הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

אלפי מנשה חושן משפט

רבי מנשה איכנשטין

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אלפי מנשה חושן משפט

רבי מנשה איכנשטין

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/אלפי-מנשה-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 4
סימן א 5
סימן ב 21
סימן ג 33
סימן ד 48
סימן ה 58
סימן ו 63
סימן ז 66
סימן ח 74
סימן ט 143
סימן י 160
סימן יא 161
סימן יב 166
סימן יג 171
סימן יד 173
סימן טו 178
סימן טז 181
סימן יז 182
סימן יח 203
סימן יט 204
סימן כ 206
סימן כא 207
סימן כב 209
סימן כג 210
סימן כד 212
סימן כה 212
סימן כו 253
סימן כז 256
סימן כח 258
סימן כט 285
סימן ל 286
סימן לא 318
סימן לב 319
סימן לג 322
סימן לד 332
סימן לה 359
סימן לו 363
סימן לז 381
סימן לח 392

הקדמה

יתפאר היוצר וישתבח הבורא. כי הופיע עלי נהרה. לנהלני בנתיב ישרה. נחלתו שפרה עלי ונאוה. ודגל התורה עלי אהבה. מיום עמדי על דעתי באהל התורה יגעתי. ובאתי לגן נחמד ומשולה בספירים. הוא חושן המשפט המאירים. ולקטתי פרחים ושושנים בעזר שוכן מעונים. שמתי לילות כימים. לעשות מטעמים. לברר וללבן טעמו ונימוקו תוכן משפטו וחקו. רב תודות ותשבחות. לאלקי המערכות. אשר גמרתי המחברת. [והוא חלק הראשון] ומי אנכי לעשות לי שם לתפארת. ולשים בספרי לראשי עטרת. אך תמכתי יתדותי בספרי הקדמונים חכמים ונבונים. קדושי עליון וצדיקים. בדבריהם נעימים ומתוקים. ובראשם הספר חסידים. אשר דברו כאש לפידים. כפתור ופרח משוקדים. כתב בספרו הזך ומצוחצח לחוק לדורות נצח. כי כל איש אשר יחוגגהו היוצר מאוצר המנוצר. וחלק לו בבינה לקחת אבן פינה. מתורתו הקדושה. ליסד אבן הראשה. לצלול במים אדירים. לישר הדורים. ולחבר חבורים. ואינו כותב בספר למזכרת. לחרוט בעט ברזל ועופרת. כגוזל לנורא תהלות. יען העלים מלהגלות. סוד חכמתו במקהלות, [ועיין בס"ח בסי' תק"ל על פסוק סוד ד' ליראיו ובריתו להודיעם]. ואחריו החיד"א בשש ספר לב ארי' לבאר מקרא שכתוב "זבח ומנחה לא חפצת כו' עולה וחטאה לא שאלת אז אמרתי הנה באתי במגלת ספר כתוב עלי" על דברי חכמינו ז"ל בדבריהם מבהיקים. שבעתים מזוקקים. אשר בהיות בית הבחירה בנוי לתלפיות. על הקרבנות עינינו צופיות, לכפר עונות. שגגות וזדונות. והי' כי יחטא איש ויעש באושים. אז ירצה עונו בפרים וכבשים. ועתה בעונינו. חרבה עירינו. הנה חידושי תורה בספר: במקום קרבן יחשב ויתכפר. ובזה יתבאר הקרא. זבח ומנחה עולה וחטאה אין לכפר אז באתי במגלת ספר על כן ללשונם מזהבת. נתתי אוזן קשבת. ללכת בנתיבתם לשמור חוק דתם. ובאתי במגלת ספר. וד' הטוב עוני יכפר. ונזכה לנחמות ציון ברחמים. וסדר העבודה בזבח ושלמים בעזר שוכן השמים. מנחם ציון ובונה ירושלם לפ"ק:

כותב וחותם יום א' פ' ואתחנן ז' ימים לירח מנחם אב. כי אם הוגה ורחם כרוב חסדיו לפ"ג. פה דזיקוב מנשה אייכנשטיין

הלכות דיינים

סימן א

בטור כתב ועוד הזהיר עלינו בעשה בצדק תשפוט עמיתך ושפטתם צדק. עיין בתשובת הרשב"א ח"א סי' י"ח ובתשובת המיוחסות סי' קפ"ט שכתב שאין מברכין על מצוה זו מפני שאינה תלוי' ביד הדיינים דשמא לא יקבלו בעלי דינים את דעתו עיי"ש. וע' בשו"ת ח"ס חאו"ח סי' כ"ד שהביא בשם הגאון מהר"ץ שתמה על דברי הרשב"א האלו מהירושלמי ר"פ כיצד מברכין דאיתא שם ר' חגי ור' ירמי' סלקין לבי חנוותא קפץ ר' חגי ובירך א"ל ר' ירמי' יאות עבדת שכל המצות טעונין ברכה כו' ופירש המפרש מהר"א פולדא בי חנוותא היינו מושב הדיינים ובירך על מצות עשה של בצדק תשפוט עמיתך הרי בהדיא דצריך לברך על מצוה זו. ותירץ דהרי דברי הרשב"א צריכין ביאור שכתב שמא לא יקבלו עליהם את הדין ומה בכך הרי יורדין לנכסים ומוציאין ממנו בע"כ. וצ"ל דס"ל להרשב"א דעל הכפי' אין לברך דהוי קלקול וכמ"ש הראב"ד הביאו בכנה"ג ריש סי' א' ורק על תחלת דין הי' לנו לברך וקיי"ל כל דבר שאין עשייתו גמר מצוה אין מברכין זהו כוונת הרשב"א אין לברך על תחלת דין כי שמא לא יקבלו עליהם את הדין נמצא הי' זה התחלת הדין דבר שאין בו גמר מצוה עד שיכוף ועל הכפי' אין לברך דהוי קלקול. וא"כ לק"מ מהירושלמי דהירושלמי לטעמי' דס"ל דמברכין על התחלת מצוה אעפ"י שאינו גמר מצוה עיי"ש. והנה מ"ש בשם הכנה"ג שהביא בשם הראב"ד דעל הכפי' אין לברך דהוי קלקול לא נמצא כלל כן בכנה"ג רק הכנה"ג שם הביא בשם אבודרהם שכתב בשם הראב"ד דאין לברך על עשיית דין משום דיש בה קלקול אחרים עיי"ש. ועיינתי באבודרהם וראיתי בשער השלישי שמפרש הראב"ד שם הך דקלקול אחרים היינו שיש נגזל ועלוב עיי"ש. הרי בהדיא דהקלקול הוא מה שיש נגזל ועלוב ולא הכפי' חשוב קלקול אמנם באמת לא נדחה בזה תירץ הגאון מהר"ל דשפיר בקל נוכל לומר דגם כפי' חשיב קלקול ואין לברך עליו. אכן אכתי קשה מהירושלמי הנ"ל על הראב"ד שהוא כתב דאין מברכין על עשיית דין מפני שיש בה קלקול אחרים היינו נגזל ועלוב. והרי כוונתו הוא דמטעם זה אין לברך גם על תחלת הדין כיון דנגזל ועלוב הוא בתחלת דין. וא"כ שוב גם לשיטת הירושלמי דס"ל דמברכין על התחלת מצוה אעפ"י שאינו גמר מצוה מהראוי שלא יברך על עשיית דין מפני שיש בה אפי' בתחלת דין קלקול אחרים היינו נגזל ועלוב. איברא כפי הנראה לא הי' אז לפני הגאון מהר"צ והגאון בעל ח"ס הירושלמי רק עם פירוש מהרא"פ אבל בירושלמי שלפנינו דפוס זיטאמיר נדפס פירוש מבעל ספר החרדים על מס' ברכות והוא מפרש בי חנוותא לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל דחייבין ב"ד להעמיד שוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך שיהיו מחזירין

על החניות ומצדיקין את המאזנים ואת המדות ופוסקין השערים וכו' ור' חגי ור' ירמי' היו מקיימין מצוה זו וכו' והיו הולכי' לחניות וכו'. ובירך אשר קדשנו לקדש המדות והמאזנים ולתקן השערים עיי"ש:

וע' גם בפני משה שפירש בענין אחר סלקין לבי חנוותא שמוכרין שם מיני פירות ומיני מגדים קפץ ר' חגי ובירך עליהן ולא המתין עד שיביאם לביתו עיי"ש. ולפירוש הבעל החרדים וכן לפירוש הפ"מ לק"מ מהירושלמי הנ"ל על הרשב"א והראב"ד:

א **סעיף א**'. בזמן הזה דנים הדיינים וכו'. והוא מטעם דשליחותייהו דקמאי עבדינן וכדאיתא בגמרא. ועיין בנתיבות סק"א שכתב דשליחותייהו קעבדינן הוא מדאורייתא והביא בשם הרמב"ן והרשב"א שכתבו דהוא רק מדרבנן עיי"ש. והנה לא הראה מקום דברי הרמב"ן והרשב"א אי' הוא. ובודאי כיוון לדבריהם בחדושיהם ביבמות דף מ"ו שכתבו שם כן. אולם באמת הרמב"ן בחדושיו שם כתב מתחלה דשליחותייהו קעבדינן הוא מדרבנן אבל בסוף דבריו סיים וז"ל ואפשר דמה"ת אפי' הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין עכ"ל. ולכאורה נפלאתי על הגאון בעל הנתיבות איך לא ראה סיום דברי הרמב"ן האלה. אכן אחר העיון אמרתי דמ"ש הרמב"ן ואפשר דמה"ת כו' כוונתו הוא רק לענין גרים דהדיוטות מקבלין גרים בזה"ז מה"ת בשליחותייהו דמומחין.,, והוא כיון דכתיב גבי גר לדורותיכם וילפינן מזה בכריתות דף ט' דמקבלין גרים בזה"ז אף דליכא קרבן וכמו שהביא הרמב"ן שם. וה"נ ילפינן מלדורותיכם גם לענין מומחין דבזה"ז דליכא מומחין אפי' הדיוטות מקבלין גרים מה"ת בשליחותייהו דמומחין. ועיין מזה גם בנמוק"י ביבמות שם ובתוס' קדושין דף ס"ב ע"ב סוף ד"ה גר ועיין גם בשעה"מ פי"ג מהא"ב עיי"ש והבן. אבל מה דאמרינן לענין לדון ד"מ וכדומה דשליחותייהו קעבדינן ס"ל להרמב"ן דהוא רק מדרבנן ומ"ש ואפשר דמה"ת אפי' הדיוטות דנין כו' הלשון דנין הוא שלא בדקדוק כנלע"ד ברור בכוונת הרמב"ן והמעיין יבין שכנים דברינו. ועיין בהרמב"ן עה"ת ריש פ' שופטים דמבואר שם ג"כ דס"ל דשליחותייהו קעבדינן בדיינים הוא מדרבנן ע"ש:

ב **סעיף ג' ברמ"א**. וי"א דוקא גזילות דשכיחי וכו' ע' בקצה"ח סק"ג מ"ש וז"ל ובזה א"ש דבפ"ק דסנהדרין נקט טעמא דהפקיעו מומחין משום נע"ד ובפ' החובל נקט טעמא דשליחותייהו קעבדינן. והוא משום דבפ"ק דסנהדרין איירי בזמן המשנה דאיכא מומחין ולא הפקיעו מומחין רק מהודאות והלואות ושייך בתו לישנא דנע"ד ובפ' החובל והמגרש מיירי בזה"ז דליכא מומחין והפקיעו חכז"ל תורת מומחין גם מגזילות ומכל מידי דשכיחי ואית בי' ח"כ ונתנו בהם טעם משום דשליחותייהו דקמאי עבדינן עכ"ל. ולא הבינותי תירוצו דהלא הש"ס בפ' החובל ובפ' המגרש בא למידק

דשליחותייהו קעבדינן גבי גזילות וכל מידי דשכיחי מן הודאות והלואות וכדאמרינן שם מידי דהוי אהודאות והלואות. ומשמע דטעמא דשליחותייהו קעבדינן קאי עיקר אהודאות והלואות. וא"כ שוב קשה קושיתו הלא בש"ס סנהדרין אמרינן גבי הודאות והלואות הטעם דנעילת דלת ולא הועיל כלל הקצה"ח בתירוצו. ועיין בחידושי הר"ן רפ"ק דסנהדרין שמקשה שם קושית הקצה"ח ומתרץ על נכון עיי"ש:

ג **סעיף ה'**. אין מוציאין מידו. כתב הסמ"ע דאפי' הודה בקנס מהני התפיסה משום דקיי"ל דבזמן הזה לא מהני הודאתו לפטור ואפי' לא באו עדים עיי"ש. וכן הסכים עמו הש"ך ס"ק ט"ז. אולם בש"ך ביו"ד סי' רס"ז ס"ק נ"ב השיג על זה והעלה דדוקא אם באו עדים אח"כ לא מהני הודאתו לפטור. אבל בלא עדים כמו דלא מהני הודאתו לפטור כן לא מהני הודאתו לחיוב. ולא אמרינן בקנס הודאת בע"ד כמאה עדים דמי עיי"ש. ועיי"ש עוד שהקשה לדעת הסמ"ע וסייעתו מש"ס ב"ק דף ע"ד דפריך התם למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור מעובדא דר"ג דהשיב לו ר"י שכבר אין לך עדים. ומשמע הא אם יבואו עדים אח"כ חייב. ומשני שאני ר"ג דלא בפני ב"ד אודי. והא חוץ לב"ד הוי כהאידנא בזה"ז דליכא סמוכין. ואי נימא דהיכא דלא מהני הודאתו לפטור הוא חייב בלא עדים דהודאת בע"ד כק' עדים דמי. א"כ הא מהני הודאת ר"ג אף דליכא עדים ומאי השיב לו שכבר אין לך עדים עיי"ש. ועלה בדעתי לישב קושית הש"ך עפי"ד הפנ"י כתובות פ' המדיר אהא דכתב הראב"ד דמש"ה לא מוקמינן המתני' דעוברת על דת במודית שמאכילתו דבר שאינו מעושר משום דאמע"ר. והקשה הר"ן הא עכ"פ להפסיד כתובתה נאמנת מצד הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכתב הפנ"י לתרץ שיטת הראב"ד דלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אלא כשמודה בעיקר הדבר אבל במודית שמאכילתו דבר שאינו מעושר אינה מודית כלום בהפסדת כתובתה דמה שמפסדת כתובתה בכך אינו אלא משום קנס שעברה על דת, וכיון דלא מהימנה בהכי שעוברת על דת ממילא ואית לה כתובה עיי"ש, ואבאר דבריו ביותר ביאור קצת דמה דאמרינן בכל מקום הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכגון שהודה לחבירו שחייב לו כך וכך הרי מודה בעיקר החיוב, וכן נמי מה דאיתא בש"ס בכמה דוכתי דחייב לשלם מצד הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אף במקום דמשים עצמו רשע וכגון האומר גנבתי או גזלתי וכדומה התם נמי עיקר הודאתו הוא על החיוב שחייב לשלם לו מה שגנב או גזל ממנו ולאו מטעם קנס הוא, משא"כ במאכילתו דבר שאינו מעושר הרי עיקר הודאה היא שמאכילתו דבר שאינו מעושר:

והא דמפסדת כתובתה הוא רק דבר הנסתעף דאמרו חכמים דאשה שמכשלת את בעלה באיסור תפסיד כתובתה ולכך כיון דאינה נאמנת בעיקר הודאתה משום דאאמע"ר ממילא א"כ גם לדבר הנסתעף, ולפ"ז נחזי אנן אם הודה האדון שהשחית לעבדו אחד מראשי אבריו הרי עיקר הודאתו היא שהשחית להעבד אחד מראשי אבריו ומה דע"ז יוצא לחירות הוא רק דבר הנסתעף דהתורה אמרה דאם השחית לעבדו אחד מראשי אבריו לחפשי ישלחנו ודמי ממש לעוברת על דת דאמרו חכמים דמפסדת כתובתה דחשיב הא דמפסדת כתובתה רק דבר הנסתעף, והנה בקדושין דף כ"ד פליגי רבנן ורשב"ג בהא דעבד יוצא לחירות בראשי אברים רבנן סברו דלא בעינן שיתכוין לשחתה ורשב"ג סובר דבעינן שיתכוין לשחתה עיי"ש. ונחזי אנן לרשב"ג. דאמר דאינו יוצא לחירות עד שיתכוין לשחתה. אם הודה האדון שהשחית לעבדו אחד מראשי אבריו דאנו דנין עי"ז לקנסו להוציא את העבד לחירות ע"כ הוא דוקא כשהודה שהשחית בכוונה וא"כ הרי משים עצמו רשע דהא אסור לחבול בחבירו ועובר גם על לאו דלא יוסיף, וגם המכה עבד כנעני עובר על לאו זה וכדקיי"ל לקמן סי' ת"כ. ואפי' בעבד כנעני שלו עובר וכמ"ש הב"י שם והובא גם בסמ"ע שם סק"ו וא"כ הרי על עיקר הודאתו שהודה שהשחית לעבדו אחד מראשי אבריו אינו נאמן כיון דאאמע"ר, ושוב שפיר ל"ש לומר דיהא נאמן לענין זה שיוצא לחירות מצד הודאת כבע"ד כמאה עדים דמי דהא מה דיוצא לחירות הוא רק דבר הנסתעף שקנסה אותו רחמנא, וכיון דלא מהימן בהכי שהשחית לעבדו אחד מראשי אבריו אינו נאמן גם לענין שיצא לחירות. ומעתה א"ש ולק"מ קושית הש"ך הנ"ל לדעת הסמ"ע וסייעתו מעובדא דר"ג דהא ר"ג מסתמא ס"ל כרשב"ג בנו דבעינן שיתכוין לשחתה, וא"כ שפיר לא מהני הודאת ר"ג לענין שיצא העבד לחירות והבן.

אמנם אחרי שובי נחמתי. מלבד די"ל לסברת הפנ"י הנ"ל דהיכא שמודית שעברה על דת ואמרה ג"כ שמפסדת כתובתה עי"ז. הוי כמודית בעיקר החיוב ושפיר מהני הודאתה להפסיד כתובתה. וא"כ ה"נ היכא שהודה האדון שהשחית לעבדו אחד מראשי אבריו ואומר ג"כ שעי"ז יצא לחירות חשיב הודאה בעיקר החיוב על יציאת העבד לחירות ושפיר מהני הודאתו אף דמשים עצמו רשע. וא"כ התם בעובדא דר"ג הרי הודה ר"ג גם על יציאת העבד לחירות וכדאיתא בברייתא שם. דאמר ר"ג לר"י אי אתה יודע שטבי עבדי יצא לחירות כו' ושפיר הי' מהני הודאת ר"ג לענין שיצא העבד לחירות אף דאמר שסימא את עינו בכוונה. בלעדי זה הא מכח סברתינו גופי' עפי"ד הפנ"י הנ"ל צ"ל דהש"ס בב"ק שם הי' סבור דר"ג ס"ל כרבנן דלא בעינן שיתכווין לשחתה דהא לפי

סברתינו דתם בעינן שיתכווין לשחתה דלא מהני הודאתו בעיקר הדבר שהשחית לעבדו אחד מראשי אבריו מטעם דאמע"ר ממילא לא מהני הודאתו חוץ לב"ד גם לחיוב לענין שיצא העבד לחירות מצד הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. א"כ לפי"ז הרי צ"ל כן גם להיפך דהיכא שהודה בפני ב"ד שהשחית לעבדו אחד מראשו אבריו דלא מחשיב הודאה כלל לפטור אף אם יבואו עדים אח"כ. וא"כ מה פריך הש"ס מעובדא דר"ג דשמעינן מהתם דמודה בקנס כ' באו עדים חייב. הלא התם שפיר כ"ע, מודים דאם באו עדים אח"כ חייב כיון דלא מחשיב הודאה כלל. וכנמי מה משני הש"ס דר"ג חוץ לב"ד אודי. ומבואר דאם הי' מודה בפני ב"ד הי' פטור חף אם יבואו עדים אח"כ הרי התם הדין נותן שלא יהא מהני הודאתו כלל אפי' בפני ב"ד לפטור אם יבואו עדים אח"כ. אע"כ צ"ל דהש"ס הי' סבור דר"ג ס"ל דלא בעינן שיתכוין לשחתה ושפיר מהני הודאתו בפני ב"ד שיהא פטור אף אם יבואו עדים אח"כ. ועוד דמגופי' דהברייתא דעובדא דר"ג מוכח כן דר"ג ס"ל דלא בעינן שיתכוין לשחתה דהא איתא בברייתא שם דר"ג שמח שמחה גדולה בזה שסימא את עין טבי עבדו ופרש"י ז"ל לפי שעבד כשר הי' והי' מתאוה לשחררו אלא שהמשחרר עבדו עובר בעשה עיי"ש וא"כ ע"כ צ"ל דר"ג ס"ל דלא בעינן שיתכוין לשחתה וגם לפני ר"י אמר שסימא את עבדו בשוגג .דאי הי' מתכוין לשחתה ועבר על לאו דלא יוסיף א"כ מהי שמחה ועוד דא"כ ל"ל לעשות תחבולה זו לסמא את עינו הלא יכול לשחררו ע"י שטר שחרור ולעבור על העשה, ומעתה כיון שכן הרי ר"ג לא משוי נפשי' רשע בזה שהודה שסימא את עין עבד וא"כ הרי הי' ר"ג נאמן על עיקר הודאתו שהודה שסימא את עין עבדו נאמן גם לענין שיצא לחירות מצד הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ושוב שפיר קשה קושית הש"ך מעובדא דר"ג, ויש לי להאריך ולישב קושית הש"ך על דרך אחר, אך אין רצוני להאריך יען שהאחרונים החליטו לדינא הש"ך כי דבריו נכונים מצד הסברא:

ועיין בקצה"ח שכתב לתרץ קושית הש"ך דלא מהני הודאת ר"ג משום דהוי חב להשפחה שאסר את השפחה בעבד עיי"ש ובמשובב שם. ויש לפקפק בדבריו והוא דבקדושין דף כ"ד איתא פלוגתא אי היוצא בראשי אברים צריך גט שחרור להתירו בבת חורין או לא ואנן קיי"ל דצריך גט שחרור כדאיתא ביו"ד סי' רס"ז סעיף כ"ז, וא"כ לפי דעת רוב פוסקים דמעובד גט שחרור מותר בשפחה הרי לא הי' ר"ג בהודאתו חב להשפחה דהא עדיין לא נאסר טבי עבדו בשפחה כיון דעדיין מעובד גט שחרור הוא, אולם י"ל כיון דמעובד גט שחרור כופין את רבו ליתן גט שחרור כדאיתא בש"ע שם, ואפי' להנך פוסקים דס"ל דמעובד גט שחרור מותר בשפחה וא"כ יכול לישא שפחה אפ"ה ס"ל דכופין את רבו ליתן ג"ש וע' בשעה"מ פ"ב מס' חגיגה שהביא כן בשם הראשונים. וכיון

שכן שוב שפיר הוי הודאת ר"ג חב להשפחה, אכן בלא"ה תמוהים דבריו מהא דגיטין דף מ' ע"ב דאיתא שם האומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין והוא אומר לא עשאני כו' כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי הודאת בע"ד כק' עדים דמי. וע' בב"י ביו"ד סי' רס"ז והובא גם בטו"ז שם ס"ק מ"ג שכתב דלדעת הרמ"ה קאי הך דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי על הרב ולא על העבד עיי"ש, הרי בהדיא שאמרינן הודאת בע"ד כק' עדים דמי גם גבי האדון אף דהוא חב להשפחה, ואף דרש"י ותוס' שם כתבו דהודאת בע"ד כו' קאי על העבד ולא על האדון עיי"ש. הרי כתבו שם מטעם אחר עיי"ש. ולא מטעם דהאדון הוי חב להשפחה. ודברי קצה"ח צ"ע. ועיין בנתיבות שהרגיש קצת בזה [והוא בנתיבות הנדפס סביב הש"ע. אבל בנתיבות הישנים הנדפסים בפ"ע לא נמצא כלל מזה]:

ויש להביא ראי' לדעת הסמ"ע וסייעתו דהיכא דלא מיפטר בהוראתו משום מודה בקנס פטור מהני הודאתו לחיוב אף דלא באו עדים. מהא דאיתא בש"ס שבועות דף ל"ג ע"ב ריה"ג אומר הרי הוא אומר והוא עד או ראה או ידע בעדות המתקיימת בראי' בלא ידיעה. ובידיעה בלא ראי' הכתוב מדבר כו'. ואמרינן התם בדף ל"ד ע"א ש"מ קסבר ריה"ג משביע עדי קנס פטור. דאי ס"ד חייב נהי דידיעה בלא ראי' אשכחן לה ראי' בלא ידיעה מי לא בעי מידע נכרית בעל בת ישראל בעל בתולה בעל בעולה בעל. והנה לא מפרשינן שם בגמרא איך משכחת בקנס ידיעה בלא ראי'. ונראה דכוונת הש"ס הוא כמו דמפרש לעיל בדף ל"ג גבי ממון דידיעה בלא ראי' כיצד מנה הודית לי בפני פו"פ. וכן הוא נמי גבי קנס דאמר הודית לי בפני פו"פ שאתה חייב לי קנס. וקשה הא הוי מודה בקנס ופטור. וצ"ל דכוונת הש"ס הוא שהודה חוץ לב"ד בפני עדים. וא"כ לא מהני הודאתו לפטור משום מודה בקנס כיון דהוי חוץ לב"ד ובזה מהני הודאתו לחיוב וכדעת הסמ"ע וסייעתו. ואף דמה דס"ל להסמ"ע וסייעתו דבזמה"ז דליכא מומחין דלא מיפטר משום מודה בקנס פטור מהני הודאתו לחיוב הוא רק לענין תפיסה. אבל לא שיחייבו הב"ד לשלם. וא"כ לכאורה אין לפרש מה דאמרינן דבקנס משכחת ידיעה בלא ראי' כנ"ל דהלא הודאתו שהודה בפני עדים שחייב קנס דהוי חוץ לב"ד לא הועיל ג"כ רק לענין תפיסה וכמו בזמה"ז דליכא ב"ד מומחין כשהודה בפני ב"ד. וא"כ גם העדאת העדים שהודה בפניהם שחייב קנס לא יועיל רק לענין תפיסה ולא לחייבו בב"ד לשלם. וא"כ איך שייך לומר דידיעה בלא ראי' משכחת לה בקנס כנ"ל ויהיו העדים חייבים קרבן שבועת העדות. הלא במה שכבשו עדותם לא הפסידו ממון גמור רק לענין תפיסה ואמאי יהיו חייבין בזה קרבן שבועת העדות. אולם באמת הא גם היכא דאינו מועיל עדות העדים רק לענין תפיסה וכבשו עדותן ג"כ חייבין קרבן שבועת העדות וכמ"ש הרשב"א

בשבועות דף ל"א. וא"כ א"ש. ועוד די"ל דבזמן דאיכא מומחין והודה בפני עדים חוץ לב"ד שחייב קנס ואח"כ העידו העדים בפני ב"ד מומחין שהוא הודה בפניהם שחייב קנס שפיר מחייבין אותו הב"ד לשלם ולא דמי להודה בזמה"ז בפני ב"ד שאינם מומחין דהא מה דבזמה"ז לא מהני הודאתו רק לענין תפיסה הוא כיון דאנו הדיוטות אנן ואין אנו דנין דיני קנסות. לכן אין בכחנו לחייבו לשלם. משא"כ הוכח שהודה בפני עדים חוץ לב"ד שפיר יכולין הב"ד מומחין עפ"י העדאת העדים לחייבו לשלם. וא"כ שפיר בזמן דאיכא מומחין שהודה בפני עדים חוץ לב"ד שחייב קנס והעדים כבשו עדותן הפסידו ממון גמור:

והן אמת דמצאתי וראיתי בהריטב"א שם שכתב לפרש הא דאמרינן דבקנס משכחת ידיעה בלא ראי' כגון שנכנס אחרי לחורבא כשהיא בתולה ונמצאת בעולה עיי"ש. וכוונתו הוא בזה דידעו העדים מכח אומדנא וכדאמרינן בש"ס שם גבי דיני נפשות דמשכחת נמי ידיעה בלא ראי' ע"י אומדנא וכמעשה דשמעון בן שנוח עיי"ש. וא"כ אזדא לראיתינו הנ"ל לדעת הסמ"ע וסייעתו אולם באמת הרי זאת א"א לדעת אם קודם שנכנסה עמו לחורבא היתה בתולה וכעת היא בעולה. אלא דוקא כשבדקו אותה העדים עפ"י חבית של יין וקודם שנכנסה לחורבא לא הי' ריחה נודף וכשיצאה מחורבא הי' ריחה נודף. ועי"ז ידעו העדים דקודם שנכנסה היתה בתולה ואח"כ בעולה ובודאי הוא בעל אותה. וכדאיתא בכתובות דף יו"ד ע"ב דכך בדק ר"ג לידע אם היא בתולה או בעולה ע"ש. אבל לילא זאת א"א לידע מכח אומדנא שבעל אותה. וא"כ זה הוא דוחק קצת לאוקמי הך דידיעה בלא ראי' דמשכחת בקנס בכה"ג כיון זה הוא רחוק המציאות מאוד [ומה דאמרינן בגמרא שם בראי' בלא ידיעה מי לא בעי מידע בתולה בעל בעולה בעל. ג"כ אין הפירוש שיודעים ע"י בדיקה עפ"י חבית של יין. אלא דעיקר כוונת הש"ס היא דבעי למידע אם לא היתה בעולה מכבר. וזה אי היתה בעולה מכבר שפיר יכולים לידע וכגון שכבר היתה לאיש או שהי' לה בנים דאז ודאי היא בעולה. ואם לא ידוע להם בבירור שהיא בעולה ממילא יודעים שהיא בתולה מטעם חזקה דגופה דיש לה חזקת בתולים וע' גם במל"מ פי"א מהל' אישות שהקשה שם דאיך משכחת קנס הלא לעולם יכול הבועל לטעון שהיתה בעולה. ותירץ דאינו נאמן דבעולה היתה כיון דיש לה חזקה דגופה עיי"ש] אבל לפי פירושינו הנ"ל עפ"י שיטת הסמ"ע וסייעתו משכחת שפיר ידיעה בלא ראי' בקנס בפשטא וכמו בממון. ושוב מצאתי וראיתי בספר תרומות הכרי על חו"מ מאחי הקצה"ח בסי' זה שגם הוא העיר בראי' זו מש"ס שבועות הנ"ל לדעת הסמ"ע וסייעתו ודחה דיש לפרש כוונת הש"ס דמשכחת בקנס ידיעה בלא ראי' ע"י אומדנא עיי"ש. ולא

ראה שכבר קדמו בזה הריטב"א. אולם כבר כתבתי בסמוך דפירושינו הנ"ל עפ"י שיטת הסמ"ע וסייעתו הוא יותר מרווח מפירוש הריטב"א:

איברא שוב האיר ד' את עיני. וראיתי דיש לפרש על נכון בדרך אחר מה דאמרינן בגמרא דבקנס משכחת ידיעה בלא ראי'. והוא דראיתי בירושלמי שבועות שם שמפרש בהדיא הך דידיעה בלא ראי' בקנס איך משכחת וז"ל תן לי קנס בתי שהוא בידך והוא אומר לא נתחייבתי קנס מימי והעדים מעידין שנתחייב קנס ולי נן יודעין אין קנס ברתי' אין קנס איתתא אוחרי עכ"ל. ופירוש דברי הירושלמי לדעתי היא כך דהוא אומר תן לי קנס בתי שהוא בידך היינו שכבר חייבך הב"ד לתת לי קנס והוא אומר לא נתחייבתי קנס מימי. והעדים מעידין שנתחייב קנס בב"ד אלא דאינם יודעים אם קנס ברתי' נתחייב או קנס איתתא אחריתא. ובכה"ג חייב לשלם לו הקנס כיון דהוחזק כפרן שטען שלא נתחייב קנס מימיו. וזה הוי ידיעה בלא ראי' כיון שלא ראו העדים גוף המעשה שאנס. וי"ל דכן הוא נמי כוונת הש"ס דידן מה דאמרינן דבקנס משכחת ידיעה בלא ראי'. ואף דבירושלמי שם איתא דגם ראי' בלא ידיעה משכחת בקנס על אופן זה והיינו שאמר אנסת ופתית את בתי והוא אומר לא אנסתי ופתיתי אשה עימי ועדים מעידין שאנס אשה ואינן יודעין אי ברתי' הוי או איתתא אוחרי עיי"ש. וכוונת הירושלמי היא דגם בכה"ג חייב לשלם קנס משום דהוחזק כפרן שאמר שלא אנס אשה מעולם. והלא בהש"ס דידן אמרינן דבקנס לא משכחת ראי' בלא ידיעה, וכתבו הרמב"ן והריטב"א שם לפרש טעם פלוגתתן כיון דבראי' בלא ידיעה אנו דנין דיהא חייב לשלם מטעם דהוחזק כפרן. והש"ס דידן סובר דבקנס אעפ"י שהוחזק כפרן אינו משלם משום דזה הוי בכלל מודה בקנס כיון דבכלל כפירתו הוי הודאה. והירושלמי סובר דהודאה הבאה מתוך כפירה לא חשיב מודה בקנס עיי"ש. וא"כ לכאורה א"א לפרש דכוונת הש"ס דידן מה דאמרינן דבקנס משכחת ידיעה בלא ראי' הוא כמ"ש בירושלמי כיון דגם בידיעה בלא ראי' באופן דאיתא בירושלמי ג"כ צריך לדון דמש"ה חייב לשלם הקנס משום דהוחזק כפרן וכמש"ל והוי הודאה הבאה מתוך כפירה והא ש"ס דידן סובר דזה הוי בכלל מודה בקנס ופטור. אולם ז"א דדוקא התם גבי ראי' בלא ידיעה דעדיין לא נתחייב קנס בב"ד אלא השתא מכח כפירתו נתחייב שפיר ס"ל לש"ס דידן דזה חשיב מרשיע את עצמו. משא"כ בגוונא דידיעה בלא ראי' הרי תובע ממנו הקנס שנתחייב לו כבר בב"ד. וגם העדים מעידין שנתחייב כבר בב"ד רק דהם אינם יודעים אם הקנס שייך להתובע ההוא או לאיש אחר והא בכה"ג אף אם הוא בעצמו יודה בפירוש שנתחייב לשלם לו קנס מהני הודאתו לחיוב דכיון דכבר נתחייב בב"ד הוי כאית לי' גבי' ממון גמור והוי כמודה בממון ולא בקנס וכדאיתא בכתובות דף

מ"ב ע"א ע"ש ועיין גם בש"ס מכות דף ג' ע"א דעדים שאמרו העדנו והזמנו בב"ד פלוני וחייבנו ממון דחייבין לשלם דאין זה מרשיע את עצמו דכבר הרשיעו אלקים עיי"ש. וא"כ כ"ש כאן דאנו דנין לחייבו לשלם מכח כפירתו להתובע ההוא הקנס שכבר חייבו הב"ד בודאי דלא חשיב זה מודה בקנס והוא פשוט:

וגם זאת אין לומר דממה דקאמר בש"ס דידן דראי' בלא ידיעה לא משכחת בקנס מי לא בעי מידע נכרית בעל בת ישראל בעל כו'. נראה דהש"ס דידן לא מפרש הך דידיעה בלא ראי' בקנס כדרך הירושלמי דאי כוונת הש"ס דידן בידיעה בלא ראי' כדרך הירושלמי והיינו דמש"ה חייב לשלם בידיעה בלא ראי' כיון דהוחזק כפרן ובכה"ג גם ש"ס דידן סובר דלא חשיב מודה בקנס וכנ"ל. א"כ הו"ל להש"ס דידן לפרש גם ראי' בלא ידיעה על דרך זה וכדאיתא בירושלמי שהבאתי בסמוך. והו"ל למימר דמש"ה לא משכחת בקנס ראי' בלא ידיעה כיון דבראי' בלא ידיעה דעדיין לא נתחייב קנס כלל ואנו דנין לחייבו מכח כפירתו בכה"ג פטור כיון דזה חשיב מודה בקנס לשיטת הש"ס דידן ושפיר לא משכחת ראי' בלא ידיעה אף דידעו דבעל בת ישראל ובתולה מ"מ כיון דלא ידעו אם ברתי' הוי או איתתא אחריתא בכה"ג הוא פטור מלשלם קנס. אמנם זה אינו עומד כלל לנגדינו לסתור דהא באמת גם לפירוש הריטב"א הנ"ל דמפרש הך דידיעה בלא ראי' בקנס דהוא ע"י אומדנא. וכן נמי לפירושינו הנ"ל עפ"י שיטת הסמ"ע ג"כ קשה כנ"ל דאמאי לא קאמר הש"ס דבקנס לא משכחת ראי' בלא ידיעה אף היכא דידעו שבעל בת ישראל ובתולה מ"מ אינו חייב לשלם קנס כיון דבראיה בלא ידיעה לעולם א"א לדון לחייבו קנס רק מכח דהוחזק כפרן וכדאיתא בירושלמי וזה הוי מודה בקנס לשיטת הש"ס דידן ופטור. וע"כ צ"ל דלק"מ די"ל דבאמת הוי מצי הש"ס לומר כן אלא דעדיפא מיני' קאמר דדילמא לא הי' עליו מעולם חיוב קנס כלל והיינו דשמא נכרית בעל או בעולה בעל. וא"כ לפי"ז שוב שפיר נוכל לומר דכוונת הש"ס דידן מה דקאמר דידיעה בלא ראי' משכחת בקנס הוא על דרך הירושלמי ומה דלא קאמר דמש"ה לא משכחת בקנס ראי' בלא ידיעה מטעם דבכה"ג חשוב מודה בקנס משום דעדיפא מזה קאמר וכנ"ל. ובאמת לא זכיתי לירד לסוף דעת הריטב"א דהלא בודאי הי' למראה עיניו דברי הירושלמי גם בהך דידיעה בלא ראי' בקנס ואמאי שביק פירוש הירושלמי ומפרש בש"ס דידן פירוש אחר דהוא רחוק המציאות וכמש"ל. ואולי י"ל משום דבש"ס דידן קאמר שם לעיל בסמוך גבי ד"נ דמשכחת ידיעה בלא ראי' ע"י אומדנא לכן סבר הריטב"א דגם מה דקאמר בש"ס אח"כ דבקנס נמי משכחת ידיעה בלא ראי' הכוונה היא ג"כ ע"י

אומדנא וכמו בד"נ. אולם לפע"ד נראה דכוונת הש"ס דידן בידיעה בלא ראי' הוא כמ"ש בירושלמי. והבן היטב בכל זה:

ד **באותו** סעיף ברמ"א ואם יאמר הניזק שומו לי נזקי. עיין בקצה"ח סק"ז שהביא בשם הירושלמי סוף פ"ג דכתובות דמודה בקנס פטור אפילו לצאת ידי שמים:

ח"ל הירושלמי שם מהו שיאמר לו צא ידי שמים נשמעינהו מן הדא מעשה בר"ג שהפיל שן טבי עבדו אתא גבי ר"י א"ל טבי עבדי מצאתי עילה לשחררו. א"ל ומה בידך ואין קנסות אלא בב"ד ובעדים ויאמרו לו צא ידי שמים הדא אמרה שאין אומרים לו צא ידי שמים עכ"ל. וטעמא דמודה בקנס פטור אפילו לצאת ידי שמים מבואר בתוס' כתובות דף ל"ג ע"ב ד"ה לאו והובא גם בקצה"ח דהוא משום דכל זמן שלא עמד בדין ולא מתחייב בב"ד ליכא קנס כלל. וראיתי להגאון המובהק מהר"ר ברוך פרענקיל מלייפניק ז"ל בהגהותיו על קצה"ח אשר ת"י בכ"י שהביא בשם הר"י מג"ש בחדושיו בשבועות דף ל"ג דמבואר שם בדבריו דהא דליכא קנס קודם העמדה בדין זה הוא דוקא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אבל מ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב ס"ל דאית לי' גבי' ממונא דקנסא אף קודם העמדה בדין ולפי"ז הרי למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב מהראוי שיהי' מודה בקנס חייב לצאת ידי שמים. וא"כ קשה בהא דבש"ס דידן בב"ק דף ע"ד ע"ב דרוצה רב חסדא להוכיח מהך ברייתא דעובדא דר"ג דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב. והרי זאת בוודאי א"א לומר דהך ברייתא אזלה בשיטה זו דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב דא"כ תקשי קושית הירושלמי דהי' לו לר"ג לשחרר את עבדו לצאת ידי שמים עכ"ק ובתוס' ביאור קצת, והוא קושי' נפלאה. וכאשר אנכי אחזה בזה נ"ל לישב. ואראה לך לדעת אשר דברי הירושלמי כתובות הנ"ל הוא ג"כ בירושלמי שבועות סוף פ"ה והתם לא פריך הירושלמי. ויאמרו לו צא ידי שמים. ועפ"י גרסת הירושלמי שבועות אמרתי לישב קושית הגאון הנ"ל בטוב טעם. והוא דהנה השעה"מ בהלכות עבדים והקהלת יעקב בתוס' דרבנן סי' רנ"ג הקשו איך הוכיח הירושלמי מעובדא דר"ג דמודה בקנס בשאר קנסות פטור לצאת ידי שמים הא שאני התם דאיכא איסור עשה דלעולם בהם תעבודו ואין בכח החיוב לצי"ש להפקיע איסור עשה עיי"ש, ונ"ל דהירושלמי לא בא להוכיח דמודה בקנס פטור לצי"ש מדלא שחרר ר"ג את עבדו לצי"ש. וכמו דחזינן דהירושלמי לא מקשה כלל דהי' לו לר"ג לשחרר את עבדו לצי"ש. דבאמת אף אם מודה בקנס חייב לצי"ש ג"כ לא הי' יכול ר"ג לשחררו וכקושית השעה"מ והקה"י. אלא דכוונת הירושלמי הוא להוכיח מדפוטר ר"י לר"ג לשחרר את עבדו מצד הדין ש"מ דמודה בקנס בשאר קנסות פטור אף לצי"ש דאי הוי הדין דמודה בקנס בשאר קנסות חייב לצי"ש הוי

הדין נותן בעובדא דר"ג דחייב לשחררו מצד הדין. והוא דראיתי בספר תרומות הכרי בסי' זה ד"ה ודע שיש להתבונן שכתב דמסוגיא ריש ב"מ דקאמר התם דהעדאת עדים מחייבים אותו שבועה מק"ו דהודאת פיו. ומה הודאת פיו שאינו מחייבו קנס מחייבו שבועה כו'. מזה משמע הא דמודה בקנס בקנס פטור דהוא מגריעותא דנאמנות דידי' היינו התורה לא יהבה לי' נאמנות לחייבו קנס בהודאת פיו ומהירושלמי דאיתא דמודה בקנס פטור אפי' לצאת ידי שמים ואף שהוא יודע האמת שפעל הדבר אשר הקנס בא בעבורו. ע"כ דאין הטעם משום גריעותא דהימנותא אלא דגזירת הכתוב היא שאין קנס אלא עפ"י עדים עיי"ש. [והוא צידד שם לומר דגם הירושלמי סובר דמודה בקנס פטור מטעם דלא מהימן. וזה דוחק כאשר רואה המעיין]. ויוצא מדבריו דאם מודה בקנס פטור הוא מטעם גריעותא דנאמנות. א"כ מודה בקנס חייב לצי"ש כיון דהוא יודע בלבו שעשה הדבר שחייב קנס בעבורו. ואם הוא מטעם גזה"כ דאינו חייב קנס רק בעדים. א"כ מודה בקנס פטור אפילו לצי"ש. ולפי"ז י"ל דזה הי' ספיקו דבעל האיבעיא בירושלמי שם דאיבעי לי' אי מודה בקנס פטור לצי"ש דהי' מספקא לי' בהא דמודה בקנס פטור אם הוא מטעם גריעותא דנאמנות. וא"כ חייב לצי"ש. או הוא מטעם גזה"כ דאינו חייב קנס רק בעדים וא"כ הוא פטור אף לצאת ידי שמים ופשיט לי' מעובדא דר"ג דמודה בקנס פטור הוא לאו מטעם דלא מהימן רק מטעם גזה"כ וממילא נשמע דפטור אפי' לצי"ש והוא דהנה אם נימא דמה דמודה בקנס פטור הוא משום דלא מהימן יש סברא ישרה לומר דלא אמרה תורה דאין להאמין לאדם לחייבו קנס כ"א היכא כשבא בהודאת פיו לחייב עצמו קנס ואם יקיים הקנס אף שהדבר הוא שקר לא יעשה עבירה עם הקנס וכגון בנזקי שור וכדומה בזה שפיר נוכל לומר דדלמא שקר הוא ואינו נאמן. משא"כ היכא שבא בהודאת פיו לחייב עצמו קנס ואם יקיים הקנס אם הדבר הוא שקר יעשה עבירה עם הקנס ההוא. וכגון שהודה שהשחית לעבדו אחד מראשי אבריו דהקנס הוא שישחררו א"כ אם שקר הוא הרי יעבור על העשה דלעולם בהם תעבודו. בזה שפיר יהבה לי' התורה נאמנות דבודאי לא בא בדיבורו לשקר כולי האי שיעשה גם עבירה ח"ב לדעתי בסברא ומעתה הוכיח הירושלמי מדאמר ר"י לר"ג בקנס דשחרורי עבדים דאין בדבריו כלום היינו מצד הדין. ע"כ צ"ל דעה דמודה בקנס פטור דהוא לאו משום דלא מהימן. אלא משום דגזה"כ הוא דאינו חייב קנס רק בעדים. וכיון שכן ממילא שמעינן שפיר דמודה בקנס פטור אפילו לצי"ש וכאמור. ובזה יש לפרש על נכון מה דאיתא שם בירושלמי אח"כ בסמוך וז"ל ר"ג בי' ר"א בעי קומי ר' מנא ר"ג כמאן דאמר מותר לשחרר, א"ל גרמה אמרה שאסור לשחרר דלא כן הי' לו לשחררו משעה ראשונה עכ"ל,

