמים ומתחלה יבואר מצד מה שזרקה הקדושין דמלשון השו"ע בסי' מ"ב לקח יד האשה בחזקה והיא לא זרקה כו' היינו דלא זרקה מיד דאדלעיל קאי בזרקה תכ"ד וכ"כ החכם צבי בסי' קט"ו והאחרונים דבזרקתו דאינה מקודשת היינו בזרקה תוך כדי דבור ולכאורה תמוה דהא קיי"ל בקדושין דתוכ"ד א"י לחזור א"כ אי חיישינן שנתרצתה גם תוכ"ד א"י לחזור ולד' הרשב"ם בב"ב דק"ל דחומרא דרבנן בעלמא היא משום לעז ממזרות אם תנשא לאחר בלא גט וכיון דרק מדרבנן הוא לא חששו בשתיקה תוכ"ד מספק דהוי ספק דרבנן משא"כ לאחר כ"ד דהוי ספק תורה אבל לשי' הראשונים דס"ל דתוכ"ד בקדושין מן התורה א"י לחזור ואף להחמיר אם פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר א"צ גט לחומרא קשה מאי נפ"מ בין תוכ"ד ובין לאחר כדי דיבור ויעוי' במקנה סי' ל' סעיף ז' שהרגיש בזה ומש"כ שם דלהכי א"י לחזור בקדושין משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה וגם בקנין א"י לחזור משא"כ אם החזרה ג"כ ע"י מעשה יכול לחזור דבריו תמוהים דבאמת קיי"ל דגם בקנין יכול לחזור תוכ"ד וכמובא בטוש"ע חו"מ סי' קצ"ה בב"י ועי' בקצוה"ח שם שתמה על הטו"ז וכ"כ כ באבני מילואים

בסי' ל"ח ומש"כ דחזרה ע"י מעשה מבטל המעשה ג"כ תמוה דאטו המעשה צריכה להחזרה דהא המעשה שהשליכה אינה אלא ראי' וגילוי דעת ואומדנא שחוזרת ודוקא בקנין דהמעשה הוא מוכרח על פי הדין חשוב מעשה משא"כ החזרה שאינו אלא בגדר אומדנא על דברים שבלב ויעוי' בכריתות ד"ג הואיל וישנו בלב בפירש"י ובגליון שם ולכאורה הי' נראה לחדש עפמש"כ בתשו' ושב הכהן סי' י"ח דבהקדש דא"י לחזור תוכ"ד דאם הקדיש בלב יכול לחזור דרק אמירה לגבוה כמסירה להדיוט אבל לא מחשבה וכתב דמ"מ בקדושין אם נתן לה בשתיקה דקיי"ל דהוי קדושין אם עסוקין באותו ענין א"י לחזור תוכ"ד די"ל כיון דהטעם משום חומרא דידהו אין חילוק בין הוציא בשפתיו או לא הוציא יעי"ש והנה הטעם משום חומרא הוא לפי' שי' הרשב"ם אבל לד' הראשונים דמדין תורה א"י לחזור תוכ"ד י"ל דדוקא בדבור ולא במחשבה אך בנידון הקדושין שנתן בשתיקה והוי עסוקים באותו ענין נראה דהוי כדבור דאנו מצרפין מה שדבר מתחלה אבל באחז את ידה בחזקה וקדשה דאין מצדה שום מעשה ודבור ואין שום ראי' על מחשבתה והסכמתה שנתרצית באותו שעה לקידושין ובכה"ג אם אפילו באמת נתרצתה לקידושין במחשבתה יכולה לחזור תוך כדי דיבור במחשבה בעלמא שאין כאן מעשה ובדבור יכולה לחזור גם בקידושין כמו בהקדש כמש"כ בשו"ת ושב הכהן.

אולם עיקר חדושו דבגמר בלבו לבד יכול לחזור תוכ' גם בהקדש הוא נגד ד' המרדכי שכתב דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דה"ה במחשבה וכ"ה בהג"א בשם רב האי גאון דה"ה במחשבה וכמו שהרגיש בזה בס' ושב הכהן ומה ש שדקדק מלשון הרמב"ם בפט"ו מהל' מעה"ק שכ' ואם אחר שגמר בלבו והוציא בשפתיו וחזר בו קודם שהוציא בשפתיו בודאי יכול לחזור דהא ע"י מחשבתו לא נתפסה הקדושה כיון שנתכוין להוציא בפה ובודאי יכול לחזור אח"כ קודם שהוציא בשפתיו משא"כ אם גמר בלבו סתם דחל הקדושה מיד א"י לחזור תכ"ד כמו בפה אולם באור ד' הרמב"ם נ"ל דמתחלה כתב היא שלמים ולדה עולה אם לכך נתכוין דבריו קיימין וכתב אם לכך נתכוין סתם לא שגמר בלבו מתחלה שהיא שלמים ולדה עולה דפשיטא דבכה"ג ח' מיד ע"י מחשבה ואף שכיון להוציא בשפתיו מ"מ כיון שהוציא בשפתיו הא חלה מחשבתו ומ"ט דר"מ דם דס"ל דתפוס לשון ראשון דהא חל במחשבתו אלא דהכונה דנתכוין מתחלה להוציא לשון זה ושיהי' חלות ההקדש כפי משמעות הלשון (ועי' באס"ז ב"מ דמ"ג) ובזה נחלקו ר"מ ור' יוסי וקי"ל כר' יוסי דכיון דנתכוין שיהי' חלות ההקדש כפי מה שיוציא בשפתיו חשוב ג"כ נתכוין לכך, וזה שדקדק הרמב"ם בנמלך שגמר בלבו והוציא בשפתיו ואח"כ חזר בו אבל כל שלא גמר בלבו מתחלה ונתכוין להוציא בשפתיו כפי שיורה משמעות הלשון

ממילא הוא בכלל נתכוין לכך, אבל בתמורה דאף בטעות חל ואף שלא נתכוין להקדש ואם הוציא בשפתיו תמורת עולה ואח"כ תכ"ד תמורת שלמים אף שלא גמר בלבו ולא נתכוין כלל כיון דמשמעות הלשון מוכיח דמיהדר קהדר בי' א"כ בכה"ג הוי נמלך ואינו יכול לחזור תכ"ד א"כ בתמורה אף שלא גמר בלבו יש דין נמלך מצד עצמו ממשמעות הלשון וע"כ שינה הרמב"ם את לשונו הזהב בדין תמורה מהקדש וא"ש.

ובמקום אחר כתבתי לצדד בכונת דברי הרמב"ם להיפוך מדברי ושב הכהן דלא מצינו חזרה בתכ"ד רק בדבר דבעי דיבור ומחשבה גרידא הוי דברים שבלב וע"כ תוכ"ד עוד לא הוחלט בדבור משא"כ בהקדש דגילתה תורה דמהני במחשבה על מחשבה לא מהני חזרה תוכ"ד, וזהו שדקדק הרמב"ם ואם אחר שגמר בלבו והוציא בשפתיו היינו דההקדש חל במחשבתו לא מהני שום חזרה תוכ"ד ובתמורה שפסק הרמב"ם בפ"ב מהל' תמורה ה"ד דלא מהני חזרה תוכ"ד ושם לא כתב הרמב"ם שגמר בלבו והוציא בשפתיו כמו שדקדק בס' ושב הכהן וכתב דבתמורה לא מהני מחשבה לפי שהוא בעבירה ול"ש גבי' נדיב לב עולות יעו"ש, ולפי דבריו גם מקדיש בע"מ במחשבה לא מהני לפי שהוא בעבירה ואינו נראה דכיון דעיקר דין הקדש, ישנו במחשבה אולם בודאי הדין דין אמת דבתמורה לא מהני במחשבה דהא לא גילתה תורה רק בדין מקדיש שישנו במחשבה אבל במימר שממיר זו תחת זו ונתכוין להוציא לחולין ורק התורה אמרה והי' הוא ותמורתו יהי' קדש וחלות התמורה מחמת גזירת התורה ובודאי נראה דפדיון וחילול הקדש לא מהני במחשבה [ועי' תוי"ט פ"ד דמע"ש מ"ד שהעלה בד' הרמב"ם דהפודה מע"ש ולא קרא שם דיו וא"צ שידבר והוי פדיון מעליא אף בשתיקה כיון שאין כאן דעת אחרת, מ"מ נראה דזהו דוקא במע"ש שאין בו קנין אע"פ דמע"ש ממון גבוה מ"מ אין זה קנין גבוה משא"כ כ בהקדש דהוי ממון גבוה ואע"פ שא"צ דעת הקדש מ"מ נראה דלא מהני מחשבה לחלל ההקדש] ולא מצינו מחשבה רק להתפיס הקדש אבל לא להוציא לחולין ודינו כמו בכל התורה כולה וכמו בקנינים ושארי דינים שאינם נתפסים בלב דדברים שבלב אינם דברים ואע"פ דבתמורה ישנו משום מקדיש כמבואר בתמורה ד"ז דבבע"מ בתמורה עובר נמי משום מקדיש בע"מ היינו דבתמורה ישנו משום מקדיש ג"כ דסוף סוף ע"י מה שממיר חל ההקדש על בעל מום ועובר על הלאו, אבל הא חלות התמורה מורכב מאמירתו להמיר וגזיה"כ דחלות התמורה ודיני תמורה ככל דיני התורה שאינם בלב וכן מפורש בשימק"ו ב"מ דמ"ג שהקשו מזבחים דכ"ט מחשב בקדשים דלמ"ד לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו הא בדבורו איתעביד בי' מעשה שמתפגל והוכיחו מזה דפיגול ישנו במחשבה ולא בעי דיבור ואי איתא הרי תמורה

ישנו ג"כ במחשבה וכן מבואר בשימק"ו תמורה ד"ד מקדים תרומה לביכורים נמי ליילקי דהא בדיבורו קא איתעביד בי' מעשה כמו בממיר וכתבו תימא לישני שאני תרומה דאיתי' במחשבה כו' [ואין ראי' מזה לסתור ד' הושב הכהן דמהני מחשבה בעבירה דהא בתרומה מהני במחשבה מקדים תרומה לביכורים דשאני תרומה דילפינן מונחשב משא"כ בהקדש דילפינן מנדיב לב עולות] הרי מפורש דבממיר לא מהני מחשבה ולהכי לא כתב הרמב"ם בתמורה שגמר בלבו ורק לפי דתמורה ישנו בטעות לא מהני חזרה תוכ"ד כמש"כ בס' ושב הכהן שם, ומאי דמקשה בב"ק דע"ג ומדמה תמורה לעדות כמו שהקשה הש"ך בסי' רנ"ה נראה בישובו דהתם בעדות אמרינן דתוכ"ד לא חל העדות כלל ואם נפסל תוכ"ד אחר הגדה בטל העדות ולהכי גם בתמורה לא חל כלל התמורה ורק אם באנו מדין חזרה דהוי כטועה מהני בתמורה משא"כ אם נאמר דלא חל התמורה כלל תוכ"ד ואכמ"ל, ומיושב בזה משה"ק הפנ"י דלא מקשה שם מהמשנה המוקדמת בתמורה היא עולה ולדה שלמים כו' ועי' בקצוה"ח סי' רנ"ה הא דבהקדש לא מהני תוכ"ד לפי דאיתנהו במחשבה וכבר חל ההקדש קודם שהוציא בפיו [ולפ"ז גם בתרומה דחל במחשבה לא מצי לחזור תוכ"ד ועי' בפ"ז דדמאי במשנה דכלכלה ואכ"מ], עכ"פ איך שיהי' בפי' דברי הרמב"ם אין לבנות יסוד ע"ד תשו' ושב הכהן דבמחשבה יכולים לחזור תוכ"ד בהקדש וה"ה במחשבה בקידושין ואם נתרצית במחשבתה להתקדש אינה יכולה לחזור, כמו בדבור וגם י"ל כיון דהמקדיש דבר ולא השליכה מיד הוי כדבור ועי' ב"מ בקו,א סי' מ"ז.

ב

והמחוור בזה דשיעור תוכ"ד לאו מדין חזרה הוא אלא כמש"כ החכם צבי בסי' קט"ו דתכ"ד איכא אומדנא שגם מתחלה לא היתה כוונתה לקבל לשם קדושין ובאומדנא לא שני לן קדושין משארי ענינים דדוקא חזרה ליכא בקדושין תוכ"ד ואע"ג דבקדושין החמירו דלא אזלינן בתר אומדנות והוכחות לבטל הקדושין כמש"כ בתשו' מיימוני ובשו"ע שאני התם שהאומדנא מבטל דברים שבפה ומחמרינן משא"כ בזה שאנו רוצים לקיים הקדושין ע"י אומדנא דשתיקה ואין כאן דברים שבפה בזה כיון דזרקתו תוכ"ד אין מקום לומר שתיקה כהודאה ואין כאן הודאה כלל וזה פשוט ודעת הנתיבות בס' קהלת יעקב דבזרקתו בפניו אפילו לאחר כדי דבור מהני משום דהוכיח סופו על תחלתו ולא בעי שיעור דתוכ"ד אלא דבסי' מ"ב דאמרה קדשני ל"ש הוכיח סופו על תחלתו לבטל האמירה יעו"ש ונראה דאף לדעת החולקים עליו וס"ל דבעינן תוכ"ד יעוי' באחרונים [ובשו"ת חת"ס אה"ע נראה מדבריו דגם בהוכיח סופו על תחלתו היינו מיד בלא הפסק

יעו"ש] מ"מ בנ"ד כו"ע מודו דהא לכאורה דברי הקהלת יעקב צ"ע דהא הוכיח סופו על תחלתו קיי"ל דהוא ספיקא דדינא וכמבואר בחולין דל"ט דלא אמרו בה לא איסור ולא היתר וכמבואר בחו"מ סי' רמ"ה אבל בנ"ד דאחז ידה בחזקה בזה הא ודאי אמרינן הוכיח סופו על תחלתו וכמבואר בחולין דל"ט בבריא שעלה לגג ונפל כו' ומשני שאני התם דהא דאמר כתבו ופירש"י דאיכא הוכחה וגילוי דעת מתחלה וא"כ הא בנ"ד איכא ג"כ הוכחה מתחלה שלא נתרצתה ואחז ידה בחזקה ולא הרפה ממנה ועוד דהוי כצוח מעיקרא כמבואר בב"ב ד' קל"ח דלכו"ע לא קנה דאף אם שתק בינתים לא אמרינן שנתרצה בכך דאטו בעינן שיהי' צוח בלא הפסק כלל ועד כאן לא פליגי רק בשתק ולבסוף צוח וכן נראה מבואר מד' המרדכי בקדושין סי' תקל"א שכתב ועוד הוכיח סופה על תחלתה שהשליכתה ואמר בפ"ב דחולין וביש נוחלין דכו"ע מודים היכא דאיכא למיתלי השתיקה באמתלא מוכחת דהוכיח סופו על תחלתו אמרינן כו' יעושה"ט וצ"ל להגהמ"ר הא דפליגי רבנן בב"ב שם משום דלא הוי אמתלא מוכחת וטובה כל כך אבל באמתלא טובה מהני ובב"מ ד"ו צ"ל ג"כ כנ"ל] ועי' בקצוה"ח סי' קל"ח משום דהתם נולד הספק קודם התקיפה להוציא בזה אין להוציא יעו"ש] ועכ"פ בנ"ד דהוי כציח מתחלה ובודאי בכה"ג דאיכא הוכיח תחלתו וסופו ולא חיישינן שמא נתרצתה בינתים.

ג

עוד נראה ביסוד ההיתר על פי דברי הרמ"א המובא בטור ובשו"ע במחבר סי' ל' ס"ז וברמ"א סי' כ"ח ס"ב דאם זרק לה הקדושין לתוך חיקה ולא שקלתינהו בכה"ג שתיקה לאו כלום הוא ובסי' מ"ב ברמ"א לקח יד האשה בחזקה כו' מבואר דהואיל מתחלה דבר עמה מקדושין אעפ"י שבתחלה באונס פי' הואיל ולא זרקה מקודשת מבואר דמהני שתיקה דהא לקח יד אשה בחזקה לא עדיף מזרקה לתוך חיקה ודעת הח"מ דהרמ"א מזכה שטרא לבי תרי וד' הרמ"ה דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא אבל למש"פ השו"ע להחמיר כד' הראשונים בשתיקה דלאחר מהן מעות כמש"כ בסי' כ"ח ס"ה גם בדינו של הרמ"ה חוששין מספק והב"ש תי' בסי' כ"ח ובסי' מ"ב דשאני דינו של הגהמ"ר בלקח יד האשה בחזקה שנתרצתה מתחלה לקדושין ואמרה קדשני וכן תפסו האחרונים כד' הב"ש ויעוי' בבית מאיר שמחלק בין היכא דעבדה מעשה אי לא עבדה מעשה דבעינן שיהי' מעשה מתחלה ולפ"ז באחז ידה בחזקה דליכא שום מעשה מצדה חוששין לקדושין.

וראיתי בס' ראשי בשמים חאה"ע סי' ס"ב שפך סוללה לסתור ד' האחרונים הנ"ל בדעת הרמ"ה מד' הטור שהביא דינו של הרמ"ה דבזרק לה קדושין שתיקה כה"ג לאו כלום הוא

על מה שהביא הטור מתחלה כנסי סלע זה בפקדון דבא הרמ"ה לומר דל"ה כשתיקה בשעת מתן מעות אבל מדין שתיקה לאחר מתן מעות דהטעם דהוו"ל למשדינהו לא מיירי כלל ורק בפקדון שתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא אבל היכא דראוי למיחש משום שתיקה לאחר מתן מעות חיישינן והרמ"ה דלא חשש לשתיקה דאחר הקדושין משום דס"ל כד' הפוסקים דלא חיישינן לשתיקה לאחר מתן מעות וכן הביא ד' הרשב"א והריטב"א בסוגיא בעובדא דציפתא וכ' הרשב"א דהא דשלח רב אחא בר איקא לאו משום עובדא דציפתא אלא משום שתיקה דלאחר מ"מ וכגון דשדי זוזי בחיקה ולבסוף אמר לה התקדשי ואשתיקה דליכא משום דשמואל עכ"ל, הרי מבואר דגם בזרק לה שלא מדעתה או אשתיקא לבסוף ולא שדיתינהו דהדרינן לדינא דשתיקה לאחר מ"מ וגם ח חילוקו של הבית מאיר בין שתיקה לאחר מ"מ שעכ"פ עשתה מעשה הקבלה ובין זרק לה הקדושין שלא עשתה מעשה כלל מה לי אם עשתה מעשה הקבלה מקודם או לא דהא המעשה הקודמת לא הועילה לקדושין כלל כעובדא דציפתא שלא ידעה כלל מהנך זוזי דציירו בה והציפתא בעצמה לא היתה שו"פ פ זהו תכן דבריו והסב גם ד' הרמ"ה לכונה אחרת, ולדעתי שאין לזוז מדברי רבותינו בזה ומה שהביא לסתור ד' הרמ"ה מד' הרשב"א והריטב"א כבר קדמוהו המקנה בקו"א בסי' כ"ח וכ' דכונת הרשב"א בודאי כעובדא דציפתא באופן דשדיך מתחילה ונתרצתה לקדושין וכן הביא המקנה ראי' מדהגמ' קדושין די"א פשטה ידה וקבלה לא קאמינא כי קא אמינא דקידשה בלילה ולא משני כי קא אמינא בזרקה אלמא דבזרקה כל זמן שלא אמרה אין שתיקה לאו כלום הוא כמש"כ הרמ"ה [וע"ע בס' עצי ארזים סי' כ"ח], ומש"כ דמדברי הטור נראה דרק בפקדון כתב דינו של הרמ"ה דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא כן נראה מד' הטור אבל מד' השו"ע בסי' ל' שקבע ד' הרמ"ה בכל קדושין דעלמא אף שלא בתורת פקדון מבואר דאין חילוק בזה ויעוי' בתשו' חוט המשולש בסי' א' להגאון מוהר"ח מוואלאזין ז"ל שהאריך בכל זה באות ה' ו' ז' וכתב שגדול אדונינו הבית יוסף ורב כוחו לסמוך על מה שקבע בשו"ע דינו של הרמ"ה בכל קדושין דעלמא יעו"ש שקבע מסמרות להלכה כהרמ"ה ועיקר סברת הרמ"ה דבעינן שיהי' קבלה מתחלה והוכחה שנתרצית לקדושין כמו בעובדא דציפתא שעכ"פ נתרצתה לקדושין אלא שלא הי' שוה פרוטה, והמגיה בגליון הגר"א בסי' מ"ב סק"ה מחלק דאף שלקח ידה בחזקה היינו פשיטות ידה אבל מה שסגרה אח"כ ידה להחזיק הקדושין הוי מעשה ובזה מחלק מנידון הרמ"ה שזרק לתוך חיקה שאין שום מעשה מצידה ולפ"ז בנ"ד שלקח ידה בחזקה ולא הרפה את ידה עד שגמר הקדושין ואין שום מעשה מצדה דמי גם לפי חילוק זה לנידון הרמ"ה.

ד

עוד נראה בנ"ד עפמש"כ התוס' והרא"ש ברישׁ קדושׁין בתנהו ע"ג סלע דאפילו זרקו לתוך חיקה ושתקה מאחר שכבר גילתה דעתה שאין רצונה להתקדש לו מבואר מדבריהם דהיכי דגילתה דעתה בפירוש שאין רצונה להתקדש לא חיישינן משום שתיקה שלאח"כ וא"כ היכא דאחז ידה בחזקה ואינו מניחה להשמיט את ידה ונראה שהיא משתמטת והוי גילוי דעת מצדה שאין רצונה להתקדש לו בזה לכו"ע אין לחוש משום שתיקה שלאחרי כן אלא דבזה יש לדקדק בהגב"ע אם השתדלה להשמיט את ידה מ"מ נראה כיון דאחז ידה בחזקה עד גמר הקדושׁין הרי הרגיש ברצונה להשמיט ושמתנגדת להתרצות להקדושׁין, עוד נראה לדון היכא דאיכא אומדנות שאין רצונה להתקדש דאעפ"י דבקדושׁין לא אזלינן בתר אומדנא כמבואר בסי' מ"ב היינו בקדושׁין ודאין ששניהם אומרים שרוצים אבל בשתיקה לאחר מתן מעות דהוי דברים שבלב אלא דהוי אומדנא מדלא השליכה מיד בזה היכא דאיכא אומדנא להיפוך שלא נתרצית אזלינן ג"כ בתר אומדנא ויעוי' בשו"ת חוט המשולש סי' א' אות י"א וכמש"ל בסי' כ"ד.

העולה מזה לדינא שאין כאן בית מיחוש כלל בנ"ד משום הקדושׁין כמשנ"ת כיון שהשליכה אפילו לאחר כ"ד כמש"כ הקהלת יעקב וגם דלא מצינו דבעינן שיעור תוכ"ד בשתיקה לאחר מתן מעות ובשו"ת ראשי בשמים כתב ג"כ דבסי' מ"ב השיעור כדי שתתחולל דעתה) ובפרט בנ"ד דאיכא הוכחה מתחלה דדמי לאמירת כתבו, וגם אם נימא שאין הוכחה ממה שאחז ידה בחזקה שהיא מתנגדת לזה מ"מ י"ל דהחילוק בדהגמ' שא"ה דאמר כתבו היינו דמתחלה ראוי להסתפק אם כונתו להנתינה משא"כ בשחט ואח"כ חושב עלי' שאין בשעת שחיטה מקום להסתפק ולפ"ז באחז ידה בחזקה שבאותו שעה ראוי להסתפק בודאי אמרינן הוכיח סופו על תחלתו וכמש"כ הגה"מ לדון משום הוכיח סופה על תחלתה, ועוד דהעיקר לדינא כד' הרמ"ה וכמש"כ הגאון מוהר"ח להכריע כותי' וגם היכא דשדיך כתב בסוף התשובה לדון דלא דמי שדיך דהש"ס לשדיך דידן דלפי מנהגינו לא נתרצית מעולם אלא לבוא בברית הנשואין בקידושין וחופה ולא להתקדש בקידושין גרידא בלא נשואין ול"ש לומר שבדעתה הראשונה עומדת יעו"ש, ובנ"ד אין זה ענין שדיך ג"כ כיון שכבר התקשרה עם אחר ובשו"ת עין יצחק ח"ר להגרי"א סי' נ"ה מתיר ג"כ בכה"ג מצד ס"ס יעו"ש וכה"ג כתב ג"כ בשו"ת צ"צ החדש ובפרט שכבר הורה זקן הגר"ח מוולאזין להקל ע"כ נראה להקל בזה בלי שום פקפוק גם לכתחלה.

ה

ומשה"ק בשם חכם אחד בהמקדש את האשה לאחר שאתגייר מקודשת לר"מ דס"ל א"מ דשלבל"ע אף אם נתאכלו המעות היינו משום דצריכה להחזיר כסף הקידושין הרי הפקעת הלואתו מותר ולא נתחייבה כלל להשיב. הנה לא מיבעי א"נ דבפקדון ל"ש הפקעת הלואתו וא"כ אי אסור להשתמש במעות לפמש"כ התוס' בב"מ דמ"ג ול"ש הפקעת הלואתו בפקדון ועי' בתומים סוס"י ע"ב ס"ק נ"ז ובסוס"י פ"ו אך בלא"ה כבר הכריעו האחרונים דבהפקעת הלואתו היינו שצריך להפקיע אבל כל זמן שלא הפקיע יש חיוב עליו והדבר מוכרח דאל"כ איך משכח"ל קנין כסף לנכרי מישראל לפ"מ דאמרינן בב"ק ד"ע וכיון דאי תבע לן קמן בדין ל"א לי' זיל שלים לא נתחייב בחליפין וא"כ יסוד הקנין היא ההתחייבות א"כ כיון דהפקעת הלואתו מותר ולא נתחייב כלל הישראל להחזיר את הכסף א"כ אין כאן קנין כלל וגם א"נ דגזל עכו"ם מותר מ"מ איכא קנין כסף וכדאמר בבכורות די"ג דלמ"ד גזל נכרי מותר איצטריך עמיתך לדיני קנינים. אע"כ דגם זה חיוב מקרי כל זמן שלא גזלו ולא הפקיע את הלואתו ופשוט דלפ"ז אם נתגייר אח"כ שחייב להחזיר לו דהא לא נפקע הלואתו. ובזה אמרתי מכבר לתרץ קושית האו"ת בסי' צ"ה ס"ק א' דלמ"ל קרא למעט שומר על נכסי עכו"ם משבועה תיפ"ל דהא הפקעת הלואתו מותר, דנפ"מ לכשנתגייר דכיון דנתמעט מדין שמירה בשעת נתינה היה בפטור כמבואר בב"ק דק"ו, ובזה יש לתרץ ג"כ משה"ק הפנ"י דלמ"ל קרא באבידת נכרי למ"ד גזל נכרי מותר דנפ"מ ג"כ לכשנתגייר ובמק"א הבאתי ראי' לזה ג"כ מש"ס דפסחים ד"ה כלפי ליא, והא י"ל דנכרי שכבשתו וליכא חילול השם וממילא דאין חיוב אחריות דהא הפקעת הלואתו מותר ולהכי בדין הוא שלא יעבור בב"י משא"כ בנכרי שלא כבשתו ואיכא חיוב אחריות משום חה"ש ולהכי עובר בב"י אלא ע"כ דמה שבידו להפקיע את הלואתו אינו מפקיע חיוב אחריות דאע"פ דהפקעת הלואתו מותר מ"מ יש לו עליו חיוב אחריות, והנני דו"ש באהבה.

סימן כז

יום ה' י"א שבט אעת"ר ווילנא. לרב אחד

על דבר אשר נשאל מאמעריקא וז"ל השאלה הציעו לאשה גרושה שידוך עם אלמן אחד להחתן אם הוא כהן אסורים להנשא כי היא גרושה ענה לה שאינו כהן וכחש לה ותיכף אחר החתונה נתודע לה שהוא כהן והתחילה לצעוק חמס על בעלה מדוע הונה אותה והסכימו לילך לב"ד ויגרש אותה והנה כשהלכו לב"ד ברח ממנה ונעלם מן העין זה יותר

מחמש שנים ונשארה עגונה והנה אחרי החקירה והדרישה בהעדים שנתיחדו לקידושין נודע שאחד מהם. הי' קרוב הפסול לעדות מן התורה להאשה המתקדשת.

א

והנה בעיקר הדין בחייבי לאוין שלא הכיר בה כתב הר"ן בפי"א דכתובות דלא דמי לאיילונית דלא הכיר בה דלא בעי גט כלל ואלו אלמנה לכ"ג אפילו לא הכיר בה צריכה גט וכן כתב הר"ן דאלמנה לכ"ג אעפ"י שלא הכיר בה יש לה תוספות שלא הי' הדבר מוטל עליה לגלות דסברי שאפשר יערב עליו המקח וכ"כ הנובי"ת בסי' נ' ובהשמטות סי' קס"ב בגרושה שהחזיקה א"ע לאלמנה ונישאת לכהן שצריכה גט ונסתפק שם דאפשר דצריכה גט מספק כמו במומין בקידשה וכנסה סתם וכ"כ ההפלאה בכתובות דק"א דמוכח מסתימת הפוסקים דחייבי לאוין שלא הכיר בה צריכה גט והבית מאיר בסי' קט"ז כתב דמעולם לא נשמע דבחיי"ל שלא הכיר בה יהי' רק ספק קדושין, וכן מצאתי בשו"ת הגאונים שערי צדק שער ג' דכהן שקידש את הגרושה ולא הכיר בה אין הקדושין חוזרין שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה ואס"ד דהוי מקח טעות וא"צ גט באמת קדושין תופסין באחותה, וכן יש להוכיח שצריכה גט בודאי מן התורה מדהתוס' יבמות דצ"ב בד"ה ניתן שהורה ר"ת הלכה למעשה באשה שלא ידעה שהי' לה יבם ונתקדשה והתירה למקדש אחר חליצת היבם ומבואר שם שצריכה גט וכן מבואר בשו"ע סי' קנ"ט ס"א נתן לה זה שקידשה גט והא יש בזה ס"ס שמא אין קדושין תופסין ביבמה לשוק וגם אי נימא דתופסין שמא הוי מום המקפיד ודין מום דאיסור כשארי מומין וא"צ גט ועי' במש"כ בסי' י' להוכיח מד' תשו' הר"ן סי' ס"ג ומדהתוס' ביבמות דט"ז דחיי"ל שלא הכיר בה צריכה גט מן התורה.

ובשו"ת באר יצחק חאה"ע סי' ג' האריך ג"כ להוכיח דחייבי לאוין שלא הכיר בה צריכה גט והביא ג"כ להוכיח מדהתוס' יבמות דצ"ב ודחה משום דאם יחלוץ היבם תהי' מותרת להמקדש ואף להסוברים דאסורה להמקדש מ"מ אינו אלא משום קנס ודמי לשניות דצריכה גט ובאמת אין זה מספיק דאי דיינינן משום מקח טעות גם איסור דרבנן הוי מק"ט כיון דסוף סוף אינה ראוי' לקיימה אלא די"ל לפמש"כ הב"ש דאם עדיין לא גירשה ונישאת אחר שחלץ היבם אין מוציאים ממנו ולא דמי לשארי חיי"ל שלא הכיר בה כיון דאחר החליצה ואחר הנשואין מותרת להמקדש וביותר י"ל אף לשי' החולקים וס"ל דאסורה להמקדש דאם נימא דהוי קדושי טעות ולא נתקדשה כלל הא בודאי מותרת אחר החליצה להמקדש כיון דאין כאן קדושין, עוד הוכיח שם מקדושין דע"ט גבי קידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר דחיישינן לקדושי שניהם ביומא דמישלם שית וקשה

כיון דקידשה אביה בדרך א"כ מי שקדשה א"ע בעיר שלא ידעה מן קדושי אביה ולמה צריכה גט מן השני הא לגבי השני הוי קדושי ספק מחמת, קדושין הראשונים דהא גבי הוגלד פי המכה כתב הר"ן דאף ספק טריפות מבטל המקח וכיון דאסורה לו מספק הוי מקח טעות ומוכח מזה דלא הכיר בה לא הוי מקח טעות יעו"ש ויש לתרץ למש"כ התוס' שם בד"ה קידשה אביה דדוקא בקידשו שניהם חיישינן לקידושי שניהם אבל בקידש אביה לחוד או היא לחודה מוקמינן בחזקת פנוי' יעו"ש וא"כ אי אפ"ל דקדושי השני הוי קדושי טעות משום דנתקדשה ע"י אביה דהא אי נימא דהוי קדושי טעות ממילא דגם קדושי אביה בטלים דמוקמינן בחזקת פנוי' והדר הדין דיחול קדושי שני, וביותר י"ל דאאפ"ל דהוי קדושי טעות ע"י קדושי אביה דלפני הקדושין אם היתה נבדקת ונמצאת בוגרת היו מתבטלים קדושי אביה משום חזקת פנוי' והרי היא בוגרת לפניך דאעפ"י שאחרי כן נתקדשה מה בכך הא באותה שעה היתה פנוי' ומוקמינן בחזקתה ורק אחרי שנתקדשה ונבדקה ולידת הספק היתה כשהיא א"א בכל אופן לא מוקמינן בחזקת פנוי' א"כ אאפ"ל דהוי קדושי טעות דאלו ידע שקידשה אביה לא היתה מקדשה דהא אינה ראוי' אליו משום ספק א"א דהא על ידי בדיקת וסימני בוגרת היו מתבטלים קדושי אביה. עוד הביא ראי' בשו"ת באר יצחק שם מיבמות דנ"ח אלא דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתרא ונכנסה לחופה ולא נבעלה ש"מ יש חופה לפסולות וקשה דאם נימא דחייבי לאוין שלא הכיר בה הוי קדושי טעות א"כ ה"ה דהוי נשואי טעות וא"כ אם היא נטמאת היא עדיין ארוסה ולאו בת שתי' היא וכמו כן הקשה בכתובות דמ"ה אמר רבא מוש"ר קאמרת שאני מוש"ר דחדוש הוא דהא נכנסה לחופה ולא נבעלה וזינתה בחנק ואלו מוש"ר בסקילה והא כיון דנתברר בעדים דזינתה הוי נשואי טעות ואין כאן נכנסה לחופה כלל עכ"ד. והנה בקושיתו השני' הרגיש בזה הגאון רעק"א בשו"ת החדשות סי' ק"ו וחידש עפי"ד המל"מ דכל דיני תנאים צריכים להיות גם בתנאי דלשעבר ועל כן כל מקח טעות דעלמא היינו אעפ"י שלא התנה דמי כאלו התנה ועל כן היכא שלא היתה הטעות בקדושין רק בחופה כיון דאין תנאי בחופה משום דא"א לקיימו ע"י שליח גם טעות לא מהני דלא עדיף טעות מתנאי מפורש יעו"ש ומתורץ ג"כ קושיתו הראשונה מיבמות דנ"ח דס"ל דאין תנאי בחופה ולא מהני גם טעות.

ב

אולם בס' עצי ארזים תמה מאי שנא גבי מומין אמרינן דאין אדם מתפייס במומין וגבי איסור אמרינן דאפשר שיערב עליו המקח מ"ש ממוכר בשר טריפה בחזקת כשירה שהמוכר צריך להחזיר הדמים אף בעד מה שכבר אכל יעוי"ש והא אין לך מום גדול

מזה ובשו"ת תפארת צבי סי' א' כתב בקצרה דחייבי לאוין שלא הכיר בה א"צ גט אלא מדרבנן ובשו"ת ברית יעקב חאה"ע סי' צ"א האריך בזה ג"כ שא"צ גט אלא מדרבנן ובס' מלבושי יו"ט ח"א חידש מדעתו דהאי לא הכיר בה דפליגי ר"ה ור"י היינו היכא שהיא באה מעיר אחרת ולא הי' עליה שום חזקה כלל מאי היא והוא לא חקר ולא דרש אחריה כלל וגם ממנה לא שאל וקידשה סתם לכך ס"ל לר"ה דיש לה כתובה כיון דעליו הי' מוטל לדרוש ולחקור בזה אם היא מותרת לו ולא הי' לו לסמוך על זה שלא הודיעה לו וכיון שלא דרש אמרינן דמוכח הדבר דערב עליו המקח אף באיסור אבל היכא שהיא מוחזקת בעיר שהיא בתולה ולא נתקדשה מעולם לשום אדם גם ר"ה מודה דאין לה כתובה וזה מיקרי קידשה בחזקת שאינו כן ונמצא שהוא כן דאין לה כתובה ורש"י פירש שם שהטעתו ואמרה שלא נתקדשה מעולם ובכה"ג הוי מקח טעות וא"צ גט מן הדין ומה שפסק הרמב"ם דאם קידש חייבי עשה ולא הכיר בה חייב בכתובה ותוספת כתובה היינו ג"כ בסתמא דפשע שלא חקר ואמרינן דנתפייס והאריך בזה ומסיק דהיכא דהטעתו אין לה תוספת לכו"ע ואינה צריכה גט מן הדין כמו אילונית שלא הכיר בה ומדרבנן תלוי במחלוקת הפוסקים באילונית דלשי' הפוסקים דאילונית א"צ גט אפילו מדרבנן גם חיי"ל שהטעתו א"צ גט ובזה מישב דעת הב"ח בסי' קכ"ז מה שהשיג עליו הטו"ז על מה שהביא הטור בשם הרא"ש בתשובה דאם נתגרשה בגט מוקדם ולא נודע הפסול עד שקידשה דלא תפסי קדושין וא"צ גט ממנו ומותרת לחזור לראשון ותמה הב"י על זה הא פסול מוקדם אאמד"ר ומישב הב"ח כיון דלא נודע הפסול עד אחר קדושי שני א"כ קדושי שני הוי קדושי טעות דאלו הוה ידע מהפסול לא הי' מקדשה והטו"ז השיג על זה מסי' ל"ט דהמקדש אשה סתם ונמצא עליה מומין הר"ז מקודשת מספק ובזה מיושב ד' הב"ח דס"ל דמום דאיסור לא גרע ממום דאילונית והרא"ש לשיטתו דגם מום דאילונית לא בעי גט כלל ולבסוף מסיק דאפשר דמום דאיסור יש יותר לחוש מדבריהם שלא יאמרו א"א יוצאת בלא גט אף לשי' הפוסקים דאילונית א"צ גט אפילו מדבריהם ותמה על דברי הנובי"ת שהצריך גט מן הדין בהטעתו זהו תו"ד.

ולכאורה חדושו מתמיה מדהתוס' ביבמות צ"ב ביבמה שניסת לשוק דכסבורה שלא הי' לה יבם והי' טעות אצל שניהם וגם אי נימא לחלק משום דיהי' מותר בה אחר החליצה לפי שהנשואין היו בשוגג יקשה מד' תשובת הר"ן סי' ס"ג שנמצא אח"כ שהגט פסול מספק והצריך גט מן השני ודוחק גדול לומר שזהו רק מחשש דבריהם שלא יאמרו א"א יוצאת בלא גט דהא כיון דהוי ספק פסול א"כ ספק דרבנן להקל דשמא הגט הראשון פסול בודאי וא"צ גט מן השני כלל ובזה ל"ש לומר שהי' להם לחקור כיון שיצא מתחלה

הגט כשר ואח"כ נודע מפסולו, אולם י"ל דשאני בנידון הר"ן דגם אחרי קדושי שני יש לה תקנה ע"י שיגרש הראשון בגט כשר וראוי להתקיים ועל כן לא הוי קדושי טעות ולפיכך צריכה גט מהשני, אולם לפ"ז נסתרים ד' הב"ח דאם נתגרשה בגט מוקדם ולא נודע הפסול עד אחר שנתקדשה הא יש לה תקנה על ידי שיגרש הראשון גט כשר דתהי' מותרת לשני ולא הוי קדושי טעות, ובפרט למש"כ הב"ח דאף אם בנה מורכב על כתיפה יוצאת בלא גט ומותרת לראשון הא כמו כן מותרת לשני ע"י שיגרש הראשון, וגם אם נימא דאסורה לראשון ושני כמבואר במשנה דגיטין דע"ט דתצא מזה ומזה וכמו שתמה הגט פשוט על הב"ח מ"מ לפי סברא זו בעת הקדושין לא הוי קדושי טעות דהא היתה רשאית להשני ע"י גרושין מן הראשון לפני הנישואין וממילא אף שנאסרה אחרי כן מ"מ בעת הקדושין לא הוי קדושי טעות, ועפי"ז יחודש דאם הי' הקדושין תחת החופה למש"כ הריטב"א דגם בנכנסה לחופה ול"נ תצא מזה ומזה דחשיב עבדי איסורא ובכה"ג הוי קדושי טעות דאין עוד תקנה על ידי שיגרש הראשון וגם הר"ן יודה בזה.

ג

והנה בד' הר"ן שכ' דבלא הכיר בה צריכה גט י"ל דדוקא בלא הכיר בה סתמא אבל בהטעתו דגם ר"ה מודה דאין לה כתובה י"ל שא"צ גט אפילו מדבריהם ודוקא בלא הכיר בה קיי"ל במומין באה"ע סי' ל"ט דבקדשה סתם וכנסה סתם דצריכה גט מספק דלא כרבא וה"ה בחיי"ל משא"כ בהטעתו דבכה"ג גם ר"ה מודה דאין לה כתובה מן הדין א"צ גט ורק דהחמירו כמו באילונית, ובאמת לא מצינו מפורש בזה שצריכה גט מדבריהם, ולהמחברים דס"ל דבלא הכיר בה צריכה גט מדבריהם וגזרינן אטו הכיר בה כמו כן י"ל בהטעתו, אבל אם נימא דבלא הכיר בה צריכה גט מדינא דמסתמא מדלא חקר נתפייס אפשר דבהטעתו אפילו מדרבנן א"צ גט דהא קי"ל באה"ע סי' ל"ט בקדשה סתם וכנסה סתם דצריכה גט מספק דספוקי מספק"ל דלא כרבא, ועי' ברמב"ם בפ"ז מהל' אישות ה"ח ובד' המ"מ שם דפסק כרבא נגד רבה דבתרא הוא ולהכי לא מצינו שהחמירו מדבריהם להצריך גט וגם במומין שכל הרמב"ם את לשונו וכתב דהמקדש אשה סתם ונמצא עליה אחד מן המומין הפוסלים בנשים הר"ז מקודשת מספק וי"ל דוקא סתם מומין אבל מומין הגדולים הפוסלים גם באנשים א"צ גט כלל לפי שבודאי מקפידים עליהם דלרבה דס"ל דהוא מדבריהם ה"ה במומין הגדולים שלא תהא א"א יוצאת בלא גט אבל לרבא דספוקי מספק"ל אי קפדי י"ל דהיכא דבודאי קפדי א"צ גט אפילו מדבריהם ולהכי לדידהו גם אילונית א"צ גט ולפי פסק הרמב"ם והשו"ע כרבא בדין דבחיי"ל באופן שבודאי מקפידים ולא נתפייס א"צ גט אפילו מדבריהם אם כן אפשר

דלא החמירו כלל מדבריהם ובפרט לשיטת הפוסקים דגם באילונית שלא הכיר בה א"צ גט אפילו מדבריהם ולא מצינו שהחמירו בכה"ג דהוי מקח טעות בדברים שמקפידים בודאי היכא שהטעתו א"צ גט כלל ומה"ט אפשר דגם בהטעתו בחייבי לאוין א"צ גט.

וראיתי בהפלאה כתובות דק"א, שתמה בהא דקאמר הש"ס לא תימא הא סתמא אלא כנסה בחזקת שהיא כן ונמצא שאינו כן דבמאי מיירי אי בתנאי מפורש הא בכה"ג מאי איריא דאין לה כתובה הא גט נמי לא תיבעי ואם בלא תנאי רק שהטעתו כמו שפירש"י מאי נפ"מ הא סתמא בחזקת בתולה ותי' דמיירי בתנאי אלא שדרה עמו אח"כ דגט בעי אבל כתובה לא משום דהכתובה הוא רק על תחלת נשואין אף אם הוא באיסור יעושה"ט, ובאמת בפשוטו דרש"י צודקים דשאני לא הכיר בה סתמא מהטעתו דלא הכיר בה אפשר דהי' מתפייס כמש"כ הר"ן וגם גוף דיוקו מאי איריא דאין לה כתובה הא גט נמי לא תיבעי אינו מובן דרק במשנתינו דתני אין לה כתובה דייק הש"ס הא גיטא בעי משא"כ בזה דתני דיש לה כתובה ורק דדייק הש"ס הא כנסה בחזקת שהיא כן ונמצא שאינה כן כמו דאין לה כתובה גם גט לא תיבעי אבל עכ"פ מדרש"י מפורש דלא כהפלאה וגם בהטעתו שהיא בתולה ושלא נתקדשה אף שלא היתה תנאי מפורש אין לה כתובה ואפשר דבכה"ג גם גט א"צ וכמו שחלוק לר"ה לענין כתובה.

ד

והנה היכא שהבעל הטעה את האשה שאמר לגרושה שאינו כהן והוא כהן הי' נראה דבכה"ג איכא אומדנא גדולה דאדעתא דהכי לא נתקדשה ולא אמרינן טב למיתב טן דו בכה"ג שאינה ראוי' כלל וכמש"כ הפוסקים דהא דאמרינן ביבמה שנפלה לפני מוכ"ש טב למיתב טן דו משום דלבעלה ראוי' בודאי ונכנסת אל הספק שמא תפול ליבם אבל באם אינה ראוי' לבעלה כלל דאסורה לדור עמו וכופין לגרשה בודאי ל"ש טב למיתב טן דו ועוד דגם אשה לא ניח"ל דליתחל איסור על ידה וכמו שאמרו בקדושין וכבר הרגיש בדבר הנובי"ת בסי' קכ"ב בהשמטות די"ל דלהכי ל"א אומדנא בלא הכיר בה בחיי"ל משום דבידו לגרשה אח"כ ואע"ג דבמומין ונדרים ל"א הכי אבל בחיי"ל י"ל דלהכי מתפייס וערב לו המקח לפי שעה שהוא בשוגג ואם יתודע לו שהיא מחיי"ל יגרשנה אח"כ כדין ולא דמי למוכר בשר טריפה תחת כשירה דהוי מק"ט משום דאין לטריפה תקנה אלא לבטל המקח אבל באשה בידו לגרשה ואף דיתסר בקרובותיה דלרבא באשה חשובה מקפיד אך הא לא קיי"ל כרבא ועי' בראי"ש שם, וכל זה בלא הכיר בה אבל בלא הכירה בו דאין בידה להתגרש שפיר אמרינן אומדנא דאדעתא דהכי לא נתקדשה ואעפ"י דכופין להוציא ומעשין על הפסולות מ"מ אין בידה ומה כח ב"ד יפה אי עריק ואזיל ועי'

במהרש"ל כתובות דע"ד שכתב ג"כ החילוק דאין בידה להתגרש ומש"כ הנובי"ת שם דלהכי לא אמרינן אומדנא עפמש"כ התוס' בכתובות דמ"ז דבדעת אחרת לאו אומדנא הוא תמוה דשאני לוקח בהמה ונמצא טריפה שנתודע אח"כ דבר שא"א להתודע מתחלה או שנולד אח"כ איזה דבר מום דבכה"ג אמרינן כיון דהמכירה היא מתחלה על הספק א"א לומר אומדנא כאלו התנה דאפשר דהמוכר לא הי' מתרצה על תנאי זה והי' המכירה נעשית בלא תנאי זה משא"כ בדבר הנודע מתחלה כמו בחיי"ל שלא הכיר בה ורק שהטעתו מה בכך דאיכא דעת אחרת המעכב היינו שלא היתה מתרצית להתקדש בודאי לא הי' הקדושין נגמרים כיון דבאותה שעה היא חייבי לאוין שאינה ראוי' לקיימה ואינו רוצה בחייבי לאוין ורק בדבר שנולד אח"כ שייך סברת התוס' דהא גם בהוגלד פי המכה ונתברר שנטרפה למפרע הוי מקח טעות באמת, משא"כ בדבר המבורר לאחד והטעה להשני וזה ברור [ובגוף דברי התוס' כבר כתב המל"מ בשם תשו' פני משה דאומדנא גדולה אמרינן אף בדעת אחרת ואכ"מ].

ה

ומש"כ הנובי"ת שם דמשום חומרא דא"א ל"א אומדנא עפמש"כ הגה"מ וכמש"פ באהע"ז סי' מ"ב אי נימא דמשום חומרא דא"א היא בודאי אאמד"ר והי' נראה מזה דבחיי"ל שלא הכירה בו דשייך בזה אומדנא בודאי רק מדרבנן צריכה גט אי משום חומרא דא"א או כדי שלא יאמרו א"א יוצא בלא גט, ועל טעם זה יש לדון לפמשכ"ל דלמאי דקיי"ל כרבא דספוקי מספק"ל לא מצינו שהחמירו מדבריהם ובאמת לא מצינו מפורש בגמ' ובר"ן רק בדין חייבי לאוין שלא הכיר בה שאין לה כתובה וגט בעי כמש"כ הר"ן אבל בלא הכירה בו לא מצינו, אולם מדהתוס' ביבמות דצ"ב ביבמה לשוק שניסת בשוגג והטעות הי' אצל שניהם וכן מד' תשובות הר"ן בנתקדשה על פי גט כשר ואח"כ נודע שהגט פסול מספק דצריכה הגט ובזה הי' הטעות גם בה אלמא דחיי"ל שלא הכירה בו צריכה גט רק שיש לחלק ע"פ משכ"ל דביבמה יש לה תקנה ע"י חליצה ובא"א ע"י גט מבעלה הראשון ול"ש בזה אומדנא דמוכח כ"כ משא"כ בחיי"ל שלא הכירה בו שאין להם תקנה בזה א"צ גט מן הדין, ועי' בעצי אלמוגים בהל' שניות ועריות מה שהביא ד' הבה"ג דאי נסיב שניות דמפקינן בלא גט ואינו רוצה לשבש ד' הבה"ג ומפרשו בלא הכיר בה דבחיי"ל י"ל דהוא מדרבנן דגזרינן לא הכיר בה אטו הכיר בה אבל בשניות לא חיישינן דבודאי לא יבואו לידי טעות בהכיר בה כיון דכל עיקר א"א מדברי סופרים יעו"ש ולמש"כ י"ל דהטעות הי' אצל שניהם ולא הכירה גם בו או שלא הכירה בו לחוד דבכה"ג

א"צ גט משום אומדנא דאין בידה להתגרש אולם קשה להכניס כונות בדברים שאינם מפורשים בדברי הראשונים ובפשיטות נראה דט"ס נזדקר בד' הבה"ג וצ"ל דמפקינן בגט. **והנה** יש לדון בנ"ד ששאלה אם הוא כהן לפי שהיא גרושה ואסורה לו וכיחש לה שאינו כהן דבכה"ג א"צ גט כלל משום גילוי דעת שלה עפמש"כ הר"ן בקדושין דס"ב לפי שלא הטעתו בתי' הראשון דאלו הטעתו סגי בגילוי דעת וא"צ לתנאי כפול, ואע"פ דגלוי דעת הי' לפני הקדושין ולא בעת הקדושין ובכה"ג י"ל דהוי דברים שבלב דאינו דברים לפי שלא גילתה דעתה באותה שעה, די"ל דשאני התם דההוא דזבין אדעתא למיסק לארעא ישראל דלפי שלא התנה בשעת המכירה אמרינן דהוי דברים שבלב דמסתמא נתרצה בכל גווני אבל בזה שהטעה את האשה שכחש לה שאינו כהן והאמינה לו ולא הי"ל לאסוקי אדעתה שהטעה ומה ששאלתו הוי כגילוי דעתה וכ"כ בספר מלבושי יו"ט בסי' ב' והאריך בזה בדברים נכונים בשי' הראשונים דגילוי דעת כזה מהני ופלפל בדין דבע"מ שאני כהן אי צריך למשפטי התנאים ומש"כ המקנה בסי' ל"ט דהוי כמפליג בדברים בטעות שא"צ למשפטי התנאים וכיון דאיכא גילוי דעת שאין רצונה בשום אופן להנשא לכהן שאסורה עליו ול"ש לומר שנתכונה להתקדש בכל אופן וגם לא יבואו לידי טעות להקל בסתם אומדנא שאין בה גילוי דעת בכה"ג א"צ גט אפילו מדבריהם לדעת הר"ן בתי' הראשון ואף לתי' השני י"ל דבכה"ג מודה כמש"כ בס' מלבושי יו"ט שם והביא ד' החת"ס אה"ע סי' פ"ב וד' התשב"ץ יעו"ש ואע"פ שכנסה סתם מ"מ ל"ש זה בגרושה לכהן דאין אדם בועל ב"ז כמש"כ ההפלאה בכתובות דק"א דהא ע"י קדושין מיגרע גרע דעובר בלא יקח וכ"כ בשו"ת מהר"י הלוי וע"ע בתשו' הנספחות לדרוש וחידוש [ויש לפרש בזה ביבמות דפ"ט סיפא אמרי קדושי טעות היינו שהטעות הי' שיאמרו שנתגרשה מראשון והטעה לה השני באמרו שאינו כהן וע"כ מקשה רישא נמי דהוי נשואי טעות דבכה"ג ל"ש אין תנאי בנשואין ויתורץ בזה קו' התוס' שם, ובמק"א אמרתי ליישב שי' רש"י שם שפירש ע"מ שאני כהן ונמצא ישראל והקשו בתוס' שם דא"כ מאי מקשה א"ה רישא נמי הא אין תנאי בנשואין דשי' רש"י דבאשה ל"א א"א בועל בעילתו בעילת זנות וכמש"כ המגיה למל"מ פ"י מהל' גרושין ולהכי כיון שהתנאי מצדו ע"מ שאני כהן והטעה את האשה ג"כ בנשואין הוי נשואי טעות], אולם למעשה נאמר וכי מפני שאני מדמין נעשה מעשה להוציא א"א בלא גט כי אין אנו מוצאים גילוי ליסוד הדין בדברי רבותינו הראשונים דבלא הכיר בה או עכ"פ בלא הכירה בו שא"צ גט אלא מדרבנן והר"ן והפוסקים סתמו וגם בגילוי דעת תלוי בשני תירוצים בהר"ן, ועכ"פ צריכה גט מדרבנן והננו מגששים בזה כעור באפילה.

1

אולם לפי הגב"ע בנ"ד שהוזמנו עדי קידושין ובתוכם הי' קרוב פסול לעדות מן התורה דגם אם היו עדים הרבה מ"מ לשי' הרמב"ם ורש"י וסייעתם דבכיון להעיד לחוד בטיל העדות אף שלא בא לב"ד וכ"פ הש"ך בסי' ל"ו ס"ק ח', וכש"כ כשנמצא הפסול בעדים שיחדום לקידושין וכ"כ בתשו' מוהר"י ווייל סי' ז' דכיון שיחדו עדים פסולים כונתם שהם יהיו העדים ולא האחרים, וכ"כ הרדב"ז ח"ב סי' תש"ז ובדברי ריבות סי' רכ"ח ובתשו' לחם רב סי' כ"ו מסיק דהוי ספק קידושין וכ"כ בתשו' שב יעקב חאה"ע סי' כ"א דהוי ספק קידושין ואם כי החת"ס חאה"ע סי' ק' הסכים לד' האבני מלואים דבגיטין וקידושין דצריך עדים לגוף הדבר אז אמרינן דמסתמא כונתו לעדים כשרים הראוים להעיד ולא דמי לד"מ והחת"ס הוסיף בזה דלהכי אע"פ שהזמינו עדי פסול לקידושין מ"מ לאו כל כמיניהו להפסיד הקידושין ובודאי הי' דעת המקדש והמתקדשת שיהיו העדים כשרים יעו"ש, אבל זהו נגד ד' הראשונים ועי' בתשו' הרשב"א סי' אלף קפ"ט דמבואר דאם הזמינום לעדות בטלה כל העדות וגם מקושית התוס' והרא"ש מבואר דלא כהאבני מלואים דגם בגיטין וקידושין יש פסול דקרוב או פסול, וכן מוכח מד' הרמב"ן בב"ב דקי"ג דאם הקרובים כיונו להעיד בטל הקידושין, וכ"כ הנימוק"י והר"ן שם, והריטב"א בקידושין דס"ג ובגיטין די"ח דעתו דבקידושין אף בעדי ראי' לבד בטל העדות וכמש"כ מזה בסי' כ"ה אולם התוס' והרא"ש ושארי ראשונים לא ס"ל כן ואף בעדי קידושין בטל מצד צירוף אלא דהדבר תלוי במחלוקת הראשונים אי מתבטל בעדי ראי' לבד בלא הגדה דלשי' הרמב"ם רש"י והרשב"ם והרמ"ה אם הפסול כיון להעיד אף שלא העיד בב"ד מתבטל ולשי' הריטב"א בעדי קידושין דהוי עדי קיום בודאי מתבטל ולשי' התוס' והרא"ש וסייעתם גם בעדי קידושין לא מתבטל על ידי עדי ראי' ויש סוברים דאפילו לשיטתם כל שהוזמנו להעיד נתבטלו ויש חולקים בזה וגם שי' הרי"ף בתשו' שאם לא הכירו הכשרים בקורבתו או בפסלותו של הפסול לא נתבטל, עכ"פ נראה דהוי ספק קידושין ואף דכנסה אח"כ הא מבואר באה"ע סוס"י ל"א דדוקא היכא דאדם יודע שאין קידושי קטן כלום או בפחות משו"פ נתכוין אחרי כן לשם קידושין אבל במקום דאיכא למיטעי צריך קידושין אחרים והא כתב התוס' בכמה דוכתי ושארי הראשונים דדוקא במקום שאין פלוגתא אמרינן אדם יודע א"כ הכא בביטול הקידושין משום צירוף קרוב או פסול שנחלקו בזה הראשונים בודאי דל"ש לומר אדם יודע ובפרט שלא ידעו כלל שיש בזה דין פסול בעידי קידושין בכה"ג א"כ הוי ספק קידושין מן התורה.

ולמשנ"ת דבחיי"ל שלא הכיר בה בהטעתו נראה שא"צ גט אלא מדרבנן כיון שהי' בזה גילוי דעת שאין רצונה להתקדש לכהן שאסורה לו ורק שהטעה ובגילוי דעת והטעתו א"צ גט אלא מדרבנן וכמש"כ בתשו' מלבושי יו"ט נראה דבכה"ג שיש בזה פסול דקרוב או פסול הוי רק ספק בקידושין דרבנן ואפילו אם נחמיר ונאמר דגם דהטעה את האשה הוי ספק קידושין שמא נתרצית בכל גונא והוי ספק קידושין, מ"מ הרי יש בזה ס"ס בחלות הקידושין ומוקמינן לה בחזקת פנוי' וכיון שהוא מקום עיגון גדול לדעתי יש מקום להתירה באופן שיסכימו לזה שני רבנים מגדולי ההוראה.

ומש"כ מעכ"ת לתמוה בדין כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דפליגי אם יש לה מאתים או מנה וגט צריכה לכו"ע הא האומדנא בודאי שמקפיד ע"ז ויתבטל הקידושין עכ"ד, הנה באמת דעת הב"ש בסי' ס"ח עפי"ד התוס' בכתובות ד"י שא"צ גט ובפשוטו נראה דהוי כשאר מומין דקידשה סתם למאי דקי"ל בסי' ל"ט צריכה גט מספק וכ"כ הגרעק"א בשו"ת הנספחות לס' דרו"ח ובהפלאה כתב משום דכנסה ואין אדם בועל בעילתו ב"ז וע"ז יש להשיב משום דבזה א"א להתברר לו קודם שבעל וכבר האריכו בדבר זה האחרונים ואכ"מ.

סימן כח

מ"ח תר"ס ווילנא. **בענין גט שכ"מ מסוכן. ע"ד** שאלת הרה"ג האבד"ק דלהינוב אודות הגט שסידר לשכ"מ מסוכן ששאלו אותו אם יתן ג"פ לאשתו וענה הן וא"ל עפ"י דברי הרב המסדר לסופר לכתוב גט לאשתו ולעדים לחתום כנהוג, והי' שפוי בדעת עפ"י דין המבואר בשו"ע סי' קכ"א ברמ"א שם ואח"כ נשתתק בעת כתיבה ונתינה וקצת בדיקות והוכחות היו שהי' שפוי בדעת גם בעת שנשתתק וסימני גוסס לא נראו בו ואח"כ על השאלה אם לתת ג"פ לאשתו לא הי' יכול לענות ולא ענה שום דבר לא בדבור ולא ברמיזה מתוך כובד החולי. ולא הי' בידו כח להחזיק הגט וצוה הרב המסדר שיתן הסופר הג"פ לאשתו וסמך א"ע על הא דקיי"ל כר"ש שזורי דמסוכן שאמר כתבו גט לאשתי אע"פ שלא אמר תנו כותבים ונותנים גט לאשתו וכמבואר בשו"ע סי' קמ"א ואחר כן דבר דברים אחדים וידע ממסירת הגט ונתרצה ואחר כמה שעות ממסירת הגט ע"י הסופר שחל"ח ועפ"י כתב פטור שנתן הרב המסדר להאשה ניסת לשוק לאחד פה ואח"כ בה הרב המסדר הלום להודיע תוכן הענין והעיר בחששות א) דאולי דינא דר"ש שזורי רק היכא שהמסוכן מתעורר מעצמו ורצונו שתתגרש ומחמת בהילות לא אמר תנו משא"כ היכא שמשיב על שאלת הרב המסדר ובפרט שמיחד עדים לחתימה י"ל דרק לכתיבה

ולחתימה משוה שליח ולא לנתינה, ב) כיון שנשתתק השכ"מ ולא נבדק בבדיקה כדין יש ספק אם הי' שפוי בדעת בעת כתיבה ונתינה והוא מקום עגון גדול שהיבם הרחיק נדוד ולא נודע מקומו זהו תוכן השאלה.

א

ואבוא על סדר דברי הרב השואל במה שנסתפק מתחילה בדינא דמסוכן אם הוא דוקא במתעורר מעצמו משא"כ היכא שמשיב על שאלה כבר העיר מזה בשו"ת שם ארי' חאה"ע סי' מ"ט ולא העלה דבר ברור והנה הש"א בעצמו כתב דפשטא דמתניתין דר"פ מי שאחזו מי שנשתתק וא"ל נכתוב גט לאשתך כו' הרי אלו יכתבו ויתנו משמע דאף ע"י שאלה כותבים ונותנים וכן מבואר מדברי הפנ"י בפרש"י שם וכ"כ התוס' בדף ע' ד"ה ואמר וכ"כ הלח"מ בפ"ג מה' גרושין אלא שהש"א חוכך בזה לומר דמתניתין לאו דוקא נקט נכתוב גט כו' דגם על הנתינה שאלו אותו אבל מסתימת דברי הפוסקים הרמב"ם והטוש"ע שסתמו הדין כלשון המשנה מבואר דאין חילוק בנשתתק אם ע"י עצמו או משיב על שאלה ואם שאין ראי' מכרעת דאפ"ל ולחלק דדוקא בנשתתק שמשיב על כתיבה דמאי הו"ל למעבד כיון דאשתקיל מילולו וכיון שכונתו לגרשה בודאי על תנו ג"כ כונתו אבל בחולה המדבר י"ל דמדלא סיים למילתיה אין כונתו על נתינה ורק במתעורר מעצמו איכא אומדנא אבל במשיב אין בתשובתו יותר מעין השאלה, ובזה אפ"ל קושי' הלח"מ בפ"ב מה' גרושין על דברי הרמב"ם שפסק בנשתתק והרכין בראשו על כתיבה . דמהני ואלו בכותב בכת"י מצריך לומר תנו דדוקא בהרכנה כיון דא"י לדבר ולגמור הדברים ע"כ מהני הרכנה על כתיבה כמו על נתינה אבל בכותב בכתב ידו כתבו ולא סיים תנו לא מהני דהו"ל לסיים אבל מ"מ אם שאין הכרח לזה מסתימת דברי הפוסקים נראה שאין חילוק גם בשכ"מ המדבר בין אומר מעצמו או משיב.

וקצת יש לה"ר מגיטין דף י"ג דר"ז לא מוקי מתניתין בשכ"מ מדקתני האומר תנו גט זה לאשתו ושכ"מ אע"ג דלא אמר תנו נותנין ואם איתא הול"ל דמתניתין בשכ"מ איירי אלא שהי' בדרך תשובה ומשמע דבכל אנפי בשכ"מ סגי בכתבו גרידא וכה"ג מוכיח הרמב"ן בחדושיו לגיטין דבכל חולה כותבין ונותנים מדלא מוקי למתניתין בשכ"מ שאינו מסוכן יעו"ש, [דאי"ל דכונת הש"ס דהו"ל לאשמעינן בדרך אגב דינא דר"ש שזורי דא"כ גם ראיות הרמב"ן אינו אע"כ דס"ל דהוכחת הש"ס דשכ"מ בכל אנפי סגי בכתבו גרידא] אלא שיותר יש להסתפק בזה בשכ"מ המשיב על שאלת הרב המסדר כפי הנהוג בגיטין שהמגרש בעצמו נותן הגט היכא שמסדרים הגט בפניו ולא העלה השכ"מ בדעתו מתחלה לעשות שליח על הנתינה והדברים שדבר הם דברי הרב המסדר מלה במלה

שלא כיון המסדר ג"כ רק לכתיבה וקסבר לגרש בעצמו א"כ נהי שנתכוין לגרושין אבל הא בדעתו הי' לגרש בעצמו ובפרט כיון דהספק בהאומדנא הוי דברים שבלב בודאי כמש"כ הרא"ש בפ' מי שמת וכמו שביאר הקצוה"ח בסי' ר"נ.

ב

והנה במתניתין בגיטין דף ס"ו הבריא שאמר כתבו גט לאשתי רצה לצחק בה יש לדקדק ולהסתפק בכונת הלשון דרצה לצחק בה אם הכונה דלפי"ז גם כתיבה לא הוי דכיון דכונתו רק דרך שחוק ול"ה כתיבה לשמה דאלו על נתינה כיון שלא מינה אותם לשלוחים נהי דכונתו לגרשה אבל הא לא נעשו שלוחים לגרשה וקסבר לגרש בעצמו או ע"י שלוחים שימנו אח"כ אלא דהפירוש דרצה לצחק בה דגם כתיבה ל"ה או דהפירוש לצחק בה היינו שלא גמר בלבו על נתינת הגט על ידם ורק שיהי' הגט מוכן לפניו אבל לא ליתן על ידם וראיתי בפי' רגמ"ה חולין דף ל"ט וז"ל רצה לצחק בה כלומר ואין כותבין שאינו עושה אלא שחוק עכ"ל מבואר בפירושו דגם כתיבה ל"ה דודאי דינא קאמר ולא עצה טובה שלא יהי' מוקדם דהא ראוי לגרש על ידי שליח להולכה כמבואר באה"ע סי' קכ"ז ס"ה וצ"ל דס"ל לרגמ"ה דכיון שאינו אלא דרך שחוק לא הוי כתיבה עפ"י ציווי הבעל דהא הענין מוכיח שאין כונתו אלא להשטות.

אולם חידוש פירושו הוא נגד כל הפוסקים כמבואר ברמב"ם ובטוש"ע סי' קמ"א סעי' ט"ז דהאומר כתבו גט לאשתי הרי אלו כותבים אלמא דכותבים והוי כתיבה לשמה ולא עוד דאם נימא דגם כתיבה לא הוי א"כ בבריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לגג ונפל כו' דאמרינן הוכיח סופו על תחלתו יקשה דאיך מהני הוכיח סופו על תחלתו דהא מ"מ בשעת כתיבה ל"ה לשמה וכמש"כ התוס' בגיטין דף כ"ד באיזה שארצה אגרש דל"א ברירה דמ"מ בשעת כתיבה ל"ה לשמה ולא נתברר באותה שעה אבל אי נימא דכתיבה מעליתא הוי א"ש אף דהנתינה לאו כלום הי' באותה שעה דהא בריא שאמר כתבו רצה לצחק בה מ"מ הא נתינה לא בעי לשמה וכמבואר בגיטין דף פ"ו נהי דכתיבה לשמה בעי נתינה לשמה לא בעי [והכי קיי"ל דלא כר' ירמי' דהא פסקינן כהך משנה דגיטין וקיי"ל כר"א דעדי מסירה כרתי וע"כ כאביי דאתי' אפילו לר"א דס"ל ע"מ כרתי וכ"כ התה"ד סי' רל"ג עיי"ש] ולר' ירמיה דס"ל אליבא דר"א דבעי מסירה לשמה צ"ל דמתניתין דבריא שעלה לגג ונפל אתי' ג"כ דלא כר"א דהא לר"א לא הוי נתינה לשמה דהא בשעת נתינה לא הי' מועיל כלום דהא בריא שאמר כתבו גט לאשתי רצה לצחק בה, ומאי דלא דייק ר' ירמי' ממשנתינו דאתי דלא כר"א י"ל דממתניתין אין הכרח דאפשר דהא דכותבים ונותנים היינו לאחר שעלה לגג ונפל וכמבואר בתוספתא פ"ד הבריא שאמר כתבו גט

לאשתי ועלה לראש הגג ונפל כותבין ונותנין כ"ז שיש בו נשמה והובא בכ"מ בפ"ב מה' גרושין וכן צ"ל לפי' רבינו גרשום, אבל הרמב"ם שם הי"ג כתב הבריא שאמר כתבו גט לאשתי וכתבו וחתמו ונתנו לה והרג עצמו מיד כו' הר"ז גט כשר מבואר דהכתיבה והנתינה היו מתחלה וכן פירש"י בחולין דף ל"ט ונפל ומת וכבר כתבו ונתנו העדים גט לאשתו ודייקו מלשון ונפל ומת דמשמע מיד וע"כ דהכתיבה והנתינה היו מתחלה א"כ נהי דנתינה לא בעי לשמה כדקיי"ל אבל הא כתיבה בעי לשמה והא נכתב לצחוק בעלמא וע"כ דכתיבה מעליותא הוי גם בבריא ואפ"ל דבהוכיח סופו על תחלתו כיון דהבעל יודע שכונתו לגרשה חשוב לשמה ואע"פ שהשליח אינו יודע באותו שעה וחושב שכונת המגרש לצחוק מ"מ הוי לשמה כיון דנכתב בציווי הבעל (ועי' בטור סי' ק"מ ובב"ח שם ובשו"ת ברית אברהם סי' קי"ז דהיכא דהשליח לא ידע הוי כיאוש שלא מדעת יעו"ש] וכ"ז היכא דהוכיח סופו על תחלתו אבל אם באמת לא נתכוין ליתן הגט מיד בשעת כתיבה ואח"כ נמלך לגרשה לא הוי כתיבה, וראיתי בס' תפארת יעקב חי' גיטין שחידש דבריא שאמר כתבו שלא מתוך קטטה אינו ראוי אותו גט לגרש וגם כתיבה לא הוי אולם זהו נגד ד' הראשונים והפוסקים שסתמו בזה ואולי גם כונת רגמ"ה שאין כותבים היינו על מנת ליתן שאין זה אלא מעשה שחוק אבל מ"מ כתיבה מיהו הוי והפירוש רצה לצחק בה הוא רק שלא גמר בלבו על נתינה.

אלא דלפי"ז תמוה למ"ל למשנתינו לטעם דרצה לצחק בה תיפוק לי' כיון שלא עשאו שליח על נתינה ומהכ"ת יהי' ביד השליח לגרש כיון שלא נעשה שליח לכך ומצאתי שכבר הרגיש בזה הגאון רע"א בתוספותיו למשניות באות ע"א יעו"ש בדברי הרב המעתיק דאפשר דמי שאמר כתבו גומר בלבו שיתנו הגט רק לפי שרצה לצחק בה להכי אומרים שצריך שליח על הנתינה יעו"ש, ויותר נראה לבאר הא דאיצטריך לטעם דרצה לצחק בה על הנתינה עפ"י המבואר בגיטין דף פ"א דאיכא דקרי לנתינה כתיבה וע"כ לולא הטעם דרצה לצחק בה הו"א דנתינה בכלל כתיבה ועכ"פ מדי ספק לא יצא וכדקאמר שם תצא וצריכה בדיקה ולהכי קאמר דרצה לצחק בה דאלו הי' מתכוין לנתינה גמורה הי' מפרש תנו וכיון שאינו מפרש מסתמא לא גמר בלבו שיתנו הגט, ולפי"ז י"ל בהא דר"ש שזורי דמסוכן שאמר כתבו גט לאשתי הרי אלו כותבים ונותנים היינו לפי שנתינה בכלל כתיבה והרי מינה שליח על נתינה באמירת כתבו ורק בבריא אומרים שכיון לצחק בה אבל בשכ"מ שאין אדם משטה בשעת מיתה וכמש"כ הר"ן בגיטין ורש"י כתובות נ"ה ממילא אומרים שנתינה בכלל כתיבה.

ג

ויש לעשות סמוכין לזה מדהגמ' ב"ב דף קמ"ו מאן תנא דאזיל בתר אומדנא רב ששת אמר ר"ש שזורי היא ור"נ מ"ט לא מוקים לה כר"ש שזורי שאני התם דאמר כתבו י"ל דבזה פליגי רב ששת ס"ל דר"ש שזורי במסוכן משום אומדנא דמוכח קא אתי עלה דכונתו לגרש ורק מתוך שהוא בהול לא הי' יכול לגמור ולומר תנו אבל אין נתינה בכלל כתיבה ורק מצד אומדנא קא אתי ומוכיח שפיר דר"ש שזורי ס"ל דאזיל בתר אומדנא אבל ר"נ ס"ל דנתינה בכלל כתיבה ורק בבריא לא מהני מצד שרצה לשחק בה וכיון שלא פירש לאמר תנו להכי לא מכוין על נתינה אבל בשכ"מ שאינו משטה בשעת מיתה הרי אמירת כתבו גרידא סגי על נתינה ואין ראי' מזה דאזיל בתר אומדנא, וכן יש לפרש בזה דברי הגמ' חולין דף ל"ט שאני התם דהא אמר כתבו דהא לכאורה על נתינה אין שום הוכחה כלל דע"ז אמרינן שרצה לצחק בה וא"כ הא אנו צריכים לדון מכח הוכיח סופו על תחלתו ולמש"כ א"ש דהא מתחלה אמר כתבו ותנו קאמר אלא דבבריא אמרינן מדלא סיים ומפרש תנו בבירור רצה לצחק בה וע"כ הוכיח סופו על תחלתו אין כאן כלל אלא דסופו הוי בירור על תחלתו דאח"כ נתברר דתנו קאמר ולדינא דקיי"ל כמתניתין דבריא שאמר כתבו ועלה לגג ונפל דהר"ז גט אע"ג דהוכיח סופו על תחלתו א"א ספיקא דדינא וע"כ משום דאמר כתבו ונתינה בכלל כתיבה.

ובזה י"ל דברי הרמב"ם בפי"ז מה' איסו"ב שהשמיט החילוק שאמרו בגיטין ד' פ"א אי קרי לנתינה כתיבה וסתם הדין דבכל גווני תצא וכבר תמה ע"ז הר"ן ויעוי' בב"י סי' ו' ובהגהות מהרלב"ח וט"ז אה"ע שם ולפמש"כ י"ל דהלכה כר"נ בב"ב דקמ"ו והטעם משום דנתינה בכלל כתיבה וע"כ הכריע דבין שיצא קול שנתנו הגט ובין שיצא הקול שכתבו הרי נתינה בכלל כתיבה ותצא, וכ"נ לפרש בזה שי' הרמב"ם בפ"ב מה' גרושין עפ"י גירסא שלנו דספק אם הרוח הפילו ואם מעצמו נפל הר"ז גט כ"ז שלא נודע שהרוח הפילו דכיון דנתינה בכלל כתיבה ורק בבריא אנו אומרים שכיון לצחק ולא גמר בלבו לגרשה ולהכי כ"ז דליכא אומדנא ודאית שכיון לצחוק אין לבטל מעשה הגרושין כיון שאמר כתבו ובהאיבעי דירושלמי י"ל כמש"כ הנוב"י קמא אה"ע סי' נ"ד יעו"ש], ולפי"ז י"ל ג"כ בניד"ד במשיב על שאלת השואל דכיון דנתינה בכלל כתיבה ומסתמא כתבו הרי עשה שליח על נתינה ורק בבריא אומרים שכיון לצחק אבל בשכ"מ שאינו משטה בשעת מיתה וכיון לגרושין לגרשה מיד אין נפ"מ בין אומר מעצמו או משיב כיון דלא מכח אומדנא גרידא קא אתינן עלה אלא שהרי עשה שליח על הנתינה באמירת כתבו מאחר שלא כיון לצחק.

ד

אולם אם כי יש פנים לפרש כן דהא דאמר שאני התם דהא אמר כתבו משום דנתינה בכלל כתיבה אבל מפירושם של הראשונים אינו מבואר כן יעוין בפי' רשב"ם ב"ב קמ"ו וברש"י חולין דף ל"ט אלא משום דבאמירת כתבו איכא גילוי דעת דע"מ ליתן את הגט קאמר ולא משום דנתינה בכלל כתיבה וגם יש לחלק בלשון דאיכא דקרי לנתינה כתיבה פלוני כתב הגט היינו דנתן הגט דאל"כ למאי נפ"מ אי כתב הגט או לא וע"כ בלשון בנ"א שאומרים פלוני כתב הגט לאשתו היינו שגירש את אשתו אבל לכתחלה שאמר כתבו את הגט דצריך מינוי וציווי לכתיבת הגט מהכ"ת שנאמר דכונתו בזה לנתינת הגט, אולם גם לפי פירושם דכתבו גילוי דעת הוא ע"מ ליתן יש לצדד דעכ"פ עדיפא משארי אומדנות וכמו דמחלק בב"ב שם שא"ה דאמר כתבו ואין ראי' מזה על אומדנא גרידא והבאור לפי"ז דשאני גילוי דעת וכמש"כ התוס' בקדושין ובכמה דוכתי וה"נ במה שאמר כתבו הרי גלה דעתו על הנתינה שרוצה שיתנו הגט ורק לפי שהוא בהול לא אסיק למילתי' וגם בבריא הוי גלוי דעת על נתינה אלא דמדלא גמר לדבורו ולא אמר תנו הוי הוכחה שכיון לצחק וכן בחולין דף ל"ט דמחלק שאני התם דהא אמר כתבו ואע"פ דלא הוכיח סופו על תחלתו מ"מ כיון שאמר כתבו הוי קצת הוכחה כמו שפירש"י וע"כ מטעם דהוי גלוי דעת על הנתינה דאל"כ מאי מועיל מה שאמר כתבו על הנתינה אלא משום דכתבו ע"מ ליתן קאמר ורק שלא גמר לומר תנו א"כ הוי הוכחה שכיון לצחק וע"כ אמרינן שהוכיח סופו על תחלתו שלא כיון לצחוק, ואף שהש"ס בכתובות דף נ"ה קאמר דשמעינן לר"נ דאזיל בתר אומדנא דאמר הלכה כר"ש שזורי מבואר דטעמא דר"ש שזורי משום אומדנא גרידא [ומצאתי בפנ"י שתמה בזה וההפלאה כתב בזה דבר מחודד דבמזכה במקום יבום אפשר דכתבו לא ע"מ ליתן קאמר רק דלהכי אמר כתבו משום עדים בחתומיו זכין לה ודבריו תמוהים דהא בעדיו בחז"ל בעינן שיהי' מטי לידה ואיזה תועלת יהי' כתיבת הגט וחתימת העדים דגם על היבם לא תהי' נאסרת ודברי ההפלאה נפלאו ממני] צ"ל דהש"ס דכתובות קאי לרב ששת דס"ל להוכיח מר"ש שזורי על אומדנא גרידא בב"ב שם וע"כ דס"ל דאין בכתבו גלוי דעת על נתינה [או דס"ל שאין לחלק בין גלוי דעת ואומדנא גרידא דסוף סוף ע"י גלוי דעת גרידא לא הי' מועיל במקום דליכא אומדנא] אבל לפי מאי דקיי"ל כר"נ וכדמוכח מחולין דף ל"ט וכדקיי"ל להלכה דבריא שאמר כתבו גט לאשתי ונפל מן הגג דהוי גט בודאי אע"ג דהוכיח סופו על תחלתו א"א ספיקא דדינא משום דשאני התם דאמר כתבו כדמסיק הש"ס וע"כ כר"נ דכתבו הוי גלוי דעת על נתינה ולפ"ז גם בשכ"מ שאמר כתבו כיון שאינו מכוין לצחק בכל אופן בין

במתעורר מעצמו או משיב הרי עכ"פ גלה דעתו שיתנו הם ועשאם שלוחים ע"ז מה"ט אתי שפיר ג"כ שי' הרמב"ם דכ"ז שלא נודע שהרוח הפילו הוי גט דכיון שאמר כתבו הוי גלוי דעת על הנתינה וכ"ז שאין הוכחה ברורה שכונתו לצחק סגי גילוי דעת דכתבו והוי גט.

ונפ"מ בין אם נאמר דמטעם אומדנא גרידא במסוכן ובין גלוי דעת בכתבו על נתינה בבריא שנשתתק ואמר כתבו דלרב ששת דס"ל דמטעם אומדנא קא אתי עלה ולפ"ז בבריא הא ליכא אומדנא כלל ומהכ"ת יעשו שלוחים לגרשה אבל לר"נ דס"ל דבכתבו איכא גילוי דעת על נתינה ורק בבריא אנו אומרים שכיון לצחק משום דלא גמר ולא פירש בבירור ולא סיים תנו א"כ בנשתתק דאישתקיל מילולי' ולא יכול לגמור ולומר תני ושוב הדר דינא דכתבו סגי דהא גלי דעתו שיתנו את הגט וזה נראה שי' הרמב"ם בפ"ב מה' גרושין שפסק בנשתתק והרכין בראשו על כתיבה דמהני דאפילו אם נשתתק דין בריא לו מ"מ בהרכנה על כתיבה איכא גלוי על נתינה אבל בכותב בכתב ידו מצריך למימר תנו משום דהו"ל לסיים וכמש"כ באות א' משום דהרמב"ם פסק כר"נ וכמשנ"ת, ובזה י"ל ג"כ משה"ק בשו"ת שם ארי' והוכיח דמתניתין דמי שנשתתק וא"ל נכתוב גט לאשתך הרי אלו יכתבו ויתנו דלאו דוקא נכתוב שאלו אותו אלא גם על הנתינה שאלו אותו מדף י"ג ע"ב מתקיף לה ר"א מאן לימא לן דמתני' כר"ש שזורי היא דילמא רבנן היא והא קשי' סתמא אסתמא דמתניתין דמי שנשתתק ע"כ סתמא כר"ש שזורי אתיא ולפמש"כ י"ל דרב אשי ס"ל כר"נ דכתבו איכא גילוי דעת על נתינה ובבריא דלא סיים למילתי' אומרים שכיון לצחק אבל בנשתתק הגלוי דעת במקומו עומד ולפי"ז גם רבנן מודים בזה דרק במסוכן פליגי משום דלא ס"ל סברת ר"ש שזורי דמתוך שהוא בהול לא אסיק למילתי' ואם רצונו שיגרשו הם הו"ל לסיים שיתנו הגט וע"כ דאין רצונו לגרשה גם במסוכן אבל בעיקר הדבר דבכתבו איכא גלוי דעת על נתינה לא פליגי וע"כ בבריא שנשתתק מודים דסגי בהרכנה על כתיבה כאמור.

ה

הרי נתבאר דבכתבו הוי גלוי דעת על נתינה כ"ז שלא כיון לצחק ובודאי צ"ל דהגלוי דעת על הנתינה הוא ע"י השלוחים דאל"כ הדרא קושי' למ"ל למשנתינו לטעם דרצה לצחק בה תיפ"ל שרצונו בעצמו לתת הגט וע"כ צ"ל דכל שכונתו לגרשה אין קפידא בדבר ורצונו שיגרשו הם ומצאתי בתשו' פנ"י לבעל המג"ש ז"ל ולפי שאינו מצוי כ"כ הנני להעתיק את הדברים וז"ל בסי' פ"ב בחאה"ע ודברינו אלו מסלקים החששא הראשונה מה שחששנו שמא לא כיון אלא שיתן בעצמו דוקא כיון דל"א תנו כונתו, שיתנו לידו

ולא ליתנו לה וכדתנן בהדיא הבריא שאמר כתבו רצה לצחק בה אלא אי חזינן בדעתו דגמר בלבו לגרשה לא בעינן תנו וה"ט דקולר ומסוכן דלא בעינן תנו שהדבר ידוע שלא נתכוין זה אלא לכתוב וליתן לה וכמש"כ הרמב"ם בפ"ב בהדיא וכן אם הוכיח סופו על תחלתו אפילו בבריא לא בעינן תנו שהרי אנו רואים שרוצה לכתוב גט כו' ואע"ג דרש"י נשמר מקושי' זו שכתב בגיטין ובחולין דמפני שהי' בהול לא הספיק לגמור את דבריו וא"כ י"ל דשאני התם כיון שהי' בהול ודאי אין כונתו כ"א ליתנו לה דהא אין פנאי לדבר שיתן לה היא דהא יוצא בקולר וכן אינך אפשר שתטרוף השעה מיד משא"כ הכא דיש פנאי לדבר אדרבא מוכח הוא ליתן לידו מדלא אמר תנו לה מ"מ בבריא שכ' הרמב"ם שהפיל א"ע אחר שכתבו ונתנו לה א"כ הי' פנאי שיכול ליתן לה שמא כונתו הי' שיתנו לו והוא יתן לה ונהי דכונתו ודאי הי' לו לכתוב לשם גרושין לגרשה דהוכיח סופו על תחלתו מ"מ ע"ז לא הוכיח סופו דשמא כונתו הי' שתתגרש על ידו דוקא ולמה תלינן לקולא דהשמיט מחמת בהלה כיון ששהה זמן כתיבה ונתינה אלא ש"מ שאין קפידא בדבר עכ"ל וכן כפל הדברים ביתר ביאור ובשנוי קצת בסי' צ"ג א"כ ודאי מה שאמר שמקבל ק"ס על הגט רצ"ל שיכתבו ויתנו הם יותר מכתבו דמסוכן דאיכא לפרש שאמר כתבו ותנו לידי דאע"ג דודאי אומדנא דמוכח הוא שלא אמר כתבו לצחק כ"א לגרש מ"מ שמא הי' מצפה שיחי' עד שיכתבוהו ויתנו לידו ולא עשאן שליח ליתן דהא ע"כ הי' מצפה שיחי' עד שיכתבוהו ויתנו שאם ימות מקודם אין גט לאחר מיתה אלא ע"כ הי' מצפה א"כ מה לי שיתנו הם או שיתן הוא וכי יש שהות יותר בנתינתו מנתינתן ואפילו אם נתרץ בדוחק מ"מ הא דאמרינן התם בבריא שאמר כתבו ואח"כ עלה כו' ופירש"י שכתבו ונתנו קודם הנפילה וכ"כ הרמב"ם בפ"ב מה' גרושין א"כ נהי דהוכיח סופו על תחלתו שכונתו לגרשה מ"מ מאן לימא לן שעשאן שלוחין דילמא ליתנו לידו דאין לדחות כיון שידע שכתבו ונתנו והי' יכול למחות שהרי אח"כ נפל ולא מיחה א"כ הוכיח סופו עליו שהם יתנו חדא דמאן לימא לן שידע שהרי הרמב"ם ורש"י לא הזכירו דמיירי שידע אי לא ידע כו' והכלל הוא דמסתמא כיון שהוא בסכנה וחפץ לגרש את אשתו לא איכפת לי' שתתגרש באיזה אופן שיהי' עכ"ל.

והנה רב גדול אחד העירני מדברי הבה"ג שכ' בה' גיטין גברא דאמר לבי דינא כתבו גט לאשתי וחד מן הנך סהדי סופר הוא כותבים ונותנים ואע"ג דלא אמר להם תנו אבל חוץ לב"ד כו' ודבר גדול חידש הבה"ג דבב"ד אף בבריא בכתבו לחוד כותבים ונותנים ונראה דטעמו משום דאין אדם משטה בב"ד ולא כיון לצחוק ולהשטאה מבואר בדבריו דאף דליכא אומדנא מ"מ כיון שלא נתכוין לצחוק כותבים ונותנים ויפה העיר, ואם שבגוף

חידוש הבה"ג לחלק בין ב"ד בין חוץ לב"ד לא אישתמיט חד מן הפוסקים להביא דעתו אבל עכ"פ מדבריו יש להוכיח ולהביא ראי' לדברי תשו' פנ"י הו"ל דנהי דס"ל להבה"ג דבב"ד לא נתכון לצחוק דאין אדם משטה בב"ד מ"מ נהי דנתכוין לגרשה שמא כיון שיתנו הגט לידו דהא בריא אינו בהול ויש לו פנאי לגרש בעצמו ומנ"ל שעשה שליח להסופר אע"כ דסברתו דדוקא היכא דשייך טעם דרצה לצחק בה חיישינן שכונתו שיתנו לידו אבל היכא דנתכוין לגרשה אין שום קפידא בדבר ובודאי כתבו ותנו קאמר דבכתבו איכא גלוי דעת שיתנו להם כמשנ"ת.

1

וראיתי ברש"י חולין דף ל"ט שפירש הבריא שאמר כתבו גט לאשתי ולא אמר כתבו ותנו והלך לו רצה לשחק בה שלא תפציר בו לתת גט לפוטרה מיבם אם ימות והפליגה בדברים ואין אלו נעשים שלוחים לגרש דהא לא אמר תנו כו' עכ"ל נראה בכונתו שהרגיש בזה דלמאי איצטריך לטעם דרצה לצחק בה תיפ"ל דכיון שלא עשאם שלוחים לגרשה א"כ מהכ"ת יגרשוה ומאי דקאמר כתבו היינו כתבו ותנו לידי וע"כ פירש"י שאמר כתבו והלך לו ופירוש משנתינו לפי"ז כלפי מה ששנה מתחלה היוצא בקולר והמפרש לים והיוצא בשיירא במקום סכנה דכותבים ונותנים אשמעינן מתניתין דהבריא שהלך למקום אחר בלי סכנה ואמר כתבו דבזה אאפ"ל כתבו ותנו לידי דהא הלך מיד ואיננו עוד ובזה הו"א דלמאי אמר כתבו אם לא ע"מ שיתנו הגט לידה קמ"ל משנתינו דרצה לצחק בה ופירש"י דכונתו לצחק היינו שהפליגה בדברים שלא תפציר בו לתת גט לפוטרה מיבם אמר כתבו אבל באמת אין כונתו שיתנו הם וא"ש מאי דדייק משנתינו רצה לצחק בה היינו אף באופן שאאל"פ בכונתו שיתנו לידו מ"מ אין נותנין, ולפי"ז לכאורה נסתר היסוד שכ' לדייק ממשנתינו דדוקא משום דרצה לצחק בה אבל בשכ"מ שאינו משטה ע"כ גם בכתיבה איכא גלוי דעת על נתינה דרק היכא שאין לנו לחוש שמא כיון שיתנו לידו ובזה איכא גלוי דעת שיתנו הם אבל היכא שיש לנו להסתפק שמא כיון שיתנו לידו א"כ נהי דכונתו לגרשה אבל שיתנו לידו קאמר ולא שיגרשו הם ובזה יש מקום לומר שגם חידוש דין דבה"ג בבריא בב"ד היינו באופן שהלך לו כמו שפירש"י וע"כ שלא כיון שיתנו לידו וכיון דבב"ד אינו משטה בודאי כיון שיגרשנה ונפ"מ לפ"ז גם במסוכן לר"ש שזורי היכא שיש מקום להסתפק שכיון שיתנו לידו דנהי דאיכא אומדנא שכונתו לגרשה אבל שמא באופן שיתנו לידו קאמר.

מ"מ י"ל דאין סתירה מדברי רש"י דרש"י פי' כן רק לפי ההו"א בחולין שם דלא מחלק משום דאמר כתבו וס"ל דמדין הוכיח סופו על תחלתו קא אתי עלה וע"כ משום אומדנא

גרידא קא אתי עלה ואין באמירת כתבו שום הוכחה וגלוי דעת על נתינה ע"י שלוחים ולפ"ז קשה למ"ל למשנתינו לטעם דרצה לצחק בה הא בלא"ה לא הוי גט שלא עשאו שליח על הנתינה וע"כ פירש"י שהלך לו ואאל"פ שכיון שיתנו לידו אבל לפי המסקנא דשאני התם דאמר כתבו לאו משום אומדנא גרידא ורק שיש בלשון הזה גלוי דעת על נתינה ורק בבריא שלא אסיק למילתי' אומרים שכיון לצחק אבל בשכ"מ המכוין לגרש הרי גלי דעתי' שיגרשו הם וע"כ לא פירש"י בשאר דוכתי רק בחולין שם לפי ההו"א, אבל לפי המסקנא הא סתמא תני המסוכן ומשמע בכל אופן אף שיש בידו לגרש בעצמו וכן בבריא שעלה לגג וכמש"כ בתשו' פני יהושע דכל שכונתו לגרשה אין שום קפידא בדבר ובודאי בכתבו גלי דעתו שיתנו הם ורק בבריא לפי שרצה לצחק ולא גמר בלבו לגרשה ולאו דוקא משום דרצה להפליגה בדברים שהפצירה בו לתת גט לפוטרה מיבם דהא בבריא שיש לו בנים ג"כ דינא הכי דהיכא שאמר כתבו והלך ואיננו דאין נותנים גט לאשתו אלא דבבריא שלא סיים ואמר תנו וע"כ לא גמר בלבו שיגרשו הם].

וכן נראה להוכיח מגוף הדין דמסוכן דיש בכלל כתבו גילוי דעת על נתינה ולא מצד אומדנא גרידא דהא מבואר בגיטין דף ע"ב אר"ה גיטו כמתנתו דאם עמד חוזר ורבה ורבא אומרים דאם עמד אינו חוזר משום דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה אבל בעצם הסברא מודים דדעת השכ"מ לגרש רק באופן שאם יעמוד מחליו יתבטל הגט ולפי"ז קשה במסוכן נהי דאיכא אומדנא שרוצה לגרשה כדי שלא תפול ליבם אבל הא בודאי כונתו לגרשה רק בתנאי אם ימות וא"כ איך כותבים ונותנים בלי שום תנאי והו"ל ליתן הגט בתנאי שאם ימות כיון דקיי"ל דבלא תנאי אם עמד אינו חוזר והא אין כאן אומדנא רק בגט על תנאי ובשו"ת שם ארי' הרגיש מזה ואף די"ל דבכה"ג אם נותן השליח בלי תנאי ג"כ לכו"ע אם עמד חוזר כיון דעיקר הוא משום אומדנא אע"פ דלא אמר תנו והא דעת השכ"מ הי' לפוטרה מיבם לגרשה על תנאי מ"מ מסתימת הפוסקים נראה דאין חילוק בזה, אבל למשנ"ת דיש בכלל כתבו גילוי דעת על נתינה וכמו שהי' מפרש כתבו ותנו ומדלא התנה שיתנו על תנאי מסתמא רצונו שיתנו בלא תנאי וע"כ כותבים ונותנים גט לאשתו בלי שום תנאי משא"כ אם נימא דאין בכתבו שום גלוי דעת על נתינה ורק מצד אומדנא גרידא מהכ"ת יתנו בלי תנאי ורב ששת בב"ב דף קמ"ו דאמר מאן תנא דאזיל בתר אומדנא ר"ש שזורי וכן הש"ס דכתובות דף נ"ה ולא משום כתבו צ"ל דס"ל כרב הונא דגיטו כמתנתו דאם עמד חוזר וא"כ אף אי כותבים ונותנים גט לאשתו בלי שום תנאי אם עמד חוזר או דצ"ל דבאמת במסוכן כותבים ונותנים גט על תנאי דוקא, אבל למאי דקיי"ל להלכה באה"ע סי' קמ"ה ס"ד

דאם עמד אינו חוזר כרבה ורבא ובסי' קמ"א סט"ז במסוכן סתמו הדין דיכתבו ויתנו לה ונראה בלי שום תנאי ובע"כ צ"ל משום דיש דכתבו גלוי דעת על נתינה וכיון שלא פירש בתנאי להכי כותבים ונותנים גט לאשתו.

וע"כ נראה לענין הלכה בנד"ד דאין אנו חוששין, שמא כיון המסוכן שיתנו לידו כיון דמשנתינו סתמא קתני המסוכן שאמר כתבו גט לאשתי כותבים ונותנים ומשמע דבכל אנפי אייריו וע"כ משום דכיון דכונתו לגרשה כונתו שיעשו כל טצדקי לפוטרה בגט מתוך שהוא בהול ואם יהי' שהות ובכחו לגרשה בנתינה בידו יגרשה אבל שמא לא יהי' שהות בידו ויחלש שלא יהי' בכחו גם להחזיק הגט בידו כונתו שיגרשו הם ואף דעל כרחך גם על ידם צריך שיהי' שפוי בדעת בעת הנתינה אף לדברי הרמב"ם מדרבנן אבל שמא לא יהי' בכוחו להחזיק ולתת הגט בידה כונתו שיתנו הם ובכל טצדקי שיוכלו לגרש את אשתו יגרשוה ובפרט היכא שאמר מתחלה "גט אפ מיין ווייב" די"ל דכונתו שיגרשוה ורצונו שיגרשוה בשליחותו ואף דקסבר הי' לגרשה בעצמו מ"מ י"ל דבמסוכן כונתו שיהי' כפי היכולת ואם לא יספיק לגרשה יגרשוה בשליחותו, ואין אנו מחדשים בזה סברות חדשות אלא להסביר הדין הסתום דמשנתינו שסתמוהו גם הפוסקים הרמב"ם הטור והשו"ע ולא חלקו בדבר בין שהמגורשת בפני המסוכן שי"ל דכונתו לגרש בעצמו או שאין המגרשת בפנינו וע"כ דאין חילוק ואין קפידא בדבר וכן הסכים לזה בעל המחבר ס' חסד לאברהם כמבואר בס' שם ארי' בסוסי' מ"ט והשם ארי' דספוקי מספקא לי' שם פשיטא לו במקום אחר עיין בסי' ע"ד יעו"ש.

ז

וכבוד ידידי הרב הגאון מוהר"ר שלמה הכהן נ"י מו"צ דפ"ק רצה לדון בזה עפמש"כ הרא"ש מובא באה"ע סי' ל"ה דגלה דעתו לפני השדכן דרצונו באשה פלונית דיכול לקדשה מטעם זכי' דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו ומקור הדברים מקדושין דמ"ה ודילמא ארצוי ארצי קמי' וה"נ כיון דגלי דעתי' שרצונו לגרשה ולפוטרה מיבם חשוב זכות שיש מצוה בדבר להתירה מכבלי העגון ובפרט היכא שהיבם במדה"י ומצד זכות כותבים ונותנים גט לאשתו עכ"ד וכבר קדמוהו בתשו' שם ארי' שם ודחה יעו"ש. אולם מגיטין ס"ג ע"ב בהנהו סהדי דכתבו תפאתה דלחד מ"ד עשו עדים שליחותם ולא מצו לכתוב גט אחר וכן בדף ס"ו בפלוגתא אי משוי אינש שליח ברא במקום אבא דאין הכונה דהוי כאומר בפירוש שהבן לא יהי' שליח אלא דמסתמא המינוי לא הי' על הבן וקשה דהא עכ"פ גלי דעתו שרצונו לגרשה א"כ יכתבו גט אחר או יעשה שליח מעצמו מתורת זכי' וראיתי בברית אברהם סי' צ"ו וסי' ק"א שהאריך בזה יעו"ש.

ולכאורה י"ל דאין הכרח מזה דדוקא על כתיבה דבעי שמיעת קול מהבעל דאל"כ ל"ה לשמה ולא מהני גילוי דעת גרידא ועד"ז כתב הרמב"ן בחי' לגיטין גבי כל השומע קולי ולהכי גבי תפאתה בדף ס"ג ובדס"ו אי משוי שליח ברא במקום אבא הוא על כתיבה אבל היכא שנכתב הגט עפ"י צוויו לשמה על נתינה דלא בעי לשמה מהני גילוי דעת מצד זכות, ובזה י"ל ג"כ מה שדקדק בשו"ת ברית אברהם סי' צ"ו סק"ג ע"ד הר"ן והרשב"א שדייקו בהני סהדי דכתבו תפאתה דלחד מ"ד עשו עדים שליחותם ולא מצו לכתוב גט אחר ומוכח דבעינן שליחות ותירצו דהוא ג"כ מה"ט כיון דעשו שליחותם ל"ה לשמה וע"ז תמה הברית אברהם דמעובדא הראשונה דתפאתה אין ראי' די"ל שכבר נתנו לה הגט פסול וכמו שכ' הרמב"ם בפ"ב מה' גרושין ה"ח וכתבו וחתמו ונתנו לה וא"כ אין ראי' מזה דאף דלא בעינן שליחות בכתיבה מ"מ על הנתינה בעינן וכיון דעשו שליחותם על הנתינה לא מצו ליתן גט אחר דעל השני לא נעשו שלוחים בנתינה יעו"ש, ולפמש"כ אתי שפיר דאאפ"ל דעשו שליחותם מצד הנתינה דהא ע"ז מהני גלוי דעת גרידא וכיון דגלי דעתו ונעשה שליח על הנתינה גם שעשו שליחותן מצי למכתב גט אחר וליתן מצד זכי' כיון דרצונו לגרשה ועיקר הראי' מכתיבה דבזה לא מהני גילוי דעת ואלימא כתיבה מנתינה בזה [אלא שיש לדייק לפי ההו"א שהוכיחו מזה דבעי שליחות א"כ בדין שתהי' כתיבה כנתינה].

ומ"מ הדין דין אמת דלא מהני גלוי דעת על נתינה וכמש"כ הברי"א בסי' ק"א אות י"ז ויעוין בנודע בשערים קמא סי' י"א ולא מיבעי לשיטת הקצוה"ח והמרכה"מ דזכין מאדם לא אמרינן היכא שאינו מזכה לו חפץ אלא אף א"נ דאמרינן זכין מאדם וכמו שכתבו האחרונים ובס' באר יצחק בסי' א' האריך בזה מ"מ לא מהני גילוי דעת דאין זה זכות ברור וכמו שמבואר בירושלמי בפ' התקבל הגע בעצמך שצווחת להתגרש שמא חזרה בו דבגילוי דעת גם חזרה בלב סגי ולא בשליחות שאינו מתבטלת עד שיבטל בפיו משא"כ בגילוי דעת סגי חזרה בלב וחיישינן שמא חזרה וכמש"כ הנמוקי ביבמות ס"פ האשה שלום דלא מהני שאלת פיה דאין מזכין אותה למפרע ודוקא בזכות ברור אמרינן זכין לאדם שלא בפניו דאנן סהדי באותה שעה דרצון המשלח לזה ודמי כמו שעשה שליח בפירוש לכל מי שיעשה לזכותו או לטובתו אבל זכות שאינו ברור מצריכים אנו לדון על רצונו שלאח"כ ולא מהני משום דאין מזכין למפרע ודמי ליאוש שלא מדעת.

ובנ"ד שהשכ"מ נתרצה אח"כ על הגט שניתן ע"י הסופר שאח"כ החל לדבר ודבר מעסקי הגט ונתרצה בזה יש לצרף שי' הרמב"ם דס"ל דמהני ניחותא דמצוה על למפרע כמש"פ כן בתרומה וכמבואר בשו"ע יו"ד סי' של"א וכמו שהאריך בזה בשו"ת ברית אברהם

ובפרט לשי' בעל העיטור באה"ע סי' ק"מ דאם אמר הבעל לאחד זכי בגט זה והיא רוצית להתגרש מהני הזכי' דתתגרש משעה שבא הגט ליד השליח ויעוין בברית אברהם שם בשי' בעהע"ט דמהני בריצוי של אח"כ, ומ"מ עדיין אנו באים במבוכה כיון דספק אם הי' שפוי בדעת בשעת נתינת השליח לאשה ורק לשי' הרמב"ם דס"ל דכיון דבעת המינוי הי' שפוי מן התורה הגט כשר לדידי' בספק יש להקל אבל אם אנו באים לדון בתורת זכי' א"כ הוי ספק תורה אם הי' ראוי לחול הגט באותה שעה דאם לא הי' שפוי באותה שעה הגט בטל מה"ת כיון דאינו ראוי המשלח לגרושין באותה שעה זכי' מטעם שליחות הוא ואיך ראוי להמנות לשליח כיון שאין המשלח שפוי.

ח

עתה ראוי לברר בדבר הספק הב' שנשתתק ולא נבדק בבדיקה כדין וספק אם הי' שפוי בדעת בעת כתיבה ונתינה והנה נודע מחלוקת הפוסקים הטור והרמב"ם דדעת הטור דבטל מה"ת ודעת הרמב"ם דכל שהי' שפוי בדעת בעת מינוי השליחות ואח"כ נשתטה בעת כתיבה ונתינה לא נתבטל השליחות ומה"ת הגט כשר ורק מדרבנן פסול שלא יאמרו שוטה מגרש ודעת הב"י דהיכא דסמי' בידי' ס"ל דל"ה רק פסול מדרבנן שלא יהי' פלוגתא רחוקה בין ר' יוחנן ור"ל והאחרונים חולקים ע"ז ודחו שי' הב"י מהלכה לפי דמסתימת דברי הרמב"ם נראה שאין חילוק בין סמי' בידו או לא אלא דכל שהי' שפוי בדעת בעת מינוי השליחות לא נתבטלה השליחות מה"ת ודעת הטור לפי הבנת המפרשים הוא דכיון שנשתטה המשלח ולא מצי למיעבד בעת עשיית המעשה נתבטל השליחות, אלא דאם נימא כן צ"ע לדברי הטור מ"ט כשנשתפה המשלח ל"צ השליח לאימלוכי בהמשלח והא כיון שנתבטל השליחות בדין שיצטרך מינוי חדש על השליחות ועוד דבשליח שנשתטה תנינן בפ' כל הגט זה הכלל כל שתחלתו וסופו לדעת כשר ואם איתא כיון שנשתטה השליח ואינו ראוי להשליחות בדין שתתבטל המינוי ויעוי' בהגהות מל"מ בפ"ב מהל' גירושין וגם צ"ע דברי הירושלמי בפ' מי שאחזו דמבואר שם זרק לה גט ואמר לא יהי' גט עד למחר ואחזו קורדייקוס פלוגתא דר"י ור"ל ומאי ענין זה לזה דהא בזרק לה הגט הי' בעת הנתינה בר דעת משא"כ בפלוגתא דר"י ור"ל דנתבטל השליחות ואין כאן נתינה כלל.

ונראה בשי' הטור דאין זה מצד ביטול השליחות אלא דס"ל דכל עצמותה של השליחות אינו ענין הנקנה להשליח שהרי ביד המשלח לחזור ולבטל השליחות בדברים בעלמא אלא שבשעה שהשליח ממלא את משלחתו ועושה השליחות אז יש לו הכח אבל לפני עשיתו אין לו שום הקנאה וכח ולפיכך כיון שנשתטה המשלח ואינו ראוי השליח

לעשות את המעשה שאין המשלח ראוי לכך ממילא אין מעשה השליח כלום והגט בטל מה"ת דהא לא נקנה לו שום כח מתחלה רק בעת עשית המעשה אז נגמר הכח שלו וכיון שאינו ראוי המשלח לזה אין להשליח שום כח ולכשנשתפה המשלח ראוי השליח להשליחות ואין ביטול שליחות כלל אלא שאין קנין לשליחות וכל זמן שהוא ראוי מצד המשלח יש בידו לעשות המעשה ולשי' הרמב"ם נראה דע"י המינוי נתפס השליחות ומה שביד המשלח לחזור ולבטל השליחות הוא בגדר שיור בהמינוי דאדעתא דהכי לא מסרו לו שלא יהי' בידו לבטל, ויותר נראה לחדש בשי' הטור דאפילו אם נימא דלא נתבטל השליחות מ"מ אין השליחות מועיל רק על מעשה הנתינה דדמי כאלו נתן המשלח אבל מ"מ אינו עומד במקום הפועל בעצם הכריתות וכיון שאין הבעל ראוי לכריתות באותה שעה א"א שיחול הגט ופעולת הגרושין א"א להעשות ע"י אחר ואף דשוטה חשוב בר כריתות כמ"ש התוס' בגיטין דף כ"ב הואיל וראוי באם נשתפה מ"מ אין פעולת הגרושין נעשה באותה שעה ולפי"ז א"ש דברי הירושלמי בגיטין זרק לה גט ואמר לא יהי' גט עד למחר ואחזו קורדייקוס פלוגתא דר"י ור"ל דהא גם בשליח לא נתבטל השליחות ואיכא נתינה אלא דאפ"ה לא הוי גט דבעינן דבשעה שחל הכריתות יהי' הבעל ראוי לפעולת הכריתות וא"כ ה"נ בזרק לה גט בעצמו מ"מ כיון דבעת חלות הגרושין אחזו קורדייקוס תלוי בפלוגתא דר"י ור"ל.

ובזה א"ש ג"כ מאי דמדמה הירושלמי שם וקאמר מחלפי' שיטתו דר"ל נתחרש או נשתטה ר"י אומר נדחית חטאתו ור"ל אמר אינו נדחית והא דבנתחרש או נשתטה נדחה חטאתו לאו משום ביטול השליחות הוא רק לפי דבעינן דעת בעלים וכמבואר בערכין דף כ"א ובזבחים די"ב ברש"י ד"ה נשתפה וא"כ מאי ענין זה אצל זה ולפמ"ש ניחא דכמו דבגרושין לא נתבטל השליחות והשליח בר דעת הוא ומ"מ א"א לעשות ע"י אחר כיון דפעולת הכריתות א"א לחול באותה שעה וה"נ בקרבן דבעי דעת בעלים ובעינן שיהי' בעת הקרבה בר דעת וראוי לאותו מעשה, [ולפ"ז יש להעיר בדברי הקצוה"ח סי' קפ"ח דבד"מ אם עשה שליח ונשתטה לא נתבטל השליחות אף לשי' הטור ואף דבעי דעת המקנה מ"מ סגי בזה דעת השליח ולא דמי לגרושין דאפשר דגוף פעולת הכריתות לא נמסר לשליח משום דאין ענין של שליחות יכול להמסר לאחר ורק דחשבינן נתינת השליח כנתינת המשלח אבל בד"מ גוף הקנאה נמסר לשליח דכמו שיכול להקנות את החפץ ולמסור רשות בעלים לאחר כן בידו למנות שליח שיהי' קנוי לו רשות בעלים דהשליח במקום הבעלים לגמרי משא"כ בגט אשה שאין זה דבר של קנין שבידו למסור לאחר ורק דבידו למנות שליח שיהי' נתינתו כנתינת המשלח, אבל כח הבעל אי אפשר

להמסר וכיון שנשתטה הבעל ואינו בר כריתות אין ביד השליח לגרש ולא איכפת לן כלל במה שנשתטה המשלח אח"כ וכן נראה באם הקנה לאחר זמן ונשתטה בנתים דלא בעינן שיהי' בר דעת בזמן חלות הקנין וזה שאמרו בב"ב (קכ"ז) בנכסים שנפלו לה כשהוא גוסס הוא רק בדשב"ל לר"מ שאין הקנין א"א לחול מעכשיו שאינו בעולם רק כשיבוא לעולם ואז לאו בר קנין הוא משא"כ בדבר שבא לעולם וראוי הוא להקנות מעכשיו לא משגחינן על זמן חלות הקנין ועי' במחנה אפרים הל' זכי' סי' ט"ו ועי' בנתה"מ סי' רמ"ח ובדעת הקצוה"ח נראה דגם בקנינים לשי' הטור ידו של השליח נעשית כיד המשלח וכחו מסור להמשלח וכיון דהמשלח לאו בר הקנאה הוא באותו שעה לא מהני).

ט

והנה בכתיבת הגט אם נשתטה הבעל אחר שמינה השליח על הכתיבה לד' התוס' גיטין דף כ"ב וכן לכמה פוסקים דס"ל דלא בעי שליחות בכתיבה דוכתב לאו אבעל קאי א"כ מאי איכפת לן שאינו ראוי המשלח לאותו מעשה כיון שא"צ שליחות כלל וגם למש"כ בהסבר הדברים בשי' הטור דאין השליח במקום בעל ממש ורק שמעשה השליח ומעשה הנתינה שלו כמעשה המשלח אבל גוף הכריתות נעשה ע"י הבעל כ"ז שייך על נתינה שאז נעשה פעולת הגרושין אבל כתיבה שאינה אלא תנאי ומכשיר למעשה הגרושין מעשה השליח כמעשה המשלח, א"כ אף לשי' הפוסקים שצריך שליחות בכתיבה בדין שלא יהי' הגט בטל אם נשתטה המשלח אחר המינוי וכבר תמה בזה הפנ"י לשי' הפוסקים שא"צ שליחות בכתיבה יעו"ש בחי' לגיטין פ' מי שאחזו ותי' כיון דכתיב וכתב ונתן בעינן שיהי' בעת הכתיבה ראוי לנתינה יעו"ש והוא תמוה מנ"ל לבדות דרשות חדשות מה שלא נמצא מפורש בדחז"ל.

ובס' תורת גיטין בחי' לגיטין שם ובתשו' בית אפרים חאה"ע סי' קי"א כתבו לחדש דכיון שאינו ראוי הגט לנתינה באותה שעה א"כ נכתב שלא לשם גרושין, ודוגמא למש"כ הרמב"ם בהא דיבמות (נ"ב) דהאומר לאשה לכשאכניסנה אגרשנה ואף ביבמתו דל"ה גט משום דל"ה לשמה לפי שאי"ר לגרושין באותה שעה וה"נ הוי שלא לשמה זהו תו"ד אך לפי"ז ראוי להתבונן א"כ גם לשי' הרמב"ם דס"ל דע"י המינוי נתפס השליחות והשליח במקום בעל מ"מ כל זה לענין נתינה שלא נתבטל השליחות אבל בכתיבה נהי דנתפס השליחות מ"מ כיון שאי"ר לגרושין ע"י הבעל שנשתטה ול"ה לשמה א"כ אף לשי' הרמב"ם יהי' הדין דבכתיבה אם נשתטה ל"ה גט מה"ת, אולם י"ל דהא בהא תליא דלשי' הרמב"ם דלא נתבטל השליחות והשליח במקום בעל ממש א"כ הוי ראוי לגרושין מן התורה ע"י השליח והוי כתיבה לשמה [ואע"ג דמדרבנן הגט פסול שלא

יאמרו שוטה מגרש מ"מ י"ל דמה"ת חשוב זה לשמה דהא ע"י הגרושין תצא מן התורה מידי איסור א"א ולא יהי' רק איסור מדרבנן] אבל לשי' הטור דנתבטל השליחות היינו שלא נתפס השליחות כמשנ"ת וא"כ אינו ראוי לגרשה אף ע"י השליח והוי גט שלא ניתן לגרושין ולהכי הוי כתיבה שלא לשמה אולם לפי"ז יחודש דין חדש דהיכא שלא מינה את השליח רק על כתיבה ולא ניתן לגרושין ע"י השליח א"כ גם לשי' דרמב"ם ל"ה גט מן התורה דל"ה כתיבה לשמה כיון שאי"ר לגרושין לא ע"י המשלח שנשתטה ולא ע"י השליח שלא נתמנה על נתינה, שו"ר בהגהות רעק"א אהע"ז סי' קכ"א ס"ק ג' שנסתפק בזה. וכן נסתפק בנתן גט לגרשה לאחר ל' ונשתטה בינתים יעו"ש ותמוה שלא הביא ד' הירושלמי] ואם הצעה זאת נכונה אפ"ל דמדוקדקים בזה דברי הרמב"ם בפ"ד מהל' גירושין הט"ו אמר כשהוא בריא כתבו ותנו גט לאשתי ואח"כ נבעת כו' ואם כתבו ונתנו קודם שיבריא הר"ז פסול דדוקא בכתבו ותנו דינא הכי אבל בכתבו גרידא בטל מה"ת לפי שלא ניתן לגרושין ול"ה לשמה. ובזה י"ל ג"כ משה"ק הכ"מ שם דבגמ' משמע דהיכא דל"ה סמי' בידו גם ר"ל מודה דכשוטה מדמינן לה וכיון שכן אפילו לר"ל אין מעשה שוטה כלום וא"כ הו"ל להרמב"ם לפרש דהיכא דל"ה סמי' בידי' הגט בטל מה"ת ולפמ"ש אפ"ל דמאי דמחלק הש"ס לר"ל בין סמי' בידו או לא סמי' בידו צריך באור דמאי נפ"מ כיון דר"ל ס"ל דעל ידי המינוי נתפס השליחות דאל"כ גם בסמי' בידי' אין מעשה המשלח כלום באותה שעה וע"כ דאזלינן בתר המינוי א"כ גם בלא סמי' בידו מאי נפ"מ כיון דנתפס המינוי והשליח עומד במקום המשלח.

אולם נראה דהנ"מ בזה היכא שממנה השליח על כתיבה גרידא דל"ה לשמה לפי שאינו ראוי לגרושין לא ע"י המשלח ולא ע"י השליח ופסול מה"ת ורק בסמי' בידו כיון דבידו לרפאות חשוב לשמה וניתן לגרושין ע"י המשלח ולא דמי ליבמתו דהוי ג"כ בידו מ"מ ל"ה לשמה לשי' הרמב"ם ביבמות נ"ב דאפשר דשאני מחוסר מעשה ביבמתו דאיכא דעת אחרת אבל הכא בידו הוא לרפואה שא"צ לדעת אחרת ודמי לישן דחשוב ג"כ לשמה כיון דבידו לרפאותו] א"כ חילוק הש"ס בין סמי' בידי' אי לא סמי' בידו הוא רק במינה השליח על כתיבה גרידא וכמבואר בלשון המשנה אמר כתבו גט לאשתי ואחזו קורדייקוס ואמר אל תכתבו אין בדבריו כלום דלא הוזכר רק מכתיבה [ואף דר"ל אמר כותבים ונותנים גט משום דה"ה על הנתינה אבל מאי דמחלק משוטה היינו דבשוטה אין כותבים דלאו סמי' בידו הוא רק על כתיבה המבואר במשנה] דבלא סמיא בידו הוי כתיבה שלא לשמה שלא ניתן לגרושין אבל במינה שליח על הנתינה ג"כ דבזה אין לומר דהוי שלא לשמה שלא ניתן לגרושין דהא ביד השליח לגרשה לר"ל ממילא דאין נפ"מ

כלל בין סמיא בידו או לא סמי' בידו, ולפ"ז הרמב"ם שכתב הדין בפ"ב מה' גירושין אמר כתבו ותנו ואח"כ נבעת לא חילק בין סמי' בידו אי לא סמי' בידו דכיון דכתבו ותנו הוי כתיבה לשמה א"כ גם בלא סמי' בידו הגט כשר מה"ת, ובזה י"ל קושי' התוס' שם דאמאי פריך לריו"ח לר"ל נמי תקשה כיון דלא הוי סמי' בידו ובזה א"ש דגבי שחט שנים או רוב שנים ורמז ואמר כתבו הרי אלו יכתבו ויתנו כדין מסוכן דר"ש שזורי היא דכותבים ונותנים ובמינה שליח על נתינה וניתן לגרושין ע"י השליח לר"ל א"כ גם בלא סמי' בידו הוי כתיבה לשמה ור"ל מודה בלא סמי' בידו רק בשליח על כתיבה לבד.

אולם אם יש מקום לומר כן לחדש בדברי הרמב"ם דבשליחות על כתיבה גרידא היכא שנשתטה המשלח דפסול מה"ת, אבל מסתימת דברי הפוסקים ומדבריהם אינו מבואר כן אלא דלד' הרמב"ם בכל אנפי כשר מה"ת ונראה דמ"ש התורת גיטין והב"א דזה חשוב כתיבה שלא לשמה ומדמי להא דיבמות האומר לאשה לכשאכניסנה אגרשנה דהוי שלא לשמה אין הדמיון עולה יפה דשאני התם שאיננה אשתו ולא הוי ציווי מפי הבעל ול"ש אישות לגירושין כל זמן שלא כנסה אבל בנשתטה דשייך בגוה גרושין אלא שאין לו דעת לגרשה או בהשלשת גט בנשתטית שפקפקו הפנ"י והמגיה למל"מ וה"נ יש להעיר מצד שלא לשמה דהחסרון הוא שאין לה יד לקבל את הגט בודאי חשוב לשמה דרק פומייהו הוא דכאיב להו שאין להם דעת לגרש או להתגרש וזה פשוט, אלא דלפ"ז הד"ק בטעם הטור דס"ל הגט בטל מה"ת בכתיבה ומהיכ"ת יתבטל לשי' הפוסקים שא"צ שליחות בכתיבה ולומר דס"ל להטור דזה הוי כתיבה שלא לשמה אינו מובן באיזה סברא פליגי הטור והרמב"ם, ודוחק לומר דלשי' הטור ניהו שא"צ שליחות בכתיבה מ"מ כיון דבעינן שיהי' ציווי מפי הבעל משום דאל"כ הוי כתיבה שלא לשמה כיון שנשתטה בטל הציווי ובעינן שיהי' הציווי משום לשמה ולשי' הרמב"ם דנתפס השליחות ממילא דלא נתבטל הציווי כיון דהשליח במקום הבעל אבל זה דוחק דהא ציווי אין זה ענין של שליחות דנימא שנתבטל הדבר וכיון דציוה הבעל בעת שהי' שפוי בדעת במה נתבטל הציווי ע"י מה שנשתטה.