והנה מימרא הלזו אין לה מקום כלל לכאן דמה שייכות יש לה להא דמודה בקנס פטור לצי"ש. אבל לפי דרכינו הדבר נכון מאוד דר"ג בי' ר"א בעי, איך הוכיח דמודה בקנס פטור לצי"ש מעובדא דר"ג מדפטר ר"י לר"ג לשחרר מצד הדין ש"מ דמודה בקנס פטור הוא ומצד גזה"כ וכדאמרן, דלמא ס"ל לר"ג דמותר לשחרר וא"כ אף אם יקיים ר"ג הקנס היינו שישחרר את עבדו נ"כ לא יעשה איסור ושוב דמי לשאר קנסות ושפיר אינו נאמן ושוב אין ראי' דמודה בקנס פטור הוא מצד גזה"כ ופטור לצי"ש. ואמר לי' דממעשה הלזו שמעינן דר"ג סבר דאסור לשחרר ושפיר הביא ראי' דמודה בקנס פטור הוא מטעם גזה"כ ופטור נמי לצי"ש וכנ"ל. והשתא לק"מ קושית הגאון הנ"ל דהא אף לפי מה דרצה רב חסדא בש"ס דידן להוכיח מהך ברייתא מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וא"כ מודה בקנס חייב לצי"ש מ"מ שפיר לא שחרר ר"ג את עבדו לצי"ש. כיון דאיכא עשה דלעולם בהם תעבודו ודו"ק:

אכן כל זה יתכן לפרש הנוסחא שבירושלמי שבועות. אולם לפי הגרסא שבירושלמי כתובות דפריך ויאמרו לו צא ידי שמים. אי אפשר לפרש כנ"ל. לזאת בחרתי דרך אחר לעצמי והוא דהנה כבר הבאתי לעיל להעיר על הירושלמי דמה ראי' מהך דעבד לענין לצי"ש במודה בקנס בכל התורה הרי בעבד שאני דאיכא עשה דלעולם בהם תעבודו. אכן באמת ניחא עפ"י מה שהקשה בס' קהלת יעקב בתוספות דרבנן סי' קי"ד דאחרי שר"ג הי' סבור דאפילו בלא עדים יצא לחירות אעפ"י שאין הדין כן דמודה בקנס פטור, מ"מ לפי מה שהי' סבור הרי נתייאש ממנו ואסח דעתו מיני' ונעשה הפקר, וזכה העבד בעצמו. ואף דהוי יאוש בטעות הרי יאוש בטעות הוי יאוש וכדאמר ר"י בכריתות דף כ"ד שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה כיון דמייאש מיני'. ותירץ כיון דמדרבנן בעי הפקר בפני שלשה. וי"ל דר"ג לא גילה זאת דסובר דיוצא לחירות רק לפני ר"י לבד וא"כ לא הי' הפקר רק בפני אחד ולא מהני מדרבנן עיי"ש. [ולכאורה דבריו תמוהים דהרי רב הונא משני שם בב"ק דשאני ר"ג דלא בפני ב"ד אודי. ומשמע דרב חסדא ס"ל. דר"ג הודה בפני ב"ד וא"כ הרי הי' שלשה ושוב מהני היאוש גם מדרבנן. אולם הדברים נכונים דהא בגמרא שם פריך לר"ה הא ר"י אב"ד הוי. ומשני שלא בב"ד הוי קאי. ופרש"י ז"ל דלא הוי ב"ד יושבין ולא מקום ישיבת ב"ד הוי אלא בשוק הודה לו עיי"ש. ומבואר מדברי רש"י ז"ל דאילו הוי ר"י במקום ישיבת ב"ד אף דלא הי' הב"ד יושבין הי' מהני הודאת ר"ג לפטור מטעם מודה בקנס. וא"כ י"ל דגם ר"ח סובר דר"ג הודה רק בפני ר"י לבד ולא בפני ב"ד של שלשה אלא דר"ח סובר דר"י הוי במקום שהב"ד יושבין. לכן מהני הודאתו לפטו' מטע' מוד' בקנס. ואפ"ה השיב לו ר"י שכבר אין לך עדים דמשמע אם יבואו עדים

אח"כ חייב כיון דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וא"ש תירץ הקה"י והבן]. ומעתה נחזי אכן אם נימא דבכל התורה מודה בקנס חייב לצאת ידי שמים נהי דבעבד לא יתכן זאת מפני העשה דלעולם בהם תעבודו וכדאמרן. עכ"ז זהו דוקא כשאין אנו דנין מכח יאוש והפקר. אכן היכא דאיכא יאוש והפקר וכמו גבי עובדא דר"ג ומה"ת סגי בחד. א"כ מה"ת מצד הדין כבר יצא לחירות ע"י שהי' הפקר בפני ר"י ואזלה העשה דלעולם בהם תעבודו מה"ת, ורק מדרבנן לא מהני ההפקר. כיון דמדרבנן הפקר צריך להיות בפני שלשה שפיר מועיל נגד דרבנן החיוב לצאת ידי שמים ומחויב לשחררו דהא חיוב לצי"ש הוא מדאורייתא וכמבואר ממ"ש האספ"ז פרק הכונס בשם המאירי דמי שחייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישוב ע"ש וע"כ דחיוב לצי"ש הוא מדאורייתא. וע' גם בספר תרומות הכרי סי' ל"ד שהביא ראי' ברורה לזה דחיוב לצי"ש הוא מדאורייתא מהא דאמר רבא בב"מ דף צ"א אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו. ופרש"י ז"ל דכיון דחייב לצאת ידי שמים הוי תורת אתנן עליו אלמא דחיובו מדאורייתא הוא. דאל"כ לא הי' התורה קוראהו אתנן עיי"ש. וא"כ עובדא דר"ג דמי ממש לשאר מודה בקנס בכל התורה ואין הפרש עוד כלל בין מודה בקנס גבי עבד בעובדא דר"ג לשאר מודה בקנס אחרי דגם הכא בעובדא דר"ג אין התנגדות לענין לצי"ש מכח העשה דלעולם בהם תעבודו וכאמור ושפיר הוכיח הירושלמי מעובדא דר"ג לשאר קנסות דמודה בקנס פטור לצאת ידי שמים:

ואם כנים אנחנו בזה מיושב קושית הגאון הנ"ל בטוב טעם והוא דהנה בירושלמי ב"ק פ"ד ה"ח פליגי ר"י ור"ל בשור הנסקל שהוזמו עדיו. ר"י אמר כל המחזיק בו זכה. ור"ל אמר יאוש טעות הוא. וכן בעבד היוצא ליהרג ונמצא עדיו זוממין ר"י אומר זכה בעצמו. ור"ל אמר יאוש טעות הוא. והקשה הפני משה במראה הפנים שם מדוע ש"ס דידן בכריתות דף כ"ד וגם הרמב"ם לא הביאו רק דין דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה. ודין זה דעבד היוצא ליהרג והוזמו עדיו לא הזכירו כלל. ותירץ כיון דשיטת הש"ס דידן והרמב"ם הוא דמפקיר עבדו צריך גט שחרור. וכיון דבעי גיטא עדיין הוא ברשות רבי' ואינו יכול לזכות בעצמו. אבל שיטת הירושלמי היא דהמפקיר עבדו אין צריך גט שחרור. וא"כ לא אגיד בי' ומדאייאש מיני' הפקר גמור הוא תכה בעצמו עיי"ש. ומעתה הירושלמי לשיטתו שפיר מקשה דה"ל לר"ג לשחררו לצי"ש. כיון דהעבד זכה בעצמו מה"ת מכח יאוש והפקר. לכן מהני החיוב לצי"ש נגד דרבנן ומחויב לשחררו וכמ"ש. משא"כ ר"ח בש"ס דידן בב"ק שם אזיל בשיטת הש"ס דידן דהמפקיר עבדו צריך

גט שחרור וא"כ גם מה"ת לא זכה עבדו דר"ג בעצמו מכח היאוש ושפיר לא הי' יכול ר"ג לשחררו מצד החיוב לצי"ש. מפני העשה דלעולם בהם תעבודו ודו"ק:

אפס דברי הפ"מ הנ"ל תמוהים מאוד דבאמת אף לשיטת הש"ס דידן דהמפקיר עבדו צריך גט שחרור מ"מ יכול העבד לזכות בעצמו מיד כשהפקירו דמבואר בגיטין פ' השולח דהא דצריך גט שחרור הוא רק כדי להתירו בבת חורין. אבל לענין מעשה ידיו זכה העבד בעצמו ואין רבו רשאי להשתעבד בו ע"ש בהסוגי' וברש"י ותוס' שסוכ"כ בהדיא המפורשים שם וגם הרי הרמב"ם ה' נדרים פ"ב הט"ו כתב בהדיא וז"ל המפקיר עבדיו הגדולים קנו עצמם והקטנים כל הקודם והחזיק בהם זכה עיי"ש. וכן קיי"ל לקמן סי' רע"ג ס"ו עיי"ש. והלא דעת הרמב"ם ז"ל הוא דהמפקיר עבדו צריך גט שחרור וכן קיי"ל ביו"ד סי' רס"ז. וע"כ דאף דצריך גט שחרור מ"מ מיד כשהפקירו זכה העבד בעצמו שלא יהא רשאי רבו להשתעבד בו:

וע' גם במשל"מ פ"ח מה' עבדים ה"ג דמבואר שם דגם דעת הרמב"ם ז"ל הוא בעבד היוצא ליהרג והוזמו עדיו דזכה בעצמו עיי"ש. ומעתה כיון דאף לשיטת הש"ס דידן העבד זוכה בעצמו מכח יאוש והפקר עכ"פ לענין שלא יהא רשאי רבו להשתעבד בו. א"כ שוב ממילא ליכא העשה דלעולם בהם תעבודו וכמ"ש התוס' גיטין דף ל"ח ד"ה כל המשחרר עיי"ש. ושוב שפיר קשה גם לשיטת הש"ס דידן דהי' לו לר"ג לשחרר את עבדו לצי"ש:

אך באמת אין אנו צריכין לדברי הפ"מ הנ"ל כי בלא"ה יעלה תירוצינו על נכון חדא די"ל דר"ח בש"ס דידן בב"ק שם ס"ל כר"ל דיאוש בטעות לא הוי יאוש והלכך שפיר לא מהני החיוב לצי"ש לשחררו להפקיע העשה דלעולם בהם תעבודו וכדאמרן. אבל הירושלמי כתובות ושבועות הנ"ל אזיל בשיטת ר' יוחנן דיאוש בטעות הוי יאוש כי התם הוא סתם ירושלמי וסתם ירושלמי הוא ר' יוחנן וא"ש. ועוד אף אי נימא דר"ח בש"ס דידן ס"ל נמי דיאוש בטעות הוי יאוש אפ"ה א"ש תירוצינו הנ"ל. והוא דנלע"ד לייישב קושית הפ"מ הנ"ל מה דש"ס דידן לא הביא הא דעבד היוצא ליהרג והוזמו עדיו דזכה בעצמו דיאוש טעות הוי יאוש, וכמו בשור היוצא לסקול שהוזמו עדיו. עפ"י מה דאיתא בש"ס דידן בב"מ דף ס"ו אהא דתנן במתני' שם הלוהו על השדה ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלי ומסיק בגמרא דהוי אסמכתא ולא קניא וקאמר רב נחמן הדר ארעא והדרי פירי. ופריך בגמרא למימרא דסבר ר"נ מחילה בטעות לא הוי מחילה. והאיתמר המוכר פירות דקל לחבירו כו' ור"נ אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור בו. ואמר ר"נ עודינא. דאי שמיט ואכל לא מפקיעין מיניי'. ומשני התם זביני הכא הלואה

וכתב הרי"ף שם וז"ל התם זביני הכא הלואה בזביני דליכא איסורא הוי מחילתו מחילה. בהלואה דאיכא איסורא לא הוי מחילתו מחילה עכ"ל. ולשון הרי"ף הביא גם הרא"ש שם וכתב בהג"א שם לפרש דלעולם מחילה בטעות הוי מחילה רק בהלואה דאיכא איסור רבית הלכך מחילה דידי' לא הוי מחילה דפשיטא הוא דאילו ידע דאית בי' נדנוד עבירה לא הי' מוחל כלל עיי"ש. וכ"כ גם בנימוק"י שם עי"ש. ודבריהם צ"ע לכאורה דהלא בכל מחילה בטעות אילו הוי ידע דאין האמת כן כמו שהוא סבור דעי"ז מוחל לשכנגדו בודאי לא הוי מחל כלל ואמאי היכא דליכא איסורא הוי מחילה. וצ"ל דסברתם הוא דהיכא דליכא איסורא נהי מה דמחל לשכנגדו הוא כיון שסובר שא"א שיבא הדבר בחזרה לידו לכן מוחל לו מ"מ לא ברירא לנו לומר דאי הוי ידע שאפשר שהדבר יבא לידו בחזרה לא הוי מחל דדילמא באמת אף אם הוי ידע ג"כ הוי מחל דרצה להפקיע דבר שלו הלכך כיון דהשתא הרי באמת מחל שפיר הוי מחילה, אף דהוי בטעות משא"כ היכא דאיכא איסורא אנן סהדי ופשיטא לן דאי הוי ידע דאין האמת כן כמו שהוא סבור דמחל עי"ז בודאי לא הי' מחל דלא ניחא לי' לאינש למעבד איסורא. וא"כ י"ל דשיטת הש"ס דידן הוא לחלק כן גם גבי יאוש דמה דיאוש בטעות הוי יאוש הוא דוקא היכא דליכא איסורא. אבל היכא דאיכא איסורא יאוש טעות לא הוי יאוש דאנן סהדי דאי הוי ידע דאין האמת כן כמו שהוא סבור דעי"ז מייאש מיני' בודאי לא הוי מייאש מיני'. דלא ניחא לי' לאינש למעבד איסורא. וא"כ שפיר בשור היוצא לסקול דליכא איסורא לכן מהני היאוש אף שהי' בטעות משא"כ בעבד היוצא ליהרג דאיכא איסור מצד העשה דלעולם בהם תעבודו בזה לא מהני יאוש טעות [והרמב"ם שהשמיט הך דעבד היוצא להרוג לא תתיישב בזה דהא מדברי הרמב"ם פ"ו מה' מלוה ה"ד מבואר דהוא מפרש הא דאמרינן בב"מ שם דבהלואה מחילה בטעות לא הוי מחילה כפרש"י והיינו משום דהוי רבית קצוצה ויוצאה בדיינים עיי"ש. ומשמע דאין הטעם משום איסורא לבד אלא משום דרבית קצוצה יוצאה בדיינים לכן לא מהני המחילה בטעות ועיין מזה במח"א ה' זכי' ומתנה סי' ל"ו עיי"ש. ולפי"ז הרי להרמב"ם ז"ל לשיטתו מהראוי שיהי' מהני היאוש טעות גם בעבד היוצא להרוג אף דאיכא איסורא מצד העשה דלעולם בהם תעבודו]. אמנם ר"י בירושלמי ב"ק הכ"ל דאמר גם בעבד היוצא ליהרג והוזמו עדיו דזכה בעצמו ע"כ דלא נחית לחלק בין היכא דאיכא איסורא ובין היכא דליכא איסורא ולעולם מהני יאוש טעות. וא"כ שוב אתי שפיר תירוצינו הנ"ל דהא שיטת הירושלמי כתובות ושבועות הנ"ל הוא אליבא דר"י דמהני יאוש טעות גם באיסורא משא"כ ש"ס דידן לא ס"ל כן וא"ש והבן היטב:

ולא אכחד מה שתחת לשוני לדבר במה שהבאתי לעיל בשם הקה"י שכתב לתרץ דמש"ה לא הי' מועיל יאוש דר"ג כיון דהפקר צ"ל מדרבנן בפני שלשה ויאוש והפקר דר"ג לא הי' רק בפני אחד לפני ר"י לבד. דהלא בעובדא דר"ג ל"ש לדון כלל מכח הפקר. והוא דהנה באמת קשה בהא דאמרינן בגיטין דף ל"ח דהמפקיר עבדו יוצא לחירות דהלא הפקר בעינן שיהא הפקר לכל וא"כ בעבד אמאי מהני ההפקר הרי ל"ש כלל דין הפקר כיון דאין שום אדם יכול לזכות גו רק העבד זוכה בעצמו אך באמת התם ניחא שפיר כיון דאם הוא מפקיר את העבד הרי באמת כוונתו הוא להפקירו לכל אדם שכל מי שירצה יזכה בו ומה דאיש אחר אינו יכול לזכות בו הוא לאו מפאת גרעון ההפקר גופי'. רק מפאת העבד בעצמו דכיון דהוא קודם לכל אדם. זכה בעצמו מקודם וארי' הוא דרביע עלייהו שאין יכולין לזכות בו. ובכה"ג שפיר מהני ההפקר ולא דמי למפקיר לעניים ולא לעשירים דלא הוי הפקר דהתם מה דהעשירים אינם יכולים לזכות בו הוא מפאת גרעון ההפקר גופי' שאמר בפירוש שמפקיר רק לעניים ולא לעשירים ושפיר לא מהני ההפקר. וע' גם בפנ"י גיטין שם שהעיר קצת בזה. אמנם התינח במפקיר בפירוש שפיר חשיב הפקר לכל דהא הלשון הפקר שאומר האדון משמע שמפקירו לכל וכן נמי באומר נתייאשתי מפלוני עבדי דיוצא לחירות ודנין בזה מטעם הפקר וכמ"ש רש"י בגיטין דף ל"ט ע"ב. התם נמי הרי היאוש שאומר שמייאש מיני' הוי ג"כ כמו שמפקירו לכל. וכגון שברח העבד ואינו יודע היכן הוא ועי"ז נתייאש הרי היאוש הוא אדעתא דכ"ע דכל מי שימצא אותו יזכה בו וה"נ בעבד היוצא להרוג והוזמו עדיו שפיר יש לדון מכח הפקר. משא"כ בעובדא דר"ג שהי' מייאש ממנו מפני שסבור שיוצא לחירות הרי עיקר היאוש הוא רק אדעתא דהעבד לחוד ולא לזולתו וא"כ שפיר ל"ש לדון בזה מכח הפקר:

ולכאורה רציתי לומר דגם בעובדא דר"ג יש מקום לדון מכח הפקר. והוא עפ"י מ"ש הנוב"י מהדו"ת חיו"ד סי' קנ"ד. דמה דקיי"ל דאינו הפקר עד שיפקיר לכל כשמיטה. היינו דוקא כשמפקיר לכל עניים ולא לעשירים. אבל אם מפקיר נגד אחד או שנים הוי הפקר עיי"ש. וא"כ שפיר גם בעובדא דר"ג יש לדון מכח הפקר כיון דהפקיר נגד אחד. ולפי"ז א"ש נמי גם במפקיר עבדו דמהני הפקר ויוצא לחירות. אולם לא ניחא לי בזה. חדא דדברי הנוב"י תמוהים מאוד וכאשר דחה דבריו בשו"ת ח"ס חיו"ד סי' שי"ז עיי"ש. ועוד אף לדעת הנוב"י ל"ש בעובדא דר"ג לדון מכח הפקר דהא המעיין בנוב"י שם יראה דכוונתו הוא דוקא אם מפקיר לנוכח בפני הזוכה מהני הפקר אף שאינו מפקיר לכל עיי"ש. והא בעובדא דר"ג נראה דהיאוש דר"ג לא הי' בפני טבי עבדו. וכ"כ האחרונים ובראשם הקצה"ח בסי' פ"א סק"י:

איברא אף דבעובדא דר"ג ל"ש לדון מכח הפקר וגם בלא"ה הא דעת התוס' הוא בב"ק דף ס"ו דיאוש הוא לאו מטעם הפקר כלל. עכ"ז א"ש תירץ הקה"י הנ"ל דבעובדא דר"ג שפיר בעינן שיהא היאוש בפני שלשה. והוא עפ"י מ"ש הרא"ש סוף פ"ד דנדרים. ומבואר יותר בפרישה סי' רע"ג ובסמ"ע שם סק"י. הטעם דצריך מדרבנן הפקר בפני שלשה כדי שלא יוכל לחזור בו. דאי ליכא שנים מעידין שהפקירו יכול המפקיר לכפור ולומר לא הפקרתי מעולם והוא אף דכבר זכה בו אחר עיי"ש. ולפי"ז נ"ל דגם ביאוש היכא דבעינן שיאמר שמייאש וכדאיתא בב"מ דף כ"ג דיאוש הוא שיאמר וי לחסרון כיס בזה בעינן מדרבנן שיאמר כן בפני עדים. דאל"כ יוכל לכפור ולומר לא נתייאשתי מעולם. ורק היכא דאנן סהדי דמייאש וכגון בשור היוצא לסקול ועבד היוצא להרוג ואבידה שאין בה סימן בזה א"צ עדים כי א"צ כלל שיאמר שמייאש. ולא עוד אלא אף שצווח ואומר שלא מייאש לא מהני וכדאיתא בירושלמי ב"ק פ' הנחל ומאכיל הלכה ה' ראה חמורו ששטף בנהר וצווח ואומר לא נתייאשתי. אמר ר"י חזקה דמייאש הוא עיי"ש. אבל היכא דאנן לא ידעינן שמייאש רק אם שמענו מפיו שאמר וי לחסרון כיס שפיר בעינן שיאמר כן בפני עדים וז"ב. ומעתה שפיר בעובדא דר"ג דלא היו שנים שיעידו שר"ג הי' מייאש מעבדו דסבר דעבר יוצא לחירות בראשי אברים אפי' שהשחיתו שלא בפני עדים א"כ הרי יכול ר"ג לכפור ולומר דלא הי' סבור כלל דיוצא לחירות ולא התייאש ממנו כלל לכך שפיר אמר לי' ר"י אין בדבריך כלום כי גם היאוש אינו מועיל מדרבנן כיון דלא אמר כן בפני עדים והבן. ועפי"ז ליתא נמי למ"ש הקה"י שם בעצמו דתירוצו הנ"ל אינו נכון דטעמא דבעינן ג' בהפקר משום דסתמא כל דליכא ג' לא גמר בלבו להפקירו. אבל הכא ביאוש ל"ש לומר שמא לא גמר בלבו להפקירו כיון שההפקר אינו מדעתו וכל כ' הא כעדים דמיא עיי"ש. אבל לפי מ"ש עפי"ד הרא"ש והפרישה הדבר נכון:

סימן ב

(**א**) **סעיף א**' בין מיתה כו'. כתב האורים דבזמה"ז דליכא ב"ד מומחין ליכא דין גואל הדם דהא אין רשות ביד גוה"ד להרוג רק כשנגמר דינו בב"ד להריגה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"א מהל' רוצח הלכה ה'. והקצה"ח השיג עליו דהא דעת רש"י ז"ל בפ' נגמר הדין דאפי' בשוגג נמי רשות ביד גוה"ד להרוג אלא דשיטת הרמב"ם ז"ל דבשוגג אין רשות ביד גוה"ד להרוג אלא דוקא במזיד. אבל הא ס"ל דאפי' בשוגג קרוב למזיד או שהרגו בע"א או בלא התראה רשות ביד גוה"ד להרוג וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' רוצח. הרי מבואר דאע"פ שלא נגמר דינו בב"ד להריגה רשות ביד גוה"ד להרגו. ומ"ש הרמב"ם ז"ל

בפ"א מה' רוצח דאין ממיתין אותו עד שנגמר דינו בב"ד לא מיירי מדין גוה"ד זה ת"ד הקצה"ח. והנה מ"ש דרש"י והרמב"ם ז"ל מחולקים דשיטת רש"י בפ' נגמר הדין דאפי' בשוגג נמי רשות ביד גוה"ד להרוג ושיטת הרמב"ם ז"ל הוא דדוקא בשוגג קרוב למזיד או שהרגו בע"א או בלא התראה אז רשות ביד גוה"ד להרוג. לפי המתבאר מדבריו. נראה דכוונתו הוא דהם פליגי בקודם שגלה לעיר מקלט. ודבריו תמוהים מאוד בין מ"ש בשם רש"י. ובין מ"ש בשם הרמב"ם ז"ל דהלא דברי רש"י ז"ל הוא שם בפ' נגמר הדין דף מ"ה ע"ב בהא דאמרינן שם בגמרא דמצוה ביד גוה"ד להרוג ומפרש רש"י ז"ל וז"ל כלומר מיתה שגואל הדם ממיתו לרוצח שוגג שיצא חוץ לעיר מקלטו עכ"ל הרי דרש"י ז"ל לא קאמר רק היכא שיצא חוץ מעיר מקלטו נהרג אפי' היכא שהרציחה הי' בשוגג. ובזה פליגי ריה"ג ור"ע במתני' במכות דף י"א ע"ב ברוצח שוגג שיצא חוץ לעיר מקלטו ריה"ג ס"ל דמצוה ביד גוה"ד להרוג. ור"ע ס"ל דרשות ביד גוה"ד עיי"ש. ורש"י ז"ל מפרש כאן אליבא דריה"ג דהא אמרינן כאן בגמרא דמצוה ביד גוה"ד להרוג [ועיין מזה ברמב"ן ז"ל במנין המצות שלו מצוה י"ג]. וא"כ איך הוציא הקצה"ח מדברי רש"י ז"ל הנ"ל דגם קודם שגלה לעיר מקלט רשות ביד גוה"ד להרוג אפי' היכא שהרציחה הי' בשוגג. וגם מ"ש דשיטת הרמב"ם ז"ל הוא דבשוגג אין רשות ביד גוה"ד להרוג הוא ג"כ תמוה מאוד דהרי הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' רוצח הנ"ל כתב בהדיא דרוצח בשגגה שהרגו גוה"ד חוץ לתחום עיר מקלטו פטור אחד ההורגו בדרך קודם שנכנס לעיר מקלטו כו' ע"ש [והוא פלוגתא במכות דף יו"ד ע"ב] הרי בהדיא דדעת הרמב"ם ז"ל הוא דאפי' בשוגג רשות ביד גוה"ד להרוג. וע"ש הרמב"ם בפ"ו מרוצח דדוקא כשהי' שוגג קרוב למזיד או שהרגו בע"א או בלא התראה. התם מיירי לענין להרוג אותו אפי' בערי מקלט דבכה"ג אין ערי מקלט קולטות ואם הרגו גוה"ד אפי' בערי מקלט פטור עי"ש. אבל לענין להרוג אותו חוץ לעיר מקלט בין קודם שגלה לעיר מקלט ובין שיצא חוץ מעיר מקלטו רשות ביד גוה"ד להרוג אפי' שוגג גמור וכמ"ש בפ"ה שם. אך יש לומר דמ"ש הרמב"ם ז"ל דרוצח בשגגה שהרגו גוה"ד חוץ לעיר מקלטו פטור אין ראי' דרשות הוא ביד גוה"ד להרוג דהא כתב פטור וי"ל דכוונתו הוא דבדיעבד פטור אבל לכתחלה אסור להרגו. [וזה הוא פלוגתא בין הפוסקים בהא דמצינו בגמ' וברמב"ם ושאר פוסקים פטור היינו פטור אבל אסור אם היא דוקא לענין שבת או גם בשאר דוכתא וע' מזה בספר יד מלאכי בכלל פ'].

וכן יש להוכיח נמי ממ"ש הרמב"ם ז"ל שם אח"כ בסמוך דאם יצא חוץ לעיר מקלטו בזדון הרשות ביד גוה"ד להרגו עיי"ש. ומשמע דדוקא כשיצא חוץ לעיר מקלטו בזדון בזה רשות ביד גוה"ד להרגו. אבל קודם שנכנס לעיר מקלט והרציחה הי' בשוגג בזה

כוונת הרמב"ם ז"ל דבדיעבד אם הרגו גוה"ד פטור. אבל לכתחלה אינו רשאי להרגו. אולם לפי"ז הרי קשה אך הוציא הקצה"ח מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מרוצח דבשוגג קרוב למזיד רשות ביד גוה"ד להרוג הרי גם בשוגג קרוב למזיד לא כתב הרמב"ם ז"ל רק לשון פטור עיי"ש וא"כ גם בשוגג קרוב למזיד י"ל דכוונתו הוא דפטור אבל אסור. אמנם בין כך ובין כך בין אי נימא דמ"ש הרמב"ם ז"ל ברוצח בשגגה שהרגו גוה"ד חוץ לעיר מקלטו פטור דכוונתו הוא דרשות הוא ביד גוה"ד להרוג. ובין אי נימא דכוונתו הוא דפטור אבל אסור. א"א לומר דדעת הרמב"ם ז"ל הוא לחלק בין שוגג קרוב למזיד ובין שוגג גמור חוץ לעיר מקלטו דהא הרמב"ם ז"ל נקט בשניהם לשון פטור. וע"כ דבחוץ לעיר מקלט שניהם שוים וחד דינא להו ולא כמ"ש הקצה"ח דדעת הרמב"ם ז"ל הוא לחלק בין שוגג גמור חוץ לעיר מקלט בין שוגג קרוב למזיד. ולפ"ז י"ל דגם רש"י ז"ל ס"ל כדעת הרמב"ם ז"ל דבשוגג גמור קודם שגלה לעיר מקלט רשות ביד גוה"ד להרוג או דבדיעבד פטור ולכתחלה אסור. ומה דנקט רש"י ז"ל דייקא שיצא חוץ לעיר מקלטו הוא משום דרש"י ז"ל שם סובב אהא דאמרינן בגמרא שם דמצוה ביד גוה"ד להרוג. ומפרש רש"י ז"ל ברוצח שוגג ואליבא דריה"ג דס"ל דמצוה ביד גוה"ד להרוג כשיצא חוץ לעיר מקלטו וכמש"ל. לכן נקט דייקא שיצא חוץ לעיר מקלטו כי קודם שגלה לעיר מקלטו גם ריה"ג מודה דאין מצוה ביד גוה"ד להרוג:

והנה לפי מה שכתבתי לפרש מ"ש הרמב"ם ז"ל גבי שוגג גמור קודם שגלה לעיר מקלט וגבי שוגג קרוב למזיד דאם הרגו גוה"ד פטור דכוונתו הוא דבדיעבד פטור אבל לכתחלה אינו רשאי להרגו. א"כ א"ש דברי התומים הנ"ל שכתב דאין רשות ביד גוה"ד להרוג רק כשנגמר דינו בב"ד למיתה. ולק"מ מדברי הרמב"ם ז"ל הנ"ל כיון דכוונת התומים הוא לענין שהגוה"ד יהרוג אותו לכתחלה ע"ש בתומים. ולענין שיהא רשות ביד גוה"ד להרוג לכתחלה שפיר י"ל דבעינן שיהא כגמר דינו בב"ד להרגי. אולם הא אכתי יש סתירה לדברי התומים מהא דרוצח שוגג שיצא חוץ לעיר מקלטו דלריה"ג מצוה ביד גוה"ד להרוג. ולר"ע רשות ביד גוה"ד להרוג. והרי בזה ליכא גמר דין למיתה דהא הרציחה הי' בשוגג. והן אמת דאיתא בש"ס מכות דף י"ב ע"א דגם כשיצא חוץ לעיר מקלטו אינו רשאי להרגו עד שיעמוד לפני העדה למשפט דתנו שם בברייתא ר"א אומר עד עמדו לפני העדה למשפט מה ת"ל לפי שנאמר ורצח גוה"ד את הרוצח יכול מיד ה"ל עד עמדו לפני העדה למשפט עיי"ש. וכן הוא ג"כ בספרי והובא בכ"מ פ"א מה' רוצח הלכה ה' ח"ל לפי שהוא אומר ורצח גואל הדם שומע אני יהרגנו בינו לבין עצמו. ת"ל ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט עיי"ש. וא"כ הרי גם כשיצא חוץ לעיר מקלטו

בעינן שיגמור דינו בב"ד למיתה היינו להתיר דמו לגוה"ד ע"ז שיצא חוץ לעיר מקלטו. אמנם הלא אמרינן בגמרא שם דריה"ג ור"ע לא ס"ל כר"א עיי"ש. וכן לא סבירא להו כהברייתא דהספרי שהביא הכ"מ הנ"ל כי הך ברייתא דהספרי היא ממש כהך ברייתא דר"א [ובאמת מה שהביא הכ"מ הך ברייתא דהספרי להלכה צ"ע דהא לא קיי"ל כן וכבר העיר בזה המל"מ שם]. וא"כ שוב יש סתירה לדברי התומים מהא דריה"ג ור"ע. ואין לומר דדוקא כשיצא חוץ לעיר מקלטו בזה ס"ל לריה"ג ור"ע דא"צ שיעמוד למשפט אבל קודם שגלה לעיר מקלט גם ריה"ג ור"ע מודים דאינו רשאי גוה"ד להרגו עד שיעמוד למשפט והב"ד ידונהו למיתה וכמ"ש בסמוך לפרש מ"ש הרמב"ם גבי קודם שגלה לעיר מקלט דאם הרגו גוה"ד פטור דכוונתו הוא דפטור בדיעבד אבל לכתחלה אינו רשאי להרגו. דז"א דא"כ קשה מה קאמר הש"ס דריה"ג ור"ע מבעי לי' להקרא דעד עמדו לפני העדה למשפט לסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש שאין ממיתין אותו עד שיעמוד בב"ד אחר הלא איצטריך הקרא אף לריה"ג ור"ע לענין גוה"ד גופי' שקודם שגלה לעיר מקלט אינו רשאי להרגו עד שיעמוד למשפט. א"ו דגוה"ד לעולם רשאי להרגו. אף קודם שגלה לעיר מקלט וא"צ שיעמוד למשפט. ושפיר אמרינן דריה"ג ור"ע צריכו הקרא דעד עמדו לפני העדה למשפט לסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש וכו'. ולפ"ז שוב צ"ל נמי מ"ש הרמב"ם גבי קודם שגלה לעיר מקלט דאם הרגו גוה"ד פטור דכוונתו הוא דפטור ומותר אפי' לכתחלה וכמו שהבין הקצה"ח כוונת הרמב"ם מ"ש גבי שוגג קרוב למזיד דאם הרגו גוה"ד פטור היינו דפטור ומותר אפי' לכתחלה:

ולא אכחד מה דקשה לי בהא דאמרינן שם דריה"ג ור"ע פליגי אר"א דאמר דאין גוה"ד רשאי להרוג עד שיעמוד למשפט והוא דהריטב"א שם מפרש הא דבעי ר"א שיעמוד למשפט וז"ל פי'. כדי שיהי' העדה מתרין בו שאם יפשע מכאן ואילך לצאת חוץ לתחומו או אם לא ירצה לדור שם שיהא דמו מותר מכאן ואילך לגוה"ד אם יצא חוץ לתחומו עכ"ל. והנה טעם פלוגתתן דריה"ג ור"ע איתא בגמרא שם דפליגי בפשט לישנא דקרא דכתיב ורצח גואל הדם את הרוצח ריה"ג סובר ורצח הוא לשון ציווי. ור"ע סובר ורצח הוא לשון רשות עיי"ש וברש"י שם. וא"כ קשה מה קאמר דריה"ג ור"ע פליגי אר"א הרי י"ל דגם ריה"ג ור"ע ס"ל כר"א דמה דכתיב עד עמדו לפני העדה למשפט קאי אקרא דורצח כו'. ואם יצא חוץ לתחומו אינו רשאי גוה"ד להרוג אותו עד שיעמוד למשפט להתרות אותו שלא יפשע מכאן ואילך לצאת חוץ לתחומו אלא דבהא פליגי אם כבר עמד למשפט והתרו בו שלא יפשע עוד לצאת חוץ לעיר מקלטו וחזר ויצא פעם שנית חוץ לתחומו דעל זה סובב הולך הקרא דורצח גואל הדם את הרוצח ופליגי אי ורצח

הוא לשון ציווי אי לשון רשות אבל לעולם כשיצא פעם ראשונה כ"ע מודים דאין גוה"ד רשאי להרגו דעל זה לא קאי כלל הקרא דורצח כו' והבן וצ"ע. ויש אתי אריכות דברים בזה ואכמ"ל:

ובעיקר דינא דהתומים הנ"ל דבזה"ז ליכא דין גוה"ד מצאתי וראיתי כן בשו"ת חוות יאיר סי' קמ"ו שכתב דבזה"ז דבטלו ד"נ אפי' הורג במזיד לא יפה כחו של גוה"ד מכח סנהדרין וכל בתי דיני ישראל. וכתב עוד כעין דברי התומים דאפי' בזמן סנהדרין מ"ש בקרא גוה"ד ימית הרוצח היינו אחר שיצא דינו למות שהוא חייב מיתה רק שא"א להמיתו מצד חסרון התראה או עדמ"י. וכמו דאיתא בגמרא וברמב"ם ז"ל פ"ד מה' רוצח ה"ח גבי כונסין אותו לכיפה. ובזה יובן מ"ש במשנה ומייתי לה הרמב"ם ז"ל בתחלה אחד שוגג ואחד מזיד כו'. מי שנתחייב מיתה ממיתין אותו שנאמר ונתנו אותו ביד גוה"ד שצ"ע מה זה נתינה ביד גוה"ד אם הב"ד ממיתין אותו. אע"כ דקרא קמ"ל אפי' א"א לב"ד להמיתו אף כי נתברר להם שהרגו מצד חסרון התראה או שאר דברים יתנו אותו ביד גוה"ד ר"ל יהי' רשות לגוה"ד להרגו כו'. והכי איתא בברייתא מס' מכות דף י"ב ורצח גוה"ד את הרוצח יכול מיד ת"ל עד עמדו לפני העדה למשפט. וכ"כ הרמב"ם ז"ל ריש ה' רוצח ה"ה רוצח שהרג בזדון אין ממיתין אותו העדים כו'. וכתב הכ"מ דהוא גמרא וספרי דגבי גואל הדם. וא"כ בזמן סנהדרין כ"ש עתה שלא ניתן כלל לגוה"ד להרוג הרוצח ואפי' לסבב לו מיתה עכ"ל החוות יאיר. והנה מה שהביא ראי' מהברייתא דספרי ומהכ"מ כבר כתבתי בסמוך דאנן לא קיי"ל כהברייתא דספרי. ומה שהקשה על מ"ש הרמב"ם ז"ל דמי שנתחייב מיתה ממיתין אותו שנאמר ונתנו אותו ביד גוה"ד דמה זה נתינה ביד גוה"ד אם הב"ד ממיתין אותו ומש"ה כתב לפרש דכוונת הרמב"ם ז"ל הוא היכא שא"א ביד הב"ד להמיתו מצד חסרון התראה או עדמ"י. אחר נשיקת עפרות זהב לו אני אומר דלא כיוון יפה בזה דהרי הרמב"ם בפ"א מה' רוצח ה"ב כתב וז"ל מצוה ביד גוה"ד להרוג את הרוצח שנאמר גוה"ד הוא ימית את הרוצח כו'. לא רצה גוה"ד או שלא הי' יכול להמיתו. או שאין לו גוה"ד ב"ד ממיתין את הרוצח בסייף עכ"ל. ומבואר שם בהדיא בהרמב"ם ז"ל דכוונתו הוא היכא שהרוצח רצח במזיד ובהתראה ובשני עדים גמורים דמתחייב מיתה בב"ד מצוה הוא שגוה"ד ימית אותו אלא דאם אין גוה"ד הורג אותו אז הורגין אותו הב"ד. ועיין גם בתרגום אונקלוס בפסוק גואל הדם הוא ימית הרוצח שכתב וז"ל גאל דמא הוא יקטול ית קטולא כד אתחייב לי' מן דינא הוא יקטלניה עכ"ל. ומשמע נמי כמ"ש לפרש כוונת הרמב"ם ז"ל דאם נתחייב מיתה בדינא עפ"י עדים והתראה יהרוג אותו גוה"ד. ועיין מזה. גם בהרמב"ן במנין המצות שלו מצוה י"ג ובמגלת אסתר שם. ובזהר הרקיע

להרשב"ץ מצוה קל"ח עיי"ש. וא"כ שפיר כתב הרמב"ם ז"ל דמי שנתחייב מיתה נתנו אותו ביד גוה"ד. ולק"מ קושית החוו"י. אבל הגוה"ד מצד עצמו באמת רשאי להרגו אף קודם שחייבוהו הב"ד למיתה וכדעת הקצה"ח וכמו שהעליתי לעיל. גם מ"ש החו"י מתחלה דבזה"ז דבטלו ד"נ אפילו הורג במזיד לא יפה כחו של גוה"ד מכח סנהדרין וכל בתי דיני ישראל. לדעתי העני' לא ברירא לי הך מילתא דהרי באמת בזמן שדנו הסנהדרין ד"נ יפה כחו של גוה"ד מכח סנהדרין דהא גוה"ד שהרג לרוצח שוגג פטור וכמש"ל בשם הרמב"ם ז"ל. אבל סנהדרין שהרגו לרוצח שוגג בודאי חייבין. וא"כ ה"נ בזה"ז דאף דאין בכחנו לדון ד"נ מ"מ שייך דינא דגוה"ד וצ"ע בזה. ושוב מצאתי וראיתי בשו"ת צ"צ סי' קי"א דמבואר שם בהדיא דגם בזה"ז שייך דינא דגוה"ד עיי"ש:

(**ב**) **ברמ"א** שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול כו'. מוח"ז הגה"ק זצ"ל בספרו שו"ת אמרי נועם ח"א סי' יו"ד האריך בענין זה. ובדברי הרמ"א והסמ"ע כאן ס"ק י"ג. ויען שיש לי לפלפל בכל דבריו ובשגם שבכלל דבריו הם ג"כ כל דברי המרדכי הצריכים לענינינו. לזאת מוכרח אני להעתיק דבריו באריכות וזה לשונו הזהב. בגמרא ב"ב פ"א דף ח'. ורשאים להסיע על קיצתן. במרדכי שם פר"ח שנעשה התקנה מדעת כל טובי העיר ופי' הר"מ הטעם דטובי העיר הוי בעירם למה שהוברורו כמו גדולי הדור בכל מקום וכמו שגדולי הדור הפקירן הפקר בכל מקום למיגדר מילתא בתקנתם כן טובי העיר הפקירן הפקר. ואני מרדכי מצאתי כתוב בשם ר"ת האי להסיע על קיצתן קאי היכא דכבר התנו ביניהם אבל אם לא התנו בתחלה אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו ודקאמר הפקר ב"ד הפקר כגון ב"ד דרב אמי ורב אסי דאלימא לאפקוע ממונא כו' עכ"ל והנך רואה פלוגתא רחוקה ביניהם דדעת הר"ח והר"ם דטובי העיר בכחם לתקן כל מה שירצו ודעת הר"ת דאין בכחם לעשות חדשות רק אשר כבר נעשה מדעת כולם בכחם להחזיק ולענוש להעובר כו'. והנה אם הדבר הוא למיגדר מילתא נראה ברור דלפי דעת ר"ת גם בזה אינם יכולים לעשות דהרי דעת הר"ח והר"ם המובא במרדכי כתבו בפירוש במקום מיגדר מילתא כמבואר שם וכאשר הבאתי דבריהם למעלה ועכ"ז מביא דעת ר"ת לחלוק בדבר הרי אף דהוא למיגדר מילתא הוא חולק בדבר. ולכאורה תמי' גדולה על בעל הסמ"ע שכתב להסתפק אם הוא למיגדר מילתא אולי גם היש חולקים מודים בזה הלא מבואר במרדכי ההיפך. אמנם באמת דעת היש חולקין המובא בד"מ וברמ"א אינם כובעים כלל מדעת הר"ת רק מדעת תשובת מוהר"ם. וטעם הדבר לאשר ר"ת יחיד בדבר כאשר אבאר. והא לך דברי תשובת מוהר"ם הובא במרדכי שם לענין לקבל מס מקרקעות כתב שם אבל לשנות שלא מדעת כולם במקום דאיכא רווחא להאי

ופסידא להאי ולאו מיגדר מילתא הוא אין שומעין להם לעשות תקנה שלא כתורה עכ"ל. וזו הדיעה מביא הד"מ והרמ"א בשם יש חולקין. והנה אותה תשו' מוהר"ם הוא בעצמו אותו הר"ם המובא למעלה שכתב טובי העיר כגדולי הדור והפקירן הפקר במקום דאיכא בתקנתם מיגדר מילתא וא"ת תרי מוהר"מ נינהו עיין בשו"ת מהרי"ק שורש א' שכתב בפירוש אשר הם ממחבר אחד עיין היטב בדבריו. וא"כ סותר דברי עצמו. א"ו דדעת מוהר"מ הוא באם הוא מיגדר מילתא ותקנת דת יהודית ודאי כח הטובי העיר כמו כח הב"ד דרב אמי ור"א. אבל במקום שאינו מיגדר מילתא רק שיצמיח טובה לבעלי עשירים להקל מעליהם בזה שיטילו מס מקרקעות בזה שפיר כתב שאין בכחם כי בנידון כזה גם לגדולי הדור אין להם כח בזה כמו שמבואר במהרי"ק שורש א' דגם לבי דינא דרב אמי ור"א אין להם כח ע"ז כו': אבל לדינא ודאי כח טובי העיר כב"ד. ולזאת לא הביאו כלל דעת הר"ת דדעתו הוא אף במקום שיש כח לב"ד הגדול עכ"ז אין כח לטובי העיר כי גרע כחם מב"ד הגדול ומפני זה לא הביאו לדיעה כלל. ומעתה מה דמספקא לי' להסמ"ע בגירסת המרדכי לדידי פשיטא לי דודאי הגרסא הוא ולאו למיגדר מילתא דאי לאו [בס' א"כ נשמט כאן מלת לאו ובודאי הרב המגי' השמיטו. ולא דק בזה כאשר יראה המעיין בסמ"ע] מיגדר מילתא הוא. הא סותר מוהר"מ דברי עצמו שכתב דטובי העיר כגדולי הדור בכל מקום דאיכא מיגדר מילתא ונעלם מעיני הסמ"ע דברי המהרי"ק שכ' בפירוש אשר שני הדינים הא דטובי העיר כב"ד הגדול והא דתשו' מוהר"מ דאינם יכולים לעשות דבר. ממקום אחד יהלכו וע"כ אינם סותרים רק החילוק הוא בין אם למיגדר מילתא לתקנת דת יהודית אז כחם יפה. ובין אם אין למיגדר מילתא רק לתקנת אנשי עשירים כנ"ל. והנה לפי"ז נפלאתי על הרמ"א מאוד שמביא מקודם דטובי העיר כב"ד הגדול והפקירן הפקר והוא ממש דברי הר"מ במרדכי. וכמו כן נרשם ע"ז מרדכי פ"ק דב"ב. ואח"ז מביא יש חולקין ונרשם בשם תשובת מוהר"מ הלא המה שפה אחת ודברים אחדים וממחבר אחד יצאו הדברים וע' היטב במהרי"ק ויראה עד כמה גדולה הפליאה. עכ"ל כ"ק מוח"ז ז"ל:

והנה מ"ש מוח"ז ז"ל דלדעת ר"ת. נראה ברור דאף דהוא למיגדר מילתא אינם יכולים לעשות בלי דעת כל העיר. ועפי"ז תמה על הסמ"ע שנסתפק אי-היש חולקין מודים היכא דאיכא מיגדר מילתא. יש מקום לתמיהתו יותר על הב"ח שכ' בפירוש בפשיטות דלמיגדר מילתא גם הר"ת ס"ל דיכולים לעשות אף בלי דעת כולם. שכתב וז"ל וכן כתב במרדכי פ"ק דב"ב ע"ש ר"ת דאף רוב הקהל אין להם כח להכריח למיעוט לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי או להפקיע ממון שלא מדעת כולם. אא"כ

להכריח הצבור במה שהי' מנהג מקדם או למיגדר מילתא במילי דשמיא דאז יש כח לרוב הקהל או טובי העיר כו'. והראבי' לשם חולק כו' ואעפ"י שלא הי' כן מנהג מקדם וגם אינו מיגדר מילתא עכ"ל הב"ח. הרי שכתב בהדיא לדעת הר"ת דאם הוא למיגדר מילתא יש כח לטובי העיר לעשות וקשה הרי במרדכי מבואר שם דדעת הר"ת הוא להיפך דאף דהוא למיגדר מילתא ג"כ אין בכח טובי העיר לעשות. אמנם נ"ל לישב דברי הב"ח. דהנה מה שהעתיק מוח"ז ז"ל ריש דברי המרדכי בשם פר"ח ומש"ה כתב אח"כ דדעת הר"ח והר"ם דטובי העיר יכולים לתקן כל מה שירצו והר"ת חולק עליהם. אמת שכן ראיתי במרדכי דפוס פרעסבורג דאיתא שם כך פר"ח. אבל הוא טעות וצ"ל פר"ת. וכן הוא במרדכי דפוס לבוב ושאר דפוסים וכן העתיק גם המהרי"ק שם בשורש א' בשם פר"ת עיי"ש. ואף דהמרדכי הביא אח"כ בשם ר"ת להיפך. אולם באמת הוא תרי לשונות בשם ר"ת. וע' בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' נ"ט שכתב כן דתרי לשונות על דעת ר"ת הוא במרדכי, וכ"כ המהריב"ל ח"ד סי' ט"ו עיי"ש. ולפי"ז הרי לכאורה יש לישב בפשטא דברי הב"ח די"ל דהב"ח כיוון ללשון ראשון על שם ר"ת. אמנם ז"א דמלשון הב"ח שהביא דעת הר"ת נראה דכוונתו הוא על לשון שני של ר"ת. וכאשר יראה המעיין. אך נ"ל דהב"ח מרכיב ב' לשונות על דעת ר"ת ומשוה אותם דלא פליגי. והיינו דבלשון ראשון מיירי במקום דאיכא מיגדר מילתא וכמו שפירש הר"מ שם. ובכה"ג יכולים לעשות אף שלא מדעת כולם ובלשון שני שכתב דבעינן דעת כולם או היכא שנהגו כן כבר מקדם מיירי במקום דליכא מיגדר מילתא. וא"ש ולק"מ על הב"ח. אמנם דברי הסמ"ע שרוצה לומר דהיש חולקין והוא הר"ת בלשון שני מודה דלמיגדר מילתא יש כח לטובי העיר לעשות כרצונם א"א לישב בהכי דכוונתו הוא להשוות ב' לשונות על דעת הר"ת דלא פליגי וכמ"ש הב"ח. דא"כ מה נסתפק לו. אך האמת יורה דרכו דהסמ"ע סובב הולך אליבא דמוהר"ם וכמ"ש מוח"ז ז"ל דהא הסמ"ע נסתפק בגרסת לשון המרדכי אי ולאו למיגדר מילתא או לאו מיגדר מילתא והוא לשונו של המוהר"מ בתשובה שם והובא גם בד"מ. וא"כ שפיר נסתפק הסמ"ע לומר דהיש חולקין והוא המוהר"ם בתשובה מודה דלמיגדר מילתא יש כח לטובי העיר לעשות כרצונם והבן היטיב:

ומה שתמה מוח"ז ז"ל על הסמ"ע לפי"ז דהוא סובב לדעת המוהר"מ א"כ הרי ע"כ בודאי דעת המהר"מ הוא דלמיגדר מילתא יש כח לטובי העיר לעשות כרצונם. ובודאי הגרסא הוא ולאו למיגדר מילתא. דאל"כ דברי הר"מ סותרים אהדדי. ונעלם מעיני הסמ"ע דברי המהרי"ק שורש א' דהר"מ ותשובת מוהר"ם חד הוא. הנה זה לא ניתן להאמר דנעלם מעיני הסמ"ע דברי המהרי"ק בזה. דהלא הסמ"ע בס"ק י"א הביא מילתא אחריתא בהאי

ענינא בשם המהרי"ק שם בשורש א' עיי"ש. ובודאי ראה גם מ"ש המהרי"ק שם במקומו דהר"מ ותשובת מהר"ם חד הוא. אך לק"מ קו' מוח"ז ז"ל על הסמ"ע דיש לישב סתירת דברי הר"מ עד"א באופנים שונים. א', דהא המוהר"מ בתשובה שם כתב וז"ל. אבל לשנות שלא מדעת כולם במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי כו' אין שומעין להם. ומשמע דדוקא היכא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי בזה בעינן דעת כולם. אבל היכא דאיכא רווחא להאי כמו להאי שפיר ס"ל למהר"מ דיש כח לטובי העיר לתקן אף בלי דעת כולם. א"כ י"ל דמה שכתב הר"מ בפירוש דברי הר"ת דיש כח לטובי העיר לתקן בלי דעת כולם מיירי היכא דאיכא רווחא להאי כמו להאי וכן מבואר בהדיא בתשובת מוהר"מ שם שמפרש דהך דלהסיע על קצתן מיירי היכא דאיכא רווחא להאי כמו להאי שכתב שם אהך דרשאין בני העיר להסיע על קצתן וז"ל וקמ"ל דנתקיימו הדברים ואע"ג דבדיבור בעלמא קא מתנו וגרע טפי מאסמכתא דכל דאי לאו כלום הוא. הכא ודאי מהני בההוא הנאה דקא צייתי להדדי במידי דאיכא רווחא להאי כמו להאי איידי דקני גמר ומקני עיי"ש. וע' בתשובת מהריב"ל שם שמפרש איך הוי בהך דלהסיע על קיצתן רווחא להאי כמו להאי עיי"ש. ב'. דיש לדקדק במ"ש הר"מ בפירושו לר"ת דטובי העיר הוי בעירם למה שהובררו כגדולי הדור כו'. ולמה נקט תיבות אלו "למה שהובררו" דלכאורה הוא שפת יתר. וי"ל דכוונתו הוא בזה דדוקא אם הובררו לכך. בזה יכולים לעשות בלי הסכמת כולם. וא"כ בתשובה שם דמיירי לענין לקחת מס מקרקעות והרי להטיל מס על הקרקעות על זה לא הובררו וכמ"ש המוהר"ם שם וז"ל ועל זה סמכו הקדמונים שלא להטיל מס על הקרקעות עיי"ש. וא"כ בודאי לא הובררו לכך. לכן שפיר ס"ל להמהר"מ בזה דאין בכח טובי העיר לעשות חדשות בלי הסכמת כולם. ג'. דיש לדקדק מה דסיים המוהר"ם בתשובה שם וז"ל אין שומעין להם לעשות תקנה לעצמם שלא כתורה עכ"ל הרי דדקדק לכתוב תיבות אלו "שלא כתורה", וא"כ י"ל דהר"מ בפירוש דברי הר"ת מיירי היכא דהתקנה היא אינה נגד התורה:

אכן אחר העיון לא מצאתי מרגוע לנפשי בכל זה תירוץ הא' לא ניחא לי. חדא דהא הר"מ שם בפירוש דברי הר"ת כתב וז"ל כך טובי העיר הפקירן הפקר. ומשמע דאיכא פסידא. ועוד דהרי בתשובת מוהר"ם שם גופי' מבואר בהדיא דאף היכא דאיכא רווחא להאי כמו להאי בעינן דעת כולם. שכ' שם וז"ל דהא דאמרינן רשאין בני העיר להסיע על קצתן היינו קצתן שנהגו כבר מקודם לכן בעיר מימי קדם או שהן עצמן באין לתקן תקנות מדעת כולם כו'. הכא ודאי מהני בההוא הנאה דקא צייתי להדדי במידי דאיכא רווחא להאי כמו להאי איידי דקני גמר ומקני עכ"ל. הרי בהדיא דדעתו הוא דאף היכא דאיכא

רווחא להאי כמו להאי בעינן דעת כולם או שהי' המנהג כן מימי קדם [והן אמת דלפ"ז דברי מוהר"מ באותה תשובה עצמה סותרים אהדדי דבריש דבריו משמע דאף היכא דאיכא רווחא להאי כמו להאי בעינן דעת כולם. ובסוף דבריו משמע דדוקא היכא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי בעינן דעת כולם וכמ"ש. וכבר עמד בזה הריב"ל שם ולא מצא מענה וצע"ג]. וע' גם בשלטי הגבורים שברי"ף רפ"ק דב"ב שהוכיח שם מתשובת מוהר"מ שבמיימוני לספר קנין דדעתו הוא דאף היכא דליכא פסידא להיחיד ג"כ אינם יכולים לשנות שלא מדעת כולם עיי"ש:

תירוץ הב' לא ניחא לי דהא לפי"ז תקשי דא"כ למה הוצרך המהר"מ בתשובה שם לדחוקי לפרש הך דרשאין בני העיר להסיע על קצתן דקמ"ל דנתקיימו הדברים בדיבור בעלמא ושלא כמשמעות לשון דרשאין דמשמע דבא להשמיענו דרשאין ויכולים לעשות כן בלי דעת כולם. והלא הו"ל לפרש כפשוטו דמיירי בכה"ג שהוברר לכך דבזה הרשות בידם לעשות אף בלי דעת כולם וכמ"ש הר"מ בפירוש דברי הר"ת. ויתפרש על נכון לישנא דרשאין דאשמעינן שהרשות בידם ויכולין לעשות וכדברינו אלו כתב גם המהרי"ק בשורש ק"פ להוכיח דמה דמבואר בתשובת מוהר"מ דלמיגדר מילתא יש כח לטובי העיר לעשות תקנה אף בלי דעת כולם. [והיינו לפי הגירסא שהי' לפני מהרי"ק בתשובת מוהר"מ ולאו מיגדר מילתא הוא ע"ש במהרי"ק. דמשמע מזה דלמיגדר מילתא יש כח לטובי העיר בלי הסכמת כולם] דהוא דוקא במילי דשמיא עיי"ש ותבין גם דברינו. ולפי"ז ממילא לא יתכן נמי תירוץ הג' וכמובן:

איברא באמת אין אנו צריכין לדחוקי לישב סתירת דברי הר"מ הנ"ל כי כבר הקשו המהריב"ל ומהר"מ אלשיך שם סתירת דברי הר"מ בפשיטות דבפירוש דברי הר"ת כתב הר"מ הטעם דרשאין בני העיר להסיע על קצתן משום דטובי העיר יש להם כח להתנות אף בלי דעת כולם. ובתשובה מוקי להך ברייתא דרשאין בני העיר היכא דכבר התנו כולם מתחלה והסכימו בכך ואשמעינן דנתקיימו הדברים וכו' ותירצו דמ"ש הר"מ מתחלה לפרש דברי הר"ת דיש כח לט"ה לעשות אף בלי דעת כולם לא קאמר זאת רק לדעת הר"ת בלשון ראשון. אבל הר"מ גופי' באמת לא ס"ל כן רק כמ"ש בתשובה דאינם יכולים לעשות מחדש בלי דעת כולם והוא כלשון שני של הר"ת ע"ש ולפי"ז ליתא מעיקרא לתמיהת מוח"ז ז"ל על הסמ"ע דשפיר נסתפק הסמ"ע לדעת המוהר"מ בתשובה איך ס"ל במקום דאיכא מיגדר מילתא ותלי' בגרסת הלשון שם וכמ"ש הסמ"ע ולק"מ:

ובאמת מ"ש מוח"ז ז"ל לתרץ סתירת דברי הר"מ לחלק בין למיגדר מילתא בין לאו למיגדר מילתא. אינו עולה כהוגן להתיישב יפה סתירת דברי הר"מ דאכתי יש סתירה

בדבריו. חדא כמו שהקשו המהריב"ל ומהר"ם אלשיך שהבאתי בסמוך דבפירוש דברי הר"ת כתב הר"ם לפרש הך דלהסיע על קצתן משום דטובי העיר יש להם כח להתנות ולהפקיר אף בלי דעת כולם ובתשובה מפרש הך דלהסיע על קצתן היכא דכבר התנו כולם, וקמ"ל דנתקיימו הדברים. ועוד לפמ"ש המהרי"ק שורש ק"פ דהא דמבואר בתשובת מוהר"מ דלמיגדר מילתא יכולין ט"ה לעשות התקנה בלי דעת כולם [והיינו לפי הגרסא שהי' לפני מהרי"ק בתשובת מוהר"מ ולאו מיגדר מילתא הוא וכמש"ל] פשיטא דלא מיקרי מיגדר מילתא אלא במילי דשמיא שהדור פרוץ לעבור על דברי תורה ורוצים לגדור גדר ולעשות סייג ובזה הוא דקאמר מוהר"מ דיש כח לטובי העיר בלי הסכמת כולם. אבל לא בשום ענין השייך לתקנת העיר ולית בי' משום גדר מילי דשמיא. והביא ראי' לזה מדברי מוהר"מ שם בתשובה עיי"ש. ועיי"ש עוד שכתב וז"ל ואין להקשות סוף סוף אמאי לא מוקים בכה"ג דאיכא מיגדר מילתא דשמיא דפשיטא דאין זה קושיא כלל דהא לישנא דלהסיע על קיצתן לא משמע הכי דקיצתן משמע קצבה שלהם כלומר שהדבר נוגע אליהם ולא לשמים ועוד דבהדיא קתני רשאין בני העיר לעשות קופה תמחוי. ולהתנות על המדות ועל השערים ולהסיע על קצתן ויש לפרש הך קצתן דומיא דלהתנות על המדות ועל השערים דלאו מילי דשמיא הוא עכ"ל. והנה לפ"ז צ"ע דהרי הר"מ בפירוש דברי הר"ת נקט לשון מיגדר מילתא אהך דלהסיע על קצתן. וע"כ צ"ל אחת משתי אלה או דס"ל להר"מ בפירושו לר"ת דקצתן הוי ג"כ מילי דשמיא. או דס"ל להר"מ בפירושו לר"ת דמיגדר מילתא מיקרי אפי' בדבר שאינו נוגע לשמים. ועיין גם בשו"ת שער אפרים סי' ע"ב באמצע התשובה בד"ה אבל ז"א כי אף שהי' בידם וכו' שכתב שם דזה הוא מחלוקת בין הפוסקים אי מיגדר מילתא הוא דוקא במילי דשמיא עיי"ש. וא"כ הרי הר"מ סותר עצמו גם בזה דבפירושו לר"ת ס"ל דקיצתן הוי מילי דשמיא או דמיגדר מילתא מיקרי אפי' בדבר שאינו נוגע לשמים ובתשובתו ס"ל דקיצתן לא הוי מילי דשמיא ומיגדר מילתא אינו אלא במילי דשמיא וכמ"ש המהרי"ק. וא"כ לפי"ז אף לתירוץ מוח"ז ז"ל אכתי דברי הר"מ סותרים אהדדי וכאמור. אע"כ צ"ל כמ"ש המהריב"ל ומהר"מ אלשיך דהר"מ מתחלה לא כתב רק לפרש דברי הר"ת ולי' לא סבירא לי' כן רק כמו שכתב בתשובה:

ובגוף קושית מוח"ז ז"ל על הסמ"ע נלפענ"ד דאין כוונת הסמ"ע לומר דלהגרסא לאו מיגדר מילתא הוא ס"ל להיש חולקין דלמיגדר מילתא ג"כ אין כח לטובי העיר לעשות כרצונם. אלא דכוונתו הוא דלהאי גרסא ס"ל להיש חולקין דבכה"ג דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי לא הוי מיגדר מילתא אבל באמת היכא דליכא פסידא והוי מיגדר מילתא

כ"ע מודים דיש כח לטובי העיר לתקן בלי דעת כולם עיי"ש היטב בסמ"ע והבן. וא"כ לק"מ:

ולפי דברי המהריב"ל ומהר"מ אלשיך הנ"ל ליתא כמי למ"ש מוח"ז ז"ל להפליא על הרמ"א דעל דיעה הראשונה נרשם מרדכי פ"ק דב"ב והוא ממש לשון הר"מ ועל דיעה האחרונה שהוא היש חולקין נרשם תשובת מוהר"מ. והלא שפה אחת המה וממחבר אחד יצאו הדברים. ולא קשה מידי דנהי דהך דהר"מ והך דתשובת מוהר"מ ממקום אחד יהלכו וממחבר אחד יצאו הדברים עכ"ז שפיר הביאם הרמ"א לפלוגתא כי באמת דברי הר"מ ותשובת מוהר"מ אינם שוים ופלוגתא רחוקה יש ביניהם וכמו בהשני לשונות על דעת ר"ת שהביא המרדכי שם וכיוון הרמ"א בדעה הראשונה על לשון ראשון של הר"ת ועל הר"מ. ובדעת היש חולקין כיוון על לשון שני של הר"ת ועל הר"מ בתשובה:

ודע שלא מצאתי שיהא נרשם כך ברמ"א כמ"ש מוח"ז ז"ל רק בש"ע דפוס זיטאמיר אבל עיינתי בש"ע מדפוסים שונים חדשים וגם ישנים ולא מצאתי כן אלא אחר דעת היש חולקין נרשם מרדכי פרק הגוזל בתרא. והמרדכי שם הביא ב' תשובות דר"ת דהא דרשאין בני העיר להסיע על קצתן הוא היכא דכבר התנו ביניהם אבל להפקיע ממון שלא מדעת בעלים אסור עיי"ש. והובא גם בד"מ. אך יש להקשות קושית מוח"ז ז"ל על הד"מ שכתב וז"ל ומ"ש לעיל בשם הנ"י דלא אמרינן הפקר ב"ד הפקר אלא בב"ד כ"כ המרדכי פ"ק דב"ב דף רמ"ד ע"ג וכתב שם דטובי העיר בעירם הם כגדולי הדור בכל מקום והפקירן הפקר ויכולים לתקן ולמגדר בעיר כל מה שירצו וכמו שאמרו רשאין בני העיר להסיע על קצתן כו' ויש חולקין שם דבני העיר אינם רשאין אלא בדבר שכבר התנו ביניהם מדעת כולן אבל אם לא התנו מתחלה אין כח לבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו וכ"כ שם מוהר"מ דהא דרשאין בני העיר כו' היינו בדבר שנהגו בו מקדם כו' עיי"ש בד"מ. ועל דברי הד"מ האלו תיסוב שפיר קושית מוח"ז ז"ל דמתחלה הביא בשם המרדכי דטובי העיר הם כגדולי הדור והפקירן הפקר והוא ממש דברי הר"מ שבמרדכי ואח"כ מביא דעת היש חולקין וכתב על זה דכ"כ שם מוהר"מ. וכוונתו על תשובת מוהר"מ והלא שפה אחת להם וממחבר אחד יצאו הדברים. אולם בתירוצינו הנ"ל מיושב גם דברי הד"מ:

ועיקר דברי המהרי"ק שורש א' שהביא כ"ק מוח"ז ז"ל שכתב דהר"מ שהביא המרדכי לפרש לשון ראשון של הר"ת ומוהר"מ בעל התשובה שם חד הוא ועל זה בנה מוח"ז ז"ל יסודו להפליא על הרמ"א והסמ"ע. ואחרי המהרי"ק נמשכו נמי הריב"ל ומהר"מ אלשיך הנ"ל. אני בעניי לא ידעתי מנ"ל להמהרי"ק הא הלא שפיר י"ל דמה שהביא

המרדכי מתחלה בשם הר"מ לפרש לשון ראשון של הר"ת אין זה מהר"מ מרויטענבורג בעל תשובת מוהר"מ שהביא אח"כ אלא ר"מ אחר הוא. וגם יש לי להביא קצת ראי' לזה דתרי ר"מ נינהו. דמצאתי וראיתי בתשו' מהר"מ מרויטענבורג סי' תתקמ"א דאיתא שם תשובתו שהביא המרדכי כאן ושם כתב וז"ל ואנא לא שמעתי להא דר"ת וקיימתי' מסברא עכ"ל. והנה מ"ש המהר"ם מר"ב דהוא לא שמע להא דר"ת. כוונתו הוא על לשון שני של ר"ת שהביא המרדכי דבעינן דוקא דכבר התנו ביניהם וכמבואר להמעיין. ואי נימא דפירוש הר"מ שהביא המרדכי לפרש לשון ראשון של הר"ת הוא מהר"ם מר"ב. א"כ הו"ל למימר דשמע בשם ר"ת להיפך והיינו כלשון ראשון של הר"ת דאף היכא דלא הי' המנהג כן מקודם ולא התנו ביניהם מתחלה ג"כ יש כח לטובי העיר לעשות כרצונם. א"ו דמה שהביא המרדכי בשם הר"ם לפרש לשון ראשון של הר"ת לאו הוא מהר"מ מר"ב אלא תרי מהר"מ נינהו. ולפי"ז מעיקרא ליתא לקושי' הריב"ל ומהר"מ אלשיך על הר"מ משסותר עצמו ממ"ש לפרש דברי הר"ת למ"ש בתשובה. וליתא נמי לקושי' כ"ק מוח"ז ז"ל על הרמ"א והסמ"ע

(ג) **עוד** שם ברמ"א מי שנתחייב מלקות יתן ארבעים זהובים במקום מלקות. צ"ע דאמאי צריך ליתן ארבעים זהובים הלא מספר המלקות אינו רק ל"ט. וא"כ א"צ ליתן רק ל"ט זהובים, ובאמת ראיתי כן בשו"ת מהרש"ל סי' ק"א שכ' וז"ל ואם יבקש לפדות ממלקות יתן ל"ט זהובים. ליד ראובן דהיינו פדיון מספר המלקות עיי"ש. הרי שהוא כתב רק ל"ט זהובים וכ"כ בעיר שושן סוף סי' א', אולם י"ל דהרמ"א וסייעתו אזלו בשיטת הרמב"ם ז"ל שכתב בפי"ז מהלכות סנהדרין ה"א דמה דמכין רק ל"ט הוא מתקנות חכמים משום גדר דלא יוסיף עיי"ש. עיין בכ"מ ובלח"מ מה שגימגמו בדברי הרמב"ם בזה. ואנכי מצאתי כדברי הרמב"ם האלו מפורש במד"ר פ' קרח דאיתא שם וז"ל ארבעים יכנו לא יוסיף כנגד מ' קללות שנתקללו נחש וחוה ואדם ואדמה ופחתו חכמים אחת משום לא יוסיף ע"כ]. וא"כ לפי"ז היכא דבא לפדות עצמו ממלקות בממון דבזה ל"ש לפחות משום גדר דלא יוסיף שפיר מוקמינן אדין תורה וצריך ליתן ארבעים זהובים כמספר ארבעים יכנו:

סימן ג

(א) **סעיף א'** אין ב"ד פחות משלשה עיין בש"ך מה שהקשה על הרמב"ם ז"ל שפסק כרב אחא דמה"ת בחד סגי דמשמע אפי' יחיד הדיוט ומסוגיא דפ' המגרש ופ' החובל דאיתא להדיא טעמא דדייניהן בהודאות והלואות משום דאנן שליחותייהו קעבדינן אלמא דעס"ת בעינן תלתא מומחין. והקצה"ח כ' לתרץ עפ"י מה דמבואר בתוס' רפ"ק

דסנהדרין ד"ה ליבעי דלענין כפי' בעינן מומחין אליבא דכ"ע. א"כ למ"ד שעבודא לאו דאורייי' דכופין בהודאות והלואות לפרוע החוב אין בו אלא משום פריעת בע"ח מצוה וכמו לולב איני עושה סוכה איני עושה. ובכה"ג בעינן מומחין וזה הוא דקאמר מידי דהוי אהודאות והלואות דשליחותייהו קעבדינן היינו לענין כפי' לפרוע החוב עיי"ש. והנתיבות השיג עליו דכיון דדמי לסוכה איני עושה דכופין אותו לקיים המצוה כל אדם מצווה להפריש חבירו מאיסור אפי' מי שאינו בכלל ב"ד כדמוכח בב"ק דף כ"ח גבי נרצע שכלו ימיו דיכול רבו להכותו להצילו מאיסור שפתה ועיין במשובב שכתב להצדיק דבריו שבקצה"ח דדוקא כשחבירו רוצה לעשות איסור מצוה הוא על כל אחד להפרישו וכמו התם באיסור שפחה וכן מי שרואה חבירו לובש שעטנז יכול לפשטו מעליו אבל לכופו לקיים מצות עשה כגון מי שאינו עושה סוכה או אינו נותן צדקה לזה צריך ב"ד דוקא ואנן שליחותייהו קעבדינן עיי"ש. ובאמת כדבריו איתא בהרמב"ם ז"ל פ"ז מה' מתנות עניים ובטוש"ע יו"ד סי' רע"ח גבי צדקה דמי שאינו רוצה ליתן צדקה ב"ד כופין אותו עד שיתן. הרי דנקטו דייקא ב"ד. ועיין גם בס' החינוך להרא"ה מצוה וא"ו שכ' תה לשונו. וכלל גדול בכה"ת לכל האומר שיבטל מ"ע שכופין אותו ב"ד אם יש כח בידם עד שיקיימנו עכ"ל. הרי דגם הוא נקט דוקא ב"ד בכל מ"ע. אולם מדברי התוס' חגיגה דף ד' ע"א ד"ה לא נצרכה יש להוכיח דלכופו לקיים מ"ע לא בעינן ב"ד. והוא שכתבו שם דחציו עבד וחציו ב"ח כיון דעומד לכוף את רבו לשחררו כמאן דמשחרר דמי עיי"ש. והנה כתבו התוס' סוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה לאו דאף הנך דס"ל כל העומד לבצור כבציר דמי והעומד לגזוז כגזוז דמי וכן לזרוק ולפדות ולשרוף מ"מ מודים דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כיון דצריך דיינין ולאו בידו הוא וכדאמר גבי גר מי יימר דמזדקק לי' בי דינא עיי"ש. הרי חזינן מדברי התוס' האלו דהיכא דצריך ב"ד לא אמרינן דהוי כאילו כבר נעשה. וא"כ מ"ש התוס' גבי חציו עבד וחציו ב"ח דכיון דעומד לכוף את רבו לשחררו כמאן דמשחרר דמי ע"כ צ"ל דלא בעינן ב"ד לכוף את רבו. והרי עת דבחציו עבד וחציו ב"ח כופין את רבו לשחררו הוא כדי שיקיים העבד המ"ע דפרו ורבו ומצוה דלשבת יצרה וכדתנן בגיטין פ' השולח דף מ"א. הרי בהדיא דלכוף לקיים מ"ע לא בעינן ב"ד. ומה גם דהא כ"ש היא מהתם דמה התם בח"ע וחציו ב"ח. מה דכופין את רבו לשחררו הוא רק כדי שיקיים העבד המ"ע ולא האדון בעצמו. ואפ"ה לא בעינן ב"ד. כ"ש לכוף את האדם שהוא בעצמו יקיים המ"ע דלא בעינן ב"ד. ולפי"ז נ"ל דמה דנקטו הרמב"ם והטוש"ע והרא"ה הנ"ל ב"ד הוא לאו דוקא. וכן ראיתי בח"ס החו"מ סי' קע"ז שכ' שם דגם לכופו לקיים מ"ע לא בעינן ב"ד וכל אחד יכול לכוף את חבירו לקיים המצוה וכתב

שם ג"כ דמה שהזכירו בכל מקום ב"ד הוא לאו דוקא עיי"ש. והוא לא הביא שום ראי' לזה אלא דכתב כן מסברא דנפשי' [ולא הזכיר נמי ממחלוקת הקצה"ח והנתיבות בזה], אבל מדברי התוס' הנ"ל יש ראי' נכונה לדבריו:

ובלא"ה לא עלה ארוכה כלל בתירץ הקצה"ח הנ"ל, דהא תירוצו יתכן רק למ"ד של"ד דלדידי' פריעת בע"ח אינו רק משום מצוה [וכ"כ בשטמ"ק כתובות דף פ"ו בשם הרא"ה] מש"ה בעינן דוקא ב"ד לכופו לקיים המצוה דפריעת בע"ח. אבל למ"ד שיעבודא דאורייי' דיורדין לנכסיו מכח דהנכסים הם משועבדים ולאו משום דפריעת בע"ח מצוה לבד הרי לא בעינן ב"ד מומחין בזה וכמבואר בקצה"ח גופי' וא"כ תירץ הקצה"ח אינו מספיק רק לישב הסוגיא דפ' המגרש דשם מה דקאמר רב יוסף דבהודאות והלואות אנן שליחותייהו קעבדינן לאביי הוא דקאמר כן ושפיר אהדר לי' לאביי לשיטתו דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכמ"ש בקצה"ח אבל הא אכתי קשה להרמב"ם ז"ל מסוגיא דפ' החובל דשם אמרינן ג"כ דבהודאות והלואות אנן שליחותייהו קעבדינן והתם סתמא דתלמודא קאמר זאת. וא"כ זה הוא דוחק לומר דסתמא דתלמודא דהתם ס"ל ג"כ שעבודא לאו דאורייתא. ומהגם דהא התם אזיל הש"ס אליבא דרבא עיי"ש. והרי רבא ס"ל שעבודא דאורייתא וכמ"ש הראשונים ובראשם התוס' גיטין דף נ' ע"א ד"ה כיון עי"ש, ועוד דהרי הש"ך הק' גם מהרמב"ם ז"ל גופי' דבפ"ה [בש"ך איתא פ"ג וט"ס הוא] מה' סנהדרין כתב גם הרמב"ם ז"ל בעצמו כן דבדיני הודאות והלואות אנן בח"ל שליחותייהו קעבדינן עיי"ש. והלא הרמב"ם ז"ל ס"ל שיעבודא דאורייתא וכמבואר בהדיא בהרמב"ם ז"ל פי"א מה' מלוה והובא גם בש"ך סי' ל"ט ריש סק"ב, וא"כ לא עלה תרופה בתירוץ הקצה"ח לקושית הש"ך על הרמב"ם ז"ל מסוגיא דפ' החובל ומהרמב"ם גופי' מפ"ה מה' סנהדרין דהא ע"כ כוונת הש"ס בפ' החובל וכן נמי כוונת הרמב"ם הוא כפשטא, דבדיני הודאות והלואות היינו לדון בלבד אנן שליחותי' קעבדינן ואין כוונתם כלל דלענין לכוף לפרוע חוב עבדינן שליחותייהו ושפיר קשה קושית הש"ך:

אמנם באמת נלע"ד בישוב דברי הרמב"ם ז"ל כמ"ש הקצה"ח דמה דאמרינן דבהודאות והלואות אנן שליחותייהו קעבדינן היינו לענין לכוף לפרוע החוב ולא לענין לדון בלבד, אך מ"ש הקצה"ח דמש"ה בעינן ב"ד מומחין לכוף לפרוע חובו כיון דלמ"ד של"ד פריעת בע"ח אינו רק מצוה ולכוף לקיים מ"ע בעינן מומחין, באמת ז"א וכמ"ש להוכיח מדברי התו' הנ"ל. אלא דנ"ל מטעם אחר והוא עפ"י מ"ש הח"ס שם לחלק בין חקים ובין משפטים דבחקים לא בעינן ב"ד ובמשפטים בעינן ב"ד, וחקים היינו מ"ע ול"ת, ומשפטים הוי ב' דברים אחד לעשות משפט למחלל שבת ולהורג נפש ולעובר על לאו,

ב' להוציא ממון מיד המוחזק אפי' גזילות וכדומה ולהוציא אשה מיד בעלה בזה צריך ב"ד מומחין ואנן שליחותייהו קעבדינן עיי"ש. וא"כ שפיר בפריעת בע"ח דלמ"ד של"ד כופין אותו לפרוע חוב משום מצוה ולמ"ד שיעבודא דאורייתא יורדין לנכסיו, דמוציאין ממון מיד המוחזק שפיר בעינן ב"ד מומחין, וא"כ שפיר נוכל לפרש גם הסוגיא דפ' החובל וגם דברי הרמב"ם ז"ל פ"ה מה' סנהדרין דכוונתם היא דלענין פריעת חוב עבדינן שליחותייהו ואף דרבא וגם הרמב"ם ז"ל ס"ל שעבודא דאורייתא ויורדין לנכסיו מ"מ בעינן ב"ד מומחין כיון דמוציאין ממון מיד המוחזק ולזה עבדינן שליחותייהו, אבל לדון בלבד לא בעינן בהודאות והלואות ב"ד מומחין כיון דבדין בלבד אין מוציאין ממון מיד המוחזק רק דהב"ד פוסקין את הדין. והן אמת דלכאורה מדברי התוס' הנ"ל יש ראי' נמי דלא כהח"ס דאף היכא דמוציאין מיד המוחזק לא בעינן ב"ד דהרי בחציו עבד וחציו ב"ח דכופין את רבו לשחררו. הרי מוציאין את העבד מיד רבו שלא ישתעבד בו דהי' עובד את עצמו יום אחד ואת רבו יום אחד וכדתני במתני' שם. ואפ"ה לא בעינן ב"ד וכמש"ל. אולם ז"א די"ל דחציו עבד וחציו ב"ח דכופין את רבו לשחררו לא דמי למוציא ממון מיד המוחזק כיון דהתם הרי כותב שטר לרבו על חצי דמיו וכדתני במתני' שם,, וא"כ הרי אין מוציאין אותו לגמרי מיד רבו. משא"כ כשמוציאין ממון מיד המוחזק, ועפי"ז יהא מיושב נמי מה שיש לתמוה על התוס' דכיון דלפי דברי התוס' סוטה וחגיגה הנ"ל צ"ל דלכוף לקיים מ"ע לא בעינן ב"ד וכמ"ש. א"כ קשיא על התוס' סוטה אמאי בשטר העומד לגבות בעינן ב"ד הרי גם התם איכא מצוה דפריעת בע"ח בין למ"ד של"ד ובין למ"ד שעבודא דאורייתא. אבל לפי הנ"ל א"ש דשאני שטר העומד לגבות כיון דמוציאין ממון מיד המוחזק הלכך בעינן ב"ד אף דהוי מצוה משא"כ בחציו עבד וחציו ב"ח דכותב שטר על חצי דמיו לא הוי כמוציא מיד המוחזק אלא הוי כשאר מ"ע ולא בעינן ב"ד, אולם שוב ראיתי דאין אנו צריכין לזה דבלא"ה לק"מ על התוס' סוטה הנ"ל. והוא עפ"י מ"ש התומים בסי' ס"ז סק"ב לפרש דברי התוס' סוטה הנ"ל דכוונתם הוא דוקא כשבא לגבות מיתומים דאין גובה אלא בשבועה והשבועה צ"ל בב"ד. וא"כ שפיר י"ל אולי לא יזדקק לי' ב"ד ולכך לא הוי כגבוי. משא"כ כשהלוה חי דא"צ שבועה אי לא טען ישבע לי א"כ א"צ ב"ד כלל והוי כגבוי עיי"ש וא"כ שפיר כתבו התוס' דבשטר העומד לגבות בעינן ב"ד אף דאיכא מצוה דפריעת בע"ח ובמצוה לא בעינן ב"ד דשאני התם כיון דצריך שבועה, וכל זמן שלא משתבע בודאי אין שום אדם נזקק לכופו לפרוע דדלמא אינו חייב כלל וליכא מצוה כלל ועיין גם בקצה"ח סי' י"ב שהביא בשם הכנה"ג בסי' פ"ב שהעלה דמה דאמרי' בשטר העומד לגבות לא הוי כגבוי הוא דוקא בשטר ספק, אבל בשטר ברור הוי

כגבוי עיי"ש. ולפי דבריו ג"כ ניחא ולק"מ קושיתינו הנ"ל כיון דהתוס' איירי בשטר ספק ודלמא אינו מחויב כלל לפרוע וליכא מצוה כלל. אכן לפי"ז דבשטר ברור וא"צ שבועה כ"ע מודים דהוי כגבוי וא"צ ב"ד, א"כ שוב איכא סתירה מזה לדברי הח"ס הנ"ל דהא חזינן, דאף היכא דמוציאין מיד המוחזק לגמרי לא בעינן ב"ד, אולם באמת זה אינו עומד לנגדו לסתור כלל דבאמת אי אמרינן דהוי כגבוי שוב לא חשיב כמוציא מיד המוחזק אלא בעל השטר הוא מוחזק והא בהא תליא. וכן מבואר בהדיא במשנה ובגמרא סוטה שם דפליגי ב"ש וב"ה במתני' בסוטות הראויות לשתות ומתו בעליהן עד שלא שתו ב"ש אומרי' נוטלת כתובה ובה"א לא נוטלת כתובה ואמרינן בגמרא דפליגי בהא דב"ש סברו שטר העומד לגבות כגבוי דמי והוי האשה מוחזקת ועל היתומים להביא ראי' להפסידה כתובתה וב"ה סברו שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי והוי היתומים מוחזקין ועלי' להביא ראי' שלא זינתה עיי"ש וברש"י שם. הרי דאם אמרינן דהוי כגבוי חשיב בעל השטר המוחזק וא"כ ליכא סתירה מזה לדברי הח"ס הנ"ל. אך לפי"ז צ"ל דמה דאיתא בש"ס וברמב"ם ז"ל דבהודאות והלואות אנן שליחותייהו קעבדינן הכוונה הוא שתובע ממנו ע"י עדי הודאה או ע"י עדי הלואה וכן פירש"י בב"ק פ' החובל ובריש סנהדרין עיי"ש ולא כשתובע ממנו מלוה בשטר דאי כשתובע ממנו מלוה בשטר הרי שוב הוי כגבוי ולא חשיב כמוציא מיד המוחזק ושוב לא בעינן ב"ד מומחין והבן בכל זה.