וראיתי בס' תורת גיטין שכ' לדון עפמ"ש התוס' בדף ס"ו בד"ה הא דאפילו לר"מ דס"ל דמצאו באשפה כשר מ"מ היכא שמצוה גרע וה"נ אף דכתיבה א"צ שליחות אבל כל שמצוה גרע ובעי בו דין שליחות אבל באמת אין ראי' מדהתו"ס דהתוס' כתבו כן לר"מ דס"ל אפילו מצאו באשפה כשר ולא בעי כלל כתיבה לשמה וממילא דלא בעי ציווי משום לשמה ולהכי כשמצוהו גרע ובעינן בו דין שליחות אבל לדידן דבעינן כתיבה לשמה וכל זמן שלא שמע מפי הבעל לא הוי כתיבה לשמה וא"כ אין שום ראי' מציווי על

כתיבה דכונתו בתורת שליחות דהא הציווי הוא מצד עצם הדין דכתיבה לשמה ומהכ"ת נאמר דמקפיד שיהי' בתורת שליחות ע"כ הי' נראה לצדד דלשי' הפוסקים שא"צ שליחות בכתיבה גם הטור מודה דמה"ת כשר ובזה היו מדוקדקים ד' הטור שכ' הי' בריא בשעה שצוה לכותבו ואח"כ אחזו החולי אין כותבין אותו בעודו בחליו ואם כתבוהו ונתנוהו אינו כלום עכ"ל דלכתחילה גם בעת הכתיבה צריך שיהי' שפוי בדעת ואם לא כן פסול מטעם הגזרה שלא יאמרו שוטה מגרש כדברי הרמב"ם ובדיעבד שלא יהי' כלום שהגט בטל מה"ת כתב ואם כתבוהו ונתנוהו דרק אם הנתינה הי' ג"כ בעת שהי' מטורף הגט בטל מה"ת ולא מיבעי לדעת הפוסקים שא"צ שליחות בכתיבה דמה"ת הגט כשר אלא אף לדעת הפוסקים דס"ל שצריך שליחות בכתיבה מ"מ למשכ"ל לצדד די"ל דגם לד' הטור נתפסה שליחות ע"י מינוי אלא דבעינן שיהי' בעת חלות הגרושין בר דעת משום דעצם הכריתות א"א להעשות ע"י אחר והוא ענין שבגופו אבל הכתיבה שאין זה עצם הכריתות ורק מכשיר הוא שאפשר להעשות ע"י אחר ובזה י"ל גם לד' הטור דנתפס השליחות על כתיבה, ויש מקום עוד לחדש דבטעמים אלו פליגי הירושלמי והבבלי דבדברי הירושלמי מבואר דמדמה פלוגתא דר"י ור"ל בדין זרק לה גט ואמר לא יהי' גט עד למחר לאחזו קורדייקוס וס"ל ע"כ דהטעם דר"ל לפי' גי' הירושלמי דאין כותבין ונותנין הוא משום דבעת חלות הגרושין בעינן שיהי' שפוי בדעת דעצם הכריתות לא נמסר ע"י אחר ואף דהנתינה היה כראוי והשליחות נתפס על עצם מעשה הנתינה אבל פעולת הגרושין א"א להעשות ע"י אחר ומה"ט ס"ל להירושלמי דהגט בטל מה"ת מדמדמה לה לנתחרש או נשתטה דנדחית חטאתו דמדאורייתא הוא ומה"ט לא מחלק ג"כ הירושלמי בין סמי' בידו או לא הוי סמי' בידו לר"ל כיון דס"ל דהשליחות נתפס והשליח במקום בעל קאי ומה לי אם המשלח סמי' בידו או לא הא השליח במקומו עומד אבל הבבלי ס"ל דאין אנו חוששין לזמן חלות הגרושין ולא הביא הדין דזרק לה גט ואמר לא יהי' גט עד למחר ואחזו קורדייקוס ומדמה גט לשארי קנינים דכל שראוי הוא לחול מעכשיו אין אנו חוששין על שעת חלות הקנין אם לא יהי' אז בר קנין וכ"כ הרשב"א בגיטין ר"פ מי שאחזו מעת שאני בעולם דבעת חלות הגט אינו שפוי בדעת ואי"ר לגרש מ"מ להבבלי הוי גט וחולק על הירושלמי ובנשתטה מה שאין כותבין ונותנין הוא רק משום דהמשלח לא מצי עביד אותו דבר בשעת חלות המעשה וע"כ ס"ל דבסמי' בידו חשיב מצי עביד ע"י הסמי' וגם לא נתבאר בפירוש בבבלי דהגט בטל מה"ת והא דמצינו בנזיר ובכמה דוכתי כל היכא דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי הוא רק על שעת מינוי השליחות

וזהו שיטת הרמב"ם דמה"ת הגט כשר ורק מדרבנן גזרו באופן דהמשלח לא מצי עביד באותו זמן שלא יאמרו שהמשלח בעצמו שוטה מגרש.

ולפ"ז הטור דס"ל דהגט בטל מה"ת י"ל דהוא עפ"י הירושלמי דמפורש בו הטעם דבעת חלות הגרושין בעינן ג"כ שיהי' שפוי בדעת וא"כ זה אינו רק על נתינה אבל על כתיבה שלא נגמר אז הגרושין בדין שיהי' הגט כשר מה"ת והפרישה כתב לפרש בד' הטור שכ' ואם כתבוהו ונתנוהו וי"ו המחלקת הוא ואם כתיבה או נתינה קאמר ואין דבריו מוכרחים דמדמתחיל הטור בכתיבה גרידא אין כותבין אותו בעודו בחליו ולא הזכיר נתינה ואח"כ כתב ואם כתבוהו ונתנוהו משמע דכתיבה עם נתינה קאמר, אולם מד' תשו' הרא"ש כלל מ"ה סי' י"ח מבואר שם דאפילו אם בשעת נתינה הי' שפוי ובשעת כתיבה מטורף אינו גט מה"ת יעו"ש, אלא דעדיין יש מקום לחלוק ולומר דהרא"ש ס"ל דבעי שליחות בכתיבה או דחשש מספיקא לדעתם אבל לד' הפוסקים דס"ל דלא בעי שליחות בכתיבה הגט כשר מה"ת, ולהלכה י"ל דהוי ס"ס באיסור תורה ספק כדעת הרמב"ם דס"ל דאזלינן בתר מינוי השליחות שהי' אז שפוי בדעת וא"א מדבריהם ואפילו א"נ כדעת הטור דאינו גט מה"ת מ"מ שמא כדעת הפוסקים שא"צ שליחות בכתיבה והגט כשר מה"ת וע"ע במחנה אפרים בפ"ג מה' גירושין שהוכיח מהא דאין כותבין לכשנשתטה משום דבעי שליחות בכתיבה עי"ש. שו"מ בשושנת העמקים להפמ"ג שצידד ג"כ דכיון דלא בעי שליחות בכתיבה הגט כשר מה"ת גם לד' הטור ולפ"מ שהכריעו האחרונים רוב הפוס' ס"ל שא"צ שליחות בכתיבה יעוי' בב"ש סי' ק"כ וקכ"ג ובספק אם הי' שפוי בדעת בעת כתיבה בודאי יש להקל כיון דיש עוד ספק לומר דמודה בזה גם הטור כאמור (וגם היכא דאיכא ג' ספיקות דעת הש"ך להקל אף בחזקת איסור משום דחז"א נשתמש בהספק הראשון ומהני אח"כ הס"ס וה"נ נגד חזקת איסור א"א נשתמש ספק הראשון ומהני ס"ס לבד מה שהוא ספיקא דדינא דל"מ בו חזקה].

ו

ואם הי' שפוי בדעת בעת הנתינה כ' הב"ש בסי' קכ"א סק"ה די"ל דגם הטור מודה דהגט כשר מה"ת ומקור דברי הב"ש נראה דנובעים מדברי הרשב"א בחדושיו לגיטין שכ' ומדברי רבותינו בעלי התוס' נ"ל דאין מקפידין אלא בשעת כתיבה ושלא כדברי הירושלמי והתוספתא וצ"ע עכ"ל, אבל זה תמוה ואינו מובן הטעם ובכונת הרשב"א צ"ל דס"ל כשי' הרמב"ם דאין זה אלא פסול מדרבנן ולא גזרו רק בכתיבה ולא בנתינה, שוב ראיתי בס' בית מאיר שדחה ג"כ דברי הב"ש מהאי טעמא דהרשב"א ס"ל דאאמד"ר דקאי בשי' התוס' דלא בעי שליחות בכתיבה ואאמד"ר ולא גזרו אלא בכתיבה, אבל לשי'

הטור דס"ל דמדאורייתא בעינן כח המשלח בעת פעולת השליח א"כ בודאי בעינן כח המשלח בעת הנתינה יעו"ש.

אולם בס' בית אפרים סי' קי"א צידד בסברת הרשב"א דלהכי בכתיבה פסול מה"ת משום כיון דבשעת כתיבה חסרה כונת הבעל לא קרינן בי' וכתב לה לשמה דעל שעת הכתיבה ממש אנו אומרים דבמקום הבעל קאי וזה מוכרח לשי' הפוסקים דלא מצרכי שליחות בכתיבה ולמה אין כותבין עד שישתפה הא בשעה שצוה הבעל הי' פקח ומיקרי לשמה ומאי איכפת לן דבשעת כתיבה אחזו קורדייקוס אע"כ דכיון שהקפידה תורה שיהי' בכתיבה כונה לגרושין לשמו ולשמה וכונה זו בבעל תליא ואע"פ שכותבין הגט ע"י שליחותו שלא בפניו מ"מ כיון שהוא שפוי בדעתו ומתחלה אמר להם לכתוב לשמה הרי הוא עומד בדעתו כמאז משא"כ היכא שנטרפה דעתו ובאותו פרק שכותבין הגט אינו בר כונה כלל לא מהני מה שציוה בתחלה וכ"ז בכתיבה דבעי לשמה אבל נתינה דלא בעי לשמה כמבואר בגיטין (דף פ"ו) רק דבעינן שיהי' לרצונו וכיון שציוה מתחלה אמדינן דעתו שאם הי' שפוי בתחלה לא הי' משנה דעתו ג"כ ואע"פ שעתה בעת הנתינה חסר דעתו מ"מ שינוי רצון אין כאן זהו תוכן דבריו בסברת הרשב"א והאריך בזה בדברים נכונים.

אולם אין דבריו מספיקים להבין סברת הרשב"א דהא ע"כ ס"ל להרשב"א דאין השליחות מתבטלת וגם נתפסת אף שאין המשלח שפוי בדעת מדס"ל דאין מקפידים על שעת נתינה וכותבים גט לאשתו, וא"כ כיון דיש בזה תורת שליחות הרי כונת לשמה של השליח במקום המשלח בעת הכתיבה דהא השליח במקום הבעל קאי וקרוב לזה כתב ג"כ בס' תורת גיטין בחי' לגיטין דלא הוי לשמה לפי שלא ניתן לגרושין ולבסוף תמה ג"כ דהא ניתן לגרושין ע"י השליח יעו"ש ובאות הקודם העליתי דזה חשוב לשמה ולא דמי להא דיבמות דף נ"ב דהאומר לאשה וליבמתו לכשאכניסנה אגרשנה דעדיין אינה אשתו כלל ול"ש בזה גרושין כלל משא"כ בזה דגרושין איכא אלא דפומייהו הוא דכאיב להו וזה מוכרח משי' הרמב"ם דס"ל דכשר מה"ת גם בכתיבה גרידא אבל עכ"פ סברת הבית אפרים אינה מובן דכיון דנמסר לשליח מהכ"ת שלא יהי' כונת השליח די במקום המשלח והנה לס' הפוסקים שא"צ שליחות בכתיבה אבל עכ"פ ס"ל שאין השליחות נתפסת ובזה יש מקום קצת לומר כדבריו דכיון דהקפידה התורה שישמע מפי הבעל ואם לא כן לא הוי לשמה לפי שאין ביד השליח לגרשה שלא ע"י הבעל וכ"ז שלא שמע מפורש שרצונו לגרשה לא הוי לשמה וע"כ כיון שנשתנה הדעת והרצון אין זה לשמה באותה שעה שהוא מטורף [ובאות הקודם כתבתי שזה דוחק די"ל דבאמת לשי'

הפוסקים הו"ל בכתיבה אאמד"ר ומה"ת כשר כמו שנראה מלשון הטור] אבל לדברי הרשב"א שאינו מקפיד על שעת נתינה וס"ל דהשליחות נתפסת א"כ השליח במקום הבעל קאי ודי לנו כונתו לכתוב את הגט.

ובשיטת הטור דמודה לסברת הרשב"א דאינו מקפיד על שעת נתינה מה"ת כמש"כ הב"ש בודאי אאפ"ל כן דהא כתב ואם כתבוהו ונתנוהו אינו כלום א"כ ממנ"פ איך נפרש בדבריו אם כונת הטור דאם כתבוהו ונתנוהו היינו ו' המחבר כמשכ"ל לצדד דעל כתיבה כשר מה"ת א"כ מאי איכפת לנו שנתנוהו ג"כ כיון דאינו מקפיד על שעת נתינה וכתיבה גרידא לא בעי שליחות אלא נפרש כדעת הפרישה דאו או קאמר או כתיבה או נתינה א"כ מבואר מפורש דעל נתינה גרידא ג"כ אינו כלום מה"ת ולדבריו לא הו"ל להטור להזכיר כלל מנתינת השליח אלא שאם כתבוהו אף שנשתפה אח"כ המשלח ונתנוהו אינו כלום, והמחוור בזה בשי' הרשב"א כמש"כ הבית מאיר דדברי הרשב"א כשי' הרמב"ם דאינו פסול אלא מדרבנן ולא גזרו אלא בכתיבה ולא נתינה, אבל לשי' הטור דמדאורייתא אינו גט בודאי בנתינה אינו גט מה"ת דלא כהב"ש.

יא

ולכאורה יש לדון בזה דיהי' הגט כשר מה"ת גם לשי' הטור היכא שהי' שפוי בשעת כתיבה ומטורף בשעת נתינה מטעם אחר עפמש"כ להעיר בסברת הטור דס"ל ג"כ דהשליחות אינה מתבטלת אף נתפסת אח"כ כיון שבעת המינוי הי' המשלח בר דעת והא דאינו גט משום דאין מעשה הכריתות נגמר ע"י שליח ורק הנתינה הוא ע"י שליח וכפי שי' הירושלמי דגם אחזו קורדייקוס בעת חלות הגרושין אע"פ שהנתינה הי' מקודם ג"כ אינו גט, ולפ"ז יש להעיר למ"ד עדים בחתומיו זכו להו דזכות הוא לעבד שיוצא מתח"י רבו לחירות ונשתטה האדון בין כתיבה לנתינה דלפמש"כ דגם לשי' הטור אין השליחות מתבטלת והוי מטי ליד העבד ע"י השליח והא דבעינן מטא לידי' הוא רק בתורת תנאי דמשוחרר אח"כ למפרע א"כ אין חלות השחרור בעת שטותו רק למפרע בעת שהי' בר דעת א"כ גוף השחרור נעשה ע"י בר דעת אלא קיום התנאי נעשה אח"כ.

והקצוה"ח בסי' קפ"ח ס"ב יצא לדון דשליחות לא בטיל אף לאחר מיתת המשלח אלא משום דפקע רשותו ונכנס לרשות היורשים כמש"כ רש"י בגיטין דף י"ג א"כ למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו אם נתן לאחר בין חתימה לנתינה ומטא לבסוף ליד הראשון עבחז"ל למפרע וא"כ גבי עבד אפילו מת האדון למ"ד דזכות הוא לעבד ועבחז"ל הרי מטי לידו ע"י שליח שלא נתבטל השליחות וזכה למפרע ודמי למכרו לאחר וכן בשטר מתנה אם מת הנותן יעו"ש, אולם באמת אין דמיונו עולה יפה דבמכרו לאחר הרי אם נימא

דעבחז"ל ממילא מתבטל המכירה ושוב מטי ליד המקבל מהנותן ורק המכירה מעכבת והרי המכירה מתבטלת אבל במת הנותן דרשות הנותן פקע בכל גווני לא חשיב מטי ליד המקבל מהנותן שאינו בעולם וגם הנתיבות והבית אפרים דחו בזה דברי הקצוה"ח מטעמם יעוין בדבריהם, אבל בנשתטה דהנותן איכא בעולם ולא פקע רשותו וגם השליחות אינה מתבטלת רק לפי שא"א לחול מעשה השחרור ופעולת הכריתות בעת שנשתטה א"כ למ"ד עבחז"ל ומעשה הכריתות נגמר בעת חתימת העדים ומטי לידו הוא רק בגדר תנאי וכיון שנתקיימה הנתינה ע"י השליח שוב זכות העדים במקומה עומדת.

ולפ"ז יש לדון למש"כ התוס' בב"מ דף י"ט דגבי גט אשה דחוב הוא לה לא שייך עדבחז"ל וא"כ במזכה גט במקום יבם או באופן שהיא מחזרת אחר הגט או ביבם עוזב דת דלכו"ע זכות הוא לה ושייך גם בגט אשה אופן דהוי זכות לה ובזה בנשתטה כיון שעשה השליח בעת שהי' שפוי בדעת והעדים חתמו ג"כ בעת שהי' שפוי בדעת ועדיו בחז"ל ואח"כ לכשנשתטה והגיע הגט לידה ע"י השליח חשיב מטי לידה דהשליחות במקומה עומדת וחלות הגרושין הוא למפרע מעת חתימת העדים.

אולם למש"כ התוס' בב"מ דף כ' דהא דעדיו בחז"ל אינו אלא תקנת חכמים ומספק"ל להתוס' אי מהני לגבי איסור ואי אמרינן יש כח ביד חכמים אבל המהרש"א כתב דכ"ז למ"ד דעדי מסירה כרתי אבל למ"ד דע"ח כרתי מה"ת הוא ולפ"ז לפ"מ דקיי"ל להלכה דעדי מסירה כרתי ואין זה אלא תקנת חכמים ול"ש בגט אשה להתיר איסור תורה ואיסור א"א לעלמא או איסור יבמה לשוק ומש"כ התוס' בדף י"ט דגבי גט אשה דחוב הוא לה ל"ש עבחז"ל צ"ל דאף למדס"ל דע"ח כרתי ל"ש עבחז"ל משום דחוב הוא לה ועי' בתומים סי' ס"ה. אולם י"ל דהתוס' בב"מ דף כ' לשיטתם בריש גיטין דמאן דס"ל עדי מסירה כרתי בעי ע"מ דוקא ולא סגי בעדי חתימה לחוד לכן לא מהני הא דעבחז"ל מה"ת רק מדרבנן וכמש"כ המהרש"א שם דלר"מ דס"ל ע"ח כרתי מה"ת עבחז"ל אבל לשי' הרי"ף והרמב"ם והרשב"א דס"ל דגם למ"ד ע"מ כרתי סגי ע"ח גרידא וכמש"כ הב"י באה"ע סי' קל"ג ולדידהו עבחז"ל מה"ת גם לר"א כיון דע"ח גרידא מהני ג"כ וי"ל דהתוס' בב"מ די"ט שכתבו דגבי גט אשה דחוב הוא לה דמשמע דאי זכות הוא לה הי' מועיל מה"ת בשיטתי' קאי דע"ח מהני כשי' הרשב"א ומבואר ג"כ מדברי התוס' דמהני בגט אשה והוי נתינה מה"ת ע"י עבחז"ל ונראה בסברתם דאין זה שליח הולכה שנעשה שליח לקבלה אלא דע"י זכות הוי שליח לקבלה ואף דבעת צווי הבעל להעדים עוד לא נכתב הגט מ"מ נכלל בזה שאחר הכתיבה יהי' שליח לקבלה וא"צ לשליחות הולכה בכך דמתגרשת מיד וכ"כ בס' יהושע בפסקים [וההפלאה בכתובות דנ"ה העיר מזה דהא לא חזרה שליחותם אצל

הבעל וצ"ל לדבריו דסוגי' דב"מ אזלא כר"נ דס"ל דשליח להולכה יכול לעשות שליח לקבלה וע"ע במקנה קידושין ד"ט ובבאר יצחק חחו"מ סי' א'] עכ"פ איך שיהי' בסברא נראה מדהתוס' בדי"ט דבמקום דהוי זכות גם בגט מהני מה"ת ולפ"ז שפיר יש לדון דהיכא דלא הוי שפוי בעת נתינה דמ"מ הוי גט למפרע משעת חתימה למחר (דבו ביום ל"ש עבחז"ל דאין כותבין שעות ואינו מוכח מתוכו כמ"ש התוס' בכתובות צ"ד].

אולם הדבר תמוה לחדש דגבי גט דבעינן נתינה איך יועיל עבחז"ל והא לא הי' שום נתינה מהבעל וגם בגט שיחרור באמת דברי הריטב"א דעבחז"ל הוא רק לענין ממון אבל לא להתיר איסור משום דאין כאן נתינה, גם אם נאמר דדמי לנתן לה גט לשם פקדון ואח"כ אמר לה התגרשי בו דא"צ ליטול הימנה כמבואר בגיטין דע"ח ובעת הלקיחה לשם פקדון א"צ נתינה כיון דקבלה לשם פקדון ולא לשם גירושין וגם אם נטלה מע"ג מקרקע מהני ועיקר הגירושין הוא לאחרי כן ואז הוי כנתינה מרשותו לרשותה כמש"כ התוס' ר"פ הזורק וה"נ אפ"ל שאחר החתימה כיון דזכות הוא להאשה זוכים העדים במקום הגט המושאל לבעל הגט ומופקד אצלם כרגע ואח"כ זוכים מקום הגט עם הגט עבור האשה והוי כנתינה מרשותו לרשותו, אבל תמוה הדבר דהא עדים בחתומיו זכו מבואר דבחתימה לבד נגמר הדבר ואיך אפשר שתתגרש בלי נתינה כלל. והנה בגט שיחרור אפ"ל דמהני להפקיע לגבי דין ממון מן התורה עפמש"כ הקצוה"ח בסי' ר' להקשות בהא דהלכה רווחת דג"ש שלא לשמה פסול דהא לא גרע מאם הקנהו לאחר בשטר קנין שלא לשמה ולמה לא יהי' בכוחו להקנותו להעבד והקצוה"ח העלה דבמתנה לא אמרינן גיטו וידו באים כאחד ודוקא בגט או שטר שיחרור דלא בעי קנין ורק נתינה אמרינן גיטו וידו באים כאחד משא"כ בשטר קנין ועפ"ז כתב הקצוה"ח דבשטר שיחרור שלא לשמה ע"י אחרים מהראוי שיועיל לענין קנין ממון ולפ"ז בגט שיחרור דעדיו בחתומיו זכו לו הא דבעינן מטי לידו הוא בגדר תנאי כמש"כ השימק"ו ובשו"ת פנים מאירות ובקצוה"ח בסי' קפ"ח וא"כ שפיר מהני מצד קנין ואע"ג דאין כאן נתינה וגם חזרה שליחות אצל הבעל מ"מ לגבי קנין ממון מהני ולהכי בב"מ די"ט דקאמר הניחא לרבנן דס"ל זכות הוא לעבד ועדיו בחתומיו זכו דלענין קנין ממון מיירי שפיר מהני עבחז"ל, אלא דבאמת בעיקר הדין דשטר שיחרור שלא לשמה פסול משמע דאף להפקיע ממון לא מהני אף על ידי אחרים ובפרט למאן דס"ל דהמפקיר עבדו א"צ ג"ש מ"מ שטר שיחרור של"ש פסול וגם הקצוה"ח מסיק הך דינא בצ"ע [וגוף חידוש הקצוה"ח דאין לו יד לזכות ורק להשתחרר ילה"ע מגיטין דל"ט שקיל כומתא ושדי ולא היא אלא משום דהוי בכליו של מקנה והא אף. אי אמרינן דבכליו של מקנה מהני איך תזכה האמתא דהא אין לה יד

לזכות ואולי בקנין סודר דקי"ל דאי תפס לא מיתפס לא בעינן קנין ממש ובאמת מאי דמדמה הקצוה"ח לדין דאם נתן ביתו לאחר וכתב עליו שטר מתנה והניח השטר מתנה בתוך הבית דלא מהני לא דמי דשאני התם דאין כאן הוצאה מרשות בפועל כלל ובמה יזכה המקבל משא"כ בנותן לעבד שט"ש הא בפועל יש לו רשות ורצון רק דאמרינן דאין לו יד לזכות דמה שקנה עבד קנה רבו ויש עליו שיעבוד הרב בכה"ג שפיר י"ל כלפי הדינים דיד עבד כיד רבו והשיעבוד דהאדון גיטו וידו באים כאחד להשתחרר משיעבודו כיון דבפועל הוא ברשות אחר משא"כ בשטר מתנה שבפועל הוא ברשות שלו במה יזכה המקבל את השטר, [ובמק"א העירותי בישוב קושית הקצוה"ח דלהכי לא מהני שטר שיחרור בתורת קנין משום דע"י השיחרור הוי מטלטלין דבן חורין הוי כמטלטלין כמש"כ התוס' בכ"ד ומטלטלין לאו בני שטרא נינהו ורק בתורת גט שיחרור הוא ניתר וכן נקנה לכל הדינים של עבד כנעני אבל לא שיהי' נקנה להיות משוחרר ויהי' שטר ראי' על מטלטלין והא דעבד נקנה בשטר וקונה א"ע בשטר אף אי נימא דע"ע הוי כמטלטלין משום דילפינן מעבד כנעני דהוא גופו קנוי ויש בו דיני קניני איסור, ודעת הריטב"א דבעינן ג"כ בשטר שיחרור של ע"ע לשמה, אבל אין זה מתורת קנין, אלא דבמוכר עבד כנעני לאחר דנקנה ג"כ בשטר אף שלא נתחדשו בו קניני איסור י"ל דשאני התם דעבדים כקרקעות ויש בו דין שטר משא"כ להשתחרר וכ"ז למ"ד עבדי כמקרקע דמי אבל למ"ד דעבדי כמטלטלי הרי מוכח מזה דיש בו קנין שטר ג"כ, ועפ"ז פלפלתי לישב דברי הרא"ש בב"מ די"ט שכ' דהמוצא שטר שיחרור יחזיר דל"ח שמא כתב ליתן בניסן כו' משום דהלקוחות יאמרו אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך ותמהו דהא לפ"מ דקיי"ל כרבנן דזכות הוא לעבד וכאביי דאמר עבחז"ל א"כ הוא משוחרר למפרע וא"צ להביא ראי' נגד הלקוחות ולמש"כ י"ל דסוגי' דגמ' הניחא לרבנן היינו אי ס"ל. עבדי כמטלטלי ומהני עבחז"ל מצד קנין שטר כמו דמועיל שטר על מכירת העבד אבל למאי דקיי"ל עבדי כמקרקעי לא מהני בתורת קנין כיון דלכשישתחרר ויפקע קנין ממון יש לו דין מטלטלין דגם מעוכב ג"ש יש לו דין מטלטלין דל"ש בו לרשת אחוזה ואכמ"ל בזה].

עכ"פ בשטר שיחרור דמדרבנן עבחז"ל לגבי ממון וכן בשארי קנינים על ידי שטר אם שלח על ידי שליח ונשתטה המשלח בינתים כיון דעבחז"ל רק דבעינן דמטא לידו אע"פ שנתבטל השליחות מ"מ הא עבחז"ל ומהני הא דמטא לידו אחר שנשתטה וכ"ז לגבי דין ממון אבל לגבי איסור כיון דנתבטל השליחות לא מהני הא דעבחז"ל אלא דלשי' הרמב"ם דמן התורה הוי שליחות רק מדרבנן פסול שלא יאמרו שוטה מגרש גם אם נאמר דפסול זה איתניהו גם בשיחרור מ"מ י"ל דלגבי דרבנן הא נגמר שיחרורו משעת

חתימה והתוס' בב"מ ד"כ נסתפקו אי יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה אבל לגבי פסול דרבנן אפ"ל דנגמר משעת חתימה וחשוב מטא לידו לכשנשתטה מ"מ נראה דזה אינו דכיון דאי אפשר שישתחרר למפרע מן התורה ממילא משתחרר רק על ידי נתינה ולהכי כל שנשתטה המשלח פסול מדרבנן.

יב

עתה אבאר בנד"ד שציוה השכ"מ לכתוב הגט ונשתתק ולא נבדק בבדיקה כדין בעת כתיבה ונתינה ואחר נתינת השליח דבר בדעת צלולה וספק אם הי' שפוי בדעת בעת כתיבה ונתינה, והנה הב"ש כתב בסי' קכ"א סק"ה ואם נשתתק בחליו תלי' בפלוגתת הפוסקים כי בירושלמי מפרש דמתניתין בנשתתק מתוך בוריו אבל אם נשתתק בחליו חיישינן שמא נשתטה כו' אבל רש"י ור"ן פירשו מתניתין דמיירי דנשתתק מתוך חליו וחיישינן שמא נשחטה כו' נראה אפילו אם ציוה לכתוב בעת שהי' בריא ואח"ז נשתתק אם כתבו ולא בדקוהו אין להקל והב"י כתב אפשר בנשתתק מתוך חליו ולא בדקוהו מודים דכשר בדיעבד היכא דלא אפשר כעובדא דבעל העטור ליתא לשי' זו ואין להקל אלא אפ"ל מש"כ לדעת הרמב"ם דאינו אלא חשש דרבנן יש לצדד להקל מיהו אינו מוכרח כ"כ ולדעת הטור מפורש דמדאורייתא בטל הגט אם לא הי' בדעתו בעת הכתיבה וכ"פ הש"ג ואין להקל עכ"ל.

ולפי הנראה כונת הב"ש במ"ש לד' הרמב"ם דא"א חשש דרבנן כיון בזה לדבריו בסק"ג דגם בלא סמיא בידו הגט כשר מה"ת להרמב"ם וע"ז כתב אח"כ מיהו אינו מוכרח כ"כ דאפשר כהב"י דמחלק בין סמי' בידו אי לא סמי' בידו ולדעת הטור מפורש בדבריו דמדאורייתא בטל הגט ודברי הרמב"ם סתומים ע"כ אין לדחות המפורש מפני הסתום כנ"ל בכונת הב"ש אבל בסמיא בידו דמפורש בדברי הרמב"ם דאינו אלא פסול דרבנן ומדאורייתא כשר בדין שבספק אם הוא שפוי בדעת שיהי' הגט כשר מצד ס"ס ספק אם הוא שפוי בדעת וגם אם אינו שפוי שמא כהרמב"ם דכשר מה"ת ולפי"ז לפי הכרעת האחרונים דגם בלא סמי' בידו כשר מה"ת לשי' הרמב"ם א"כ הו"ל ס"ס ואי"ל משום דאיכא חזקת איסור דא"א בשעת לידת הספק וגם חזקת היתר ליבם ואיסור לשוק דהא הוה ספיקא דדינא דלא מוקמינן אחזקה ועוד דהא איכא חזקת שפוי נגד חזקת איסור, שוב ראיתי בישועות יעקב סי' קכ"א בפירוש הקצר שכ' ג"כ להקל בהחלט דלא כהב"ש וע"ע בתשו' פרי תבואה סי' כ"א הובא בפ"ת סי' קכ"א סק"ט בחולה שציוה לכתוב גט לאשתו וקודם הנתינה הוכבד חליו ואשתקיל מילולו והרכין בראשו לעשות כדברי המסדר ליתן גט ואח"כ הי' חי חצי שעה שהתיר מטעם ס"ס דשמא לא הי' גוסס דחזקה

שהי' שפוי בדעת הרי הוא כחזקת חי ועדיף מחזקת א"א ולא חיישינן שמא נשתנה דעתו כל זמן דלא ידעינן שהוא גוסס יעוי"ש ומצאתי בהיש"ש בגיטין פ"ז דין א' שכ' בסוף דבריו אבל בשכ"מ שכבר נפל למשכב והכביד חליו עד שנשתתק כל זמן שלא ראינו בו השתנות דעת משובש ויש לחוש לעגון אפילו קודם בדיקה ראוי לסמוך על בעל העיטור וליתן הגט קודם שימות עכ"ל ודעת היש"ש להקל בעיקר הדין כבעל העיטור א"כ בודאי ע"י מינוי השליח בעת שהי' שפוי דהוי ס"ס בנשתתק שיש להקל ואין לחוש מצד דעכ"פ גם לד' הרמב"ם פסול מדרבנן והוי ספק דרבנן במקום חזקת איסור [וכה"ג יש להעיר ע"ד הב"ש סי' קכ"א סק"ג וס"ק י"א בשחט שנים שכ' דיש להקל מצד ספק דרבנן להקל והא הוי נגד חזק"א דלכמה פוסקים מחמרינן] די"ל כיון שאנו דנין כעת אחרי מיתת הבעל שכבר נסתלק חזקת איסור א"א ודנין מצד חזקת היתר ליבם ואיסור לשוק שהיתה עומדת מתחלה בזה אין לומר דבחזקת היתר ליבם עומדת דהא לענין היבם היא אשת אח מדאורייתא ואם בא עליה הוא בכרת דהא מדאורייתא הוי גיטא מעליא ואיך נדון בחזקת היתר ליבם וגם בחזקת איסור לשוק עומדת כיון דהם מתנגדים זל"ז ואיך נימא דלהיבם הוא איסור אשת אח מה"ת ולכו"ע היא אסורה ונהי דהחמירו רבנן בודאי שצריכה גט ואסורה לשוק אחרי מיתת הבעל היינו דמדרבנן אינו גט והיא זקוקה ואסורה לשוק ויעוי' בברית אברהם סי' ק' שדן בזה דאולי לא גזרו רבנן גבי איסור יבמה לשוק שאינו אלא איסור לאו וגם י"ל דהא היא אינה עולה ליבום ואינה עולה לחליצה ויעו"ש דמסיק שאאל"פ כן ויש להביא ראי' מגיטין ד"ע מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד יב"ח ומת בתוך יב"ח הר"ז גט וליחוש שמא פייס והר"ן כתב בדעת הרמב"ם דחשש שמא פייס אינו רק מדרבנן וכ"כ הרב המגיד פ"ט מהל' גירושין הי"א וכ"ה שי' התוס' בגיטין דף י"ח סד"ה שמא פייס וא"כ אם איתא דגט הפסול מדרבנן ומהני לפטור זיקת יבם מאי פריך אף דבריש כתובות הוה בעי למימר מת וה"ה לחולה מ"מ הא דחי לה הש"ס דילמא דוקא מת דלא ניחא לי' דתפול קמי יבם ואף דדחית הש"ס אינו אלא דלא תפשוט דאונס בגיטין ליכא מ"מ לפי המסקנא מנ"ל להש"ס להקשות דילמא דוקא מת משום דלהיתר איסור יבמה לשוק לא חיישינן בפסולי דרבנן לחוש לשמא פייס ובודאי להלכה אף פסול מדרבנן פוסל ואוסר מלהתיר יבמה לשוק אבל כ"ז בודאי פסול מדרבנן אבל בספק פסול מדרבנן דל"ש חזקת היתר ליבם בודאי יש להקל דשמא פייס הוא ודאי איסור מדרבנן וגזירה שגזרו חז"ל אבל בספק יש להקל כדין סד"ר להקל כיון דליכא חזקת איסור וכמשנ"ת.

ובל"ז בנד"ד א"צ לכ"ז דלענין פסול דרבנן מבואר בשו"ע אה"ע סי' ק"נ וכל גט שאינו פסול אלא מדבריהם להנשא בו לא תנשא לכתחלה ואם נישאת לא תצא ויעוין בברית אברהם סי' צ"ט סק"ה דלגבי איסור יבמה לשוק לא קנסו אף בניסת במזיד ובנד"ד שניסת בשוגג ע"פ הכתב פטור שנשלח לה בודאי דלענין חשש דרבנן אין לחוש כלל ואם נישאת לא תצא.

יג

וגדולה מזו נ"ל דאף הב"ש שמצדד להחמיר מודה בזה וגם לשי' הטור יש להקל בנד"ד דמה שמחמיר בנשתתק מתוך חליו עפ"י שי' רש"י והר"ן דמפרשים מי שנשתתק מתוך חולי מ"מ י"ל דדוקא היכא דליכא הוכחה שאח"כ וכיון שהכביד עליו חליו עד שנשתתק הרי הוא בספק מטורף. והנה התוס' כתבו בר"פ מי שאחזו בגט שכ"מ אומר ר"י דצריך ליזהר שלא יתקלקל בין כתיבה לנתינה דאם נתקלקל בינתים אפילו נתפקח לבסוף אינו מועיל אפילו לר"ל דהא לא סמי' בידו ופעמים ששכ"מ אינו בדעתו ומספ"ל אי חשבינן לי' כשוטה או שמא תונבא בעלמא הוא דנקטיה וכישן דמי עכ"ל וספיקת התוס' דאף דחזינן שאינו שפוי בדעתו מ"מ כיון דנתפקח לבסוף ודרך שיהי' דעתו חוזרת עליו אין זה אלא כישן או דילמא דהוי שוטה ואח"כ נתפקח והוי כעתים שוטה ועתים חלים וכ"כ הבית אפרים אה"ע סי' קי"א והסב גם דעת הב"י לכונה זו יעוי"ש.

ונראה הא דמספ"ל לר"י היינו באופן דחזינן שאינו בדעתו אי חשיב זה שוטה כיון דנתפקח אח"כ אבל אם לא בדקוהו להשכ"מ בשעת כתיבה ואח"כ לנתינה חזינן שהוא שפוי בדעתו בזה מודה הר"י דמוקמינן לי' בחזקתו שהי' שפוי והוכיח סופו על תחלתו דניהו דשכ"מ צריך בדיקה ואין חזקת שפוי בדעת מועלת לפי שהיא חזקה העשוי' להשתנות דזה דרך שמתקלקל דעתו כמש"כ ופעמים ששכ"מ אינו בדעתו ואיתרע לחזקה דמעיקרא אבל חזקה דהשתא הא לא איתרע וכיון דחזינן דהשכ"מ הוא שפוי בדעתו בשעת נתינה הרי שהמחלה לא הסבה שינוי וקלקול במוח א"כ כמו שהוא עכשיו בריא אמרינן שגם מקודם הי' בריא דהא חזקה דהשתא היכא שאין חזקה דמעיקרא מנגדת אזלינן בתרה ומכש"כ דאיכא ג"כ חזקה דמעיקרא אלא דהוי חזקה העשוי' להשתנות בודאי דאזלינן בתר חזקה דהשתא ולא חיישינן שמא הי' מטורף בשעת כתיבה וספק הר"י אינו אלא היכא דחזינן בודאי שאינו בדעתו אי מועיל מה שנתפקח לבסוף אבל לא נבדק בשעת כתיבה ואח"כ ראינו שהוא שפוי נותנים אותו גט גם לכתחלה ולדברי הרא"ש בסדר הגט כפי מש"כ הב"י נפ"מ ג"כ לענין דיעבד.

ובזה אפשר לפרש ג"כ מ"ש התוס' אור"י דצריך ליזהר שלא יתקלקל בין כתיבה לנתינה דאם נתקלקל בינתים אפילו נתפקח לבסוף אינו מועיל ותמה הב"י בזה דמאי איכפת לן אם נתקלקל בין כתיבה לנתינה כיון דבעת הנתינה הי' שפוי ולפמש"כ אפ"ל דכונתם בזה אם לא נבדק בכתיבה דבדיעבד כשר לשי' התוס' דמ"מ אם נתקלקל בין כתיבה לנתינה דבזה איכא חזקה דהשתא שהי' מטורף מקודם וחזקה דמעיקרא עשוי' להשתנות בזה גם בדיעבד יש להחמיר ואפילו אם נתפקח אח"כ בשעת נתינה לא מהני דהא מ"מ חזקה דהשתא דבין כתיבה לנתינה מוכיח שהי' מטורף גם מקודם, ויחודש בזה דאם השכ"מ לא נבדק בכתיבה ונתינה דכשר בדיעבד לשי' התוס' כמש"כ הב"י מ"מ ז"א רק שלא נבדק כלל והשכ"מ מת ומוקמינן לי' בחזקת שפוי דמקודם דדעתו צילותא כל זמן שלא ידעינן שהי' מטורף אבל אם אחר הנתינה ראינו שהוא מטורף ואיכא חזקה דהשתא וחזקה דמעיקרא היא עשוי' להשתנות דין זה לא ראיתי מבורר ולכאורה הדבר תלוי בדין חזקה דאיתרע וחזקה דהשתא באה"ע סי' ל"ז דקידשה אביה בבוקר וקידשה עצמה בערב ונמצאת בוגרת דחיישינן לקדושי שניהם וביו"ד סי' פ"א מכשירים הגבינות בבהמה שנמצאת טריפה ויעוין בשעה"מ בה' אישות שהאריך בזה ואכ"מ אבל עכ"פ הכא דחזקה דהשתא מסייע לחזקה דמעיקרא דאיתרע בזה בודאי לכו"ע שאין לחוש.

ולפ"ז גם בנשתתק מחמת חולי שלא נבדק בבדיקה כדין ולדעת הפוסקים להחמיר אף בדיעבד משום דכל זמן שלא נבדק הוי ספק מטורף דכיון שנשתתק יצא מכלל הרוב חולים שהם שפוים בדעת איתרע חזקתו והוי ספק מטורף מ"מ היינו באופן שלא נבדק אח"כ אם הי' שפוי בדעת אבל אם אח"כ נבדק והחל לדבר בזה י"ל דהוי חזקה דהשתא שהוא שפוי בדעת ומסייע להחזקה דמעיקרא שלא נפגע המוח ומה שנשתתק הוא חולשא בעלמא ובבריא שנשתתק ואח"כ החל לדבר אין לומר דהוי הוכחה שהי' שפוי בדעת גם מקודם לפי שנתרפא ואין משעת הרפוי ראי' על קודם אבל בשכ"מ שנשתתק שהחולי מתגבר אח"כ ואפ"ה החל לדבר והוא שפוי בדעת בודאי חזקה דהשתא מסייע לחזקה דמעיקרא שהוא שפוי בדעת דהא הסבה של החולי לא נשתנה ומ"מ הוא שפוי בדעת ויש לו חזקה דהשתא שנתגברה חליו ומ"מ דעתו לא נשתבש ובודאי גם בשעה שנשתתק הי' שפוי בדעת אלא חלישות בעלמא בכלי המבטא שלא הי' יכול לדבר אבל לא נתהוה שום קלקול במוח וחזקה דמעיקרא ודהשתא מסייע שהי' שפוי בדעת בינתים ורק היכא דליכא חזקה דהשתא אמרינן דבטלה חזקה דמעיקרא אחרי שיצא מרוב בנ"א המדברים ונשתתק ומספקינן לי' בשוטה אבל היכא דאיכא חזקה דהשתא מוקמינן לי' בחזקת שפוי כנ"ל.

ואף דשי' רש"י והרשב"א והרי"ף דאין חילוק בין נשתתק מחמת חולי או בבוריו דלא כהירושלמי, היינו דגם בנשתתק מחמת חולי י"ל דמחמת חולי אחזו רוח השגעון ומספקינן לי' בספק שוטה וצריך בדיקה ג"פ אבל אם מדבר אח"כ בזה י"ל דחלוק בריא מחולה דבריא המדבר הרי נתרפא ול"ש חזקה דהשתא כמו דאין מחזקינן ממקום למקום מכש"כ היכא דבטלה הסבה ואיך נחזיק משעה שמדבר שחזר לבריאותו על שעת השתיקה אבל בנשתתק מחמת חולי דהסבה לא נתבטלה שהרי תקפה עליו מחלתו ביותר ומ"מ הוא מדבר ושפוי בדעת ושייך חזקה דהשתא על דעתו שהי' שפוי גם מקודם ורק חלישות ותונבא בעלמא הוא דנקיט לי' בכלי המבטא והדבור מחלישות הגוף אבל המוח לא נפגע.

ולפ"ז לא מיבעי לדידן על נשתתק אחרי שיאמר כתבו דלשי' הרמב"ם אאמד"ר דיש להקל גם לדברי הב"ש אלא דגם לשי' הטור דהספק נוגע באיסור תורה מ"מ י"ל דבכה"ג גם הטור מודה דלא חיישינן בספק שוטה משום חזקה דהשתא, ובגוף הדבר שדייקו משי' רש"י דס"ל דמתניתין דנשתתק מתוך חולי מיירי דלא כהירוש' אין הכרח לזה דרש"י פי' נשתתק לא אאחזו קורדייקוס קאי אלא מחמת חולי וכונתו דהוה אמינא דאדלעיל קאי אם מחמת יין אחזו קורדייקוס אם גם נשתתק מחמת היין אז בודקין אותו קמ"ל דלאו אשותה יין קאי אלא בריא שנשתתק מחמת פגע חולי שפגעו בו שנשתתק פתאום ואין אנו יודעים את החולי הזה הפגיע גם מחו ושכלו ע"כ בודקין אותו ואין כונתו של רש"י שנשתתק בתוך חולי אלא מתוך חולי כלומר מחמת חולי שפגע בו ולא מחמת יין כדרישא וזה פשוט.

יד

הרי נתבאר דמצד ספק אם הי' שפוי בדעת בנד"ד יש להקל בפשיטות אם נדון שמינה שליח על הנתינה באמירת כתבו אלא אף אם הוא מצד ספק איסור תורה יש לדון בזה להקל מצד שהי' שפוי בדעת אח"כ ודיבר ובפרט שקצת בדיקות והוכחות יש שהי' שפוי בדעת וכמבואר בשאלת הרב השואל ומוקמינן בחזקה דהשתא וא"כ יש לדון בזה לסניף מצד גילוי דעת שהי' באמירת כתבו שעכ"פ רצה לפוטרה בגט וזכות הוא לה למען המצוה מתקנת עגונות לפוטרה מיבום וכיון דגלי דעתו דרצונו בזה וכמש"כ לעיל דהעיקר שאנו באים במבוכה הוא כיון דהוי ספק שוטה וזכי' מטעם שליחות ואין שליחות לשוטה וא"כ גם בזכות גמור אי אפשר מצד ספק שוטה, אבל לפימש"כ בנד"ד שהי' שפוי בדעת אח"כ גם בספק איסור תורה מוקמינן לי' בחזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא ואין כאן ספק שוטה כלל ושפיר איכא זכי'.

ועוד נראה דיש לדון בזה, דגם אם אינו שפוי בדעת מ"מ מזכין לו ע"י זכיה גמורה לפמ"ש הרמב"ם וכן מבואר בחו"מ סי' רמ"ג הל' ט"ז דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה והקצוה"ח שם שדא נרגא בד' הב"י עפ"י המבואר בב"מ דקטן דאתי לכלל שליחות אית לי' זכי' וה"נ בשוטה הא לא אתי לכלל זכי' ודמי לנכרי עיי"ש, אבל באמת לא דמי וכמש"כ התוס' בגיטין דף כ"ב דשוטה חשיב בר כריתות הואיל ולכשישתפה ראוי לזה ורק פומייהו הוא דכאיב להו וה"נ חשיב בר זכי' לכשישתפה ולא דמי לנכרי ועי' במחנ"א ובנתיבות שם שכ' דחשיב אתי לכלל זכי' כמו דחשיב אתי לכלל הוי' ובודאי אין לדחות דין המבואר להלכה אלא שהמחנ"א והקצוה"ח הביאו דברי הרמ"ה המובא בראש כתובות פ"ב דמבואר דס"ל דזכין לשוטה גם בעתים חלים דדמי לקטן דאתי לכלל דעת יעו"ש ובנד"ד שהי' שפוי אח"כ ודיבר אם גם נדון אותו לספק שוטה באותה שעה שנשתתק ל"ה רק כעתים חלים ועתים שוטה וא"כ גם לדעת הרמ"ה בכה"ג איכא זכי' כמו בקטן.

אלא דדבר זה תלוי באשלי רברבי מחלוקת הקדמונים אם זכי' מטעם שליחות ואם יש זכי' לקטן מן התורה ובגירסת הספרים ב"מ ע"א] כמבואר בתוס' כתובות דף י"א וסנהדרין ר"פ בן סורר ובכמה דוכתי והש"ך ביו"ד סי' ש"ה בנקוה"כ הכריע דהעיקר כגי' הספרים דלא גרסי זכי' מדרבנן אי"ל עיי"ש ויעוי' במהרי"ט סי' מ"א ובקצוה"ח סי' ק"ז, ולכאורה י"ל בטעם הסוברים דזכין לקטן מה"ת משום דילפינן מנשיא למטה כמבואר בקידושין דף מ"ב וא"כ בעינן שיזכו לו חפץ כדברי המרכה"מ והקצוה"ח דזכין מאדם לא אמרינן ודעת החולקים ס"ל דאמרינן גם זכין מאדם וכשיטת תה"ד ודעמו וע"כ ס"ל דזכי' מטעם שליחות ואין נפ"מ באם מזכין לו או זכין ממנו דעכ"פ אנן סהדי דכל דבר שהוא לטובתו זכין וא"כ לזכות מחש"ו ממנפ"ש א"א אם מטעם שליחות אין שליחות לקטן ואם מטעם יד כנשיא בעינן שיזכו לו איזה דבר אבל מדהת"ו גבי גר קטן ובכ"ד מבואר דס"ל דזכי' מטעם שליחות ואעפ"י דשליחות לית להו מ"מ זכי' אית להו מה"ת יעו"ש ומבואר דאעפ"י שאינם מזכים לו חפץ שייך זכין לקטן מה"ת.

וגדולה מזה נראה לחדש דאף לשי' הפוסקים דזכין לחו"ש א"א מדרבנן דזכי' מטעם שליחות וכיון דלית להו שליחות גם זכי' לית להו ורק דרבנן תקנו להם זכי' הואיל ואתו לכלל זכי' לכשיגדלו או לכשישתפה מ"מ היינו בקטן דא"א לשליחות בשום צד לחול וכן בחרש ושוטה דמעיקרא דא"א בהו שליחות אבל פקח שגלה דעתו שרצונו בזה ונשתטה או נתחרש הרי אנן סהדי שכל דבר שהוא לזכותו או לטובתו עשאן שלוחים לכל מי שירצה לעשות לטובתו וזהו הטעם דלא בעינן בזכות גמור רצונו ודעתו גם למ"ד דיאוש שלא מדעת ל"ה יאוש דהוי כאבודה הימנו ומכל אדם ובתורת אנן סהדי שעושה שלוחים

קא אתינן עלה וא"כ לשי' הרמב"ם דאזלינן בתר המינוי וכל שהי' פקח בשעת המינוי לא נתבטל השליחות אח"כ וביד השליח לעשות במקום המשלח וא"כ ה"נ בזכי' גמורה אנן סהדי שבשעה שהי' פקח עשה שלוחים לכל מי שירצה לעשות לטובתו ואף אם נאמר דאאפ"ל שיעשה שלוחו בטרם שהי' גילוי דעת לכך, מ"מ היכא שגלה דעתו שרצונו בכך הרי עשה שלוחים תיכף וכמש"כ הרא"ש בתשובה במי שגלה לשדכן לקדש לו אשה דבאותה שעה נעשו כלם שלוחים לעשות לטובתו וא"כ אף שנשתטה המקדש המשלח מ"מ לשי' הרמב"ם הרי הגלוי דעת ההוא עשה שלוחים וה"נ י"ל באמירת כתבו גט לאשתי דיש בזה גילוי דעת על נתינה ונהי שלא עשאם שלוחים לכך אבל מ"מ רצונו לגרשה ולפוטרה מיבום ואנן סהדי שבאותה שעה נעשו כולם שלוחים לטובתו וגם י"ל באמת דכל זכיות שלא עלה על דעתו ועל דעת הנותן מ"מ אנן סהדי שעשאם שלוחים לכך בעודו בריא ולא בעי בזה שום ידיעה דאל"כ הוי ישל"מ ואעפ"י שהשליח לא קבל עליו השליחות מ"מ הי' מנוי מצד המשלח.

טו

ולכאורה יש לסתור ולעורר מדברי הטור שפסק דמי שאומר כתבו ותנו גט לאשתי ונשתטה וכתבוהו ונתנוהו אין הגט כלום והא כיון שעשה שליח על כתיבה ונתינה נהי שנתבטל השליחות ואינו נתפס לכשנשתטה עכ"פ לפמשנ"ת יתנו הגט בתורת זכות דהרי גלה דעתו שרצונו לגרשה ובגילוי דעת גרידא לא סגי כמש"כ הירושלמי פ' התקבל הרי שצווחת להתגרש שמא חזרה בו וה"נ היכא שגילה דעתו לגרשה אמרינן שמא חזר בו אבל על ביטול השליחות הא לא חיישינן שמא חזרה לבטל השליחות וה"נ גבי דידי' לא חיישינן שמא חזר ובטל השליחות וא"כ לכשנשתטה נבוא מדין זכי' ומה בכך שנתבטל השליחות מצד הדין דמ"מ כיון דזכין לחרש וניהו דלשי' הטור לא מהני המינוי מקודם מ"מ לשי' הפוסקים דס"ל דזכין לקטן מה"ת ה"נ בשוטה כן ומוכח מזה אם דשי' הטור דזכי' לקטן אאמד"ר או דל"א זכין מאדם כל זמן שאינם מזכין לו חפץ ולפמש"כ די"ל בטעם הטור דס"ל דאינו גט לאו משום מניעת השליחות רק לפי שעצם הכריתות נעשה ע"י הבעל וכיון שנשתטה אין פעולת הכריתות נגמרת על ידו ודמי לחלות הגרושין בשעה שנשתטה אף שהנתינה הי' בעת שהי' שפוי כמבואר בירושלמי א"ש שי' הטור דא"א ליתן הגט בתורת זכי' דנהי דזכין לחרש מה"ת וגם זכין מחרש מה"ת מ"מ הא נשתטה ואין פעולת הכריתות נגמר ע"י אחר וא"ש אבל לפי הבנת המפרשים בשי' הטור דמצד דאין השליחות נתפסת בשעה שאין המשלח ראוי לאותו מעשה יקשה עדיין דיתנו הגט בתורת זכי' כיון דזכין לחרש מה"ת. ואפ"ל עפ"י מה שכתב התוס' בקדושין (כ"ג]

בד"ה מהו דאמירתו שאמר לו לך וקבל גיטי מגרע גרע דכיון שאמר לו בתורת שליחות לא מהני זכי' ובעינן בו דיני שליחות וכיון דלא מהני בתורת שליחות לא מהני נמי בתורת זכי' ולהכי כשנעשה שליח על כתיבת ונתינת הגט ונשתטה כיון דבתורת שליחות אינו מועיל לא מהני ג"כ בתורת זכיה וזהו שי' הטור ולפי"ז בנד"ד שאמר כתבו לאשתי לפי ההנחה שלא עשה שליח על הנתינה אבל עכ"פ גילה דעתו שרצונו לגרשה והי' מהדר לפוטרה מיבום בזה דהוי בעצם הדבר זכות ראוי לדון שיתנו לה בתורת זכי' כיון דלא עשה מפורש שליח על הנתינה ושפיר אפשר לתת בתורת זכי' כנ"ל.

טז

אלא דבעיקר הסברא דגילוי דעת על נתינה דהוי זכות כתבתי באות ז' מה שיש לפקפק בזה. וכן יש להביא ראי' מגיטין דס"ג אלא הכא משום דעקרי' שליח לשליחותו כו' אלא אמרינן כיון שנתן עיניו לגרשה מימר אמר תגרש כל היכי דמגרשה ומשני הכי השתא התם אדם יודע שאין שליחות לקבלה וגמר ונתן לשם הולכה הכא טעי כו' וקשה הא כיון שהבעל עשהו שליח לקבלה וגם בהא דעקר שליח לשליחותו לפי פירש"י הבעל עשהו שליח להולכה דאדיבורא דידה קא סמך אלא שהשליח לא קיבל עליו עכ"פ הרי מצד הבעל גלי דעתו ועשהו לשליח א"כ כי מטי לידה תתגרש מצד זכי' ומההו"א דאמר כיון שנתן עיניו לגרשה מימר אמר תגרש כל היכי דמגרשה אין להוכיח להיפוך דמהני גילוי דעת דשאני התם דלפי סברא זו יש בכלל שליחות לקבלה גם שליחות להולכה ויש בכלל מאתים מנה ואע"פ דמעיקרא לא אסיק אדעתי' לעשות שליח להולכה וכמו שפרש"י שם מ"מ הא ברצון של קבלה יש רצון של הולכה וגילוי דעת כזה בודאי מהני ול"ש בזה ישל"מ דבאותו שעה אנו יודעים רצונו שנתרצה שתתגרש בקבלת השליח מכש"כ שנתרצה לכשיגיע הגט לידה אבל לפי המסקנא דלא ס"ל הך סברא משום דהא טעי או כמש"כ רש"י לפי דהשליח עקר שליחותו והכי קיי"ל כהמסקנא כמבואר באהע"ז סי' ק"מ ותקשה דהרי עכ"פ גלי דעתו לגרשה ויגרש מצד זכות ועכצ"ל דלא מהני גילוי דעת וכל זמן דלא ידעינן שנתרצה באותו שעה אע"פ שנתרצה לבסוף הוי כיאוש של"מ (ויש להעיר בגיטין שם בקושית רבא ת"ש קטנה שאמרה התקבל לי גיטי כו' הא רבא ס"ל דיאוש של"מ הוי יאוש וא"כ לדידי' בדין שיועיל גילוי דעת ואף דטעי מ"מ הא נתרצה לשליח לקבלה ואם יהי' ריצוי לבסוף בדין שתתגרש] ולפי פרש"י דהשליח עקר לשליחותו דאדיבורא דידה סמך ושוי' לשליח להולכה אלא שהשליח עקר לשליחותו דלא ניח"ל בטירחא דהולכה י"ל לפמשכ"ל בס' התוס' בקדושין דכ"ג דכל היכא דמשוי לשליח בתורת שליחות ל"ש זכי' וכיון שהבעל עשהו לשליח להולכה אין

ביכולת השליח לגרש בתורת זכי' להבעל, אבל לפי פי' הטור וכ"כ הריטב"א והשימק"ו בב"מ דגם הבעל לא שוי' לשליח להולכה כיון דהשליח עקר לשליחותו א"כ גם הבעל לא עשאו לשליח להולכה א"כ בדין שיהי' ביד השליח לגרש בתורת זכי', (אם לא דנחלק כיון דעכ"פ עשהו לשליח קבלה אף שאינו מועיל על פי דין אבל עכ"פ אי אפשר לבוא בתורת זכי') וכי יש קפידא בדבר שנתרצה רק באופן זה ולא בתורת זכי' ומוכח מזה דלא מהני גילוי דעת על נתינה וטעמו של דבר משום דלא הוי זכות גמור וכמבואר בירוש' הרי שצווחת להתגרש אני אומר שמא חזרה בה ודוקא שליחות אינו מתבטלת עד שיבטל המשלח בפיו ולא חיישינן שמא ביטל שליחותו אבל בגילוי דעת סגי חזרה בלב ולהכי חיישינן שמא חזרה כיון דלא עשאוהו לשליח. ואע"פ דלא דמי להירושלמי דמיירי באשה כמש"כ החת"ס באה"ע ח"ר סי' ד' דלא נאמרו הדברים הללו אלא באשה דטב למיתב טן דו וחיישינן שמא חזרה אבל באיש דלא מצינו כן ל"ח שמא חזר וע"ע בחת"ס חאה"ע ח"ב סי' מ"ג, מ"מ נראה דלא דמי גט לקידושין ובגט לא מהני גילוי דעת [ובשטר קידושין בהני דיני דגיטין ס"ג נראה דלשי' הרא"ש דמהני גי"ד מצד זכות מהני גם בכה"ג ותתקדש לכשיגיע לידה].

אולם י"ל דדוקא בסתם גט אפילו בצווחת להתגרש כיון שאין זכות ברור ניכר מגילוי דעת שלה אני אומר שמא חזרה בה כיון דסתם גט חוב הוא לאשה ומה שצווחה להתגרש הוא רק לפי שעה ולהכי בגיטין דס"ג דמיירי בסתם גט לא מהני גילוי דעת שלו ג"כ [ויתישב ג"כ דברי הטור שהקשיתי באות הקודם בנשתטה המשלח כיון דגלה דעתו לגרשה יגרשה השליח בתורת זכי' לפי מאי דס"ל דזכין לשוטה משום דסתם גט דהוי חוב לא מהני גילוי דעת.] אבל היכא דהגילוי דעת הוא בשביל זכות הניכר י"ל דזה דמי לזכות גמור והא בזכות גמור מספק"ל להש"ס במזכה גט במקום יבם ואי הוי זכות מהני ולא חיישינן שמא אין רצונה בכך וה"נ בזכות שיש בו חוב מ"מ כיון דאיכא גילוי דעת לזה הוי כזכות גמור ולא חיישינן שמא נשתנה רצונו וזהו דעת הרא"ש דס"ל דגלה דעתו לשדכן שרוצה באשה פלונית דיכול לקדשה מטעם זכי' אף דל"ה זכות גמור ויש בו ג"כ חוב משום גי"ד דמעיקרא משוי לזכות גמור ולא חיישינן שמא חזר מרצונו וה"נ בגילה דעתו שרצונו לגרשה לפוטרה מיבום דהוי זכות דמצוה וניח"ל אף דלא הוי זכות גמר מ"מ מהני גילוי דעתו לדון כזכות גמור ליתן גט לאשתו מטעם זכות, ובזכות גמור דעת האחרונים דמהני גם בזכין מאדם וגם בגרושין מהני בזכות ודאי דלא כמש"כ הקצוה"ח בסי' רמ"ג וסי' שפ"ב דלא מהני בגט תורת זכי' וכ"כ החת"ס אהע"ז סי' י"א דהלכה רוחת בישראל למכור חמצו של חברו בתורת זכי' וכ"כ הברית אברהם בסוס"י ק"א וכן

נראה לה"ר מדהתוס' בגיטין דע"ב ד"ה קולו שכ' וי"ל דמסתברא דהרכנה דמתניתין מהני כמו קולו כיון דקים לן שמתרצה לא בעינן שמיעת הקול כמו תן גט זה לאשתי אם הי' זכות לה לא הי' יכול לחזור בו ואע"פ שהיא אינה אומרת כלום כיון שהיא מתרצה בלא שמיעת קולה הוי שלוחה כו' יעו"ש ומבואר מדהתוס' דריצוי גמור מהני כמו בדידה, ואף שדבריהם צ"ע ממה שהוכיחו ממזכה גט במקום יבם דהא בנתינה לא בעינן לשמה וגם לר' ירמי' דס"ל דבעי נתינה לשמה מ"מ כיון דמתגרשת בע"כ ולא בעינן דעתה ורצונה ממילא הוי לשמה משא"כ בכתיבה הא בעינן לשמה וכל זמן שלא שמע מהבעל הוי שלא לשמה וכמש"כ הרמב"ן והר"ן באומר אמרו לחלק בין גט למתנה וכ"כ הרשב"א בתשו' בח"ד וצ"ל בשי' התוס' דלא ס"ל חילוקם והעיקר תלוי ברצוי גמור וכיון דקים לן שמתרצה דמי לשמיעת קול והוי לשמה והא דאומר אמרו פסול לשי' התוס' שאינו מחלק בין כתיבה לנתינה ליהני מתורת זכי' משום דבסתם גט דחוב הוא לא מהני גילוי דעת כמשכ"ל ועוד כיון שמקפיד בתורת שליחות לא מהני בתורת זכי' כמשכ"ל מדהתוס' בקידושין כ"ג וכיון דמילי לא מימסרו לשליח לא מהני בתורת זכי', וכ"נ מד' הרא"ש בפ' האומר סי' כ' ונראה דוקא לענין ציווי הבעל הוא דבעינן שידבר בפיו ושישמע קולו אבל לענין שליחות האשה כל היכא דקים לן שהוא רוצה בדבר לא בעי שליחות ונ"ל דאיש ואשה שוין בזה כו' וא"כ י"ל בגילוי דעת בגט היכא דאיכא מצוה דדמי לקדושין לשי' הרא"ש ומש"כ השם ארי' לפקפק בזה דמשום זכות דמצוה מצוה בו יותר מבשלוחי ל"ש בזה בגט שכ' שהוא חולה ואין בכחו להחזיק הגט והא גם בהפרשת תרומה וחלה לשי' התה"ד דייניגן מטעם זכי' ולא אמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו וכן בקדושין ולבד זה נראה דמצוה דגירושין שאינה מצוה אקרקפתא דגברא ורק דין מדיני התורה והמצוה בזה הוא משום תקנת עגונות והוא בכלל גמ"ח לא מצינו מצוה בו יותר מבשלוחו במצוה של גמ"ח בין אדם לחבירו ועי' בפתחי תשובה אה"ע סי' ל"ה ס"ק ב' ובאו"ח סי' ר"נ בשע"ת שם עכ"פ בשכ"מ מסוכן שאין בכחו להחזיק הגט ל"ש מצוה בו יותר מבשלוחו.