ואחר שתקעתי את עצמי לבקר הדברים אם אין בהם עיקש ונפתל שבתי וראיתי דמ"ש לעיל דעפ"י מה דמבואר בקצה"ח דתירוצו אינו סובב רק למ"ד של"ד דלדידי' פריעת בע"ח אינו רק משום מצוה מש"ה בעינן דוקא ב"ד לכופו לקיים המצוה דפריעת בע"ח אבל למ"ד ש"ד דיורדין לנכסיו לזה לא בעינן ב"ד. א"כ תירוצו אינו מספיק רק לישב הסוגיא דפ' המגרש אבל אכתי קשה מסוגיא דפ' החובל דשם קאי הש"ס אליבא דרבא וגם מהרמב"ם גופי' דהם ס"ל ש"ד, באמת ז"א דשפיר יש מקום לתירוץ הקצה"ח גם למ"ד ש"ד. והוא עפ"י מ"ש הריב"ש סי' תפ"ד דאפי' למ"ד ש"ד וב"ד יורדין לנכסיו אם א"א לב"ד לירד לנכסיו בודאי מכין אותו עד שתצא נפשו לקיים המצוה דפריעת בע"ח עיי"ש. וא"כ שפיר גם למ"ד ש"ד בעינן ב"ד מומחין לכופו היכא שא"א לב"ד לירד לנכסיו אמנם בכל זאת אכתי לא הונח לי בתירץ הקצה"ח מטעם שהוכחתי לעיל מהתוס' חגיגה וסוטה דגם לכוף לקיים מ"ע לא בעינן ב"ד. לזאת נלע"ד עיקר בישוב דברי הרמב"ם כמו שכתבתי:

ומ"ש עוד שם במשובב דלהפרישו מאיסור אינו אלא הכאה בעלמא. אבל ב"ד שכופין לקיים מ"ע מכין אותו עד שתצא נפשו. נ"ל דלאו בכל הלאוין אינו אלא הכאה. כי בלובש

שעטנז וכדומה ג"כ מכין אותו עד שתצא נפשו, והוא עפ"י מה שהקשה בשו"ם חו"י בהשמטות לדף קנ"ו דפוס פרנקפורט דאמאי במ"ע מכין אותו עד שתצא נפשו. ואמאי בל"ת אין מצילין הרודף לעשותו בנפשו של עושה חוץ מהמנויים במשנה וכי חמיר עשה מל"ת [באמת קצת מראשונים הוכיחו מכאן דעשה חמיר מל"ת והובא גם במשובב שם]. ותירץ דגבי ל"ת אם אכתי לא עבר אפי' מבקש לעשותו הוי חסר מעשה ודלמא יחזור בו רק יתרו בו ואם יעבור יקבל עונשו ומה נעשה לו עוד דמה דהוי הוי משא"כ במ"ע דבישיבתו בטל עובר מכין אותו כדי שיקיימו לענות גופו כדי לקיים נשמתו עכ"ל ולפי דבריו מה דבל"ת אין מכין אותו עד שתצא נפשו הוא משום דמחוסר מעשה הוא ודלמא יחזור בו ולא יעשה א"כ זה הוא דוקא כשרודף לעשות העבירה אבל כשכבר עשה העבירה וכגון שלבש שעטנז דכל זמן שאינו פושטו עובר בכל רגע ורגע על הלאו על כל שהי' ושהי' בכה"ג מכין אותו עד שתצא נפשו עד שיפשיט מעליו דהא בכה"ג בישיבתו בטל עובר על הלאו וכמו במ"ע דבישיבתו בטל אינו מקיים העשה:

ומ"ש בקצה"ח להסיר תלונת התומים מהב"ח במה שהביא בשם התוס' יפה כיוון בזה והמעיין בהעתקות דברי הב"ח שהעתיק התומים יראה דהתומים במחכ"ת לא דק יפה בלשון הב"ח לכן השיג עליו, ומ"ש עוד הקצה"ח על מ"ש הב"ח דמיהו לפרש"י דלפניהם קאי אשבעים זקנים שעלו עמו להר כו' אין חילוק כלל דבכל ענין בעינן סמוכין וכתב הקצה"ח דלשונו הוא שלא בדקדוק דהא עיקר החילוק שכתבו התוס' בין מילי דכפי' לדינין בעלמא הוא רק לפרש"י דלפניהם קאי אשבעים זקנים דלפירוש התוס' דלפניהם קאי אאלקים ליכא חילוק בין מילי דכפי' לדין בעלמא עכ"ל, והנה מ"ש דהתוס' מחלקו כן לפרש"י בזה ודאי הצדק עמו דבהדיא מבואר כן בתוס' רפ"ק דסנהדרין ד"ה ליבעי. אך מ"ש דלפירוש התוס' דלפניהם קאי אאלקים ליכא חילוק בין מילי דכפי' לדינין בעלמא ובכל ענין בעינן סמוכין. לא הבינותי לכאורה דאמאי לא נימא דחילוק התוס' סובב גם לפי פירושם דלפניהם קאי אאלקים דהרי גם לפירוש התוס' קשה דל"ל תרווייהו לפניהם ואלקים למעט והדיוטות וע"כ גם לפי פירושם צ"ל כן דמאלקים ילפינן דבעינן מומחין במה שכתוב בפרשת ומלפניהם ילפינן דבשאר משפטים במילי דכפי' בעינן מומחין. וכמו שכתבו התוס' אליבא דפרש"י. ונ"ל דסברתו הוא. דהנה מה שכתבו התוס' דמלפניהם ילפינן דדוקא במילי דכפי' בעינן מומחין בשאר כל המשפטים ובדין בעלמא בלי כפי' לא בעינן מומחים בשאר כל המשפטים הוא משום דכתיב אשר תשים ודרשינן בגמרא אשר תשים אלו כלי הדיינים דשייך בהם שימה. ומש"ה כתבו התוס'

לפרש הקרא דואלה המשפטים אשר תשים לפניהם גם לענין מומחין על דרך זה דרק המשפטים אשר תשים היינו שיכופו אלו יהיו לפני המומחין עיי"ש היטב בתוס':
ובאמת הוא דחוק קצת דהרי נוכל לתרץ דמלפניהם ילפינן דבכל המשפטים בעינן מומחים ואפי' בדין בעלמא בלי כפי'. ונוכל לפרש מה דכתיב אשר תשים היינו שישים לפני מומחין וכפשטא דקרא ולא צריכין לכנוס בפרצה דחוקה לומר דכוונת הקרא הוא דרק המשפטים אשר תשים היינו שיכופו אלו יהיו לפני מומחין, ומהגם דבעירובין דף נ"ד ע"ב דרשינן דרשה אחריתא ממה דכתיב אשר תשים ולא אשר תלמדם שחייב להראות פנים עיי"ש וברש"י שם. ועיין גם בהרשב"א גיטין דף פ"ח שכתב ג"כ לתרץ כן דמלפניהם ילפינן דבכל המשפטים בעינן מומחין. ולא הוזכר שם כלל כפי'. ומשמע בהדיא מדבריו שם דבכל המשפטים בעינן מומחין אף בדין בעלמא בלי כפי' עיי"ש, אכן כיון דהתוס' באו בזה לתרץ אליבא דפרש"י דלפניהם קאי אשבעים זקנים הוכרחו התוס' לחלק כן בין מילי דכפי', לדינין בעלמא, והוא דהנה לפרש"י דלפניהם קאי אשבעים זקנים הרי מלפניהם לבד אף לולא אלקים ג"כ ידעינן דבעינן מומחין דהא השבעים זקנים היו מומחין, וא"כ אי נימא דמלפניהם ילפינן דבכל המשפטים בעינן מומחים אפי' בדין בעלמא בלי כפי' א"כ אכתי הקושיא במקומה עומדת דל"ל אלקים דהרי כיון דמלפניהם ילפינן דבכל המשפטים בעינן מומחין ממילא ידעינן דגם בשומרים וגזילות וחבלות בעינן מומחין. אע"כ צ"ל דמלפניהם לא ממעטינן הדיוטות בכל המשפטים רק במילי דכפי' ומפרשינן הקרא דואלה המשפטים אשר תשים לפניהם דרק המשפטים אשר תשים היינו שיכופו אלו יהיו לפני מומחין, אבל בדין בעלמא בלי בפי' לא בעינן מומחין בשאר כל המשפטים. ושפיר אצטריך אלקים להורות דבשומרים וגזילות וחבלות בעינן מומחין אפי' בדין בעלמא בלי כפי'. משא"כ לפירוש התוס' דלפניהם קאי אאלקים הרי מלפניהם לבד לא ידעינן דבעינן מומחין דהיכי משמע מיעוט הדיוטות מלפניהם. וכ"כ הרשב"א גיטין שם. ועיקר הילפותא דבעינן מומחין הוא מאלקים. ולדידהו לא קשה רק על לפניהם דל"ל לפניהם דכיון דמאלקים לבד ג"כ ידעינן דבעינן מומחין, א"כ שפיר מצינן למימר דמאלקים לבד לא ידעינן רק בשומרים וגזילות וחבלות דבעינן מומחין ואצטרך לפניהם למילף דבכל המשפטים ואפי' בדין בעלמא בלי כפי' בעינן מומחין ומפרשינן הקרא דאשר תשים בפשטא היינו שישים לפני מומחין דהא לדידהו לא תקש' דאי מלפניהם ילפינן דבעינן מומחין בכל המשפטים אפי' בדין בעלמא בלי כפי', א"כ אלקים ל"ל דז"א דהא אי לאו אלקים לא הוי יכול למעט הדיוטות כלל מלפניהם לבד וא"כ שפיר התוס' לפירושם דלפניהם קאי אאלקים לא הצריכו כלל לחלק בין מילי

דכפי' לדין בעלמא אלא דגם בדין בעלמא אפי' בלא כפי' בעינן מומחין וכמו שמתרץ הרשב"א, כן נ"ל דזה הוא סברת הקצה"ח במ"ש דהתוס' לא מחלקו בין מילי דכפי' לדין בעלמא רק לפרש"י ולא לפירוש התוס' דלפניהם קאי אאלקים והבן היטב:

אמנם אף כי כנים אנחנו בדברינו הנ"ל לדעת הקצה"ח דחילוק התוס' הנ"ל אינו רק לפרש"י ולא לפירוש התוס' דלפניהם קאי אאלקים, אבל באמת בתוס' גיטין דף פ"ח ד"ה לפניהם נראה דמחלקו כן גם לפירושם עיי"ש, וביותר נראה כן בתוס' ב"ק דף ט"ו ע"א ד"ה אשר תשים כו'. שלא הזכירו שם כלל פירש"י רק פירושם דלפניהם קאי אאלקים והקשו שם ג"כ דל"ל לפניהם. ותירצו דלפניהם אצטריך למילי דכפי' עיי"ש. ומהתימא על הקצה"ח איך הי' בהעלם עיניו דברי התוס' אלו.

ועיין ברשב"א גיטין שם שלפי תירוצו שמתרץ דאצטריך לפניהם לכל המשפטים דבעינן מומחין ואפי' בדין בעלמא בלי כפי', תמה שם לפי"ז על פרש"י דלפניהם קאי אשבעים זקנים. א"כ אלקים למאי אצטרך ועירוב פרשיות למאי אצטרך עיי"ש. ולא זכיתי להבין דהרי גם לפי פירושו דלפניהם קאי אאלקים קשה עירוב פרשיות למאי אצטריך דהרי כיון דמלפניהם ממעטינן הדיוטות בכל המשפטים שוב א"צ עירוב פרשיות, והא זאת א"א לומר דמה דאמרי' מכח דכתיב לפניהם בכל המשפטים דאלקים קאי אכל המשפטים למעט הדיוטות, דהוא דוקא למ"ד ע"פ כתיב ואלקים דכתיב בפרשה דש"ח קאי אפרשה דאם כסף תלוה לכן שפיר י"ל מכח דכתיב לפניהם בכל המשפטים דאלקים קאי גם אשאר משפטים, אבל למ"ד אין ע"פ כתיב ואלקים לא קאי רק דייקא אשומרים ולא אפרשה דאם כסף תלוה לא נוכל לומר מכח דכתיב לפניהם בכל המשפטים דאלקים קאי אכל המשפטים, דז"א דמה סברא יש בזה לומר כן דהלא מה דפליגי אי ע"פ כתיב לאו פלוגתתם אהא דכתיב בפרשה דש"ח אלקים ולענין אי בעינן מומחין בהודאות והלואות אם קאי אלקים אפרשה דאם כסף תלוה אי לא אלא דפלוגתתם הוא אתא דכתיב בפרשה דש"ח אשר יאמר כי הוא זה דילפינן מיני' מודה במקצת הטענה ישבע בזה פליגי אי אשר יאמר כי הוא זה קאי אשומרים ובעינן בשומרים הודאה במקצת או קאי אאם כסף תלוה ודוקא במלוה בעינן מודה במקצת ולא בשומרים וע' בש"ס ב"ק דף ק"ז דשם הוא מקור הפלוגתא. רק דלענין מומחין אי בעינן מומחין בהודאות והלואות ממילא נשמע דלמ"ד ע"פ כתיב ובשומרים לא בעינן הודאה במקצת ואשר יאמר כי הוא זה קאי אאם כסף תלוה ממילא נשמע דבהודאות והלואות בעינן גם מומחין דכיון דע"פ כתיב הרי גם אלקים קאי אאם כסף תלוה ולמ"ד דאין ע"פ כתיב ואשר יאמר כי הוא זה קאי רק אשומרים ובעינן בשומרים הודאה במקצת ממילא גם אלקים לא קאי אאם,

כסף תלוה ולא ידעינן דבעינן מומחין בהודאות והלואות אבל באמת מאלקים גופי' לא מיירי כלל אי קאי אאם כסף תלוה או קאי דייקא אשומרים וא"כ שפיר כשיש לנו הקרא דלפניהם למיליף מיני' דאלקים קאי אכל המשפטים. שוב אין חילוק בין אי ע"פ כתיב ובין אי אין ע"פ כתיב. ואפי' דאין ע"פ כתיב שפירי נוכל למיליף מלפניהם ומאלקים דבעינן מומחים בכל המשפטים והבן היטב וצ"ע, ועל התוס' שתירצו דמלפניהם ילפינן דבכל המשפטים דוקא במילי דכפי' בעינן מומחין וכמ"ש בסמוך בשם התוס' גיטין וב"ק לק"מ ע"פ למאי איצטריך דשפיר אצטריך ע"פ למיליף דבדיני הודאות והלואות בעינן מומחין אפי' בדין בעלמא בלי כפי' דהא אי אין ע"פ הוי אמרינן דגם בהודאות והלואות לא בעינן מומחין רק במילי דכפי' וכמו בשאר כל המשפטים, משא"כ לתירוץ הרשב"א דמלפניהם ילפינן דבכל המשפטי' בעינן מומחים ואפי' בדין בעלמא בלי כפי' שפיר קשה ע"פ למאי אצטריך וצע"ג בעיני ודו"ק:

(ב) **שם ברמ"א** דא"א דלית בהו חד דיודע כו'. כן הוא בגמרא רפ"ק דסנהדרין דפריך אמו בתלתא מי לא הוי יושבי קרנות ומשני דא"א דלית בהו חד דגמיר ועיין בקצה"ח סוף סי' ל"ו ובשער משפט בסי' זה שהקשו מכאן לשיטת הפוסקים דגם בדיינים אם נמצא אחד מהם קא"פ נתבטל כל הועד כמו בעדים. א"כ כיון דמאן דלא גמיר פסול לדינא ואשירה הוא מה מהני, מה דיש ביניהם חד דגמיר הא כל הועד בטל וכמו בנמצא אחד מהם א"פ עיי"ש. ולפענ"ד לק"מ והוא עפ"י מ"ש התומים בסי' ל"ו דאשה כיון שאינה ראוי' להעיד כלל אינה בגדר עד ואין עדותה מבטלת עדות הכשרים מדין נמצא קא"פ עיי"ש, ולפ"ז י"ל דהה"נ בדיינים. מאן דלא גמיר דאינו ראוי כלל לדון לא מהני צירופו לבטל שאר הדיינים שיודעים לדון ולא דמי כלל לנמצא קא"פ והוא פשוט:

(ג) **עוד שם ברמ"א** אבל אם דיינים קבועין בעיר כו', צריך לדעת הלא זבל"א עדיף טפי מב"ד של שלשה כיון דבזבל"א יוצא הדין יותר לאמיתו וכמבואר בגמרא רפז"ב וא"כ אמאי לא יתא בכחו לומר שידון בזבל"א אף שיש דיינים קבועים בעיר כדי שיצא הדין יותר לאמיתו, אמנם ראיתי בעיר שושן שכתב טעמא לדינא דהרמ"א כאן דאל"כ כל אחד ידחה חבירו וימשיכנו כדי לישמט מדינו עכ"ל, וא"כ א"ש דנהי דזבל"א עדיף טפי מב"ד של שלשה מ"מ כשיש דיינים קבועים בעיר אינו יכול לומר שידון בזבל"א דתקנה היא כן כדי שלא ישמט מדינו, אך לפי"ז נ"ל דדוקא הנתבע הוא דאינו יכול לומר כן אבל התובע יכול לומר שידון בזבל"א אף שיש ב"ד קבוע בעיר דהא לגבי התובע ל"ש טעמא דהע"ש וא"כ שפיר יכול התובע לעולם לומר שידון בזבל"א כדי שיצא הדין יותר לאמיתו, ובאמת גם הרמ"א לא כתב דין זה רק לגבי הנתבע ולא לגבי התובע, ושוב

מצאתי וראיתי כן בהדיא לזקיני התוס' יו"ט רפ"ג דסנהדרין שכתב שם דהנתבע לא מצי למדחי להתובע לדון בזבל"א כשיש ב"ד קבוע בעיר וכן הגי' הרמ"א בסי' ג' עכ"ל. הרי דנקט דייקא דהנתבע לא מצי למדחי להתובע. ומשמע בהדיא דהתובע יכול לומר שידון בזבל"א אף בכה"ג. ולכאורה מדברי התוי"ט שם יש להוכיח דהתובע לעולם אינו יכול לכוף לנתבע לדון בזבל"א אף דליכא ב"ד קבוע בעיר. והוא דהתוי"ט שם לעיל הביא לשון הג"א שכתב אהא דתני במתני' זבל"א וזבל"א דהכא מיירי כששניהם מתרצים לב"ד ואז אין לנו לכופן לדון אלא לפני מי שמתרצים כו' וכתב ע"ז התוי"ט וז"ל מיהו נ"ל דזה שאמר כששניהם מתרצים לאו דוקא אלא כלומר כשהנתבע מתרצה כו' עיי"ש, ומדנקט התוי"ט דייקא כשהנתבע מתרצה ולא קאמר כשאחד מתרצה והיינו או התובע או הנתבע משמע דדעתו הוא דדוקא הנתבע יכול לכוף לתובע לדון בזבל"א אבל התובע לעולם אינו יכול לכוף לנתבע לדון בזבל"א אף דליכא ב"ד קבוע בעיר, ולפי"ז שפיר כתב אח"כ דייקא דהנתבע לא מצי מדחי להתובע לדון בזבל"א כשיש ב"ד קבוע בעיר כיון דהתובע לעולם לא מצי לכוף לנתבע לדון בזבל"א אף שאין ב"ד קבוע בעיר. אמנם ז"א דלא יתכן לומר כן דדעת התוי"ט הוא דרק הנתבע יכול לכוף לתובע לדון בזבל"א ולא התובע להנתבע. חדא דמסתימת כל הפוסקים משמע דאין חילוק בזה בין תובע לנתבע ועוד דהלא בגמרא ובפוסקים מבואר בהדיא דכח התובע אלים יותר מכח הנתבע דאיתא בגמרא ובפוסקים דהתובע יכול לומר נלך לבית ועד והנתבע אינו יכול לומר נלך לבית ועד ועיין גם בסמ"ע סי' י"ג סק"ט מ"ש שם אהא שכתב הרמ"א שם דאם הנתבע אומר שהוא יברור שנים כו' הרשות בידו וכתב הסמ"ע דכ"ש תובע יכול לומר כן דאלים יותר כח התובע מכח הנתבע עיי"ש. וע' מזה גם בשו"ת שב יעקב חחו"מ סי' א' בתשובת הגאון מוהר"ר ברוך כהנא עיי"ש, ועוד דהא גם התוי"ט שם כתב דזבל"א עדיף טפי מב"ד של שלשה כיון דבזבל"א יוצא הדין יותר לאמיתו והוכיח כן גם מלישנא דמתני' דקתני ד"מ בשלשה זבל"א וזבל"א עיי"ש. וא"כ איך יתכן לומר דהתובע א"י לומר שידון בזבל"א כדי שיצא הדין לאמיתו ומה גם דהרי במתני' קתני סתם זבל"א וזבל"א ומשמע דאין חילוק בין תובע לנתבע. לכן נ"ל וראי דגם דעת התוי"ט הוא דהתובע יכול לכוף לנתבע לדון בזבל"א והא דנקט התוי"ט שם דייקא כשהנתבע מתרצה. לרבותא הוא דנקט כן דאף דכח התובע אלים יותר מכח הנתבע מ"מ אם הנתבע מתרצה לדון בזבל"א והתובע רוצה בפני ב"ד של שלשה אין התובע יכול לכוף לנתבע לדון בפני ב"ד של שלשה כיון דבזבל"א יוצא הדין יותר לאמיתו ועדיף טפי מב"ר של שלשה. אבל לעולם כשהתובע רוצה לדון בזבל"א בודאי דיכול לכוף לנתבע. ומעתה שוב שפיר איכא הוכחה נכונה

מדכתב התוי"ט הנ"ל כשיש ב"ד קבוע בעיר לא מצי הנתבע לדחות להתובע לדון בזבל"א ולא נקט כאן רבותא טפי דאפי' תובע דכחו אלים יותר מכח הנתבע אפ"ה לא יכול לכוף לנתבע לדון בזבל"א כשיש ב"ד קבוע בעיר ע"כ דדעתו היא דהתובע לעולם יכול לכוף לנתבע לדון בזבל"א אף שיש ב"ד קבוע בעיר וכאמור. ולא דמי למ"ש הרמ"א בסי' י"ד לענין לילך לב"ד אחר דעכשיו בזה"ז דאין לנו לא ב"ד הגדול ולא בית ועד כשיש ב"ד בעיר אין אחד יכול לומר נלך לב"ד אחר עיי"ש ומשמע דאפי' התובע אינו יכול לומר נלך לב"ד אחר. דשאני כשאומר נלך לב"ד אחר דהא טעמא דא"י לומר נלך לב"ד אחר הוא משום תיקון עולם וכמ"ש בע"ש בסי' י"ד שם והיינו שאם הי' כח לתובע לומר לנתבע שילך עמו לב"ד אחר שהוא גדול ממנו יתנו עניים עיניהם בעשירים ויתבעו אותם ליילך למרחוק והעשיר כדי שלא יצטרך ללכת עמו כי לא יוכל לטרוח יתן לו מה שירצה שלא כדין ואם הי' כח לנתבע לומר לתובע שילך עמו לב"ד אחר שהוא גדול ממנו הי' כל אחד נשמט ונדחה מחבירו מלדון עמו עיי"ש. ולפ"ז שפיר לגבי הנתבע אין חילוק בין כשאומר כלך לב"ד אחר ובין כשאומר לדון בזבל"א ואינו יכול לומר כן כשיש ב"ד קבוע בעיר מטעם הנ"ל כדי שלא ישמיט את עצמו מלדון עם חבירו. משא"כ לגבי התובע שפיר יש חילוק בין כשאומר נלך לב"ד אחר לכשאומר שידון בזבל"א דדוקא כשאומר התובע נלך לב"ד אחר אין שומעין לו כשיש ב"ד קבוע בעיר מטעם הנ"ל כדי שלא יתנו עניים עיניהם בעשירים אבל כשאומר התובע לדון בזבל"א הרי ל"ש הטעם הנ"ל כיון דבזבל"א יוכל לדון בעירו ויוכל הנתבע לברור לו אחד מהב"ד שבעירו וא"צ הנתבע להוציא הוצאות על זה וגם אין לו טרחה כלל לכן שפיר יוכל התובע לומר שידון בזבל"א אף שיש ב"ד קבוע בעיר כנלע"ד ברור. וכעין זה כתב הרשב"א בתשובה, והובא בב"י בסי' י"ד דכשיש ב"ד גדול תוך ג' פרסאות אף הלוה יכול לעכב ולומר נלך לב"ד הגדול דבזה אין המלוה צריך להוציא הוצאות ואין לו טרחא כ"כ עיי"ש. והן אמת דראיתי בשו"ת שב יעקב באי אי שכתב בפשיטות דאם יש דיינים קבועים בעיר לא יוכל שום צד לומר לא אדון לפניהם אלא בזבל"א עיי"ש. ומבואר בדבריו שם דגם התובע אינו יכול לומר כן. אולם לא ידעתי מהיכן הוציא לומר כן, ובמחילה מכבוד הדרת גאון עזו בודאי לא ראה אז דברי הע"ש והתוי"ט הנ"ל ולפענ"ד נראה ברור כדכתיבנא:

(ד) **סעיף ב'** ויכולים להחליף טענותיהם שטענו בפניהם, עיין בקצה"ח סק"ג שהביא בשם חדושי הר"ן שהקשה לפרש"י דל"ל לר"מ ג' מומחין במש"ר הא הדיוטות נמי סגי ותירץ דהלעז היינו שיצטרכו להוסיף דיינים אם יצטרך לדון ד"נ וזה הלעז לא ס"ל לר"מ כיון דעכ"פ גם הראשונים ישבו בדין אבל אם יהיו הדיוטות הרי אם יצטרך לדון ד"נ

יצטרכו הראשונים לצאת מן הענין ואז ודאי יהי' לעז שיאמרו שהראשונים לא ידעו לדון זת"ד הר"ן, והקשה הקצה"ח הא היכא דתלתא הדיוטות יכולין לדון אז ביחיד מומחה נמי סגי א"כ אכתי קשה דל"ל ג' מומחין הא לענין כתובה סגי בחד מומחה ואי משום לעז הא כשיצטרך לדון ד"נ גם הוא יהי' מן המנין, ותירץ דלשיטת הרמב"ם דבחד מומחה יכולין להחליף טענותיהם א"ש דהא טענת פ"פ לא מהני להפסידה כתובתה אלא במכחישתו ואומרת בתולה הייתי אבל אם אומרת משארסתני נאנסתי נאמנת וא"כ ביחיד מומחה אינו יכול להפסידה כתובתה דאפי' טוענת עכשיו בתולה הייתי יכולה אח"כ להחליף טענותי' ולומר משארסתני נאנסתי עיי"ש, והנה מ"ש לתרץ עפ"י שיטת הרמב"ם דביחיד מומחה יכולין להחליף טענותיהם עיין במהרי"ט ח"ב חחו"מ סי' מ"ו שכתב דמ"ש הרמב"ם דהודאה בפני יחיד מומחה לא הוי הודאה דאין כוונתו שיכול לחזור בו אלא כוונתו הוא לענין שתהא הודאה שבפניו כמלוה בשטר לגבות ממשעבדי וכן נמי מה דמבואר בהרמב"ם דלא הוחזק כפרן בפני יחיד מומחה זהו כשאינו מכחיש טענתו הראשונה אלא שאומר פרעתי אח"כ ולענין זה אינו חשוב יחיד מומחה כב"ד ויכול לטעון פרעתי עיי"ש וכ"כ גם הנתיבות סק"ג ולא זכר אז שכבר קדמו בזה המהרי"ט ולפי"ז ליתא לתירץ הקצה"ח לקושיתו הנ"ל. אמנם מצאתי בבעה"ת שער מ"ב ח"א דין ו' שכתב וז"ל ובתשובה לקמאי הודאה בפני ב"ד כו' אינו יכול לחזור אלא תכ"ד וה"מ בפני ג' אבל ביחיד אפי' הוא מומחה אין הודאתו בפניו מחייבו כלום עכ"ל, ותשובה זו הביא גם הטור בסי' פ"א סעיף כ"ז בשם גאון ובשינוי לשון קצת, וממ"ש אין הודאתו מחייבו כלום משמע בהדיא דלא הועיל כלל הודאתו שיהא חייב ויכול לחזור בו, וא"כ א"ש תירץ הקצה"ח הנ"ל לפי דעת הגאון, ובאמת נלע"ד דגם דעת הרמב"ם הוא כדעת הגאון וכמו שהבין הקצה"ח ולא כמ"ש המהרי"ט והנתיבות. וכן מבואר בהדיא בתשב"ץ ח"א סוף סי' קס"א שהבין כך דעת הרמב"ם דבחד מומחה לא הוי הודאה כלל ויכול לחזור בו עיי"ש, וכן הבינו עוד, שאר גדולי המחברים דעת הרמב"ם כך:

אמנם לפע"ד אכתי יש להקשות דל"ל ג' מומחין הא סגי בתרי מומחין. ואף דגם בפני ב' מומחין לא חשיב הודאה לדעת הרמב"ם ויכולין להחליף טענותיהם כל זמן שלא היו ג' ומ"ש הרמב"ם יחיד מומחה הוא לאו דוקא. וכמ"ש הסמ"ע סק"ז, אולם הא כתב הפרישה בהא דכתב הטור דבפחות מג' הדיוטות לא חשיב הודאה ויכולין להחליף טענותיהם דהוא משום דיכול לומר שלא להשביע עצמי מו להשטות כוונתי בהודאתי כשלא אמר אתם עדי משא"כ לפני ב"ד עיי"ש, וע"כ דטעם זה הוא ג"כ לדעת הרמב"ם בב' מומחין דמש"ה לא חשיב הודאה בפניהם הודאה ויכולים להחליף טענותיהם משום

דכל זמן דהם ב' אינם ב"ד רק כמו עדים ויכול לומר שלא להשביע עצמי או להשטות כוונתי, והנה טענת השבעה או השטאה ל"ש אלא דוקא היכא שהודה לחייב את עצמו אבל היכא דהודה לפטור את חבירו ל"ש לא השטאה ולא השבעה וכמבואר בסי' פ"א סעיף כ"ט, וא"כ הרי כאן אינה יכולה להחליף טענותי' ולומר משארסתי נאנסתי ומה שטענה מתחלה בתולה הייתי כוונתה הי' להשטות בו דהא במה שאמרה מתחלה בתולה הייתי פטרה את בעלה מלתת לה הכתובה ובכה"ג לא מהני טענת השטאה. ואף דלא דמי ממש הך דהכא להיכא שהודה לפטור את חבירו דהא כאן שטענה בתולה הייתי הרי לא באתה בזה לפטור את בעלה מהכתובה רק אדרבה רצונה הי' בזה לחייב את בעלה לתת לה הכתובה רק דאנן לא מהימנינן לה מה שטענה בתולה הייתי לכן מפסדת כתובתה וא"כ בכה"ג שפיר י"ל דשייך טענת השטאה ויכולה אח"כ להחליף טענותי' ולומר משארסתני נאנסתי. אולם באמת הא גם בכה"ג פליגי הרשב"ם והרבינו יונה והובא בטור סי' קמ"ו אי שייך טענת השטאה, והוא בהא דזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי ולא של אבותיך דעת הרשב"ם הוא דאם אמר כן חוץ לב"ד יוכל אח"כ לומר בב"ד של אבותי ולקחוה מאבותיך ודעת הרבינו יונה היא דאינו יכול לחזור ולומר בב"ד של אבותי ולקחוה מאבותיך שכל האומר ולא של אבותיך הרי הודה חוץ לב"ד שלא לקחוה אבותיו מאבותיו של התובע ואעפ"י שהמודה לחבירו שחייב לו מנה כל זמן שלא אמר אתם עדי יכול לומר משטה אני בך אבל זה שטען של אבותי ולא של אבותיך אינו יכול לטעון משטה אני בך שהרי לזכות עצמו הוא בא והרי הודה בחובתו מכלל הטענה שבא לזכות בה את עצמו עיי"ש, הרי דפליגי הרשב"ם והר"י היכא דבטענתו שטען חוץ לב"ד לזכות בה את עצמו נתגלגל חובתו דדעת הרשב"ם הוא דבכה"ג יכול לומר משטה אני בך ודעת הר"י הוא דבכה"ג אינו יכול לומר משטה אני בך, וא"כ גם בהך דהכא שטענה מתחלה בתולה הייתי דבאתה בטענה זו לזכות את עצמה ועי"ז נתגלגל חובתה דלא מהימנינן לה ומפסדת כתובתה, וא"כ לא מבעיא לדעת הר"י בודאי דאינה יכולה לטעון אח"כ דמה שטענה בתולה הייתי נתכוונה להשטות בו. אך אפי' לדעת הרשב"ם נ"ל דבזה גם הרשב"ם מודה דאינה יכולה לטעון אח"כ משטה אני בך דדוקא התם בטוען של אבותי ולא של אבותיך תרי לזכות עצמו הי' די לו אם הי' טוען של אבותי ולא הי' צריך כלל לטעון ולא של אבותיך ובזה שפיר ס"ל להרשב"ם דבמה שהוסיף לטעון ולא של אבותיך דעי"ז נתגלגל חובתו הוי כמו שהודה לחיוב לכן יכול לטעון אח"כ משטה אני בך וכמו המודה לחבירו שחייב לו מנה דיכול לטעון משטה אני בך משא"כ הכא מה שטענה מתחלה בתולה הייתי הרי כל טענה זו היא רק על

הזכות לזכות בה את עצמה ועי"ז נתגלגל חובתה ובזה שפיר גם הרשב"ם מודה דאינה יכולה לטעון אח"כ משטה אני בך כיון דבאתה בטענה זו לזכות את עצמה. ומעתה כיון שכן שפיר קשה דל"ל ג' מומחין הא סגי בתרי מומחין דהרי משום לעז לא חייש ר"מ במומחין כיון דכשיצטרך לדון ד"נ גם הם יהיו מן המנין וכמ"ש הר"ן ואי משום דיכולה להחליף טענותי' הרי בכה"ג א"י להחליף טענותי' כיון דהם שנים ול"ש טענת השטאה. **והן** אמת דאחר העיון קצת ראיתי דמ"ש הרשב"ם בזה אומר של אבותי ולא של אבותיך דיכול אח"כ לחזור ולטעון בב"ד של אבותי ולקחוה מאבותיך אינו דן שם כלל מטעם משטה רק מטעם דאמרינן בגמרא ב"ב דף ל"א ע"א דעביד אינש דלא מגלי טענתי' אלא לבי דינא וכתב הרשב"ם שם דאפי' שבטענה זו שטוען עכשיו בב"ד עוקר הראשונה לגמרי אפ"ה חוזר וטוען דעביד אינש דלא מגלי טענתי' שלא ילמוד מי שכנגדו ויתן אל לבו מתחלה קודם שיבואו לב"ד מה להשיב עליהן עיי"ש והובא גם בב"י שם ועיין מזה גם באספ"ז ב"ב שם. וא"כ גם בהך דהכא שטענה מתחלה בפני שנים בתולה הייתי יכולה אח"כ לחזור ולטעון בב"ד משארסתני נאנסתי אף דעוקרת הטענה הראשונה לגמרי כיון דעביד אינש דלא מגלי טענתי' כו' כדי שמי שכנגדו לא יתן אל לבו מתחלה מה להשיב עליו בב"ד, אכן לפי"ז צ"ע דהרי לפי דעת הרשב"ם מהראוי לומר דגם היכא שהודה בפני עדים לפטור את חבירו יכול לחזור בו אח"כ בב"ד מטעם דעביד אינש דלא מגלי טענתי' כו' דהא מה דקיי"ל דהיכא שהודה לפטור את חבירו ל"ש טענת השטאה הוא אפי' היכא שהקדים חבירו ואמר לו בפני עדים אמת שפרעתי לך כך וכך והמלוה השיב אמת שפרעת לי. דהא גם בחייב אני לך דשייך טענת השטאה היא דוקא כשתבעו והודה, אבל אם הודה מעצמו ל"ש טענת השטאה וכמ"ש המחבר שם סעיף ה', וע"כ דמה דקיי"ל במודה לפטור את חבירו דל"ש טענת השטאה הוא אפי' שהקדים חבירו ואמר לו אמת שפרעתי לך כך וכך והוא השיב אמת שפרעת לי. וא"כ לפי"ד הרשב"ם מהראוי לומר גם בזה דיכול לחזור בו אח"כ בב"ד ולומר שלא פרע לי מטעם דעביד אינש דלא מגלי טענתי' חוץ לב"ד ולא רצה לומר לו שעדיין לא פרע לו כדי שלא יתן אל לבו מה להשיב בב"ד, והרי בש"ע סותם המחבר דהיכא שהודה לפטור את חבירו ל"ש טענת השטאה ואינו יכול לחזור בו בב"ד ומשמע דליכא שום חולק בזה, וע"כ צ"ל דהאי טעמא שכתב הבעה"ת שער מ"ב והטור בסי' פ"א לענין טענת משטה דמש"ה המודה לפטור את חבירו א"י לומר משטה אני בך כיון דהודאה נגמרת בעדותו ואינו מחוסר כלום וכמו הפורע חובו בפני עדים א"צ לומר אתם עדי כיון דהמעשה נגמר בראייתם עיי"ש. הך טעמא שייך גם לענין עביד אינש דלא מגלי טענתי' כו' דכיון דהודאה נגמרת בעדותו

לא אמרינן עביד אינש דלא מגלי טענתי' כו' ושפיר גם הרשב"ם מודה דהמודה לפטור את חבירו אינו יכול לחזור בו בב"ד. וא"כ לפי"ז שוב גם בהך דהכא שטענה מתחלה בתולה הייתי הרי מיד בטענה זו נגמר הדבר שנפטר בעלה מלתת לה כתובתה ושפיר אפי' לדעת הרשב"ם אינה יכולה להחליף טענותי' לומר משארסתני נאנסתי ושוב שפיר קשה קושיתינו הנ"ל.

ושוב ראיתי דבלא"ה יש להקשות קושיתינו הנ"ל והוא לפ"ד התומים שחולק על הסמ"ע והעלה דדוקא ביחיד מומחה ס"ל להרמב"ם דהודאה בפניו לא חשיב הודאה אבל בב' מומחין כ"ע מודים דחשיב הודאה ואינן יכולים להחליף טענותיהם עיי"ש וכ"כ בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קל"ז, וא"כ בודאי קשה קושיתינו הנ"ל דל"ל ג' מומחין הא סגי בתרי מומחין. ולכאורה רציתי לומר דקושיתינו הנ"ל מעיקרא ליתא דשמא ס"ל לר"מ כר' יונתן דאמר בסנהדרין ריש פ"ק דאין ב"ד שקול דבעינן ב"ד נוטה. אמנם ראיתי בספר מנחת אהרן על סנהדרין בדף ו' שכתב שם דר"מ ס"ל כר' יאשי' דלא בעינן ב"ד נוטה והביא ראי' ברורה לדבריו עיי"ש ודבריו נכונים. וא"כ שוב שפיר קשה קושיתינו הנ"ל.

איברא נלע"ד לישב קושית הקצה"ח וגם קושיתינו הנ"ל. דהנה מ"ש הקצה"ח דהיכא דשלשה הדיוטות יכולין לדון אז ביחיד מומחה נמי קני. כן הוא דעה התוס' והרא"ש פ"ק דסנהדרין דף ה' דחכמים תקנו דסגי בג' הדיוטות או ביחיד מומחה אפי' למ"ד עירוב פרשיות כתיב, אבל לרש"י ז"ל שכתב שם דמה דיחיד מומחה דן יחידי הוא דוקא למ"ד אין עירוב פרשיות כתיב. לדידי' למ"ד ע"פ כתיב אין יחיד מומחה דן יחידי ודוקא שלשה הדיוטות דנין אפי' למ"ד ע"פ כתיב מתקנות חכמים מטעם נע"ד וכדאמרינן בגמרא שם דף ב' ע"ב, אבל יחיד מומחה אינו דן יחידי כי לא מצינו כלל תקנה זו שתיקנו דיחיד מומחה דן יחידי וגם מה צורך יש בתקנה זו לעקור מדין תורה דבעי ג' דהלא בקל יוכל למצוא שלשה הדיוטות בכל מקום וכ"כ המהר"ם שי"ף בסנהדרין דף ו' והתומים סק"א עיי"ש. וא"כ י"ל דהר"ן שם אזיל בשיטת רש"י הנ"ל דהא בא שם בדבריו לתרץ קושיתו על רש"י. והרי ר"ע ס"ל ע"פ כתיב וכדמוכח מהא דקאמר ר"מ בסנהדרין דף ו' דפשרה בג' משום דמקשינן פשרה לדין וכ"כ בס' מלא הרועים ערך ע"פ אות יו"ד, וא"כ שפיר לק"מ לר"מ דלסגי ביחיד מומחה או בתרי מומחין כיון דלדידי' בעינן דייקא תלתא ופחות מג' אפי' הם מומחים אינם יכולים לדון. אבל הר"ן מקשה שפיר דלסגי בשלשה הדיוטות כיון דשלשה הדיוטות שפיר דנין אפי' למ"ד ע"פ כתיב מתקנות חכמים מטעם נע"ד.