יז

והנה הברית אברהם האריך להוכיח דד' הרא"ש המובא באה"ע סי' ל"ה דגלה דעתו לשדכן שרוצה באשה פלונית דיכול לקדשה דע"כ טעמא דהרא"ש דכיון דא"ל לשדכה הוי' כמה שעשאו שליח בפירוש דהכל יודעין למה נשתדכה ולא מדין זכי' מהא דקידושין דף נ"ט מ"ש חבירו כו' דסבר דלא טרח ולא סמכי' דעתי' לישוי שליח אלא באותו מקום אבל שלוחו דטרח כו' וחזינן לפי הו"א דליכא קפידא בזה וא"כ בחבירו

ניהו דלא סמכא דעתי' לשוי' שליח מ"מ הא לא גרע מדין הרא"ש דחזינן דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו ונעשה אח"ז ממילא שליח לקדשה וכמ"כ הקשה מנזיר דף י"ב דבאחות ונתגרשה שרי דבמידי דלא מצי עביד השתא לא מצי משוי שליח ולמה לא נימא דליהני מטעם זכי' וכמ"כ מקושית התוס' דהאיך אשה עושית שליח להפריש חלה לאחר שתלוש הקמח דהא איהי לא מצי עביד השתא להפריש מקמח ועדיין נימא דתוכל אח"ז להפריש חלה מהעיסה מטעם זכי' דהא גלי דעתו שרוצה בכך אע"כ דכונת הרא"ש הוא רק מטעם שליחות דהוי כמו שעשאו שליח בפירוש אבל מצד זכי' היכא דלא הוי זכי' גמורה ויש בזה צד חוב אע"פ דגילה דעתו אמרינן שמא חזר בו כמש"כ הירושלמי הרי שצווחת להתגרש שמא חזרה ואע"פ שנתרצה אח"כ מ"מ בעת הזכי' הא לא ידע השליח והוי כישל"מ זהו תו"ד הברית אברהם.

ותמיהני שרצה להסב ד' הרא"ש ולהכניס בו כונה אחרת שהרי מפורש בדבריו להמעיין שמצד זכי' הוא ולא מטעם שליחות אלא דזכי' הוה מה"ת מטעם שליחות דכיון דגלה דעתו הוה זכות וזכין לאדם שלא בפניו ואם איתא דס"ל דדמי כמו שעשאו שליח לא הי' צריך הרא"ש לומר דזכין לאדם שלא בפניו אלא דהוי כמינוי לשליחות וכן מבואר בדברי הפוסקים דמצד זכי' הוא וזהו חידושו של הרא"ש ומה שתמה הברי"א מכל הני דאכתי י"ל בפשיטות דס"ל להרא"ש כמשכ"ל בד' התוס' בקדושין דכ"ג בד"ה מהו דאמירתו שאמר לו לך וקבל גיטי מיגרע גרע דכיון שאמר לו מתורת שליחות לא מהני זכי' וכה"ג כתב התוס' בגיטין דס"ו דאפילו לר"מ דס"ל דנמצא באשפה כשר מ"מ כשמצוה גרע ועי' בפנ"י שם ולהכי באמר לחברו קדש לי אשה פלונית במקום פלוני לפי ההו"א דלא סמכה דעתי' עלי' כיון דלא טרח ונתבטל השליחות ממילא לא מהני לקדשה בתורת זכי' כיון דירד המשלח לשליחות וכן צ"ל בנזיר די"ב דכיון דמינהו לשליח לא מהני זכי' וכמ"כ בקו' התוס' גבי חלה, ובלא"ה י"ל דמקדושין דנ"ט אין ראי' דגם לדעת הרא"ש דס"ל דע"י גילוי דעת הוה זכי' מ"מ הא גם בזכי' גמורה כבר נחלקו הפוסקים אם יכול למחות ויעוי' במחנ"א ה' זכי' סי' ו' ובקהלת יעקב להאלגאזי אות ז' שהאריך בזה אבל עכ"פ בזכות בגילוי דעת י"ל דיכול למחות וכ"ז שלא מיחה דיו וא"כ נפ"מ אי מקודשת ע"י השליח אי מהני מחאתו וכמ"כ י"ל בהך דנזיר י"ב דיש לה אחות ונתגרשה אין לחוש דליהני מתורת זכי' דעכ"פ יכול המשלח למחות ולומר שאינו רוצה במעשה השליח שזכה לו האחות שנתגרשה וממילא יכול לקדש אחותה הפנוי' עוד נראה ליישב בפשיטות דודאי נפ"מ בין שליחות לזכי' דבשליחות צריך שיבטל השליחות בפני עדים אבל בגילוי דעת סגי אם חזר בו אם גלה דעתו אח"כ שאין רצונו בזה וכמש"כ הברי"א דסגי בזה גם חזרה

בלב א"כ נפ"מ מכל הני היכא שגילה דעתו אח"כ קודם מעשה מהשליח שחוזר מזה או שאומר שחזר בלב ובכה"ג איכא נפ"מ אם מקודשת מתורת שליחות לא נתבטל עי"ז השליחות כ"ז שלא ביטל השליחות כדין אבל אם אנו באים מתורת גילוי דעת סגי חזרתו ולהכי קאמר דאם קידשה במקום אחר אינה מקודשת וסגי חזרת המשלח בלב לפני מעשה השליח וכמ"כ בנזיר אבל כ"ז שאינו אומר שמוחה בזה או שחזר הרי מוקמינן בחזקתו עפ"י האומדנא מהגילוי דעת שלו ולא חיישינן שמא חזר כיון דבעצם לא הוי חוב אבל בגט דבעצם הוא חוב חיישינן שמא חזר ואף שנתרצה לבסוף הוי ישל"מ כיון דבלא הרצוי אנו מסופקים בכל שעה שחזר מגילוי דעת הראשון, ומהא דנזיר בפשיטות אין זה ראי' דדינא דהרא"ש הוא רק שגילה דעתו שרוצה באשה פלונית הוי זכות אבל בצא וקדש לי אשה סתם ובפרט אשה שהיתה אסורה לו אז בודאי לא היה גילוי דעת עליה ואין זה ענין להרא"ש ובודאי דהרא"ש מטעם זכי' אתי וכ"כ הרא"ש בעירובין ס"פ חלון בנותן מעה לחנוני דמחמת גילוי דעת מהני מטעם זכי' וכ"ה בשו"ע או"ח סי' שס"ט.

יח

ולכאורה יש לסתור ולהוכיח דלא מהני גילוי דעת לגרשה אף במקום יבם דאיכא זכות מהא דמוכיח בכתובות דנ"ה דר"ש שזורי אזיל בתר אומדנא ומאי ראי' דילמא שאני הא דר"ש שזורי דלפי דגלה דעתו שרצונו לגרשה כותבים ונותנים גט לאשתו מצד זכות דזכין לאדם שלא בפניו ולכאורה י"ל"פ בזה הא דמשני בב"ב דקמ"ו שאני התם דאמר כתבו משום דכתבו הוי גילוי דעת לפיכך נותנים מטעם זכי' ורבנן דפליגי משום דס"ל דאין בכתבו גילוי דעת על נתינה ומדלא אמר כתבו ותנו ש"מ שאין רצונו לגרשה ור"ש שזורי ס"ל דמתוך שהוא בהול לא גמר למילתי' ובבריא שעלה לגג ונפל מן הגג דהוכיח סופו על תחלתו דבאותו שעה לא ידעינן דהוי זכות מ"מ כיון דהוכיח סופו על תחלתו דהמשלח נתכוין לגרשה אף דהשליח לא ידע לא איכפת לן כיון דאיגלאי מילתא שהי' זכות להמשלח באותו שעה והוי כידע המשלח [ועי' בטור סי' ק"מ בבעל שאמר התקבל בשי' הב"י שא"צ לידיעת השליח אלא כיון שרצונה להתגרש באותו שעה ע"פ ידיעת העדים שפיר זכה השליח וגם ד' הברית אברהם בשי' הב"ח דבעי ידיעת השליח דאי לא ידע הוי כישל"מ אין דבריו מוכרחים בשי' הב"ח רק היכא שאנו צריכים לניחותא דבעה"ב המשלח למפרע הוי ישל"מ אבל אם הבעה"ב המשלח ידע באותו שעה ונתרצה אע"פ שהשליח לא ידע הוי תרומה גם לאביי וכמש"כ הרמב"ן בחי' לגיטין דבתרומה מהני כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום אף שהשליח לא ידע מהני ג"כ והא דבב"מ דמוקמינן בשוי' שליח היינו לפי שהמשלח לא ידע באותו שעה] אולם בודאי פשט השמועה דהא דר"ש

שזורי משום אומדנא הוא ולא משום זכות דהא דר"ש שזורי במסוכן הוא גם באופן דלא הוי זכות וכותבים ונותנים רק למי שאמר כתבו שמנאם לשלוחים ולא לאחרים וממילא גם בגונא דהוי זכות גמור מ"מ כיון דאיכא אומדנא שמנאם לשלוחים לא מהני זכי' כמש"כ התוס' בקידושין דכ"ג וכיון שמנאם לשלוחים לא יוכלו אחרים לגרשה ולפ"ז היכא שאנו מסתפקים שמא חשב בעצמו לגרשה משום דלא עלה על דעתו שלא יהי' בכוחו לגרשה ולא מנה לשליח על נתינה בזה שפיר י"ל כיון דאיכא גילוי דעת לגרשה ועצם הענין הוי זכות מהני כמש"כ הרא"ש לגבי קידושין אלא דגוף ד' הרא"ש אינו מבוררים להלכה ובשו"ע הובא בשם יש מי שאומר ויעוי' בח"ס שם דהוי ספק קידושין ובאבני מלואים סי' ל"ז מוכיח בשי' הרי"ף דלא ס"ל כהרא"ש וכ"ז לענין קידושין ולענין גט לא מצינו גילוי לזה בד' הראשונים ושיטת הברי"א דלא מהני דחיישינן שמא חזר אלא שאין דבריו מוכרחים כמש"כ מ"מ נראה דבמסוכן באופן שלא עלה על דעתו שיצטרך למנות שלוחים וכסבור הי' לגרש בעצמו מ"מ מהני גילוי דעת במסוכן דכמו דאיכא אומדנא דאע"פ שלא אמר תנו כאמר תנו דמי וכותבים ונותנים כמ"כ איכא אומדנא שלא חזר בינתים כיון דרצונו לפוטרה מיבום והסבה לא נתבטלה ואיכא גילוי דעת ואומדנא ודאית שלא חזר מרצונו ודמי לזכות גמור ולפיכך אף באופן שלא עלה על דעתו למנות שליח וכסבור הי' לגרש בעצמו מהני הגילוי דעת ואומדנא שלא חזר בינתים ויש בזה דין זכות גמור דקים לן שמתרצה, ואין בזה דבר מחודש למעשה רק להסביר הדין הסתום במשנתינו דמסוכן שאמר כתבו גט לאשתי דכותבים ונותנים וסתמוה הרמב"ם והטושו"ע דנראה דבכל אופן הוא אף באופן שלא עלה על דעתו למנות שלוחים כמשנ"ת באות ו' דיש להוסיף בזה משום דאיכא גילוי דעת ואומדנא שלא חזר מהגילוי דעתו לגרשה והוי כזכות גמור וכולהו איתניהו במסוכן. [ונפ"מ איכא בין הטעמים בנשתטה כמשכ"ל ונפ"מ ג"כ באם הוקל ממחלתו אם דהאומדנא שעשה שלוחים על נתינה לא נתבטל השליחות כל זמן שלא ביטל בפירוש אבל אם באים מצד זכות י"ל כיון דנשתנה הסיבה נשתנה הרצון, ועי' ביד המלך בפ"ב מהל' גירושין בפירש"י מסוכן גוסס] ומעיקר הדין נראה דבכל גוני מסוכן שאמר כתבו הוי אומדנא על מינוי השליחות כמשנת"ל.

ולענין הלכה נתבאר דדין דר"ש שזורי הוא בכל גוני ומצד מה שנשתתק ולא נבדק אם הי' שפוי בדעת בעת הכתיבה והנתינה נתבאר כמה טעמים דכיון שהיה שפוי אח"כ אין לחוש בזה, וכיון שהוא מקום עיגון גדול ושעת הדחק שכבר ניסת [וכפירש"י בגיטין י"ט כדאי ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק שניסת] ראוי להזדקק לזה להתירה לבעלה ואם יסכימו רומעכת"ר הרבנים הגאונים שיחי' הנני נמנה עמהם להתירה.

סימן כט

בענין הנ"ל. לרב גדול אחד. ערבים עלי דברי דודים ויקרו בעיני דברי מעכ"ת והשגותיו אשר הגיעוני בשבוע העבר, והנני להשיב את אשר אמצא לנכון להצדיק את האמור בקונטרסי.

א

מש"כ כת"ר בדבר היסוד שכתבתי באות י"ג דאין לחוש שמא נתקלקלה דעתו בינתים כיון שיש לו חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא שהוא שפוי בדעת אין לחוש על קלקול בינתים והעיר על זה מב"ב קנ"ג דקיי"ל להלכה דאע"ג דמת וקברו מוכיח עליו חוששין שמא נרפא מחליו הראשון הרי דחוששין על שינוי בינתים, יפה דחה דשאני התם כיון דרוב חולים לחיים וע"כ אין חזקת חליו הראשון חשוב חזקה להחזיק אותו בחליו ובלא זה לא דמי ג"כ דהתם אין זה חשובה חזקה דהשתא הא דקברו שמוכיח עליו ולא דמי לחזקה דמעיקרא של החולי ובע"כ הי' השתנות במצב החזקה, ואף די"ל דהוא תולדה מסתעפת מתגבורת החולי מ"מ אין זו חזקה דהשתא שהרי חזקה זו אינה מכח סברא רק מכח הדין דאמרינן שלא נשתנה והא נשתנה, וכיון דרוב חולים לחיים אמרינן שנתרפא מחליו הראשון והמות בא מסבה אחרת משא"כ בנ"ד בספק אם הי' שפוי בדעת לו גם אי נימא דבנשתתק עלול לספק של טירוף מ"מ החזקה דהשתא שהוא שפוי בדעת מסייע להחזקה דמעיקרא ואין לחוש לקלקול בינתים אלא שלכאורה יש לסתור ביותר מדין פלוגתא דר' יעקב ור' נתן שם דקיי"ל כר' יעקב דהוא מוציא מידם בלי ראי' והם אין מוציאין מידו בלא ראי' משום דכיון דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו ל"א העמד אדם זה בחזקת בריא כמו שהי' מתחלה ואעפ"י שמעכשיו הוא ג"כ בריא ומה"ט דן הר"ן בתשובה והובא בב"י סוסי' ר"א במקוה שהוחזק להיות מ' סאה וטבלו נשים בתוכו ולמחרת נמדד ונמצא כשיעור מכוין שאם הוחזק להיות מימיו מתמעטים ולעמוד על פחות ממ' סאה קרוב הדבר שאין לסמוך על חזקתו הראשונה ואעפ"י דעכשיו נמצא ג"כ שלם וצריכה לחזור ולטבול דאין חזקתו הראשונה וחזקה דהשתא מהני נגד חזקת טמא של הטובל כמו דלא מהני חזקת בריא דמעיקרא ודהשתא נגד חזקת ממון יעו"ש וע"ע בש"ש ש"ג פ"א וי"ב עיי"ש ולפי"ז גם בנ"ד דאיכא חזקת א"א בדין שלא יועיל חזקה דמעיקרא ודהשתא ונחוש שמא נטרף דעתו בינתים, ולולא דברי הר"ן מגוף הסוגיא אפ"ל דלפי המסקנא דקיי"ל כר' יעקב משום דאוקי ממונא בחזקת מ"ק ולא מהני חזקה להוציא ממון דהא רובא עדיף מחזקה ואין הולכין בממון אחר הרוב ומכש"כ בתר חזקה

ויעוי' בפנ"י שם שכ' לפי המסקנא משום שכנגד טענת ברי לא מהני שום חזקה וכמה חזקות וזה כלל גדול בדין הממעה"ר ולפי"ז חזקת בריא באמת הוה חזקה מעליותא וגם חזקה העשוי' להשתנות הוה חזקה ולטהרות וקדשים החמירו כמבואר בריש נדה ורק לפי שאין מוציאין ממון ע"י חזקות אבל נגד חזקה אחרת שפיר מהני חזקה זו אף דעשוי' להשתנות וכמו במקוה שנמדד דאוקי המקוה בחזקתה ולא מהני חזקת טמא משום דהספק נולד בהמקוה ורק בנמצא חסר הוי תר"ל אבל למש"כ הר"ן לדמות דין מקוה למחלוקת דר' יעקב ור"נ ואין חילוק לדידי' ורק דחזקה העשוי' להשתנות מהני חזקה דחזקת טמא נגדה כמו חז"מ ולדידי' א"כ גם נגד חזקת א"א אינו מועיל חזקת שפוי בדעת דמעיקרא ודהשתא.

אולם בשו"ת בית אפרים חאה"ע סי' קי"א צידד לחלק וכתב ג"כ דבבריא ושכ"מ הוא לפי שטוען ברי ונידון הר"ן שאני לפי שהוחזקה המקוה להתמעט וגרע מחזקה העשוי' להשתנות ויעו"ש מה שחילק עוד בין דבר הבא מחמת טבע או במקרה ובלא זה נראה לחלק מדברי הר"ן דשאני התם במקוה שהוחזקה להתמעט בפחות ממ' סאה ולעלות דכמו דחזקה דמעיקרא עשוי' להשתנות כמ"כ החזקה דהשתא עשוי' להשתנות ואף שיש בה מ' סאה אין זה מוכיח על למפרע דכמו דעלולה להתמעט להבא כן עלולה לעלות ואפשר דנתמעט שיעורה ואח"כ נתמלאה וכמ"כ בפלוגתא דר"י ור"נ כיון שהחולי מצוי ואין חזקת בריאות מהני להכריע גם חזקה דהשתא אינה מכריע דאף דבריא הוא עכשיו הוא עלול לחולי ולהתרפאות דרוב חולים לחיים וע"כ אף שהוא עכשיו בריא אומרים שהי' חולה ונתרפא דהא הבריאות והחולי עשוים להשתנות משא"כ בנ"ד דניהו דנימא דכיון שנשתתק נתבטל חזקתו שהוא שפוי בדעת ויצא מכלל רוב הבריאים השפוים בדעת שהם מדברים יצא זה שאינו מדבר אבל החזקה דהשתא שהוא שפוי בדעת ומדבר אעפ"י שלא נרפא מחליו ואדרבה הורע חליו עד שמת מתוך חולי זה ובודאי אין שוטה מתוך חולי עומד להיות שפוי בדעת באותו חולי עד שנאמר דרוב עומדים להיות שפוים בדעת בתוך חליים ואפ"ל דעשוים להשתנות ולהתרפא מתוך חולי וגם חזקת בריאות עשוי' להשתנות אבל אין שפוים בדעת עשוים להשתנות לומר שעלול שיוכבד עליו חליו וישתטה ואח"כ ישתפה וע"כ אף אם נאמר דחזקה דמעיקרא נתבטלה כיון שנשתתק מתוך חולי אבל החזקה דהשתא שהוא שפוי בדעת אף שהוכבד עליו מחלתו מהני היכא דליכא חזקה דמעיקרא מהני חזקה דהשתא ואמרינן שהוא שפוי בדעת בינתים ג"כ.

ב

ומשה"ק מעכ"ת ביבמות דף פ' וליחוש שמא הבריא בינתים דמסיק שם דכיון דתחלתו לקוי וסופו לקוי לא חיישינן בכולא גופא ובחד אבר חיישינן ובנ"ד הוה כמו חד אבר ושוב כ' להקשות בשם קרן אורה מ"ט באמת לא מוקמינן בחזקה דמעיקרא שהי' לקוי מקודם ומתוך זה חידש דכיון שאין השעה שמסתפקים עלי' גלוי' וידועה וכמש"כ הרמב"ן בחזקת קרובות שאינן לפנינו וה"נ השעה שאינה ידועה לפנינו ולהכי חיישינן שמא נתרפא באיזה שעה שאינה ידועה לנו זהו תו"ד מעכ"ת לא מצאתי מקום בסברא לתירוצו והא רק חזקה שלא נתבררה בשעתה לאו חזקה היא אבל זמן הספק שלא נתברר לנו מאי איכפת לן כיון דהחזקה נתבררה והא ספק טריפות הספק ג"כ לא נתברר לנו באיזה שעה הי' או ספק נדה וכיו"ב לא נתברר לנו הרגע מתי נטמאה ובודאי שאין שום נפ"מ בזה וכיון דזמן החזקה נתברר אמרינן שלא נשתנה ולא יצא מחזקתו כל ימיו וחשש דשמא ימות הוא משום דהוה הספק בלהבא או משום דסוף אדם למות אבל בעבר בודאי מהני חזקה דמעיקרא להחזיק בחזקתו תמיד כל זמן שלא נתודע השתנות. ומשה"ק בס' קרן אורה במאי דמקשה הש"ס וניחוש שמא הבריא הא בדין דנוקמי בחזקה דמעיקרא נראה דלפי ההו"א בש"ס דמדמה סריס למום כמו במומים ל"ש חזקה לומר שישאר במומו ולא יעבור לפי שעל זה גופא אנו דנין אם המום הזה שנולד בו הוא מום קבוע או עובר ומסופקים בו אי פודין ושוחטים עליו והספק בא מתחלה אם זה נקרא מום קבוע או עובר ל"ש בו חזקה דמעיקרא דגם מעיקרא לא נתברר שהמום לא יעבור דאין החזקה שולל האפשרות דאין לומר דלהכי לא מהני חזקה משום שדרכו לעבור כמו שפירש"י בבכורות והוי חזקה העשוי' להשתנות דהא גם חזקה עשוי' להשתנות מהני מדין תורה כמבואר בריש נדה דלחולין מהני חזקה ורק לתרומה וקדשים החמירו וכמו שהאריך בזה הש"ש להשיג ע"ד המהרי"ט וגם אין לומר דלהכי לא מהני חזקה משום דאיכא חזקה כנגדה דקודם הוית המום לא הי' ראוי לפדיון ומוקמינן אחזקה דגם עכשיו אינו ראוי לפדיון מ"מ עדיין יקשה אי נימא חזקה להבא נימא כמו שאינו ראוי עכשיו להקרבה משום המום שבו כן לא יעבור המום ויפסול גם אח"כ מהקרבה ולא ישתנה וישאר מום קבוע אלא דבאמת ל"ש בזה ענין חזקה כמש"כ דעל זה גופא אנו מסופקים אם הוא מום קבוע או מום עובר וכיון דאפשר שיעבור המום ויתרפא לא חשוב מום קבוע והוה עובר ומה"ט מדמה הש"ס גם סריס חמה ששמו מחוי דכל שלא הי' עליו רגע אחד שלא הי' סריס זהו סריס חמה אבל כל שבהויתו לא הוקבע בו שם סריס ומספקינן אם הוא סריס חמה שאין לו רפואה או שזהו מין חולי אחר שיש לו רפואה על פי רוב ולהכי

חיישינן שמא הבריא דלא אמרינן שהוא מוחזק בחולי זה בלי השתנות כיון שחולי עלול להתרפאות ואין לחולי חזקה שישאר בהויתו בלי השתנות וכיון שלא הוקבע ולא נתחזק בסריסות שאין לו רפואה חוששין שמא הבריא בינתים.

ג

ונראה דלפי המסקנא כיון שבא מחמת חולי כל הגוף ואינו דומה למים ממילא הוקבע בו השם סריס ושייך בו ג"כ חזקה ולהכי באם היבם סריס חמה וניסת בלא חליצה מ"מ אם נתרפא אח"כ מאליו או ע"י רפואה ל"א שהוא בירור למפרע ורק שנתרפא אח"כ [ועי' בבכורות ד"ל דמבעי"ל אי לא איתסי למפרע הוי מומא או מכאן ולהבא הוה מומא] כיון שהוקבע הסריסות שבו ודוקא אם הי' המת שעה אחת ברפואה א"כ לא נתמעט משם מחוי כיון שנתרפא באותה שעה הרי שהי' לו שעת הכושר אבל ביבם לא משגחינן רק על שעת הכושר בשעת הנפילה וע"כ אף שנתרפא אח"כ אין זה בירור למפרע כיון שאין אני קורא בשעת נפילה יבמה יבא עליה הרי היא כאשת אח שי"ל בנים וע"כ אין אנו חוששין שמא יבריא היבם ויתרפא ובפרט לשי' התוס' בקדושין דשמא קדש לא חיישינן ושמא יקדש חיישינן דחזקה אינה מועלת להבא וקשה דניחוש שמא יבריא והא לפי פשטות הגמרא דרק לפי שתחלתו וסופו לקוי לא חיישינן שמא הבריא בינתים וא"כ באם היבם סריס לא נודע סופו וניחוש שמא יבריא אע"כ דאף אם יבריא לא מהני ורק לשעבר אמרינן שאין זה שם מחוי כיון שראה רפואה שעה אחת כנ"ל ויעוי' בס' פסקי הלכות להגאון מו"ה דוד מקארלין בתשו' הנספחות בענין פצוע דכא מש"כ שם דאם נתרפא הוה בירור למפרע וצריכה חליצה אלא לפי שהוא חשש רחוק לא חיישינן ואינו נראה כן דהא בגמ' מקשה וניחוש שמא הבריא וגם לא נראה עצם הדין מד' הפוסקים שסתמו הדין דסריס חמה אינו חולץ ואין חולצין לאשתו.

ומה שהעיר מעכ"ת בשוטה דהוה חולי הראש וא"כ בדין שנחוש דהוי כחד אבר נראה לפמש"כ דרק הסריסות מדמה הש"ס למום ול"ש בו חזקה דהספק במום גופא אם הוא קבוע ולא הוקבע בו הסריסות דגם באותה שעה לא נודע אם הוא סריס חמה משא"כ בשוטה דבשעת שטותו הוא מטורף לכל הדינים מוקמינן בחזקתו שלא נשתנה וראי' לזה דהא קיי"ל ביבמות דף צ"ו וקבעוה להלכה דאשת החרש והשוטה פטורה מן החליצה והיבום וקשה דניחוש שמא הבריא בינתים שעה אחת ובעל לשם קדושין והו"ל למיחש לחומרא כיון דהוה בחד אבר ודוחק לומר דדוקא בסריס חיישינן שמא הבריא בינתים והי' ראוי להוליד באותה שעה ושאינו ניכר לבני אדם מ"מ הא סתמא תנינן ואף שלא ראו בני אדם הנהגתו אלא כיון שהי' מוחזק לנו בשוטה לא חיישינן והגם שי"ל עוד דכיון

שהי' מוחזק בשוטה וע"כ אף אם בעל לשם קדושין לא מהני כיון דעדי יחוד חשבוהו לשוטה הוה כמקדש בלא עדים מ"מ גם היכא שלא נודע לנו ויש להסתפק שמא ידעו עדים בדבר שהי' איזה יום שפוי בינתים בכל ימיו לא חיישינן [ועי' בב"י סי' קכ"א בדין עתים חלים ועתים שוטה שחוששין בכה"ג] אע"כ צ"ל או דשוטה הוה כחולה כל הגוף והכל הולך אחר הראש או די"ל כמשכ"ל דכיון דהוקבע לשוטה ממילא הוי חזקה ולא חיישינן שמא נשתנה כיון שאין דרכו להשתנות ורק בסריס אנו מסופקים לפ"מ דמדמה הש"ס למומים ועכ"פ הרי מוכח דבשוטה אין לחוש שמא הבריא בינתים ומכש"כ שאין לחוש בבריא שמא נתקלקל בינתים דחזקה דמעיקרא אף שעשוי' להשתנות מסייע לחזקה דהשתא דבזה מהני לכו"ע [ויעוי' בנדה דס"ח בפלוגתא דרב ולוי בנדה שבדקה עצמה ביום השביעי שחרית ומצאה טמאה ולאחר יום בדקה ומצאה טמאה דקיי"ל כרב דהיא זבה ודאי ולא מספקינן שמא פסקה בינתים].

ד

ומש"כ עמש"כ לדון משום כיון דזכין לשוטה יכולים ג"כ ליתן גט עבורו במקום דזכות הוא לו מצד זכין מאדם וע"ז כתב מעכ"ת דאף למ"ד זכי' מהני אף במקום דלא מצי משוי שליח אין על זה אלא תורת קנין וזכות אבל לא תורת יד ושליחות ובגט שצריך נתינה וטלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני ואם שוטה אינו עושה שליח ל"ש כאן זכי' עכ"ד, המעין בלשון התוס' כתובות דף י"א שכ' בסו"ד ואע"ג דזכי' הוא מטעם שליחות ואין לו שליחות מה"ת הנ"מ בדבר שהוא קצת חובה כגון להפריש תרומתו כו' אבל הכא שזכות גמור הוא לו יש לו שליחות עכ"ל וכ"כ בכמה דוכתי וכן הוא בכמה ראשונים ומבואר מדבריהם דגם בקטן זכי' מטעם שליחות אלא דזכות גמור מועיל מן הדין מטעם שליחות אף שאין בו שליחות לשארי דברים וא"כ גם בשוטה כן הוא דזכי' מטעם שליחות ועוד דהא לשי' הרמב"ן והרשב"א דזכי' אינה מטעם שליחות אפילו בבר שליחות אלא גזיה"כ הוא וא"כ איך מהני זכי' בגט דהמזכה לגט במקום יבם ודוח"ל דס"ל כשי' רש"י דקנין אגב מועיל דהא דחוהו שי' רש"י מהלכה אלא דבגט נתינה ויד בעינן ואפי"ה הא מהני מזכה גט במקום יבם וע"כ צ"ל דכמו דשליחות מהני מצד שליחות לקבלה כמ"כ מצד גזיה"כ הוא דמהני זכי' ואף שזכי' אינה מטעם שליחות מ"מ עכ"פ חשוב יד הזוכה כיד המקבל גם בגט א"כ ה"ה דחשוב יד הזוכה כיד הנותן הבעל לפי"מ שהחליטו דאמרינן זכין מאדם, שו"ר בס' דברי אמת בקונטרס י"א שמחדש בשי' הרי"ף דלהכי לא מהני זכי' לעבד עד דמטי גיטא ליד העבד לפי דזכי' לאו מטעם שליחות ובשיחרור ע"י כסף משוחרר משעת קבלת הכסף משא"כ בשטר דבעינן ונתן בידה ותמה בשי' הרמב"ם

והרשב"א דס"ל דזכי' לאו מטעם שליחות ומ"מ מהני זכי' לגבי עבד וע"ע בקהלת יעקב להאלגזי אות ז' שכתב דזה תלוי אי מהני קנין אגב בגט אבל הא עכ"פ הדין דין אמת לשי' הראשונים דס"ל דזכי' לאו מטעם שליחות וגם קנין לא מהני בגט מ"מ מהני זכי' בעבד ואשה במזכה גט במקום יבם.

ה

ומש"כ עוד עמש"כ דבכל פקח שנשתטה אנן סהדי שכל דבר שהוא לטובתו עשה שלוחים לכל מי שירצה להיות שלוחו וע"כ חשוב זה מנוי שליחות ולד' הרמב"ם לא נתבטלה השליחות וע"ז השיג מעכ"ת דנהי דיש כאן מינוי השליחות מצד המשלח אבל מ"מ הא לשליחות בעינן רצון ודעת השליח וכדאמרינן בגיטין ס"ג מעקר עקר לשליחותו א"כ מאי מועיל מה שמינהו השליח מקודם דהא הוברר הדבר למפרע ל"א דאין ברירה וגם הוה כישל"מ וא"כ בעת קבלת ורצון השליח להשליחות אז הוי המשלח שוטה זהו תו"ד אם שיש מקום לומר כן כמש"כ מעכ"ת אבל לא אדע הכרח לזה בשי' הרמב"ם ואם שהנכון אתו דהשליחות מתקיימת בעת קבלת השליחות דאף דמצד ברירה י"ל דכיון דמהני לכשיתברר שוב חל למפרע וכמש"כ הנתיבות בסי' ס"א וכבר קדמוהו הרשב"א בתשו' סי' פ"ב ומבואר שם דאף בקנין סודר מהני אף דק"ס לאחר זמן לא מהני דהדר סודר למרי' לפי שאין אנו צריכים לקיומו של דבר לברירה ולהכי אף בנשתטה אח"כ שאינו ראוי באותו שעה מ"מ הא בעת המינוי הי' ראוי שיחול למפרע מהני ואפילו נימא דכיון דנשתטה אח"כ דבאותו שעה אינו ראוי לשליחות ול"ש ברירה נראה שא"צ לברירה כלל כיון שא"צ דעת המשלח לכך והסכמתו והמינוי הי' מצד המשלח וכיון שהרשוהו לכך הרי ראוי השליח לשליחותו ועיקר סברת הרמב"ם הוא דשוטה אינו בר דעת הראוי למנות שליח אבל כיון שמנה השליח בהיותו שפוי בדעת וא"צ רצונו לכך השליח זוכה מעצמו בהזכות. שלו וכמו דמהני בקנין לאחר זמן ונשתטה בינתים כמש"כ המח"א בה' זכי' ומתנה סי' ט"ז ורק בדבר שלב"ל לא מהני כמו כן בהפקר לר' יוסי דס"ל הפקר כמתנה עד דאתי לרשות זוכה אם נשתטה בינתים בודאי יכול הזוכה לזכות אף שלא יצא מרשות המזכה מ"מ הא א"צ לדעת המפקיר עוד וא"כ ה"נ בשליח מאן לימא לן שצריך שיהי' השליחות נתפס אלא כוון שא"צ דעת המשלח סגי וכל זמן שלא חזר ולא בטל השליחות השליח זוכה בגוף שליחותו עפ"י רצון עצמו ודעתו וכן נראה לכשמינה המשלח לשליח שלא בפניו ואף שלא נודע עוד אם יתרצה השליח מ"מ כיון דמצד המשלח הי' מינוי בעי ביטול בפני שנים בגט ובשארי דברים ביטול בפה ולא סגי ביטול וחזרה בלב כמו בגילוי דעת וחילא דילי עפמש"כ הב"ח בסי' ק"מ דלהכי לא

חיישינן שמא חזרה ובטלה השליחות דכיון דבעי ביטול בפני ב' לא חיישינן לכך ויעוי' בברי"א סי' ק"א סק"י וס"ק י"ב דאף היכא שא"צ עדים לא חיישינן כיון דבעי ביטול בפה דאל"כ גם בתרומה לא יועיל שליחות דהוי שליחות שלא מדעת שמא חזר וביטל והביא דברי הבעה"ת וכ"ז היכא דבעי ביטול בפה דהא בחזרה בלב הרי אנו חוששין שמא חזרה וכמבואר בירושלמי בצווחת להתגרש.

ולפי"ז הא הלכה רווחת בישראל דמהני שליח שלא בפניו ושליח האשה לכו"ע מהני היכא שממנית אותו לשליח שלא בפניו כמבואר בראשונים (לבד התוס' רי"ד דס"ל דלא מהני] וקשה דניחוש שמא חזרה ואף אי ידעינן אח"כ שנתרצתה מ"מ הוי שליחות שלא מדעת אע"כ כיון דהי' המנוי מצד המשלח וחלה השליחות מצדו בעי ביטול בפה שוב מצאתו בס' עונג יו"ט סי' קנ"ח שחידש דמהני חזרה בלב כ"ז שלא נתרצה השליח דלא כמש"כ יעוש"ה אבל גם לדעתו י"ל כיון דלא בעי דעת המשלח אף שהוא שוטה כעת יכול השליח לזכות בשליחותו כמש"כ ואין סתירה מגיטין דף ס"ג דשליח עקר לשליחותו ובודאי כיון שאינו רוצה נתבטל השליחות כיון שביטל השליחות (ובזה נחלקו אם השליח רוצה אח"כ להיות שליח אי מהני היכא שחזר מעצמו ועיין בתשו' פנ"י ובבית אפרים וכבר נסתפק בזה כעין זה בתשו' הרשב"א ח"ד] אבל היכא שהשליח רוצה בהשליחות וא"צ לאימלוכי בהמשלח מה לנו שנשתטה כן אפ"ל לשי' הרמב"ם ולא מצאתי סתירה גלוי' לזה.

1

ומה שהוסיף מעכ"ת לחזק סברתו דאם זה חשוב מנוי שליחות א"כ גם בכל הרוצה לכתוב גט לאשתו אמאי לא מהני כיון דעשה שליח למי שירצה לכתוב והרי שמע זה שרוצה שליחות מפי הבעל כיון דבזה חשוב מינוי שליחות מצד הבעל, הנה באמת בתוס' דף ס"ו ד"ה כל בתי' הראשון מבואר דגם בגט מהני כל הרוצה וגם לפי תי' השני אשר לפי הנראה מכוונים הם עם דברי הרמב"ן וכ"כ הישו"ש לפי פי' הר"ן כוונת הרמב"ן לפי דמדעתו קאמר ולפ"ז באומר מפורש כל הרוצה לכתוב גט לאשתי יהי' שלוחי הי' מועיל וא"כ בזכי' אנן סהדי דהוי כמו שאמר מפורש וגם אם נפרש דכונת הרמב"ן לפי דבכתיבת הגט בעינן שמיעת קול ובעינן שליחות של ציווי י"ל ג"כ דהוי מינוי שליחות לכשיתרצה אלא שאין זה שליחות של ציווי כיון דאמר רק כל הרוצה ואף דל"ב שליחות בכתיבה לא מהני משום דל"ה לשמה משום שאין זה לשון של ציווי והבנת מעכ"ת בפי' דברי הרמב"ן הוא עפי"ד העונג יו"ט אך גם לדבריו יל"פ דדוקא בכתיבה דלכשיתרצה לכתוב גט לאשתו אז יהי' חלות השליחות וכלתה אמירתו ול"ה שמיעת קול מהבעל ול"ה

לשמה וע"כ אנו צריכים לדון מדין ברירה למפרע והא קיי"ל דאין ברירה אבל בנתינה סגי לכשיתברר אח"כ ובזה שוב חל ג"כ למפרע וכמש"כ הנתיבות סי' ס"א והרשב"א בתשו' פ"ב ובעיקר דברי הרמב"ן יש לפרש ג"כ דס"ל כשי' הרמב"ם דלפי המסקנא ניחותא דמצוה מהני ואין כל הרוצה לשון שליחות כמש"כ הר"ן דמדעתו קאמר ובתרומה מהני משום ניחותא דמצוה דסגי גילוי דעת וכ"כ בס' נודע בשערים.

והנה באומר לעשרה כתבו וחתמו ותנו גט לאשתי אחד כותב ושנים חותמים ואחד נותן וכ' הנוב"י בסי' צ"א דלהכי אין בזה חשש ברירה אף שלא יחד הבעל מי יהי' הכותב והחותם והנותן לפי שא"צ בירור למפרע והבעל מינה בדבורו שכל אחד יהי' שליח בעת עשותו יעו"ש [ועיקר חידוש הנוב"י בברירה שם כ"כ הר"ש בפ"ה דמע"ש והתוס' בב"ק דס"ט והרשב"א בת בתשובה] ולפי"ז בשחטו בו שנים ורוב שנים ורמז ואמר כתבו גט לאשתי דכותבים ונותנים לפי דדמי למסוכן ויעוי' בב"ש סי' קכ"א ס"ק י"א דלשי' הרמב"ם אין זה אלא ספק מדרבנן וכן בשכ"מ ונשתתק ולא חילקו בדבר בין רמז ואמר לשנים או לעשרה ואם נימא דגם לשי' הרמב"ם כל זמן שלא נתרצה השליח ולא חלה השליחות בפועל לכשנשתטה המשלח שוב לא יכול לקבל השליחות א"כ יחודש דין חדש דברמז ואמר לעשרה שלא נתברר השליח מתחלה רק בעת עשותו ובזה בעת עשותו הוה ספק תורה ומדלא חילקו הפוסקים קצת ראי' שאין חילוק בזה [אלא דגוף ד' הנוב"י שם תמוהים שהם נגד ד' תשו' הרשב"א המובא בב"י אה"ע סי' קמ"א ובב"ש שם ס"ק ס"א ובהא דאמר לעשרה כתבו גט לאשתי לאו מצד ברירה הוא דעשה שליח לכולם כמש"כ בשו"ת הרשב"א שם וע"י בקצוה"ח סי' ס"א אלא דהרשב"א סותר א"ע למש"כ בתולדות אדם סי' פ"ב ובחדושיו לב"ק דס"ט בהא דכל המתלקט דכיון דמהני להבא א"צ לברירה ומש"כ הנוב"י שם דבאמירת כל הרוצה להיות שליח קבלה כיון דלא יחדה לא מהני עפי"ד התוס' גיטין דס"ו באמת לתי' הראשון מהני ולתי' השני דוקא בכתיבה כמש"כ הישע"ש דדהתוס' כמש"כ הרמב"ן וגם מה שחילק בין שתלה ברצון השליח ובין שתלה במי שיבחר פלוני החילוק אינו מובן אלא דלד' הקצוה"ח יש פנים לומר דכל הרוצה היינו שעושה שלוחים לכל העולם ול"ש לברירה משא"כ במי שיבחר].

ז

ובדבר הספק שנסתפק בס' פרי יצחק בגט הפסול מדבריהם דאם ניסת לא תצא איך הדין אם מת הבעל אם צריכה חליצה מהיבם בעוד שיושבת תחת בעלה השני והביא כת"ר ראי' מלשון השו"ע סי' קמ"ד ס"ג הר"ז גיטך מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד יב"ח הר"ז מגורשת אבל אם יש לה יבם לא תנשא בלי חליצה עד שיעברו יב"ח ואם נשאת לא

תצא ומשמע מסתימת השו"ע דאם נשאת גם חליצה א"צ דדוקא קודם שנשאת צריכה חליצה אבל לאחר מכן א"צ חליצה עכ"ד אפילו אם נפרש כן יש לחלק דדוקא התם דאין שום פסול בהגט רק דלפי שי' התוס' גזרינן מת אטו לא מת ולשי' הרמב"ם כפ"מ שכ' הה"מ משום שלא נתקיים התנאי בפועל וכ"ז אין להסתפק בגט בעודו בחייו משום דאז בלא"ה א"א להנשא שמא יבא וא"כ עיקר הגזירה או חשש הרמב"ם הוא לכשמת על דין חליצה וי"ל דלא גזרו רק לכתחלה אבל בדיעבד אם ניסת לא תצא וגם חליצה לא תצטרך משום דהא תבוא לידי היתר אחר יב"ח וע"כ היתה הגזירה רק לכתחלה [וע"ע בב"ש שם סק"ה מה שנסתפק לדעת הרמב"ם ולטעם הר"ן דאם ניסת תצא ודעת השו"ע להלכה הוא כשי' התוס' דגזרינן מת אטו לא מת וי"ל דרק לכתחלה גזרו] אבל היכא שנמצא פסול דרבנן בהגט דאף דאם ניסת לא תצא מ"מ בעוד שיושבת תחת בעלה השני עלי' לקבל גיטה מהראשון וכמ"כ י"ל דצריכה חליצה דהאלימו איסור יבמה לשוק כמו א"א וכל שצריכה גט כמ"כ צריכה חליצה.

ומשה"ק כת"ר בדין דתוך יב"ח חולצת והא כל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה והא הכא אי"ע ליבום בודאי וגם לא תתעגן לעולם כמש"כ רש"י ביבמות מ"א ואיך תחלוץ, והנה לשי' התוס' דעיקר האיסור אאמד"ר דגזרינן מת אטו לא מת וע"כ כיון דהא דחולצת אאמד"ר די בחליצה זו אף שאי"ע ליבום מדאורייתא כמש"כ הברי"א בסי' צ"ט סק"ה דרק היכא דמדאורייתא ראוי ליבום ורבנן אסרוה ליבום קשי' לרש"י דאיך תחלוץ כמו בתוך ג"ח דרבנן אסרוה ליבם אבל היכא דעיקר החליצה אאמד"ר ומדאורייתא ניתרת לשוק סגי בחליצה כזו שאי"ע ליבום יעו"ש גם לשי' הרמב"ם וטעם הר"ן דיש בזה חשש איסור תורה י"ל דשאני הכא דמה שאי"ע ליבום הוא לפי שיתברר בודאי שא"צ חליצה ולא דמי להספיקות לפי ההו"א דגם להך צד דצריכה חליצה אי"ע ליבום מהספק שמא א"צ וכן בתוך ג"ח אבל בזה מה שאי"ע ליבום הוא לפי שא"צ חליצה ג"כ.

ח

ובעיקר הספק אם נשאת בדיעבד אי צריכה חליצה י"ל לפימש"כ הכנ"י וכ"כ הלבוש דיגרש תחלה ואח"כ תחלוץ דאל"כ אינה ראוי' ליבום והשב יעקב חולק ע"ז ועי' בבית מאיר והחת"ס כתב דהיכא שא"צ חליצה מדאורייתא גרע דבזה אין כופין לגרשה ממילא דל"ה כבידו כיון דאין בידינו לכופו וא"כ כיון שצריך לגרשה הוי כדיעבד וכיון דאם ניסת לא תצא להכי א"צ חליצה אולם לפי הכרעת האחרונים אין זה לעכובא, ונראה לחדש בזה דיש מקום לצרף לסניף עפמש"כ התוס' ביבמות דף דט"ז בד"ה בני צרות להקשות וא"ת לשמואל דמספק"ל בהאשה רבה אי קדושין תופסין ביבמה לשוק א"כ

פשיטא דכשרה דמיד שקידשה פקע לה זיקה כדאמרינן בשומרת יבם שקידש אחותה שקידושיה מפקיעין היבום וי"ל דלא דמי דהתם אין שום תקנה להתיבם להמית אחותה אבל היבמה שנתקדשה לשוק אפשר לתקן ע"י גירושין שתתיבם הלכך לא פקע זיקה ועוד אור"י דלא תהי' אשת המת לאיש זר משמע דאפילו ע"י הוי' דהיינו לא תהי' לאיש זר דלהכי אפקי' בלשון הוי' עכ"ל התוס' והנה הר"י לא ס"ל לתי' הראשון שבתוס' משום דבידו לגרשה נפקע הזיקה והבית מאיר כתב דגם מד' הרמב"ן והרשב"א ריש יבמות מבואר דלא כתי' הראשון יעו"ש ולפי תי' הב' שבתוס' הוא מגזיה"כ דע"י הויה לא תהי' לאיש זר דהקדושין אינו מפקיע הזיקה וכ"ז למאן דס"ל דקדושין תופסין ביבמה לשוק אבל לרב דס"ל אין ק"ת וא"כ ל"ש גזיה"כ דבלא"ה אין קדושין תופסין ועי' בדו"ח שם ולפי"ז היכא דמדאורייתא א"צ חליצה דמה"ת הוי גט כשר וא"כ ממילא קידושין מפקיעין הזיקה דכיון דלדידי' ליכא גזיה"כ כלל שקדושין לא יפקיעו הזיקה, וממילא דלדידן דמספקא לן אי קידושין תופסין ביבמה לשוק וא"כ להך צד דאין קדושין תופסין כרב בדין דהיכא שחלין הקדושין דתפקיע הזיקה וא"כ יש לדון באיסור דרבנן דהוה ספק דרבנן שמא אין קדושין תופסין וקדושין מפקיע הזיקה ומאי דמבואר ביבמות דל"ו הלכה ונתקדשה אם אשת ישראל היא חולצת י"ל אף לרב דס"ל דאין ק"ת ביבמה לשוק והא התם מן התורה אזלינן בתר רובא ורוב בני קיימא נינהו וא"צ חליצה מה"ת מ"מ י"ל דמאי דהחמירו חז"ל מפני מיעוט נפלים המצוי א"כ לפי הך ספק דהולד נפל הוא היא באמת זקוקה לחליצה ואין הקדושין תופסין ואף דאזלינן בתר רובא והקידושין תופסין מ"מ הא לפי הך צד ספק אין הקדושין תופסין וע"כ חששו מפני מיעוט המצוי שלא יופקע הזיקה גם ע"י קדושין לפי דע"י המיעוט אם אמת הדבר שהפילה נפל אין הקדושין תופסין משא"כ היכא דעצם האיסור א"א גזירה מדרבנן ולא משום ספק איסור תורה ואין ספק בעצם הקדושין ובזה י"ל דלרב בדין שהקדושין יפקיעו הזיקה.

ט

אולם יש לסתור לכאורה מהמבואר בשו"ע סי' קס"ט סעי' נ"ה חליצה פסולה פוסלת על האחין ופוסלת לכהונה כו' עברה ונשאת לזר קודם שתחלוץ חולץ לה חליצה כשרה והיא תחת בעלה ואין מוציאין אותה ממנו מ"מ מפרישין אותה מבעלה עד שיחלוץ לה היבם עכ"ל ויעוי' ברמב"ם פ"ד מה' יבום הל' כ"ז ובהה"מ ובב"י, עכ"פ גם בדברי הרמב"ם מבואר דעברה ונשאת הר"ז חולץ לה חליצה כשרה אלא שאין הכרח דמיירי בחליצה פסולה מדרבנן אלא דבחליצה הפסולה מדאורייתא קאי אולם משמעות הדברים דעל ההלכה המוקדמה קאי וכל מקום שאמרנו חליצה פסולה נאסרה עלי'

קרובותיה ונפסלה מן הכהונה מבואר דבכל גווני חליצה פסולה מיירי ובד' הה"מ והב"י מבואר דבין בפסולה מה"ת או מדרבנן כן הוא וכיון דמה"ת חליצה מעלייתא הוי והלכה ונשאת לזר א"כ יפקיעו הנשואין והקדושין הזיקה שבה דהרי הקדושין תופסין כיון דמדאורייתא הותרה לשוק ואמאי צריכה חליצה ולמה מפרישים אותם כיון דהופקעה הזיקה.

ונראה לחלק דשאני אחר חליצה לפי דקיי"ל דאין אחר חליצה כלום כמשנתינו דר"פ ר' גמליאל וכמבואר בטוש"ע סי' ק"ע הל' י"ד דאפילו אחר חליצה פסולה אין אחרי' כלום ואף דח"פ צריכה לחזור על כל האחים הוא דוקא היכא דצריכה חליצה מדאורייתא לא כן היכא דמדאורייתא הותרה בחליצה יעוי' בבית מאיר סי' ק"ע ובישועות יעקב סי' קס"ט בתשובה ולפי"ז י"ל כיון דאין אחר החליצה כלום כבר הופקעה לגמרי והא דצריכה חליצה אחרת הוא לא מדין זיקה רק גזירת חז"ל והחמירו גם לכשנשאת ולהכי אין הקדושין והנשואין מפקיעים הזיקה ולא כן בגט הפסול מדרבנן שבתורת זיקה מדרבנן היא נאסרת ולהכי לא עדיף מדאורייתא דמהני עתה להפקיע הזיקה וכמ"כ בדרבנן דכיון דהקידושין תופסין והוי ערוה פקע הזיקה דרבנן וצל"ע בזה, ובמק"א נסתפקתי [עי' סי' ב'] גם בערוה דאורייתא ביבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה לרב דס"ל דתחזור להתירה הראשון וס"ל דאין קדושין תופסין ביבמה לשוק אם נתקדשה בשעה שקידש היבם אחות היבמה ונשאה דהותרה היבמה לשוק ונתקדשה וניסת ואח"כ מתה אחותה אי פקע הזיקה לפמש"כ דלרב דאין קדושין תופסין ביבמה לשוק לפי תי' השני בדין שאם הקדושין חלין מפקיעין הזיקה ולפ"ז הא חל בכה"ג הקדושין באותה שעה ולא נפקעו ג"כ אח"כ אף לרב והא לרב דלא תהי' אשת המת לאין קדושין תופסין אתי וא"כ אין לנו לימוד שאין קדושין מפקיעין זיקה כנ"ל, ולפי שי' הרשב"א דס"ל ביבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה אין עוד איסור אשת אח וזיקת יבום אין מקום לספק זה אבל לפי ההלכה ברמב"ם בשו"ע סי' קנ"ט דמבואר שם רצה חולץ ורצה מיבם אלמא דדין זיקת יבום ומצות יבום איכא בגוה דלא כהרשב"א ולפ"מ דקיי"ל ספק אי תפסי קדושין א"כ לפי הך צד דלא תפסי קדושין היכא שנתפסו הקדושין דהיתר פקע זיקה אלא דמ"מ צריכה חליצה דהוי ספק תורה אי קדושין תופסין והא אי ק"ת הוי גזיה"כ דאין הקדושין מפקיעין הזיקה ודבר זה תלוי בשני תירוצי התוס' בדט"ז וצ"ע לדינא.

ומש"כ כת"ר על זה דמאי חילוק בין יבמה לא"א דגם א"א שנתגרשה בגט שהוא כשר מה"ת א"כ לכשנשאת נפקעה אישותו של ראשון ומאי צריכה עוד לגט ועכצ"ל משום דאזלינן בתר תק"ח ולפי הך צד אין הגט גט ולחומרא אמרינן שאין קדושי שני תופסין בה

א"כ מה"ט צריכה חליצה ג"כ דלגבי דרבנן לא הוי גט זהו תו"ד, אבל לא כן עמדי דבודאי לא אמרינן נתרוקנה אישותו של הראשון כמש"כ התוס' בגיטין דפ"ב בד"ה כגון שבא ראובן וקידשה חוץ משמעון ובא שמעון וקידשה סתם דלא פקע אישות דראובן דדוקא בגירושין כיון שהתחיל לנתקה ע"י שנשאת מנתקה לגמרי אבל הכא שבא לקדשה ע"י שנתקדשה לאחר לא ניתקה עכ"ל, ומבואר דאישותו של הראשון לא נפקע ע"י קדושי השני משא"כ בזיקה שנשא מת ומת ואח"כ נשא חי דנפטרת ע"י קדושי אחותה משום ערוה ואשת איש הוי ערוה ככל העריות דפקע זיקה עי"ז היכא שחלו הקדושין מה"ת לרב לתי' השני שבתוס' יבמות דט"ז ושאני זיקה מקדושין דבקדושין כל שנתפסו לא נתבטלו וקדוה"ג לא פקע בכדי בלא גט כמו שאמרו בנדרים דכ"ט בהיום את אשתי ולמחר אי את אשתי וכמש"כ התוס' ביבמות דמ"ט להשיג ע"ד רש"י ובזיקה הא מבואר דאף דנתפסה הזיקה מ"מ לכשנשא אחותה נפקע זיקתה משום דאיסור ערוה פוטר גם אחרי כן וכיון דגם בזקוקה מה"ת נפטרת משום ערוה ולכשנישאת והוי א"א ולרב לא נפטרת משום דאין ק"ת ביבמה לשוק אבל באופן דתפסי קדושין לרב הרי נפטרת משום ערוה ואף דלגבי דרבנן דהגט פסול לא נפקע אישותו של הראשון ויש בה זיקה מדרבנן מ"מ כיון דק"ת יש בה דין ערוה דא"א ונפטרת ככל העריות:

ובמק"א הקשיתי [עי' סי' א'] בהא דמבואר ביבמות דע"ט בנפל ולבסוף נפצע א"ל אבייי וניתי איסור פצוע ונדחי עשה דיבום כמו דאתי איסור אחות אשה ומדחה מצות יבום דמאי מקשה דהא י"ל דוקא אחות אשה דהוי ערוה ובזה אף ערוה דתפסי קדושין כמו סוטה פטורה מן החליצה ולהכי משום חומר ערוה דהוי גזיה"כ כמו שהיתה ערוה מתחלה כמ"כ אחרי כן פטורה משא"כ חיי"ל לרע"ק דהעיקר הוא משום דלאו בת קדושין היא ולאו בת זיקה כלל א"כ י"ל היכא שנתפסה הזיקה מתחלה דמי לכבר נתקדשה ומוכח מזה דס"ל להש"ס דשאני זיקה מקדושין דזיקה תלוי במסובב ביבום וכל שאי"ע ליבום אי"ע לחליצה וזיקה פקע בכדי משא"כ בקידושין כל שחלה לא פקע בכדי ולהכי בקדושין ל"ש הפקעת אישות של ראשון וכל שהי' בה קדושין דרבנן אף שקידשה אחר קדושין דאורייתא צריכה גט מדרבנן מן הראשון, [ונראה דגם לפרש"י ביבמות דמ"ט שפי' בסוטה דתפסי בה קדושין מדלא פקע קדושין הראשונים בודאי דגם רש"י מודה בכל חיי"ל לרע"ק דלא נפקע קדושין כדמוכח מיבמות דע"ט בנפל ואח"כ נפצע וכמש"כ בדו"ח ביבמות שם ובשאג"א החדש וכן מוכח מגיטין דפ"ב שבא ראובן וקדשה חוץ משמעון ובא שמעון וקידשה סתם דאסרה על ראובן משום א"א ולא נפקעו הקדושין מראובן וכמ"כ ילה"ק לפי פרש"י דא"כ נילף לרע"ק דבאיסור זונה לכהונה ק"ת

מדלא פקע הקדושין באשת כהן שזינתה דאסורה משום זונה ג"כ ונראה דגם כונת רש"י דוקא באופן דסוטה דמעלה מעל באישה והאיסור בא מחמת הקדושין שלו דמחמת האישות שלו נאסרה עליו ואינה אסורה לכל העולם וע"כ ס"ל לרש"י בפי' דהג"מ דאי נימא דאיסור סוטה גורם שלא יתפסו הקדושין לבעלה מה"ט ראוי שיפקעו הקדושין ג"כ שנתחללו מקדושתן ופקעי בכדי משא"כ באיסור פ"ד וכן באיסור א"א שאינו מחמת הקדושין כמ"כ באיסור זונה שאין זו איסור מחמת אישות ואסורה לכל הכהנים בודאי לא נפקע קדושת הגוף ומיושב ג"כ קוהתו"ס מנדה דלא פקע דאיסור נדה אין זו מחמת אישות ולהכי לא פקע].

ויש לפלפל בגיטין דמ"ב חצי' שפחה וחצי' ב"ח שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון רב יוסף אר"נ פקעי קדושי ראשון ר"ז אר"נ גמרי קדושי ראשון ובנובי"ת סי' נ"ד תמה למה נקיט נתקדשה לשמעון תיפ"ל דאף אי לא נתקדשה איכא נפ"מ אי גמרי קדושי ראשון וצריכה גט אי פקעי וא"צ גט, והרמב"ם בפ"ד מהל' אישות הל' ט"ז כ' המקדש אשה שחצי' שפחה וחצי' ב"ח אינה מקודשת קידושין גמורין עד שנשתחררה וכיון שנשתחררה גמר קידושיה כקדושי קטנה שגדלה וא"צ לקדשה קדושין אחרים בא אחר וקדשה אחר שנשתחררה הר"ז ספק קדושין לשניהם עכ"ל מבואר שי' הרמב"ם דכל שלא נתקדשה לאחר גמרו הקדושין ורק לכשבא אחר וקידשה אח"כ הוי ספק קדושין והדבר צריך טעם כיון דכשלא נתקדשה גמרו הקידושין מהכ"ת אם נתקדשה לאחר הוי ספק קדושין ועי' בהשגות הראב"ד שם ונראה בשי' הרמב"ם דהא דפקעי קידושי ראשון אין הטעם משום דלכשנשתחררה הוי כקטן שנולד כמו שפירש"י אלא משום דקדושי שמעון מפקיעים קידושי ראשון וכל זמן שלא נתקדשה לאחר א"צ קידושין אחרים דפשטה קדושה בכולה ויש בה קדושי שפחה חרופה דהוי בלאו, ולמש"כ האבני מלואים לחלוק על הפנ"י דבשפחה חרופה דל"ה אלא חיי"ל תפסי קדושין של אחר דגם א"א היו ק"ת רק לפי שהיא בחנק ולהכי כשנשתחררה ונתקדשה לשמעון דק"ת בחיי"ל וקדושי שמעון הוו קדושין מעליא ודין א"א עלה דבחנק וממילא נפקע קדושי ראשון, ואף להתוס' החולקים ע"ד רש"י ביבמות וס"ל דלא פקעי קדושין ראשונים וגם למש"כ דרש"י מודה בזה היינו דוקא בקדושי א"א שמונעים קדושי אחרים מלחול ולא יוכלו להתפקע אבל קדושי שפחה חרופה דהן מין קדושין אחרים של איסור לאו ואין בהן קדוה"ג של קדושין וגם חלין עליה קדושין אחרים כמש"כ הא"מ ולהכי כשחלו קדושין אחרים פקע קדושין של שפ"ח ולא דמי לקדושין דרבנן דבודאי לכשנתקדשה קדושין דרבנן ואח"כ נתקדשה לשני קדושין מעליא צריכה גט מן הראשון

דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון משא"כ בקדושי שפ"ח דזהו מין קדושין אחרים ודמי לזיקה דשייכי בהו פקע, [ומש"כ הרמב"ם שצריכה גט משניהם משום דספוקי מספק"ל אי גמרי אי פקע ואכמ"ל בזה].