(ה) **שם באותו סעיף** והכופר בפניהם ואח"כ באו עדים לא הוחזק כפרן. כתב בכנה"ג בהגהות הטור אות כ"א והובא בקצה"ח סק"ג דאפי' לדעת הרמב"ם ז"ל דהודאה. לא

מהני בפני יחיד מומחה אבל הוחזק כפרן והוכיח כן מלשון הרמב"ם וכתב עוד שכן דעת הב"י בכ"מ פ"ב מה' סנהדרין עיי"ש. ותמה עליו הקצה"ח שלא הביא דעת הש"ע כאן דכתב להדיא דלא הוחזק כפרן. ואיני רואה כאן שום תימה על הכנה"ג דהרי בש"ע לא הביא כלל דעת הרמב"ם ולא מיירי כאן, רק בשנים סמוכים שאינם מומחין והמחבר סובב אליבא דשיטת הרא"ש דבפני יחיד מומחה חשיב הודאה לכל מילי ולא הוזכר כלל דעת הרמב"ם וכמ"ש הש"ך וטו"ז לפרש כוונת המחבר למען לא תקשה קושית הסמ"ע על הרמ"א עיש"ה בטו"ז ובש"ך, וא"כ שפיר י"ל דדעת המחבר הוא ג"כ דביחיד מומחה ס"ל להרמב"ם דהוחזק כפרן וכמ"ש הכנה"ג שכן דעת הב"י בכ"מ. ובעיקר דברי הכנה"ג שכתב דביחיד מומחה גם הרמב"ם מודה דהוחזק כפרן עיין בתשב"ץ ח"א סוף סי' קס"א שכ' בהדיא דדעת הרמב"ם הוא דביחיד מומחה לא הוי הודאה וגם לא הוחזק כפרן עיי"ש:

סימן ד

(א) **סעיף א**' מ"מ אין לו רשות למשכן אותו בחובו והיכא שהלוה כופר בחובו דאינו יכול למשכנו ע"י ב"ד נחלקו הקצה"ח והשער משפט. הקצה"ח כתב דגם בכה"ג אסור לו לתפוס והשע"מ כתב דמותר לתפוס. והביא השע"מ ב' ראיות לזה חדא מתשובת הרא"ש שהביא הטור והמחבר בסי' ס"א ס"ו בשטר שכתוב בו שיש לו רשות למשכנו שלא ברשות ב"ד אינו רשאי לעבור על ד"ת אבל אם לא מצא דיין שרוצה לדונו מותר לו לעשות דין לעצמו. וא"כ הת"כ היכא שאין המלוה נאמן בלא תפיסה הוי כמו שלא מצא דיין לדונו דיכול לעשות דין לעצמו. ואידך מהא דאמר אביי בב"מ דף וא"ו דלעולם חשיד אממונא חשיד אשבועתא והא דשנים אוחזין בטלית כל אחד נשבע ולא אמרינן דחשיד אשבועתא משום דשמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ותפסו בחובו. ולפי שיטת הרמב"ם ז"ל דהחוטף משכון מחבירו שלא ברשות ב"ד הוי גזלן ופסול לעדות ולשבועה א"כ אכתי הוי חשיד לשבועתא מנו דחשיד לתפוס שלא ברשות ב"ד. א"ו דהיכא דלא מצי לגבות אלא ע"י תפיסה מותר לתפוס בעצמו ע"ש. והנה הראי' הראשונה אמרתי דאינה ראי' כלל. והוא עפ"י עה דמבואר בסמ"ע בסי' ס"א שם, ס"ק י"ד דעיקר ההיתר בדינא דהרא"ש הוא משום דהלוה קיבל ע"ע למשכנו בעצמו דשוב ליכא איסור כלל. ומה דמחלק הרא"ש בין מצא דיין בין לא מצא דיין היינו דוקא במקום שאין מנהג בעיר לירד בעצמו בזה אנו מפרשין דכוונתו הי' רק כשלא יהי' דיין. אבל במקום שיש מנהג בעיר לירד בעצמו שפיר מהני מה דקיבל על עצמו למשכנו בעצמו אף דאיכא דיין כיון

דאנו מפרשין דקיבל על עצמו אף כשיהי' דיין עיי"ה. ועיין גם בנתיבות שם סק"ט שהבין כך כוונת הסמ"ע. וגם ע"כ צ"ל כן דהתם עיקר ההיתר הוא משום דקיבל הלוה על עצמו למשכנו בעצמו, דהנה הטור בסי' צ"ז הביא בשם הרמ"ה דכי אסור לשליח ב"ד לכנוס לביתו למשכנו רק היכא דאפשר לי' לבע"ח לאשתלומי באנפי אחרינא כו' אבל אי לא אפשר לי' לאשתלומי באנפי אחרינא דינא הוא דליעול שליח ב"ד לביתו למשכנו. וכ"כ הרי"ף בתשובה דאם הלוה הוא אלם ומעיז פניו מלפרוע חובו מותר לכנוס לביתו למשכנו אפי' ע"י שליח עכו"ם. ושוב הביא בשם הבעה"ת שחולק על הרמ"ה והרי"ף בזה. ואח"כ כתב הטור וז"ל ולדברי הר"ת אין אנו צריכין לכל זה שהוא מפרש דכל זה לא מיירי אלא במשכנו להיות בטוח במעותיו אבל כשבא ליפרע מחובו והוא אינו רוצה לפרוע כו' שליח ב"ד נכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו עיי"ש. וכתב הפרישה וז"ל ולדברי ר"ת אין צריכין לכל זה פ' אין צריכין לחלק ולומר דלא אסרה רחמנא ליכנס לביתו אלא היכא דאפשר לאשתלומי כו'. ולא לחלק בין אלם לשאינו אלם כו' אלא דבכל גוונא אסרה התורה למשכנו ומ"ה אתה אומר א"כ האיך הוא נפרע מחובו גם לזה יש תקנה דאם ירצה יאמר לב"ד שהוא רוצה עתה להפרע ממנו ואז מותר לכנוס לביתו בכל ענין עכ"ל. ומבואר מזה דהטור ס"ל נמי כדעת הבעה"ת דבכל גוונא אסרה התורה לכנוס לתוך ביתו. וקשה דהלא בסי' ס"א שהביא הטור תשובת הרא"ש הנ"ל מוכח שם דפוסק כדעת הרא"ש וא"כ דברי הטור סותרים אהדדי דאם לא מצא דיין לדונו פוסק דאפי' הבע"ח בעצמו מותר לכנוס לביתו למשכנו וכדעת הרא"ש ובאם הלוה הוא אלם ומעיז פניו מלפרוע פוסק כדעת הבעה"ת דאפי' שליח ב"ד אסור לכנוס לביתו למשכנו. ואין לומר דאם לא מצא דיין לדונו עדיף טפי מאם הלוה הוא אלם ומעיז מלפרוע דז"א דמחי סברא יש בזה לומר כן:

ועוד דמלשון שלא מצא דיין שרוצה לדונו דנקט הרא"ש משמע דכוונתו הוא בזה בשביל שהוא גבר אלם לכן אינו רוצה דיין לדונו וגם המעיין בגוף תשובת הרא"ש יראה דכוונתו הוא כן דמחמת שהוא גבר אלם לכן אינו רוצה דיין לדונו עיי"ש. וא"כ שפיר קשיא דברי הטור אהדדי. אע"כ צ"ל דטעמא של הרא"ש הנ"ל הוא דוקא משום דהלוה קיבל על עצמו למשכנו בעצמו לכן ליכא איסור כלל. אבל אי לא קיבל הלוה על עצמו למשכנו בעצמו שפיר אף אי לא מצא דיין לדונו אסור לכנוס לביתו למשכנו וא"כ שפיר פסק הטור כבעה"ת דאפי' אם הלוה הוא אלם ומעיז מלפרוע אסור לכנוס לביתו למשכנו כיון דהתם הרי לא קיבל הלוה על עצמו לכנוס לביתו למשכנו וא"כ הה"נ היכא דהלוה כופר בחובו ג"כ אסור להבע"ח לעשות דין לעצמו והבן:

אכן אנכי עפר ואפר תחת כפות רגלי הסמ"ע וכאשר הביטו עיני בתשו' הרא"ש הנ"ל ראיתי דאין כוונת הרא"ש כמו שהבין הסמ"ע דעיקר ההיתר הוא משום דהלוה קיבל על עצמו למשכנו בעצמו, אלא דכוונתו הוא דעיקר תלוי אם מצא דיין לדונו אי לא דאם לא מצא דיין לדונו ליכא איסור כלל ומותר להבע"ח לירד בעצמו למשכנו ואפי' דלא קיבל הלוה על עצמו למשכנו בעצמו. ואם מצא דיין לדונו אסור להבע"ח לירד בעצמו למשכנו אף דקיבל הלוה על עצמו למשכנו בעצמו דלא מהני תנאי לעקור דבר מה"ת. ולמען שיראה כל מעיין אעתיק דברי הרא"ש בתשובה ובקיצור קצת וז"ל מיהו בנידון זה נ"ל דלאו כל כמיני' דמלוה לירד בנכסי הלוה, אלא בכח ב"ד וכיוצא בזה דנתי כבר בכאן על מה שנהגו לכתוב בשטרות בין בדיני ישראל בין בדיני או"ה ואמרתי חלילה וחס שיהא רשות למלוה לתבוע ללוה בפני או"ה דאפי' אם הלוה והמלוה עומדין לפנינו ואמר הלוה להמלוה אם תרצה תתבעני בדיני או"ה מחינן במלוה ואמרינן לי' שלא יתבענו אלא בדיני ישראל כו' והא דכתיב בשטרות בין בדיני או"ה יש לפרשו שלא לעקור דברי תורה כגון, אי גברא אלימא הוא ואין רשות וכח דייני ישראל שולטת עליו אז יש לו רשות להביאו בערכאות של ע"א קודם שיפסיד ממונו כו'. וכן בנידון זה אעפ"י שכותבין בשטרות שיש רשות למלוה לירד לנכסי לוה אין לעבור על דברי תורה כו'. ויש לפרש מה שנהגו לכתוב בשטרות שיוכל המלוה לירד לנכסי הלוה כגון שלא מצא דיין שרוצה למשכנו אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו כו'. ויש לפרש הלשון בענין שלא יהי' עבירה עכ"ל בקיצור הצריך לענייננו. והבט נא וראה דכתב הרא"ש בהדיא דהיכא דאיכא עבירה הן לדון בדיני או"ה והן לירד לנכסי הלוה שלא ברשות ב"ד לא מהני מה דקיבל הלוה על עצמו ואפי' אמר כן בפנינו בפירוש ודוקא היכא שהוא גבר אלם דאז ליכא עבירה יוכל לדון בדא"ה או לירד בעצמו לנכסי הלוה ומפרשינן גם מה דנהגו לכתוב בשטרות בין בדיני או"ה או לירד בעצמו לנכסי הלוה דהוא דוקא בכה"ג שהוא גבר אלם דליכא עבירה. ואם הוא גבר אלם מותר להמלוה לדון בדא"ה או למשכנו שלא ברשות ב"ד אף דלא קיבל הלוה על עצמו כלל. והא דנהגו לכתוב כן בשטרות הוא משום שופרא דשטרא וכ"כ הרמ"א בתשו' סי' ק"ח והובא גם בשע"מ. ושוב מצאתי וראיתי כן בטו"ז סי' כ"ו שתמה שם מאוד על הסמ"ע שכתב שם [וכ"כ גם בסמ"ע בסי' ס"א שם] דדעת הרא"ש הוא דאם כתב בפירוש בשטר שידון בדיני א"ה צריך לדון עמו בדא"ה כיון דקיבל על עצמו, ותמה הטו"ז דהלא בתשובת הרא"ש מבואר בהדיא דאף אם כתב בשער בפירוש לדון בפני א"ה אסור לדון בפניה' ודוק' היכא שהוא גבר אלם דאז ליכא עבירה מותר לדון בדיני או"ה עיי"ש:

והוא ממש כמ"ש לפרש כוונת הרא"ש בענין למשכנו בעצמו [ולא אכחד דמצאתי וראיתי בטו"ז סי' ק"ג שמחלק שם בין אם כתוב בשטר לירד לנכסי הלוה ובין אם כתוב בשטר לדון בפני או"ה דלענין לירד בעצמו לנכסי הלוה מהני מה דקיבל עליו הלוה כיון דאין האיסור רק משום שלא נתנה התורה רשות לירד לנכסיו וכיון דהוא קיבל עליו שירד לנכסיו יוכל לעשות כן. משא"כ לדון בדיני א"ה שאין בידו להתנות אכל מידי שהוא עבירה למקום עיי"ש. אמנם דבריו תמוהים דהלא בתשו' הרא"ש מבואר דאין שום חילוק בין לירד לנכסי הלוה. ובין לדון בדיני או"ה. ועיין גם באורים סי' ק"ג שם ס"ק י"ח שכתב דהא דמבואר במחבר שם דבמקום שאין המנהג שלא לירד ולמכור בלי רשות ב"ד מהני תנאי שבשטר דהוא דוקא לענין למכור בלי שומא והכרזה אבל לירד בעצמו לנכסי הלוה זהו לאו מידי דממון ולא מהני תנאי לבטל איסור תורה עיי"ש וצ"ע]. ומעתה לפי"ז שוב עלה כהוגן ראיית השע"מ מתשובת הרא"ש הנ"ל וכמובן, אמנם הרי לפי"ז שוב קשה קושיתינו הנ"ל בסתירת דברי הטור וצ"ע כעת:

והראי' ב' שהביא השע"מ הנ"ל לכאורה אמרתי דליתא עפ"י שיטת הר"ת הנ"ל וכן קיי"ל להלכה דאין שליח ב"ד אסור לכנוס לביתו למשכנו אלא במשכנו להיות בטוח במעותיו אבל כשהגיע הזמן פרעון ובא בתורת גוביינא מותר לכנוס לביתו, והנה לאו דווקא שליח ב"ד מותר לכנוס לביתו לגבות החוב אלא אפי' הבע"ח בעצמו מותר וכמבואר בהדיא בנמוק"י פ' המקבל שהביא שם דעת הר"ת הנ"ל לענין בע"ח גופי' עיי"ש. וא"כ לק"מ קושית השע"מ הנ"ל לשיטת הרמב"ם דהחוטף משכון בלא רשות ב"ד פסול לעדות ולשבועה מהא דאמר אביי שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו די"ל דמיירי היכא דכבר הגיע הזמ"פ. וכן מורה כמי הלשון דקאמר אביי מלוה ישנה ומשמע שכבר הגיע זמה"פ. וא"כ הרי בא לתפוס בתורת גוביינא וליכא איסור כלל. וכיון שכן שוב אין ראי' כלל מהתם דהיכא דהלוה כופר בחובו דמותר למשכנו בתורת משכון. וא"ל לפי"ז דא"כ מדוע החוטף משכון בלא רשות ב"ד מיפסל לעדות ולשבועה הרי יכול לומר דחטף בתורת גוביינא:

דז"א די"ל דכוונת הרמב"ם הוא היכא דחטף בתוך זמן פרעון ובכה"ג ע"כ בתורת משכון הוא דתפס. ועיין סמ"ע שם ס"ק כ"ח והבן:

אולם באמת מדברי הרמב"ם פ"ב מה' מלוה מבואר דס"ל דאף בתורת גוביינא ג"כ אסור לתפוס ולא כשיטת הר"ת, וכ"כ הב"י בב"ה בסי' צ"ז שם עיי"ש. וא"כ להרמב"ם ז"ל לשיטתי' אינו מיושב קושיה השע"מ בדברינו הנ"ל [ובנותי בספרי אחרונים ראיתי בשו"ת עץ חיים להגאון רח"א בחדושיו על הרמב"ם בפ"ג מה' מלוה ה"ו שכתב שם

להסיר השגות הראב"ד מעל הרמב"ם שם וז"ל ועוד דאפשר דסובר הרמב"ם כמ"ש ר"ת שיש הפרש בין שעת בטחון לשעת פרעון דבשעת גובייגא יכול שליח ב"ד ליכנוס לביתו עיי"ש. ולא שם עיניו ולבו לדברי הרמב"ם בפ"ב שם דמבואר שם דלא ס"ל כשיטת הר"ת וכמ"ש מרן בב"ה]. ולכאורה רציתי לומר דגם הרמב"ם לא קאמר דאף בתורת גובייגא אסור לתפוס אלא דוקא ליכנוס לביתו חבל לתפוס בחוץ מותר גם לבע"ח גופי', שכתב שם בהלכה ב' וז"ל טען שיש לו והחביא אותן והרי הן בתוך ביתו אין מן הדין שיכנוס לביתו לא הוא ולא שליח ב"ד שהתורה הקפידה על זה שנאמר בחוץ תעמוד כו' גם אחר התקנה הזאת אין בע"ח יכול להכנס לתוך ביתו של לוה לא הוא ולא שליח ב"ד שלא תקנו לעקור גוף התורה עכ"ל. הרי דנקט רק לכנוס לתוך ביתו אסור והיינו אף כשבא בתורת גבי' אבל לתפוס בחוץ שפיר י"ל דגם הרמב"ם מודה דמותר אפי' לבע"ח היכא שבא בתורת גובייגא, ואמינא גם בטעמא דכיון דמה"ת אינו אסור רק לכנוס לתוך ביתו דכתיב בהדיא בקרא לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו וכתיב נמי בחוץ תעמוד. אבל למשכנו בחוץ אינו אסור לבע"ח רק מדרבנן משום גזירה. שמא יכנוס בביתו וכמ"ש התוס' בב"מ דף קי"ג ע"א ד"ה אימא עיי"ש. והלכך שפיר לכנוס לתוך ביתו בכל גוונא אסור דאין לעקור דבר מה"ת משא"כ לתפוס בחוץ דאינו אלא מדרבנן התירו חכמים גם לבע"ח גופי' היכא שבא בתורת גובייגא. וא"כ אתי שפיר תירוצינו גם אליבא דהרמב"ם דהא אביי שם מיירי דתפס בחוץ ולתפוס בחוץ בתורת גובייגא גם הרמב"ם מודה דמותר לבע"ח, אכן באמת ז"א דהא דעת הרמב"ם הוא דגם למשכנו בחוץ אסור להבע"ח מה"ת ועובר על הלאו דלא תבא אל ביתו וכמבואר בהרמב"ם פ"ג מה' מלוה ה"ד ע"ש ובלח"מ שם ובסמ"ע סי' צ"ז סק"ז. וא"כ להרמב"ם לשיטתו אין לחלק בין למשכנו בחוץ ובין לכנוס לתוך ביתו דהא שניהם בפלס יחד ישקלון. ומה דנקט הרמב"ם הנ"ל דייקא לכנוס לתוך ביתו אסור ואפי' בתורת גובייגא. הוא משום דמיירי שם כשבא ברשות ב"ד וברשות ב"ד הרי מותר להבע"ח לתפוס בחוץ וכמ"ש הרמב"ם שם סוף ה"א וז"ל אלא אומר למלוה אם אתה יודע נכסים לזה המחויב לך לך ותפוס אותן עכ"ל והיינו ברשות ב"ד ושליח ב"ד בודאי מותר לתפוס בחוץ. ולזאת כתב שם דלכנוס לתוך ביתו, אסור בין לבע"ח גופי' ברשות ב"ד ובין להשליח ב"ד:

איברא דנלע"ד מטעם אחר לומר דאינה ראי' כלל. והוא דהנה הרמב"ם ז"ל לא כתב בהדיא דהחוטף משכון שלא ברשות ב"ד מיפסל לעדות ולשבועה אלא דכתב סתם דהוי גזלן עיי"ש בהרמב"ם סוף פ"ג מה' גזילה, אך הראב"ד והה"מ והטור והסמ"ע הבינו דכוונת הרמב"ם הוא במ"ש דהוי גזלן היינו דנפסל לעדות ולשבועה, אולם הב"י בב"ה

בסי' ל"ד הביא דברי הרמב"ם האלו וכתב וז"ל ומשמע לי שאינו נפסל לעדות בכך דלא משמע לאינשי למהוי גזלן בהכי וכדאמרינן בריש מציעא. לא תחמוד בלי דמי משמע להו עכ"ל. והביאו הש"ך בסי' שנ"ט סק"ה ותמה שם עליו וז"ל ולא ידעתי אמאי כתב כן בפשיטות דהא מדברי הראב"ד והה"מ והטור משמע דלהרמב"ם נפסל לעדות ע"ש, ומתחלה נקדים לבאר כוונת הש"ך דלכאורה ליכא תפיסה כלל בזה על הב"ה דהרי המעיין בהראב"ד שם יראה דמה דהבין בדעת הרמב"ם דהוי גזלן ונפסל דהוא רק לענין שבועה כפסל וכמו שהראה הראב"ד שם מקום לדינו של הרמב"ם הנ"ל מהמשנה דפ' כל הנשבעין דחשיב שם נגזל מהנשבעין ונוטלין ומפרש שם במתני' נגזל כיצד נכנס לבית חבירו למשכנו שלא ברשות. והא שם מיירי רק לענין שבועה. ואחרי הראב"ד נמשכו גם הה"מ והטור וגם כוונתם אינו רק לענין שבועה דנפסל. והרי הב"ה כתב רק לענין עדות דלא מפסיל. ושפיר יש לחלק בין שבועה לעדות דרק לשבועה הוא פסול אבל לעדות הוא כשר וכמ"ש המהרי"ט ח"ב חאע"ז סי' מ' בשורש השלישי דמ"ש הרשב"א בתשובה דמי שאומר שוגג הייתי אינו נאמן להכשיר עצמו לשבועה לא פליג על הרמב"ם שכ' לענין פסולי עדות דאם טוען ששוגג הי' לא מפסיל כיון דדוקא לענין שבועה בחשדא ברידתא תקנו שיהי' כנגדו כשבע ונוטל דאפי' בספיקא מפכינן שבועה כיון דאפשר בהכי, אבל לפסול אדם מחזקתו לא מפסיל אלא בדבר ברור כמו לענין עונשין דבעי התראה להבחין בין שוגג למזיד עיי"ש. וא"כ הרי שפיר בקל נוכל לומר במה דכתב הרמב"ם הנ"ל דהוי גזלן וכתבו הראב"ד והה"מ והטור דנפסל לשבועה דכוונתם הוא דייקא לשבועה הוא דנפסל וכמו דמיירי המתני' בפ' כל הנשבעין אבל לענין עדות הוא כשר ומהגם דהא מדברי המהרי"ט שם משמע דמה דתני במתני' דכגזל הוא מהנשבעין ונוטלין דהוא רק לענין שבועה חשוב הוא גזלן אבל לא לענין עדות דכ' שם המהרי"ט ת"ל דדוקא לענין הפוך שבועה הוא דאמר דבחשדא גרידתא תקנו שיהי' שכנגדו כשבע ונוטל. כי היכי דתקנו בשכיר כו' וגבי נגזל ונחבל עיי"ש. הרי משמע בהדיא מדבריו דמה דתקנו בנגזל ונחבל שיהי' נשבע ונוטל וכשנגדו הוא גזלן ופסול דרק לענין שבועה הוא פסול ולא לענין עדות. וא"כ אין מקום כלל לקושית הש"ך על מרן ב"י מהראב"ד וההה"מ והטור כיון דהם לא כתבו רק לענין שבועה דהוא פסול. ואדרבה הי' לו להש"ך להקשות על הסמ"ע שם שהוא כתב בהדיא דמפסיל גם לעדות, מדברי הב"י בב"ה שכתב דלא מיפסל לעדות [ואף שבספר שם הגדולים להגאון החיד"א כתב דהסמ"ע לא ראה ספר ב"ה. לכן אין להקשות על הסמ"ע מהב"ה. אולם הרי הש"ך הקשה כמה פעמים על הסמ"ע מב"ה וכמ"ש שם החיד"א. וא"כ גם כאן הו"ל להקשות]. אמנם צ"ל דדעת

הסמ"ע והש"ך הוא דשבועה ועדות שוים הם דכל הפסול לשבועה פסול לעדות. וכל הכשר לעדות כשר לשבועה ולא כדעת המהרי"ט הנ"ל שמחלק בין פיסול שבועה ובין פיסול עדות וכ"כ בעל פ"מ מפרש הירושלמי בירושלמי שבועות פ"ז ה"ד ד"ה החשוד. דלדעת הרמב"ם והרי"ף עדות ושבועה שוים הם בכל ענין עיי"ש. ועיין מזה גם בנ"צ מבעל פתחי תשובה בסי' ל"ד שהעלה כן וכן הוא דעת הב"י עיי"ש. וכיון שכן שפיר מקשה הש"ך על הב"ה קושיתו הנ"ל:

ועתה נפן ליישב דברי הב"ה הנ"ל דבודאי לא נעלם מעיני מרן ז"ל דברי הראב"ד והה"מ והטור הנ"ל וגם הלא הביאם ביתה יוסף בסי' שנ"ט שם. אך באמת שפתותיו ברור מללו דהנה יש לדקדק מה שסיים הב"ה וז"ל וכדאמרינן ריש מציעא לא תחמוד בלא דמי משמע להו. הרי לכאורה מביא ראי' לסתור דהא בלא תחמוד קיי"ל דמטעם זה לא נפסל מדאורייי' אבל מדרבנן נפסל וכמ"ש הפוסקים וכ"פ המחבר גופי' בסי' ל"ד סי"ג ובסי' שנ"ט ס"ט. וא"כ איך מדמה הך דהחוטף משכון דקאמר דלא נפסל לעדות ללאו דלא תחמוד [הן אמת דהתומים בסי' ל"ד סק"י כתב דזה אינו כלל לכ"מ דהיכא דלא משמע להו האיסור דמיפסל מדרבנן עיי"ש במ"ש לישב קושית הב"ח שהקשה על מה דכתבו התוס' והביאם הטור שם דעדי ריבית אינם נפסלין לעדות דלא משמע להו דעבדו איסור. הרי עכ"פ יפסלו מדרבנן. ותירץ התומים דאין זה כלל לכל מקום לכל העובר איסור תורה ולא משמע להו האיסור שפסול מדרבנן עיי"ש. אולם אכתי דברי הב"ה אינם מתיישבים בזה דסוף סוף קשה דאמאי מדמה חוטף משכון ללאו דלא תחמוד דהתם קי"ל דפסול מדרבנן. הלא הו"ל לדמות לעדי רבית דקיי"ל דלא מפסלו אפי' מדרבנן משום דלא משמע להו דעבדו איסור. ואף דהתוס' הנ"ל מדמי עדי רבית ללאו דלא תחמוד. אולם על התוס' ל"ק די"ל דלא הביאו ראו' מלא תחמוד, רק לענין זה למימר דלא משמע להו לעדים האיסור רבית כמו דמצינו גבי לאו דלא תחמוד. אבל באמת לא דמי ממש ללא תחמוד דהתם גבי לא תחמוד נפסל מדרבנן דהא התוס' לא הו"ל לדמות לדבר אחר כי לא נמצא כן רק גבי לאו דלא תחמוד. משא"כ הב"ה שפיר הי' לו מקים לדמות הא דהחוטף משכון לעדי רבית ולהביא סייעתא מהתוס' שכתבו דעדי רבית משום דלא משמע להו דעבדו איסורא לא מיפסלו כלל]. ולכן צ"ל דמרן הב"י הי' סובר דמ"ש הראב"ד וסייעתו דדעת הרמב"ם הוא דהחוטף משכון שלא ברשות ב"ד הוי גזלן ונפסל לשבועה וה"נ לעדות דעדות ושבועה שוים הם דכוונתם הוא דרק מדרבנן מיפסל. אבל מדאורייתא לא מיפסל. וא"כ י"ל דמ"ש הב"ה שאינו נפסל לעדות כוונתו הוא דמדאורייתא אינו נפסל מטעם דלא משמע לאינשי למהוי גזלן בהכי. אבל מדרבנן נפסל. וכמו גבי לא תחמוד

וא"ש. ולולא דמסתפינא הייתי גורס בדברי הב"ה תיבת מדאורייתא וכך צ"ל שאינו נפסל לעדות בכך מדאורייתא:

ובזה הונח לי מה דקשיא לי בדברי הראב"ד שם שדחה בדברים דחוקים פסקו של הרמב"ם הנ"ל דהחוטף משכון שלא ברשות ב"ד הוי גזלן עיי"ש בהראב"ד ובהה"מ ובלח"מ. והלא הוי מצי להשיג עליו מטעם אחר. והוא עפ"י מה דמחולקים הרמב"ם והראב"ד בפ"ג מה' מלוה ה"ד דדעת הרמב"ם הוא דמש"ה אין לוקין על לאו דלא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו משום דהוי לאו הנל"ע לכן אם נשרף או נאבד המשכון דאינו יכולתו לקיים העשה חייב מלקות והראב"ד ס"ל דמש"ה אין לוקין על לאו דלא תבוא אל ביתו כו' כיון דהוי לאו הניתן לתשלומין הלכך אף אם נשרף או נאבד המשכון ג"כ אינו לוקה עיי"ש ובהה"מ שם. והנה כתב הרמב"ם בפ"י מה' עדות ה"ג דלא מיפסל לעדות אלא אם עבר עבירה שחייבין עלי' מלקות. והראב"ד אינו חולק שם על זה ובוודאי הסכים לדברי הרמב"ם בזה. וא"כ לדעת הראב"ד ל"ש למיפסל החוטף משכון שלא ברשות ב"ד לעדות ולשבועה כיון דליכא חיוב מלקות משום דהוא לאו הניתן לתשלומין. ובשלמא להרמב"ם דס"ל דהוי לאו הנל"ע שפיר מיפסל לעדות ולשבועה כיון דיצויר בזה מלקות אם מבטל העשה. וכגון שנשרף או נאבד המשכון. לכן שפיר מיפסל אף דעדיין לא ביטל העשה וכמ"ש התומים והנתיבות בסי' ל"ד עיי"ש משא"כ לדעת הראב"ד דלא משכחת כלל מלקות בלאו הזה שפיר לא מיפסל [ואין לומר דנהי דלדעת הראב"ד לא משכחת מלקות בלאו דלא תבוא אל ביתו כו'. מ"מ אכתי יש לפסלו לעדות ולשבועה אפי' להראב"ד. והוא עפ"י מ"ש הרמב"ם שם בה' עדות ה"ד וז"ל ועוד יש רשעים שהן פסולים אעפ"י שהן בני תשלומין ואינם בני מלקות הואיל ולוקחין ממון שאינם שלהם בחמס פסולים כו' עיי"ש. וגם על זה אינו חולק הראב"ד ובודאי הסכים גם בזה להרמב"ם. וא"כ שפיר החוטף משכון יש לפסלו לעדות ולשבועה אפי' לדעת הראב"ד דאינו בר מלקות הוא מ"מ הוא פסול כיון דהוי רשע דחמס. דז"א דמאי רשע דחמס הוי בזה הלא באמת חייב לו לשלם והוי כנוטל ממון שלו והוא פשוט] וא"כ הראב"ד לשיטתו חו"ל לחלוק על הרמב"ם הנ"ל גם מטעם זה דמש"ה לא הוי גזלן למיפסל לעדות ולשבועה כיון דהוי לאו שאין בו מלקות. אמנם לפי האמור ניחא שפיר. והוא עפ"י מה דקיי"ל בסי' ל"ד ס"ב דגם בעבירה שאין בה מלקות מיפסל מדרבנן. א"כ כיון דהראב"ד סובר בדעת הרמב"ם דס"ל דהוי גזלן ופסול לעדות ולשבועה. רק מדרבנן ולא מדאורייתא. הלכך שפיר לא השיג עליו מצד זה דהוי לאו שאין בו מלקות והבן:

ואם כנים אנחנו בזה שוב ליתא לראיית השע"מ הנ"ל. והוא דהנה התוס' בב"מ דף ה' ע"ב בהא דאמרינן שם דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא הקשו דא"כ אמאי גזלן פסול לשבועה דאמר שכנגדו נשבע ונוטל. ותירצו דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן עיי"ש, והקשה המהרמ"ש שם א"כ הדרא קושיא לדוכתא כיון דמדרבנן חשיד אממונא חשיד אשבועתא א"כ האיך משביעין שם משום שלא יהא כאו"א הולך ותוקף בטליתו של חבירו ותירץ דבשלמא בכל גזלן דמן התורה כשהגזלן הוא מחויב שבועה נשבע ונפטר וחכמי' לא הימנוהו שפיר שקלו השבועה מיני' לכשנגדו. אבל הכא ל"ש לומר שכנגדו נשבע ונוטל דהא הכא תקנו חכמים השבועה כדי שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ולא ידעינן הי מיניהו רמאי הלכך אוקמוה אדין תורה דגזלן אינו פסול לשבועה מה"ת ושניהם נשבעים עכ"ד ובתוספות ביאור קצת. ומעתה שפיר קאמר אביי דלעולם חשיד אממונא חשיד אשבועתא ומה דנשבעין הוא משום דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו והלכך תקפו ולא הוי חשיד אממונא ול"ק קושית השע"מ הנ"ל דאכתי הוי חשיד לשבועתא כיון דחטף שלא ברשות ב"ד. דז"א דהא החוטף משכון שלא ברשות ב"ד אינו פסול כ"א מדרבנן. וא"כ התם דהשבועה הוא מתקנות חכמים כדי שלא יהא כאו"א הולך ותוקף בטליתו של חבירו משום ספק מלוה ישנה הלכך אוקמוה אדין תורה דהחוטף משכון שלא ברשות ב"ד לא מיפסל מה"ת ודו"ק בכל זה:

ובעמדי כעת בדברי הש"ך בסי' שנ"ט הנ"ל לא אחדול מלרשום פה מה דתמוהין לי דברי הש"ך שם שאחר שתמה על הב"ה הנ"ל כתב דמיהו בחוטף משכון יפה כתב לדינא דלא מיפסל וכן נראה מדברי הרשב"ם ב"ב דף ל"ד. וכ"כ ראב"ן להדיא בסי' כ"ו. אבל בנכנס לביתו מפסיל עיי"ש. ונפלאתי מאוד מהיכי תיתי לחלק לדינא בין החוטף בחוץ לנכנס בתוך ביתו. הלא דעת הרמב"ם הוא דגם החוטף משכון בחוץ עובר על לאו דלא תבוא אל ביתו כו' וכמש"ל. וכן הוא דעת הטור והמחבר וכמ"ש הסמ"ע בסי' צ"ז סק"ז. וא"כ שוב אין לחלק בין החוטף בחוץ לנכנס לתוך ביתו. ומה שהביא כן בשם הרשב"ם והראב"ן אינו ראי' די"ל דהם ס"ל כדעת התוס' דניתוח בחוץ הוא רק מדרבנן אסור [הספר ראב"ן אינו ת"י כעת לעיין ואולי כתב שם כן להדיא]. משא"כ לדעת הרמב"ם והטור והמחבר אין לחלק כלל. ואפשר לומר דהש"ך סובב לפי טעמו של הב"ה שכתב דמשום דלא משמע להו לאינשי למהוי גזלן בהכי לכן לא מיפסל. ע"ז קאמר הש"ך דזה שפיר שייך לומר כן גבי החוטף בחוץ דכיון דבקרא כתיב לא תבוא אל ביתו ולאו כ"ע יודעין דגם למשכנו בחוץ אסור מה"ת ועובר על הלאו אבל בנכנס לתוך ביתו ל"ש לומר כן דלא

משמע לאינשי למהוי גזלן בהכי דהא זאת כתיב בהדיא בקרא לא תבוא אל ביתו כן נ"ל בכוונת הש"ך לפי חומר הנושא:

ואחר כל הדברים האלו אכתי נראה יותר כדעת השע"מ דהיכא דהלוה כופר בחובו מותר לעשות דין לעצמו כיון דראיתו מתשובת הרא"ש הנ"ל חזקה כראי מוצק וכמש"ל. ועיין גם בקצה"ח סי' צ"ז סק"ב שרצה שם להביא ראי' דבכה"ג מותר לעשות דין לעצמו מדעת הרי"ף והרמ"ה שהביא הטור שם והבאתי דבריהם למעלה דהיכא דא"א לאשתלומי מיני' באנפי אחרינא או שהוא גבר אלם מותר לכנוס לתוך ביתו למשכנו. וא"כ הה"נ היכא דמתירא שלא יכפור הלוה הוי כמו דלא אפשר לאשתלומי מיני' באנפי אחרינא דשרי למשכנו. אך קשה לסמוך על זה דהא כ' הטור בשם בעה"ת שחולק בזה. ואפי' לדעת הרי"ף והרמ"ה שמתירין היינו דוקא לב"ד ושיהי' כוונת ב"ד לשם שמים והן רשאין ולא אתה עיי"ש בקצה"ח. אולם לדעתי הראי' מהרי"ף והרמ"ה נכונה היא דבאמת מלשון הרי"ף משמע בהדיא דלאו דוקא להב"ד מותר אלא אפי' הבע"ח בעצמו מותר. ועוד דלפי מש"ל בשם הרא"ש דהיכא דלא מצא דיין לדונו מחמת שהוא גבר אלם מותר להבע"ח גופי' למשכנו א"כ בודאי צ"ל דגם כוונת הרי"ף והרמ"ה הוא דהיכא דהוא גבר אלם מותר להבע"ח לכנוס לביתו ולאו דוקא להב"ד מותר דאל"כ הרי נמצא דהרא"ש יחלוק על הרי"ף והרמ"ה. דלהרי"ף ולהרמ"ה היכא דהלוה הוא גבר אלם אינו מותר לכנוס לביתו רק להב"ד לבד ולא להבע"ח גופי' ולהרא"ש מותר אפי' להבע"ח גופי'. ולמה לנו לעשות פלוגתא חדשה בין הפוסקים מה דלא מצינו בהדיא. איברא כדעת הקצה"ח מבואר באספ"ז בב"מ דף וא"ו בשם הראב"ד והוא מה שהשיב על דברי בעהמ"א שהקשה על הא דאמר אביי שם חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו. וא"ת א"כ נטעון ונימא הכי והכי אית לי גבי' בפירוש ואמטי להכא תפיסנא לי'. וכ' הראב"ד על זה וז"ל וכי אינו יודע שאינו רשאי לעשות כן שלא התירו לנתח אלא לשליח ב"ד כו' סבור יחזיקו אותו ברשע שאתה חובל את חבירך שאין אדם רשאי לנתח את חבירו וכשיאמר כולה שלי אין בני אדם יודעין בו עכ"ל. והרי התם מיירי שהמלוה מכיר בלוה שיכפור בחובו וכמ"ש רש"י שם ד"ה אביי עיי"ש:

ואפ"ה כ' הראב"ד גם בזה דאינו רשאי לנתח בלא רשות ב"ד והוא כדברי הקצה"ח. ולכאורה רציתי לומר דמה דמבואר בבעהמ"א דרשאי לתפוס הוא משום דדעת הבעהמ"א הוא כדעת השע"מ אמנם לא ברירא לי לומר כך בדעת הבעהמ"א. די"ל דכוונת הבעסמ"א הוא בקושיתו שהקשה שיטעון בפירוש כך וכך אית לי גבי' ומש"ה תפיסנא לי' היינו בגוונא דמותר למשכנו בעצמו וכגון בערב או שכירות וכדקיי"ל בסי'

צ"ז דבכה"ג מותר למשכנו בעצמו ולפי"ז ינצל נמי הבעה"ע מתבגות הראב"ד וכמובן. וא"כ שוב אין ראי' מדברי הבעה"מ לדעת השע"מ:

(**ב**) **ברמ"א** כבר הוא אצלו בפקדון כו' מותר לתפסו. בקצה"ח כ' דמדברי הזהר פ' במדבר מבואר דגם פקדון איסור גמור הוא לעכבו ועיי"ש שהביא לשון הזהר עיי"ש. והוא כ' סתם דאסור לעכב פקדון ומשמע דלעולם אסור אולם ראיתי בספר ברכי יוסף בסי' זה אות ה' שכ' על דברי הרמ"א כאן וז"ל וה"מ שקדם החוב לפקדון אבל קדם הפקדון ואח"כ הלוהו מותר לעכבו הרמ"ע מפאנו בהגה כי מספר הזהר עכ"ל. והנה זאת מבואר לכל מעיין דמ"ש בבר"י תיבת מותר ט"ס הוא. וצ"ל אסור דהא סובב על דברי הרמ"א שכ' דמותר לעכב פקדון. וע"ז הביא בשם הרמ"ע דה"מ אם קדם החוב לפקדון. אבל אם קדם הפקדון להחוב אסור והרי חזינן דהרמ"ע הביא בשם הזהר דלא לעולם אסור לעכב פקדון ולא כהקצה"ח שכ' סתם דאסור ומשמע דלעולם אסור. ורציתי לומר דהרמ"ע לא כיוון בזה לדברי הזהר פ' במדבר שהביא

הקצה"ח רק לדברי הזהר במ"א. כי המעיין בדברי הזהר פ' במדבר יראה דמבואר שם דאם קדם החוב ואח"כ הפקיד אצלו אסור לעכב ולא כמ"ש הרמ"ע דאם קדם החוב מותר עיי"ש בהזהר. אמנם אחר העיון היטב בדברי הזהר פ' במדבר ראיתי דהרמ"ע כיוון לדברי הזהר שם. אלא דט"ס הוא בדברי הרמ"ע וכך צ"ל וה"מ שקדם הפקדון ואח"כ הלוהו מותר לעכבו. אבל קדם החוב לפקדון אסור. וכן מבואר שפיר בזהר שם דדוקא אם קדם החוב לפקדון אסור לעכבו. אבל אם קדם הפקדון להחוב מותר לעכבו עיי"ש היטב ותבין. ושוב ראיתי בפתחי תשובה בסי' זה סק"ב שהוא הביא כן בשם הבר"י דאה קדם הפקדון להחוב מותר לעכבו ואם קדם החוב להפקדון אסור עיי"ש. ואולי נמצא כך בפירוש בס' ברכ"י מדפוסים ישנים. אבל בס' בר"י שלפנינו דפוס וויען לא נמצא כן רק כמו שהעתקתי לשונו למעלה. ובאמת הוא משובש וצ"ל כמ"ש וכמו שהביא הפ"ת בשמו. ובאמת דיש להעמיס כן נמי בדברי הרמ"א דכוונתו הוא דדוקא אם קדם הפקדון להחוב אז מותר לעכבו. דהא כ' הרמ"א כי כבר הוא אצלו בפקדון ודייק לכתוב תיבת "כבר" והיינו דכוונתו הוא דאם הפקדון הוא אצלו מכבר קודם הלואה בכה"ג מותר לעכבו:

סימן ה

(**א**) **סעיף א'** אסור לדון בשבת ויו"ט. בש"ס ביצה דף ל"ו תנינן במתני' ואלו הן משום רשות לא דנין כו'. ופריך בגמרא והא מצוה קעביד. לא צריכא דאיכא דעדיף מיני' ועיין

בתוס' שם שכתבו דלפרש"י דהקושיא הוא דאמאי קא חשיב לא דנין בין הנך דרשות יוכל להיות דאפי' דליכא עדיף מיני' אסור לדון. והקשו מהא דתנינן בפ' אד"מ לפיכך אין דנין לא בע"ש ולא בעיו"ט ומפרש בגמרא הטעם דהיכי לעביד לדייניה במעלי שבתא ולגמור דיני' בשבתא ולקטלי' בשבתא הא אין רציחה דוחה שבת ולא קאמר משום דאין דנין בשבת. הרי משמע דבסנהדרין דבסתמא ליכא עדיף מינייהו שפיר דנין. ור"ת פירש דהקושיא הוא למה באמת אסור לדון הא מצוה הוא ומשני דאיכא דעדיף מיני'. אבל אי ליכא עדיף מיני' באמת מותר עיי"ש. וראיתי בס' שמחת יו"ט על מס' ביצה מהגאון מפלאצק שהקשה לשיטת הר"ת דד"מ דנין סנהדרין בשבת כיון דליכא עדיף מינייהו. וד"נ אין דנין סנהדרין בשבת כיון דאין רציחה דוחה שבת א"כ קשה ליחשוב המתני' בפ' אד"מ במה בין דין ד"מ לד"נ גם הך מלתא דד"מ דנין סנהדרין בשבת וד"כ אין דנין סנהדרין בשבת והניח בצ"ע עיי"ש, ולכאורה אמרתי דקושיא זו מעיקרא ליתא דהא טעמא דאין רציחה דוחה שבת ל"ש רק כשתחלת דין הוא בע"ש והוא משום דאין גומרין את דינו לחוב בו ביום אלא מלינין את דינו עד למחר שמא ימצא בלילה זכות. לכן א"א להתחיל לדון בע"ש ולגמור לחוב בשבת כיון דאין רציחה דוחה שבת. אבל להתחיל לדון בשבת הרי גמר דין לחוב צריך להיות ביום המחרת בחד בשבתא וא"כ הרי ל"ש הטעם דאין רציחה דוחה שבת ושפיר מותר לדון:

וא"כ לק"מ קושית הגאון הנ"ל דהא להתחיל לדון בשבת הרי ליכא חילוק בין ד"מ לד"נ וגם ד"נ מותר להתחיל לדון בשבת ואי לגמור הדין בשבת הרי באמת זה תני במתני' דאיכא חילוק בין ד"מ לד"נ דד"נ אסור להתחיל בע"ש כיון דאסור לגמור בשבת ומשמע. אבל ד"מ מותר לגמור הדין בשבת. אמנם אחרי שובי אמרתי דבאמת כוונת הגאון הנ"ל בקושיתו הוא על גמר דין דליחשוב המתני' דבד"מ גומרין את הדין בשבת וקושיתו נכונה היא דהא באמת ממה דקתני גבי ד"נ דאין דנין בע"ש משום דאסור לגמור דינו בשבת אין ראי' מזה דבד"מ מותר לגמור הדין בשבת די"ל דגם ד"מ אסור לגמור הדין בשבת ודוקא לענין ע"ש הוא דאיכא חילוק בין ד"מ לד"נ דד"נ כיון דא"א לגמור הדין לחוב בע"ש לכן אסור לדון בע"ש משא"כ ד"מ דגומרין בו ביום בין לזכות בין לחובה לכן מותר לדון בע"ש. אבל בשבת אסור לדון גם ד"מ. וא"כ שפיר קשה דהוי"ל להמתני' ליחשוב בהדיא דד"מ סנהדרין מותר לגמור הדין בשבת וד"נ אפי' סנהדרין אסור:

והנה קושיא זו יש להקשות גם לשיטת רש"י. והוא דהנה מה דד"מ אין דנין בשבת ויו"ט לרש"י בין היכא דאיכא עדיף מיני' ובין היכא דליכא עדיף מיני'. ולר"ת דוקא היכא דאיכא עדיף מיני'. אינו רק מדרבנן משום גזירה שמא יכתבו הפס"ד וכדאמרינן בגמרא

שם. אבל מדאורייתא לעולם דנין ד"מ בשבת ויו"ט אליבא דכ"ע. וא"כ גם לרש"י ז"ל קשה דהו"ל להמתני' בסנהדרין שם ליחשוב גם הך מילתא דד"מ גומרין את הדין בשבת והיינו מדאו' וד"נ אין גומרין את הדין בשבת ואפי' מדאו' כיון דאין רציחה דוחה שבת. ואין לומר דכיון דעכ"פ מדרבנן אין דנין ד"מ בשבת לכן לא קא חשיב. דז"א והוא עפ"י מה דאיתא בירושלמי סנהדרין שם ר' חזקי' בשם ר"א אסור לדון ד"מ בע"ש. ופריך הדא מתני' פליגי לפיכך אין דנין לא בע"ש ולא בעיו"ט ד"נ. הא ד"מ דנין, ומשני כאן להלכה כאן לדברי תורה. ומפרש הסמ"ג והובא גם בב"י שבמשנה מדבר מדבר תורה שדנין אבל מדברי סופרים אין דנין עיי"ש. וכן כתב גם בנמוק"י פ' אד"מ. הרי מה דחשיב במתני' לענין לדון בע"ש ועיו"ט דד"נ אין דנין בע"ש ועיו"ט וד"ע דנין בע"ש ועיו"ט ג"כ אינו אלא מדאו'. אבל מדרבנן גם ד"מ אין דנין בע"ש ועיו"ט. וא"כ שפיר קשה דהו"ל ליחשוב גם הך מלתא דד"מ סנהדרין דנין בשבת ויו"ט וד"נ אפי' סנהדרין אין גומרין את הדין בשבת ויו"ט. ואף דמדרבנן גם ד"מ אין דנין בשבת ויו"ט מ"מ ליחשוב וכמו דחשיב החילוק שבין ד"מ לד"נ לענין לדון בע"ש ועיו"ט. אמנם נ"ל ליישב:

והוא דהנה יש להקשות דמה פריך בירושלמי הנ"ל על ר"א ממתני' דד"מ מותר לדון בע"ש ועיו"ט הלא כד מעיינין במתני' יל"ד דבכל הנך דלעיל שם במתני' חשיב המשנה בהדיא ההפרש שבין ד"מ לד"נ ולענין לדון בע"ש ועיו"ט קתני לפיכך אין דנין לא בע"ש ולא בעיו"ט וקאי על ד"נ. ולא סיימה נמי דד"מ דנין בע"ש ובעיו"ט וע"כ צ"ל משום דד"מ ג"כ אסור לדון בע"ש ועיו"ט עכ"פ מדרבנן וכדאמר ר"א בירושלמי הנ"ל לכן לא קא חשיב. ומה דנקט המתני' דד"נ אסור לדון בע"ש ועיו"ט הוא משום דבא להשמיענו דד"נ אסור לדון בע"ש ועיו"ט אפי' מדאורייתא כיון דאין רציחה דוחה שבת:

וא"כ מה פריך על ר"א הרי אדרבה ממתני' יש סייעתא לר"א. אולם הדבר נכון דבאמת ממה דלא סיימה המתני' דד"מ מותר לדון בע"ש ועי"ט אין ראי' דגם ד"מ אסור לדון עכ"פ מדרבנן כיון דזה דד"מ מותר לדון בע"ש ועיו"ט לא צריכה המתני' להשמיענו דהא מקרא מלא הוא דכתיב ושפטו את העם בכל עת והיינו דדנין בכל יום וכ"כ הרמב"ם פי"א. מה' סנהדרין ה"ג. ורק ד"נ דאין דנין בע"ש ועיו"ט שפיר צריכה המתני' להשמיענו כדי לאפוקי מקרא דושפטו את העם בכל עת. וא"כ שפיר פריך הירושלמי על ר"א ממתני' דמשמע דד"מ דנין בע"ש ועיו"ט. וכיון שכן לק"מ קושית הגאון הנ"ל והוא דהא עיקר הקושיא אינו רק מה דלא חשיב המתני' דד"מ גומרין הדין בשבת ויו"ט והיינו לרש"י גומרין הדין מדאורייתא בין היכא דאיכא עדיף מיני' ובין היכא דליכא עדיף מיני' ולר"ת סנהדרין דליכא עדיף מינייהו גומרין הדין בשבת ויו"ט אפי' מדרבנן. אבל הא לא קשה

דליחשוב המתני' דד"נ אין גומרין הדין בשבת ויו"ט דהא מה דתני במתני' דד"נ אין דנין בע"ש ועיו"ט הוא משום דאין גומרין את הדין בשבת ויו"ט וכדמפרש בגמרא בסנהדרין שם. וא"כ כיון דהקושיא אינו רק מה דלא חשיב המתני' דד"מ גומרין את הדין בשבת א"ש לפי הנ"ל דל"מ לשיטת רש"י בודאי לא קשה דהוי"ל להמתני' ליחשוב דד"מ דנין בשבת ויו"ט מדאורייתא דהא כיון דהמתני' לא חשיב בהדיא דד"מ אין דנין בשבת ויו"ט ממילא ידעינן דמדאורייתא דנין ד"מ בשבת ויו"ט דהא בהדיא כתיב בקרא ושפטו את העם בכל עת אך אפי' לשיטת הר"ת דסנהדרין מותר לדון בשבת ויו"ט אפי' מדרבנן ג"כ ל"ק דליחשוב המתני' דסנהדרין מותר לדון ד"מ בשבת ויו"ט אפי' מדרבנן. דלמה צריכה ליחשוב זאת דהרי ידעינן ההפרש בזה בין ד"מ לד"נ דד"מ מותר לדון בשבת ויו"ט מהקרא דושפטו את העם בכל עת. ואדרבה מהקרא נשמע דכל הדיינים מותרים לדון ד"מ בשבת ויו"ט ולאו דוקא סנהדרין. ואי דליתני דדוקא סנהדרין מותרין לדון ד"מ בשבת ויו"ט כדי שיהא נשמע דאבל דיינים אחרים דאיכא עדיף מנייהו אסורין לדון ד"מ בשבת ויו"ט. הרי זה אינו בכלל ההפרש שבין ד"מ לד"נ כיון דגם ד"נ אסור לדון בשבת ויו"ט והמתני' לא חשיב שם רק ההפרש שבין ד"מ לד"נ דבזה מותר ובזה אסור והבן היטב כי נכון הוא:

ושוב מצאתי וראיתי בשעה"מ פכ"ג מה' שבת שכתב דתחלת דין ד"נ גם הר"ת מודה דאסור לדון בשבת ויו"ט כיון דא"א בלא כתיבת דברי המזכין ודברי המחייבין. ור"ת לא קאמר רק לענין גמר דין דליכא כתיבה ואינו אלא משום גזרה שמא יכתבו ובסנהדרין לא גזרו עיי"ש. וא"כ שוב שפיר יש להקשות קושית הגאון מפלאצק הנ"ל גם לענין תחלת דין דליחשוב המתני' בפאד"מ דסנהדרין מותרין לדון ד"מ בשבת ויו"ט אפי' תחלת דין. אך באמת בתירוצינו הנ"ל מיושב גם לענין תחלת דין וכמובן. ולא אכחד דלכאורה צ"ע דאיך נוכל לומר דהר"ת לא קאמר רק לענין גמר דין דלא גזרו שמא יכתבו דהלא התוס' שם כתבו לתרץ שיטת רש"י שלא תקשי מפאד"מ דאמרינן הטעם משום דאין רציחה דוחה שבת ולא קאמר משום דאין דנין בשבת כיון דטעמא דאין דנין בשבת ויו"ט הוא משום שמא יכתוב והתם בפאד"מ דכבר ישבו בדין וכתבו דברי המזכין ודברי המחייבין מע"ש ל"ש למגזר עיי"ש:

ואי נימא דגם הר"ת דקאמר דבסנהדרין דליכא עדיף מינייהו ל"ח שמא יכתבו בד"נ הוא רק בגמר דין א"כ ע"כ צ"ל דרש"י דס"ל דגם בסנהדרין דליכא עדיף מינייהו חיישינן שמא יכתבו בד"נ היינו בגמר דין וא"כ מאי תירצו התוס' אליבא דפרש"י דכיון דהתם כבר כתבו דברי המזכין ודברי המחייבין מע"ש ל"ש למיגזר עוד, שמא יכתבו הרי אכתי

לרש"י ז"ל שייך למיגזר עוד שמא יכתבו בגמר דין. אלא ודאי דבגמר דין בד"נ ל"ש לחוש כלל שמא יכתבו כיון דבגמר דין בד"נ ליכא כתיבת כלל וא"צ לכתוב הפס"ד בד"נ ורק בד"מ איכא כתיבה בגמר דין דצריך לכתוב הפס"ד לבעלי דינין לכן בד"מ שפיר חיישינן גם. בגמר דין שמא יכתבו הפס"ד וכמ"ש רש"י בביצה שם. אבל בד"נ אין לחוש כלל שמא יכתבו בגמר דין כיון דא"צ כתיבה כלל. וא"כ ע"כ צ"ל דרש"י ור"ת פליגי בד"נ לענין תחלת דין דרש"י סובר דבתחלת דין בד"נ שייך למיגזר שמא יכתבו והר"ת סובר דלא גזרינן בד"נ שמא יכתבו כיון דד"נ דנין סנהדרין ובסנהדרין דליכא. עדיף מנייהו לא גזרו שמא יכתבו. אמנם באמת דברי השעה"מ נאמרים בצדק דבודאי א"א לומר דהר"ת ס"ל דסנהדרין מותרין לדון תחלת דין ד"נ בשבת ויו"ט דהא בעי כתיבה דא"א בלא כתיבת דברי המזכין ודברי המחייבין וכדתנן בסנהדרין דף ל"ו ע"ב. וא"כ בודאי אסור לדון תחלת דין ד"נ בשבת ויו"ט אליבא דכ"ע כיון דלאו הוא מטעם גזירה שמא יכתוב רק משום דבעי כתיבה וא"א בלא כתיבה והא אסור לכתוב בשבת ויו"ט ועיין גם במהרש"א בסנהדרין דף ל"ה בתוס' ד"ה ולגמרי דמבואר שם כן עיי"ש. אך מה שהקשיתי מהתוס' הנ"ל אחר העיון לק"מ והוא דהנה צריך להבין מאי הקשו התוס' על רש"י מפאד"מ הלא טעמא דאין דנין בשבת ויו"ט הוא משום דשמא יכתוב והרי התם ל"ש שמא יכתבו כיון דכבר כתבו דברי המזכין ודברי המחייבין מע"ש וכמ"ש התוס' בתירוצם. וא"כ דקארי להו מאי קארי להו וכי לא ידעו דטעמא דאין דנין בשבת ויו"ט הוא משום דשמא יכתוב והתם כבר כתבו דברי המזכין ודברי המחייבין וצ"ל דמתחלה הי' ס"ל להתוס' דגם בגמר דין בד"נ יש לחוש שמא יכתבו אף דכבר כתבו דברי המזכין ודברי המחייבין לכן שפיר הקשו על רש"י מפאד"מ. וא"כ שפיר י"ל דמה שהביאו התוס' שם מיד אחר קושיתם על רש"י בשם הר"ת דס"ל דבסנהדרין דליכא עדיף מנייהו לא גזרו שמא יכתבו כוונתם הוא רק לענין גמר דין וכמ"ש השעה"מ והבן:

אולם זאת אני תמה על השעה"מ דמשמע מדבריו שם דגם אליבא דאמת ס"ל להתוס' דרש"י והר"ת פליגי, גם בד"נ לענין גמר דין דרש"י ס"ל דגזרו שמא יכתבו בגמר דין והר"ת ס"ל דכיון דד"נ סנהדרין דנין ובסנהדרין דליכא עדיף מנייהו לא גזרו שמא יכתבו בגמר דין בד"נ הלא לפי מה שתירצו התוס' קושיתם על רש"י ז"ל דהתם כיון דכבר ישבו בדין וכתבו דברי המזכין ודברי המחייבין מע"ש ל"ש למיגזר משמע בהדיא דאליבא דאמת ס"ל להתוס' דגם לרש"י ז"ל לא גזרו בד"נ שמא יכתבו בגמר דין כיון דא"צ כתיבה בד"נ בגמר דין. ורק בד"מ דאיכא כתיבה בגמר דין דצריך לכתוב הפס"ד בזה פליגי דרש"י

סובר דגם בסנהדרין גזרו שמא יכתבו ור"ת ס"ל דבסנהדרין לא גזרו שמא יכתבו. אבל לענין ד"נ ס"ל להתוס' אליבא דאמת דרש"י והר"ת לא פליגי:

(**ב**) **סעיף ב'** אין דנין בע"ש ועיו"ט. יש לחקור קצת לדעת הר"ת דס"ל דהיכא דליכא עדיף מיני' מותר לדון בשבת ויו"ט אי גם בע"ש ועיו"ט מותר לדון היכא דליכא עדיף מיני': והנה לכאורה י"ל דכ"ש הוא דמה בשבת ויו"ט מותר. בע"ש ועיו"ט בודאי מותר. אולם אחר העיון קצת נ"ל דדוקא בשבת ויו"ט מותר היכא דליכא עדיף מיני':

אבל בע"ש ובעיו"ט אסור אף היכא דליכא עדיף מיני' והוא דהטעם דאין דנין בשבת ויו"ט הוא משום גזירה שמא יכתבו הפס"ד וכדאמרינן בגמרא שם. והטעם דאין דנין בע"ש ובעיו"ט הוא משום שצריכין להיות מתונים בדין ובע"ש ובעיו"ט הן טרודין וחיישינן שמא יטעו בדין, וכ"כ הסמ"ע סק"ג. ולפי"ז דוקא לענין לדון בשבת ויו"ט דאין החשש משום דיטעו בגוף הדין רק דחיישינן שמא יכתבו הפס"ד הלכך שפיר היכא דליכא עדיף מיני' דאיכא מצוה לא גזרו. משא"כ לדון בע"ש ובעיו"ט דהחשש הוא שמא יטעו בגוף הדין הרי ל"ש להתיר משום דמצוה הוא דהא אם יטעו בדין הרי שוב ליכא מצוה ופשוט הוא:

(**ג**) **שם ברמ"א** וי"א דאם עברו ודנו בלילה דיניהם דין. עיין בתומים ע"ש לתרץ קושית הרמב"ן מחליצה דפסולה בלילה בדיעבד דשאני חליצה דכתיב ככה דכל מעשה באיש מעכב כמבואר במשנה וא"כ אף זו מן המעכבים עיי"ש. וכבר קדמו בזה הישו"ש פ' מצות חליצה סי' כ"א. ובנוב"י מהדו"ת האע"ז סי' קנ"א תמה על הישו"ש בזה דכי נזכר בקרא דחליצה בעי יום דנימא דע"ז כתיב ככה לעכובא הלא עיקר הדבר דבעי יום הוא משום דדומה לדין. ועוד דאפי' החליצה מצד עצם החליצה לא היתה פסולה בלילה אלא מצד ד"מ דאית בה שע"י החליצה גובה כתובתה עיי"ש, ועיין גם בתוס' זבחים דף ט"ז ע"א ד"ה מיושב דמבואר שם כן להדיא דככה לעכובא לא קאי רק על מה שכתוב מפורש בקרא עיי"ש:

סימן ו

(**א**) **סעיף א'** אין הדיינים יושבים לדון בדין פחות משו"פ. מסתימת לשון המחבר משמע דאפי' היכא שהבעלי דינים מתרצים לדון ולקיים הפס"ד ג"כ אין הב"ד נזקקין לישב לדון בפחות משו"פ. אמנם מרש"י ז"ל בב"מ דף נ"ה ע"א משמע דבכה"ג הב"ד נזקקין אפי' נפחות משו"פ. שמפרש שם בהא דתני לוי ישיבת הדיינים בפרוטה וז"ל למי שיש לו עדים או שחייב מודה ודוחהו מלשלם ישבו הדיינים ויכופו אותו עכ"ל. הרי דרש"י

ז"ל כתב רק לענין כפי' היכא דהדיינים צריכין לכוף לשלם בזה בעינן שיהא התביעה בפרוטה ומשמע אבל היכא שהבע"ד מתרצים לדון ולקיים הפס"ד ולא יצטרכו הדיינים לכוף לשלם שפיר נזקקין הדיינים לישב לדון אפי' לפחות משו"פ. אך לפי"ז צ"ע מה שפרש"י שם עמוד ב' בהא דאמרינן דגם רב קטינא לא קאמר רק אם הוזקקו ב"ד לשו"פ גומרין אפי' לפחות משו"פ תחלת הדין בעינן פרוטה גמר דין לא בעינן פרוטה ופרש"י וז"ל גומרין אפי' בפחות משו"פ אם חזר השני ותבעו פחות משו"פ קודם שעמדו ב"ד משם נזקקין לו עכ"ל. וכוונתו הוא דחזר הנתבע ותובע מהתובע פחות משו"פ נזקקין לו וחד דין מיקרי כיון דאם יזכה הנתבע בתביעתו ינכה אותו להתובע במה שתבעו ממנו וכן מפרש הסמ"ע סק"ב כוונת רש"י ז"ל עיי"ש. והרי אם הנתבע חוזר ותובע מהתובע פחות משו"פ הרי בזה ליכא כפי' לשלם דהא הנתבע מוחזק במעונו הוא ואם יזכה בדין ינכה להתובע ממה שתבעו ממנו ול"ש בזה כפי' כלל. וא"כ קשה מה אמרינן בכה"ג דדוקא בגמר דין לא בעינן פרוטה הרי בכה"ג דליכא כפי' אפי' תחלת דין נזקקין הב"ד לדון אפי' לפחות משו"פ. ובשלמא לפירוש הריטב"א והובא באספ"ז ב"מ שם שמפרש הא דאמרינן דאם הוזקקו ב"ד לשו"פ גומרין אפי' לפחות משו"פ היינו שאם הוזקקו ב"ד לתביעה של פרוטה ונמצא אח"כ דהתביעה היא פחות מפרוטה גומרין את הדין עיי"ש, לפי"ז א"ש מה דאמרינן דגומרין את הדין לפחות משו"פ אף אם נפרש תא דאמרינן דבתחלת דין בעינן פרוטה דהוא רק לענין כפי' והיכא דא"צ לכוף לשלם לא בעינן אפי' בתחלת דין פרוטה. אפ"ה שפיר אמרינן דבגמר דין לא בעינן פרוטה כיון דגם לענין גמר דין יש לפרש דהוא דוקא היכא דצריכין לכופו לשלם דהא גם לענין גמר דין מיירי היכא דצריך להוציא מיד הנתבע. אבל לפרש"י קשה כנ"ל:

ולמען שלא תקשי קושיתינו הנ"ל על רש"י ז"ל וגם שלא תיקשי מה שהקשת הריטב"א והובא באספ"ז שם דלפרש"י שמפרש דחזר השני ותבעו פחות משו"פ כו' לא א"ש לישנא דגומרין ולישנא דגמר דין עיי"ש, רציתי לומר דכוונת רש"י ז"ל במ"ש חזר השני ותבעו כו' הוא עד"ז היינו היכא שהתובע תובע ממנו רק שו"פ ואח"כ חזר הנתבע ותבעו פחות משו"פ הרי שוב ליכא בתביעת התובע רק פחות משו"פ אפ"ה גומרין את הדין ומוציאין מיד הנתבע הפחות משו"פ הואיל דכבר ישבו לדון על פרוטה שוב נזקקין לגמור את הדין. וא"כ לק"מ לא קושיתינו הנ"ל ולא קושית הריטב"א הנ"ל וכמובן אולם הוא דוחק להעמיס כן בכוונת רש"י:

ועוד קשה לי לפרש"י הנ"ל דמה דתני לוי ישיבת הדיינים בפרוטה היינו דוקא היכא דצריכין לכוף לשלם. וא"כ מה אמרינן שם דלוי איצטריכא לי' ישיבת הדיינים בפרוטה

לאפוקי מדרב קטינא דאמר ב"ד נזקקין אפי' לפחות משו"פ. דלמא מה דקאמר ר"ק דב"ד נזקקין אפי' לפחות משו"פ היינו דוקא היכא דלא יצטרכו לכוף לשלם דשניהם מתרצים לקיים הפס"ד. וגם מה פריך רבא שם לרב קטינא מהקרא דואת אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות משו"פ להשבון לקדש אין אבל להדיוט לא. פלא הקרא דאתי לאשמעינן דלקדש ישלם פחות משו"פ היינו אפי' לענין כפי' דכופין אותו לשלם. משא"כ רב קטינא דקאמר בהדיוט דב"ד נזקקין אפי' לפחות משו"פ מיירי דוקא היכא דלא יצטרכו הב"ד לכוף לשלם וצ"ע בכל זה, ופלא בעיני על המפורשים שלא העירו בכל זה:

עיין בשער משפט שהקשה בהא דאמר ר"י בשבועות דף ל"ח דפקדון ותשועת יד וגזל פרוטה מכולם מצטרפת. הלא בסנהדרין דף נ"ט משמע דלכך אינו חייב להחזיר גזל פחות משו"פ משום דמסתמא כל פחות משו"פ מחלי ישראל בתר הכי א"כ אמאי מצטרפין גזל בפחות משו"פ כיון דכבר מחל לו הגזל היכי מצי תבע לי', ותירץ בדוחק עיי"ש. ולפענ"ד לק"מ דהא אמרינן רק דמסתמא מחל לו בגזל פחות משו"פ אבל היכא דעומד וצוח שאינו מוחל בודאי לא הוי מחילה רק העשה דהשבה ליכא אפילו היכא שעומד וצות דאינו מוחל דהתורה מיעטה מהשבה כיון דפחות משו"פ מסתמא מחלי ישראל ועיין מזה במח"א הלכות גזילה סי' א' עיי"ש. וגם הב"ד אין נזקקין להוציא ממנו אם. לא מחל כוון דאין הב"ד נזקקין לפחות משו"פ אבל היכא שיש שו"פ ע"י צירוף והוא עומד וצוח שאינו מוחל שפיר חייב להחזיר והב"ד נזקקין להוציא ממנו וא"כ לק"מ קושית השעמ"ש די"ל דהתם מיירי היכא שצוח שאינו מוחל:

(**ב**) **שם באותו סעיף** גומרים דינם אפילו לפחות משו"פ. כן הוא דעת הרמב"ם אבל דעת הרא"ש הוא דאפי' הוזקקו לשו"פ אין גוערין את דינו לפחות משו"פ וטעם פלוגתתן הוא דהרמב"ם מפרש מה דאמרינן בגמרא דלוי תני ישיבת הדיינים בפרוטה לאפוקי מדרב קטינא הוא לפי הס"ד דרב קטינא קאמר דאפי' תחלת דין נזקקין לפחות משו"פ והרא"ש מפרש מה דאמרינן לאפוקי מדר"ק הוא אפי' להעסקנא דמסיק דר"ק לא קאמר רק בגמר דין. כ"כ הלח"מ פ"כ מה' סנהדרין. וצריך להבין מה הביאו להרא"ש לפרש כן דלוי בא לאפוקי מדר"ק אפי' לפי המסקנא דמסיק דריק לא קאמר רק בגמר דין ולעשות פלוגתא בין האמוראים ואמאי לא מפרש כהרמב"ם דלוי לא בא לאפוקי מדר"ק רק לפי תס"ד דר"ק קאמר דאפי' תחלת דין נזקקין לפחות משו"פ אבל לפי המסקנא דר"ק לא קאמר רק בגמר דין גם לוי ס"ל כר"ק דבגמר דין לא בעינן פרוטה. ונ"ל דלא הי' ניחא לי' להרא"ש לפרש כהרמב"ם לפי מה דיליף רבא שם מהקרא דואת אשר חטא מן הקדש

ישלם לרבות פחות משו"פ להישבון לקדש אין אבל להדיוט לא. א"כ ל"ל ללוי למיתני ישיבת הדיינים בפרוטה לענין תחלת דין הא זאת ידעינן מהקרא. א"ו דלוי בא לאפוקי מדר"ק אפי' למסקנא דר"ק לא קאמר רק לענין גמר דין דזה לא נשמע מהקרא דאין גומרין את הדין לפחות משו"פ וכמבואר בגמרא שם. כן נ"ל לפרש דעת הרא"ש, ועיין בדרישה מה שהאריך בדעת הרא"ש:

סימן ז

(**א**) **סעיף א** הרי זה פסול לדון. בכנה"ג תקשה לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל ועוד הרבה מהראשונים דשמעי' ואבטליון הם. עצמם היו גרים א"כ איך נתמנה שמעי' לנשיא ואבטליון לאב"ד ומה שמתרץ שם הכנה"ג קושיא זו עיין בתומים שמגמגם עליו. ועיין מזה בסדר הדורות ערך שמעי' ואנכי מצאתי וראיתי לחד מהראשונים שהעיר בקושיא זו ומתרץ על נכון והוא הר"מ מקוצי והובא בפירוש ריב"א עה"ת הנדפס עם פירוש מבעלי התוס' עה"ת והוא בפרשת משפטים הקשה שם הר"מ מקוצי דלמה לי קרא דלפניהם למעוטי עכו"ם תא אפי' גרים פסולים לדון, ותירץ דהא דגר פסול לדון היינו היכא שיש ישראל שיודעים לדון אבל היכא שאין ישראל לא ותדע שהרי שמעי' ואבטליון גרים היו והיו דנין את ישראל לפי שלא הי' בישראל חשוב כמותם עכ"ל ועיין בספר דורש לציון סוף דרוש ג' מ"ש בקושיא זו.

(**ב**) **שם באותו סעיף** וגר דן את חבירו הגר. עיין בסמ"ע שכתב וז"ל עיין ד"מ שכתב במרדכי פ' מצות חליצה משמע דהיינו דוקא בלי כפיי' ומשמעות זה לא מצאתי שם במרדכי כו'. ועיין בקצה"ח שהביא דברי הסמ"ע וכתב על זה וז"ל אך בהגהות מרדכי פ' מצות חליצה כתב בהדיא וז"ל גר דן את חבירו היינו דוקא בלי כפי' ולזה כיון הד"מ ומשה אמת עכ"ל. ונראה מדברי הקצה"ח דהוא הבין דדעת הסמ"ע הוא דהד"מ כיוון לדברי המרדכי פ' מ"ח לכן השיג עליו דבמרדכי לא משמע כן והוא הראה לדעת דהד"מ כיוון לדברי הגהות מרדכי. אולם אנכי לא מצאתי במרדכי שם שום רמז כלל מזה כ"א בהגהות מרדכי וגם בהגהות מרדכי לא מצאתי כהלשון שהביא הקצה"ח אלא דשם כתב הגהמ"ר וז"ל גר פסול אפי' לחליצת גרים ובממון כשר לדון בלא כפי' עכ"ל. ונ"ל דהד"מ וגם הסמ"ע שניהם כיוונו לדברי הגהות מרדכי האלו אלא דהר"מ למד דמלת גרים שנקט הגהמ"ר לענין חליצה קאי גם על מ"ש אח"כ ובממון כשר לדון בלא כפי' והיינו כשדן את חבירו הגר אינו כשר כ"א בלא כפי'. והסמ"ע למד דמלת גרים שכתב הגהמ"ר לענין חליצה לא קאי על מ"ש אח"כ ובממון כשר לדון בלא כפי' אלא ע"ש דכשר לדון בלא

כפי' כוונתו הוא דוקא כשדן לישראל אבל לגר חבירו שפיר כשר לדון אפי' בכפי'. ובאמת ליכא הוכחה כלל מלשון הגהמ"ר כדעת הד"מ כיון דדוקא לענין חליצה שכתב הגהמ"ר דפסול אפי' לחליצת גרים שפיר צריך לנקוט גרים לרבותא אבל מ"ש לענין דין דכשר בלא בפי' שפיר י"ל דכוונתו הוא דוקא כשדן לישראל אבל כשדן לגר חבירו כשר אפי' בכפי'. ועיין גם בב"ח שהביא דברי הגהמ"ר שהבאתי וכתב לפרש כדעת הסמ"ע וסיים וז"ל וא"כ גר דן את חבירו אפי' בכפי' ודלא כדמשמע לכאורה מלשון הגהמ"ר דלגר חבירו אינו דן אלא בלא כפי' עכ"ל ורצונו בזה לאפוקי מדעת הד"מ שהבין דכוונת הגהמ"ר הוא דלגר חבירו אינו דן אלא בלא כפי'. והוא כמו שכתבתי:

(ג) **סעיף ב.** אבל הסומא בשתי עיניו פסול עיין בקצה"ח ובנתיבות מה שהקשו על הנמוק"י פרק אד"מ, ועיין מזה בישו"ש יבמות ר"פ עצות חליצה ובריטב"א יבמות שם עיי"ש. וקשיא לי לשיטת הריטב"א שם וסייעתו דמלעיני הזקנים לא ממעטינן רק סומא בשתי עיניו א"כ מה קאמר בגמרא, שם דר' יהודה נפקא לי' הדיוטות מדאיצטריך לעיני למעוטי סומין הלא לר"י אף אי נימא דחליצה כשר בהדיוטות ג"כ קשה לר"י לשיטתו דאמאי אצטריך לעיני למעט סומין הרי ר' יהודה ס"ל בב"ק דף פ"ז ע"א דסומא פטור מכל הדינים שבתורה. וא"כ ממילא סומא אינו יכול לדון כיון דאין דנין אותו ומטעם התקוששו וקושו קשט עצמך ואח"כ קשט אחרים וכדאמרינן בסנהדרין דף י"ח ע"א גבי כ"ג. וא"כ ה"כ דפסול סומא גבי חליצה דחליצה. הוי כמו דין וכדאמרינן ביבמות דף ק"ד ע"א בפלוגתא דר"א ורבנן ול"ל קרא דלעיני למיפסל סומין. אמנם א"ש עפ"י מ"ש התוס' בסנהדרין שם ד"ה והא אין מושיבין כו' גבי מלך דמה דאינו דן מטעם דלא קרינן בי' התקוששו וקושו היינו דוקא לבדו אבל עם אחרים מצי דן כיון דאין הדין נגמר על פיו עיי"ש. וא"כ לר"י דאמר סומא פטור מכל הדינים שבתורה ולכן גם הוא אינו יכול לדון לאחרים מטעם התקוששו וקושו זהו דוקא לבדו אבל עם אחרים רשאי לדון וכמ"ש התוס'. וכיון שכן שפיר אצטריך קרא דלעיני למעט סומין בחליצה אפי' לר"י והיינו אפי' אם רק אחד מן הדיינים הוא סומא דאז ל"ש לפסלו מטעם התקוששו וקושו. עוד י"ל דלא דמי כלל סומא לכ"ג דדוקא כ"ג הרי הוא מחויב בכל הדינים ורק דאין בכחינו לדון אותו שפיר שייך גבי' לומר קשט עצמך ואח"כ קשט אחרים וגם הוא אינו יכול לדון לאחרים. משא"כ סומא דהוא פטור מכל הדינים הרי ל"ש גבי' לומר קשט עצמך דהא אינו מחויב כלל וא"כ שפיר הוא יכול לדון לאחרים אף דאין דנין אותו וז"פ וברור איברא אכתי קשה קושיתינו הנ"ל עפ"י מה שמפרש הראב"ד והובא באסף"ז ב"ק שם הא דאמר ר"י סומא פטור מכל דינים שבתורה וז"ל שאינו דן ואין דנין אותו עיי"ש. ותנח מ"ש

שאינו דן לכאורה צ"ע דהרי מהלשון דקאמר ר"י דפטור מכל דינים משמע רק דאין דנין אותו. אולם דבריו נכונים כי מקומו מוכרע הוא דכוונת ר"י הוא גם לענין שאינו דן דהא ר"י יליף שם דסומא פטור מכל דינים מקרא דושפטו העדה בין המכה ובין גואל הדם עיי"ש וכתב האספ"ז שם בשם תוס' הרא"ש וז"ל אע"ג דהאי קרא בדיינים כתיב מסתבר לי' לפטור סומא אף מלהיות כדון עיי"ש. הרי דמהקרא אין למילף רק לענין שאינו יכול לדון לאחרים דהא קרא בדיינים משתעי רק דמסתבר לי' למילף גם לפטרו מלהיות נדון והלכך שפיר מפרש הראב"ד גם שאינו דן. וא"כ כיון דר"י יליף מקרא דושפטו העדה גם לענין שסומא פסול לדון שוב קשה קושיתינו הנ"ל דל"ל לר"י הקרא דלעיני למעט סומין בחליצה וצ"ע:

(ד) **סעיף ז ברמ"א** המנדה חבירו משום שזלזל בכבודו כו', הד"מ הוציא דין יה מש"ס קדושין דף ע' מעובדא דההוא גברא דאמר מאן יהודה בר שויסקאל כו' עיי"ש ועיין בסמ"ע ובטו"ז מה שכתבו בזה.. ועיין בתומים שכתב דאין ראי' מהתם דאם נדהו בשביל כבודו דיכול לדונו עיי"ש. ועיין גם בשו"ת מקום שמואל סי' צ"ט שהאריך מאד בדין זה והעלה ג"כ דאין ראי' כלל מהתם לדינא דהרמ"א:

(ה) **סעיף יב** בני העיר שנגנב ס"ת שלהם כו'. בש"ס ב"ב דף מ"ג ע"א פריך וכי מסלק נפשי' מיני' מי מסתלק והתניא בני העיר שנגנב ס"ת שלהן אין דנין בדייני אותה העיר כו' ואם איתא ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו ופרשב"ם וז"ל יכתבו דו"ד אין לי על ס"ת זה ויקנו מידם עיי"ש. והקשה הקצה"ח בסוף סי' ל"ז הא קיי"ל גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו וה"ה למכרו ולהפקיר. וא"כ האיך יכולין לסלק מיני' ואע"ג דיקנו מידם לא מהני כיון דאינו ברשותו ותירץ דאפשר דקושית הש"ס וליסלקו היינו שיתנו אותו להגנב ולגנב ודאי מהני הנתינה אע"ג דלאחר אינו יכול ליתן אלא דמפירוש הרשב"ם לא משמע הכי שכ' ויקנו מידם ואי, לגנב לא בעי קנין דזוכה בדיבור כיון שהוא תחת ידו ועוד דהגנב לא ירצה במתנה זו כדי דלא להוי סהדי עלי' זת"ד הקצה"ח. [קושיא זו הקשה גם הגאון רע"א בהגהותיו בש"ס ב"ב שם וכתב דהאריך בזה בתשובה ובקשתי בתשובותיו ולא מצאתי] והנה מ"ש דהגנב לא ירצה במתנה זו. עיין במח"א הל' זכי' מהפקר סי' י"א שנסתפק במוחל לחבירו מה שחייב לו והלוה לא רצה במחילתו מה דינו וכתב שדבר זה במחלוקת שנוי' לדעת התוס' והרשב"א דמחילה לא הוי הקנאה אלא סילוק בעלמא מהני המחילה ולדעת הריטב"א דמחילה הוי הקנאה לא מהני המחילה בע"כ כיון שלא רצה לזכות בו ושוב כתב שם וז"ל מיהו עדיין איכא למימר דכל כה"ג דהוי הקנאה דממילא אפי' בע"כ של לוה מהני עכ"ל. וביאור דבריו בזה דדוקא היכא

דבעינן קנין שפיר לא מהני בע"כ של המקבל משא"כ במחילה נהי דהוי הקנאה אבל הרי הוא הקנאה דממילא דהא א"צ קנין וכדקיי"ל בסי' י"ב ובסי' רמ"א לכן מהני אפי' בע"כ של המקבל, וא"כ ה"כ כשנותן במתנה להגנב עצמו הרי א"צ קנין ורק בדיבור בעלמא סגי וכמ"ש הקצה"ח שפיר מהני אפי' בע"כ של הגנב. אך בגוף תירוצו שכתב דכוונת הש"ס דיסלקו ויתנו אותו לגנב ולגנב ודאי מהני הנתינה. יש לפקפק דיש בידי להביא ראי' דגם להגנב ולגזלן אינו יכול ליתן במתנה מהא דאיתא בירושלמי סוכה פ"ד ה"ב עלה דתני במתני' כל העם מוליכין את לולביהן להר הבית והחזנין מקבלין מידן וסודרין אותן על גג האיצטבה כו' ומלמדין אותן לומר כל מי שהגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה ואיתא בגמרא ר' יעקב דרומייא בעי מתני' דלא כר' דוסא דר"ד אמר בשחרית צריך אדם לומר כל מה שילקטו העניים היום מבין העמרים הרי הוא הפקר ר' יודא אומר לעתותי ערב, ופירש הפ"מ שם דר"י בעי דאי נימא דמה דקתני ומלמדין אותן לומר כו' היינו אף לאחר שהגיע לולבו לאחר יכול ליתן במתנה א"כ מתני' הוא דלא כר"ד דאמר דאינו יכול להפקיר לאחר שיצא מרשותו עיי"ש, ואי נימא דדוקא לאחרים אינו יכול הנגזל ליתן אבל לגזלן עצמו יכול ליתן א"כ מה קאמר דמתני' לא אתיא כר"ד הלא ר"ד לא קאמר רק בהפקר דלא מהני ברשא"ב דהתם בעי לפטרן ממעשר וצריך לומר לשון הפקר וכמ"ש התוס' ב"ק דף ס"ט. והפקר שאני כיון דבעינן שיהא הפקר לכל וכל זמן שהוא ביד הגזלן הרי אינו יכול להפקיר לאחרים כמו דא"י ליתן במתנה לאחרים לכן שפיר לא מהני ההפקר משא"כ המתני' שם דמיירי שנותן במתנה להגזלן עצמו שהלולב בידו שפיר גם ר"ד מודה דיכול ליתן לו במתנה אף דאינו ברשותו. אלא ודאי דכל זמן שהגזלה הוא ביד הגזלן אין חילוק בין לתת לאחרים ובין לתת להגזלן עצמו ומ"ד דאינו יכול ליתן הגזילה לאחרים סובר דה"נ א"י ליתן להגזלן עצמו ושפיר קאמר דמתני' דלא כר"ד:

אמנם ראיתי באב"מ סי' כ"ח ס"ק י"ג שהביא ראי' דיכול למחול וליתן להגזלן עצמו מהא דאמרינן דקידשה בגזל דידה ואמרה הן או דשדיך מתחלה מקודשת משום דאחילתי' גבי' ע"כ דיכול ליתן לגזלן עצמו עיי"ש. וכן מבואר בב"ש סי' כ"ח ס"ק ט"ז ועיין גם בב"ש סי' ל"א סק"א שהביא בשם הריטב"א דאם קדשה בגזל ואח"כ קנה מהנגזל חלין הקדושין מאותה שעה עיי"ש. הרי מבואר בהדיא דיכול הנגזל להקנות לגזלן עצמו ועיין מזה גם במקנה בק"א סי' כ"ח סעיף ה' וכן החליטו הרבה אחרונים ובאמת דברי הירושלמי הנ"ל יש לפרש עד"א ולא כפירוש הפ"מ והוא עפ"י מה דאיתא בש"ס דידן בב"ק דף ס"ט דר"ד דס"ל דצריך שיאמר בשחרית כל שילקטו עניים כו' ס"ל יש ברירה ור"י, דס"ל דצריך שיאמר לעתותי ערב כל הנלקט ס"ל אין ברירה עיי"ש, וא"כ אם כוונת

המתני' הוא דלאחר שהגיע לולבו לאחר אמר כן כל מי שהגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה ע"כ דאין ברירה וא"כ מתני' דלא כר"ד. ועיין גם בהגהות גליון הש"ס בירושלמי שם מהגאון רמ"ז שהוא מפרש ג"כ דברי הירושלמי על דרך זה רק הוא מהפך הגרסא דצ"ל ר"ד אומר לעתותי ערב. והוא סובב שם לפי פירוש הק"ע שם דמתני' מיירי דקודם שהגיע לולב ליד אחר אומר כל עי שיגיע לולבי בידו כו' לכן מהפך הגרסא אבל לפי פירוש הפ"מ דמתני' מיירי לאחר שכבר הגיע לולבו ליד אחר אומר כל מי שהגיע כו' שפיר יש לפרש דכוונת הירושלמי הוא לענין ברירה אפי' לפי הגירסא שהוא בירושלמי שלפנינו דר"ד אומר בשחרית צריך אדם לומר כו' וכמ"ש ולפי"ז אזדא לראיתינו הנ"ל דבאמת גם ר"ד ס"ל דיכול ליתן הגזילה לגזלן עצמו ומה דקאמר בירושלמי דמתני' דלא כר"ד הוא מטעם. אחר דמחולקים הם בענין ברירה דהיכא דצריך לדון מטעם ברירה. ס"ל להמתני' דאין ברירה וצריך לומר כן לאחר שכבר הגיע הלולב לאחר ור"ד ס"ל יש ברירה ומהני אפילו קודם שהגיע הלולב לאחר:

אכן ראיתי במקור חיים סי' תנ"ד שכתב בהא שכתב המג"א שם כשאופין הרבה בתנור אחד יאמרו בשעת טחינה או אפי' כל מי שיגיע קמחי או מצתי לידו יהא שלו במתנה. ודין זה נובע מהא דתנינן גבי לולב במשנה דסוכה הנ"ל וכמ"ש הגמ"יי והובא בב"י. וכתב הוא דל"ש בזה לומר אין ברירה דדוקא במקום דא"א להדבר לחול באותו פעם שיתברר וכגון גבי שילקטו עניים דאחר שבא לידם א"א להפקיר מטעם גזל ולא נתייאשו הבעלים דאינו ברשותו ואז צ"ל דוקא דהוברר הדבר למפרע להכי אמרינן אין ברירה משא"כ הכא דאף אחר שנתברר יכול להקנותו כיון שלא נתכוין לגזלו והרי הוא כפקדון ביד חבירו ובמקום דיכול להקנותו לכשיתברר יכול להתנות אף לקנות למפרע עיי"ש. ולפי דבריו ליתא לפירושינו הנ"ל לדברי הירושלמי דהא התם גבי לולב כ"ע מודים דיש ברירה דהא הך דלולב היינו הך דמצה. אמנם לא ידעתי איך יפרנס לפי דבריו דברי הירושלמי הנ"ל דהרי לפי דבריו לא יתכן לא פירושינו הנ"ל ולא פירוש הפ"מ הנ"ל דהא מה דכתב דבזה ל"ש לומר אין ברירה הוא משום דבזה יכול להקנותו גם אח"כ כיון דלא נתכוין לגזלו ול"ד למה שילקטו עניים דהוי גזל בידם וא"א להפקיר וא"כ מה קאמר ר"י בירושלמי דמתני' לא כר"ד הלא גם ר"ד מודה בזה דיכול להקנות אח"כ למי שהלולב בידו כיון דלא נתכוין לגזלו, וממילא נמי בזה כ"ע מודים דיש ברירה וכמו במצה וליתא לא לפירושינו ולא לפירוש הפ"מ הנ"ל. והן אמת דלהמקו"ח לשיטתו א"ש דהוא ס"ל דגם להגזלן עצמו אינו יכול להקנות וכמ"ש שם וז"ל אם נתכוין חבירו שהגיע קמחו לידו לגזול דאז שוב א"י להקנותו במתנה כו' לפי שאינו ברשותו עיי"ש. והנה ר' יעקב

בירושלמי שם דבעי דמתני' דלא כר"ד הי' סבור דהתם גבי לולב ג"כ הוי גזל וכדמוכח שם בירושלמי ממה דפריך עוד דמתני' דלא כחכמים דתמן אומרים שאין הפקר אונסין הפקר שאין אנו אחראין לרמאין והכא את אמר הפקר אונסין הפקר עיי"ש ובק"ע ובפ"מ שם. ומשמע מזה דר"י הי' סבור דגם התם גבי לולב הוי גזל. וא"כ שפיר אינו יכול להקנותו אח"כ במתנה ושוב שפיר קאמר דמתני' לא כר"ד והיינו או כפי' הפ"מ הנ"ל דלר"ד אינו יכול ליתן במתנה לאחר שהגיע הלולב ליד אחר כיון דאינו ברשותו. או כפירושינו הנ"ל דלר"ד יש ברירה ולהמתני' אין ברירה. אולם אכתי קשה לפי שיטת הפוסקים שהבאתי לעיל דלהגזלן עצמו יכול להקנות וכ"כ הבעל מקו"ח בעצמו בנתיבות סי' מ"ט ס"ק י"ז ובסי' ר"ה ס"ק י"ד. א"כ אי נימא כסברת המקו"ח דהיכא דיכול להקנותו גם אח"כ ל"ש אין ברירה. שוב א"א לפרש דברי הירושלמי הנ"ל לא כפירוש הפ"מ ולא כפירושינו וכאמור:

ובאמת אף לולא דברי המקו"ח הנ"ל ליתא לפירושינו לדברי הירושלמי עפ"י מ"ש המהרי"ט ח"ב החו"מ סי' כ"ג דבאומר כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה ל"ש לומר אין ברירה כיון שאינו מזכהו אלא לאחר שיגיע לידו עיי"ש ועיין מזה בקצה"ח סי' ס"א. ומעתה שוב יש סתירה מדברי הירושלמי הנ"ל לשיטת הפוסקים דלגזלן עצמו יכול ליתן במתנה וצ"ע. ולא נפניתי כעת לעיין בזה כי בלא"ה לא עלתה ארוכה בתירץ הקצה"ח לקושיתו הנ"ל לפי פירוש הרשב"ם שכתב ויקנו מידם דע"כ לא מיירי שנותן לגנב עצמו דא"כ למה צריך קנין וכמ"ש הקצה"ח:

וקושית הקצה"ח אמרתי לישב עפ"י מ"ש האספ"ז ב"ק דף ל"ג בשם הרמ"ה והרא"ש עיי"ש ויען שראיתי שכבר קדמני בזה חד מהאחרונים לזאת מנעתי מלכתבו. עוד נלפע"ד דאין כאן קושיא כלל דהנה מ"ש הרשב"ם ויקנו מידם כוונתו הוא שיקנו מידם על הסילוק שמסלקו א"ע מהס"ת שאומר דו"ד אין לי על ס"ת זה. ואין כוונתו להקנות הס"ת להגנב או לאחרים. וכן נמי מה דאמרינן בב"ב שם גבי שותפין בשדה דקנו מידו מיירי נמי שקנו מידו על הסילוק ולא שמקנה לו השדה ואומר יהא שלך ועיין בהרמב"ן בחדושיו שם והובא גם במהרש"א שם וסילוק שפיר מהני. אף בדבר שאיני ברשותו וכמ"ש המרדכי ר"פ הכותב בשם תשובת מוהר"מ והובא ברמ"א סי' ר"ט ס"ח דיכול לסלק עצמו מדשלב"ל עיי"ש. והה"נ מדשא"ב יכול לסלק עצמו כי דשלב"ל ודשא"ב עולים בקנה אחד וחד דינא אית להו ואדרבה דשא"ב עדיף טפי מדשל"בל וכמבואר בפלתי בה' תולעים בסי' פ"ד סק"ב. וגם מוהר"מ בתשובה שם דמיירי לענין אם יכולה האשה לסלק עצמה מהבית שיקנה בעלה וכתב דמהני הסילוק הרי לא מחלק בין אם

הבית לא הי' אז בעולם ובין אם כבר הי' הבית בעולם רק שאינו ברשותו ומשמע דלעולם מהני הסילוק וכן כראה נמי דיכול לסלק עצמו מדשא"ב מהא דאמרינן ר"פ הכותב נחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עלי' שלא ירשנה. ומזה הביא מוהר"מ שם ראי' דמהני סילוק בדשלב"ל. והרי התם הנחלה היא בעולם רק אינה ברשותו. וע"כ דגם בדשא"ב מהני סילוק והפוסקים לא דקרקו בלשונם בין דשלב"ל לדשא"ב ולפעמים נקטו הלשון דשלב"ל על דשא"ב:

ועיין גם בירושלמי ר"פ הכותב דאיתא שם כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ונפלו לה לאחר מכן מהו ויש אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו ועיין ברא"ש ר"פ הכותב שמפרש דברי הירושלמי דמיירי היכא דכתב לה אחר נשואין דכיון דידו כידה אין הסילוק מועיל לדבר שאינו ברשותו אבל בכתב לה בעודה ארוסה מהני הסילוק אפי' לנכסים שנפלו לה אח"כ משנשאת עיי"ש ועיין גם באספ"ז פ' האשה שנפלו דף ע"ח ע"ב סוף ד"ה כמאן מ"ש בשם הריב"ש לפרש דברי הירושלמי הנ"ל לדעת הרמב"ן עיי"ש. הרי בהדיא דמהני סילוק בדשא"ב ורק בנשואה לא מהני כיון דידו כידה. וטיין מזה גם באב"מ סי' צ"ב סק"ו מ"ש על דברי המשל"מ פכ"ג מה"א עיי"ש. וא"כ שפיר הכא בנגנב ס"ת מהני סילוק אף דאינו ברשותו ואפי' לפמ"ש הרשב"א בתשובה והר"ן ר"פ הכותב והובא ברמ"א באע"ז סי' צ"ב דדוקא בכותב לה בעודה ארוסה דאית. לי' שייכות בנכסים מהני סילוק אבל קודם אירוסין דלית לי' שייכות בגווייהו לא מהני סילוק ואפי' ע"י קנין וכמ"ש החמ"ח שם מ"מ הכא בגנב ס"ת הרי שפיר אית לי' להנגנב שייכות בו דהא שלו הוא ושפיר מהני סילוק אליבא דכ"ע. ומהאי טעמא דהס"ת חשוב שלו לכן כתב הרשב"ם דבעינן שיקנו מידם כיון דבדבר שכבר זכה בו והוא שלו לא מהני סילוק בלא קנין וכדאמרינן בב"ב שם גבי שותפין בשדה וכן אמרינן בר"פ הכותב גבי סילוק בנשואה דבעינן קנין:

וראיתי בשו"ת שו"מ מהדו"ק ח"ג סי' קנ"ח שכתב דסילוק לא מהני בדשא"ב והביא גם בשם מהרי"ט ח"ב מאע"ז סי' מ' שכתב כן להדיא דלא מהני סילוק והפקר בדשא"ב. ונפלאתי מאוד דבשלמא מ"ש דהפקר לא מהני בדשא"ב זה ניחא דכבר נתווכחו רבים וגם שלמים אי מהני הפקר בדשא"ב ורבים החליטו דלא מהני הפקר בדשא"ב. אבל מ"ש דסילוק לא מהני בדשא"ב הוא תמוה דהלא סילוק מהני בדשא"ב וכמש"ל אמנם עיינתי במהרי"ט שם וראיתי שכתב וז"ל ועוד דשושנה זו לא היתה אז בעולם בשעת התנאי שהפקיר סבלונות ולא חל עלי' שם הפקר דאין אדם מפקיר דשא"ב כי היכי דאין אדם מקנה דשלב"ל כו' וכי אמרינן ר"פ הכותב דמצי מסתלק מנכסי אשתו ואפי' מנכסים שעדיין לא נפלו לה היינו בכותב לה בעודה ארוסה שעדיין לא זכה בה כו' וכיון דבשעת

כניסתה לחופה לא זכה הבעל בירושתה תו לא זכה במה דנפלו לה אבל א"א להסתלק ולהפקיר דשא"ב לאחר שיבא ברשותו עכ"ל הרי שסיים מהרי"ט אבל א"א להסתלק ולהפקיר דשא"ב לאחר שיבא ברשותו ודקדק לכתוב תיבות אלו "לאחר שיבא ברשותו" ונ"ל דכוונתו בזה לחלק דמה דמהני סילוק הוא רק היכא דהדבר הוא ברשותו ומסלק רשותו מני' או אפי' היכא דהדבר עדיין אינו ברשותו רק יש לו זכות שיבא לרשותו יוכל לסלק אותו זכות שלא יבא לרשותו כלל וכגון בכותב לה בעודה ארוסה דו"ד אין לי בנכסיך דיש לו זכות לזכות בנכסי' אחר הנשואין מסלק זכותו שלא יזכה בהם וממילא אינו זוכה בהם אח"כ ואינם באים כלל לרשותו משא"כ היכא דהדבר עדיין אינו ברשותו ומסלק עצמו על לאחר שיבא ברשותו הרי כל זמן שאינו ברשותו ל"ש סילוק כלל כיון דסילוק אינו אלא הפקעת רשות והא אינו ברשותו והזכות שלא יבא לרשותו הרי אינו מסלק דהא רצונו שיבא לרשותו ואח"כ כשבא לרשותו הרי אז שוב לא סילק עצמו מחדש ובזה כתב מהרי"ט דלא מהני הסילוק כן נ"ל בדעת מהרי"ט:

ועפי"ז ניחא נמי מה שראיתי במח"א הלכות זכי' מתפקר סוף סי' ז' שכתב וז"ל וכבר כתבתי דאין הפקר מועיל בדשא"ב וכ"כ מהרי"ק בשורש ג' ודלא כמהרי"ט בתשובה ח"א עכ"ל ומבואר מדבריו דדעת המהרי"ט בח"א היא דהפקר מהני בדשא"ב. וצ"ע דהלא מהרי"ט בח"ב בסי' הנ"ל כתב גם בהפקר דלא מהני בדשא"ב וא"כ סותר דעת עצמו. ולפי מה שביארתי כוונת מהרי"ט ח"ב הנ"ל מ"ש לענין סילוק א"ש דהא גם בהפקר לא קאמר המהרי"ט בח"ב שם דלא מהני בדשא"ב רק היכא שהוא מפקיר על לאחר שיבא ברשותו וכמו שכתב בלשונו א"א להסתלק ולהפקיר דשא"ב לאחר שיבא ברשותו' ובכה"ג שפיר ס"ל למהרי"ט דלא מהני הפקר וכמו בסילוק כיון דגם הפקר אינו אלא הפקעת רשות וכמ"ש מהרי"ט שם וכ"ז שאינו ברשותו ל"ש הפקר ולאחר שבא לרשותו צריך הפקר מחדש אבל כשאינו ברשותו ומפקיר וע"י התפקר לא יבא כלל תו לרשותו בזה ס"ל למהרי"ט דמהני ההפקר אף דאינו ברשותו [ואף דמהרי"ט שם מתחלה כתב סתם דאין אדם מפקיר דשא"ב כי היכי דאין אדם מקנה דשלב"ל וכמו שהבאתי לשונו למעלה אמנם י"ל דכוונתו היא רק היכא שמפקיר על לאחר שיבא ברשותו וכמו שסיים אח"כ] ובאמת נלע"ד דגם המח"א שכתב דמהרי"ט בח"א ס"ל דההפקר מהני בדשא"ב כיוון לדברי מהרי"ט ח"ב הנ"ל ומ"ש שם המח"א ח"א ט"ס היא וצ"ל ח"ב כי לא מצאתי כלל במהרי"ט ח"א שיכתוב דמהני הפקר בדשא"ב ובודאי כיוון לדברי מהרי"ט ח"ב הנ"ל ומזה שפיר הוציא המח"א דס"ל למהרי"ט דהפקר מהני בדשא"ב וכמו שכתבתי. ולכאורה רציתי לומר דהמח"א כיוון למ"ש מהרי"ט ח"א סי' פ"ה ת"ל ואם תי' מפקירין

כדין באפי תלתא כו' שכמה בני אדם יש להם נכסים אצל אחרים וחובות אצל בני אדם וכשהוא מפקיר נכסיו לאחר שלשה ימים אינו יכול לחזור בו וזכה בהם הנפקד או הלוה כו' ואם חוזר ולוקחם ממנו גזל הוא בידו עכ"ל ולדברי מהרי"ט האלו כיוון המח"א במ"ש דהמהרי"ט ס"ל דמהני הפקר בדשא"ב דהא פקדון ומלוה אינו ברשותו הוא ואפ"ה כתב מהרי"ט בזה דמהני הפקר. אכן אחר העיון קצת ראיתי דזה לא ניתן להאמר דהמח"א הוציא מדברי מהרי"ט אלו דס"ל דמהני הפקר בדשא"ב דהא אף דלא מהני הפקר בדשא"ב מ"מ בפקדון ומלוה מהני הפקר דלא מבעיא פקדון בודאי מהני הפקר אליבא דכ"ע דהא פקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרי' הוא ויכול להקנותו לאחר וכדקי"ל בסי' רי"א אך במלות אי מהני הפקר תלי' בפלוגתת הבעהמ"א והרמב"ן במלחמות בפ' שור שנגח דו"ה דעת הבעהמ"א היא דמלוה כשאין הלוה מסרב ליתנו הוי ברשותו ויכול להקדישו ודעת הרמב"ן היא דאף כשאין הלוה מסרב ליתנו ג"כ הוי דשא"ב כיון דמלוה להוצאה ניתנה עיי"ש. וא"כ ת"ן לענין הפקר לדעת הבעהמ"א מהני הפקר בחוב ולדעת הרמב"ן לא מהני וא"כ אין להוציא מדברי המהרי"ט ח"א הנ"ל דס"ל דמהני הפקר בדשא"ב ובודאי כיוון לדברי מהרי"ט ח"ב הנ"ל וכמו שכתבתי:

סימן ח

(**א**) **סעיף א** וכל דיין המתמנה בשביל כסף כו' עיין מה שכתבתי בזה בתשובה שבסוף סי' זה:

(**ב**) **סעיף ד** אסור לו לעשות מלאכה בפני ג'. מקור דין זה הוא בש"ס קדושין דף ע' דאיתא שם ר"י אשכחי' לר"נ דקעביד מעקה א"ל לא סבר מר להא דאמר ר"ת ב"א אמר שמואל כיון שנתמנה אדם פרנס על הצבור אסור בעשיית מלאכה בפני שלשה:

ועיין במקנה קדושין שם שכתב בהא דהשיב ר"כ לר"י פורתא דגונדריתא הוא דקא עבידנא והיינו מעקה. משמע שהשיבו כיון שאין זה אלא בנין של מצות מעקה מותר לעשותו בפני רבים ותמה על הפוסקים למה לא הזכירו דמלאכת בדבר מצוה מותר לפרנס לעשות ברבים. ולכאורה עלה בדעתי לומר דאדרבה מכאן יש להוכיח דאפי' מלאכה בדבר מצוה אסור לפרנס לעשות ברבים דהא ר"נ השיב לר"י פורתא דגונדריתא הוא דקעבידנא והרי תיבת פורתא לכאורה אינו מובן כלל, וע"כ צ"ל דתשובתו הי' בזה דעושה רק קצת מהמעקה אשר אין זה חשיב מלאכה כלל. וא"כ שפיר משמע מכאן דמלאכה אסור לפרנס לעשות ברבים ואפי' מלאכה של דבר מצוה. ושפיר לא חילקו הפוסקים בין מלאכה של דבר הרשות למלאכה של מצוה. אמנם מלבד דזה דוחק לפרש

כן תיבת פורתא. בלעדי זה הא המקנה שם הוכיח כן דמלאכה בדבר מצוה מותר לפרנס לעשות ברבים גם מהא דמצינו במשה רבינו שבנה המזבח ועשה המשכן עיי"ש:
ועיין גם בשו"ת חו"י סי' ר"ה שכ"כ דמלאכה בדבר מצוה מותר לעשות ברבים [הוא אינו מזכיר כלל מש"ס קדושין הנ"ל] והביא גם בשם מהרי"ל שכתב דמהר"מ עסק בעשיית סוכתו כיון דיש בה קדושה עיי"ש. ובאמת לפי דעת המקנה הנ"ל יש לי לפרש תיבת פורתא שתשיב ר"נ על דרך נכון מאוד, והוא דלפי דעת המקנה דמלאכה בדבר מצוה מותר לפרנס לעשות ברבים יש לדקדק עוד בגמרא שם דכיון דר"י ראה שר"נ עושה מעקה וכדאיתא בגמרא אשכחי' דקעביד מעקה א"כ מה שאל לר"נ לא סבר מר להא דאמר שמואל כיון שנתמנה אדם פרנס על הצבור כו' הרי מעקה מלאכה בדבר מצוה הוא. ואי משום דר"י הי' סבור דאפי' מלאכה של דבר מצוה אסור לפרנס לעשות ברבים א"כ מה השיב לו ר"נ פורתא דגונדריתא הוא דקא עבידנא הרי לא הי' בזה שום תשובה על שאלת ר"י אחרי דגם ר"י ראה דקעביד מעקה רק הי' סבור דאפי' מלאכה של דבר מצוה אסור לפרנס לעשות ברבים. וכך הו"ל לר"נ להשיבו דמלאכה בדבר מצוה מותר לעשות ברבים. אך נ"ל בזה דהנה מה דמלאכה בדבר מצוה מותר לפרנס לעשות ברבים הוא משום דמצוה בו יותר מבשלוחו [ועיין במג"א סי' ר"כ שכתב דה"ה בכל המצות מצוה בו יותר מבשלוחו] והנה לפי מה דמשמע מדברי המג"א סי' תל"ב סק"ה דאם עשה בעצמו קצת מהמצוה שוב יכול לעשות השאר ע"י שליח ול"ש תו לומר מצוה בו יותר מבשלוחו וכ"כ בהדיא הפרמ"ג שם עיי"ש א"כ הכא מה דמותר לפרנס לעשות מלאכה של מצוה ברבים זה הוא דוקא קצת מהבנין אבל לא לעשות בעצמו כל הבנין כיון דאם הוא עושה קצת שוב יכול לעשות השאר ע"י שליח ול"ש תו מצוה בו יותר מבשלוחו. ומעתה א"ש הכל על נכון דבאמת גם ר"י שראה שר"נ עושה מעקה ידע דמלאכה בדבר מצוה מותר לפרנס לעשות ברבים רק הוא דימה בנפשו שר"נ עשה בעצמו כל המעקה. והרי אם עושה בעצמו קצת מהמצוה תו יכול לעשות השאר ע"י שליח וא"צ לעשות בעצמו כל המצוה לכן קאמר לי' לא סבר מר להא דאמר שמואל כיון שנתמנה אדם פרנס על הצבור כו' וא"כ אסור לו לעשות כל המעקה בעצמו. והשיב לו ר"נ פורתא דגונדריתא הוא דקא עבידנא ומענה בפיו הי' שבאמת הוא בעצמו לא עשה כל המעקה רק מקצת מהמעקה עושה בעצמו וזה דקאמר לי' הלשון פורתא. וזה נכון מאוד. ולפי דברינו אלו לדעת המקנה יש ג"כ מכאן ראיה גדולה לדברי המג"א והפרמ"ג הנ"ל:
אך מה שתמה המקנה על הפוסקים מה דלא חילקו בין מלאכה של דבר הרשות למלאכה של מצוה מצאתי בספר באר יעקב בסי' זה שגם הוא הוכיח מש"ס קדושין הנ"ל כדעת

המקנה דמלאכה של דבר מצוה מותר לפרנס לעשות ברבים ועמד ג"כ בזה מה דלא הזכירו הפוסקים דין זה וכתב לתרץ די"ל דזה דיוקא וכוונת הש"ע במ"ש כדי שלא יתבזה בפניהם משא"כ אם עשה לשם מצוה לא יתבזה בפניהם ואדרבה שבח הוא להם עיי"ש: **ומה** שהביא הבאר יעקב שם עוד ראי' לזה דמלאכה בדבר מצוה מותר לפרנס לעשות ברבים מהא דתנן בכריתות דף ט"ו, אר"ע שאלתי את ר"ג ור"י באיטלס של עימאום שהלכו ליקח בהמה למשתה בנו של ר"ג. וקשיא על ר"ג שהי' נשיא בישראל איך הלך בעצמו ליקח בהמה שהוא גנאי ובודאי באיטלס שכיחי הרבה אנשים אע"כ כיון דהוא לצורך מצוה לשמחת בנו לכן הי' מותר לו לילך בעצמו עיי"ש. לפענ"ד הקושיא במקומה עומדת איך הלך ר"ג לקנות בהמה באיטלס הא בזה ל"ש לומר דמצוה קעביד. והוא דתנן במכות דף ח' מה חטבת עצים רשות אף כל רשות יצא האב המכה את בנו כו' ואיתא בגמרא א"ל ההוא מרבנן לרבא ממאי דמחטבת עצים דרשות דלמא מחטבת עצים דסוכה ומחטבת עצים דמערכה ואפ"ה אמר רחמנא ליגלי א"ל כיון דאם מצא חטוב לאו מצוה השתא נמי לאו מצוה ופרש"י השתא נמי כי לא מצא חטובה אין החטבה מצוה עיי"ש] [עיין בתוס' שם ד"ה אע"ג ובריטב"א שם מ"ש דדוקא במכשירי מצוה שייך לומר כן אבל במצוה גופא שמפורש בתורת ל"ש לומר כיון דאילו נעשה מכבר לאו מצוה כו' עיי"ש]. וא"כ ת"נ אילו הי' לו לר"ג בהמה בביתו לאו מצוה היא לילך לאיטלס לקנות בהמה לשמחת בנו השתא נמי אף דלא הי' לו בהמה בביתו לאו מצוה היא לילך לאיטלס לקנות בהמה וזה דמי ממש לחטיבת עצים דסוכה ומערכה. וא"כ שפיר קשה איך הלך ר"ג בעצמו לקנות בהמה באיטלס כיון דלאו מצוה היא. אך נ"ל לתרץ כמו שרצה הבאר יעקב שם מתחלה לומר דר"ג לא הי' אז עדיין נשיא. ומה דלא הי' ניחא לי' לתרץ כן משום דנהי דלא הי' אז נשיא מ"מ כיון דהי' בן נשיא ג"כ לא הו"ל למיעבד הכי דהא גבי ר"נ בקדושין שם דא"ל ר"י דאסור בעשיית מלאכה הרי ר"נ לא הי' נשיא רק חתנא דבי נשיאה עיי"ש. לדעתי ז"א דמה דאמר ר"י לר"נ דאסור לו לעשות מלאכה לאו הוא משום דהי' חתנא דבי נשיאה רק משום דהוא גופא הי' דיין וראש בנהרדעא וכמ"ש רש"י שם. לכן הי' אסור לו לעשות מלאכה וכן מבואר בהדיא כאן בש"ע דדיין אסור לעשות מלאכה וכ"כ הישש"ש קדושין שם סי' ד'. אבל מצד זה שהי' חתנא דבי נשיאה לבד הי' מותר לו לעשות מלאכה וא"כ כיון דר"ג לא הי' אז נשיא וגם לא הי' דיין שפיר הי' מותר לו לילך לקנות בהמה באיטלס אף שהי' בן נשיא, עוד י"ל דדוקא מלאכה אסור לפרנס לעשות ברבים אבל לילך לקנות בהמה בשוק זה לאו מלאכה הוא ומותר:

(ג) **סעיף ה ברמ"א** והשליח ב"ד כו' יכול בעצמו לעשות דין במסרב בו להכותו. עיין בשער משפט סק"א שהביא מ"ש הרמב"ם פ"ה מהל' רוצח ה"ו דשליח ב"ד שהכה את הבע"ד הנמנע מלבוא לדין והמיתו בשגגה דפטור מגלות והראב"ד השיג עליו בזה וכ' השעמ"ש דהרמב"ם יליף לה מהכא כיון דמוכח בר"פ המניח דשליח ב"ד יכול להכות המסרב לבוא לדין כמו שהוכיח הנמוק"י א"כ ממילא נשמע דפטור מגלות כיון דעביד ברשות ב"ד עיי"ש. אמנם באמת הרמב"ם ז"ל נמשך אחר לשון המשנה בפ"ב דמכות דף ח' דאיתא שם יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד. ומפרש הרמב"ם מה דחשיב המתני' שליח ב"ד היינו שהכה את הבע"ד הנמנע מלבוא לב"ד. והרמב"ם לפירושו א"צ שום ראי' וחיזוק כי בקל נוכל לפרש כוונת המתני' כן. ובאמת מה שהשיב הראב"ד שם על הרמב"ם וז"ל א"א זו לא שמענו מעולם אלא שליח ב"ד שהוא מלקה יותר ממה שאמדוהו ב"ד ומת תחת ידו עכ"ל. כבר תמה עליו בספר קול הרמ"ז על משניות בפ"ב דמכות שדבריו מרפסין איגרא דהא בהדיא תנן בפ"ג דמכות דף כ"ב ע"ב ואם הוסיף לו רצועה אחת ומה ה"ז גולה. והוא ז"ל כתב לתרץ דברי הראב"ד ת"ל וי"ל דהתם איירי דטעה במנינא וכדכתב שם הר"ב דאי לא טעה מזיד הוא ואינו גולה ובהכי מיירי הראב"ד דהיינו דאמדוהו לי"ח והוא הוסיף רצועה אחת דסובר דמשום הכאה אחת לא ימות עכ"ל. ודבריו נאמרים בקיצור ועיין בש"ס ב"ק דף ל"ב ע"ב ותבין דבריו כי דבריו סובבים לפי הסוגיא דבש"ס ב"ק שם ולפי דבריו הונח לי מה שיש לדקדק מדוע הניח הראב"ד בשלום את דברי הרמב"ם סוף פט"ז מה' סנהדרין שכתב שם דאם הוסיף רצועה אחת על האומד ומת הרי החזן גולה והראב"ד לא השיג כלל על זה. והלא להראב"ד לשיטתי' דס"ל בה' רוצח שם דאם מלקה יותר ממה שאמדוהו ומת תחת ידו פטור מגלות א"כ הו"ל להשיג גם על דברי הרמב"ם האלו. ולפי דברי הרמ"ז הנ"ל ניחא דהא דברי הרמב"ם בה' סנהדרין הנ"ל נובעים מהמתני' דפ"ג דמכות דקתני אם הוסיף לו רצועה אחת ומת ה"ז גולה ושם מיירי היכא שטעה הדיין במנינא דהוי שוגג גמור וכדאמרינן בש"ס ב"ק שם ובזה שפיר מודה הראב"ד דגולה:

אמנם אנכי לא מצאתי מרגוע לנפשי בתירץ הקול הרמ"ז הנ"ל דהא הטעם דשליח ב"ד פטור מגלות הוא משום דמצוה קעביד וכמבואר במתני' ובגמרא מכות דף ח' שם והרי אם מלקה יותר איך שייך לומר דקעביד מצוה בהכאה היתירה הרי כיון דכבר נלקה במלקות הראויות לו שוב חף הוא מפשע ומנוקה מעון, והרי הוא כאחיך ותו ליכא מצוה כלל בהכאה הנוספת. ועוד דתרי לפי מה דאמרינן הטעם דמצוה קעביד משמע דאין עליו חיוב גלות כלל והלא לפי דברי הרמ"ז הנ"ל בפירוש כוונת הראב"ד הרי הוא באמת

מחויב גלות אלא דמש"ה פטור משום דלא סגי לי' בגלות כיון ד ענשו חמור דהוי קרוב למזיד וא"כ איך יתכן בזה הטעם דאמרינן בגמרא דמש"ה שליח ב"ד פטור מגלות משום דמצוה קעביד. ולדעתי העני' דברי הראב"ד תמוהים מאוד ואין להם פתרון כלל, אך נ"ל נכון דמ"ש בהראב"ד תיבת "יותר" היא ט"ס וכך צ"ל אלא שליח ב"ד שהוא מלקה מה שאמדוהו ב"ד ומת תחת ידו. וזה היא כפירוש רש"י שפי' כן במכות דף ח' וז"ל ושליח ב"ד המלקה ארבעים לחייב מלקות עכ"ל וכוונתו בזה הוא שמלקה אותו מלקות הראויות לו והמיתו עם המלקות האלו וכן מבואר בהדיא ברש"י ז"ל מכות דף כ"ב בהא דתני שם במתני' אם מת תחת ידו פטור ופירש"י וז"ל דשליח ב"ד הוא ואמרן לעיל יצא האב המכה את בנו ושליח ב"ד עכ"ל הרי מבואר בהדיא דרש"י ז"ל מפרש הך דתני במתני' דף ח' שליח ג"ד פטור היינו שהמיתו במה שלקה אותו מלקות הראויות לו וכהך דתני במתני' בדף כ"ב אם מת תחת ידו פטור. אך נראה לע"ד דפירוש הרמב"ם הנ"ל הוא יותר מרווח מפי' רש"י והראב"ד דהא לפי' רש"י והראב"ד הרי מה דתני במתני' דף ח' שליח ב"ד פטור היינו הך דתני במתני' דף כ"ב אם מת תחת ידו פטור וא"כ קשה ל"ל להתנא למיתני דבר אחד ב' פעמים. ועוד דהא האיש המלקה מלקות בשם חזן יכונה וכדאי' במתני' בדף כ"ב שם וכן קראהו הרמב"ם בשם חזן וכדאיתא בהרמב"ם פט"ז מה' סנהדרין והרי במתני' במכות דף ח' שם איתא שליח ב"ד. אבל לפירוש הרמב"ם ניחא הכל:

ואח"ז ראיתי בשבות יעקב ח"ג סי' ק"מ שהביא דברי הקול הרמ"ז הנ"ל וכתב ג"כ לדחות דבריו כמו שכתבתי והוא ז"ל כתב לתרץ דברי הראב"ד, וז"ל אבל אחר העיון נ"ל דמעיקרא לק"מ דהא הרמב"ם פט"ז [מ"ש פ"י ט"ס הוא] הי"ב כתב ואם הוסיף רצועה אחת על האומד ומת ה"ז גולה ולא כתב דטעה וטעה הדיין גופא דהוה ס"ל דהאי אוקימתא דבש"ס ב"ק דף ל"ב דמוקי הכי אליבא דר"י בר"ח לאו הלכתא הוא ומש"ה גולה וכן דעת הראב"ד מדלא השיג עליו בזה אבל היכא דטעה הדיין וסבר השליח שמצוה עוד להכותו בזה פטור מכלום כמו האב והרב הרודה את תלמידו וז"ב נמצא דדברי הראב"ד עלו כהוגן עכ"ל:

והנה מ"ש דס"ל להרמב"ם והראב"ד דמה דמוקי בש"ס ב"ק אליבא דר"י בר"ח המהני' דהוסיף לו רצועת אחת ומת ה"ז גולה בטעה דיינא לאו הלכתא הוא אני בער לא אדע מה"ת לומר כן ואי משום דאמרינן בגמרא שם ללישנא בתרא דמתני הא דר"י בר"ח אריש דמאן דמתני לה אריש אבל בסיפא כיון דברשות חייב גלות ומשמע דללישנא בתרא שוגג קרוב למזיד ג"כ גולה וכן מבואר בהדיא בתוס' ב"ק שם ד"ה מיתבי במ"ש

שם ולא אתיא ההיא סוגיא כמאן דמתני דר"י ב"ח אירשא עיי"ש היטב. וא"כ ללישנא בתרא שפיר נוכל למוקמי המתני' דהוסיף לו רצועת אחת ומת ה"ז גולה היכא שהשליח בעצמו הוסיף דסבור שלא ימות בהכאה זו ולא שטעה דיינא ואפ"ה גולה אף דהוי שוגג קרוב למזיד. וא"כ כיון דהרמב"ם פוסק בפ"ו מהל' רוצח הי"א כלישנא בתרא דנכנס ברשות חייב גלות שפיר מפרש הוא המתני' דהוסיף לו רצועה אחת כו' היכא שהשליח הוסיף בעצמו ולא שטעה דיינא ואף דהוי שוגג קרוב למזיד אפ"ה גולה. אולם ז"א דהלא הרמב"ם שם בהלכות הקודמים פסק דשוגג קרוב למזיד אינו גולה. ובאמת הרמב"ם סותר עצמו לכאורה שפוסק כלישנא בתרא דנכנס ברשות חייב גלות ופוסק דשוגג קרוב למזיד אינו גולה. ועיין בפנ"י שעמד בסתירת דברי הרמב"ם האלו וכתב לתרץ שהרמב"ם מפרש הא דאמרינן אבל בסיפא כיון דברשות חייב גלות דאין הכוונה דלא איכפת לן במה שהוא שוגג קרוב למזיד אלא הכוונה הוא דאעפ"י שנכנס ברשות אין ראוי לקרותו שוגג קרוב למזיד דלא דמי לזורק אבן לרה"ר דהוי שוגג קרוב למזיד לפי שזורק בכוונה למקום דשכיחי אינשי אבל כאן גבי. נגר דבעבודתו טריד והבקעת נתזה שלא בכוונה ל"ש לקרותו קרוב למזיד עיי"ש. ועיין גם בלח"מ פ"א מהל' חובל ומזיק הי"ז שהוא הקשה. ג"כ סתירת דברי הרמב"ם להדדי דפסק בה' חובל שם דאפי' כשנכנס שלא ברשות חייב בארבעה דברים והוא כלישנא בתרא ופוסק דשוגג קרוב למזיד אינו גולה ומתרץ ג"כ כדברי הפנ"י דהרמב"ם מפרש דללישנא בתרא ג"כ שוגג קרוב למזיד אינו גולה עיי"ש אך הוא לא ביאר דא"כ אמאי קאמרינן דללישנא בתרא נכנס ברשות חייב גלות. אבל הפנ"י מתרץ הכל על נכון. ולפי"ז הרי בתוסיף לו רצועה אחת בכוונה רק שסבור שלא ימות בהכאה זו ומת דמי ממש לזורק אבן לרה"ר והוי קרוב למזיד ועדיף טפי מזורק אבן לרה"ר וזה יותר קרוב למזיד הוא וא"כ שפיר קשה אמאי גולה. וע"כ דגם לשיטת הרמב"ם צ"ל דמה דמוקמינן שם הך מתני' דהוסיף לו רצועה אחת כו' בטעה דיינא כן הלכתא הוא. וליתא לתירץ השבו"י לדברי הראב"ד:

וגם זה שלא ביאר הרמב"ם בפ' ט"ז מה' סנהדרין הנ"ל דוקא בטעה דיינא ליכא למימר דכוונתו הוא להיפך דדוקא כשהוסיף השליח מעצמו אז גולה דהלא כיון דבגמרא מוקמינן המתני' בטעה דיינא א"כ אם הרמב"ם רצונו לאפוקי מהך אוקימתא הו"ל לכתוב בפירוש דדוקא היכא שלא טעה דיינא רק השליח הוסיף מעצמו בזה חייב גלות כדי שלא תטעה לומר דכוונתו הוא דדוקא היכא שטעה דיינא אז גולה וכמו דמוקמינן בגמרא. ומדלא כתב בפירוש דוקא שהוסיף מעצמו ולא שטעה דיינא ע"כ בודאי כוונתו הוא בזה כמו דמוקמינן בגמרא דוקא שטעה דיינא אז גולה אבל אם הוסיף מעצמו אינו גולה

כיון דהוי שוגג קרוב למזיד. ועיין גם באספ"ז ב"ק שם שהביא בשם הרב המאירי שעמד בזה מה שלא ביאר הרמב"ם הנ"ל כשטעה דיינא בענינא [הוא אינו מזכיר בפירוש את הרמב"ם רק כתב גדולי המחברים אך כוונתו הוא על הרמב"ם וכמ"ש בתשובות ר"ב אשכנזי סי' ל"ד דבכ"מ שמזכיר הרב המאירי גדולי המחברים הוא הרמב"ם ז"ל] ותירץ שבודאי מן הסתם ר"ל שהוספתו בטעות מנין היתה עיי"ש:

להרב אבד"ק פלוני נ"י ע"ד שאלתו בדבר כסא הרבנות דמחנתו שהרב האב"ד עקר דירתו למקום אחר והתאספו בני העיר ונתנו כתר הרבנות על ראש כבוד מעלתו וזה ששת שנים שעברו שכבודו משמש בכתר הרבנות. ועתה בא בנו של הרב הנ"ל ורוצה למלאות מקום אביו ולדחות את כ"ת. וזהו טענותיו שבא מכחם לדחות את כ"ת.

א. שכבודו נתן מעות לעיר לקבלו לרב ואיתא בש"ע חו"מ סי' ח' דיין המתמנה בשביל כסף וזהב אסור לעמוד מפניו ומצוה לזלזל בכבודו.

ב. שיש לו חזקה חזקת אביו ומה שאביו עזב מקומו הי' אנוס כי הי' מוכרח לעקור משם מפני הבזיונות והחרפות שהי' לו בעירו ולכך לא מחל חזקתו:

תשובה טענה הא' נ"ל דאינה טענה. דהנה הב"ח כתב דאם נתן מעות כדי שיתמנה אפי' הוא גדול טפי משאר גדולים בחכמה ובמנין אסור לעמוד מפניו והביא ראי' לזה מפ' הבע"י ממעשה דיהושע בן גמלא שנתן מעות ומינהו המלך להיות כ"ג ואמר רב יוסף קטיר קא חזינא הכא ואין ספק דיהושע ב"ג הי' ראוי להיות כ"ג והי' ירא שמים ואפ"ה אמר ר"י קשר של רשעים אני רואה עיי"ש. אמנם בחדושי אגדות למהרש"א בסנהדרין דף ז' ע"ב ד"ה בשביל כסף וזהב כו' מבואר דדוקא בדיין ע"ה ואין בו ריח תורה שנותן מעות איכא איסור אבל בדיין ת"ח ליכא איסור אף שנותן מעות עיי"ש. ולפענ"ד נראה כדעת המהרש"א דמה שהביא הב"ח ראיה מיהושע ב"ג אינה ראי' כלל דבמחילת כבוד הדרת גאון עזו הי' בהעלם עיניו אז לפי שעה דברי רש"י ביבמות שם שכתב בהדיא דיהושע ב"ג לא הי' ראוי לכך עיי"ש ועיין גם לזקיני התיו"ט במשנה דיבמות שם שהוסיף עוד דלא הי' חכם עיי"ש וא"כ שפיר קאמר ר"י קטיר קא חזינא הכא. ואפילו לפי מה דמבואר בתוס' ב"ב דף כ"א ע"א ד"ה זכור דיהושע ב"ג הי' ראוי להיות כ"ג והא דקאמר ר"י קטיר קא חזינא הכא לפי שהיו אחרים חשובים ממנו עיי"ש ג"כ אין להביא ראי' מיהושע בן גמלא לדיין דאם הוא חכם בחכמת התורה ויש אחרים גדולים ממנו יש איסור אם נותן מעות למנותו לדיין. דלא דמי כלל דיין לכ"ג דדוקא בכהונה גדולה, דאמר קרא והכהן הגדול מאחיו ודרשינן בגמרא שיהא גדול מאחיו בחכמה לכך שפיר אם נותן מעות לענותו לכ"ג ויש אחרים גדולים ממנו בחכמה איכא איסור משא"כ בענין הוראה

ורבנות דלא בעינן שיהא גדול מאחיו בחכמה וא"כ אם הוא חכם בחכמת התורה וראוי לאותו אצטלא שיודע לדון ולהורות אף שיש אחרים גדולים ממנו ליכא איסור אם נותן מעות למנותו לרב ולדיין וכדעת המהרש"א:

וע"ד הטענה שני'. הנה בגוף הדין אי יש כח ביד האב בחיים חיותו להושיב את בנו על כסאו בכל עניני מנויין מכח חזקה יש לחקור בזה הרבה דהא איתא ברמב"ם ושאר פוסקים דעה דהבן קודם הוא מתורת ירושה והרי ירושה ל"ש בחייו:

אך מדברי הרשב"א בתשובה והובא ברמ"א באו"ח סי' נ"ג שכתב דש"ך שהזקין יכול למנות את בנו לסייעו לפרקים ואין הציבור יכולין למחות בידו דבנו קודם לכל אדם עיי"ש משמע דגם בחייו שייך החזקה. ויש להאריך הרבה בזה ואין רצוני לתאריך. יען כי אף אי נימא דשייך החזקה גם בחייו עכ"ז בנ"ד הדין עם כ"ת דהנה מה שטוען בנו של תרב שאביו אונס הי' מחמת החרפות והבזיונות שהי' לו בהעיר ולא מחל חזקתו. מלבד דאין זה דבר ברור לומר דזה חשיב אונס בלעדי זה הא כתב בשו"ת מהראנ"ח ח"ב סי' ע' שאפי' שררה שלא החזיק בה אלא מתוך אונס חשיב מוחזק בשררה והביא ראי' לזה מפ"ק דיומא דף י"ב דת"ר אירע קרי לכ"ג ומינו אחר תחתיו ראשון חוזר לעבודתו והשני כל מצות כהונה גדולה עליו דברי ר"מ. ואף ר' יוסי דפליג וקאמר שם דהשני אינו ראוי לא לכ"ג ולא לכהן הדיוט לא קאמר הכי אלא משום איבה אבל מן הדין השני חשיב מוחזק בשררה ההוא וכדאמרינן התם ומודה ר"י שאם מת ראשון שני חוזר לעבודתו ומשמע שהשני זוכה בה ולא זולתו ואעפ"י שלא זכה בה אלא מפני אונס הראשון עיי"ש:

ומה שנסתפק מהראנ"ח שם במה דאמרינן דאם מת הראשון שני חוזר לעבודתו אי הכוונה הוא שזוכה בכהונה גדולה מצד הדין או דלמא שאינו זוכה בה מצד הדין רק באם רצו למנותו לכ"ג יכולין למנותו ולא חיישינן לאיבה עיי"ש:

לדעתי נראה פשוט דהשני זוכה מן הדין דהא קאמר שם הש"ס דמהו דתימא דהו"ל צרה מחיים ופרש"י דאמר זה מצפה מתי ימות וישמש הוא תחתיו עיי"ש. ואי נימא דתליא ברצונם א"כ מה קאמר דהו"ל צרה מחיים דלמה יצפה על מיתת הראשון אחרי דגם אם ימות ג"כ לא ידע בבירור אם ימנוהו לכ"ג כי אולי לא יתרצו למנותו והרי הוי הוא כמו שארי כהנים דלא אמרינן בהו דהו"ל צרה מחיים, אע"כ דאם מת הראשון שני חוזר לעבודתו אף בלי רצונם מכח שהחזיק בכהונה גדולה עוד בחיים חיותו של הראשון ושפיר קאמר דהו"ל צרה מחיים אך. אכתי יש לעיין בהא דאמרינן ומודה ר"י שאם מת הראשון שני חוזר לעבודתו אם זה הוא דוקא לנגד אחר השני קודם אבל אם הראשון הניח בן הבן קודם להשני או דלמא השני קודם אפי' נגד הבן. אמנם מסתימת הלשון

דקאמר שאם מת ראשון שני חוזר לעבודתו משמע דאין חילוק בין אם לא הניח הראשון בן ובין אם הניח בן ולעולם השני חוזר לעבודתו:

ולכאורה רציתי לומר דאין ראי' מהא דקאמר סתם דאם מת ראשון שני חוזר לעבודתו ולא מחלק בין אם הניח הראשון בן אי לא דהא ע"כ פלוגתתם הוא שם רק היכא שאין לו להראשון בן שיהא ראוי לכ"ג:

והוא דהנה בשו"ת שער אפרים סי' ל"א הקשה דלמה השני אינו עובד ככ"ג משום איבה הלא יוכל הכ"ג הראשון לברר בעצמו למי שאוהב לו ובזה לא יתקנא בו ואין כאן איבה ותירץ שאין בידו לברר כהן אחר תמורתו כשידחה מן העבודה. עיי"ש והנה זה הוא דוקא לאדם, אחר אין בכחו למנות תחתיו אבל לבנו ודאי יש כח בידו למנותו תחתיו וכמו בש"ץ שהזקין שכתב הרשב"א בתשובה והבאתיו לעיל דיכול למנות את בנו לסייעו לפרקים ואין הציבור יכולים למחות בידו דבנו קודם לכל אדם. וה"נ גבי כ"ג אם אירע פסול ונדחה מן העבודה יכול למנות בנו תחתיו וכ"כ בהדיא בנו של השע"א בהגהותיו בתשובה שם עיי"ש. וא"כ אכתי קשה קושית השע"א הנ"ל דיברור הכ"ג הראשון את בנו שהוא ישמש תחתיו ולא יהא איבה אע"כ צ"ל דפלוגתתם הוא היכא שאין לו להראשון בן שיהא ראוי להיות כ"ג, וא"כ שפיר קאמר סתם ומודה ר"י שאם מת ראשון שני חוזר לעבודתו ולא מחלק בין אם הניח בן אי לא כיון דפלוגתתם הוא היכא שלא הי' לכ"ג הראשון בן שיהא ראוי להיות כ"ג, אמנם ז"א דנהי דזאת מוכרחיו אנו לומר מחמת הקושיא הנ"ל דהם פליגי היכא שבשעה שאירע פסול לכ"ג הראשון לא הי' לו בן שיהא ראוי להיות כ"ג. אבל הא אכתי זאת יכול להיות שאח"כ בשעה שמת הראשון הניח בן שראוי להיות כה"ג, ושוב שפיר הו"ל להשמיענו דאם כשמת הראשון הניח בן שראוי להיות כ"ג דהבן קודם להשני, אלא ודאי דאין חילוק וכמו שכתבתי:

ועוד הי' נ"ל לכאורה לומר דאין ראי' ממה דלא מחלק הש"ס בין אם הניח הראשון בן או לא והיא דהנה במתני' תני מפרישין כ"ג מביתו ללשכת פרהדרין ואיתא בגמרא ובירושלמי דמש"ה קורין לשכת פרהדרין לפי שהיו נותנים מעות לחיות כ"ג והיו מחליפין אותה כל שנים עשר חודש עיי"ש. וזה הי' בבית שני. וראיתי בס' שלום ירושלים על הירושלמי שהביא בשם ספר קול יעקב שהקשה דאמאי שנה התנא במתני' בבית שני. ותירץ משום דאיתא בירושלמי אר"י ב"ב כאן בראשון כאן בשני דבמקדש ראשון סמכו על הנס ולא הי' מונעין ממנו מאכל והי' מניחים אותו לאכול דברים המביאין לידי טומאה א"כ כ"ש שלא הי' מתקינין כהן אחר תחתיו שמא יארע בו פסול דסומכין על הנס לפיכך נקט במתני' לשכת פרהדרין שהי' קורין אותה בבית שני ואין סומכין על הנס