ו

ומשה"ק מעכ"ת במאי דמקשה בקדושין דמ"ב אתם גם אתם למ"ל הא איצטריך לדרשא דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם וגם תמה מה שהשמיט הרמב"ם הא דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם יפה הקשה וכבר קדמוהו בעונג יו"ט סי' ק"ט עוד הקשה שם ביותר דהרשב"א סותר דברי עצמו שכתב בנדרים דל"ו בקרבנות דאי שלוחי דידן נינהו א"א להקריב שלא מדעת בעלים כדאמרינן בעלמא מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם ומבואר דעתו דלאו דוקא בתרומה בעינן שלוחכם לדעתכם אלא דבכל התורה כן וא"כ יקשה איך מהני זיכוי בגט כמו בהמזכה לגט במקום יבם ביבמות דף קי"ח והא בעינן שלוחכם לדעתכם כמו בתרומה שכ' הרשב"א דבעינן שלוחכם לדעתכם ולא מהני בזה ניחותא דבעלים וסברא דזכות מה"ט, והנה לפי הבנת הקצוה"ח בסי' רמ"ג בד' הרשב"א י"ל בפשיטות דלפמש"כ בכונתו דלהכי לא מהני בתרומה סברא דזכות משום דאינו מזכה לו שום דבר ורק דמוציא מאתו תרומה וזכין מאדם לא אמרינן וע"כ רק בתורם משלו על של בעל הכרי דאינו מוציא מאתו מהני סברא דזכות אבל בתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי דל"ש זכות להוציא התרומה ורק מטעם שליחות אתינן ובשליחות בעינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם והרשב"א חולק לפי"ז בס' התה"ד דאף זכות גמור לא מהני בתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי זהו תו"ד הקצוה"ח, ולפי"ז באמת בכל מקום דלא מהני זכי' היינו שאינו מזכה לו שום דבר ובעינן שליחות בעי מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם ולהכי גם בקרבנות כ' הרשב"א דאי שלוחא דידן נינהו והכהן מקריב הקרבנות מצד שליחות בעלים ולא מצד זכי' שאינו מזכה לו שום חפץ ובעינן שליחות לדעת מה אתם לדעתכם כו' ובב"מ דף כ"ב מבואר דלאביי לא מהני כלך אצל יפות ושליחות שלא מדעת מצד הסברא ולא איצטריך קרא דמה אתם לדעתכם ולהכי רק לרבא דס"ל ישל"מ הוה יאוש איצטריך קרא גזיה"כ דבעינן שלוחכם לדעתכם.

ולפי"ז א"ש סוגיא דקדושין כסוגיא דב"מ דמקשה אתם גם אתם למ"ל היינו דלאביי דהלכתא כותי' דישל"מ ל"ה יאוש ל"מ שליחות שלא מדעת מצד הסברא קרא למ"ל ואי"ל דנפ"מ בזכות גמור דלא מהני הא ל"ש כלל זכות בתרומה שמוציאין החפץ ממנו וע"כ מטעם שליחות קא אתי עלה וא"כ מצד הסברא בעינן שליחות לדעת באותה שעה

ולא מהני הידיעה שאח"כ דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ובתורם משלו על של בעל הכרי דשייך זכות כמש"כ הרשב"א הא באמת מהני אף שלא מדעת ושפיר מקשה קרא דאתם גם אתם למ"ל וא"ש בפשיטות, גם לפמש"כ הברי"א בסי' ק"א ס"ק י"ט דלא כקצוה"ח ורוצה להסב גם כונת הרשב"א ולהשוותו עם סברת התה"ד דעיקר תלוי אם הוא זכות גמור ובתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי לא הוי זכות גמור ובעי' ריצוי דבעלים אח"כ ולהכי לא מהני אף לרבא דס"ל דישל"מ הוה יאוש משום דל"ה לדעתכם ובתורם משלו על של בעל הכרי הוי זכות גמור וחשוב זה לדעתכם וגם בחולין דף י"ב שעשה שליח וניח"ל בתיקון הכרי מ"מ לא מהני ניחותא דדעתו לגבי אחרינא שלא עשהו שליח כיון דל"ה זכות גמור וכמש"כ התה"ד דאיכא קפידא ע"י שליח המכיר דעתו וגם לשי' הברי"א תלוי אם הוה זכות גמור והיכא דהוי זכות גמור וכמו קלקול העיסה בחלה מודה דמהני זכי' ושפיר מקשה הש"ס בקדושין אתם גם אתם למ"ל לאביי דקיי"ל כותי' דהיכא דל"ה זכות גמור מצד הסברא ל"א שליחות שלא מדעת כיון דבעי ריצוי של אח"כ ובזכות גמור הא מהני לכו"ע דחשוב זה לדעתכם וכמש"כ התה"ד והרשב"א נקיט מה אתם לדעתכם מילתא דפשיטות לכו"ע דבעינן שליחות לדעת ולהלכה דקיי"ל כאביי ל"מ שליחות שלא לדעת מצד הסברא בכל התורה להכי השמיטו הרמב"ם.

יא

והעונג יו"ט יצא שם לחדש דמה אתם לדעתכם הוא מצד הסברא בכל התורה כולה ורק היכא דבעי דעת המשלח וכונתו להקנין אבל היכא דלא בעינן דעת הבעלים ל"ש מה אתם לדעתכם ולהכי בגירושין ושחרור שמתגרשת ומשתחרר בע"כ ולא בעינן דעתם מהני זכי' דמה אתם מהני שלא לדעתכם אף שלוחכם כן וכמו כן בקנין מהני זכי' מצד דמצינו בו קנין יד וחצר דמהני שלא לדעתם ובקנין חזקה מסתפק לפי דעכ"פ שייך קנין יד וחצר משא"כ היכא דבעינן כונה ודעת של המשלח לא מהני זכי' בכל התורה לשי' הרשב"א זהו תו"ד, ודברים חדשים אלו מתמיהים דהא כבר נתבאר דלד' הקצוה"ח דל"א זכין מאדם להוציא חפץ ד' הרשב"א כפשוטם אלא דקשה לד' החולקים עליו דמוכח מכמה מקומות דמהני זכין מאדם כמו בפסחים די"ג למכור חמצו של אחר וכן בכתובות דף מ"ח דמי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו משום דכיון דזכי' מטעם שליחות אין לחלק בין לזכות או להוציא וא"כ לשיטה זו דאמרינן זכין מאדם ממילא אין מקום לד' העונג יו"ט דהא דעת מקנה בודאי בעי בכל אופן ולא מהני שלא מדעת המקנה וא"כ איך אמרינן דמהני זכי' להוציא מיד המקנה הא מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם [וגם מהא דגר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד ומקינוי ע"י ב"ד בסוטה אף דקבלת מצוות

וקינוי בעי דעת מבואר ג"כ דזכי' מהני והעוניו"ט נדחק לחלק בין ב"ד וסתם כי' וז"א] וכן מבואר מד' הפוסקים בחה"ע סי' ל"ה שמביאים ד' תשו' הרא"ש דמי שגילה דעתו שרוצה באשה פלונית דיש לקדשה מטעם זכות ומקור הדברים מקדושין דף מ"ה ודלמא ארצוי ארצי' קמי' וגם לדעת החולקים ע"ז הוא משום דלא הוי זכות גמור וגילוי דעת גרידא לא מהני שמא חזר אבל עכ"פ בגוף הסברא היכא דהוה זכות גמור מהני לקדש לו אשה מצד זכי' לכו"ע וכן מפורש ברשב"א בקדושין ד"ז שכתב על דברי בעל העיטור ומיהו תמיהא לן לארצויי מעיקרא והא זכין לאדם שלא בפניו והכא זכות הוא שתהא אשה זו קנוי' לו ע"כ מבואר דמהני זכות בכה"ג שצריך דעת המקדש ולפי דעת העונג יו"ט הא בעי בזה דעת המקדש ואיך יהני זכי' הא בעינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם וגם מה שהאריך העונג יו"ט בכונת תי' הרשב' דבתורם משלו על של חבירו לא בעי שליחות היינו משום דלא בעי בעלים כלל על הכרי רק שלא יהיו הבעלים מעכבים וסגי בניחותא ועפ"י הירושלמי בפ"ק דתרומות בתורם על של הפקר אבל מד' הרשב"א בחי' לקדושין דף מ"ב שהביא ראי' דזכי' מטעם שליחות מהא דמהני תורם משלו על של חבירו מצד זכות והא בתרומה בעינן שליחות אלמא דזכי' מטעם שליחות יעושה"ט מבואר דלא כד' העוניו"ט דלפ"ד הרשב"א סותר א"ע דמאי ראי' מתורם משלו על של חבירו דזכי' מטעם שליחות דהא על כרי לא בעינן בעלים כלל וגם על של הפקר מצי להפריש ורק שלא יעכב הבעלים ולהכי סגי ניחותא אבל זכי' אינה מטעם שליחות כלל ובפרט למש"כ שם דבתרומה א"א כלל שליחות שלא מדעת וא"א גם זכי' מטעם שליחות כיון דהוי שלא לדעת.

אבל למש"כ בד' הקצוה"ח אין הרשב"א סותר א"ע ושפיר מביא ראי' דזכי' מטעם שליחות גם בתורם משלו על של בעל הכרי דבתרומה בעינן שליחות ומהני זכי' ורק בתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי לא מהני זכי' להוציא חפץ מת"י ולא גלי קרא דזכי' מהני מטעם שליחות רק היכא שמזכה לו אבל בתורם משלו על של חבירו שאינו מוציא חפץ מהני זכי' ולא בעי שליחות ממש רק זכי' מהני ג"כ מטעם שליחות וכן למש"כ הברי"א לפי ד' הרשב"א דהחילוק בין זכות גמור דתורם משלו על של חבירו הוי זכות גמור שפיר מביא הרשב"א ראי' דזכי' מהני מטעם שליחות אבל לד' העוניו"ט בע"כ דברי הרשב"א סותרים זא"ז כנ"ל, ובשי' הרמב"ם שלא הביא הא דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם נראה פשוט כמשכ"ל משום דלאביי דישל"מ ל"ה יאוש והכי קיי"ל ידעינן מסברא דשליחות שלא מדעת לא מהני ובתרומה מהני ניחותא דמצוה כמש"כ

הגר"א ביו"ד סי' של"א בשי' הרמב"ם בפ"ד מהל' תרומות וחשוב לדעתכם כמש"כ התה"ד בזכות גמור.

יב

ומש"כ כת"ר בסברת הרשב"א שכ' דא"צ שיהי' שפוי בדעת בשעת נתינה והפנ"י תמה ע"ז דהא עיקר שליחות בנתינה הוא וכתב להסביר עפ"י מ"ש בס' דורש לציון ע"ד התוס' נזיר י"ב דלהכי לא הי' מצי משוי שליח על הפרשת חלה לפי דלא מהני שליחות על דשלב"ל אף שבידו לעשות ורק לפי שבידו להפריש חלה מעיסה המגולגלת אבל מטעם בידו גרידא לא מהני וקשה דאיך מהני כתבו ותנו בגט על שליחות הנתינה ותי' דדוקא גבי חלה שגלגול ולישת העיסה א"צ שליחות אבל בגט דכתיבת הגט צריך שליחות ואף להפוסקים שא"צ שליחות מ"מ בעי ציווי הבעל משום דאל"כ הוי שלא לשמה וע"כ שליחות חדא היא וכתיבה הוה התחלת השליחות ואף דבשעת נתינה ל"ה שפוי בדעת מ"מ די במה שהמשלח מצי עביד בעת התחלת מעשה זהו תו"ד. באמת אין זה דמיון דבגט דאמר כתבו ותנו הרי בשעת כתיבה מצי למיעבד מעשה הכתיבה ובשעת הנתינה מעשה הנתינה רק דקשה מ"מ הא בשעת מינוי השליחות ל"ה מצי המשלח למיעבד המעשה ובכולהו גיטי קודם כתיבת הגט א"י לעשות מעשה הנתינה וע"ז תירץ הדול"צ כיון דמתחילת השליחות הי' בידו למנות סגי משא"כ בנ"ד דבשעת חלות השליחות בעינן שיהי' המשלח ראוי לאותו דבר ואם אינו ראוי אין השליחות נתפסת או שמתבטלת א"כ מה יועיל מה דבשעת הכתיבה הי' ראוי לאותו דברי ובעיקר תי' הדול"צ אינו מספיק דהא משנתינו היא ס"פ התקבל אמר לב' כתבו ותנו גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויחנו כו' דברי ר"מ והא ר"מ ס"ל דגט שמצאו באשפה כשר ולא בעי שליחות בכתיבה וגם לא בעי לשמה בכתיבה ומ"מ מהני שליחות על נתינה טרם שנכתב הגט וגם אי נימא דשליחות חדא היא אבל כ"ז כשהם עצמם השלוחים על הכתיבה ועל הנתינה אבל היכי מצי למשוי להעדים שלוחים על החתימה בטרם שנכתב הגט ובגוף קושיתם יעוי' במחנה אפרים פ"ג מה"ג ובנתיבות סי' רמ"ג ובתשו' רעק"א ואכמ"ל.

סימן ל

אח"ש תרס"ו ווילנא. **לרב גדול אחד**

ע"ד הגט הנשלח מאמעריקא ונתהוו סדקים הנראים לעין והסדק עובר על הריש של מותרת לכל אדם ומפסיק לשנים מבואר בג"פ הובא בפ"ת סי' קכ"ה ס"ק כ"ז דבתורף

פסול ומסתפק מעכ"ת אם הג"פ פוסל גם במקום עיגון וגם מסתפק אם בכה"ג דנעשה אחר הכתיבה אם גם בזה פוסל הג"פ דבתפילין לענין היקף גויל מחלקים בכה"ג.

א

והנה מעכ"ת חושב שפסולו משום שזהו נקב שאין הדיו עובר עליו ולפי"ז גם אם לא נחלק לגמרי רק בעובי האות אין הדיו עובר ופסול כמש"כ הטו"ז באו"ח סי' ל"ב סק"ז ויעוין בפ"ת אהע"ז שם מה שהביא משו"ת הב"ח סי' צ"ג אולם באמת פסול שאין הדיו עובר עליו הוא משום כתיבה תמה כמבואר בחולין דקכ"ט ובשבת דק"ח בפרש"י וז"א אלא בסת"מ והא בגט לא בעינן כתיבה תמה לעיכובא רק בנקב באות שנחלק לשנים י"ל דכיון דהנקב מפריד אין זה אות כלל פסול גם בגט ולפי"ז אין נ"מ אם נעשה הסדק והנקב קודם כתיבה או לאחר כתיבה דדוקא בדין היקף גויל מתרץ ומחלק הב"י בסי' ל"ב בו' דויהרג משום דבעינן כתיבה תמה בשעת כתיבה וכיון שנכתב בכשרות כשר משא"כ אם נתבטל צורת אות מאי נפ"מ אם מתחלה או אח"כ וראי' לזה מהמבואר בשו"ע יו"ד סי' ר"פ ובכל הקרעים יזהר שלא תחסר אות אחת או תשתנה צורתה או תחלק וברמ"א ואם נחלק אות אחת ע"י קריעה פסולה ולא מהני מה שמדבקו מאחוריו דהא בפסול שאינו מוקף גויל מהני תיקון וגם בנגועות מותר להפרידן ולא מקרי חק תוכות וכמו דמהני הפרידה כן יועיל הדבק להכשירו ועכצ"ל משום דע"י הקריעה נתבטל צורת האות לגמרי ולא מהני הדבק דהא הדבק אין זה כתיבה כלל, שו"ר בפרמ"ג סי' ל"ב בא"א ס"ק כ"ב שהרגיש קצת מזה וחילק ג"כ דשאני בקרע שנתבטל צורת אות עיי"ש.

ב

ובמהרי"ק סי' קכ"ב הובא בב"י סי' ר"פ כתב וז"ל דודאי היכא שנקרע גוף האות והדבק מחזיקו נמצא שאינו כתב כ"א ע"י הדבק ואע"ג ששפתי הקריעה נוגעים זב"ז ולא נחסר מהקלף כלל אלא שנקרע ונסדק מ"מ בעינן שיהא האות מוקף גויל ואפילו היכא שירך האות שלם ולא נסדק כלל אלא שחסר הקלף שבתוך חלל האות פוסל בירושלמי כש"כ היכא שגוף האות נחלק לשנים הדבק מעמידו והשתא א"ש הלשון אין דובקין בדבק כלומר היכא שנקרע גוף האות ונפסלה שהרי אין מוקף גויל וגרע טפי נמי מאין מוקפת אי דובקין אותה להחשיבה אות ע"י הדביקה עכ"ל המהרי"ק, ודברי המהרי"ק צריכים באור שהרכיב בזה שני ענינים דמתחלה כתב דנקרע גוף האות והדבק מחזיקו נמצא שאין כתב כלל כ"א ע"י הדבק ואח"ז מסיק לפי שאינו מוקף גויל והא מצד שאמ"ג בדין שנכשיר לשני תרוצי הב"י ולכאורה הי' נ"ל לפי תי' הראשון של הב"י דדוקא בנדבק פסול גם בנקרע פסול עפמש"כ הנו"ב מהדו"ק חיו"ד סי' ע"ה דגם לתי' קמא פסול בניקב

כל תוך חלל האות דכמו שנדבק פסול ה"נ פסול אם אין שום גויל בין אות לאות דחשיב כנדבק ומה"ט גם בניקב כל חלל האות דמי כמו שירך האות דבוק לחברתה ולפי"ז י"ל בד' המהרי"ק דמה"ט בנחלק גם גוף האות לשנים פסול מה"ט דמה אם נקב כל חלל האות פסול כש"כ בנחלק גוף האות לשנים פסול מה"ט דאין זה כתיבה תמה ודמי לנדבק לאות אחרת.

גם לפי תירוץ הב' בב"י י"ל עפמש"כ האהעו"ז בחאו"ח סי' ל"ב לפלפל דלהכי כשר בניקב אח"כ משום דנכתב בכשרות וכל האות כשר וראוי לגרירה ואין בילה מעכבו משא"כ אם נכתב מתחלה וכמו שמחלק הרשב"א בפי' הירוש' בין מלמעלה בין מלמטה יעו"ש א"כ גם בקרע גוף האות ואין בחלק מלמעלה אות שלם ואין בו שיעור הכשר שוב דמי לנגיעה שלמעלה ודוקא בנגיעה שלמטה שכל האות שלם והיא בכשרות ורק הנגיעה פוסל אפשר בגרירה וחשוב ראוי לבילה משא"כ מה שיש בידו להדביק ולחבר אינו מועיל להכשיר [אבל מדברי האחרונים אין נראה חילוקו של האהעו"ז ועיין בחידושי רעק"א שם] אבל ניהו דא"ש מה שפסול לפי שאמ"ג כמש"כ עדיין תמוה למה לא יועיל הדבק להחשיבו מוקף גויל כמו דמהני פרידת הנגיעות.

ג

והנראה בדעת המהרי"ק דס"ל דמה דנתבטל צורת אות ואין זה אות כלל לא הי' מועיל לפוסלו היכא דשפת הקריעה נוגעים זה בזה דהא על ידי הדיבוק לא נשתנה צורת האות כלל דאל"כ לא הי' צריך המהרי"ק לכל האריכות כלל שאינו מוקף גויל וגם מצד שאמ"ג לבד הא לא נפסל והא מועיל הדבק להכשירו אלא ממאי דידעינן דבעינן כתיבה תמה ואינו מוק"ג פסול מה"ט חשוב נקרע נשתנה צורת האות ונתבטל שהרי נפסק האות לשנים ואלו לא היו בעינן כתיבה תמה ומוקף גויל כיון ששפתי הקריעה נוגעים זא"ז הרי האות שלם לגמרי אלא כיון דבעינן כתיבה תמה וכיון שנקרע אין זה כתיבה תמה להכי לא מהני הכתב לעשותו כתיבה תמה ואף על גב דבנגיעות מותר להפרידן שאני התם דגוף האות שלם רק שיש נגיעה למעלה ולמטה משא"כ היכא שגוף האות נתקלקל ונחלק והא גדולה מזו שי' הרשב"א דבנגיעה דלמעלה פסול משום דלא נכתב בכשרות ומצינן פסול דכתיבה תמה לעיכובא שלא יועיל תיקון וה"נ היכא שנחלק האות לשנים לכו"ע פסול ולא מהני דבק להכשירו ולעשותו כתיבה תמה אבל אי לא היינו מצריכין כתיבה תמה ומוקף גויל בס"ת ממילא ששפתי הקריעה הא נוגעים זב"ז הא נחשב אות, ומדויק בזה לשון המהרי"ק דודאי היכא שנקרע גוף האות והדבק מחזיקו נמצא שאינו כתב כ"א ע"י הדבק היינו היכא שנקרע גוף האות ואינו נוגע זה בזה ונתבטל צורת האות

לגמרי ואע"ג ששפתי הקריעה נוגעים זב"ז ולא נחסר מהקלף כלל א"כ הוי אות ונקרא אות אלא שנקרע ונסדק מ"מ בעינן שיהי' מוקף גויל וכונתו דלהכי ל"ה כתיבה תמה ולבסוף כתב ג"כ וא"ש הלשון אין דובקין בדבק כלומר היכא שנקרע גוף האות ונפסלה שהרי אין מוקפת גויל וגרע טפי כו' כונתו בזה דגרע דנפסל אף שנעשה אחר הכתיבה וגם דלא מהני דבק כיון דהקרע בגוף האות ובזה בעינן דין כתיבה תמה לעיכובא.

עכ"פ מפורש בד' המהרי"ק דהיכא דשפתי הקריעה נוגעים זה בזה נפסל רק מצד שאינו מוקף גויל ולפ"ז בגט דלא בעינן מוקף גויל לעיכובא ממילא גם היכא שנקרע לא נתבטל האות ויחולק בדין זה באם נקרע ונחלק לשנים א"כ כל חלק וחלק שבו נתבטל מצורת אות לא מהני חבור דאין החבור כתיבה משא"כ היכא שמחובר בהדי הדדי ושפתי הקריעה נוגעים זה בזה ורק שאמ"ג להכי בגט דלא בעינן מוקף גויל גם היכא שנסדק ונקרע כשר ויעו' בשו"ת צמח צדק סי' קי"ב שכ' ג"כ דנחלק האות פסול לפי שאמ"ג ושם באותו הדבור הביא תי' הב"י בו' דויהרג דלפי שנפסל אח"כ ע"י הנקב לא נפסל מצד שאמ"ג וא"כ תמוה מהכ"ת נפסל בקריעה לפי שאמ"ג וצ"ל בכונתו כמש"כ בד' מהרי"ק.

ד

והנה התשב"ץ בסי' ר"ז פ' בס"ת דהיכא שנקרע ונחלק האות לשנים מהני באמת דבק דפסולו משום שאינו כתיבה תמה יעו"ש וזהו דלא כהמבואר ברמ"א בסי' ר"פ ולד' התשב"ץ בגט דלא בעינן כתיבה תמה בודאי דכשר ובאמת בד' הרמב"ם בפ"ט מהל' ס"ת מבואר דבכל הקרעים יזהר שלא תחסר אות אחת ושלא תשתנה צורתה והשמיט שלא תחלק ולכאורה נראה דבנחלק אות אחת יש לו תקנה ונראה כיון דנחלק היינו נשתנה צורתה באופן שאין בכל חלק וחלק שיעור אות [ומזה מוכח דנחלק הוא בדוקא באופן שנשתנה צורתה שהרי מוכח מד' הרמב"ם דאין בנחלק שום פסול מצד עצמו רק מצד שנשתנה צורתה, ובמש"כ יש לדון ג"כ בד' הטו"ז סי' ל"ב דלשי' לא מהני קריאת התינוק דל"ח ודל"ט רק באופן הכרה אם שיעור האות די משא"כ היכא שנפסק ונחלק או ניקב לא מהני קריאת התינוק לצרף מה שלמעלה ומה שלמטה יעו"ש מה שהביא מד' הפוסקים בזה ולפמש"כ י"ל ג"כ דזהו דוקא בסת"מ דבעינן שיהי' כתיבה תמה ולא פסוקה ואיך יועיל קריאת התינוק להכשיר אות שאיננו אות במציאות ושכבר נפסל ע"י נקב או הפסק משא"כ בגט דלא בעינן כתיבה תמה ומה שנפסל בנקב הוא לפי שנקרע ונתבטל האות ואין זה אות כלל אבל היכא שהתינוק קורא מה שלמעלה ומה שלמטה וניכר לקריאה א"כ מה בכך שהסדק מפסיקו הרי ראוי הוא לקריאה ומובן השטר ואין בו שום חסרון דדוקא בסת"מ דגזיה"כ הוא שיהי' כת"ת ולא פסוקה משא"כ בגט דאין

כאן גזיה"כ רק דבנחסר גופו של גט ע"י תיבה או אות אין זה שטר גט אבל היכא שנקרא בשלימות בלי שום חסרון אין הסדק והפסק חוצץ כיון דקורא מה שלמעלה ומה שלמטה ביחד חשוב אות.

ה

ולדינא בשעת הדחק ובמקום עיגון נראה להקל עפמש"כ בד' המהר"ק והצ"צ דדוקא בסת"מ דבעינן מוקף גויל ע"י קריעה נתבטל צורת אות וגם דיש לצדד דמאי דמבואר בשו"ע דבכל הקרעים יזהר שלא תחלק הוא בקרע גמור בלי שום דבוק דעי"ז נתבטל צורת האות לגמרי לפי שאין בכל חלק יריעה שיעור אות משא"כ בסדק והפסק שמחובר הנייר בהדי הדדי לא נתבטל האות ורק דהוי הפסק שאמ"ג דבזה במקום עיגון כשר וגם לד' הטו"ז יש לצדד דבגט מהני קריאת התינוק [ובגוף דין הטו"ז שי' המאירי דמהני קריאת התינוק מה שלמעלה ולמטה הובא בב"י סי' ל"ב ובישועות יעקב חאו"ח שם צידד להלכה כשי' המאירי וכ"פ בשו"ת בי"א חאו"ח וגם יש לצרף בזה שי' התשב"ץ דבס"ת הא דנחלק האות פסולו לפי שאינו כת"ת ומהני דבק להכשירו] עכ"פ בנידון שאלת מעכ"ת שנתהוו סדקים והסדק עובר על הריש של מותרת לכל אדם בזה בודאי נראה להקל בשעת הדחק דהא רוב הפוסקים ס"ל דכיון דאיכא שאר לישנא בגט אינו מעכב הרי את מותרת לכל אדם ויעוי' בפ"ת סי' קכ"ו ס"ק מ"ג מה שהביא מד' הג"פ ובס"ק מ"ד מד' הנוב"י שחדש דבגט שנכתב מעיקרא אלא שאחר זה נתקלקל א"כ כבר אנו רואין שלא שייר הבעל והסופר וממילא הוא נכלל בכלל להתנסבא וא"כ שוב לא נחשב והרי את מותרת לכל אדם מן התורף וגם הרמב"ן יודה בזה יעו"ש ויעו"ש עוד מה שהביא מד' הנובי"ת ס"ס קי"ג דאם דילג מותרת גם הרמב"ן מודה, ויעוי' באהע"ז סי' קכ"ו ס"כ כיון שאנו מכירין סגנון הדבר אין לפוסלו בשביל דילוג אות אחת ויעוי' בטו"ז שם דזהו אפילו בתורף דהא בטופס מבואר בסמ"ט דאפילו חסר תיבה אחת כשר [והב"ש הביא מדרש"י במנחות שצריך לדקדק בתורף בחסירות ויתירות מדאורייתא וזה לחד לישנא והתוס' דחה שם] ובאמת ילע"י כיון דיד מוכיח מהני הא מה שיש בו דילוג עכ"פ לא גרע מיד מוכיח ולא דמי לסת"ם. ויעוי' בסי' קכ"ה ס"כ מה שהביא הב"ש שם מתשו' משאת בנימין סי' כ"ג דמקיל כשהאות אינה משתנה ולפי הנראה מד' המ"ב היינו דניכר עדיין היוד אבל אם האות משתנה שהקרע באמצע האות ונחלק לשנים בזה מחמיר המ"ב, אבל עדיין י"ל דזה דוקא בקרע גמור עכ"פ בנידון דהפסק הריש של מותרת יש להקל בזה בדיעבד וכן ראיתי בכעין זה בשו"ת בי"א חאהע"ז סי' פ"ב.

סימן לא

ח"י כסלו תרמ"ז ווילנא.

א

מה שעמד מעכת"ר בביאור דהתוס' גיטין דע"ז:
בד"ה ידה גופא מי קני' לי' לבעל וא"ת חצירה נמי אינו קנוי אלא לפירות וי"ל כיון דקנוי לו לפירא הו"ל כאלו קנוי גוף החצר לו אבל מע"י מעלמא קא אתי והדברים צריכים טעם. נראה דבעיקר קוהתוס' י"ל עפמש"כ הרשב"א בקידושין דכ"ג בשם הראב"ד לפרש בהא דפליגי ר"מ וחכמים בנותן מתנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו דחכמים ס"ל דיש לעבד יד וזכות ומה שקנה עבד קנה רבו והרי קדם התנאי דע"מ שאין לרבך רשות בו קודם לזכיית הרב ור"מ ס"ל דיד עבד כיד רבו ואין לו קנין מתחלה ובשעה שיד העבד זוכה בו יד רבו הוא ואינו יד רבו כי אם לזכייתו ולא לחובתו וכיון שהרב זוכה בו הלא התנאי שמתנה עם העבד כמתנה עם אחר דמי יעוי"ש בדבריהם הנעימים ולפ"ז באשה דהנותן מתנה לאשתו קנתה ויש לה יד וזכות מתחלה ורק מה שקנתה אשה קנה בעלה ולהכי בגט מיד שקנתה יצתה מרשותו א"כ אף אי לא אמרינן גיטה וידה באים כאחד בכל זה נתגרשה כיון שזכתה מתחלה וכיון שנתגרשה ל"ש לומר שיקנה עוד בעלה משא"כ בחצר דאם יש להבעל פירות הוי כמו פירות ששייך להשוכר בחצר המושכר דאם השוכר זוכה בהפירות פשוט דאין המשכיר זוכה מתחלה ורק השוכר זוכה מיד לפי שהחצר קנוי לו לפירותיו וכיון שהאשה לא זכתה בהגט מתחלה דהא הפירות של החצר שייך להבעל ולהכי אי לא אמרינן גיטה וידה באים כאחד אינו בדין שתתגרש ושפיר מקשה הש"ס.
שו"ר בחידושי הרשב"א בגיטין שם שכ' בתוך דבריו מ"מ לא דמי קנין ידה לקנין חצירה דשאני ידה מתוך שזוכה לעצמה מיד אחרים כגון שאמר לה על מנת שאין לבעלה רשות בה זוכה נמי מיד בעלה משא"כ בעבד שאין לו יד כלל לעצמו דהא דאמרינן בקידושין כ"ג דכשנותנים לו ע"מ שאין לרבו רשות בו קנה הנ"מ בשזכו לו אחרים אבל על ידי עצמו כלל לא ואע"ג דאמרינן נראים הדברים שהעבד מקבל גט לחבירו מיד רבו של חבירו דאלמא יש לו יד לזכות מ"מ לנפשי' אין לו כח לזכות מיד אחרים כו' ולהכי יד עבד קא קשי' לו כו' ונראה דזהו כונת הרשב"א דבאשה שיש לה יד ורשות מתחלה מתגרשת ולא איצטריך לגיטו וידו באים כאחד משא"כ בעבד ואולי זהו גם כונת התוס' כיון דקנוי לו לפירא הו"ל כאלו קנוי גוף החצר לו דמיד זוכה השוכר משא"כ במע"י דמעלמא קא אתי ומתחלה תזכה האשה במע"י ואח"כ אמרינן מה שקנתה אשה קנה בעלה.

ב

ובמק"א בארתי בזה שי' הרי"ף בב"ק דצ"ז שפסק כרב דהתוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה שלא בשעת מלאכה פטור כי היכי דלא ליסתר עבדי', ופסק ג"כ דגזל עבדים והזקינו דמשלם כשעת הגזילה דעבדי כמטלטלי ותמהו בזה לפי המבואר בגמ' שם ומי אמר רב הכי והא אמר רב התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור ואס"ד עבדי כמקרקע דמי ברשותא דמרי' קאי ומשני הבמ"ע שלא בשעת מלאכה כו' דניח"ל כי היכי דלא ליסתר עבדי' וא"כ למש"פ הרי"ף דגזל עבדים והזקינו משלם כשעת הגזילה דעבדי כמטלטלי א"כ אף בשעת מלאכה פטור כדין ספינה דפחתה נוטל אי נחית לגזלנותא ועי' בש"ג שם.

ונראה דלכאורה קשה במאי דמקשה ואס"ד כמקרקע דמי ברשותי' דמרי' קאי אבל אי כמטלטלין דמי ניחא דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה הא אי תוקף ב"ח ועשה בו מלאכה פשיטא דחייב שכר מלאכתו כפועל דהא טעמא דקרקע אינה נגזלת משום דהקרקע תמיד ברשות הבעלים ול"ש גזילה על הידים והרשות וא"כ מה שאמרו דעבדי כמטלטלי ונגזלים היינו רק גוף העבד נגזל מרבו אבל ידי העבד מהעבד פשיטא דאינם נגזלים, וכיון דלהעבד יש יד וזכות א"כ כל החיובים של חובל ומזיק לגבי עבד הם והא לא גזל כי אם גוף העבד ובשעת עשית מלאכה גוזל המלאכה ועל כל עבודה מתחייב לגבי העבד אלא שמה שקנה עבד קנה רבו, ולפ"ז התוקף עבדו ש"ח ועשה בו מלאכה אף אי עבדי כמטלטלי דמי יתחייב לגבי העבד וממילא יזכה בו הרב מהעבד והא דעבדים והזקינו משלם כשעת הגזילה היינו דגוף העבד נגזל וא"י לומר הש"ל אחרי שהזקין דגוף העבד דניידי ל"ה כקרקע למ"ד כמטלטלי דמי אבל אם עשה בו מלאכה קודם שנעשה העבד של הגזלן יתחייב לגבי' כמו נגד בן חורין כאמור.

אך קושית הגמ' דב"ק יתפרש ע"פ המבואר בנדרים דפ"ח כמאן אזלי הא שמעתי' דרב כר"מ יעו"ש וס"ל לרב דהלכה כר"מ ולר"מ אין כל יד וזכות להעבד מתחלה ובכל שכרו וקניתו זכה מתחלה האדון ולגבי האדון הא אפשר לגזול יד ורשות העבד שהיא גוף בפ"ע וע"כ אי עבדי כמטלטלי ניחא אולם הרי"ף פסק כחכמים ויש יד וזכות להעבד ולכן אף שפסק דעבדי כמטלטלי מ"מ חייב התוקף בשעת מלאכה כמשנ"ת, ואח"כ ראיתי שהרי"ף פסק כחכמים אבל כאוקימתא דר"א דבע"מ שאין לרבך רשות בו כו"ע ל"פ דלא קנה כי פליגי בע"מ שיצא לחירות כו', אך אעפ"כ אפ"ל דס"ל להרי"ף דלפי המסקנא יד וזכות אית להעבד דאל"כ ל"ש לומר בכסף ע"י עצמו כמו שדקדקו בזה התוס' והא דלא מהני התנאי דע"מ שאין לרבך רשות בו דהוי כמפליג בדברים והוא תנאי שא"א

להתקיים דתיכף שזכה העבד זוכה גם הרב ועי' בחי' הרשב"א שם וסוגיא דנדרים אתיא דלא כאוקימתא דר"א יעוי' בתוס' ובר"ן בקידושין שם וא"כ אי עבדי כמטלטלי דמי הי' אפשר לשנויי הא דקאמר רב דהתוקף פטור דס"ל כר"מ וכאוקימתא הראשונה דפליגי בזה ר"מ וחכמים כמו שפי' הראב"ד ולהכי לפי המסקנא דד' הרי"ף דיש יד לעבד וכל החיובים לגבי העבד הם שוב אף אי עבדי כמטלטלי דמי חייב אם לא בשעת מלאכה כמש"פ הרי"ף ועי' בנה"מ סי' שס"ג שכ' לענין שבת דכל החיובים הם לגבי העבד דאל"כ אין שבת לבהמתו וע"כ דהחיובים הם לגבי העבד ועי' בקצוה"ח שם מ"ש בישוב ד' הרי"ף מצד שבת עי"ש, (ואפ"ל עוד דלפי המסקנא בשכר פעולה שא"צ קנין ויד כמש"כ התוס' בסנהדרין דס"ח בודאי דהעבד זוכה מעצמו וה"נ בגזילה מחויב כנגד העבד).

ג

ויש להעיר בתמורה ד"ל במחלוקת דמשנתינו שם האומר תלין שפחתך אצל עבדי דחכמים אומרים הר"ז אתנן ורמ"א אינו אתנן וכ"ה גי' התוס' ר' מאיר עי' בהגהות הגרי"פ שם ופריך הגמ' והא שפחה לעבד משרי שרי אר"ה אצלי קאמר והא דקתני עבד לישנא מעליא קאמר א"ה מ"ט דר"מ כו' והא לפמש"כ הראב"ד יל"פ דאזלי לטעמייהו ולר"מ דס"ל דאין יד להעבד בפ"ע וה"נ לא זכתה השפחה כ"א אדונה בהאתנן ובכה"ג ל"ה אתנן וז"פ דאילו אחד שאמר הילך טלה זה ותן לי אשה דל"ה אתנן וס"ל לר"מ דאין לחלק בין שפחה כיון דהיא לא זכתה בהטלה, אבל רבנן ס"ל דיש יד לעבד דע"כ מהני תנאי וממילא השפחה זכתה מתחלה בהאתנן ואח"כ זכה האדון ולכן הוי אתנן ודילמא ר"מ וחכמים לטעמייהו אזלי ולזה העירני ח"א [ואין להשיב ע"ז הא מדאיצטריך קרא דאתנן כלב מותר משום דאין זנות לבהמה אע"ג דל"ש קנין להכלב וע"כ דלבעל הכלב נתן וזכה והו"א דהוי אתנן ומה"ט גם השפחה שהיא קנין האדון ילפינן מזה דאיצטריך קרא דהוי אתנן, יש לדחות דקרא איצטריך באופן שהכלב הוי הרובע והאשה הנרבעת עי' תוס' תמורה ד"ל בד"ה מנא הא מילתא ובעל הכלב הנותן האתנן להאשה הנרבעת ואין נפ"מ מי שהוא הנותן ואם אדם אחר אמר הא לך טלה זה והבעלי לפלוני הוי אתנן ובל"ז יש לחלק מכלב שהוא קנין הבעלים אבל השפחה הא יש לה רשות בפ"ע] ואפ"ל כיון דהקציצה לא הי' עם השפחה רק עם האדון ל"ש לומר דזכתה מצד שכר פעולה בהטלה ועכצ"ל כיון דביד האדון למוסרה חשוב אתנן [וילה"ע ממה שאמרו בנדה דנ"ז לעבדה ולא לבושה ועי' בתוס' שם דהוי מדת חסידות] גם י"ל דקושיית הגמ' קאי לאוקימתא דר"א דלכו"ע אין קנין לעבד בלא רבו ואכ"מ.

ד

ומה שתמה בשם אא"מ הרב ע"ד קו' הפנ"י בגיטין ד"כ שהקשה דהא מה שקנתה אשה קנה בעלה ואף אם היא נותנת שכר הסופר מ"מ של בעלה הוי וע"ז תמה דהא לר"ל מפסיד הבעל הפירות משעת כתיבה וכיון שנתן עיניו לגרשה לר"ש ואף לריו"ח מ"מ בשעת הנתינה עכ"פ הרי הפסיד הפירות והוה שלה עכ"ד נראה דקו' הפנ"י אליבא דריו"ח והכי מסיק הפנ"י שם והכי קיי"ל דיש לבעל פירות עד שעת נתינה יעו"ש וכיון שכן מה בכך דאח"כ יפסיד הבעל בשעת נתינה אבל שכר הסופר שהיא נותנת קודם הכתיבה או אחר הכתיבה קודם הנתינה כבר זכה בו הבעל מצד מה שקנתה אשה כו' ויש להוסיף עוד דהא מרא דשמעתין רבא דקאמר אי משום כו' ורבא ס"ל ביבמות דל"ו ובכמה דוכתי דהלכה כריו"ח לגבי ר"ל בר מתלת ולריו"ח יש לבעל פירות עד שעת נתינה וע"כ הקשה הפנ"י שפיר.

ויותר נראה דאפי' לר"ל דס"ל דהבעל מפסיד משעת כתיבה מ"מ לפמש"כ הרשב"א בגיטין די"ח דהא דלר"ש משנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות היינו אי נתגרשה אח"כ אבל אי לא נתגרשה לא מפסיד ואף אי נתגרשה לאחר איזה ימים אינו מפסיד יעו"ש א"כ אאפ"ל דיהא הגט בטל מטעם שאינו של בעל דהא הפסיד הפירות מטעם שנתן עיניו לגרשה דהא אי נימא דהגט בטל שוב זכה הבעל למפרע במה שקנתה האשה ואף דאי נימא מטעם זה דהגט קיים שוב לא הוי שלו וממילא ראוי לבטל הגט לפי הס"ד מ"מ אי נבטל שוב הוי הנייר שלו והדבר יתהפך כחומר חותם ולהכי א"א לבטל קנית הבעל מצד הגט דאי תבטל ממילא ל"ה גט והדר דינא דמה שקנתה אשה קנה בעלה ובכה"ג נראה סיוע לדברי הרשב"א הנ"ל מד' הירוש' מובא בתוס' גיטין דע"ז בד"ה מה בסוף דבריהם דפריך התם גגה וחצירה אינם משועבדים לאיש לאכילת פירות ומשני ריו"ח בשם ר' ינאי עד שיכתוב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן יעו"ש וק"ל לפי' שי' הירושלמי דריו"ח ס"ל הא דתקנו זמן משום פירי כמבואר בראי"ש פ"ב דגיטין ולדידי' אין לבעל פירות משעת כתיבה כלר"ל אליבא דידן וכיון דאין לבעל פירות משעת כתיבה ממילא ל"ק הא חצירה משועבד לבעל לאכילת פירות דהא כבר אין לו פירות בשעת נתינה משום דמכתיבה ואילך כלתה זכותו בפירות ול"ל לריו"ח גופי' לשנויי בכותב דו"ד אין לי כו' אליבא דשי' הירושלמי, ויעוי' בפ"י ר"פ הזורק בתוד"ה בכותב לה שכתב דקיימי אליבא דריו"ח דס"ל דיש לבעל פירות עד נתינה אבל לר"ל הא אין לו פירות, [באמת תמהתי עליו מה שעמד בדברי התו' ולא על גוף קושית הגמ' דמה שקנתה אשה קנה בעלה דלר"ל לק"מ דכיון שמפסיד הפירות שוב לא הוי חצרו והוי

חצרה ושפיר תוכל להתגרש בו] אבל זה לא יתכן ע"ד הירושלמי דהא לשי' הירושלמי ריו"ח ס"ל משום פירי ואפ"ה דחיק לשנויי באוקימתא דכתב לה דו"ד והא לריו"ח לשי' הירושלמי אין לבעל פירות משעת כתיבה ולמה לא תתגרש בחצירה אבל לפמש"כ יש לישב דאע"ג דאין לבעל פירות משעת כתיבה היינו אי מגרשה אח"כ כדין וכיון דע"ז גופא אנו דנין אם גט מעליא הוא כיון שלא הגיע לרשותה דחצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה מאי אמרת הא כבר אין לו פירות זהו אם יגיע גט לרשותה אבל אי לא יגיע לרשותה שוב הרי הבעל אוכל פירות והא ריו"ח לא ס"ל הא דגיטה וחצירה באין כאחד ממילא א"א לקיים הגט מפני שהבעל מפסיד הפירות מעיקרא דהא אם לא נתקיים ממילא לא יפסיד הבעל הפירות למפרע.

ה

וע"ד משה"ק בשבועות דל"ו במשנה המית שורך את עבדי והוא אומר לא המית משביעך אני ואמר אמן פטור כו' זה הכלל כל המשלם על פי עצמו חייב ושאינו משלם ע"פ עצמו פטור והא לפי המבואר בב"ק דמ"ג דפליגי שם במודה ע"פ עצמו דאע"פ דאינו משלם כופר ול' סלעים של עבד משלם דמים וכ"פ הראב"ד בפ"י מהל' נזקי ממון ונראה דגם הרמב"ם לא פליג על זה בעבד וא"כ ניהו שאינו משלם ל' סלעים ע"פ עצמו מ"מ הא איכא דמים עכ"ד הנה המנחת חינוך תמה בזה והניח בצ"ע ולא ראה שכן הק' הירושלמי שבועות פ"ה הל' ו' ובכתובות פ"ג ומשני שהמית עבד מוכ"ש היינו שאינו שוה כלום, אולם הרמב"ם בפ"ח מהל' שבועות סתם דין משנתינו דהמית שורך את עבדי דפטור ולא הזכיר במוכ"ש ונראה דבכל גוני פטור וקשה דהא איכא דמים בעבד.

ונראה עפמש"כ הרמב"ם בפ"ה מהל' טו"נ הל' ב' וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה והרי הוא חייב לשלם כו' הר"ז נשבע היסת על הכל דשיטת הרמב"ם דכל תביעה הבאה מחמת קרקע דמי קרקע הרי הוא כקרקע ופטור משבועה והראב"ד שם כתב נראין הדברים שתבעוה למלאות החפירות אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעת ממון וכמו שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת ועי' בח"מ ובלח"מ שם ובש"ך חו"מ סי' צ"ה.

ולפ"ז לשי' הרמב"ם דדמי קרקע פטור משבועה מכש"כ מקרבן שבועה ואף לפמש"כ הש"ך בסי' צ"ה דהראב"ד מפרש כונת הרמב"ם שטוענו למלאות החפירות אבל בדמי קרקע חייב י"ל דדוקא בשבועה שהוא בא על טענת התובע דתובע דמי קרקע אבל בקרבן שבועה דבא על הכפירה ולשכופר לו כופר בקרקע בכה"ג בודאי פטור ובאמת הא דאינו חייב שבועה וקרבן שבועה הם ענינים מיוחדים וילפינן מקראי גם בקרבן

שבועה כמבואר בשבועות דל"ז ופליגי שם גם אליבא מאן דדריש ריבוי ומיעוט והא קרבן שבועה איכא אפילו היכא שאינו מחויב שבועה ורק דעל קרקע נתמעט וה"ה דמי קרקע [ודהתוס' בשבועות שם בד"ה מתניתין שכ' תימא דליתי' ממתניתין דאין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות צ"ע דמה בכך דאינו חייב שבועה על פי בי"ד דמ"מ אם נשבע חייב קרבן שבועה ועי' בתורת חיים שם] וכ"נ מדהתוס' כתובות דמ"ב בהפלת את שיני שהקשו דתיפ"ל דהא עבדים איתקש לקרקעות ולכאורה צ"ע דהא לפי תביעות העבד הוא משוחרר והוי מטלטלין ועי' בקצוה"ח שהרגיש בזה דהא מעוכב ג"ש לא הוי כקרקע דהא ילפינן מוהתנחלתם אותם לרשת אחוזה ומעוכב ג"ש שאין רשות רבו עליו ליתא בירושה יעוי"ש וצ"ל בסברת התוס' דקרבן שבועה אזלינן בתר טענת הכופר.

ויש לה"ר דעל דמי קרקע פטור מקרבן שבועה משבועות דל"ז דיקא נמי דקתני גנבת את שורי כו' ואלו גנבת את עבדי לא קתני לאו משום דעבד איתקש לקרקעות ואין מביאים קרבן על כפירת שיעבוד קרקעות וקשה דעדיין הו"ל למיתני גנבת את עבדי באופן שנתיאש מן העבד דסתם גניבה יאוש בעלים וע"י היאוש יצא לחירות ואע"פ שמעוכב ג"ש מ"מ נראה דבגזל עבדים ונתיאשו הבעלים דא"י לומר הרי שלך לפניך כיון דהעבד זכה בעצמו למעשי ידיו. ובב"ק דס"ו מקשה ואס"ד יאוש קונה בגזל חמץ ועבר עליו הפסח אמאי אומר לו הרי שלך לפניך והא מכי מטי עידן איסורא מיאש לי' ומשני זה מתיאש וזה אי"ר לקנות וכבר הרגישו בזה אחרונים דמה בכך דאינו רוצה לקנות הא מ"מ יצא מרשות הנגזל והוכיח מזה הנתיבות דעד דאתי לרשות זוכה לא יצא ע"י יאוש מרשותו עכ"פ בנתיאש מן העבד אע"פ שהגזלן לא זכה בו אבל הא יצא מרשות הנגזל שהעבד זכה בעצמו ויצא מרשות בעליו לרשותו בודאי א"י לומר הש"ל ולפ"ז אינו תובע את העבד רק דמי העבד, ועי' ברמב"ם בפ"ט מהל' גזילה ובראב"ד שם לגבי עבדים דמ"מ נגזלים הם ונקנים ביאוש כו' הילכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל, מבואר דחייב באונסין על גזילת עבדים והא בגנבת את עבדי ונתיאש שחייב באונסיו א"כ בגנבת את עבדי בכה"ג הא מחויב לשלם דמיו והוי רק תביעה מחמת קרקע ועכצ"ל דעל דמי קרקע פטור מק"ש ובגנבת את עבדי בכל גוני פטור מק"ש, ולמשנ"ת בשי' הרמב"ם דדמי קרקע פטור מק"ש צ"ל דבל' סלעים של עבד לא הוי דמי קרקע כיון דאין זה מחמת שיווי העבד רק קנס שקנסה תורה אף שאינו שוה כלום, (כמבואר בגיטין דמ"ג דרק בטרפה פטור) ואין זה דמי קרקע רק דמים מיוחדים ולהכי לולא שהיה דין קנס היה חייב ק"ש, משא"כ אי נימא שמחויב לשלם בתורת דמים דמי העבד והוי שיווי העבד חשוב דמי קרקע ופטור מק"ש וא"ש מאי דאינו

מחויב ק"ש בשביל דמי העבד דהוי דמי קרקע ומש"פ הרמב"ם בהפלת את שיני וסימית את עיני דפטור מק"ש משום קנס ותיפ"ל דהוי קרקע כמשה"ק התוס' בכתובות דמ"ב ומה שתירצו שם דעבדים כמטלטלין דמי לענין זה תמוה שהיא נגד סוגיא מפורשת בשבועות דל"ז וצע"ג] י"ל דלמש"פ הרמב"ם מהל' עבדים פ"ה דבהפלת את שיני וסימית את עיני דחייב לשלם דמי עין ותובע מאתו דמי עין שיצא לחירות בהפלת שן ואילו היה מודה היה נפטר דלא היה יוצא לחירות מחמת הודאה דהפלת שן וזה הוי דמי חבלה דלשי' הרמב"ם הוי כמטלטלין ומה דאיבעו בגטין דמ"ב במעוכב גט שחרור אי יש לו קנס ולא פשטו ממתניתין משום די"ל דמתניתין אתי כמ"ד דהיוצא בשן ועין א"צ גט שחרור ובלא זה י"ל בשי' הרמב"ם דהפלת את שיני גם דמי קרקע לא הוי דהא אינו תובע תשלומי הקרקע רק כיון שהוא משוחרר והאדון מעכבו תובע את עצמו, ומעשה ידיו השייכים לו דהוי מטלטלין ולהכי היה חייב קרבן שבועה לולא שהי' קנס.

אולם כל זה לשי' הרמב"ם דס"ל דדמי קרקע פטור מק"ש אבל לשי' הראב"ד בפ"ה מהל' טו"נ שם שמסתייע ממה שאמרו במשנה חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת דחייב ק"ש דס"ל להראב"ד דב"ח הוי קרקע ודמי חבלה הוי כדמי קרקע וחייב ק"ש וס"ל להראב"ד בפ"י מהל' נז"מ הל' י"ד דבין בב"ח ובין בעבד דמיו משלם בין על פי עצמו ובין שלא בכונה יעוי"ש ולדידי' יקשה בהמית שורך את עבדי אמאי פטור מק"ש ניהו דאינו משלם קנס דל' סלעים על פי עצמו הא דמים מחויב לשלם על פי עצמו ויתחייב ק"ש וכמשה"ק בירושלמי וצ"ל כמו דמתרץ שם במוכ"ש שאינו שוה כלל ומסתייע להראב"ד משי' הירוש' דבדמי קרקע חייב ק"ש [אלא דיש לדחות דבירושלמי בפ' שבועות הדיינין מבואר עבר ונשבע על קרקע חייב חייב קרבן שבועה] ובבבלי דלא מקשה דיתחייב משום דמיו דס"ל דלענין קרבן שבועה דמי קרקע פטור וכמו דמוכח משבועות דל"ז ולהכי סתם הרמב"ם בפ"ח מהל' שבועות הא דהמית שורך את עבדי משביעך אני ואמר אמן דפטור בכל גווני לשלם דמיו משום דמי קרקע וא"ש.

1

ומשה"ק בר"פ הזורק ונתן בידה אין לי אלא ידה כו' וצריכא דאי אשמעינן גט משום דבע"כ מגרשה אבל גנב דליתי' בע"כ אימא לא כו' והא מויצאה והיתה הי' ילפינן דגבי קדושין ג"כ מהני חצירה והא קדושין דוקא מדעתה יפה הקשה וכבר קדמוהו בזה הנתיבות בפתיחה לסי' ר' יעוי"ש ונראה לפי המבואר בקידושין ד"ט כתבו לשמה ושלא מדעתה רבא ורבינא אמרי מקודשת ר"פ ורב שרבי' אמרי אינה מקודשת ופליגי בדרשא דויצאה והיתה דמה יציאה שלא מדעתה אף הוי' כן או דדרשינן מה יציאה בעינן

דעת מקנה אף הויה בעינן דעת מקנה, ולפ"ז למדס"ל דאינה מקודשת משום דילפינן מקנה ממקנה ועיקר ההקש מקנה ממקנה ל"ש למילף חצר בקידושין מגט דבגט החצר אצל הקונה, המתגרשת ול"ש זה בקידושין דהקונה הוא הבעל רק הא דקונית ע"י שטר קידושין בחצירה אחרי שידעינן דחצר קונה בכל מקום אבל לפי ההו"א דרק בגט קונה חצר אין למילף בקדושין דילפינן מקנה ממקנה וקונה מקונה ותירוץ זה שמעתי בשם גדול אחד, אבל עדיין קשה לרבא ורבינא דס"ל דכתבו לשמה ושלא מדעתה מקודשת ואפ"ל לדידי' דאין למילף גנב מגט דבע"כ מגרשה ואין זה קנין רק נתינה ונתינה הוי על ידי חצר משא"כ בגנב דבעינן קנין להתחייב באונסין ולהכי בקידושין דבעינן דעתה ורצונה בע"כ שזהו קנין [וכ"כ הא"מ לצדד דאע"פ דכתבו הגט על איסוה"נ כשר משום דלא בעינן הקנאה אבל שטר קידושין על איסוה"נ לא מהני משום דאין קנין באיסוה"נ יעוי"ש] ומה"ט אע"פ דילפינן קידושין מגירושין מויצאה והיתה מ"מ בקידושין דבעינן דעתה ורצונה וע"כ דבעינן קנין אין ראי' מגט דמהני חצר על קנין כמו דמהני בנתינה, וק"ל בהא דקאמר שם ואי אשמעינן גנב משום דקנסי' רחמנא אבל גט אימא לא צריכי לשי' החולקים על פירש"י וס"ל דלא מהני שום קנין בגט לבד יד א"כ הול"ל דמגנב לא ידעינן רק דחצר קונה לגניבתו כמו שארי קנינים דמהני בגנב להתחייב באונסין אבל מנ"ל דחצירו הוי כיד ממש שתיהוי כנתינה ביד בגט ולהכי איצטריך ונתן בידה מ"מ דע"י הנתינה בחצר הוי כיד ממש וצ"ל כיון דאיתרבי מאם המצא תמצא בידו המצא תמצא מ"מ דדמי לידו מוכח מזה דחצירו הוי כידו ממש וצע"ק.

סימן לב

ב"ה ז"ך תשרי תרס"ז וויסבאדען. **נדפס בשמי בס' שערי תודה.**

א

ע"ד אשר העיר רומעכ"ת בשולי, המכתב ע"ד המרדכי בר"פ הזורק לקנויי להההוא דוכתא שהק' למה צריך קנין והלא דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי, והמח"א תמה דהא מתנת שכ"מ א"א לאח"מ ואין גט לאח"מ ובס' דבר אברהם תי' דאמדינן דעתו שרוצה שיחול מחיים והביא בשמי סיוע מדהת"ו גיטין ד"ט בד"ה אינו חוזר וע"ז חולק מעכ"ת דהתוס' לא כתבו רק גבי עבד שהוא יודע שיצא שם ב"ח על העבד ואין ב"ח חוזר ונעשה עבד משו"ה גמר וזכהו מחיים אבל בגט שכ"מ אפשר דאין גט לאח"מ וכבר קדמו אחריך ואמאי לא נאמר גם התם דכיון דדעתו שיקנה כונתו שיקנה מחיים וכבר תמה הרש"ש אע"כ דרק גבי עבד כתבו התוס' כן זהו תו"ד. הנה לכאורה פשט דהתוס' שהקשו ואמאי

יצא ב"ח הא מתנת שכ"מ ל"ק אלא לאח"מ ואין גט לאח"מ צ"ב דמאי מקשים דהא מ"מ יצא שם ב"ח ומה בכך דאין גט לאח"מ וצ"ל בביאור דבריהם דאם נימא דאין גט לאח"מ וגם אם ימות לא ישתחרר מצד הדין שוב ל"ש יצא עליו שם ב"ח כלל דע"י מתנת שכ"מ לא ישתחרר בשום אופן ואיך יצא עליו שם ב"ח וע"ז תירצו התוס' דאפילו סתמא דעתו שיקנה משעה שראוי לשחרר משום דכיון דדעתו לשחררו א"כ ל"ש להסביר בתירוצם כמש"כ מעכ"ת דמשום שהוא יודע שיצא שם ב"ח על העבד משו"ה גמר וזכהו מחיים דהא ע"ז דנין דאם אין גט לאח"מ ולא יצא ב"ח אף לכשימות ל"ש יצא עליו שם ב"ח כלל, אלא דעדיין יש מקום להסביר חילוק מעכ"ת דלפי שרוצה בשחרורו והוא ע"י השחרור אם יועיל עפ"י דין ישתחרר אף אם יעמוד ע"כ משחררו מעכשיו משא"כ באחריך דאף אם רצונו לתת לו מתנת שכ"מ אבל רק באופן לכשימות וכבר קדמו אחריך, ולפי"ז בגט שכ"מ בגיטין דע"ז אתי לקמי' דרבא כו' והא רבה ורבא לא ס"ל הא דר"ה דאם עמד חוזר כמבואר בדע"ב. וא"כ בגט שכ"מ (אם לא בגט על תנאי והא לא נזכר שם שגירש על תנאי) סתמא אם עמד אינו חוזר דמי לשחרור שרצונו לגרש מעכשיו דהא הגט יהא גט אף אם יעמוד וכיון דרצונו לגרשה מעכשיו שוב מזכה גם החצר במתנת שכ"מ מעכשיו כדי שיחול הגט דאל"כ לא תוכל לזכות בהגט אם לא תזכה בהחצר רק לאח"מ.

אולם יש לי הרהורי דברים כעת שאין מספיק לישוב ד' המרדכי דהא כ' הנמוק"י בב"ב דקנ"ב בשם הרמב"ן דשכ"מ מהיום בעי קנין גמור וכ"פ בטוש"ע סי' ר"נ דמעכשיו או מהיום דין מתנת בריא ובלא קנין אין זה כלום ולפ"ז מה שתי' התוס' בגיטין דמיירי באמר מהיום או דסתמא כונתו שישוחרר מחיים דאין גט לאח"מ משום דכתב שטר מתנה נכסי קנויין לך ויש בזה קנין שטר על העבד והנכסים ומ"מ אם עמד חוזר בנכסים משום אומדנא דמתנת שכ"מ עם קנין אם עמד חוזר ורק במתנת שכ"מ שכתוב בה קנין פליגי רב ושמואל כמ"ש התוס' בכתובות דנ"ה וכ"ז בשטר אבל בדברי שכ"מ בע"פ נהי דדבריו ככוכ"מ היינו לאח"מ אבל אם רוצה לתת מעכשיו אין בו דין מתנת שכ"מ ולפ"ז בד' המרדכי מה בכך שרוצה לגרשה ולהקנותה חצרו מחיים ע"י דברי שכ"מ דהא מחיים דברי שכ"מ בלא קנין לא מהני, ומה דמבואר בדרש"י גיטין ל"ט דדברי שכ"מ בעל פה מהני לשחרר העבד יעוי"ש אף על פי דאין גט לאחר מיתה ומחיים לא מהני דברים בעלמא בלא קנין שאני התם דמיירי לסלק השעבוד וע"ז מהני דברי שכ"מ כמו שארי מתנות שכ"מ לאח"מ אבל בודאי שצריך ג"ש להפקיע דין איסור שבו וכמש"כ הרמ"ה המובא בטיו"ד סי' רס"ז ושי' הב"י בטור שם דלכשמת א"צ ג"ש הוא בע"כ מתורת מתנת שכ"מ לאח"מ וס"ל דמהני בשל תורה ובשו"ע חזר בו, (ומש"כ הב"י שם דבעמד

מיירי דאינו חוזר לפי שיצא עליו שם ב"ח ולפיכך צריך ג"ש היינו דבעמד אאפ"ל בכה"ג דמקנהו מחיים דהא דברים שבע"פ לא מהני מהיום וע"כ רק מתק"ח דיצא עליו שם ב"ח ואאפ"ל שישא ב"ח בלא ג"ש רק לפי שיצא עליו שם ב"ח משא"כ בכותב בשטר כל נכסי קנוים לך שכ' התוס' והרשב"א דלפי שיצא שם ב"ח גמר ומקנהו מעכשיו ויש בזה קנין גמור ושיחרור בשטר גם הב"י מודה שא"צ ג"ש ולחנם חשב המח"א בה' עבדים דהב"י חולק ע"ד התוס' והרשב"א דמבואר בדבריהם דגם בעמד א"צ ג"ש ותמה ע"ז דבאמת אין כאן סתירה דדוקא כשכתב בשטר נכסי קנוים לך א"צ ג"ש וכן מבואר מסתימת השו"ע רס"ז סעי' ע"ח שלא חילקו בדבר בין מת ועמד אבל בע"פ בע"כ צריך ג"ש בעמד דמתנת שכ"מ אין כאן ודברים בעלמא לא מהני מעכשיו].

ב

ולמשנ"ת בדהתוס' בגיטין ד"ט דכוונתו שיחול השחרור מחיים ע"י השטר אבל בע"פ לא מהני י"ל בזה קו' הגהת הרש"ש מב"ב דקל"ז שאם נתנו במתנת שכ"מ לא מהני דכבר קדמו אחריך דנימא גם התם שכונתו שיחול מחיים, די"ל דמיירי שנתנו במתנת שכ"מ בע"פ בלא קנין דאאפ"ל דכונתו מהיום דלא מהני במתנת שכ"מ, אך לפ"ז יחודש דמתנת שכ"מ בשטר מהני לגבי אחריך וחידוש דין זה לא שמענו וצ"ע, ונצטרך לומר בישוב ד' המרדכי דשיטתו דמתנת שכ"מ מהיום ולאח"מ א"צ קנין וזהו כשי' המהר"א ששון הובא במח"א ה' זכי' סי' מ"ו וזהו דלא כהרמב"ן והנמוק"י או דנאמר בשי' דבכל מקום מהיום צריך קנין כמתנת בריא אבל באופן שאאפ"ל שיחול לאח"מ כמו בגט שיחרור בזה גם מהיום א"צ קנין והי' בזה תקנת חז"ל דדברי שכ"מ יועילו שלא תטרף דעתו כיון דאין לו עצה אחרת ולהכי הי' בידו להקנות חצרו להאשה ע"י דברי שכ"מ כוכ"מ ושתחול המתנה מחיים דבאופן אחר א"א שתתגרש דאין גט לאח"מ.

אולם בדרך יותר מרווח נראה לתרץ ד' המרדכי עפ"י המבואר בחו"מ סי' רמ"ו כל הנותנים כל נכסיהם משתבטל המתנה כו' אין המקבל מתנה מחזיר הפירות, ויעוי' בסמ"ע ס"ק כ"ג או שכ"מ שנתן כל אשר לו ואח"כ עמד מחליו ומסיים דאפילו הפירות בידו א"צ להחזיר דדוקא היכא דהנתינה היתה בטעות מחזיר הפירות אבל כאן לא נתחרט ואדרבא כ"ז שלא עמד מחליו ניח"ל שיאכל המקבל הפירות ולא גרע מנותן מתנה ע"מ להחזיר לזמן קצוב יעוי"ש, [וע"ע בנתיבות סי' צ"ט שחידש דגם במברחת דבטל המתנה מ"מ שייך הפירות להמקבל דניהו דבידו לבטל המתנה ע"י אומדנא ובידו לחזור מ"מ כ"ז שאינו חוזר הוי מתנה, ועפ"ז יש מקום ללמד זכות על המכירה לנכרי בגלל מלאכת שבת דהוי הערמה והא יש בזה אומדנא דמוכח שעושה רק מחמת איסור

שבת דהעסק לא יתבטל בשביל זה ולא דמי להערמה דמכירת חמץ דהא התם אסור בהנאה וגמר ומקנה אבל בשבת אטו אם יתבטל המסחר יום אחד יתבטל העסק ונמצא דהוי אומדנא דמוכח ודמי למברחת ואין כאן מכירה כלל וכבר התעורר כיו"ב בתשו' חסד לאברהם, אבל לפ"ד הנתיבות א"ש דניהו דבידו לבטל המכירה אבל כ"ז שאינו חוזר שם מכירה עליו ובחמץ לא מהני סברא זו דכיון דבידו לחזור הרי הוא עובר בבל יראה מצד גול"מ, אולם בחמץ בשביל איה"נ גמר ומקנה ובשבת ניהו דבידו לחזור מ"מ כ"ז שאינו חוזר הרי הוא של הנכרי ובמתנת שכ"מ ניהו דאם עמד חוזר א"צ חזרה והמתנה בטלה מאלי', כמו שהוכיחו מגיטין דע"ב מ"מ כ"ז שהוא בחליו שייך הפירות להמקבל כדין מתנה לזמן].

ולפ"ז כיון דאין המקבל מתנה מחזיר הפירות ורשאי להשתמש ולאכול פירותיו שפיר הקשה המרדכי דתזכה החצר מדין מתנת שכ"מ ככוכ"מ דבאותה שעה שאינו חוזר הרי שייך לה הפירות ותזכה הגט בהשתמשות החצר, גם אם נאמר דדין זה דאין המקבל מתנה מחזיר הפירות הוא באופן שהמתנה מסורה בידו ולא היכא שהיא ביד השכ"מ אבל מ"מ בניד"ד שרוצה לגרשה וכונתו שתחול המתנה מחיים כמש"כ התוס' בגיטין ד"ט אלא שאינו מועיל להקנות גוף הדבר בלא קנין אבל על הפירות שבכל מתנת שכ"מ שייך להמקבל כאילו נתן מתנה ע"מ להחזיר לזמן קצוב וע"ז מהני דברי שכ"מ גרידא כיון שאינו מקנה גוף הדבר מהיום בזה שפיר תוכל להשתמש בהחצר לזכות בו הגט וא"ש, והא דמבואר בב"ב דקל"ז דכבר קדמו אחריך צ"ל ניהו דיש להמקבל פירות מ"מ הגוף זכה לאח"מ וכבר קדמו אחריך וע"ע בגיטין ט"ז בתוד"ה הא בסוף הדבור דדברי שכ"מ כשמת כמסורים לקבל משעת נתינת שכ"מ או אמירתו וצ"ע.

סימן לג

מלואים להמכתב הנזכר.

א

הנה שלח לי ידידי רומעכ"ת לפני הדפסת חבורו שערי תודה לבקר את מכתבי אשר כתבתי בוויסבאדען בהיותי מחוסר ספרים ועתה בעיוני בזה ראיתי אשר בכונת דברי התוספות בגיטין ד"ט עמדו גדולים חקרי לב והדבר תלוי בחלופי גירסאות הגהת מהרש"ל, והמהרש"א מעמיד הגירסאות הישנה, והנה יש מקום לחלוקו של מעכ"ת על פי הגהת המהרש"ל דאיך ישא בת חורין וכונתו בזה דבל"ז לק"מ קוהתו"ס דהא ע"צ ממון שבעבד שפיר מהני מתנת שכ"מ כמו כל מתנות שכ"מ דהוי לאח"מ ועיקר קוהתו"ס

דאיך ניתר בב"ח הא אין גט לאח"מ והוי כמעוכב ג"ש וע"ז תירצו דאפילו סתמא דעתו שיקנה משעה שראוי לשחרר היינו דדעתו לשחררו בשחרור גמור שלא יצטרך לג"ש מהיורשים ושפיר י"ל דדוקא בעבד אמרינן סברא זו משום שהוא יודע שיצא שם ב"ח על העבד ואין לו עוד עליו דין ממון משו"ה גמר וזכהו מחיים, אלא דיש להסתפק אם סברא זו דהואיל ויצא עליו שם ב"ח אמרינן גם במעוכב ג"ש דלא נסתלק רק דין ממון שבו ויעוי' בטור יו"ד סי' רס"ז שהביא בשם הרמ"ה דשכ"מ שאמר באחד מאלו הלשונות כיון שמשמעותו לשון שחרור זכה מיד בגופו ואינו יכול לשעבד בו וצריך ג"ש להתירו בב"ח, ועי' בב"י ובבדה"ב ובד"מ ובב"ח שנחלקו בדין מת והב"י בשו"ע חזר בו ומפורש בדברי הב"ח שם דבין עמד ובין לא עמד צריך ג"ש יעו"ש הרי דס"ל דנסתלק השעבוד שבו משום דיצא עליו שם ב"ח אע"ג דאלו מת הי' צריך ג"ש אלמא דגם זה חשוב יצא עליו שם ב"ח, ויעוי' במח"א ה' עבדים סי' ד' שחלק על הב"י מטעם אחר דבלשונות שבע"פ אם עמד חוזר דדוקא בשטר קלא אית לה א"כ בשטר של מתנת שכ"מ דאף דאין גט לאח"מ קלא אית להו הרי יצא עליו שם ב"ח אע"פ דאין גט לאח"מ משום דנסתלק השעבוד שבו, והמהרש"א שם הבין בהגהת מהרש"ל דאיך ישא בת חורין משום דקשי' לי' דהא אע"פ דאין גט לאח"מ הרי יצא עליו שם ב"ח ודחה זה (כמש"כ מתחלה) דא"נ דאין גט לאח"מ לא יצא עליו שם ב"ח כלל ובודאי דמודה המהרש"ל היכא דלא נסתלק השיעבוד כמו במתנת שכ"מ במקצת בלא קנין דאף אם מת לא נסתלק השיעבוד דלא יצא עליו שם ב"ח כלל ורק במתנת שכ"מ בכולו דיש בזה דין מש"מ לאח"מ יצא עליו שם ב"ח וא"כ מה שנסתלק השיעבוד בין במת ובין בעמד ל"ק להתוס' ורק דקושייתם דאיך ישא ב"ח בלא ג"ש וגם המהרש"א מידה לדינא דאם מת נסתלק השיעבוד כמפורש בדרש"י ותוס' גיטין דל"ט ודף מ' דמהני דין מתנת שכ"מ לגבי עבד אף בדברים שבע"פ לגבי דין ממון ובדקדוק נקיט המהרש"א בלשונו ואי נמי דלא הוה עמד וחזר לא קנה א"ע כיון דמתנת שכ"מ ואין שטר לאח"מ וכונתו בזה דאע"פ אם מת הי' זוכה מדין מתנת שכ"מ מ"מ כיון דבידו לחזור מחיים לא יצא עליו שם ב"ח ואילו הי' שטר לאח"מ ולא הי' בידו לחזור הי' חשוב יצא עליו שם ב"ח אבל הא אין שטר לאח"מ ובידו לחזור, ונפ"מ לדינא בין המהרש"ל והמהרש"א לתי' הראשון שבתוס' בדלא כתב מהיום, דלמהרש"ל הרי יצא עליו שם ב"ח ונסתלק השיעבוד אף אם עמד ואסור בב"ח גם אם מת ולהמהרש"א לא נסתלק השיעבוד כלל בעמד גם לתי' השני שבתוס' דכונתו לשחרר מחיים נפ"מ בשכ"מ בלשונות שבע"פ דאאפ"ל דכונתו מחיים דהא מחיים בעי קנין ולאח"מ נסתלק השיעבוד מצד מתנת שכ"מ ואם עמד חוזר דלא כהב"ח.

ב

ולפמשנ"ת בכונת הגהת המהרש"ל מיושב מה שתמה הגאון רעק"א בתי' לגיטין ע"ד הר"ת שם דע"ב דס"ל דכל שחל מחיים אם עמד אי"ח דאיך יפרנס הא דחוזר בנכסים ואי"ח בעבד דהא בע"כ חל מחיים דאין גט לאח"מ, וכן הקשה בס' דברי אמת בדיני קנינים סי' ד' ע"ד התוס' ב"ב דקמ"ט שהביאו ראי' דאם גר הוא המקבל יש בו דין מתנת שכ"מ אע"ג דלאו בר ירושה הוא, מגיטין ד"ט דהעבד זוכה מתנת שכ"מ דמאי ראי' הביאו דהא בע"כ מיירי מהיום או שרצונו שיחול מחיים דהא אין גט לאח"מ וא"כ מתנת בריא הוא ומאי ראי' מייתי דיש לגר מתנת שכ"מ, ולמש"כ א"ש בפשיטות דהם מפרשים הא דר"נ בגיטין מדין מתנת שכ"מ לגבי דין ממון דאינו חוזר בעבד ואסור להשתעבד בו וכ"נ מפירש"י ותוס' רי"ד אבל באמת אסור בב"ח אפילו אם מת בלא ג"ש מהיורשים דאין גט לאח"מ לגבי דין איסור שבו ושפיר ה"ר דיש דין מתנת שכ"מ לגבי עבד, ויש להוסיף עוד דס"ל להתוס' בב"ב כשי' ר"ת בגיטין דע"ב דכל שחל מחיים אם עמד אינו חוזר א"כ ראייתם מוכרחת דאאפ"ל דמיירי במהיום או שרצונו שיחול מחיים דא"כ אמאי חוזר בנכסים וגם בלאו טעמא דיצא עליו שם ב"ח אי"ח בעבד וע"כ צ"ל דרק לענין דין ממון קא מיירי בתורת מתנת שכ"מ לאח"מ, וכ"ז לפי הגהת המהרש"ל אבל לפי סברת המהרש"א דבתורת מתנת שכ"מ כיון דבידו לחזור בחליו לא חשוב יצא עליו שם ב"ח א"כ אאפ"ל דבתורת מתנת שכ"מ קא מיירי דא"כ אמאי אינו חוזר בעבד.

ויש להסתייע לס' המהרש"א דלכאורה קוהתו"ס דאין גט לאח"מ צ"ע לפי המבואר בגיטין דל"ט. וכי מי כתב ג"ש לאלו ומשני אמר ר"נ קסבר עולא עבדו דגר כאשתו כו' א"ה המפקיר עבדו ומת נמי כו' מבואר מדהג"מ דהיכא דפקע קנין ממון שבו ניתר העבד במיתת האדון כאשה ולמש"כ התוס' בגיטין ד"מ בד"ה הא בעי גט מדרבנן וא"כ במתנת שכ"מ דנפקע קנין ממון שבו ניתר אח"כ במיתת האדון מה"ת כאשה ולגבי דרבנן הא יש לו ג"ש מדרבנן השטר של מתנת שכ"מ ולהכי יצא ב"ח ומותר בב"ח, וראיתי במפרשים לגיטין שהעירו מזה אבל לדברי המהרש"א א"ש ויפה הקשו התוס' דניהו לכשימות יהי' משוחרר מה"ת ויהי' מותר בב"ח מ"מ כיון דיכול לחזור בעודו שכ"מ לא חשוב יצא עליו שם ב"ח כלל וע"ז תירצו דמיירי מהיום ואין בידו לחזור.

אולם תי' השני שתירצו דכונתו שיחול מחיים תמוה לפ"ז דכיון דע"י מתנת שכ"מ ניתר לאח"מ גם בב"ח וא"צ עוד ג"ש מהיורשים א"כ מהכ"ת נאמר דכיון דרוצה בשחרורו כונתו שיחול מחיים דהא גם לאח"מ יהי' משוחרר גמור ולא יצטרך לג"ש מהיורשים [ודוחק לחלק בין מפקיר עבדו ומת שהפקיר מחייו בין מתנת שכ"מ דחל עם גמר מיתה

דסוף סוף הא אין היורשים יורשים ממונא, וילפינן מאשה דכיון דלא ירשי ממונא לא ירשי איסורא וניתר במיתת האדון] וצ"ל לפ"ז דתי' השני אזיל בשי' הרי"ף והרמב"ם דס"ל דהמפקיר עבדו ומת צריך ג"ש מהיורשים דאיסורא לברי' קא מורית ולא דמי לגר, אבל לשי' התוס' בד"מ שא"צ ג"ש מה"ת בע"כ מתרצים כתי' הא' דמיירי מהיום, [ויהי' מזה סייעתא לד' הנמוק"י דס"ל דבמעכשיו והיום אם עמד חוזר, והגאון רעק"א בחדושיו לגיטין תמה על שלא הביאו הפוסקים ראי' מדהתו"ס כשי' הנימוק"י דבמהיום אם עמד חוזר דלא כשי' הרמב"ם והשו"ע, ובפשוטו לק"מ דדוקא בכל מקום ס"ל להרמב"ם דבמעכשיו אם עמד אינו חוזר דלמה פירש מעכשיו הרי הוציאו מכלל מתנת שכ"מ וביטל האומדנא דאם עמד ובודאי דכונתו גם אם יעמוד משא"כ בג"ש דאין גט לאח"מ ומוכרח לשחררו מחיים דאל"כ לא יחול השחרורר כלל א"כ אין ראי' ממה שפירש מהיום לבטל האומדנא ונשאר האומדנא במקומו דכונתו אם ימות ולא אם יעמוד ובדין חוזר, אבל למש"כ עפי"ד המהרש"א בשי' התוס' בגיטין ד"מ דס"ל דמהיורשים א"צ ג"ש מה"ת ולכשימות יהי' מותר בב"ח א"כ למה פירש מהיום דהא בלא"ה יהי' מותר בב"ח ולא יצטרך לג"ש מן היורשים ומ"מ מבואר בגמ' דאם עמד חוזר ורק לפי שיצא עליו שם ב"ח אי"ח א"כ הרי מוכרח לשיטתם כשי' הנמוק"י דאפילו במעכשיו אם עמד חוזר ועיין.

ויובן בזה תי' הראשון שתירצו דמיירי מהיום ומבואר בדבריהם דבלא מהיום לא מהני ולכאורה תמוה דהא בגט שכ"מ בכה"ג אמרינן בדע"ג דכונתו מחיים ופסלי רק מטעם גזירה ומדינא כשר כמש"כ רש"י שם דלהכי יהבי' ניהלי' שיהי' גט מעכשיו ע"מ שימות וכבר הרגיש בזה בתורת גיטין שם, ולמש"כ דאזלי בתי' הראשון לשיטתם בד"מ דבאמת א"צ ג"ש מה"ת א"כ מהכ"ת נאמר דכונתו שיחול מחיים כיון דגם לאח"מ ניתר בב"ח ולהלכה למש"פ הרמב"ם והטוש"ע דצריך ג"ש במפקיר עבדו ומת מן היורשים ובודאי כונתו שיחול השחרור מחיים כמו בגט וע"כ סתמו הדין ברמב"ם וטוש"ע סי' רס"ז סעי' ע"ח דאי"ח בדעבד ולא הביאו שי' התוס' בתירוצם הראשון דבלא מהיום אין גט לאח"מ ומשום דתי' זה אזל לשי' התוס' בד"מ שא"צ ג"ש מן היורשים מה"ת.

ואם כי עשיתי סמוכין לד' המהרש"א לקיים הגי' הישנה, אבל בכ"ז דבריו מגומגמים בפשט דהתוס' ובפרט במה שהוסיף לפרש בקושי' התוס' השני' מ"ט אינו חוזר בעבד בעמד היינו משום דלא יצא עליו שם ב"ח כלל כיון דאם עמד הי' חוזר ותמוה דמאי תירצו ע"ז דהכל הוא מתק"ח מה שאינו חוזר בעבד דמהכ"ת יתקנו כיון דבלי תקנתם לא יצא עליו שם ב"ח כלל והמחוור בזה כפי' המהרש"ל וכונת התוס' בקושיתם השני'

הוא כבראשונה דניהו דיצא עליו שם ב"ח מ"מ כיון דאיכא אומדנא שאינו נותן רק אם ימות אמאי מותר בב"ח אם עמד וע"ז תירצו דהוא מתק"ח ולפיכך גמר ומקנה וזכהו מחיים, וגם לפי' המהרש"ל יש לישב מה שתי' התוס' בתירוצם הראשון דמיירי מהיום ומבואר דבלא מהיום לא מהני ותמוה דהא בגט שכ"מ אמרינן דכונתו מחיים כמשכ"ל בשם התורת גיטין דיסוד הדבר דאמרינן דכונתו מחיים הוא לפי שאין אדם מוציא דבריו לבטלה וכיון שרוצה לגרשה מסתמא כונתו באופן המועיל מחיים דאין גט לאח"מ וכל זה בגט שאינו מועיל כלום לאח"מ משא"כ בשיחרור דנהי דלא מהני לענין קנין איסור שבו להתירו בב"ח אבל הא שיעבודו נפקע כדין מתנת שכ"מ א"כ לא היו דבריו לבטלה שהקנה את הנכסים לעבד שזכה בעצמו ויצא לחירות אלא שצריך ג"ש מן היורשים א"כ מנ"ל דכונתו לשחררו מחיים שלא יצטרך גם ג"ש מן היורשים וע"כ תירצו דמיירי מהיום ותי' השני ס"ל דנותן בעין יפה נותן ואמדינן סתמא דכונתו באופן היותר מועיל שלא יצטרך ג"ש מן היורשים כלל [ולא ניח"ל לאוקמי במפרש מהיום דאפשר דס"ל דבכה"ג אם עמד אינו חוזר כדין מעכשיו לשי' הרמב"ם].

ג

ולמשנ"ת בשי' התוס' בב"ב דקמ"ט והר"ת בגיטין דהם מפרשים סוגי' דגיטין ד"ט דחוזר בנכסים ואי"ח בעבד דלעינן דין ממון לבד קאי דנסתלק השיעבוד וגם בכה"ג חשוב הואיל ויצא עליו שם ב"ת [כפמש"כ עפ"י הגהת המהרש"ל] י"ל ג"כ משה"ק בס' תורת גיטין בגיטין ד"ט שם דאמאי ל"א שאינו חוזר בעבד שמא יאמרו יש גט לאח"מ כדאמרינן בגיטין דע"ג גבי גט שכ"מ [ולא אבין מה שעמד בזה על קו' התוס' וא"ת כיון דמסתמא אמאי לא תירצו כן דהא התוס' אי אפשר לתרץ כן דא"כ אמאי נקיט הש"ס הטעם דהואיל ויצא עליו שם ב"ח ולא שמא יאמרו יש גט לאח"מ אך קושיתו באמת יקשה על גוף דהג"מ] ומה שתי' התו"ג דבעבד ל"ש לומר אפקעינהו רבנן לקנין מיני' כמו דאמרינן בגט אפקעינהו רבנן לקדושין מיני' דא"כ נשאר העבד נכרי גמור אינו מספיק כלל דמה בכך דהוי נכרי הא בל"ז אחר השחרור צריך טבילה ויטבול לשם גירות בקבלת מצות אם לא דנימא דמה דנימול לשם עבדות לא עלתה לו כיון דאיגלאי מילתא דל"ה עבד כלל וצריך הטפת דם ברית וכ"כ הטו"א בריש חגיגה באבני שוהם עיי"ש. וגם הא מצינו קנין דא' בג"ש ומהני קנין דרבנן לג"ש אע"ג דהפקר ב"ד גרידא לא מהני דהא המפקיר עבדו יצא לחירות וצריך ג"ש גם התוס' בב"מ דף כ' לא ברירא להו וכתבו דשמא גם לענין איסור אמרינן עבחז"ל משעת חתימה דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת ולהך צד קשה מ"ט לא אמר הגמ' דאי"ח בעבד שמא יאמרו יש גט לאח"מ כמו דאמרינן גבי

גט ועיקר קו' התו"ג היא לפי פירש"י בגיטין דע"ב דהא דגיטו כמתנתו דמיירי בסתם שכ"מ אבל לפי' התוס' שם שמפרשים בענין אחר לק"מ ולפמשנ"ת י"ל דרש"י מפרש הא דאינו חוזר כעבד לגבי דין ממון לבד וגם אם מת צריך ג"ש ורק דנסתלק דין ממון שבו מצד מתנת שכ"מ ולא שייך גזירה דשמא יאמרו יש גט לאח"מ כיון דאפילו לאח"מ צריך ג"ש מן היורשים.

גם למשנ"ת בשי' התוס' בגיטין דף מ' דהיכא דפקע דין ממון א"צ ג"ש מן היורשים מה"ת י"ל דהג"מ ולפרש דמיירי אף לענין קנין איסור משום דבאמת הא דאמרינן שמא יאמרו יש גט לאח"מ צ"ב דלמה חשו בגט אשה הא בכל המתנות אין שטר לאח"מ וצ"ל דרק בשכ"מ גזרו דבאמת מהני שטר לאח"מ מדין דברי שכ"מ ככוכ"מ דמי וכמו שאמר הג"מ בדס"ו מה מתנה ישנה לאח"מ וע"כ חשו גם בגט שכ"מ דאי נימא דאם עמד חוזר ורק אם מת מתגרשת יאמרו דמהני גם לאח"מ אפילו אם יפרש השכ"מ שמגרש לאח"מ אבל משום בריא אין לחוש דהא גם מתנת ממון לא מהני בבריא לאח"מ.

ועפ"ז א"ש דאין לגזור גם בג"ש שמא יאמרו יש גט לאח"מ בשכ"מ שיפרש שמשחרר לאח"מ דבאמת מהני גם בכה"ג בגט שחרור דכיון דנסתלק השעבוד מדין ממון שבו עפ"י דברי שכ"מ ממילא ניתר מדין תורה במיתת האדון. ואילה"ק לפ"ז משנתינו בדף י"ג דתן גט זה לאשתי ושטר שיחרור זה לעבדי דלא יתנו לאח"מ משום דאין גט לאח"מ הא כבר נסתלק השיעבוד שבו מדין מתנת שכ"מ למאי דמוקמי שם בשכ"מ ואמאי לא יתנו לאח"מ הא מה"ת כבר ניתר במיתת האדון אולם גמרא ערוכה היא בד"ט מילתא דאיתא בשטרות לא קתני דשלח רבין כו' משום רבנו שכ"מ שאמר כתבו ותנו מנה לפלוני אין כותבין ונותנין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאח"מ ובכה"ג אין כאן דין מתנת שכ"מ כלל, ואדרבה בזה מאירים דהג"מ שם התמוהים כמו שתמה בתו"ג דמאי ענין זה להא דשלח רבין הא פלוגתא דרב ושמואל במתנת שכ"מ אינו אלא דלרב השטר אינו מקלקל דברי השכ"מ ושמואל ס"ל דהשטר מקלקל דברי שכ"מ אבל בדבר שנגמר קנינו בשטר כגון בשטר מתנת קרקע בודאי דאינו נגמר לאח"מ ובפשיטות הו"ל למימר מילתא דאיתא בשטרות לא קתני דבכל שטר אפילו של מתנה אין נותנין אח"מ ועו"ק דקארי לה מאי קארי דודאי בכתבו ותנו ל"ש למיתני דשוה גט לש"ע דהא אפילו במטלטלין לא קנה עד שיגיע לידו וכשמת אין נותנין.

ד

ולפמש"**כ** יבואר הדבר כמין חומר דס"ד דהמקשה דשוה שחרורי עבדים לגט דמאי דבשאר שטרות לא מהני לאח"מ היינו משום דכבר נכנס ברשות היורשים וכמו

שפירש"י במשנה אבל בגט הטעם משום דאין מתיר וכמ"כ בגט שחרור דכבר נסתלק השיעבוד מדין מתנת שכ"מ וניתר במיתת האדון ולא נפלי נכסי קמי יתמי וגם קנין איסור שבו לא ירשו ורק שצריך ג"ש מדרבנן ואפ"ה לא יתנו הגט לאח"מ משום דהג"ש של המת לא מהני שאין המתיר בעולם, ובדבר זה שוה שחרור עבדים לגט וע"ז משני מילתא דאיתא בשטרות לא קתני דשלח רבין דאין כותבין ונותנין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר דבכה"ג אין כאן צואת שכ"מ כלל ולא נסתלק השיעבוד כלל וממילא דלא יתנו לאח"מ מה"ת דנפלי נכסי קמי יתמי וזהו כמו בשאר שטרות והבן, וילה"ע על מה שנתבאר בשי' רש"י בדע"ב דס"ל כשי' התוס' בד"מ דהיכא שפקע קנין ממון ניתר מצד מיתת האדון ולהכי ל"ח בג"ש שמא יאמרו יש גט לאח"מ משי' רש"י בד"ט ובדי"ג דאפילו לרבנן זכה לענין חזרה שא"י לחזור אבל גיטא ל"ה עד דמטי לידו וכיון דא"י לחזור הרי נתיאש מאתו שלא ישתעבד עוד בו ופקע ממונו וא"כ הי' ניתר במיתת האדון מן התורה ועל הרי"ף דמפרש כן ל"ק דהרי"ף לשיטתו דס"ל דאיסורא לברי' לא מורית וצריך ג"ש מן התורה מן היורשים אבל לשי' רש"י יקשה ואי"ל דלענין הא דצריך ג"ש מדרבנן אמרינן אין גט לאח"מ ולא יתנו לאח"מ [ובכה"ג כ' הב"ח והקצוה"ח בסי' קכ"ה לפרש דלגבי ג"ש אאמד"ר] יקשה לפ"מ שפירש"י בדי"ג דלהכי לא יתנו לאח"מ דחייל עלי' רשות יורשים, והקצוה"ח בסי' קפ"ח הסביר עפ"י שיטת הרמב"ם דבנשתטה המשלח לא נתבטל השליחות והא דלא יתנו לאח"מ דכבר נכנס לרשות יורשין ואיהו גופי' אין לו רשות בו ודמי למכרו לאחר קודם שמסר השליח ולפ"ז כיון שניתר במיתת האדון מה"ת ולא נכנס לרשות היורשים לא לקנין איסור ולא לקנין ממון ורק שצריך ג"ש מדרבנן א"כ יהי' השליח במקום המשלח שלא נתבטל השליחות ע"י מיתתו למסור הג"ש לאח"מ להעבד, וצ"ל דלא פקע קנין ממון שבו ע"י שא"י לחזור דמ"מ כל זמן שאינו חוזר משעבד בו למעשה ידיו שלו ולא נתיאש ממנו כ"ז שלא הגיע הג"ש לידו.

אולם לפי מה שהסביר בס' דברי אמת קונט' י"א שי' הרי"ף דלהכי ל"ה גיטא עד דמטי לידו משום דזכי' אינו מטעם שליחות ובכסף ע"י אחרים נקנה ומשתחרר מיד משא"כ בשטר דבעי נתינה ליד ונתינה לא הוי ע"י זכי', ולפ"ז זהו רק דלא הוי משוחרר לענין קנין איסור שבו אבל ממונו בודאי נפקע דלא גרע מקנין אחר וכמש"כ בקצוה"ח סי' ר' בשלא לשמה דע"י אחרים מהני והד"ק כיון דנפקע קנין ממונו יהי' ניתר במיתת האדון כנ"ל אך להרי"ף לשיטתו ל"ק דהא ס"ל דאינו ניתר במיתת האדון בכה"ג ולשי' רש"י בודאי אאפ"ל כן דהא רש"י ס"ל בר"פ הזורק דגם קנין אגב מהני בגט אלמא דלא בעי נתינה וגם הקנאה מהני ובודאי דגם זכי' מהני.

ובעיקר הדבר נראה דאפילו במפקיר עבדו ומינה שליח ומת לשי' התוס' דצריך ג"ש מן היורשים מדרבנן דלא יתן השליח לאח"מ דאע"ג דהיורשים לא ירתי כלום מ"מ הא יצא מרשותו דאטו אם גר שאין לו יורשים מינה שליח למתנה יתן השליח השטר לאח"מ דמ"מ הא יצא מרשותו ואין עוד בעליו (וכן נראה דלאמימר דס"ל המפקיר עבדו ומת אין לו תקנה דאיסורא לברי' לא מורית דאפילו אם מינה שליח לא יתנו לאח"מ ולהכי אפילו בתן זה לשי' הרי"ף אם גם נפקע קנין ממון ע"י זכי' לא יתנו לאח"מ משום דאע"ג דהיורשים לא ירתי הא יצא מרשות האדון] וכמו בגט דלא יתנו לאח"מ לפי שיצא מרשות הבעל המתיר אע"פ שלא באה לרשות אחר אלא דבגט י"ל דלא מצינו גט רק להתיר איסור א"א אבל לא לאיסור יבמה לשוק כיון דאיסור א"א חלף הלך לו], גם למש"כ הרא"ש דלהכי לא בעי גט שחרור מן היורשים דכו"ע לא בקיאי בדין מיתת האדון המתיר ויבוא לידי לעז א"כ כיון דלא ידעי דניתר במיתת האדון יוציאו לעז דהא אין גט לאח"מ ולהכי צריך גט אחר מן היורשים.

ה

וראיתי בס' דברי אמת שמתרץ משה"ק ע"ד הר"ת בגיטין דע"ב שכ' דהיכא שחל מחיים אם עמד אינו חוזר מהא דגיטין ד"ט דחוזר בנכסים ובעבד וכן דהתוס' בב"ב דקמ"ט שהוכיחו דמתנת שכ"מ יכול לתת לגר מגיטין ד"ט דנותן מתנת שכ"מ לעבד ומאי ראי' הביאו דהא ע"כ מהיום קאמר דאין גט לאח"מ ומתרץ דבריהם לשיטתם בספ"ק דגיטין דמתנת שכ"מ קונה למפרע משעת אמירה וכ"כ הטור בסי' ר"נ ולהכי מיירי הא דגיטין ד"ט בסתם מתנת שכ"מ דקונה למפרע ומהני הגז"ש ואעפ"י דקנין מתנת שכ"מ אאמד"ר מהני לד"ת ובזה מתרץ ג"כ ד' המרדכי בר"פ הזורק על מה שאמרו דתיזיל ותפתח והקשה אמאי לא הקנה לו המקום במתנת שכ"מ דדבריו ככתובים וכמסורים ותמוה דהא מתנת שכ"מ אינו קונה אלא לאח"מ וכמש"כ הרשב"א בפ' הזורק שם אלא משום דהמרדכי ס"ל כשי' התוס' ספ"ק דגיטין דמתנת שכ"מ קונה למפרע והלא גמרא ערוכה בגיטין דס"ו הדבר לומר דגט שחרור מהני משכ"מ לאח"מ למפרע והלא גמרא ערוכה בגיטין דס"ו מתקיף לה רבי אבא אי מה מתנה ישנה לאח"מ אף גט ישנו לאח"מ ומשני בשלמא מתנה איתא לאח"מ אלא גט לאח"מ מי איכא ולדבריו הא כמו מתנת שכ"מ איכא לאח"מ דקונה למפרע משעת אמירה יועיל ג"כ הגט בתורת מתנת שכ"מ למפרע וגם מפשטות דברי הש"ס בכתובות דנ"ה דשמואל אמר שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאח"מ מבואר דאין בדעת השכ"מ להקנותו משעת אמירה דאל"כ הי' מועיל גם השטר דאאפ"ל דחז"ל עשאו דברי שכ"מ ככו"מ משעת אמירה נגד רצונו ודעתו וע"כ צ"ל כמ"ש

המהרי"ט בס' ע"ד והובא ג"כ בנתיבות סי' ר"נ דרק שעבוד הוי למפרע, עכ"פ הרי גמרא מפורשת דאין גט לאח"מ במתנת שכ"מ ואין שטר לאח"מ ול"א דרצונו להקנות מחיים למפרע משעת אמירתו וגם מה שרוצה לכוון בזה ד' המרדכי דתקנה חצרו בתורת מתנת שכ"מ למפרע ז"א מטעם אחר דהרי בגט בעינן ונתן בידה וגט בידה ומשיחה בידו אינה מגורשת כמבואר בב"מ (דף ז') הואיל ויכול לנתקה אצלו. והרי מבואר בדהתוס' בגיטין ר"פ הזורק דלהכי ל"ה טלי גיטך מע"ג קרקע דהוי כאילו בא מידו לידה מה שנתן חצרו מרשותו לרשותה וע"כ גיטו וידו באים כאחד והכא דאע"ג דמתנת שכ"מ קונה למפרע הא בכ"ז כל שאם עמד חוזר חוזר ממתנתו ובידו לחזור ממתנת שכ"מ של חצרו א"כ הוי משיחה בידו ולא ניתק הגט מרשותו כלל עד מיתתו דאעפ"י דבכל מקום שמגרש בתנאי דאם מתי בידו לחזור מגיטו היינו מעיקר הגט ולא מהנתינה וכן מה שבידו מצד שהוא אלים להוציא הגט מידה אין זה חשוב יכול לנתקה דעכ"פ אין בידו לעקור למפרע וכ"ז שהי' בידה הרי הי' אצלה משא"כ בזה שבחזרתו ממתנת שכ"מ הרי בידו לנתקה שלא הי' אצלה כלל למפרע א"כ אין זה נתינה.

הן אמת שכבר התעורר כיו"ב בחי' הרי"ם דהא בידו לחזור תוכ"ד מקנין חצר ואע"ג דמהגט א"י לחזור תוכ"ד אבל מקנין חצרה הא בידו לחזור וא"כ מ"ט אמרינן גיטו וידו באים כאחד הא הוי גט בידה ומשיחה בידו לפי שיכול לנחקה תוכ"ד, אולם י"ל בפשיטות דשאני התם דבתוכ"ד שבידו לחזור לא חשוב כלל חלות הדבר והקנין חל רק לאחר כ"ד ואזי הוי הנתינה וממילא שאין בידו לנתקה דהא אחר כ"ד אין בידו לחזור, אבל בשכ"מ שבידו לחזור עד מיתתו אי אפשר שיחול הגט רק לאח"כ ואין גט לאח"מ דהא בחייו לא הוי נתינה כלל ואף דמתנת שכ"מ הוי למפרע מ"מ הא נתינה לא הוי למפרע כיון דהמשיחה בידו שיכול לחזור. ובזה נדחה ג"כ מה שראיתי מתרצים ד' המרדכי דמדין אגב תזכה הגט כמו שפירש"י וס"ל להמרדכי דאג"ק מהני במתנת שכ"מ אף דהקרקע זוכה לאחר מיתה דלא כמש"כ הרשב"א ולמש"כ זה אינו דכיון דהוא מדין אג"ק והקרקע זוכה במתנת שכ"מ הלא כל ימי חייו בידו לנתק את הגט דהא בידו לחזור ממתנת קרקע וממילא אי אפשר שיחול הגט מחיים דהא אין כאן נתינה.

1

אולם יש להעיר עפ"ז במש"כ הנימוקי בב"ב בשי' הר"י מיגא"ש דמצוה מחמת מיתה לעולם חוזר אף בקנין וזיכוי ויפוי כח וכ' על זה הנימוקי ונראה מד' הרא"מ דמחיים אפילו לא עמד חוזר אלא שזה אינו נראה בעיני הרא"ה והריטב"א יעוי"ש וא"כ יקשה בההוא שכ"מ דתקיף לי' עלמא דהוא מצוה מחמת מיתה ניהו דזכתה החצר מחיים מ"מ

כיון דבידו לחזור כל זמן שהוא חי אף בקנין וזכוי ויפוי כח דהוא מעכשיו א"כ הרי המשיחה בידו דיכול לנתק את הגט על ידי חזרה מהקנין ואינו נראה לחלק בשי' הרא"מ דאם פירש מעכשיו שאני דהא קנין עם זיכוי ויפוי כח מעכשיו הוא, ולכאורה מוכח מזה דמה שיכול לחזור ע"פ דין הוי נתינה ולא דמי לגט בידה ומשיחה בידו, ואפ"ל בשי' הר"י מיגאש דמצוה מחמת מיתה חוזר אף בקנין ומעכשיו משום דאומדנא הוא דאם עמד חוזר אף בכה"ג וכללא כייל שמואל דכל שאם עמד חוזר חוזר במתנתו, וכללא דשמואל דוקא הוא דס"ל דכמו דאיכא אומדנא אם עמד שאין דעת השכ"מ רק להקנות לאח"מ כמו כן איכא אומדנא שיחזור בחליו ואע"פ שהי' קנין וזכוי ויפוי כח בכל זה לא נתבטל עי"ז האומדנא אם יעמוד וכן אם ירצה לחזור בחליו וכל זה בשארי מתנות שכ"מ אבל בזה דבודאי כונתו לגרשה מיד דאין גט לאח"מ א"כ איכא אומדנא שבאמת כונתו להקנות את החצר מעכשיו וכמש"כ התוס' בגיטין ד"ט דכיון דאין שיחרור לאחר מיתה כונתו שיחול מחיים וכיון דכונתו מיד ויש בו ג"כ קנין אינו חוזר בחליו אף לשי' הר"י מיגאש כיון דאיכא אומדנא שכונתו להקנות את החצר מעכשיו וכל זה היכא דאיכא קנין דתיזול ותיחוד ותפתח. אבל בדברים בעלמא אפילו א"נ דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים למפרע וכונתו להקנות מיד מ"מ הא אין זה אלא דברים בעלמא וכל שאם עמד חוזר חוזר במתנתו וכיון שיכול לחזור אין כאן נתינה, ולשיטת הר"י מיגאש צ"ל בהא דגיטין דס"ו וע"ג דס"ל לרב הונא דגיטו כמתנתו דאם עמד חוזר, ומבואר דדוקא אם עמד חוזר אבל בחליו אינו חוזר ועי' בריטב"א שם מה שהביא בשם רבינו מה מתנתו אם עמד חוזר אפילו באותו שאם לא עמד אינו חוזר כגון בקנין דמיפה את כחו א"כ במצוה מחמת מיתה במתנה בקנין ובמהיום דבריא ודאי אם עמד חוזר ואם לא עמד אינו חוזר כיון דאמר מהיום יעוי"ש וכ"כ שם בגיטין דס"ו דגט למתנת שכ"מ כדין איכא לדמויי ומה שקנה כדין לא אמרינן כל שעמד חוזר חוזר במתנתו ולא אמרינן הכי אלא במה שמקנה באמירה בעלמא דמן הדין לא מהני אלא מתק"ח אבל במה שמקנה מן הדין וכראוי לא אמרינן דחוזר במתנתו דאם עמד חוזר משום דאומדן דעת הוא דלא יהיב אלא עד מיתה אבל אינו חוזר במתנתו ויעוי"ש שמסיק דהילכך אם לא עמד אינו חוזר ולשי' הר"י מיגאש דס"ל דגם בקנין מעכשיו חוזר במתנתו מחיים וקשה בגט מ"ט אינו חוזר בחליו. וצריך לומר לשיטתו דבגט דמגרשה כדי לפוטרה מיבום, בודאי איכא אומדנא שלא יחזור בחליו ורק בשארי מתנות שכ"מ אמרינן דאע"פ שזכהו מעכשיו ע"י קנין איכא אומדנא דמקנהו רק באופן אם לא יחזור משא"כ בגט.

עוד י"ל ע"פ המבואר בירוש' פאה פ"ג ה"ל ז' כתב לזה וחזר לזה רב אמר אינו יכול לחזור ור"י אמר יכול לחזור ועי' בפ"מ שם דבמתנת שכ"מ בלא קנין מיירי ולרב א"י לחזור ולתת לשני וע"כ דלא ס"ל דשמואל דכל שאם עמד חוזר חוזר במתנתו וצ"ל דס"ל דגם שכ"מ מקנהו מעכשיו אם ימות וכיון שנתקיים התנאי אינו יכול לחזור בחליו ואם עמד שלא נתקיים התנאי חוזר [והמנחת חנוך בקומץ המנחה סי' ר"פ הוכיח מד' הירוש' שם דהכל מודים שאם רבו הראשון זר שאינו אוכל בתרומה שמא יבריא ומבואר דוקא שמא יבריא אבל אם ימות שפיר אוכל בתרומה בשביל המקבל מתנה הכהן והא אין מתנת שכ"מ חלה אלא לאח"מ וראי' מזה לשי' הפוסקים דמתנת שכ"מ קונה למפרע וכמש"כ הקצוה"ח בסי' ת', ונראה דאין זה ראי' דהירוש' קאי לרב דס"ל דאינו חוזר בחליו הרי דס"ל דאם מת קונה מעכשיו ורק שאינו אוכל שמא יבריא משא"כ לדידן דקיי"ל כשמואל דכל שאם עמד חוזר חוזר במתנתו] ולפ"ז י"ל דאתי הסוגי' כרב דס"ל דאינו חוזר במתנתו בחליו, ולהכי מהני שפיר הקנין אף לשי' הר"י מיגאש, וגם י"ל בזה מש"כ בס' דברי אמת לתרץ דברי המרדכי דלרב דאינו חוזר בחליו תקנה את החצר למפרע אפילו בדברים בעלמא. אולם עיקר הדבר שיהי' גט שיחרור חל למפרע תמוה כמש"ל ויותר נראה כמשכ"ל לישב ד' המרדכי דמקבל מתנת שכ"מ זוכה בהפירות ומכש"כ היכא דמזכהו בקנין ולהכי כיון שקנתה החצר לפירות זכתה בהגט וא"ש.

סימן לד

ב"ה כ"ה מנחם ציון תרפ"א ווילנא. **לגדול אחד. אחד"ש** ידידי רומעכ"ת בכל לב אודה לכת"ר אשר הואיל להשיב לב למבוקשי לעיין ולבקר את הקונטרסים הנדפסים ולעורר את אשר ימצא לנכון להעיר בתבונתו החודרת והנה שלח לי כת"ר הערותיו והשגותיו המאירות בנוגע להסימנים הראשונים מספרי אחיעזר ומרובי טרדותי אחרתי מלהשיב עד עתה.

א

מש"כ מעכ"ת עמש"כ בסי' א' דבר החקירה בהא דס"ט ברה"י דטמא שאנו מחזיקים כאילו נתברר הדבר שנטמא או שהיא טומאה נפרדת מצד הדין ולהכי ס"ל לריו"ח דאין הנזיר מגלח עליו ואינו סותר את הנזירות דא"כ למה אין עולין לו דלא נאמר אינו עולה אלא מצורע בימי חלוטו ורובע עצמות ורביעית דם, אבל ס"ט מנ"ל ובהדיא אמרינן בנדה דס"ח דסככות ופרעות מפסיקים וכ"ה במשנה דנזיר דנ"ד וזהו לפי' התוס' אבל הר"ש לא פי' כן עכ"ד, לא ידעתי מאי קא קשיא לי' דהא לפי' התוס' בנזיר שם בד"ה פרעות

מיירי ברה"ר וכן פי' הרא"ש שם על סככות ופרעות דמיירי שהאילן עומד ברה"ר וכן האבנים בולטים ברה"ר דספיקו טהור מן התורה וכ"ה בדהתוס' בנדה דנ"ז בד"ה אילן, הרי דאע"פ דספיקו טהור ברה"ר מ"מ מגזירה דרבנן מפסיקים ואינם עולים וכן מפורש בנדה דס"ח מדאורייתא אהל מעליא בעינן ורבנן גזרו בה ומכש"כ בס"ט ברה"י דלא עדיף מס"ט ברה"ר דעכ"פ יש עליו דין דרבנן כמו ברה"ר דמחמירים מספק ואינו עולה ולסתור מספק ימי הנזירות אי אפשר דהא ל"ש סתירת הנזירות בלי תגלחת וקרבנות שא"א להביא מצד חומרא מדרבנן אבל שלא יעלו לימי הנזירות אפשר וכיון שמצינו גם בטומאת מת מן התורה ברובע עצמות ורביעית דם דאינו עולה מה"ט אמרינן גם בס"ט ברה"ר שהחמירו שאינו עולה ובודאי הא דאמרינן דס"ט ברה"י טמא הוא דין טומאה נפרד מדיני התורה אין זו מין טומאה אחרת כטומאת שרץ ונבלה אלא מדיני ט"מ דהא צריך הזאה שלישי ושביעי כמבואר במשנה דנזיר שם על סככות ופרעות ובשבועות די"ט הלך והזה ושנה וטבל וע"כ אמרינן דס"ט ברה"י דספיקו טמא בודאי דהתורה קבע לו דין ט"מ כמו רביעית דם וכיו"ב כיון דלא אמרינן שהוברר הדבר שנטמא שיכול לגלח עליו קרבנותיו אבל אינו עולה לו כיון דיש לו דין ט"מ כמו רביעית דם מן התורה וכן בספק סוטה דאסורה מצד עשה דנטמאה אפילו כלפי שמיא גליא שהיא טהורה אין זו איסור ממין אחר אלא דהתורה עשאה מצד הדין כמו שזינתה ויש עליה עשה דנטמאה אפילו היא טהורה אבל כיון שלא נתברר הדבר עי"ז שזינתה ואין עליה לאו דלא יוכל לשוב לקחתה אחר אשר הוטמאה ולהכי אין בה חומר של טומאה כעריות.

אלא דבאמת מש"כ דס"ט ברה"י דטמא הוא דין נפרד ולהכי אין הנזיר מגלח עליו היינו לפי הך צד הספק שלא נטמא ואע"ג דטמא ודאי מן התורה זהו רק דין נפרד אבל לפי הך צד הספק שנגע ונטמא הלא סותר הנזירות, ולפ"ז מה שאמר ריו"ח דס"ט ברה"י אין הנזיר מגלח עליו היינו שאסור לגלח על ספק זה ולהביא קרבנות מספק אבל מ"מ י"ל דמספק סותר הנזירות ודינו כדין ספק טמא המבואר במשנה דנזיר דנ"ט שיש עליו חיוב תגלחת טומאה והבאת חטאת העוף הבא על הספק אלא שיש מקום עיון בזה דהא מצד הספק מוקמינן ליה בחזקת טהרה וגם לשי' הרמב"ם סד"א מה"ת להקל ואין בזה חטאת העוף הבא על הספק וספק טמא לא משכח"ל רק באיקבע איסורא שהי' טומאה וטהרה ונגע בא' מהם או בב' נזירים שנזרקה טומאה ביניהם דבכה"ג הוי ספק טמא מן התורה ואפ"ל דס"ט ברה"י דטמא בודאי אע"פ שאין זה בירור לומר שזהו שנגע בודאי דאי אפשר שיבורר עי"ז המציאות מ"מ ספק מיהא הוי וכמש"כ בגליון התוס' בנדה ד"ג דהכי גמירי לה דדבר שא"א להיות טמא ודאי או טהור ודאי ברה"י תולין הרי שיש לנו

לימוד מסוטה גם על דין ספק כמו בב' נזירים דודאי אא"פ ללמוד לפי דלא דמי לסוטה אבל בספק דאפשר להיות יש לו דין ספק טמא ולפיכך גם כלפי הדינים דנזיר מגלח עליו והבאת קרבנותיו יש לו דין ספק ויש לחלק דשאני התם דגם זה מן ההלכה דבכה"ג הוי ספק טמא, ולפמש"כ יל"פ ד' הירוש' בפסחים היידינו ספק ריו"ח אמר ראשה דפירקא רב הושעיא רבה ההן דהכא, ועי' בפ"מ שם שמפרש דאיזה נקרא ספק הא דר"פ ב' נזירים ורב הושעיא אמר בכל הספיקות, וצ"ע דהא לרב הושעיא הוי ס"ט ברה"י ודאי טמא ונראה דר"ל לרב הושעיא בכל הספיקות דאע"פ שאין הנזיר מגלח עליו מ"מ יש לו דין ספק נזיר טמא לסתור הנזירות ולהביא הקרבנות כמבואר בנזיר דנ"ט אבל לר' הושעיא לא משכח"ל ספק רק הא דר"פ ב' נזירים דלא דמי לסוטה וכמש"כ התוס' דכל היכא דל"ד לסוטה ההלכה דהוי ספק ולא מוקמינן בח' טהרה אבל בשארי ס"ט ברה"י הנזיר מגלח עליו ויש לו דין ודאי טמא, ולמש"כ דגם למ"ד אין הנזיר מגלח עליו מ"מ יש לו דין ספק הא דבספק סוטה צרתה מתיבמת ואין לה דין ספק ערוה משום דכיון דלא עשאה התורה ודאי נאמנת מצד ברי לי שאומרת טהורה אני כמש"כ בסי' א'.

ורש"י בנדה דס"ח פי' אהל מעליא בעינן אין נזיר מטמא אלא באהל מת ודאי כדכתיב וכי ימות מת עליו במחוורת עליו כדאמר בכיצד צולין פ"א ורבנן גזור בי' לסתור אותו יום כו' ותמוה דהא שם מיירי בטומאת התהום ואפילו בודאי אינו מגלח אם נודע לאחר מכאן, ולפי המסקנא שם טומאת התהום מהלכה ולא מקרא, ונראה בכוונת רש"י דסמך על דרשת הספרי בפ' נשא דעליו להוציא את הספק שהי' בדין מה במקום שלא עשה בו אונס כרצון עשה ספק כודאי כו' ומבואר שם דלאו בטומאת התהום קמיירי דבקבר התהום גם ודאי טהור ול"ש הקו"ח מסוטה אלא דממעט ס"ט ברה"י מקרא דוכי ימות מת עליו דאפילו מספק אינו מגלח ואינו סותר הקודמים ומפרש רש"י סככות ופרעות אפילו ברה"י מ"מ אינו סותר מן התורה ורבנן גזור בו לסתור אותו יום ומדין תורה הי' עולה ג"כ וזהו לריו"ח דס"ל דאין הנזיר מגלח עליו דאע"פ דריו"ח ס"ל דסככות ופרעות ד"ת וכמבואר בירוש' נזיר פ"ז דסככות ופרעות תורה הן אצל תרומה ואין הנזיר מגלח עליו דאצל תרומה הוי טומאה ודאית אבל לענין נזיר נתמעט דאפילו ספק לא הוי ולהכי אינו סותר ועולה מן התורה ורק מדרבנן החמירו, אלא דלפרש"י יקשה משנתינו בנזיר דנ"ט בנזיר ספק טמא דהא ספק ט"מ נתמעט מוכי ימות מת עליו, ונראה דדוקא בסככות ופרעות דספק אם יש טומאת מת כלל אבל בב' נזירים שנזרקה טומאה ביניהם דבודאי יש שם טומאה וא' מהם נטמא בודאי יש לו דין ספק טמא, ואפשר דלאו דוקא בב' נזירים רק בכל מקום שיש טומאת מת ודאית ורק ספק נגע בזה ס"ט ברה"י ספיקו טמא גם

לגבי נזיר וסותר הנזירות ורק בסככות ופרעות דהוי ספק אם יש שם טומאה כלל אף ברה"י נתמעט מוכי ימות מת עליו להוציא את הספק דדוקא במחוורת עליו.

ב

ומש"כ לבאר דברי הגר"א בסי' קע"ג דלהראב"ד גם צרת ספק סוטה אסורה להתיבם ואין הטעם משום דחושש דילמא הלכה כרב והוי ספק ערוה אלא דלסוגיא דסוטה אין חילוק בין סוטה ודאי לספק דהא דצר"ס אסורה להתיבם לשי' הראב"ד כמש"כ הרמב"ן והרשב"א דמטומאה דכתיב בה כעריות ידעינן דצרתה כמותה ולהראב"ד אין חילוק בין סוטה ודאי לסוטה ספק דאי איתא דיש חילוק אין מקום לומר דהסוגיות חלוקות דהא ביבמות מיירי בסוטה ודאי ובסוטה מיירי בסוטה ספק, ועפ"ז תמה כת"ר על הי"ש דס"ל אליבא דהראב"ד דצרת ספק סוטה מתיבמת דהא ד' הגר"א מוכרחים עכ"ד, והנה לפי"מ שביאר מעכ"ת דגם סוגיא דסוטה ס"ל הא דטומאה כתיב בה כעריות א"כ תמוה קושית הש"ס שם דמקשה א"ה תתיבם יבומי כיון דגם בספק סוטה איכא טומאה כעריות ועו"ק למ"ל קרא דלאחר ולא ליבם דהא מטומאה כעריות ידעינן דאסורה להתיבם ולשי' הרמב"ן והרשב"א ידעינן מאחר דיוצאת דלא חליצה אבל להראב"ד לפי סוגיא דסוטה קשה דהא מטומאה גרידא ידעינן דאסורה להתיבם כמו במחזי"ג וכמ"ש הרשב"א באיבעי דמחזי"ג דהאיבעי לא בעי אלא אליבא דרבנן דאילו לריב"כ פשיטא בדידה מיהו דאינה מתיבמת משום דכתיב בה טומאה הרי דבמחזי"ג דלא כתיב בה אחר וגם בלא טעם דקו"ח דבמותר לה נאסרה באסור לה לא כש"כ מ"מ אסורה להתיבם משום טומאה דכתיב בה כעריות [ומש"כ הרשב"א בהא דרב דאילו נמי כתיב בה טומאה ולא כתיב לאיש אחר לא הוה אסורה ליבום כדאמרינן דמחזי"ג לריב"כ כונתו שלא לפוטרה מחליצה כמו במחזי"ג אבל להתיבם בודאי אסורה] ומאי מקשה ותתיבם יבומי ועכצ"ל לשי' הראב"ד דבסוטה לא ס"ל כלל הא דטומאה כתיב בה כעריות וכן מורים לכאורה ד' הרא"ש שכ' ע"ד הראב"ד והרב לא עלה בלבו לחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק ולסברתו פליגא סוגיא דסוטה אסוגיא דשמעתין ופסק הלכה כסוגיא דסוטה לחומרא אבל לפי"מ שחילקתי בין סוטה ודאי לסוטה ספק אין אנו צריכים לכל זה ולא פליגי אהדדי עכ"ל, ובודאי דאין כוונת הרא"ש דהרב לא עלה על לבו לחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק דספק כודאי לגמרי שהרי מפורש ביבמות די"א אמינא לך אנא סוטה ודאי ואמרת לי את סוטה ספק וכיון שמפורש החילוק בין סוטה ודאי לסוטה ספק ובסוטה מיירי בסוטה ספק מהכ"ת נימא דפליגי, דהא דמבואר בסוטה דדמיא חליצה כמו גט משום דהוי ספק סוטה דחולצת כמפורש ביבמות ואין כאן פלוגתא כלל כיון דבסוטה

מיירי בסוטה ספק וע"כ דכוונת הרא"ש דהראב"ד לא חילק בין סוטה ודאי לסוטה ספק דגם ספק לא הוי כמו שחילק הרא"ש דלהכי מקשה ותתיבם יבומי אלא דלשי' הראב"ד ספק טומאה מיהו הוי (עי' אחיעזר סי' ו' אות ד') ומאי מקשה ותתיבם יבומי ועכצ"ל דהסוגיות פליגי אהדדי וסוגיא דסוטה לא ס"ל הא דטומאה כתיב בה כעריות ולהכי מקשה ותתיבם יבומי ומה"ט בעי חליצה כמו בגט וצ"ל לפ"ז הא דצר"ס אסורה לשי' הראב"ד דחוששש לסוגיא דיבמות דלרב צר"ס אסורה משום טומאה דכתיב בה כעריות אבל לסוגיא דסוטה גם צר"ס מותרת כצרת חיי"ל ומאי דמקשה א"ה חליצה נמי לא תיבעי היינו כיון דילפינן מקרא דלאחר ולא ליבם אפ"ל דנפטר לגמרי מחליצה וכמש"כ הרמב"ן והרשב"א דמקרא דלאחר ידעינן דיוצאת בלא חליצה ומשני רב יוסף דאילו איתי' לבעל מי לא בעיא גיטא השתא נמי בעיא חליצה, וע"כ הא דממעטינן מלאחר ולא ליבם על יבום גרידא ורב, חולק על רב יוסף דמטומאה כעריות ידעינן דאסורה להתיבם וצרתה כמותה ומלאחר ידעינן דיוצאת בלא חליצה וכיון דמה שחוששש הראב"ד לצר"ס דאסורה משום סוגיא דיבמות הא התם מחלקים בין ספק לודאי ובדין שתהא צרת ספק סוטה מותרת להתיבם, אלא שילה"ק כיון דלשי' הראב"ד סוגיא דסוטה לא ס"ל הא דטומאה כתיב בה כעריות ולהכי מקשה ותתיבם יבומי ואין הוכחה דגם ספק לא הוי ומסוגיא דיבמות הא י"ל דלהחמיר חולצת אבל ספק ערוה מיהא הויא ומנ"ל שצרתה תתיבם וראיתי בחי' חמדת שלמה שהרגיש בזה ע"ד הישו"ש.

הן אמת דפשטות לשון הראב"ד שכ' סוגיא דשמעתין אע"ג דכתיב בה טומאה בעיא חליצה או היא או צרתה דאילו איתי' לבעל מי לא בעיא גט השתא נמי בעיא חליצה וצרתה כמותה, ופירשו הראשונים בכוונתו דקאי אשמעתא דסוטה מבואר בדעתו דגם סוגיא דסוטה ס"ל דכתיב בה טומאה וטומאה כעריות דהא צרתה כמותה דאפ"ה בעיא חליצה דאילו איתי' לבעל מי לא בעיא גיטא וצ"ע בכוונת ד' הרא"ש שכתב דהרב לא עלה בלבו לחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק דהא מפורש ביבמות החילוק דסוטה ספק חולצת ומהיכ"ת נימא דפליגי כיון דסוגיא דסוטה מיירי בסוטה ספק ולהחמיר בודאי צריכה חליצה וצ"ל בכוונתו דהראב"ד ס"ל דהטעם דמבואר בסוטה דאילו איתי' לבעל מי לא בעיא גט השתא נמי בעיא חליצה שייך גם בסוטה ודאי ואינו מחלק הראב"ד בין סוטה ודאי לסוטה ספק ואע"פ דכתיב בה טומאה כעריות בעיא חליצה כמו גט לפי הטעם דרב יוסף, אבל לשון הרא"ש ולפ"מ שחלקתי בין סוטה ודאי לסוטה ספק אין אנו צריכין לכל זה מבואר דאדלעיל קאי שחילק דספק סוטה גם ספק טומאה לא הוי דלהכי מקשה ותתיבם יבומי וא"כ קשה לד' הראב"ד דאפילו אי נימא דפליגי הסוגיות

וס"ל דסוטה בעיא חליצה אבל כיון דכתיב בה טומאה כעריות דלהכי צרתה כמותה א"כ מאי מקשה ותתיבם יבומי ועכצ"ל דהרא"ש מפרש ד' הראב"ד דהא דצר"ס אסורה משום סוגיא דיבמות וסוגיא דסוטה לא ס"ל הא דטומאה כתיב בה כעריות כמשנת"ל וצ"ע.

ג

והנה הגר"א מפרש שי' הרמב"ם והראב"ד לפי דעת הראשונים הרמב"ן והרשב"א דמטומאה דכתיב בה כעריות ידעינן דצרתה כמותה ומקרא דלאחר ולא ליבם ילפינן דיוצאת בלא חליצה ולהכי מחזי"ג גם לריב"כ בעי חליצה אע"ג דכתיב בה טומאה וסוגיא ביבמות פליגא על ההיא דסוטה דמיירי ג"כ בסוטה ודאי דקרא דלאחר בסוטה ודאי והא דרב יוסף דאילו איתי' לבעל כו' שייך ג"כ בסוטה ודאי אלא דרב לא ס"ל הא דרב יוסף וקושית רב אשי ממתניתין דסוטה דמיירי בסוטה ספק דלא כתיב בה קרא דלאחר (כמשה"ק הרשב"א) דל"ק אלא היא עצמה אבל צרתה מתיבמת וז"ש מ"ש סוטה ודאי כו' דהקושיא לא קאי אלא מה שצרתה מתייבמת וסיים ע"ז הגר"א וז"ש הרמב"ם והשו"ע בספק סוטה וצרתה או חולצת או מתיבמת ושי' הראב"ד שחושש לחומרא לסוגיא דסוטה דמבואר שם דגם בסוטה ודאי דקרא דלאחר ולא ליבם בסוטה ודאי ואפ"ה כל שצריכה גט צריכה חליצה, וכ' הגר"א דד' הרא"ש קשין להולמן וכן תמה הגר"א בהגהותיו על הרא"ש ביבמות שמחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק דהא מיירי התם בסוטה ודאי זהו ת"ד הגר"א בס"ק י"ב י"ג, ולפ"ד עיקר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם מכריע כרב וכסוגיא דיבמות והראב"ד חושש לחומרא לסוגיא דסוטה דמיירי ג"כ בסוטה ודאי כשי' הרמב"ן והרשב"א כמפורש בדבריהם דהסוגיות פליגי אהדדי דלא כהרא"ש שמפרש סוגיא דסוטה בסוטה ספק ולא פליגי אהדדי והא דלהרמב"ם ספק סוטה צרתה מתיבמת משום דמפרש כן קושית הש"ס ביבמות מ"ש סוטה ודאי ומ"ש סוטה ספק וכן מאי דמקשה רב אשי דהקושיא היא מצרתה א"כ הפירוש זה מפרש גם הראב"ד וכ"כ הריטב"א בחי' ליבמות שם לפרש לשי' הרא"ה דס"ל דגם לרב חולצת בקושית הגמ' מצרתה יעו"ש גם אי נימא בשי' הרמב"ם דמוכיח דצרת ספק סוטה מתיבמת מקושית הש"ס בסוטה תתיבם יבומי כמו שחילק הרא"ש דבספק סוטה ליכא גם ספק טומאה ורק דלא ס"ל מה שמתרץ הרא"ש דסוגיא דסוטה מיירי בסוטה ספק דקרא דלאחר בסוטה ודאי כתיב ומאי דמשני רב יוסף שייך גם בודאי סוטה כמש"כ הגר"א הא גם לשי' הראב"ד מוכרח מקושית הש"ס דתתיבם יבומי דלא הוי אפילו ספק טומאה, אלא דהסוגיות פליגי בדין סוטה ודאי ומחמיר כסוגיא דסוטה דבעיא חליצה ואין נפ"מ בדין ספק סוטה בין שי' הרמב"ם והראב"ד, ולא זכיתי להבין לפ"ז מש"כ

הגר"א בס"ק י"ד וה"ה לצרתה דגם בסוטה ספק אסורה צרתה כמש"כ הרא"ש דלהראב"ד אין חילוק בין סוטה ודאי לסוטה ספק דסותר דבריו הקודמים דהוכחת הראב"ד משום דסוגיא דסוטה איירי ג"כ בסוטה ודאי ומ"מ בעיא חליצה דלא כהרא"ש א"כ גם הראב"ד מחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק כמו דמוכח מיבמות דמקשה מצרתה כמו שפי' הריטב"א והגר"א ומקושית הגמ' בסוטה ותתיבם יבומי דמוכח דבספק סוטה גם ספק טומאה לא הוי והא דאינה מתיבמת משום דאסורה מספק קרא דלאחר או מקו"ח דבמותר לה נאסרה באסור לה לא כש"כ וצרתה מותרת דמקרא דלאחר יש לה דין חיי"ל ומקו"ח לא אלים קו"ח למידחי צרה, ואם נאמר לתרץ הא דמקשה ותתיבם יבומי משום דלפי ההו"א דלא ידע מהא דלאחר ולא ליבם או כדמשני רבא משום דבמותר לה נאסרה באסור לה לא כש"כ להכי אע"פ דטומאה כתיב בה כעריות מ"מ אין מטומאה של הבעל איסור על היבם כמש"כ באחיעזר סי' א' וכ"מ בתבו"ש בחי' ליבמות ובשו"ת משכנות יעקב, ולפ"ז צ"ל דבמחזי"ג דלריב"כ אסורה משום טומאה דכתיב בה כעריות לפי דמקו"ח דבמותר לה נאסרה באסור לה לא כש"כ ולהכי שייך טומאה גבי יבם לפוטרה גם מחליצה לשי' התוספת ולפטור צרתה משום טומאה, ומה"ט י"ל בהא דאיבע"ל לריו"ח במחזי"ג משניסת דקמיבע"ל היא גופא דאפילו לריב"כ מיבע"ל דאע"ג דטומאה כתיב בה כעריות מ"מ אי לא אמרינן קו"ח במקום מצוה ל"ש לאוסרה על היבם משום הטומאה שעל הבעל ויתישב בזה קושית הרשב"א דלא מוקי לה שם מתניתין דהיתה אחת כשרה כו' כריב"כ משום דאפילו לריב"כ לא מהני טומאה של הבעל לאוסרה על היבם אי לאו קו"ח [וזהו דלא כהרשב"א שם] ואם נתרץ כן הרי יתורץ בין לשי' הרמב"ם ובין לשי' הראב"ד ואין הוכחה מקושית הש"ס דותתיבם יבומי דצרת ספק סוטה מתיבמת גם לשי' הרמב"ם עכ"פ אין דין צרת ספק סוטה אי מתיבמת שייך למחלוקת הרמב"ם והראב"ד, ונראה דמש"כ הגר"א בס"ק י"ד דגם בצרת ספק סוטה אסורה כמש"כ הרא"ש משום דחושש הגר"א לשי' הרא"ש לחומרא דסוגיא דסוטה מיירי בסוטה ספק והראב"ד לא ירד לחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק וממילא דלהראב"ד להחמיר בספק סוטה הוי כספק ערוה, אבל לשי' הראשונים דמבואר בדבריהם דהסוגיות פליגי משום דגם סוגיא דסוטה מיירי בודאי דקרא דלאחר בודאי כתיב כמש"כ הגר"א אלא שהרמב"ם מכריע כסוגיא דיבמות והראב"ד חושש לחומרא מסוגיא דסוטה י"ל דגם הראב"ד מחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק כדי לתרץ הקושיא דתתיבם יבומי וכדמוכיח רב אשי ביבמות ממתניתין דסוטה דלא תני צרתה וזהו שי' הישו"ש דס"ל דצרת ספק סוטה מתיבמת משום דלא מצינו בסוטה איסור צרת ספק סוטה דהא במתניתין דסוטה תני רק שהיא אסורה ולא

צרתה ובעיקר ד' הישׁ"ש מבואר שם בטעמו דלית הלכתא כרב דצר"ס אסורה ומדינא גם צרת ודאי סוטה מותרת אלא דחושש לחומרא לדינא דרב בודאי סוטה ולא נ"ל כ"כ ראי' ברורה לחלוק על רב ולומר דודאי כספק יעו"ש מה שהביא בשם המרדכי ולהכי עכ"פ בצרת ספק סוטה דלא מצינו דאסורה מותרת.

ד

ומש"כ מעכ"ת לפקפק עמש"כ בסי' ב' בסוטה דיש לצדד בזה משום ס"ס דלשי' הרי"ף והרמב"ם צר"ס פטורה ולד' הראב"ד נראה דמחמיר מספק מסוגי' דסוטה וצריכה חליצה מספק ודעת מעכ"ת שזהו ספק אחד אי הלכה כרב והא מצינו ביבמה לשוק דרב ס"ל אין ק"ת ביבמה לשוק ושמואל מספק"ל וכן בא"א שניסת בעדים מ"מ לא הוי ס"ס ולד' הב"ש בסי' ע"ז לגבי מורדת לא דמי דהתם ספק אי הוי מורדת עכ"ד, הנה קצרתי וסמכתי בזה על מה שציינתי בשו"ת באר יצחק חאה"ע סי' ו' והגאון הנ"ל סומך ע"ז בחיבוריו עין יצחק למעשה וטעמו דאע"פ דהו"ל ס"ס משם אחד כ' האחרונים בשי' הרמב"ם דמהני מן התורה וגם משום דיש רוב צדדים להתיר כמש"כ התוס' בעירובין ד"ו בשם הר"ר שמעי' שמא עומד מרובה ושמא שוין וכ"כ הרשב"א בקידושין בדע"ג על הא דאמר הכא שתוקי ד"ת כשר שהקשה דהא הו"ל ס"ס ספק דילמא אזלי אינהו לגבה ואת"ל דאזלי איהי לגבייהו אכתי ספק שמא לכשר נבעלה והא הו"ל ס"ס משם אחד כמשה"ק הפנ"י אלא משום דדמי לספק על ספק דרס דמתחלה אנו צריכין לדון שמא אין כאן ספק מיחוש כלל ואת"ל שיש כאן מקום ספק לפנינו שמא לא דרס וכן נסתייע מד' הלח"מ בפ"ה מהל' סוכה הל' ד' בסיככה בפשתן העץ בתרי ולא דייק דאזלינן לקולא דספק אם הושני דריו"ח הוי תרי ולא דייק ואפילו הוי תרי ולא דייק הא ריו"ח עצמו מסופק בדבר והוי ס"ס, וזהו הטעם ג"כ משכ"כ בתק"ע סי' ל"א בשם המהרבי"ל דבעד מפי עד תלינן להקל שמא נתברר להעד הראשון שהי' תוך ג"י ואת"ל שלא נתברר לו שמא הוא תוך ג"י זהו ת"ד, והנה בודאי היכא דיש רוב צדדים במציאות יש להתיר מס"ס וכן ילה"ר מכריתות די"ג אמר רבא ה"ט דבנה טהור ספק ינק כשיעור ספק לא ינק ואת"ל ינק ספק ינק בכדי אכילת פרס כו' מבואר דבכה"ג הו"ל ס"ס ועי' גיטין דמ"ה ואמרי לה קורין בו דס"ס הוא שמא ישראל כתבו ואת"ל נכרי שמא שלא לשם ע"ז כתבו אע"ג דספק אחד הוא אם נתכוין לשם ע"ז, ועי' במהשד"ם בחיו"ד סי' ל"ט ב' עדים מעידים שכולי' לקוי' וספק שמא הגיע לחריץ וב' עדים אומרים שלא הי' לקוי' דאוקי תרי להדי תרי והעדים לא העידו דבר ברור אלא ספק ועי' בשושנת העמקים כלל י"א שכ' ע"ז דהוי ס"ס ולא הוי משם אחד יעוי"ש ועי' בבי"מ אהע"ז סי' קנ"ו בדין הרא"ש באם א"י שכלו חדשיו וב'

עדים אומרים שהולד שילדה חי אחר ל' ועדים אחרים מכחישים שלא חי ל' יום מותרת לבעלה דהוי ס"ס, אולם מכל הני יש לחלק משום דיש רוב צדדים במציאות להתיר להכי הו"ל ס"ס אף בגונא דהוי משם אחד ולהכי אין ראי' גם מד' הרשב"א בשתוקי דספק דילמא אזלי אינהו לגבה דהוי רוב במציאות ואת"ל דילמא אזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע מחמת הדין אבל במציאות איכא רוב מ"מ דילמא לכשר נבעלה ויש בזה רוב צדדים להתיר, אולם היכא שאין רוב צדדים במציאות רק מצד הדין דשי' אחת מכשרת בודאי ושי' אחת מחמרת בספק י"ל דהוי ספק אחד ולד' הב"ש בסי' ע"ד במורדת לא דמי, אולם במהרשד"ם חאה"ע סי' מ"ה כ' לדון משום ס"ס בגט שכ"מ דעכשיו אם מתי ונקרע הגט קודם מותו דלשי' הרי"ף וסיעתו הגט כשר בודאי ולשי' התוס' הוי ספיקא דדינא אם הגט כשר או לא דהו"ל ס"ס שמא הלכה כהרי"ף דהגט כשר בודאי ואת"ל כהתוס' וסייעתם דהוי ספק גט אכתי הו"ל ספיקא דדינא והו"ל ס"ס מעליא וכן העלה המהרשד"ם שם להלכה בסוף התשובה וז"ל שם טעם ג' שאפילו נניח שהם חולקים מ"מ אם אליבא דהתוס' היתה אשה ודאי אסורה ולדעת הרי"ף והאחרים ודאי מותרת והי' שקולים רי"ף והתוס' הי' ראוי לאסור משום דהוי כסד"א דאזלינן לחומרא ואפילו שלא היו שקולים ראוי לחוש לד' המחמיר אבל עתה שאפילו הי' שקולים לא הוי אלא ס"ס כי אפילו את"ל שיש להלך אחרי התוס' אין התוס' אומרים אלא דר"י אוסר משום דמספק"ל אי כר"מ אי כר"י ושמא אין הלכה כהתוס' והו"ל ס"ס והנה מצאתי דאיתא בשו"ת ברשב"א שכ' ומעתה נתברר עיקר השאלה דאפילו בדאיתחזק איסורא מתירים בו ס"ס ואפילו בע"ז החמורה עכ"ל, ומבואר דעת מהרשד"ם דהיכא דהוי פלוגתא דרבוותא דלחד דיעה מותרת בודאי ולהדיעה החולקת הו"ל ספיקא דדינא והו"ל ס"ס וטעמו נראה משום דמתחלה אנו דנין בפירוש דהגמ' דלדעת הרי"ף ורש"י מפרשים דבאומר מעכשיו אם מתי את מת מגורשת משעת מסירה וכפי גירסתם שם בגמ' דלכו"ע הוי מגורשת מהיום ולפי פי' התוס' פליגי בזה ר' יוסי ור' יהודה ומספק"ל הלכה כמאן וע"כ אנו אמרין דהוי ס"ס שמא הגירסא או הפירוש בדהגמ' כפי' הרי"ף ואין כאן מקום ספק כלל ואת"ל כגי' ופי' התוס' הא נחלקו בזה ר"י ור"י ומפסק"ל הלכה כמאן, ואף שאין בזה כללי ס"ס מ"מ מתחלה אנו דנין אם יש כאן ספק כלל וכמש"כ החו"ד בסי' ק"י וה"נ בנד"ד מתחלה אנו מסופקים בפי' דהגמ' בסוטה אי מיירי בסוטה ודאי או בסוטה ספק ואם יש מחלוקת כלל בדינא דרב ואפילו את"ל דבסוטה מיירי בסוטה ודאי והסוגיות פליגי אהדדי שמא הלכה כסוגיא דיבמות, וע"ע ברמב"ם פ"ח מהל' שגגות האוכל חתיכה וע"א אומר לו זה שאכלת חלב וע"א אומר לא אכלת חלב הואיל ונקבע האיסור ה"ז מביא א"ת, והראב"ד

בהשגות שם לא ידעתי האיך נקבע האיסור בכאן אא"כ מעיד העד חתיכת חלב שהיתה עם השומן אכלת והאחר אמר לו לא אכלת אלא השומן, ונראה מלשון הראב"ד דאם הע"א אומר שאכל חתיכה מב"ח של ספק וחייב א"ת והשני אומר שאכל שומן בכה"ג אין כאן א"ת אע"ג דהו"ל ספק אחד אם אכל חלב או שומן משום דהוי ספק בחיוב אשם תלוי, אלא שיש לחלק דדוקא בחיוב א"ת דזהו דין ודאי שעל ספק מביא א"ת וא"כ אם יש ספק בחיובו הוי ככל הספיקות ומה"ט נראה דגם אם ע"א אומר שהיתה חתיכה אחת מב' חתיכות והשני אומר שהיתה חתיכה אחת מסופקת אי חלב או שומן דהוי ספק בחיוב א"ת א"כ הע"א האומר שאכל שומן לא גרע מאומר שהיתה חתיכה אחת ורק היכא שלידת הספק בא ע"י הכחשת העדים שזה אומר שחלב אכל וזה אומר ששומן אכל דהספק בב"ח בכה"ג חייב א"ת מ"מ י"ל כיון דהמסתעף מהספק היא שמדרבנן לחומרא ושי' הפר"ח בסי' ק"י דאף בספיקא דדינא סד"א מן התורה לקולא ורק מדרבנן לחומרא א"כ לשי' המחמרת ג"כ אאמד"ר ולשי' המכשרת מותר ג"כ מדרבנן והוי כשארי ס"ס ויש לחלק דמ"מ הוי כספק אחד אלא די"ל דגם אי נימא במחלוקת הפוסקים באיסור תורה דהוי כתרי ותרי דבכה"ג הו"ל איקבע איסורא וכמש"כ הכ"מ שם דנקבע האיסור ע"פ עדות ע"א, וכ"ז היכא דפליגי באיסור והיתר ודאי אבל אם גם לדעת האוסרים לא הוי אלא ספק בכהאי גוונא בודאי לא הוי איקבע וגוף ד' הכסף משנה סותר את עצמו ממה שכתב בהלכות מגילה סי' תרפ"ח דהכחשה במוקף חומה יעוי"ש ועי' תוס' כתובות דכ"ב, ומה שהקשה כת"ר מיבמה לשוק דרב ס"ל אין ק"ת ושמואל מספקא ליה אי ק"ת וכן ביבמה שניסת בב' עדים, לא ידעתי מאי קא קשי' ליה דהא בכל הני מפורש בש"ס ההלכה אמר אמימר הלכתא כותי' דשמואל וכן בניסת בב' עדים דר"ה ברי' דרב יהושע דבתראי דא"ל ואשינוי ניקום וניסמוך, והיכא שהכריעו בגמ' ההלכה ל"ש לדון משום ס"ס והא כן צ"ל לשי' הרמב"ן במלחמות בב"ק פ"ב בטעם הרי"ף שפסק כרבה אע"ג דרבא מספק"ל מ"מ כיון דלרבה פשיטא ליה ודאי דרבה מוציא מידי ספק דרבא והביא כן ממש"כ הנגיד ר' שמואל הלוי בהא דאמרינן אביי ורבא הלכה כרבא לבר מיע"ל קג"ם הנ"מ במאי דפליגי אהדדי בודאי אבל היכא דלאביי פשיטא ליה ורבא מספק"ל עבדינן כאביי דפשיטא ליה וכ"כ הרא"ש שם, וכ"כ המ"מ בשי' הרמב"ם בפ"ז מהל' חובל ומזיק וכ"ה בחו"מ סי' שפ"ח ויקשה לדידהו מ"ט קי"ל כשמואל דמספק"ל אי ק"ת ביבמה לשוק הא לרב פשיטא ליה דאין ק"ת ביבמה לשוק ומ"ט לא נעביד כמאן דפשיטא ליה אלא דבודאי היכא דאיתמר בש"ס דהלכתא כותיה דשמואל בודאי דקי"ל כן אבל היכא דלא איתמר לא איתמר וי"ל דעבדינן כמאן דפשיטא ליה כמש"כ הרמב"ן והרא"ש וכן

י"ל דהוי ס"ס כמש"כ המהרשד"ם מ"מ נראה דאין זה יסוד בהוראה לדון בכ"מ בכה"ג משום ס"ס דעכ"פ ס"ס משם אחד היא אלא היכא שעמודי ההוראה מקילים כמו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דס"ל דסוטה פטורה מן החליצה ורק שאנו חוששין לדעת הראב"ד ודעמו החולקים בזה יש לצרף לסניף להקל משום ס"ס במקום עיגון כמש"כ המהרשד"ם ואפשר דגם כונת המהרשד"ם הוא רק לסניף משום דהעיקר כשי' הרי"ף ורש"י דהגט כשר בודאי כמש"כ מתחלה אלא שאינו נראה כן מלשונו שכתב דאפילו אם היו שקולים הוי ס"ס וצ"ע.

ה

במש"כ בהא דאבא שאול דהכונס לשם נוי ולשם אישות דקרוב בעיני להיות הולד ממזר ודייקתי מד' פיה"מ להרמב"ם בבכורות דבאיסור אשת אח קאי, וע"ז כ' מעכת"ר להוכיח דגם לאבא שאול בודאי מודה הא דדקי"א דבא על יבמה גדולה תגדלנו ופקע איסור אשת אח וגם בלשם נוי קנאה וכן ביאת שוגג קנאה אלא דמצות יבום לא קיים, סמכתי על מה שציינתי לד' הבי"מ סי' קס"ה שמסתפק ג"כ בזה והביא ד' הנימוק"י וכ"כ בס"פ הבע"י דאפילו לשם זנות קנה לאבא שאול והא דהולד ממזר אאמד"ר [ועי' בב"ש סי' קע"ה שהביא ג"כ ד' הנימוק"י ומחלק בין סתם ובין לשם נוי ובאמת הא מבואר בנימוקי דאפילו לשם זנות קנאה] ובעיקר הדבר זהו מחלוקת הראשונים והריטב"א כ' כמש"כ הנימוקי דאפילו לשם זנות קנאה והרמב"ן ביבמות ל"ט כ' להסתפק דלאבא שאול רק כשבועל לשם מצוה קנאה אבל בזנות וכשמתכוין לשם נוי ולשם אישות לא קנאה ומתניתין לא אתי' כאבא שאול והרמב"ן הוכיח מזה דלא כאבא שאול וכ"נ מלשון הרמב"ם בפיה"מ בספ"א מהל' בכורות שכ' על ד' אבא שאול ואין זה אמת לפי שמאחר שנסתלק ממנה איסור ערוה כשמת אחיו בלא בנים הרי הוא מותר בה ואפילו נתכוין שלא למצוה יעוי"ש.

ו

ומש"כ מעכ"ת על מש"כ דמד' השו"ע סי' קנ"ט ס"ז דאם מתה ארוסתו רצה חולץ רצה יבם מבואר דלא כהרשב"א דס"ל דבכה"ג ליכא מצות יבום כלל, וע"ז כ' דהא מודה הרשב"א דהיא זקוקה מדרבנן שאין אירוסין מפקיעין הזיקה ואפילו בחיי ארוסתו צריכה חליצה ואפילו לשמואל ולר"א דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה מ"מ חולצת ולדידן דקיי"ל כרב חולצת או מתיבמת ולאחר היבום אם יגרשנה תהא מותרת לשוק אבל השתא אסורה לשוק עכ"ד, אם שכן גם ד' הבית מאיר דמה שחולצת היא מדרבנן ורק בארוסתו ולא לכשנכנסה דנישואין מפקיעין הזיקה יעוי"ש, אבל אין נראה כן ועיקר דיוקי מלשון

הרמב"ם והשו"ע דרצה חולץ רצה מיבם ומבואר דיש בה דין יבום דבר תורה ואפילו בשוגג ולשם זנות קנאה וכן נפטרת צרתה ע"י יבום וחליצה ואחרי החליצה אסורה עליו משום לא יבנה ואילו לד' הרשב"א אין כאן זיקת יבום כלל ד"ת ורק דמותרת לו ע"י קידושין וכל כי האי לא הו"ל למיסתם, והנה הרמב"ם בפ"ז ה"ח כתב ואם מתה ארוסתו בין שמתה קודם מיתת האחין ודין שמתה לאחר מיתת האחין חזרה היבמה להתירה ורצה חולץ רצה מיבם עכ"ל, ומבואר מד' הרמב"ם דאין חילוק בין קודם מיתת האחין או אח"כ, ולכאורה היה נראה לדייק מזה דלא כהרשב"א דהא לד' הרשב"א יש לחלק דאם מתה קודם מיתת האחין הרי היא זקוקה מד"ת ואסורה לשוק בשביל האחין דהא גם בחיי ארוסתו היתה אסורה לעלמא בשבילם וזקוקה ליבום מן התורה ואילו מתה אחר מיתת האחין כבר הותרה לשוק ד"ת ואין עליה רק זיקה מדרבנן והרמב"ם דמשוה להדדי מבואר דס"ל דבכל גווני צריכה חליצה ומתיבמת מן התורה אלא דגם מד' הרשב"א שם לפי המסקנא נראה דאין חילוק בין אידחי מהאי ביתא לגמרי או דלא אידחי דכיון דנדחה מהך יבם ואין כאן מצות יבום גם לכשמתו אחים אחרי כן אין כאן איסור אשת אח ליבם זה לשי' הרשב"א.

ז

וחכם אחד העירני דיש להסתייע מד' הרמב"ם כד' הרשב"א מדכתיב הדין דחזרה להתירה הראשון דוקא במתו האחין מקודם והא משכח"ל גם בלא מתו האחין כיון דמתה ארוסתו חזרה למצות יבום אלא דס"ל כשי' הרשב"א דמצות יבום אין כאן ורק דמותרת לו ולהכי בלא מתו האחין הרי היא זקוקה מחמת זיקת האחין כדין יבמה לשוק מן התורה כיון שאינה זקוקה לו עוד וגם אסורה עליו מדין זקוקת אחיו כמו שארי דיני ערוה מכח זיקה כיון שגם אחר יבומו תשאר זקוקה לאחין מן התורה ולהכי לא משכח"ל רק כמתו האחין דאין כאן איסור יבמה לשוק וגם פקע זיקת קרובים עכ"ד, אולם אחרי התבוננת נראה דגם לשי' הרשב"א אם לא מתו האחין מותרת לו מה"ת מדין יבמה לשוק דבודאי אין איסור יבמה לשוק מכח זיקת היבם גרידא ונאסרה משום לא תהי' אשת המת החוצה וכיון דבנפילתה הותרה ליבם ולכשנאסרה וחזרה והותרה חזרה להתירה הראשון אף שאין כאן עוד מצות יבום מ"מ מחמת אשת המת אי אפשר שתיאסר עוד ולהכי כמו שאינה נאסרה עליו מחמת אשת אח עוד כן לא תיאסר עוד משום יבמה לשוק מחמת שהיא זקוקה לאחין, ונראה דגם איסור זקוקת אחיו מדרבנן אין כאן דהא ע"י מה שכונסה פקע זיקת אחיו מחמת איסור ערוה דאשת איש דל"ש בזה שני תירוצי התוס' בדט"ז דגם אחר הגירושין תיאסר משום אשת אח וגם תי' הר"י משום לא תהי' לאיש צר

ל"ש בזה דהא לא הי' אצלה זר מעיקרא והותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון וכיון דע"י הנישואין מפקיעין הזיקה אין כאן זקיקת אחיו כלל (וכן נראה דאם מת בלא בנים לא הוי עלה זיקת ב' יבמין ואין לזה דין אשת ב' מתים דאי נימא דלא פקע זיקה הרי יש עליה דין זיקת ב' יבמין דבכל מקום ל"ש זיקת ב' יבמין דע"י יבום הרי נפקע אישותו של הראשון וכמבואר בירוש' ריש יבמות דלהכי לא נאסרה משום אשת אחיו של ראשון, אבל בזה כיון דחזרה להתירה הראשון שלא ע"י יבום ויש עליה זיקת יבמין מהאחים א"כ לכשמת הוי כאשת ב' מתים ויש עליה זיקת ב' יבמין אלא דבאמת בכה"ג פקע זיקה], ומש"כ הרמב"ם הדין דאם מתה ארוסתו בין שמתה קודם מיתת האחין ובין שמתה לאחר מיתת האחין דוקא במתו האחין משום דדין זה קאי על מתניתין דמיירי במת היבם ועלה קתני מוציא את אשתו בגט ואשת אחיו בחליצה וקתני מתה יבמתו מותר באשתו ועלה קאמר רב שאילו היה בהיפוך כגון שמתה אשתו מותר ביבמתו וכ"כ הרשב"א שם וכ"ה לשון הרמב"ם שם מתו אחיו כולם מוציא את ארוסתו בגט ויבמתו בחליצה ואם מתה ארוסתו כו' ועלה קאי דאם מתו אחיו ועיקר חידוש הרמב"ם דאפילו מתה לאחר מיתת האחים דאידחי מהאי ביתא לגמרי ובודאי אין בזה דרכי נועם מ"מ חזרה להתירה הראשון דלא כמו שמחלק הריטב"א והרשב"א מתחלה דהא דרב מיירי בלא אידחי מהאי ביתא לגמרי.

ח

מש"כ מעכ"ת לתרץ ד' הנוב"י שכ' דבהמירה דהוי ספק זנות ויש בה ס"ס דשמא זינתה וא"צ חליצה ותמהתי דהא בספק סוטה צרתה מתיבמת משום דרק בספק סוטה לא מספקינן לאוסרה מקרא דטומאה הכתוב על הודאי משום דסוטה מותרת מן הדין דאין אוסרין על היחוד וגזיה"כ הוא לאוסרה תדע דהא ילפינן ס"ט ברה"י אף במקום חזקה מסוטה משא"כ בספק זנות בעלמא כמו בנתקדשה פחותה מבת ג"ש וספק תחתיו ספק אינו תחתיו מספקינן גם לאוסרה משום טומאה ודאית ואפשר להסתפק שהיא ערוה אף לקולא לפטור צרתה וכמש"כ הנוב"י בהמירה הנה דבריו נכונים להצדיק ד' הנוב"י, אבל מיאנתי בסברא זו לחדש דספק סוטה ע"י רגל"ד גם ספק לא הוי רק מגזיה"כ כיון דילפינן מזה כל הספיקות וכמש"כ התוס' בסוטה דכ"ח דסתירה ע"י קינוי בסוטה הוי כספק מגע שרץ ואיך נימא דמצד הסברא גם ספק לא הוי, ודוחק לומר דכל זה מהלכתא דילפינן מסוטה דהתורה עשאה לספק כודאי ולהכי ילפינן מזה כל הספיקות ובריש נדה אמרו אי מה סוטה ברה"ר טהור הכי השתא התם משום סתירה וסתירה בר"ה ליכא הכא משום חסר כו' ואי איתא הא אפילו היכא דאיכא סתירה ל"ד לשארי ספיקות כיון דסוטה

לא הוי ספק כלל ורק דהוי גזיה"כ והגזיה"כ הוא רק ברה"י ומאי דילפינן דס"ט ברה"י ספיקו טמא אף במקום חזקה וחשיב חזקת טהרה בסוטה הלא כ' התוס' משום דאיכא חזקה שאינה טמאה ודאי והחידוש לפ"ז מה שהיא טמאה ודאי אבל טומאת ספק יש לה גם מסברא כמו שארי ספיקות [ובאמת דספק זנות בעלמא בנתקדשה פחותה מבת ג"ש וספק תחתיו אי לאו תחתיו מבואר בד' האס"ז בכתובות ד"ט דלא הוי ספק סוטה ורק הרא"ה במשמרת כ' דהוי ספק סוטה ומבואר בירוש' דפ"ק דכתובות דאסור לקיימה משום ספק סוטה עכ"פ לא עדיף מספק סוטה גם מסברא] וע"כ צ"ל דהא דספק סוטה צרתה מתיבמת כמש"כ באחיעזר שם משום דאומרת ברי לי שהיא טהורה וע"כ כלפי שאר הדינים שלא גזרה תורה דאסורה מהני אמירתה ובנידון הנוב"י בהמירה אם אומרת שהיא טהורה בודאי אי אפשר למשוי לספק וגם דהא שויה אנפשה חד"א ואי אפשר להפטר מן החליצה אלא דבשותקת או באומרת שזינתה דאף שאינה נאמנת להקל י"ל דהוי ספק לפוטרה גם מן החליצה.

ט

ומש"כ עוד עמש"כ לצדד ביבמה שנתקדשה בהיתר ואין לה תקנה בגט בזה לב' תירוצי התוס' ביבמות דט"ז פקע זינתה, וע"ז הקשה מגיטין דפ"ב בקידשה ראובן חוץ משמעון ובא שמעון וקידשה סתם ומתו חשבינן ללוי אשת ב' מתים וע"כ מיירי במת ראובן ואח"כ שמעון דאי מת שמעון ברישא או בב"א לריוה"ג דס"ל דאפשר לצמצם א"כ לא חלו קידושי שמעון לגבי לוי שהרי היא א"א מחמת ראובן כמש"כ התוס' ביבמות ד"י ובגיטין פ"ב ובמת ראובן ברישא ונפלה קמי לוי חלו קידושי שמעון לאוסרה אלוי ואפילו למ"ד אין ק"ת ביבמה לשוק מ"מ כיון דקידש חוץ משמעון כמו דלא מהני קידושיו לגבי שמעון כן לא מהני זיקתו, ואס"ד דקידושי היתר שאין להן תקנה בגירושין מפקיעין זיקה א"כ פקע זיקת ראובן וכשמת שמעון אסורה ללוי משום שנאסרה שעה אחת ולא הוי אשת ב' מתים ויקשה לשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה וס"ל ג"כ דאשת ב' מתים מן התורה כמש"כ התוס' ביבמות דל"ב ולא משכח"ל אליבי' אשת ב' מתים וגם בקידשה ראובן מעכשיו עד אחר ל' יום ושמעון עד אחר כ' כמש"כ התוס' ביבמות שם הא שמואל לא ס"ל בהא כריו"ח, ומזה הוכיח כת"ר בעיקר הסברא דזיקה קנויה ליבם ואין קנין קידושין מפקיע קנין זיקה אלא היבם אוסרה על המקדש והמקדש אוסרה על היבם וקידש אחותה עדיף טפי דהתם אין עיכוב בקידושי אחותה יש זיקה לאסור קרובים מדרבנן וממילא נפקעה זיקת היבום אבל זיקת היבמה לעולם לא תפקע הקידושין דידה לאחרים ודוקא בחלו הקידושין לאחר הזיקה אבל קדמו הקידושין לזיקה הוי אשת איש

ככל העריות עכ"ד, הנה סברת כת"ר ישרה וראוי' למי שאמרה אבל בדהתוס' יבמות דט"ז מפורש בטעם הר"י דלהכי לא מפקיע הזיקה משום דגלי קרא לא תהי' דאין הקידושין מפקיעין הזיקה וכ"ז היכא דהקידושין באין אח"כ אכל בזה שנאסרה משום א"א מצד קידושי שמעון שקידש בחיי ראובן וחלו הקידושין לגבי ראובן אלא דלגבי כו"ע מיתלי תליא משום שאין להן מקום לחול לפי שנאסרה מצד קידושי ראובן אבל אח"כ הלא היא א"א מחמת קידושין הראשונים ול"ש ע"ז לומר סברת הר"י דלא תהי' דאין הקידושין של יבמה לשוק מפקיעין הזיקה וגם אין זה ענין להא דיבמה שהותרה ונאסרה דבכה"ג דאתו בהדי הדדי בודאי היא כערוה בשעת נפילה דהא אין אני קורא בשעת נפילה יבמה יבא עליה כיון דבאותו שעה אינה ראוי' ליבום כיון דהויא ערוה באותה שעה ול"ש בזה יבמה שהותרה דהא איסור אשת אח לא הותרה כיון שהיא א"א, וברשב"א לגיטין מפורש כן שהקשה דהא הויא ערוה משום דאין אני קורא בה יבמה יבא עליה בשעת נפילה אלא דלהרשב"א הא ס"ל דקידושי שמעון חלו גם לגבי עלמא, אבל לשי' התוס' דקידושי שמעון לא חלו לגבי עלמא ורק לכשמת ראובן חלו י"ל דכיון דבהדי הדדי קא אתו הזיקה והקידושין חשוב כיבמה שהותרה ונאסרה אבל זה אינו דיבמה שהותרה בעינן שיהא ניתר איסור אשת אח בפועל אבל בזה כיון דע"י מיתת ראובן הרי היא א"א מצד קידושי שמעון ואא"פ שתתיבם בפועל והיתר אשת אח לא יהי' ליבום איך נימא דהוי יבמה שהותרה כיון דאיסור אשת איש אתי בהדי זיקה ואיך תחול הזיקה בכה"ג, ולפ"ז יקשה דהא לא הוי אשת ב' מתים כמשה"ק כן הרשב"א בגיטין דפ"ב ומאי דמתרץ שם דמתו בב"א כריוה"ג לא יספיק לשי' התוס' דס"ל דכל שקדמו קידושי ראובן לא נאסרה בחייו לכו"ע משום קידושי שמעון כמש"כ כת"ר.

אלא דיש לתרץ דמשכח"ל באופן שהותרה מתחלה כגון שקידש ראובן חוץ משמעון אחיו ומת ראובן ואח"כ קידש שמעון סתם דקידושי שמעון חלין והוי לגבי לוי יבמה שהותרה ונאסרה ואח"כ מת שמעון בלא בנים וחזרה והותרה דהא מותרת מצד אשת אח ולרב חזרה להתירה הראשון למצות יבום ובכה"ג הוי אשת ב' מתים דיש עליה זיקת ב' יבמין מיוחדים דבכל מקום אם ניסת ע"י יבום ומת הרי היא זקוקה אח"כ מחמת יבם ואינה עוד אשת של מת הראשון כמבואר בירוש' ריש יבמות דלהכי לא נאסרה משום אשת אחיו של הראשון כמשכ"ל באות ז' ואין בזה רק זיקת יבם אחד משא"כ בזה דלגבי שמעון לא חלו קידושי ראובן כלל ויש בזה זיקת ב' יבמין ואסורה משום אשת ב' מתים, ובשי' התוס' י"ל דחולקים ע"ד הרשב"א דס"ל דבכה"ג פקע זיקה אלא דיש על זה מצות יבום ומשכח"ל אשת ב' מתים לרב אבל לשמואל דס"ל הואיל ונאסרה נאסרה

יקשה, אולם בעיקר הדבר שחושב כת"ר דלד' התוס' ביבמות ובגיטין אי אפשר לתרץ כמש"כ הרשב"א במתו שניהם בב"א משום דלשי' התוס' כל שקדמו קידושי ראובן לא הוי אשת אח כלל מחמת קידושי שמעון היכא דמת שמעון בתחלה כמפורש בדבריהם, אבל נפלא הדבר דלשי' התוס' תהי' מותרת לקרובי שמעון ואפילו אם מת ראובן אחרי כן כיון דקידושי שמעון אהני לגבי ראובן והא קידושי שמעון שחלים לכשמת ראובן הוא משום קידושין הראשונים שלו ועכצ"ל דהקידושין היו במציאות דאפילו לר"מ דמהני בדבר שלא בא לעולם אבל באופן שקידש מעכשיו לא חלו גם לר"מ וע"כ שיש מציאות לקידושין ורק דמיתלי תלי' אבל יותר נראה דבאמת גם לשי' התוס' כמו לשי' הרשב"א כיון דחשיב הקידושין לאוסרה על ראובן ומהני הקידושין מהני גם לגבי עלמא אלא דנהי דהקידושין איתנהו במציאות מ"מ אין אישות חל על אישות כמו לב"ש דס"ל דאין איסור חע"א ואף איסורא ליכא ובכה"ג לא מהני גם כולל מה שנאסרת על ראובן ולהכי לא הוי עלה דין ערוה דא"א לפטור צרתה כמו לב"ש וכל שקדמו קידושי ראובן ומת שמעון מתחלה לא הוי כאיסור אשת אח במקום מצוה לפטור צרתה לגבי לוי אבל כיון דהקידושין איתנהו במציאות ומיתלי תלי לכשמת ראובן אחרי כן אסורה לקרובי שמעון מן האם דבדין קרובים אין נפ"מ אם חל האיסור מחיים ולהכי לכשמתו שניהם בב"א לריוה"ג דס"ל דאפשר לצמצם הוי אשת ב' מתים מן התורה כמש"כ הרשב"א משום דקידושי שניהם איתנהו במציאות ורק לכשמת ראובן מתחלה נפטרה מצד א"א דשמעון אבל לכשמתו בב"א הוי אשת ב' מתים ולולא ד' הרשב"א דדחיק לאוקמי הך סוגיא דגיטין דנפלו בב"א וכריוה"ג דאפשר לצמצם [ואולי זהו שי' הרמב"ם שהשמיט הדין דאשת ב' מתים דלמאי דקיי"ל דלא כריוה"ג לא משכח"ל כמש"כ הרשב"א] הי' נראה לתרץ עיקר קושיתו דל"ש בזה כלל כל שאין אני קורא בשעת נפילה יבמה יבא עליה מחמת קידושי שמעון לאוסרה אח"כ גם לכשמת שמעון דבאשת ב' מתים לא נגמרה הנפילה לגמרי כשהיתה מקודשת לשמעון שעדיין זיקה שראוי לבא משמעון עליה ואין זה עדיין אלא חצי זיקה וחצי נפילה ורק באם נפלה אחות אשתו לפניו ומתה אשתו אסורה לו לעולם כיון דהנפילה היתה בשלימות אבל בזה מה שהיא אסורה ליבם משום קידושי שמעון לולא איסור ב' מתים הלא לא נגמרה הנפילה לגמרי וזיקה באה מחמת ב' מתים ביחד והוי כאישות חדא ולהכי לא היתה נאסרת לעולם מצד שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' דהנפילה נגמרה אח"כ ואע"ג דלגבי דין יבום הוי נפילה מ"מ א"א שתיאסר מחמת אשת איש הגורם ג"כ זיקה ותיהוי אח"כ גמר הנפילה, שו"מ בגרש ירחים שהרגיש בזה.

י

ומש"כ מעכ"ת להקשות לשי' התוס' ביבמות דפ"ד דגרושה לכה"ד הוי עשה ותקשה הא דאמר ביבמות דצ"ד אם יבמה כהן חולץ ומותרת למקדש תפקע הזיקה ע"י קידושי א"א כיון דלא תחזור להתירה למצות יבום אם ננקיט דגם אם אינה ראוי' למצות יבום גרידא לא חשוב חזרה להתירה הראשון עכ"ד, אין ראי' מזה דהא לשמואל קידושין תופסין מספק א"כ לא נפקע הזיקה של היבם דשמא אין קידושין תופסין ולפיכך חולץ לה, וראיתי בס' שושנת העמקים כלל ה' שכתב בראובן ושמעון אחים מהאם ולוי עם שמעון אחים מהאם ועם ראובן איש נכרי ומת ראובן בלא בנים ועמד לוי וקידשה וגרשה דכיון דקיי"ל כשמואל דצריכה גט מספק א"כ הוי ספק ערוה על שמעון דשמא תפסי קידושי לוי אחיו והוי גרושת אחיו מאמו בכרת ול"א בזה הואיל ואישתרי אישתרי דכיון דקידש לוי ושמא תפסי קידושין כשמואל א"כ הוי א"א ופקעה זיקת ראובן יעוי"ש, ולא הביא ד' התוס' ביבמות דט"ז אבל לפי הנראה דעתו בזה דכיון דאסורה גם לאחר גירושין פקע זיקה אלא דחולצת מספק שמא אין ק"ת ביבמה לשוק וזהו כתי' הראשון שבתוספת.

יא

ועמש"כ בסי' ג' לדון באם אין איסור א"א חל על איסור נדה דמ"מ אין קידושין תופסין וע"ז כ' מעכ"ת דמסתבר דאם אין איסור א"א חל אין כאן גם איסור טומאה לבעלה וא"כ משכח"ל ממזר מאכיל את אמו בתרומה שהרי לא נתחללה בנתקדשה בנדותה וזינתה קודם שטבלה וכמו שהקשה כעין זה רש"י יבמות ס"ח ב' בפשוטו נראה דנאסרת לבעלה אע"פ שאין חיוב מיתה דמ"מ כיון דאיסורא וטומאה איכא נאסרת לבעלה אע"פ שאינה חייבת על זה סקילה דמ"מ הוי א"א ויעוי' בשושנת העמקים להפרמ"ג שכ' בממזרת א"א שזינתה דאע"פ דאין איסור א"א חל מ"מ אסורה מצד סוטה ליבם דטומאה כתיב בה כעריות ופטורה גם מן החליצה וגם מדהר"מ בפ"ב מהל' סוטה שפסק באשת קטן שאינה שותה ונאסרת על בעלה דכונת הרמב"ם באשת יבם קטן שבא על יבמתו דמן התורה קונה אותה לכל דבר דאל"כ אין אישות לקטן וכ"כ המנחת חנוך [עי' אחיעזר סי' א' אות י"ג] ואף על פי שאין חיוב מיתה דנתמעט מאיש כי ינאף ומ"מ נאסרת לבעלה אלמא דאיסור לבעלה אינו תלוי בחיוב מיתה אלא דאפילו נימא דבאשת יבם קטן אינה נאסרת לבעלה משום שזהו מין אישות אחר שאין עליה חיוב סקילה, אבל מה שאי"ח סקילה משום אין איסור חע"א כיון דאיסורא איכא הוי א"א דכתיב בה טומאה ואסורה לבעלה וה"נ לענין ממזר דבעינן ממזר מחייבי כריתות אע"פ שלא טבלה לנדותה ואין

איסור א"א חל מ"מ הוי ממזר דזהו הוי חייבי כריתות אע"פ שאין עליו חיוב כרת בפועל משום אין איסור חע"א.

ומש"כ מעכ"ת דבאמת מקושית הגמ' יבמות דל"ב ותתיבם יבומי מוכח דכל היכא דאין איסור חע"א אינו מונע תפיסת קידושין כמו שהוכחתי שם דהא מצות יבום אינה אלא אם נעשית אשתו ואם לא קנאה אין כאן יבום וע"כ דקידושין תופסין אלא הא דנתקדשה בנדתה וקדשה אחר וטבלה אין קידושין של השני כלום דלכי טבלה קדמו קידושין של ראשון והוי קידושי שני רק לזמן ולא חלו כלל וכן בקדשה בנדתה ומת וקדשה בנו וטבלה חל עליו השתא איסור אשת אב דכיון דאין העיכוב רק מחמת אין איסור חע"א כשפקע הראשון הוי זמן דלהבא כאסורה למפרע הדברים מתמיהים דלפ"ז אם לא טבלה לנדתה כלל יחולו תמיד קידושי שני ולכשמת הראשון תהי' א"א מחמת השני לעלמא ותהי' אסורה לקרוביו וגם גוף הסברא דאם טבלה תהי' כאסורה למפרע אינו מובן דהא באותו שעה הי' עלי' איסור נדה ואין איסור חע"א ואיך יחול למפרע ומש"כ דבפשיטות י"ל דבמתקדשת בנדותה חל איסור א"א משום איסור כולל שתיאסר בימי טהרתה וכמו כולל דזמן הוי כולל ולא דמי לא"א ונעשית חמותו אע"פ דעי"ז תיאסר לאחר מיתה וגירושין דלאו להכי קיימי משא"כ בנדה דלטהרה קיימי עכ"ד, מש"כ דכולל לזמן הוי כולל נחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד בפ"ד מהל' שבועות הל' י' דבאמר שלא אוכל היום וחזר ונשבע על הככר שלא אוכלנה ואכלה כולה באותו יום דאינו חייב אלא אחת ועי' ברדב"ז ח"ב בלשונות הרמב"ם סי' קס"ה שביאר ד' הרמב"ם ובשעה"מ פי"ז מהל' איסו"ב אלא דגם להראב"ד דס"ל דאמרינן כולל בכה"ג אף דבזמן המיגו ליתא לאיסור הראשון מ"מ זהו רק בדבר התלוי בזמן ולא בדבר התלוי במעשה כמו דלא אמרינן דאיסור טריפה חל על איסור אמ"ה ולא אמרינן דהוי כולל דע"י איסור טריפה תיאסר אחר השחיטה ומה"ט תיאסר ג"כ מחיים אף דבהמה לשחיטה קיימי ולהכי אאפ"ל דהוי כולל משום שתיאסר אחרי טהרתה.

ומש"כ עוד דאי נימא דאיסור א"א לא חייל על נדה ואינו מעכב קידושין אחרים א"כ אין קידושיו קידושין כדאמר בגיטין דפ"ב דקידושי שמעון לא אהני דכיון דאינה אוסרה לשום אדם לא הוי קידושין וא"כ כיון דילפינן דבשעת נדתה בת הוי' היא ע"כ דאין קידושי אחר תופסין בה עכ"ד לא דמי להא דגיטין דהתם לא אהני מידי אבל בזה אע"פ דאין איסור חע"א לחייב הא איסורא איכא וכיון דנאסרת לגבי עלמא מחמת איסורא דא"א מהני הקידושין והא שי' האבני מלואים בסי' מ"ג דבשפחה חרופה שאינה אלא בלאו קידושי אחר תופסין בה הרי דמהני קידושין אע"פ שקידושי אחר תופסין בה כיון

דמהני לאיסורא ועוד דהא בנדה מועיל הקידושין על אחר טהרתה שאז לא יהי' קידושי אחר תופסין בה, ומש"כ כת"ר דלפי המבואר בחולין דק"א דאיסור כולל באיסור חמור חל ומשמע מדהתוס' שם דלאו משום כולל וקאמר אלא משום חומר דאיסורי הנאה דאע"ג דלא מהני חומר מ"מ איסור הניתוסף כמו איסוה"נ המוסיף על איסור אכילה ואיסור כרת דעריות חל על איסור לאו ומה"ט איסור ערות חל על איסור נדה משום דיש לה טהרה במקוה כדאמר בחולין שם דטומאת הגוף קיל דאית לי' טהרה במקוה וגם עריות חמירי דמשוי זונה וממזר ואין קידושין תופסין בה עכ"ד, הנה מה שאין לאיסור עריות טהרה לא ניתוסף עי"ז איסור ורק חומר לבד והא דחמירי דמשוי זונה וממזר ואין קידושין תופסין בה הלא כל זה מסתעף מחיוב דא"א ואי נימא שאין איסור חע"א ואין חיוב א"א ממילא שאין הולד ממזר וקידושין תופסין בה וגם לא נעשית זונה כמבואר בד' המהרי"ט בקידושין דע"ח דאמר ר"א כהן הבא על אחותו זונה משוי לה חללה לא משוי לה חזר ובא עליה עשאה חללה והקשה המהרי"ט והא אמרינן לעיל דאין איסור אלמנה חל על איסור אחות וה"נ היכי חייל איסור זונה למישוי חללה והביא בשם הרא"ש דמיירי כשהביא ב"ש אחר שנעשה חללה יעוי"ש מבואר מד' המהרי"ט דמצד אין איסור חע"א לא נעשית זונה ג"כ וא"כ אאפ"ל דלהכי חל א"א משום דעי"ז יתוספו איסורין דהא אי נימא דאין איסור חע"א לא יתוספו איסורין כלל וכמו שהרגשתי באחיעזר שם מד' הפיה"מ להרמב"ם בכריתות בנקודה הנפלאה שלו דאין איסור הנאה דבב"ח חל על איסור אכילה דחלב לפי שאיסוה"נ דבב"ח בא מכח איסור אכילה ואי נימא דאינו חל אין בו איסור הנאה ולא דמי למוקדשין וה"נ כיון דאי נימא דאין איסור חע"א אין הולד ממזר וגם קידושין תופסין ולא נעשית זונה ועכצ"ל כמש"כ דאע"פ דאין איסור חע"א מ"מ כיון דהאיסור איתניהו במציאות ומיתלי תלי להכי לא תפסי קידושין והולד ממזר ונעשית זונה ומיושב קושיית המהרי"ט ומאי דמקשה ותתיבם יבומי היינו לפי ההו"א דס"ל דאין איסור חע"א ליתניהו במציאות כמש"כ באחיעזר שם.

וע"ד קושיית הבית מאיר המובא באחיעזר סי' ד' בנפלה יבמה ונתמנה להיות כה"ג דנימא הואיל ואישתרי אישתרי ותירץ מעכ"ת דהא איסור דבעולה לכה"ג משום בתולה מעמיו יקח האיסור בקיחה ול"ש בזה הואיל ואישתרי אישתרי דהא זהו מין איסור אחר ואין איסור קיחה באשת אח ואיסור קיחה לא הותר וכן בנודרת הנאה מיבמתו זהו מין איסור אחר יפה העיר, אבל כל זה לשי' הרמב"ם אבל לשי' הראשונים דס"ל דהאיסור על הביאה בלא קיחה עי' במל"מ בפי"ז ופי"ח מהל' איסו"ב יקשה דנימא הואיל ואישתרי אישתרי וגם לא יספיק תירוצו בשומרת יבם שזינתה ובשארי חייבי לאוין דנימא הואיל

ואישתרי אישתרי גם מבי"ש כמו שנראה מדהתוס' יבמות ד"כ דכל היכא דב"ש הותר האיסור בגדר היתר שוב מותרת לו לעולם דלאו דוקא באיסור אשת אח אלא גם בשארי איסורים כן ויעוי' בשו"ת חמ"ש מאו"ח סי' י"ט א"כ יקשה מאי דתני בד"כ ואסור לקיימן בב"ש נימא הואיל ואישתרי אישתרי ובפשיטות נראה כמש"כ שם לתרץ בסוף אות ב' ואחתום בד"ש ובתודה כי שם לבו לעיין בדברי מוקירו ומכבדו הדוש"ת.

סימן לה

ב"ה יום א' י"ג סיון תרפ"א.

א

אחד"ש הדר"ג שי' קונטרסו הגיעני לנכון והנה על דבר השאלה שומרת יבם שניסת לכהן זה שנתים ועל פי עדות ע"א שראה את בעלה המת בחייו במרחץ שלא הי' לו ב' שערות ונראה שבעת ראיית העד הי' אחרי רוב שנותיו וביאר מעכת"ר דבכה"ג הוי סריס חמה ושנאמן העד על זה משום דיש בזה ס"ס אי יבמה לשוק הוי דשב"ע וגם אי נימא דהוי דשב"ע הא שי' המהרי"ק ושו"ת מיימוני ושארי ראשונים דבדשב"ע ולא אתחזיק איסורא ע"א נאמן וכיון דלדברי העד הי' סריס ולא היתה זקוקה מעולם לא היתה עומדת בחזקת היתר לשוק וע"א נאמן זהו תו"ד מעכת"ר, בפשוטו נראה דגם בשארי איסורים כל היכא דניסת ובא ע"א להעיד שהיא אסורה עליו הוי דשב"ע וכ"כ הא"מ בסי' מ"ו סק"ה [והמחנה אפרים בפי"ב מהל' עדות ספוקי מספקי' לי' בזה] דהא דע"א נאמן לומר אשה זו זונה או גרושה לשי' הרמב"ם היינו קודם הנשואין אבל לאחר נשואין הוי דשב"ע וכן נראה מהא דאין ע"א נאמן באשת כהן שזינתה באונס דליתסר עכ"פ מדין זונה דהוי כמו שארי איסורים אלא משום דגם מצד איסור זונה תיאסר עי"ז לבעלה הכהן הוי דשב"ע [ויש להשיב דשאני התם דנתבטל מצד העדות לגבי דשב"ע של טומאה וגם דגוף הזנות הוי דשב"ע והארכתי בזה באחיעזר סי' ו'] ואם גם נסתפק בזה בשארי איסורים ונאמר דגם לבעל יש לזה דין איסור וע"א נאמן אבל באיסור יבמה לשוק דגם לשמואל דבעניותינו צריכה גט דמספק"ל אי ק"ת ביבמה לשוק וע"א בא להעיד שאין זו יבמה לשוק והרי היא א"א ודאית גם לענין סקילה הרי אנו דנין בזה אם היא א"א ודאית וזהו דשב"ע ממש ובעיקר הדבר נראה מהכרעת האחרונים דיבמה לשוק הוי דשב"ע כמש"כ המרדכי והנימוק"י וכן מורה פשטות הסוגי' באיבעי דע"א ביבמה ביבמות דצ"ג גם מאי דפשיטא לי' למעכ"ת דכיון דלדברי העד הי' סריס לא הוחזקה מעולם באיסור יבמה לשוק הנה בודאי עד רוב שנותיו היתה בחזקת איסור יבמה לשוק

וממילא שהוחזקה לפנינו באיסור יבמה לשוק וגם היכא דהוחזקה בטעות אין ע"א נאמן נגד חזקה זו כמש"כ הש"ש ש"ו פ"ז ויש לחלק דהוחזקה בטעות היינו בשעה שאנו דנין באותו שעה כמו בס"ת דהוחזקה לכשירה מחמת רוב משא"כ בחזקה שאין אנו דנין עליה באותו שעה כמו חזקת היתר ליבם או איסור יבמה לשוק דהא יושבת תחת בעלה וכיון דלדברי העד לא היתה זקוקה ליבום מעיקרא לא הוי אתחזיק גם י"ל כיון שנולדו בו סימני סריסות שאין לו זקן איתרע חזקת היתר ליבם ואף דעכ"פ אסורה לשוק מספק מ"מ עכ"פ לא הוחזקה עי"ז באיסור יבמה לשוק והנה כת"ר העלה בזה להקל אף בלא העדאת העד מצד ס"ס כיון שנשתנה גופו וגידולו משאר בני אדם ואין לו זקן ול"ש בו חזקה דרבא שהביא שערות בזמנו וע"כ אף אם נסתפק שהביא שערות קודם רוב שנותיו מ"מ י"ל שהביא אותן אחר שנשא אשתו ואם לא הי' סריס היה קטן באותה שעה ואין קידושיו כלום וגם לד' הראב"ד והתוס' דבאין לו זקן הוי סריס לפי המבואר בהגב"ע הי' לו איזה שערות בשפמו ואם נחשוב לסיכי דדיקני הא גם לשי' התוס' והראב"ד לא הוי סריס עד שיהי' בו כולן ולא חשיב נולדו בו סימני סריס וא"כ אם לא הביא ב' שערות קודם שקידש הרי הי' קטן.

ב

אבל הנני מסופק בעיקר ההנחה לחוש אם לא הי' סריס כיון דאין בו כל סימני סריסות שמא הי' קטן דהא דאמרינן דכיון דיש בו אחד מסימני סריס ויצא מכלל רוב אזדא לה חזקה דרבא וחיישינן שמא לא הוי ב' שערות וקטן הי' אם נדון אותו בתורת סריס וכמו דמוכח כן מדהתוס' יבמות ד"פ בד"ה עד בתוך הדבור וזה הי' תימא דאותן שיש בהן סימני סריס בקטנותם רובם מתוקנים ולאו סריס נינהו כו' ומבואר בדבריהם דגם לרבנן יש לחוש שמא ימצא סריס ולא יהי' לו שערות בזמנם משום דבכה"ג אין כאן חזקה דרבא שיביאו בזמנם כיון דיש לו סימן סריס ויש לחוש שיהי' סריס בודאי אבל לפי הך צד שאומרים שאיננו סריס אע"פ שאין לו זקן ותולים בחולי אחר א"כ מנ"ל דבכה"ג ליכא חזקה דרבא ולומר הואיל ואישתני אישתני כמבואר בבכורות דמ"ב באמת שי' הרמב"ם דלא אמרינן הואיל ואישתני אישתני עי' בראש אפרים בשו"ת בנידון התבו"ש אי המים מקיפים את המוח דמבאר בזה מחלוקת הרמב"ם והרא"ש והא אם לא הביא ב"ש בזמנו לפני עשרים לרבנן מתיבמת ג"כ כדין קטן ולא אמרינן כיון שיצא מכלל הרוב ולא הביא ב"ש בזמנו יש לחוש שמא סריס הוא הואיל ואישתני אישתני אלא דאמרינן דזהו חולשתא בעלמא וה"נ י"ל באין לו זקן אם לא נדון מספק סריס שזהו חולי אבל הוא גדול, ולא עוד שהנני מסופק גם היכא דנדון על ידי סימן סריסות לקטן אחרי שכבר

הוחזק לגדול משהגיע לכלל שנותיו משום חזקה דרבא דבמש"כ התוס' ביבמות דגם לרבנן יש לחוש שמא ימצא סריס ובמאי שתירצו שם דהא דבעינן שיהיו בו סימני סריס משנולדו היינו ליחשב ודאי סריס אבל ספק סריס הוי תמה בזה הגרעק"א בדו"ח למאי דקיי"ל בסי' פ"א גבי גבינות דאמרינן השתא הוא דנטרפה משום דהוי חזקה שנתבררה בשעתה מחמת רוב דרוב בהמות כשרות א"כ מה"ט לרבנן דאזלינן בתר רובא ולכשנולד הלא רוב בני אדם לאו סריסים הם וא"כ מהכ"ת נחוש לסריס חמה ואם נולד בו סימן סריסות הו"ל למימר דהשתא הוא דאיתרע ונראה לחלק דדוקא בגבינות שכבר דנו על חזקה זו מחמת רוב דאתמול מי לא אכלנו בחלבה והוחזקה מחמת רוב לכשירה אמרינן השתא הוא דאיתרע משא"כ בנולד בו אחד מסימני סריס וראינו שלא הביא ב' שערות כיון דבקטנותו לא דנו אותו בספק סריסות שאין הדבר נוגע כלל למעשה ל"ש בזה לומר שנתבררה החזקה בשעתה וכל זה היכא שראינו שלא הי' בו ב' שערות דאם נבדק ונמצא ב' שערות לפני עשרים לא הוי סריס בשום אופן אבל אם לא נבדק אם יש לו ב' שערות והא משהגיע לכלל שנים הוחזק לגדול מצד חזקה דרבא לכל הדינים ולא הוי סריס בודאי מהכ"ת נחוש אח"כ לסריסות מה שאין לו זקן ואמרינן דזהו חולי בעלמא כל זמן שלא נבדק שאין לו ב' שערות ומדוקדקים בזה ד' הריב"ש שכ' בסוס"י תע"ד אבל כיון שנולדו בו סימני סריס המועילים לדונו בודאי סריס אם לא הביא ב"ש עתה שלא נבדק נדון אותו בספק סריס כו' ולא נאמר חזקה הביא סימנים קודם סימני סריס כו' דכיון שנולדו בו סימני סריס איתרע לי' רובא מבואר בלשון הריב"ש דדוקא לפי שהוא סריס ודאי ל"ש חזקה דרבא דהא ב"ש מתנגד לסריסות ואאפ"ל דרובא דאינשי שיש דהם סימני סריס לאו סריסים נינהו וכ"ז לכשאנו דנין על פי סימני סריס שהוא סריס וממילא דאזדי לה חזקה דרבא ומסתמא אין לו ב"ש אבל כל שיש לו אחד מן הסימנים וספק סריס כיון שהוחזק לגדול בהיותו בן י"ג לא אזיל החזקה דרבא על ידי אחד מן הסימנים שנמצא אח"כ די"ל ג"כ השתא הוא דאיתרע מחמת חולי ולא הוי ספק סריס אלא דאפילו תימא דמ"מ כיון דנולד בו סימן סריס שאין לו זקן גרע אף לפי הך צד שאני מסופקים שאיננו סריס מ"מ כיון דזהו חסרון חולי בהשערות ובני חדא ביקתא נינהו ולפיכך אנו חוששים שמא לא הביא ב' שערות ובכה"ג אזיל חזקה דרבא מ"מ יש לפקפק בדבר הס"ס מצד אחר דהא בספק הראשון אנו מסתפקים אם הוא סריס חמה וא"כ בספק השני שמא לא הביא ב"ש בעת הקידושין יש שני ספיקות להחמיר שמא הביא ב"ש וגם אם לא הביא ב"ש שמא הוא סריס ולא סריס חמה דבכה"ג גדול הוא מעכשיו לכ"ע והא למש"כ התוס' בכתובות ד"ט דכל היכא דבספק אחד יש ס"ס אין

הספיקות שקולים לא הוי ס"ס ואין זה ס"ס משם אחד דהא נפ"מ לדינא מתי נעשה גדול דאם הביא ב"ש נעשה גדול מיום הבאת ב"ש ואם מחמת סריסות היינו שלא הביא ב"ש קודם עשרים והוי גדול למפרע מבן י"ג או לשי' הראב"ד הובא ברשב"א קידושין דהוי גדול מיום שנולדו בו סימני סריסות או כפי מה שמצדדים בשי' הרמב"ם דס"ל כשמואל דל"ה גדול למפרע ואע"פ דלענין הקידושין אין נפ"מ מ"מ הוי ס"ס משני שמות כיון דהם סימני גדלות מזמנים מיוחדים ולהכי אין לומר דגם בספק הראשון שמא לא הביא ב"ש יש שני צדדים להקל שמא לא הביא ב"ש משעברו עליו רוב שנותיו ואף אם הביא ב"ש קודם שעברו רוב שנותיו שמא סריס הוא ממעי אמו כמו שהרגיש בזה מעכ"ת דודאי ספק אחד הוא דמאי נפ"מ באיזה סימני סריס נעשה סריס חמה אם לפי שלא הביא ב"ש קודם שעברו רוב שנותיו או שהוא לקוי ממעי אמו על פי סימני סריס אחרים וגם דהא י"ל בספק זה להיפוך דאפשר שאינו סריס כלל ואת"ל שהוא סריס שמא אינו לקוי ממעי אמו, ולכאורה ילה"ר בזה דלא הוי ספק ספיקא מב"ב דקנ"ד דילמא קטן הי' בשעת מיתה והא הוי ס"ס שמא הביא ב' שערות ואפילו לא הביא דילמא לא הי' מביא עד רוב שנותיו והוי גדול למפרע אלא ע"כ צריך לומר דזה הוי ספק אחד אם הוא גדול אולם י"ל דשאני התם דלא נולד בו סימן אחד מסימני סריסות רק שלא נמצא ב"ש לכשהגיע לכלל גדלות כמש"כ התוס' שם משא"כ בזה שאין לו זקן דהוי סימן אחד מסימני סריסות דיש להסתפק בסריסות וכל זה אם הי' ידוע לנו דבעת הקידושין לא עברו עליו רוב שנותיו אבל בנ"ד שאין לנו בירור מעדים על זה וגם זה בכלל הספק אולי הי' הקידושין בעת שעברו רוב שנותיו ואין לומר דזהו ספק אחד אם הי' גדול בעת הקידושין דהא יש בזה הרבה צדדים לאיסור ספק שהי' רוב שנותיו ושהי' לו ב"ש וספק סריסות והא גם היכא דליכא כללי ס"ס מ"מ רוב צדדים מהני כמש"כ התוס' בעירובין ד"ו בשם הר"ר שמעי' ולהכי הוי רוב צדדים להחמיר שהוא גדול מחמת ב"ש ומחמת סריסות ואין הספיקות שקולים ולא הוי ס"ס, והנה הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס הביא בשם המרדכי בפ' החולץ דאין לבדות ס"ס להקל מהא דאשת טומטום אינה פטורה מן החליצה והא הו"ל ס"ס ספק זכר ספק נקיבה ואת"ל זכר שמא ימצא סריס והמהרי"ט בחיו"ד כ' לתרץ משום דספק אחד סתרי אהדדי דיכולים להתירה לשוק וליבום מצד ס"ס דגם ליבום י"ל ס"ס ספק נקיבה ולא הוי אשת אחיו ואת"ל זכר שמא לא ימצא סריס יעוי"ש ולכאורה סברת המהרי"ט שייך ג"כ בנ"ד דע"י הס"ס שמתירים לשוק יכולים ג"כ להתירה ליבום ספק שמא קטן הי' בשעת הקידושין וספק שמא לא הי' סריס אולם בזה הי' אפשר לדון למש"כ הנוב"י חיו"ד סי' ס"ב דהא ס"ס דסתרי אהדדי אאמד"ר ובסדרי טהרה סי' קצ"ד

כ' עדהתו"ס בנדה דכ"ז דכל זה לדינא דש"ס שהי' בועלין על דם טוהר הוי ס"ס דסתרי אהדדי משא"כ לדידן דאין בועלין על דם טוהר וס"ל לחומרא דר' זירא ל"ה ס"ס דסתרי אהדדי יעוי"ש א"כ כיון שאין יבום נוהג בזמנינו ל"ה ס"ס דסתרי אהדדי, עכ"פ בנ"ד שלא נתברר שלא עברו עליו רוב שנותיו בעת הקידושין ויש כמה צדדים לאיסור בספק זה דאפילו נימא דספק שהי' גדול בעת הקידושין וספק קטן הוי ספק אחד מ"מ הא יש בזה הרבה צדדים שהי' גדול היינו שמא עברו רוב שנותיו בעת הקידושין ושמא הביא ב"ש מקודם או שהיה סריס כמשכ"ל ואין הספק שקול ואיך נתיר בספק איסור תורה.

ג

והנה להורות לה לחלוץ דנראה מדהתוס' דשבת דקל"ו דלאחר חליצה לא תאסור לבעלה הכהן משום דספק חלוצה לא גזרו רבנן אלא כיון דאפשר בלא חליצה מוטב לה שלא תחלוץ ולשי' התוס' בשבת נראה דלאו דוקא בספק ספקא דאיכא רוב אלא גם בספק השקול כיון דספק חלוצה לא גזרו רבנן ואם קדמו וכנסו אין מוציאים אותה דהא לא ס"ל להתוס' החילוק שחילקו ביבמות דכ"ד בין ספק חלוצה קודם שניסת או לאחר שניסת ולד' התוס' בשבת בספק שאא"פ בלא חליצה תחלוץ ותהי' מותרת לבעלה הכהן כמו שקדמו וכנסה ומעכת"ר כ' על זה דלא נרויח בהחליצה דאם אנו חוששים משום איסור יבמה לשוק הרי אסורה לבעלה כהן משום זונה כיבמה לשוק שבא עליה זר כשי' הרמב"ם וכפי הכרעת השו"ע אבל באמת נרויח בזה שלא יהי' בזה איסור משום ס"ס דהא ד' התוס' והרמב"ן והרא"ש דאינה נפסלת משום זונה במחזי"ג וביבמה לשוק לפי שאין זה זר אצלה מעיקרא וכן הוא דעת הבה"ג דשומרת יבם שזינתה שמותרת ליבמה אפילו כהן ובשומרת יבם שניסת לכהן שהיבם לא יחלוץ לה אם יש לה בנים הרי דס"ל דאין זו זונה דאל"כ היתה נאסרת ליבמה מן התורה ופשטות סוגית הגמ' דיבמות דט"ו מסייעתם, עכ"פ זהו מחלוקת הראשונים ואף שהשו"ע סתם כד' הרמב"ם מ"מ הוי ספק תורה ובספק סריס הוי ס"ס ומותרת לכהן בודאי מן התורה אחר החליצה מצד איסור זונה אבל בלא חליצה הרי מצד ספק סריס הוי ספק תורה ואסורה מצד יבמה לשוק ונראה דלשי' התוס' בשבת תהי' מותרת אחר חליצה [ובדרש"י שבת שם פירש אם אשת ישראל חולצת מן הספק ואח"כ תנשא ואם כהן הוא שאם תחלוץ תהא אסורה לו דקדק רש"י שאח"כ תנשא איפשר דכונת רש"י דבנתקדשה דוקא אסורה לו דאין בזה דין קדמו וכנסו בקידושין גרידא ולפ"ז בניסת י"ל דאם גם חלצה מותרת לו וכן דקדק בזה בס' ערוך לנר אבל מדהתוס' דשבת ויבמות מבואר דאין חילוק וכ"כ התוי"ט ביבמות שם דקדמו וכנסו ה"ה בנתקדשה], אולם העומד לנגדינו דהתו"ס ביבמות דכ"ד שחילוקו דבחולצת

לאחר הנישואין יאמרו קמו רבנן במילתא דנפל הוי ולכך הצריכו חליצה ואתי למישרי חלוצה לכהן וכן מבואר ברש"י בשבת וביבמות שאם תחלוץ תהא אסורה עליו הרי מפורש דבחולצת מספק לאחרי נשואין אסורה וכ"נ מד' הרי"ף והרמב"ם שאם היתה חולצת אסורה לו.

ד

ולכאורה י"ל דאע"פ דלשיטתם ספק חלוצה לאחר נשואין אסורה מ"מ בבא עד אחד אח"כ מותרת לכהונה בדיעבד דהא ע"א נאמן באיסורים ולדבריו לא היתה צריכה חליצה כלל ורק שיש בזה משום אתה מצריכה כרוז לכהונה והא מבואר במלחמות להרמב"ן בשלהי יבמות דאם חלצה ונודע שצרתה ילדה ולד של קיימא מותרת להנשא לכהן רק שצריכה כרוז וכן נראה מלשון הרמב"ם בפ"ג מהל' יבום הל' ט"ז ולמה לא תחלוץ כו' גזירה שמא יודע אחר החליצה שילדה צרתה ולד של קיימא ונמצאת זאת שאינה חלוצה ותנשא לכהן אחר שנחלצה ויאמר הרואה שלא ידע בעדים שבאו שהחלוצה מותרת לכהן ויעיד שראה אותה נשאה לכהונה על פי ב"ד כו' יעוי"ש מבואר מלשון הרמב"ם שכל שהיו עדים ונתברר שא"צ חליצה הרי היתר על פי ב"ד ולהכי י"ל דאע"ג דספק חלוצה לאחר נשואין אסורה גם בקדמו וכנסו מ"מ אם בא ע"א אח"כ ומעיד שלא היתה צריכה חליצה אע"ג דלגבי דין חליצה אינו נאמן מ"מ הא מהני לגבי איסורים אלא שאתה מצריכה כרוז לכהונה מה שלא הוציאוה מהבעל שחלצה אחר הנישואין והא דין דאתה מצריכה כרוז לכהונה א"א בדין לכתחילה אבל בדיעבד הא מותרת לכהונה, הן אמת דבד' הרשב"א ר"פ החולץ מבואר דאפילו בדיעבד אסורה לכהונה היכא שנודע שילדה צרתה ולד של קיימא מ"מ גם בד' הרשב"א נראה דהיא פסולה לכהונה רק לכתחילה אבל בדיעבד לא תצא דהא התם בספק חלוצה קדמו וכנסו אין מוציאים אותה, ולפ"ז בנ"ד למש"כ מעכת"ר דע"פ הגדת ע"א שלא היו ב' שערות עליו והיא עצמה היא אומרת כן וכיון שלא נמצאו שני שערות אחרי רוב שנותיו דהוי סריס חמה וכמו שנראה כן מלשון הריב"ש סי' תע"ד [וכן הכריע בספר פסקי הלכות] ואע"פ שאינם נאמנים לגבי דבר שבערוה וצריכה חליצה מספק מ"מ לגבי דין כהונה נאמנת באופן שאם קדמו וכנסו לא תצא מהבעל אולם נראה לחלק בזה דכיון דאין ע"א נאמן לגבי עצם חליצה והחליצה הוי מדינא לא דמי לב' עדים שהוברר הדבר למפרע שא"צ חליצה ובאחיעזר סי' ה' הארכתי בזה שכל שהחליצה מדינא יש לזה דין חלוצה לפוסלה לכהונה ולא מהני עדות הע"א.

אלא דבעיקר הדין י"ל דבשעת הדחק יש לסמוך עדהתו"ס שבת דקל"ו דאם תחלוץ לא תאסר לכהן ורק דמוטב שלא תחלוץ וכיון דבזה קשה להתיר בלא חליצה דאין ס"ס ברור דיש כמה צדדים לאיסור ההכרח לחלוץ ואם תשאר תחת בעלה הכהן אין לנו למחות עכ"פ על ידי חליצה יצאנו מחשש איסור תורה שאין כאן עוד איסור יבמה לשוק ומצד איסור זונה לכהן יש בזה ס"ס ודאית ורק מצד חשש ספק חלוצה לכהונה דהוי ספק דרבנן יש לסמוך גם על דעת יחיד מהראשונים המבואר בתוס' שבת דקל"ו כמו שאמרו ביבמות דל"ו דבדרבנן סמכינן על רבנן דרשב"ג, והנה לדעת מעכת"ר שיש להקל גם בלא חליצה משום ס"ס נראה דאין חשש משום החליצה לכהונה דאע"פ דמבואר בשו"ע סי' ו' דאפילו לא נתגרשה רק משום חומרא בעלמא פסולה לכהונה כ' הב"ש שם בשם הב"ח דהיינו דוקא לכתחילה אבל בדיעבד אם ניסת לא תצא והטו"ז שם חולק על זה ממש"כ בתשו' הרשב"א סי' תק"נ דאע"ג דלחומרא דמילתא הוציאה בגט נמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה ואפילו דנכריז איכא מאן דשמע בקידושין ולא שמע בהכרזה כדאמר בס"פ החולץ ומוכיח מזה הטו"ז דאפילו בדיעבד תצא דהא בחליצה משו"ה לא תנשא לעולם ובאמת ד' הטו"ז תמוהים שהרי מבואר ברמב"ן וגם בד' הרמב"ם מוכח דאם חלצה מותרת לכהונה וגם בד' הרשב"א ס"פ החולץ דפוסל לכהונה י"ל דהיינו לכתחילה אבל בדיעבד אם ניסת לא תצא, עכ"פ הרי חבל ראשונים דאחרי החליצה מותרת לכתחילה וגם הטו"ז בעצמו בסי' קנ"ו כ' לצדד דמותרת לכהונה והביא ממתניתין דיבמות די"ג דצרת ערוה לב"ה אם חלצה לא נפסלה מן הכהונה יעוי"ש וע"כ נראה דהדין בזה עם הב"ח א"כ ה"ה בחליצה שהוא מחמת חומרא בעלמא לא נפסלה מן הכהונה ולא דמי להא דיבמות במת בתוך ל' דפליגי רשב"ג ורבנן דהכריעו חכז"ל דאשת ישראל חולצת והיתה בזה הכרעת התלמוד דצריכה חליצה וממילא באשת כהן אי היתה חולצת אסורה לכהן אבל בדבר שאפשר להקל גם באשת ישראל מצד ס"ס אם ב"ד רוצים להחמיר הוי כחליצה מצד חומרא באמת דבכה"ג פסולה לכהונה רק לכתחילה אבל בדיעבד לא תצא ואפשר ג"כ דמה שחשש הרשב"א לחומרא לכתחלה מצד הכרזה הוא לשיטתו בר"פ החולץ דמשום הצרכת כרוז לכהונה אסור גם אחר חליצה אבל לשי' הרמב"ן במלחמות גם לכתחילה מותרת לכהונה, העולה מזה לדינא שאין להתירה בלא חליצה משום ס"ס כיון דאית לי' סיכי דדיקנא ולהך צד שאנו אומרים שאיננו סריס מהכ"ת נסתפק ונחוש שמא קטן הי' רק לפי דאשתני שאין לו זקן מהכ"ת נאמר שנתבטל עי"ז חזקה דרבא ועוד דאין הספיקות שקולים והרבה צדדי ספיקות יש בזה להחמיר וע"כ יותר טוב שתחלוץ ונרויח שתצא מספק איסור תורה ולסמוך עדהתו"ס בשבת דקל"ו דמותרת אחר חליצה.

ה

והנה מעכת"ר בדברות שניות תמה כיון דעכ"פ יצתה מחשש איסור תורה גם היכא שאין הספיקות שקולים דהמיעוט מצורף לספק השקול הרי מבואר בד' הרמב"ם והטושו"ע בסי' קס"ד שכל יבמה שהוא ספק מדבריהם אם יש עליה זיקת יבם או לא כגון יבמה שילדה ולד שלא נודע שכלו חדשיו ומת בתוך ל' או ביום ל' שדינה שתחלוץ מספק מדבריהם אם נשאת קודם חליצה כו' ואם נתקדשה לכהן שאסור בחלוצה אינו חולץ לה, אבל באמת זה אינו דהא ביבמות דל"ו מבואר משום דסמכינן על רבנן דרשב"ג ומש"כ הרמב"ם כל יבמה שהוא ספק מדבריהם צ"ל כמש"כ הלח"מ שם דלמד מהא דאמרינן גבי מעוברת חבירו כמאן ניעבד דמשמע דאי איכא שום תנאי דמתיר אע"ג דאיכא חד דאוסר אין מוציאין א"כ כונת הרמב"ם בדבר שעיקרו מדרבנן כמו מעוברת חבירו וה"ה בשאר ספק מדרבנן דיש בו צד להקל אבל בספק בשל תורה דאנו מחמירים מדרבנן בודאי חולצת דהא לשי' הרמב"ם כל הספיקות א"א מדבריהם ורק בילדה ולד שלא נודע שכלו לו חדשיו דלרבנן דרשב"ג מותרת בודאי או בספק מדרבנן שעיקרו מדרבנן שיש בו צד אחד להקל בכה"ג לא תצא אבל בפיהק ומת חולצת כמש"כ בתשו' רעק"א סי' צ"ח ויעוי' בפ"ת בסי' קס"ד ס"ק ב' מה שהביא שם ד' התבו"ש בסי' ט"ו שכ' בשי' הרמב"ם דאפילו מת מתוך חולי צריכה חליצה רק מדרבנן מ"מ אין ראי' כמאן ס"ל דלדידי' אפילו ספק דאורייתא לחומרא אאמד"ר והשתא כיון דפלוגתא דרבוותא היא פשיטא שיש להחמיר יעוי"ש, ובאמת תמוה הדבר לומר דבספק דאורייתא שהוא לחומרא מדרבנן שלא תצא דאיך נתיר איסור תורה מספק ועי' בטור ובב"י סוס"י קס"ד מה שתמהו על הרמ"ה דהא ספיקא דאורייתא לחומרא ונראה דבפיהק ומת חולצת ומותרת לבעלה כהן ולא דמי למש"כ הרא"ש ביבמות באשת כהן ואע"ג דהשתא נשארת תחת בעלה בספק יבמה לשוק דאורייתא ואם היתה חולצת ונשארת תחת בעלה היתה עומדת בספק חליצה דרבנן מ"מ הא עדיפא טפי כו' משום דהתם איכא רובא דאורייתא וסמכינן על רבנן דפליגי ומש"כ הרא"ש ספק יבמה לשוק דאורייתא היינו צד המיעוט וראיתי שכ"כ בס' פסקי הלכות בתשובות הנספחות בפיהק ומת שפסק ג"כ דתחלוץ ותהי' מותרת לו וכן נראה כללא דמילתא היכא שאין לנו רוב או ס"ס להתיר ויש מקום לחוש לספק תורה בנתקדשה לכהן טוב יותר לחלוץ ולצאת מידי ספק יבמה לשוק ולהתירה אח"כ לבעלה ובנ"ד הא נתבאר די"ל דאין כאן ס"ס כלל.

1

ומש"כ מעכת"ר לחזק דבריו הראשונים דלא נרויח בחליצה לשי' הרמב"ם דאסורה לבעלה כהן משום זונה וכ' להסתייע מדקדוק לשון הש"ס יבמות ל"ו במת הולד תוך ל' ועמדה ונתקדשה ולא נקיט עמדה ונשאת משום רבותא דאפילו בנתקדשה שעדיין לא נפסלה לבעלה כהן לא אמרינן שיחלוץ לה ותהי' ספק חלוצה דלא גזרו בה רבנן וכן לרב משרשי' משמי' דרבא דס"ל דאחת זו ואחת זו חולצת דוקא בעמדה ונתקדשה שעדיין לא נפסלה לכהונה ולהכי ס"ל שגם באשת כהן חולצת ותהי' מותרת לו אבל בנשאת לא נרויח בחליצה בא"כ אינה חולצת ומזה מביא ראי' לשי' הרמב"ם דיבמה לשוק נפסלה לכהונה עכ"ד, בפשוטו נראה דלרב משרשי' דס"ל דחולצת אסורה לכהונה והא כן נראה מלשון רש"י והרי"ף והרמב"ם והרא"ש דלהכי אשת כהן אינה חולצת משום שתיאסר אח"כ ולהכי אינה חולצת וא"כ לרב משרשי' דס"ל דחולצת ע"כ אסורה לו ובאמת מסוגי' דשמעתא שם דמקשה הכא גבי מעוברת חבירו ומינקת חבירו מי עבוד רבנן תקנתא לכהן אי לא כו' הרי מבואר דמה שאינה חולצת תקנתא לכהן ואם איתא דגם אחר חליצה מותרת לכהן משום ספק חלוצה א"כ הא אין זה תקנתא לכהן והא במעוברת חבירו ומינקת חבירו אחר הגירושין אסורה לו מן התורה ולכאורה צ"ע לדהתוס' בשבת דקל"ו שכ' דגם אחרי חליצה מותרת לו מאי תקנתא לכהן הוא וצ"ל לפי סברתם שם דמשום אתה מצריכה כרוז לכהונה אנו מעגנים אשה לעולם כמבואר ביבמות קי"ט ולהכי מה"ט אי אפשר שתחלוץ ותהי' מותרת לכהן והי' בדין שלא תחלוץ ותתעגן ותהי' אסורה עליו מחשש איסור יבמה לשוק ומ"מ אמרינן דבאשת כהן אינה חולצת ומותרת לכהן בלא חליצה אע"פ דיש בזה חשש איסור דיבמה לשוק ומה"ט גם במעוברת חבירו נעביד תקנתא לכהן וכ"ז לד' התוס' בשבת אבל לפירש"י והרא"ש והרי"ף והרמב"ם שאם חולצת תיאסר לכהן בודאי לרב משרשי' דס"ל דחולצת אסורה לו ומה שדקדק במאי דנקיט עמדה ונתקדשה לכאורה הי' נראה מזה לדייק כפירש"י בשבת וכמשכ"ל די"ל דהא דספק חלוצה לא גזרו רבנן דוקא בקדמו וכנסו אבל בנתקדשה מוציאים לפיכך אמר אם אשת כהן היא אינה חולצת דבנשאת הא תוכל לחלוץ ומספק לא תצא אבל התוס' ושארי ראשונים אינם מחלקים בזה אבל באמת מאי דנקיט ונתקדשה מבואר ברי"ף יבמות שם ואי כשנתקדשה מותבינן לה תותא גברא כש"כ אם נשאת דלא מפקינן לה מתותי גברא ועי' בהרא"ש שם מבואר דלרבותא נקיט דגם לכשנתקדשה מותבינן לה תותי גברא וכבר נתבאר דנרויח בהחליצה דעל איסור זונה יש ס"ס משי' החולקים על הרמב"ם דיבמה לשוק לא הוי זונה.

ז

מש"כ מעכת"ר עמש"כ בשם האבני מלואים דכל היכי שניסת אם בא הע"א להעיד שהיא זונה או גרושה הוי דבר שבערוה וכת"ר מפקפק בזה שכל שע"א מעיד שאסורה לבעלה מכח איסורין ולא מצד דבר שבערוה הרי הוא נאמן לאוסרה ולפוסלה לכהונה כמו שנאמן בממון להעיד שנתנסך יינך אף שמפסיד עי"ז ממונו משום שהעיקר העדות על האיסורין וה"נ במעיד שהיא זונה ופסולה לכהונה מה בכך שנאסרת עי"ז לבעלה וגם אינו מחויב לגרשה מן התורה שהרי זו יכולה להיות יושבת תחתיו בעדים ודוקא בכהן הנושא נשים בעבירה מעשין על הפסולות משא"כ בניסת בהיתר וכמו שכתב התוס' בריש זבחים שגם בזנתה ברצון אינו מחויב לגרשה זהו תוכן דבריו הנה מה שכתב דאינו מחויב לגרשה נראה דבחיי"ל כופין לגרשה ומעשין על הפסולות אין נפ"מ בין ניסת בהיתר או באיסור וגדולה מזה מבואר בס' תומת ישרים סי' רי"ב דבכל חייבי לאוין דבכל יום בעמוד וגרש קאי דין תורה שמאחר שקידושין תופסין בחיי"ל אף בשעה שאינו בועל עובר אע"ג שאינו לוקה שאם אינו עובר למה ילקוהו עד שיגרש כדתניא וקדשתו בע"כ שאם לא רצה לגרשו הלקוהו עד שיגרש כו' ואי אמרת שאינו עובר אלא בשעת ביאה אמאי יגרש יפרשו אותו ולא יגרש אלא ודאי הנושא נשים בעבירה וקידש ובעל בכל יום עובר על התורה כו' וכמו שהנכנס בטומאה למקדש עובר על השהי' וכן כהן הנכנס בביה"ק יעוי"ש וחידוש דין זה שחידש בס' תומת ישרים שיהיה איסור תורה על השהי' תמוה לא ידעתי מנ"ל אבל בודאי מדרבנן מעשין על הפסולות לגרשה מיד ועי' במג"א סי' קכ"ח ובא"ר ובב"ה שם שמחויב לגרש מיד ובשו"ת מהר"י באסאן סי' ז' כתב ג"כ דמדרבנן איכא זיקת קדושין מה שאינו מגרשה ומש"כ התוס' בריש זבחים שאינה עומדת להתגרש וגם בזנתה ברצון אינו מחויב לגרשה יש לומר כמש"כ בשו"ת הרשב"א לפי שהיא מזוהמת לו אבל בפסולי כהונה נראה דלכולי עלמא כופין להוציא מדרבנן ולא דמי לנתנסך יינך שלא בא שם להוציא ממון ורק שהיין נאסר וממילא מפסיד משא"כ בדבר הנוגע לשיעבודים והעיקר דמה שנאסרת על בעלה זהו גופא ענין דבר שבערוה דהא אף דבקרא ערות דבר כתיב מ"מ הא ילפינן מזה גם לגיטין וקידושין וה"נ מה שנאסרת על בעלה על ידי פסול כהונה ומחויב לגרשה הוי דשב"ע ולהכי נסתר בזה מה שנסתייע מאביי דס"ל באשתך זינתה והוא שותק שנאמן ונאסרת עליו אף שעל ידי עדותו צריך להוציאה דהא לאביי דס"ל דבדשב"ע נאמן בשותק הבעל אף דבד"מ בכה"ג בודאי לא מהני עדות ע"א להוציא ממון ועכצ"ל דלאביי דבר שבערוה זהו גדר אחר אבל לדידן דבשותק לא מהני כיון דילפינן דבר דבר מממון כל עניני אישות והשיעבודים

המסתעפים מזה דמי לממון והא"מ לשיטתו בסי' ל"ח דגם נשואין בעי ב' עדים ובאיסור יבמה לשוק הא נתבאר דאף אי נימא דלא כהא"מ בפסולי כהונה אבל ביבמה לשוק הוי דבר שבערוה ממש דהוי ספק אי היא א"א ודאית.

ח

ומש"כ לה"ר מפורשת שאם לא מצא ב"ש עד רוב שנותיו הוי סריס חמה מלידה מדהתוס' דבכורות די"ט ד"ה קטן שתירצו שמא לא יביא ב"ש עד רוב שנותיו אינני מכיר ראי' זו דהכונה דגם למ"ד דבעינן כולן אבל בלא עברו רוב שנותיו סגי וא"כ יש להסתפק שמא לקוי הוא ממעי אמו היינו דאפילו נימא דבכל שארי סימנים למ"ד דבעינן כולן גם ספק לא הוי אבל בעברו רוב שנותיו הלא יש להסתפק שהוא סריס חמה [ולא אבין ג"כ מה שתמה המהרש"א ביבמות ד"פ בתוד"ה עד שיהא כולן במשה"ק התוס' דכשעושה כיפה יחלוץ או ייבם לרב הונא דס"ל עד שיהא בכולן דהא גם לריו"ח הו"ל להקשות דמודה ריו"ח לענין חליצה ויבום דמה שאין לו זקן אינו מועיל לענין חליצה ויבום דהא אינו לקוי ממעי אמו וכ' דהא דנקטו התוס' לרב הונא לאו דוקא יעוי"ש ובאמת בפשוטו נראה דהא ודאי לריו"ח כיון דסגי בסימן זה שאין לו זקן ממילא הוי ספק סריס חמה שמא הוא לקוי ממעי אמו משא"כ לרב הונא דס"ל עד שיהא בכולן כיון דעושה כיפה לפי קושיית התוס' הרי מוכח דגם ספק לא הוי וזה פשוט]. ובעיקר הדבר אם לא הביא ב"ש עד רוב שנותיו אם הוא סריס חמה שמבואר בפיה"מ להרמב"ם בספ"י דיבמות שהוא סריס חמה וכן בד' הרמ"ה המובא בטוחו"מ סי' רל"ה הנה בפיה"מ שם מבואר ג"כ דבן עשרים שלא הביא ב"ש אם נראו בו סימני סריס הרי הוא סריס חמה וכ"כ הרמ"ה שם דאם נתברר שהוא סריס מבן עשרים שלא הביא ב"ש אמרינן ג"כ שהוא סריס לקוי ממעי אמו וכ"ה בריב"ש סי' תס"ח הובא בב"י שם שכתב אמנם יש הפרש בין הבאת ב"ש לסימני סריס דבהבאת ב"ש אינו נעשה גדול למפרע אלא משעה שיביאנו ואילך ובסימני סריס נעשה גדול למפרע מבן י"ג שנה ויום אחד לפי שעתה נתברר שהוא סריס ממעי אמו ומה שלא הביא ב"ש הי' בסבת זה כו' כ"כ הרמ"ה ז"ל עכ"ל הרי דגם להרמ"ה גם בבן כ' שלא הביא ב"ש אמרינן שהוא סריס ממעי אמו כמו בעברו רוב שנותיו ויקשה לפ"ז בהא דמקשה ביבמות ד"פ מנא ידעינן שהוא לקוי ממעי אמו הא לדעתם כל שנתברר שהוא סריס מבן כ' שלא הביא ב"ש הרי הוא סריס למפרע ולקוי ממעי אמו והנה מדקדוק לשון הרמ"ה נראה דלהכי בסימני סריס נעשה גדול למפרע לפי שעתה נתברר שהוא סריס ממעי אמו וזהו טעמא דרב דס"ל דנעשה סריס למפרע ולהכי אמר נעשה סריס למפרע ולא גדול למפרע דמשום דמוכח שהוא סריס למפרע ולקוי ממעי אמו להכי הוי גדול למפרע

א"כ זהו לרב אבל לשמואל דס"ל דקטן הי' באותו שעה לא אמרינן שהוא סריס למפרע וקושיית הש"ס מנא ידעינן הוא לשמואל והרמ"ה שפסק כרב דנעשה גדול למפרע להכי אמרינן שהוא סריס חמה אולם שי' הרמב"ם נראה שפסק כשמואל כמש"כ הנוב"י מ"מ כ' דגם בבן כ' שלא הביא ב"ש הוי סריס חמה.

אולם פשטא דשמעתא בפלוגתא דרב ושמואל הוא אם נעשה סריס למפרע והוי גדול למפרע או שהי' קטן באותו שעה אבל לא פליגי אם הוא סריס חמה או לא וגם לרב י"ל דלא הוי סריס חמה כל זמן שלא ידעינן וכמבואר בד"פ שם דרק בתחלתו לקוי וסופו לקוי לא חיישינן וגם אם הי' לקוי מתחלתו שלא הי' עושה כיפה ואע"פ שהוא סריס חמה דתחלתו וסופו לקוי מ"מ לשמואל קטן הי' באותו שעה ופלוגתא דרב ושמואל הוא בדין גדלות אבל לא בדין סריסות [ולשי' הרשב"א והראב"ד גם לרב לא נעשה גדול למפרע רק מעת שנולד בו סימני סריסות] ואפשר דשי' הרמ"ה להלכה דלא בעינן שיהי' ידוע בו סימן סריס מעת הלידה כמו שדקדקו כן בשי' הרמב"ם בפ"ו מהל' יבום או כמש"כ הישש"ש ביבמות פ"ח דלמאי דקיי"ל דסגי בסימן אחד לא בעינן שיהי' ידוע שהוא לקוי ממעי אמו ולהכי כל שנולדו בו סימני סריסות ולא הביא ב"ש אמרינן שהוא לקוי ממעי אמו ולפ"ז למש"כ הרמ"א להלכה דאם לא ראו סימני סריס משנולד הוי ספק סריס י"ל דגם בעברו רוב שנותיו הוי ספק סריס אלא דמלשון הריב"ש בסי' תע"ד שכתב ובנידון זה אם ראובן הגיע לרוב שנותיו וידוע שלא הביא ב"ש כו' הרי הוא סריס ואין אשתו חולצת ומתיבמת כו' ואם ראובן זה לא הגיע לרוב שנותיו והוא מבן כ' ולמעלה אם ידענו שלא הביא ב"ש כו' אלא שצריך לעיין בפטור החליצה שנראה מסוגיית הגמ' שאינו נקרא סריס חמה אלא שנראה בו מתחלת לידתו כו' עכ"ל נראה דבעברו רוב שנותיו ולא הביא ב"ש הרי הוא סריס בודאי ולא בעינן ראי' שיהי' מתחלת לידתו סריס ואפשר דמש"כ הריב"ש שצריך לעיין בפטור החליצה משום דבעינן ידיעה שנראה לו מתחלת לידתו קאי גם על דלעיל דגם בעברו רוב שנותיו יש לחוש דבעינן ידיעה שנראה לו מתחלתו, עכ"פ מדברי פיה"מ להרמב"ם והרמ"ה אין להוכיח דחלוק עברו רוב שנותיו ולא הביא ב"ש שהוא סריס חמה שהרי כתבו כן גם בבן עשרים שלא הביא ב"ש שהוא סריס ממעי אמו רק מלשון הריב"ש יש לדייק כן וצ"ע.

ט

ומש"כ לפלפל במש"כ בד' המהרי"ט דהוי ס"ס דסתרי אהדדי דבכה"ג לא סתרי אהדדי כיון דתנשא לשוק הרי נאסרת על יבמה כהן ילה"ר לפ"ז לפ"מ דאוקמי בבכורות שם דמ"ב כרע"ק והא רע"ק דס"ל אין ק"ת בחיי"ל שומרת יבם שזינתה אסורה א"כ אם תנשא

לשוק הרי תיאסר ליבמה וראיתי בס' ישועת יעקב שתמה בזה ויש לדחות דשאני התם כיון דניסת לשוק מצד היתר ס"ס הוי כאנוסה ומותרת ליבמה משא"כ בפסול כהונה דגם באונס אסורה אולם בפשוטו נראה דבשעה שאנו דנין מתחלה הוי ס"ס דסתרי אהדדי ולא בעינן שיהי' סתרי הדבר אח"כ בפועל אלא דבאמת מצד חשש המהרי"ט ז"א אלא מדרבנן וגם הא נתבאר דכיון דאין דין יבום נוהג בזה"ז אין לחוש מחמת זה.

ומש"כ בדהתוס' בנדה דל"ב מה שתירצו דאע"פ שעושה כיפה בקטנותו מ"מ לא מהני הבדיקה אא"כ שהוא גדול בשנים ודבריהם צ"ב וכ' לבאר עפ"ד הגמ' ביבמות קי"א על הא דקטן הבא על יבמתו תגדלנו קרי כאן להקים לאחיו שם והא לאו בר הכי הוא וכ' התוס' שם ואף שיבוא לכלל הקמת שם לא מהני כיון שלא הי' לו שעת הכושר ומשני אמר קרא כו' ולא דמי לסריס חמה שאין רפואתו ברורה כמו קטן שיגיע לכלל גדלות ועפ"ז חידש דלר"מ דחייש למיעוטא אין רפואתו ברורה שמא לא יבוא לכלל הקמת שם שימצא סריס ולהכי לא מהני בדיקה בקטנותו דאפילו בלא סימני סריס אחרים הרי הוא סריס מצד קטנותו זהו תו"ד ובזה ישב ד' הר"ח ביבמות שם מקושיית הרשב"א, אבל אין זה מספיק דהא ר"מ דחייש למיעוטא אאמד"ר ומן התורה אזלינן בתר רובא ומצד הרוב הרי רפואתו ברורה ויגיע לכלל גדלות והא לא נחלקו רבנן ור"מ במציאות הדבר ורק בחשש מדרבנן וכיון דע"פ רוב עתיד להתרפאות הא לא הוי סריס חמה מן התורה ופירש ר"ח דרבא בא לסתור ד' ר"מ דחייש למיעוטא דאיך יהי' מותר ליבומי לכשיגדל כשיראו שאיננו סריס האר"י כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' היינו ג"כ מדרבנן כמו דס"ל לריו"ח ביבמות דכ"ז גם בזיקה דרבנן, והנני חוזר לדבר השאלה אחרי שאין נאמנות בע"א ובכלל לא הסתכל העד היטב כדי לבדוק כהלכה כמילתא דלא רמי' עלי' והא נתבאר שאין לסמוך בזה על ס"ס שיש הרבה פקפוקים וקרוב להיות ספק איסור תורה ולצאת מזה הלא טוב יותר שתחלוץ ובנ"ד שכבר נעשה מעשה וחלצה מותרת לבעלה הכהן דאם נימא כמו שצידד מעכת"ר שיש בזה להתירה גם לכתחילה בלא חליצה לא נפסלה מן הכהונה ע"י החליצה שהיא לחומרא בעלמא גם אם נימא כמש"כ שהיתה צריכה חליצה מדינא יש לסמוך בשעת הדחק עדהתו"ס בשבת דקל"ו דיש לה דין ספק חלוצה דלא תצא מבעלה הכהן והנני ידידי מוקירו ומכבדו הדוש"ת.

סימן לו

ער"ח כסלו תרפ"ב.

א

אחדש"ה ע"ד השאלה ביבמה שנטבע היבם במים שאל"ס ונאבד זכרו כבר התעוררו בזה המחברים יעוי' בס' נתיבות השלום על קונטרס עגונות למוהר"א אלפנדרי שחיבר הרה"ג ר' משה נחמי' כהניו בפתיחה שהאריך בשאלה זו במים שאין להם סוף בשארי עריות וביבמה לשוק ועי' בשו"ת באר יצחק חאה"ע סי' ה' ענף ה' שצידד ג"כ דביבמה לשוק לא החמירו ובס' בית הלוי ח"ג מש"כ בזה דמפשטות ד' הרמב"ם ומשו"ע חו"מ סי' רפ"ד נראה דרק באיסור כרת החמירו והתוס' ביבמות דנ"ו מסתפקים בזה ומה שה"ר בשם גדול אחד מדהתוס' ביומא דנ"ה יעוי' בתורעק"א למשניות בפ"ג דגיטין ובחי' לגיטין דכ"ח שהוכיח מדהתוס' יומא דיבמה לשוק הוי דבשב"ע וכן ה"ר מהא דב"מ ד"כ דמייתי ראי' ממיאונין וחליצה דמוכח דהחמירו גם ביבמה לשוק אלא דבד' התוס' דיומא י"ל דהכונה לפי שהיתה א"א וכמו שהרגיש בזה כת"ר וכדמוכח כן מפי רשב"ם בב"ב דקל"ה משום דהיתה בח' איסור א"א וכ"כ המהרי"ט, ועי' בשו"ת ברית אברהם אה"ע סי' ס"ו שפי' ג"כ כונת התוס' ביומא דנ"ה עפי"ד הרשב"ם יעוי"ש ומשה"ק הגרעק"א מהא דב"מ ד"כ דמייתי ראי' מחליצה לגט [ועי' בשו"ת הריב"ש סוס"י שפ"ה שהביא ג"כ ראי' מהא דב"מ ד"כ דאין לחלק איסור יבמה לשוק מא"א אע"פ שאין הילד ממזר מדמדמי גט לחליצה ולזה העירני ח"א] תי' בספר בית הלוי דפשטות המשנה דכל מעשי ב"ד יחזיר נראה דכל גווני דמעשי ב"ד וגם גיטין בכלל אלא דמעיקרא הוה ס"ל דמתניתין מיירי לענין ממונא והשיב על זה מאי קא מדמית איסורא לממונא וע"ז אמר והא תנן מיאונין וחליצה אלמא דמיירי גם לענין איסורא וממילא דבכללא דמעשה ב"ד נכלל גם גיטין ומ"ש כת"ר דשי' הרי"ף לחלק בין גט לחליצה לא אדע באיזה מקום מצא כן דלשי' הרי"ף דחושש לחומרא מיירי מתני' בתרתי לטיבותא בלא הוחזקו ואין שיירות מצויות ובזה הר"ז יחזור בין בחליצה ובין בגט.

והנה הגאונים המחברים הנ"ל לא העלו דבר ברור לדינא משום ספיקת התוס' ביבמות דל"ו אי דוקא בערוה החמירו ונראה דהיכא דנאבד זכרו שי' הר"א מוורדין להתיר במשאל"ס אלא שגדולי המורים חולקים עליו כמו שהביא הב"י וטעמם משום דגם תרי רובי לא מהני כדקיי"ל דאפילו בצו"מ דקלא אית להו אשתו אסורה וכמבואר ביבמות דקכ"א וכמש"כ התוס' שם ונראה דלפי ספיקת התוס' דלאו דוקא משום חומר ערוה החמירו וגם לענין שארי לאוין חששו ממיעוט הנמלטים וכמש"כ התוס' ביבמות ובע"ז דהוי מיעוט המצוי וכמו שהאריך בזה בס' מראות הצובאות אות קט"ז, אבל בצו"מ דהוי תרי רובי בודאי לא החמירו רק משום חומר ערוה דהא מצינו ביוחסין שהחמירו ג"כ

ברוב מ"מ בתרי רובי הקילו ע"כ בכה"ג רק בחומר ערוה החמירו, ומה שיש להסתפק בזה הוא רק לפי דאפשר דגם ביבמה לשוק יש בזה חומר ערוה כל' התוס' ביבמות דקי"ט ונראה דבצו"מ דפליגי תרי לישני כיון דקלא אית להו בזה שפיר י"ל דלענין יבמה לשוק דהוי כשנתקדשה לכהן ביבמות דל"ו דאינה חולצת דסמכינן בזה רק על מאן דמתיר בצו"מ משום דקלא אית להו כמו דסמכינן על רבנן דרשב"ג אע"ג דקי"ל כרשב"ג וה"נ בצו"מ לגבי איסור יבמה לשוק סמכינן על מאן דמתיר בצו"מ דאל"כ הא תיאסר לכו"ע והוי כדיעבד ואע"ג דהש"ס מסיק דגם בצו"מ אסורה היינו לענין איסור א"א דלאו בכ"מ סומכין ע"ד יחיד ועי' בשו"ת הגרעק"א סי' קכ"א שמסופק אם יש לדמות הכל להא ביבמות דל"ו דא"כ ניקו ונאמר בכל עריות דרבנן במקום פלוגתת הפוסקים דאם יהי' רוב אוסרים ומיעוט מתירים דאם ניסת לא תצא והביא ד' הב"ש בסי' י"א סעיף י"ח אע"כ דלא מדמין לכל מילי והיכא דאיתמר איתמר והיכא דלא איתמר לא איתמר יעי"ש, וה"נ י"ל דא"א דמפורש בש"ס במשאל"ס דגם בצו"מ דקלא אית ליה אשתו אסורה וה"נ דנאבד זכרו אין לסמוך ע"ד הר"א מוורדין שהוא יחיד אבל בחליצה באיסור יבמה לשוק הא מפורש ביבמות דל"ו דסמכינן על רבנן דרשב"ג אף דהל' כרשב"ג ומה"ט גם בצו"מ או באבד זכרו יש לסמוך ע"ד יחיד ואין זה ענין להא דאמרינן מה לי איסור לאו ומ"ל איסור כרת היכא דאיכא חשש מיעוט אלא דבדין זה לסמוך בדרבנן על יחיד שפיר יש לחלק דהיכא דאיתמר איתמר והיכא דלא איתמר לא איתמר ובאיסור א"א החמירו אבל ביבמה לשוק הא איתמר לסמוך ע"ד יחיד אף שאין הלכה כמותו היכא דאיכא רובא וי"ל ג"כ דיש לסמוך ע"ד הר"א מוורדין בנאבד זכרו ביבמה לשוק ואף דביבמות דל"ו מיירי בעמדה ונתקדשה בדיעבד מ"מ נראה דהיכא דא"א בחליצה מותרת גם לכתחילה וכמבואר בשו"ת רעק"א סי' צ"ח בנחתך כל השוק דנראה דמותרת להתקדש גם לכתחילה כיון דאין תקנה בחליצה וה"נ כיון דאין תקנה יש לסמוך בכה"ג ע"ד יחיד כמוש"כ.

ובעיקר השאלה נראה דהוי רק סד"ר דיש להקל ואע"ג דאיתחזק איסורא הא בסד"ד לא מהני חזקה ועוד דהיכא דהאיסור אינו רק לכתחילה ואם ניסת לא תצא ל"ש לאוקמי על חזקתו שהי' מקודם דהא אם ניסת לא תצא ואע"פ דמוכח מכמה מקומות דגם היכא דיצא מחשש איסור דאורייתא והספק הוי מדרבנן כמו בטבל ועלה ונמצא עליו דבר חוצץ במיעוט המקפיד דאמרינן אוקמי אחזקתו היינו באופן דגם בדיעבד לא מהני הטבילה וכל דרבנן כעין דאורייתא תיקון ואמרינן דלא נטהר מדין טומאה משא"כ בדין זה שאין זה אלא לכתחילה (וכ"כ באחיעזר סי' י"ז) ועי' בשו"ת מהר"מ מינץ סי' י"ד מה שמחלק

בין יבמה לשוק וא"א ובשו"ת ברית אברהם סוס"י ק' אלא דהתם מיירי בנתקדשה במזיד דלענין קנס יש לחלק בין איסור כרת לאיסור לאו וע"ע בשו"ת הרדב"ז ח"ג סי' תקמ"א בנתיחדה עם בעלה הגרוש ומת בלא בנים אם צריכה חליצה שכ' ג"כ לצדד דדוקא בא"א דחמירא הצריכו גט שני מספק שמא בעל לשם קידושין אבל גבי יבמה לשוק דלאו הוא לא החמירו וע"כ נראה לדעתי להקל ביבמה לשוק שנטבע יבמה במשאל"ס ונאבד זכרו:

ב

ובדבר שאלתו אודות פנוי' שיצא עלי' קול שנתעברה ונשתדכה לכהן והקול הוחזק בב"ד וגם המקום רוב כשרים אי יש להתירה להנשא לכתחלה, הנה החת"ס חאה"ע סי' ח' כ' דאם הי' קול שנתחזק בב"ד הי' ברור שאסורה לכהן לכתחילה ואע"ג די"ל ספק הקול אמת ספק שקר ואת"ל אמת דילמא מהכשרים לכהונה מ"מ קרוב פסולים א"א להתיר ומכ"ש הכא שאינה נבדקת לומר לכשר נבעלתי כו' והובא בפ"ת סי' ו' ס"ק י"ד מבואר בד' החת"ס דברוב כשרים הי' מצדד להכשיר משום ס"ס, וראיתי בתשו' רעק"א החדשות סי' ל"ח שיצא קול על פנוי' שנתעברה והיא מודית ואומרת שלכשר נבעלה והי' רוב כשרים אי מותרת להנשא לכהן שכ' דאם היתה מכחשת להקול ואומרת להד"מ להתירה אף אם הי' קלא דלא פסיק דחיישינן לקלא דקמי נישואין מ"מ בברי וס"ס בין לר"ג ובין לר"י שרי ובנ"ד הוי ספק דכל קול הוי ספק ואת"ל שהוא אמת דילמא לכשר נבעלה והביא בשם תשו' רב"צ אשכנזי שהביא בשם הריטב"א בפ' המגרש דאי נפיק קלא דקידשה קידושי ספק אי קרוב לו או לה אע"ג דאי הוי סהדי אסרינן השתא דלא איתחזיק מילתא רק בקול דתרי ספיקא נינהו מותרת וכן הביא ד' הר"ן בפ' המגרש דספק קרוב לו היינו שכך הקול דקידשה ספק לו והוי קול ושוברו עמו וה"נ בקול דנתעברה דבכלל זה הספק עם מי נתעברה אם לכשר או לפסול והוי כקול ושוברו עמו דאמרו קמי רבנן במילתא דהי' לכשר ומכל הלין נראה דאלו הי' מכחשת להקול היתה נאמנת ועל כן אף בנ"ד בנידון דידן דהיא מודית אלא דאומרת לכשר נבעלתי נאמנת במגו דלהד"מ זהו תו"ד, ותמיהני על זה הלא בדברי התוספת בגיטין דף פ"ט בדברי המתחיל בעולה מבואר להיפוך שכתב ורבי יוסי אומר דסתם בעולה דזנות שאינו ידוע ממי פסולה לכהונה והרי היא בחזקת בעולה לנתין ולממזר עד שתביא ראי' לדברי' דאין אשה בודקת ומזנה ואפילו לר' גמליאל דאמר נאמנת היינו היכא דאמרה לכשר נבעלתי אבל היכא דאמרה לא נבעלתי אי אינה יודעת ממי אפילו ר"ג מודה אם כן הרי מפורש בדברי התוספת דאם יצא קול מזנה חוששין אף בזנות סתם ולא אמרינן דהוי קול ושוברו עמו או דהוי ס"ס, ולפי הנראה אשר בזה היסוד מחולקים רש"י ותוס' דשיטת רש"י דוקא היכא דיצא

קול מזנה בעכו"ם ועבד שעכ"פ ע"י הקול יצתה שם איסור ודאי אבל היכא שאין הקול אוסר רק מספק מותרת מטעם ס"ס או משום קול ושוברו עמו אבל התוס' מחולקים דקלא דקמי נישואין הוי כעדים ואסורה להנשא לכהן מספק ודוקא בספק קרוב לו או קרוב לה דהוי אמתלא אבל קול זנות כיון דאם ידוע שזנתה עכ"פ אסורה אין זה אמתלא, וכ"כ הפני יהושע בגיטין שם בישוב שי' רש"י דבסתם זנאי מותרת משום ס"ס וגם משום דהוי כאמתלא דספק קרוב לו או קרוב לה ויעוי"ש שמיישב שי' ר"י ברוב פסולים אבל מדהתו"ס משמע דאין חילוק וגם ברוב פסולים אי אזלא איהי לגבייהו הו"ל קבוע ומדאורייתא מוקמינן לה בחזקת היתר וכמש"כ הב"ש.

ולפ"ז יסוד ההיתר של הגאון רעק"א הוא רק על פי שי' רש"י והתוס' והרשב"א והריטב"א חולקים על זה, ולכאורה י"ל דזה תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפי"ז מהל' איסו"ב הל' כ' דלשי' רמב"ם יצא קול שהיא חלוצה אין חוששין לה והראב"ד חולק ע"ז ויעוי' במל"מ בפ"ט מהל' אישות הל' כ"ב דגם בקידושין דרבנן תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד אי חוששין לקלא ולפ"ז ברוב כשרים דמה"ת מותרת מצד רובא וגם ברוב פסולים אי אזלא איהי לגבייהו מותרת ומוקמינן לה בחזקת היתר ודמי לקול חלוצה וקידושין דרבנן דאין חוששין לה ולשי' הראב"ד דבקול חלוצה חוששין א"כ ה"נ חוששין לקול זנות ולפ"ז למאי דקיי"ל כשי' הרמב"ם וכמבואר בשו"ע סי' ו' דיצא קול חלוצה אין חוששין ה"ה בקול זנות פנויה אין חוששין ואם שאין זה מוכרח דאפשר דוקא בקול חלוצה אין חוששין לפי שהוא עיקרו מדרבנן משא"כ בקול זנות ברוב כשרים דרק מצד הספק מותר מן התורה ועיקרו בדאורייתא מ"מ נראה שיש לסמוך ע"ז להקל ע"ד הגאון רעק"א והחתם סופר.

ומש"**כ** מעכ"ת לפרש דהתוס' ביבמות דקי"ח בד"ה בת ישראל שכתבו מידי דהוה אשני שבילין מיהו איכא הכא חדא דעבדא איסורא ממנ"פ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה, ותמה הש"ש בש"ז דהא גם בשני שבילין איכא חדא דעבדא איסורא ועוד מה ענין סוטה לכאן וכת"ר הוכיח מדהתו"ס דהיכא דהחזקות מתנגדות זל"ז הוי קבוע ובאיסורים אסור ורק ברה"ר ספיקו טהור, אולם פשט דהתו"ס נראה מידי דהוה אשני שבילין דע"כ הא דטהור בשני שבילין מצד חזקה הוא ולא מדין ס"ט ברה"ר ולהכי אוכלת בתרומה ג"כ ומהני גם לענין איסורא ועי' באחיעזר סי' ה' אות ב', שו"ר בס' נודע בשערים בחי' ליבמות שפי' ג"כ דהתו"ס כמש"כ והגיה תיבת ומיהו דצ"ל דהא, ולכאורה ילה"ע בדהתו"ס דאף דדמי לב' שבילין מ"מ ראוי שלא תאכל בתרומה למש"כ המל"מ בפי"ט משא"ה להסביר דאף דלא באו לשאול בב"א מ"מ כיון דנולד הספק בב"א כבת אחת דמי עי"ש וכ"נ מסוגיא דנדה

ד"ס אר"ח שני שבילין שהלכו בה טהור וטמא באנו למחלוקת דרשב"ג ורבנן ומדמה בת אחת דשני שבילין שבאו לשאול בב"א לכתם שנמצא על החלוק שתולה בחברתה משום דהתם ההוראה משותפה ונולדה בב"א ואע"פ שלא באו לשאול בבת אחת, ולפ"ז גם בזה כיון דהוראה זו אי הבעל חי או מת נוגע לשניהם והוי כבת אחת ובדין דמדרבנן לא תאכל בתרומה ואפשר דזהו שיעור דהתוס' וצריך להגיה מידי דהוה אשני שבילין דבכה"ג לא ילפינן מסוטה וזהו מצד חזקה מיהו איכא הכא חדא דעבדא איסורא ממנ"פ דדמי לב"א ומדרבנן בדין שלא תאכל, וע"ע בסוטה דכ"ח בד"ה ברה"ר שהקשו משלש נשים שהיו ישנות במטה א' ונמצא דם תחת א' מהן כולן טמאות דהא הוי רה"ר ותי' דל"ד לשרץ דשרץ אפשר שלא נגע וטהור אבל התם אחת מהן ודאי טמאה אלא דמי לב' שבילין עכ"ל מבואר מדבריהם ג"כ דב' שבילין לא דמי לסוטה, והנה כונת התוס' דדמי לב' שבילין שבאו לשאול בב"א וצ"ע במה שהקדימו דלא דמי לשרץ דגם אי נימא דדמי לשרץ והוי ס"ט ברה"ר מ"מ בב"א גזרו מדבריהם כמו בב' שבילין בב"א, ונראה בהבנת דבריהם דאלו היתה כ"א נטהרת מדין ס"ט ברה"ר ובאו לשאול זא"ז לא היה בזה דין ב"א אבל כיון דאין בזה דין ס"ט ברה"ר ורק מדין חזקה והא באמת חזקה לא מהני בדין כתמים דגזרו אם נמצא כתם על חלוקה ולא מהני חזקת טהרה שלה ורק דין תליה יש בה דתולה בחברתה וא"כ חברתה מטהרת אותה וצריך להוראה זו צירוף חברתה ובכה"ג חשוב ב"א. עכ"פ הרי מוכרח מדהתו"ס דסוטה דמוקמינן על חזקה בחזקות המתנגדות. ושני שבילין טהור לאו משום ס"ט ברה"ר אולם מדהתו"ס נדה ד"ס ד"ה באנו שכ' בתוך בדבור דניח"ל לאשמעינן בב' שבילין אע"ג דהוו ס"ט ברה"ר וכן משה"ק מה ענין כתמים לשבילין דהא מ"מ יש לטהר יותר בב' שבילין משום דהוי ס"ט ברה"ר יעו"ש, מבואר מדבריהם דגם בב' שבילין יש בזה דין ס"ט ברה"ר אע"ג דא' מהן ודאי טמא, ועי' במל"מ בפי"ט מהל' שאה"ט שנסתפק בב' שבילין ברה"י דלא דמי לב' נזירים דהספק נולד כאחד ואחד ודאי טהור משא"כ בב' שבילין יעו"ש, ולדבריו י"ל דהכי ס"ל להתוס' בנדה דלא דמי לב' נזירים ובב' שבילין העיקר הא דטהורים משום ס"ט ברה"ר.

ובדרך אגב נתקשיתי בנדה ד"ס שם למש"כ התוס' כתובות דע"ה דבנזקק לטומאה מיירי וס"ל דבכה"ג איכא חזקת טמא כיון שהי' כבר טמא מטומאה אחרת והש"ש דייק מזה דס"ל דהתוס' דמחזיקין מטומאה לטומאה דא"כ בב' שבילין שהלכו בה טמא וטהור דקאמר באנו למחלוקת דרשב"ג ורבנן בדין ב"א, וק"ל הא מצד הדין לכו"ע הי' לטמא את הטמא דעיקר הא דבב' שבילין שהלכו בה טהורים משום דמוקמינן כל חד אחזקת טהרה שלו וא"כ הטמא שיש לו חזקת טמא שהלך בא' משני שבילין בדין שיטמא וממילא

דהטהור יטהר מצד חזקת טהרה שלו ואף אם באו לשאול בב"א דהא לא סתרי אהדדי כלל דהטמא שהלך בשביל טמא גם בטומאה חדשה מצד הדין טמא ואפילו נימא דבב' שבילין איכא דין דס"ט ברה"ר כמש"כ התוס' בנדה שם והא היכא דאיכא ח' טומאה ג"כ בס"ט ברה"ר טמא, וא"כ בב' שבילין שהלכו בה טמא וטהור אין זה ענין למחלוקותן דרשב"ג ורבנן וצ"ע.