ומתקינן לו כהן אחר תחתיו עיי"ש. וכיון שכן דהמתני' מיירי רק בבית שני דבבית שני מתקינין לו כהן אחר תחתיו א"כ נהי דפלוגתא דר"מ ור"י יוכל לסבול אפי' בבית ראשון וכגון שאם אירע פסול לכ"ג עכ"ז י"ל דמש"ה קאמר סתם דאם מת ראשון שני חוזר לעבודתו ולא נזהר לחלק בין אם הניח הראשון בן אי לא כיון דגריר אחר המתני' דמיירי רק בבית שני ובבית שני דהיו נותנים מעות להיות כ"ג לא שייך כלל החזקה לבניהם כי לא קנאו הכהונה גדולה רק להם לבדם ולא לזרעם אחריהם וכמבואר בירושלמי יומא שם דאיתא ח"ל בראשון שהי' משמשין הוא ובנו ובן בנו שימשו בו שמונה עשר כהנים אבל בשני ע"י שהיו נוטלין בדמים כו' שימשו בו שמנים כהנים עיי"ש. ומשמע בהדיא דבבית שני שהיו נוטלין הכהונה גדולה בדמים לא הי' חזקה לבניהם, אבל באמת היכא דאנו דנין מכח חזקה וכגון במקדש ראשון שפיר הבן קודם להשני. אולם באמת ליתא כלל לדברי הקול יעקב וכמו שדחה דבריו השלום ירושלים שם דמה דמתקינן כהן אחר הוא לאו משום קרי לחוד אלא מקרה אחר שמא יטמא בדבר אחר וכמ"ש הק"ע בהא דקאמר מעשה בבן אילם מציפורין שאירע קרי ופי' שם מקרה בעלמא כו' עיי"ש. ועיין גם ברש"י יומא במתני' ד"ה ומתקינן ובמאירי מגלה דף ט' ובתשב"ץ ח"ג סי' קל"ח. וא"כ גם בבית ראשון הי' מתקינין כהן אחר תחתיו. ועיין בשלום ירושלים שם מ"ש לתרץ מה דנקטה המתני' בבית שני עיי"ש. וא"כ שוב שפיר עלה כהוגן ראיתינו הנ"ל:

שוב ראיתי בשעה"מ הל' עבודת יוה"כ פ"א ה"ג שהביא בשם הרב זרע אברהם שנסתפק בזה אי השני חוזר לעבודתו אף כשהניח הראשון בן וכתב השעה"מ דשמע שמביאין ראי' ממ"ש התוס' נזיר דף מ"ז ע"ב וז"ל אלא יש לפרש כגון שיש כאן כ"ג משיח ואירע בו קרי ומשחו אחר תחתיו ועבד יו"כ אחד ושוב המשיח הראשון חוזר לעבודתו כו' ובין כך ובין כך נגנז שמן המשחה וזה המשיח הראשון שחזר לעבודתו גלה עם יכני' ומינו אחר תחתיו מרובה בגדים אבל משיח שעבר אינו מתמנה תחתיו כל ימי חייו של הראשון אף כי יצא בגולה משום איבה ולהכי ליכא למימר דמת המשיח הראשון דא"כ משיח שעבר יתמנה תחתיו עכ"ל התוס':

וע"כ דס"ל להתוס' דאפי' בהניח בן ממלא מקום אבותיו אפ"ה השני חוזר לעבודתו מדלא כתבו דמשכחת לה כשמת המשיח הראשון והניח בן ממלא מקומו. והוא ז"ל כתב דיש לדחות ראי' זו דע"כ לא נסתפק הרב ז"ל אלא דוקא בששניהם שוים דהיינו בבית ראשון דכולן משוחים או בבית שני דשניהם הם מרובה בגדים בהא איכא לספוקי דהבן קודם אבל בנדון התוס' כיון דזה השני שנתמנה תחתיו מפני פסול כ"ג הוא משוח בשמן המשחה ואם אנו ממנים לאחר או לבנו הוא מרובה בגדים ודאי מסתברא שהשני

חוזר לעבודתו אפילו במקום בן כיון שזה השני משוח הוא בשמן המשחה עיי"ש [ועיין בשעה"מ שם שהביא ראי' גם מדברי התוס' האלו לפשוט ספיקו של מהראנ"ח שהבאתי לעיל דהשני זוכה בכהונה גדולה מן הדין וכמש"ל] אמנם לפענ"ד נראה דמדברי התוס' שפיר יש ראיה דאפילו היכא דשניהם שוים במעלה ג"כ השני קודם להבן. דמדברי התוס' שם יש להוכיח ג"כ דאין לחלק כחילוקו של השעה"מ בין היכא דהכהן שעבר הוא נמשח והבן לא יהי' רק מרובה בגדים ובין היכא ששניהם שוים במעלה דהא התוס' שם כתבו דמשוח הראשון שגלה ממנין תחתיו מרובה בגדים ולא המשוח שעבר משום איבה. הרי דמעלת נמשח לא נחשב למעלה מכח איבה אף דהיא רק מדרבנן וכמ"ש רש"י ותוס' יומא שם וממנין רק מרובה בגדים ולא המשוח שעבר. וא"כ כ"ש כשהניח בן אם נימא דהיכא דשניהם שוים במעלה הבן קודם להכהן שעבר והוא משום דבכל המינויין בנו קודם לכל אדם והא זאת מדאורייתא היא דילפינן כן מקרא דלכהן תחת אביו וכדאיתא בת"כ. בודאי הדין נותן דלא יחשב מעלת נמשח מעלה נגד הבן והלכך אפי' היכא דהכהן שעבר הוא נמשח והבן לא יהי' רק מרובה בגדים הבן קודם וא"כ כיון דזאת נשמע ממ"ש התוס' ולהכי ליכא למימר שאת כו' דהיכא דהכהן שעבר הוא משיח והבן לא יהי' רק מרובה בגדים דהכהן שעבר הוא קודם להבן ו ממילא שוב אף כששניהם שוים במעלה ג"כ צ"ל דהכהן שעבר הוא קודם להבן דאל"כ אף היכא שהכהן שעבר יש לו מעלת נמשח נגד הבן ג"כ הי' מהראוי שיהי' הבן קודם ולא יהי' נחשב מעלת נמשח למעלה נגד הבן ודו"ק כי קצרתי:

[ויש לי לדבר עוד בענין זה עפ"י מה דאיתא בירושלמי יומא פ"ג ה"ח והובא גם בתוס' יומא דף ט"ו ע"ב ד"ה אמר כו' דלא הי' כ"ג מתמנה להיות כ"ג עד שנעשה סגן תחלה עיי"ש. ועיין גם בתוס' מנחות דף ק"מ ע"ב ד"ה חוניו דמבואר שם דגם בנו של כ"ג אינו מתמנה תחת אביו למלאות מקומו עד שנעשה סגן תחלה עיי"ש אך עדיין לא צרפתי הדברים בכור הבחינה והמדע]. ומעתה אין לו לבנו של הרב שום חזקה כלל במתנתו:

ועוד אמינא דבנ"ד, אף הרב הישיש אבד חזקתו ואינו יכול לחזור למתנתו לדחות את כ"ת. והוא עפ"י מ"ש מהראנ"ח שם דאם נתייאש אבד חזקתו אף שהי' באונס ובנ"ד כיון דעבר ששה שנים שכ"ת שימש שם בכתר הרבנות והוא ידע ושתק הוי כמו נתייאש:

וראיתי בשו"ת כנ"י סי' י"ג שהביא דברי מהראנ"ח האלו וכתב שם וז"ל לכאורה יש להוכיח דאף אם נתייאש אינו נדחה הראשון לגמרי כ"א ששניהם יהי' שוים מגמרא יומא דף י"ב אירע בו פסול ומינו אחר תחתיו כו' א"ר יוחנן הלכה כר' יוסי והנה לכאורה קשה איך פסק ר' יוחנן כר' יוסי הא איהו קאמר בכל הש"ס דהלכה כסתם משנה ובמגלה

דף ט' סתם מתני' אין בין כהן המשמש לכהן שעבר אלא פר יו"כ ועשירית האיפה וקאמר בגמרא מתני' ר"ע הוא כו' ע"כ י"ל דר' יוחנן מוקי מתני' בנתייאש הראשון אעפ"כ חתר לעבודתו ואז אף לר' יוסי השני כל מצות כהונה גדולה עליו כו'. אמנם אחר העיון לא כן הדבר כו', ע"כ נ"ל דר' יוחנן מתרץ לנפשי' איך פוסק כר' יוסי נגד סתם משנה ע"ז מסיק ומודה ר' יוסי שאם עבר ועבד עבודתו כשרה לפי"ז מתני' דמגלה אין בין לאם עבר ועבד. ולזה כיוון רש"י ד"ה שאם עבר ועבד בשמנה בגדים ככ"ג דקדק דוקא לענין שמנה בגדים משא"כ לענין פר יו"כ [מ"ש בכנ"י לעבודת יו"כ ט"ס היא כי במשנה בהוריות חיתא בהדיא זו"ז שוים בעבודת יו"כ] ועשירית האיפה וכסתם מתני' דמגלה כו' עכ"ל בקיצור. והנה תירוצו הראשון שנסתר מחמתו דברי מהראנ"ח הוא יותר מרווח מתירוצו הב' כי מ"ש בתירוצו הב' דר' יוחנן מוקי המתני' דמגלה לאם עבר ועבד, הוא תמוה דהלא בהדיא קאמר ר' יוחנן בירושלמי מגלה פ"ק ה"י ובהוריות פ"ג ה"ב דאם עבר והביא עשירית האיפה שלו כשר, וא"כ ע"כ כוונת המתני' דמגלה דקתני אין בין כהן המשמש לכהן שעבר אלא פר יו"כ ועשירית האיפה היינו לענין לכתחלה כיון דבדיעבד אם הביא הכהן שעבר עשירית האיפה שלו כשר. ומה דרש"י ז"ל ביומא שם נקט דייקא שאם עבר ועבד בשמנה בגדים ולא קאמר ג"כ לענין עשירית האיפה דאם הביא משלו כשר לק"מ דהנה עשירית האיפה של כל יום גם כהן הדיוט מותר להקריבו אלא שצריך שיהא משל כ"ג ודוקא עשירית האיפה שהביא לחינוך הי' צריך לעבוד בידו ועיין בהרמב"ם פ"ה מה' כלי המקדש הי"ז ובפי"ב מה' מעשה הקרבנות ה"ד עיי"ש. וא"כ גם גבי הקרבת עשירית האיפה ליכא חילוק בין כ"ג לכהן הדיוט כ"א לענין בגדים דכ"ג עובד בשמנה בגדים וכה"ד בד' בגדים וא"כ רש"י ז"ל ביומא שם דפירש שאם עבר ועבד בשמנה בגדים כשרה הרי נכלל בזה גם לענין עשירית האיפה דאם עבר ועבד העשירית האיפה בשמנה בגדים כשרה. ולענין הבאת עשירית האיפה לא צריך רש"י ז"ל כלל לומר דאם עבר והביא משלו כשר כיון דר' יוחנן בש"ס דידן ביומא שם לא מיירי רק מענין הקרבה ולא מענין ההבאה:

אך אף כי תירץ הב' של הכנ"י אינו נכון וכמ"ש עכ"ז אינו כדאי לדחות דברי מהראנ"ח הנ"ל מכח תירץ הא' של הכנ"י הנ"ל כי באמת תירוצו הא' שכתב דר' יוחנן מוקי המתני' דמגילה בנתייאש הוא דחוק מאד ומה לנו לכנוס בפרצה דחוקה כזו ורבים וגם שלמים האריכו ליישב הא דר' יוחנן דפוסק כר' יוסי נגד סתם משנה ואין נסתר מחמתם דברי מהראנ"ח הנ"ל. וגם אנכי אענה את חלקי מה שנ"ל ליישב הא דר' יוחנן דפוסק נגד סתם משנה והוא דהנה האורח מישור בחידושיו על הרמב"ם הקשה דמנ"ל להמקשן במגלה

שם להקשות דמתני' ר"מ מכח מה שמדקדק הא לכל דבריהם שוים דלמא קאי אדסמוך לי' אריש דקתני אין בין כהן משוח בשמן המשחה למרובה בגדים אלא פר הבא על כל המצות וע"ז בא הסיפא למיתני דאין בין כהן המשמש לכהן שעבר אלא פר יו"כ ועשירית האיפה ודיוקו הוא הא בפר הבא על כל המצות זו"ז שוים אבל לכל דבריהם באמת אינם שוים עכ"ק בתוספות ביאור קצת ותירץ דהמקשן סמך על מתני' דהוריות דקתני שם להדיא זו"ז שוים בעבודת יו"כ עיי"ש. והנה קושית האו"מ לכאורה ליתא מעיקרא והוא עפ"י מ"ש הריטב"א מכות דף י"א במתני' שם דכהן שנתמנה. תחת הכ"ג שאירע בו פסול אין מושחין אותו דאין מושחין שני כהנים גדולים בדור אחד עיי"ש וכ"כ הרמב"ן עה"ת פ' אחרי בפסוק ואשר ימלא את ידו [התוס' נזיר שהבאתי לעיל כתבו דמושחין הכהן השני ונא כהרמב"ן והריטב"א] וא"כ כהן שעבר אינו מביא פר הבא על כל המצות כיון דאינו משוח בשמן המשחה רק מרובה בגדים וא"כ א"א לומר דכוונת המתני' אין בין כהן המשמש לכהן שעבר כו' הוא דשוים הם בפר הבא על כל המצות. אמנם נ"ל דמ"ש הרמב"ן והריטב"א הנ"ל דכהן שנתמנה תחת הכ"ג שאירע בו פסול אין מושחין אותו יצא להם זאת ממה דאיתא בת"כ פ' צו פ"ג אותו אחד מושחין ואין מושחין שנים וקאמר סתם דאין מושחין שנים ולא קאמר שום טעם לזה משמע דס"ל להת"כ דגזה"כ הוא דאין מושחין שנים, לכן כתבו הרמב"ן והריטב"א דלעולם אין מושחין שני כ"ג בדור אחד אף דאירע פסול לכ"ג. אולם ר' יוחנן בירושלמי פ"ק דיומא ה"א ופ"ק דמגלה ה"י ופ"ג דהוריות דרש טעמא דקרא וקאמר הטעם דאין מושחין שנים מפני איבה עיי"ש. וא"כ לר' יוחנן אם אירע פסול לכ"ג בודאי מושחין השני דהא אז ליכא איבה כיון דהוא אינו ראוי לעבוד עבודה:

ואף דמדברי התוס' נזיר שהבאתי לעיל משמע בהדיא דגם היכא שאינו יכול לעבוד עבודה שייך איבה דהא כתבו דכהן שעבר אינו מתמנה. תחתיו כל ימי חייו של הראשון אף כי יצא בגולה משום איבה. והרי כשיצא בגולה הוא אינו יכול לעבוד עבודה ואפ"ה כתבו התוס' דשייך איבה. אולם נ"ל דזה הוא דוקא כשכבר שימש השני בכהונה גדולה שייך איבה אבל כשעדיין לא שימש השני בכהונה גדולה ל"ש איבה, ותדע שכן הוא מדאמרינן בש"ס יומא שם ומודה ר"י שאם מת ראשון שני חוזר לעבודתו ופריך פשיטא ומשני מהו דתימא הוי לי' צרה מחיים קמ"ל ופרש"י מהו דתימא משום איבה נפסל אף לאחר מיתת ראשון דאי אמרת ישמש אחריו הו"ל צרה מחיים דאמר זה מצפה מתי ימות וישמש הוא קמ"ל דלא חיישינן עיי"ש. וקשה איך ס"ד דאינו מתמנה משום איבה דהו"ל צרה מחיים דהלא אף אם לא אירע פסול בכ"ג ולא שימש אחר תחתיו ואחר

כך כשמת נכנס הסגן תחתיו וכדאיתא בירושלמי יומא פ"ג והבאתי לעיל במוסגר דלא הי' כ"ג מתמנה להיות כ"ג עד שנעשה סגן תחלה, וא"כ בכל סגן נימא כן דהוי"ל צרה מחיים אלא ודאי דכשעדיין לא שימש השני בכהונה גדולה לא שייך איבה. וכיון שכן שפיר מושחין את השני כשאירע פסול בכ"ג דאז ל"ש איבה, וא"כ לפי טעמא דר' יוחנן שפיר יש מקום לדברי האו"מ הנ"ל לפרש כוונת המתני' דאין בין כהן המשמש כו' היינו דשוים הם בפר הבא על כל המצות אבל לכל דבריהם אינם שוים.

ומעתה לפי"ז א"ש הא דר' יוחנן דפוסק כר' יוסי ולק"מ קושית הבנ"י, הנ"ל די"ל דהמקשן במגלה שם דמוקי המתני' כר"מ הוא לא דרש טעמא דקרא הא דאין מושחין שנים דהוא מפני איבה אלא ס"ל דגזה"כ הוא וא"כ לעולם אין מושחין שנים אף דאירע פסול לכ"ג. ולכך לא יכול הוא לפרש כוונת המתני' דאין בין כהן המשמש כו' דקאי על הרישא ודיוקו הוא דשוים הם בפר הבא על כל המצות דהא הכהן שעבר אינו משוח ואינו מביא פר תבא על כל המצות וכיון דלא קאי על הרישא שוב ע"כ צריך לפרש המתני' דאין בין כהן המשמש כו' כפשוטו וכמו דאמרינן בכל מקום בפשט הלשון אין בין דמודה דזולת ההפרש הנאמר בפירוש שוים הם לכל הדברים וא"כ הכא כוונת המתני' אין בין כהן המשמש לכהן שעבר אלא פר יו"כ ועשירית האיפה היינו דזולת הפר ועשירית האיפה שוים המה לכל דבריהם ולכן מקשה שפיר דמתני' ר"מ הוא משא"כ ר' יוחנן לשיטתו דהוא סובר דהא דאין מושחין שנים הוא משום איבה א"כ היכא דאירע פסול לכ"ג מושחין השני שנתמנה תחתיו וא"כ שפיר הוא מפרש המתני' דאין בין כהן המשמש כו דקאי אריש והדיוק הוא דשוים הם בפר הבא על כל המצות דהא גם הכהן שעבר משוח הוא ומביא פר הבא על כל המצות אבל לענין שאר דברים באמת אינם שוים וכר' יוסי:

והא דקתני במתני' דהוריות זו"ז שוים בעבודת יו"כ זה לא הי' עומד לנגד ר' יוחנן לסתור דהמתני' לא אתיא כר' יוסי וכמ"ש האו"מ לתרץ קושיתו הנ"ל על המקשן דמגלה דסמך על מתני' דהוריות הנ"ל דע"כ מתני' כר"מ. והוא דהבט נא וראה בש"ס הוריות דהתם ג"כ פריך דמתני' ר"מ הוא וגם שם לא מקשה מהא דקתני זו"ז שוים בעבודת יו"כ אלא מהא דתני אין בין כהן המשמש לכהן שעבר אלא פר יו"כ ועשירית האיפה ומדייק הא לכל דבריהם שוים ואמאי לא מקשה עכ"פ התם מהא דקתני זו"ז שוים בעבודת יו"כ ונ"ל דמהא דקתני זו"ז שוים בעבודת יו"כ לא הוי מצי להקשות דמתני' אתיא כר"מ דאדרבה מזה יש להוכיח דמתני' אתיא כר' יוסי דיש לדקדק מדוע נקטה המתני' דשוים בעבודת יו"כ אמאי לא קאמרה דשוים גם בעבודת כל השנה דהרי גם בכל השנה כ"ג עובד אם

רוצה ועובד בשמנה בגדים וכדתני במתני' ביומא דף י"ד, ועיין גם בירושלמי יומא פ"ק ה"ב ובחגיגה פ"ב ה"ד דאיתא שם בכל יום כ"ג מתלבש בכליו ומקריב תמיד של שחר (והוא בכל ימות השנה ולא בשבעת ימי הפרישה דוקא ועיין בשירי קרבן יומא שם ד"ה ובא ולן):

אולם אי נימא דמתני' אתיא כר' יוסי ניחא שפיר די"ל דאיבה לא שייך רק היכא דאין לו לכ"ג הראשון מעלה יתירה יותר מחבירו אבל אם יש לו מעלה יתירה יותר מחבירו לא שייך איבה דהא הוא עדיף מחבירו במעלה היתירה. ולפי"ז מה דקאמר ר' יוסי דהשני אינו עובד כך"ג משום איבה היינו דוקא בכל ימות השנה דאז אם השני יעבוד ג"כ כך"ג שפיר יהא לו איבה כיון דאז אין לכ"ג הראשון מעלה יותר מהשני משא"כ ביו"כ מודה ר' יוסי דהשני עובד כך"ג דהא ביו"כ אית לי' להכ"ג הראשון מעלה יתירה דהפר בא משלו וכדקתני במתני' במגלה ובהוריות וא"כ ליכא אז איבה. ואף דקתני במתני' דגם עשירית האיפה בא משל כהן המשמש ועשירית האיפה היא בכל יום וא"כ הרי אית לי' מעלה יתירה גם בכל ימות השנה עם העשירית האיפה, אמנם ז"א דהא קאמר ר' יוחנן בירושלמי שהבאתי לעיל דאם הביא הכהן שעבר עשירית האיפה משלו כשר וא"כ שוב שפיר אין לו לכ"ג הראשון מעלה יותר מהשני בכל ימות השנה עם עשירית האיפה ורק ביו"כ אית לי' מעלה יתירה עם הפר דהא ר' יוחנן קאמר רק דאם הביא הכהן שעבר עשירית האיפה משלו כשר ומשמע אבל הפר אם עבר והביא הכהן שעבר משלו פסול וגם יש להוכיח כן דאם הביא הכהן שעבר הפר משלו פסול ממה שהקשו התוס' במגלה דף ט' לפי מה דאיתא בירושלמי דאפי' ביום שאירע בו פסול להכהן המשמש ושימש זה תחתיו בא הפר משל הראשון א"כ מה אמרינן בשבועות דף י"ד אשר לו ולא משל אחיו הכהנים הו"ל למימר רבותא טפי דאפי' לא משל המשמש תחתיו ותירצו בדוחק עיי"ש. ואי נימא דמה דקאמר ר' יוחנן דאם הביא הכהן שעבר עשירית האיפה משלו כשר דלאו דוקא עשירית האיפה רק הה"נ הפר אם הביא משלו כשר. א"כ מה הקשו התוס' הלא בש"ס שבועות יליף שם עוד מאשר לו השלישי לעיכובא דאפילו בדיעבד פסול אם הביא משל ציבור או משל אחיו הכהנים וא"כ שפיר נקט דייקא ולא משל אחיו הכהנים ולא קאמר רבותא דאפי' לא משל המשמש תחתיו כיון דמשל המשמש תחתיו אינו פסול בדיעבד ואף דר"י מיירי ביו"כ השני דהכהן הראשון כבר חזר לעבודתו והשני מקרי כהן שעבר והתוס' מיירי ביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג דהכהן השני משמש תחתיו. אולם אי נימא דביו"כ השני דהכהן השני כבר עבר ואינו משמש אם הביא הפר משלו כשר כ"ש הוא דביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג והכהן השני משמש בודאי אם הביא

הפר משלו כשר ולא קשיא כלל קושית התוס'. אלא ודאי דהתוס' הבינו ג"כ דכוונת ר' יוחנן הוא דדוקא עשירית האיפה אם הביא הכהן שעבר משלו כשר אבל הפר אם הביא הכהן שעבר משלו פסול ואפי' ביו"כ זה שאירע בו פסול לכ"ג ולכך הקשו שפיר קושיתם הנ"ל. וכיון שכן דאין לו לכ"ג מעלה יתירה מחבירו רק ביו"כ עם הפר ובשאר ימות השנה אין לו מעלה יתירה עם העשירית האיפה הלכך שפיר נקטה המתני' זו"ז שוים בעבודת יו"כ כי דוקא ביו"כ עובד ככ"ג דאז ליכא איבה וכאמור אבל בכל ימות השנה אינו עובד ככ"ג משום איבה וכר' יוסי:

והנה זה הוא דוקא לר' יוחנן דהוא סובר דמה דאין מושחין שנים הוא מפני איבה וא"כ מושחין הכהן השני שנתמנה תחת הכ"ג שאירע בו פסול וכמש"ל וא"כ הוא מפרש המתני' דאין בין כהן המשמש כו' דהכוונה הוא דשוים הם לענין פר הבא על כל המצות ולא לענין עבודה לכן שפיר הוי מצי הוא לפרש מה דקתני זו"ז שוים בעבודת יו"כ דדוקא בעבודת יו"כ שוים אבל בעבודת שאר ימות השנה אינם שוים וכר' יוסי וכנ"ל. משא"כ המקשן דמוקי המתני' כר"מ הוא סובר דמה דאין מושחין שנים הוא לאו משום איבה רק גזה"כ הוא ולדידי' אין מושחין הכהן השני שנתמנה תחת הכ"ג שאירע בו פסול וכמש"ל א"כ מוכרח הוא לפרש המתני' דאין בין כהן המשמש כו' כפשוטו היינו דזולת הפר יו"כ ועשירית האיפה שוים המה לכל דבריהם וכמש"ל וא"כ לדידי' צ"ל דמה דנקטה המתני' זו"ז שוים בעבודת יו"כ הוא לאו דוקא אלא דשוים הם גם בעבודת כל ימות השנה וכר"מ ודו"ק בכל זה.

[**ואין** להקשות לפי דברינו הנ"ל דהיכא דאית לי' לכ"ג הראשון מעלה יתירה ליכא איבה ולכן ביו"כ עובד השני ככ"ג אפי' לר' יוסי דאז אית לי' לכ"ג הראשון מעלה יתירה עם הפר וליכא איבה. א"כ הרמב"ן והריטב"א הנ"ל דס"ל דאין מושחין הכהן השני אף דאירע פסול לכ"ג. וכן המקשן במגלה והוריות דמוקי המתני' כר"מ ס"ל כן וכמש"ל. איך יפרנסו הך דר' יוסי דאמר דאינו עובד ככ"ג מפני איבה, הרי גם בכל ימות השנה אית לי' לכ"ג הראשון מעלה יתירה מחבירו דהוא משוח וחבירו אינו משוח וליכא איבה. דז"א די"ל דבהא דהוא משוח לא חשיב מעלה יתירה כ"כ דלא יהא לו עי"ז איבה כיון דזה אינו ניכר]:

אמנם מה שכתבתי דלהת"כ דמה דאין מושחין שנים הוא משום גזה"כ אין מושחין הכהן שנתמנה תחת הכ"ג שאירע בו פסול ולר' יוחנן דאמר בירושלמי הטעם דאין מושחין שנים מפני איבה מושחין הכהן השני שנתמנה תחת הכ"ג שאירע בו פסול. שוב מצאתי להיפך מדברינו אלו:

והוא דהקרבן אהרן בת"כ שם מפרש הא דקתני אותו מושחין ואין מושחין שנים היינו דאין מושחין שני כהנים גדולים ביום אחד עיי"ש ומשמע דבב' ימים מושחין שנים. וא"כ אם אירע פסול לכ"ג מושחין השני שנתמנה תחתיו, והפני משה בירושלמי מגלה שם כתב בהדיא דלר' יוחנן דאמר הטעם מפני איבה אין מושחין השני אף דאירע פסול לכ"ג עיי"ש. וא"כ ליתא לתירוצינו הנ"ל, והן אמת דלפענ"ד יש לי להשיב על דבריהם. דהנה דברי הק"א תמוה דמנין לו לומר כן דדוקא ביום אחד אין מושחין שנים. ואי משום דכתיב ביום המשח אותו ודייק מתיבת ביום דדוקא ביום אחד אין מושחין הרי עיקר חסר מן הספר דהא הת"כ שם יליף הא דאין מושחין שנים רק מתיבת אותו ולא הביא כלל תיבת ביום להך דרשה. ומה גם דהא מן ביום יליף שם הת"כ דאין כ"ג נמשח אלא ביום. ועוד דהרי לפי דבריו יוצא דין חדש דאם נמשח הכ"ג ומת באותו יום או נולד לו באותו יום מום קבוע שאינו עובר ואינו ראוי להיות עוד כ"ג ג"כ אין מושחין השני באותו יום משום דאין מושחין שנים ביום אחד. והא לא אשתמיט שום אחד מהפוסקים להזכיר דין זה. וגם דברי הפ"מ תמוה חדא דהא הוכחתי לעיל דכ"ז שלא שימש השני בכהונה גדולה ל"ש איבה. ועוד דהרי מה דילפינן מקרא דאותו מושחין ואין מושחין שנים לאו הילפותא היא דוקא על משיחה אלא גם על ריבוי בגדים דקפדה התורה ג"כ שמשעה שנגנז שמן המשחה ולא הי' רק מרובה בגדים אין עושין שנים בריבוי בגדים והא דנקט הת"כ משיחה הוא משום דהקרא מיירי בשעה שהיה שמן המשחה. וכן מבואר בהרמב"ם פ"ד מה' כלי המקדש הט"ו שכתב שם וז"ל אין ממנין שני כהנים גדולים כאחת. ודבריו כובעים מהת"כ וכמ"ש הכ"מ שם, ומדקאמר אין ממנין ולא קאמר דוקא אין מושחין משמע דאפי' ריבויי בגדים אין ממנין שנים. וא"כ ר' יוחנן דקאמר הטעם משום איבה ע"כ קאי גם על ריבויי בגדים דאין ממנין שנים בריבוי בגדים משום איבה. וא"כ הא אם אירע פסול לכ"ג המרובה בגדים ממנין אחר תחתיו מרובה בגדים ואמרינן דעל היכא דאירע פסול לכ"ג לא קאמרה רחמנא דאין עושין שנים ואמאי בשעה שהי' שמן המשחה ואירע פסול לכ"ג נימא דע"ז קאמרה רחמנא דאין מושחין השני. ולפענ"ד נראה דכוונת הת"כ הוא דאין מושחין שנים היינו כדי שישמשו שניהם כאחת בכהונה גדולה ולאו דוקא על משיחה קפדה רחמנא רק אפי' על ריבוי בגדים וכמו שכתבתי בסמוך. ור' יוחנן מפרש הטעם דהוא משום איבה כדי שלא יהיו שונאים זה לזה וגם הת"כ ס"ל הך טעמא וא"כ אם אירע פסול לכ"ג ביו"כ דאינו יכול לעבוד עבודה או שבאותו יום שנתמנה להיות כ"ג מת או נולד לו מום קבוע שאינו עובר ואינו ראוי להיות עוד כ"ג ממנין כ"ג אחר בו ביום ומושחין אותו כנלע"ד. ועיין גם בשירי קרבן

בירושלמי יומא שם דמבואר בדבריו ג"כ דאפי' לר' יוחנן דאמר הטעם דאין מושחין שנים משום איבה אם אירע פסול לכ"ג מושחין השני עיי"ש. ולפי"ז לא ידעתי מאין הוציאו הרמב"ן והריטב"א הנ"ל מה שכתבו דאם אירע פסול לכ"ג אין מושחין השני. וגם בלא"ה דבריהם תמוהים דהא בכל דוכתי' נקט הש"ס משוח שעבר ומשמע בהדיא דמושחין הכהן שנתמנה תחת הכ"ג שאירע בו פסול. ועיין גם בהריטב"א יומא דף י"ב שסותר דעת עצמו שכתב שם בהא דאמרינן בגמ' שם אירע בו פסול אחר תמיד של שחר במה מחנכין אותו והקשה הוא הלא ניכר במשיחתו בשמן המשחה וי"ל דסוגיין לאחר שנגנז שמן המשחה עיי"ש הרי סותר עצמו למ"ש בחידושיו למס' מכות הנ"ל דהכהן השני אין מושחין כלל אף בעת שהי' שמן המשחה. [ובדרך אגב אזכיר מה שראיתי בשו"ת הרמ"ע מפאנו סי' ק"ב שכתב דאם אירע פסול לכ"ג ביו"כ אין מושחין השני שאין משיחתו דוחה לא שבת ולא יו"ט עיי"ש, ומדברי הריטב"א הנ"ל וכדברי הריטב"א כתבו גם התוס' ישנים יומא שם משמע בהדיא דמשיחה דוחה יו"כ דהא מה דאמרינן בגמרא אירע בו פסול אחר תמיד של שחר במה מחנכין אותו מיירי דאירע בו פסול ביו"כ, ואי נימא דאין משיחה דוחה יו"כ א"כ מה קשיא להו להריטב"א ולהתו"י ומה תירצו דמיירי לאחר שנגנז שמן המשחה הלא אפי' אי מיירי בשעה שהי' שמן המשחה ל"ק כלל קושיתם כיון דאין מושחין אותו ביו"כ דאין משיחתו דוחה יו"כ. ואין לומר דכוונתם הוא דניכר במשיחתו שמשחו אותו קודם שאירע פסול בכ"ג דז"א דקודם שאירע פסול בכ"ג בודאי אין מושחין אותו, וכ"כ בהדיא הריטב"א שם דמכאן נשמע דאין מחנכין אותו במינוי כ"ג לעבוד עבודה עד שאירע פסול בכ"ג עיי"ש ובודאי ה"נ דאין מושחין אותו קודם שאירע פסול בכ"ג. וכן מבואר בהרמב"ם פ"ד מה' כלי המקדש הי"ג דמשיחה דוחה שבת דכתב שם דמשיחה לכ"ג צריך להיות ז' ימים יום אחר יום ע"ש ומשמע דצריך להיות ז' ימים רצופים בלי הפסק וע"כ דדוחה שבת. וגם קושיתו שהקשה הרמ"ע שם כבר דיברו בזה התוס' נזיר דף מ"ז ע"א ד"ה וכן משוח וגם המעיין בתוס' שם יראה דהרמ"ע לא יצא ידי חובתו בתירוצו לקושיתו עיי"ש היטב בתוס' והבן]. אמנם הלא גם לפי דברינו אלו ליתא לתירוצינו הנ"ל:

איברא נ"ל ליישב בסוגין הנ"ל ועד"א. והוא דהנה לפמש"ל דביו"כ דאית לי' לכ"ג הראשון מעלה יתירה מחבירו דהפר בא משלו גם ר' יוסי מודה דעובד ככ"ג כיון דאז ליכא איבה א"כ קשה מה פריך דמתני' אתיא כר"מ הרי המתני' בהוריות סיימה זו"ז שוים בעבודת יו"כ הרי נוכל לומר דמה דקתני זו"ז שוים בעבודת יו"כ פרושי קא מפרש והיינו דהמתני' גופה מפרש דמה דקתני אין בין כו' אלא פר יו"כ ועשירית האיפה דמשמע הא

לשאר דברים הם שוים היינו דשוים הם בעבודת יו"כ אבל בעבודת שאר ימות השנה אינם שוים וכר' יוסי ז אמנם הא כבר העירותי לעיל דהרי גם בכל ימות השנה אית לי' מעלה יתירה עם עשירית האיפה דהכהן המשמש מביא עשירית האיפה של כל יום משלו וא"כ אמאי לר' יוסי אינו עובד ככ"ג משום איבה תרי גם בשאר ימות השנה ליכא איבה וכתבתי לתרץ כיון דאמר ר' יוחנן דבדיעבד אם הביא הכהן שעבר הפר משלו כשר שוב אין לו להכהן המשמש מעלה יתירה בכל ימות השנה עם עשירית האיפה ורק ביו"כ לבד שפיר אית לי' מעלה יתירה עם הפר דבפר ס"ל לר' יוחנן דאם הביא הכהן שעבר משלו פסול וא"כ שפיר איכא חילוק בין יו"כ לשאר ימות השנה. והנה. צריך לדעת החילוק דאמאי עשירית האיפה אם הביא הכהן שעבר משלו כשר והפר אם הביא הכהן שעבר משלו פסול ונ"ל עפ"י מה שהביאו התוס' מגלה שם בשם הירושלמי דאפי' ביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג המשמש הפר בא משל זה שאירע בו פסול ולא משל הכהן שנתמנה תחתיו עיי"ש. וא"כ הרי לא זכה כלל הכהן שעבר בהבאת הפר להביא משלו אפי' ביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג לכך שפיר ביו"כ השני שלא אירע פסול לכ"ג אם הביא הכהן שעבר הפר משלו פסול, משא"כ עשירית האיפה הרי ביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג מביא הכהן השני המשמש אז שנתמנה תחתיו את עשירית האיפה וכמ"ש הרמב"ם פ"ג מה' תמידין ומוספין הלכה כ' דאם נטמא הכ"ג ומינו אחר תחתיו מביא השני עשרון מביתו ע"ש. ומקור הדין זה לא ציין הכ"מ אי' הוא ואנכי מצאתי ת"ל מקורו בירושלמי שקלים פ"ז ה"ג דאית' שם וז"ל לא סוף דבר שמת אלא אפי' נטמא ואפי' נדחה ממום ע"ש. ולכך שפיר אחר יו"כ שהראשון חוזר לעבודתו אף דאז צריך לכתחלה הכ"ג המשמש להביא עשירית האיפה משלו מ"מ אם הביאו הכהן שעבר משלו ג"כ כשר כיון דכבר זכה תוא ג"כ בהבאת עשירית האיפה ביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג. אולם מה שהביאו התוס' בשם הירושלמי דאפי' ביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג הפר בא משל זה שאירע בו פסול אין זה מוסכם מכל הפוסקים דהתו"י ביומא דף י"ב ד"ה שני כל עצות כהונה גדולה עליו הביאו בשם רבינו שהוא מפרש דברי הירושלמי להיפך דביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג הפר בא משל כהן השני שנתענה תחתיו עיי"ש. וא"כ לפי שיטת רבינו צ"ל גם בפר דאם הביא הכהן שעבר הפר משלו כשר כיון דכבר הי' לו זכות גם בהבאת הפר ביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג. ומעתה לפי"ז י"ל דר' יוחנן ס"ל כשיטת התוס' דביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג הפר בא משל זה שאירע בו פסול ולא משל כהן השני שנתמנה תחתיו ואם כן דוקא עשירית האיפה אם הביא הכהן שעבר משלו כשר כיון דכבר זכה בהבאת עשירית האיפה ביו"כ הראשון שהי' הוא אז משמש אבל הפר אם

הביא הכהן שעבר משלו פסול כיון דבהבאת הפר לא זכה בו הכהן שעבר גם ביו"כ זה שהוא הי' משמש וא"כ הרי שפיר אית לי' להכהן הראשון מעלה יתירה מחבירו ביו"כ עם הפר ושפיר ס"ל דמודה ר' יוסי דביו"כ גם הכהן שעבר עובד ככ"ג ומפרש הא דקתני אין בין כו' אלא פר יו"כ ועשירית האיפה זו"ז שוים בעבודת יו"כ דהמתני' פירושי קא מפרש דמה דמשמע דזולת הפר יו"כ ועשירית האיפה הם שוים הוא רק בעבודת יו"כ אבל בשאר ימות השנה אינם שוים ואינו עובד השני ככ"ג בשאר ימות השנה דאז איכא איבה וכר' יוסי, משא"כ המקשן י"ל דהוא ס"ל כשיטת רבינו, דכוונת הירושלמי הוא דביו"כ זה שאירע פסול לכ"ג הפר בא משל השני, וא"כ לדידי' שוב צ"ל גם בפר אם תביא הכהן שעבר הפר משלו כשר וא"כ אין לו לכ"ג הראשון אפי' ביו"כ מעלה יתירה יותר מהכהן שעבר, וא"כ שייך איבה גם ביו"כ וא"כ אין לומר דכוונת המתני' דקתני אין בין כו' זו"ז שוים בעבודת יו"כ דקאי אליבא דר' יוסי ולחלק בין עבודת יו"כ לשאר כל ימות השנה כיון דבאמת אין חילוק לר' יוסי בין עבודת יו"כ לעבודת שאר ימות השנה דהא גם ביו"כ שייך איבה אע"כ דהמתני' קאי אליבא דר"מ ודו"ק:

עוד יש לישב בפשיטות עפ"י מ"ש הר"ש אלגאזי ביבין שמועת כלל ע"ז בשם הסמ"ג דשבקינן סתם מתני' ופסקינן כמעשה משום דמעשה רב עיי"ש. וא"כ שפיר פוסק ר' יוחנן כר' יוסי נגד סתם משנה כיון דר' יוסי הביא מעשה דבן אלם כוותי':

ומעתה אחרי שהעליתי תירוצים אחרים לתרץ קושית הכנ"י הנ"ל ומחמתם לא נסתר דברי מהראנ"ח הנ"ל שוב שפיר דברי מהראנ"ח שרירין וקיימין ועיין גם במהראנ"ח שם שהביא בשם מהרי"ק שכתב כדבריו לענין חזקת ישוב עיי"ש ודברי מהרי"ק הביא גם הרמ"א בחו"מ סי' קנ"ו. ושוב שפיר גם הרב הישיש אבד חזקתו ואינו יכול לחזור למתנתו לדחות את כ"ת:

ושוב ראיתי דאין אנו צריכין כלל לדון בנ"ד מכח יאוש ועפי"ד מהראנ"ח הנ"ל רק אף אי נימא דבנ"ד לא נתייאש הרב הישיש מלחזור למחנתו להשתמש בכתר הרבנות ג"כ אינו יכול לדחות את כ"ת דהא בהדיא כתבו התוס' נזיר דף מ"ז ע"א ד"ה וכן משוח דכ"ג שגלה ומינו אחר תחתיו ושימש כמה שנים אף ששב הראשון אינו חוזר לעבודתו שהרי שימש זה תחתיו כמה שנים עיי"ש, והה"נ בנ"ד כיון שכ"ת כבר שימש בכתר הרבנות בקהלתו ששה שנים שוב אין בכח הרב הישיש לדחות את כ"ת. והן אמת שראיתי בס' ברכת ראש על מס' נזיר שם שכתב דמ"ש התוס' דהראשון אינו חוזר לעבודתו ר"ל שיהי' חוזר לגמרי שיתא השני נדחה מפניו כדין מי שאירע לו קרי ומינו אחר תחתיו דראשון חוזר לעבודתו לגמרי דשם מינותו להשני לפי שעה ליומו כו' אבל בכה"ג שכתבו התוס'

דמינו לשני לחלוטין דהא אינם יודעים מתי יחזור הראשון וגם שימש כמה שנים יש לחוש גם לאיבה דשני ולהכי שניהם שוים דלשניהם יש דין כ"ג ואפ"ה המשוח שגלה עדיף בזה דמביא פר הבא על כל המצות אבל ליכא למימר שר"ל דראשון אינו חוזר כלל דא"כ למה משוח עדיף הא המרובה בגדים בר עבודה ומקריב חביתי כ"ג ואי מהא דמשוח מביא פר הבא על כל המצות הלא גם משוח שעבר מביא פר הבא על כל המצות ואפ"ה מרובה בגדים עדיף עכ"ל ע"י"ש, ודבריו נכונים וגם אנכי מסברא דנפשאי אמרתי לפרש כן כוונת התוס', ולפי"ז לכאורה אין להביא ראי' מדברי התוס' הנ"ל לנ"ד רק לענין שכ"ת לא נדחה מפני תרב הישיש אבל הא הרב הישיש ג"כ יוכל לשמש שם בכתר הרבנות כמו כ"ת, אמנם נ"ל דדוקא בכהונה גדולה דשניהם יכולים לעבוד בכ"ג שפיר בכהאי גוונא לא נדחה הראשון מפני השני אבל בענין הוראה ורבנות דבקהלתו שא"א שיתנהגו שניהם ברבנות שפיר נדחה הרב הישיש מפני כ"ת. ותדע שכן הוא דהא פר יו"כ ועשירית האיפה של כל יום דא"א להביא שנים בודאי דמביא אותם הכ"ג השני ולא כ"ג הראשון ששב עגלות דאל"כ מה אמרינן שם דמשוח עדיף ממרובה בגדים כיון דמשוח מביא פר הבא על כל המצות הלא כיון דמיירי בכה"ג שפירשו התוס' דהמשוח גלה ומינו אחר תחתיו מרובה בגדים ואח"כ שב המשוח לביתו, ואי נימא דהמשוח ששב מגלות חוזר ועובד ככ"ג וגם מביא הפר יו"כ ועשירית האיפה הרי בודאי הוא עדיף אף לולא הא דמביא פר הבא על כל המצות ומה קאמר דמש"ה המשוח עדיף משום דמביא פר הבא על כל המצות אלא ודאי כמו שכתבתי דהכהן השני מביא הפר יו"כ ועשירית האיפה לכך שפיר אמרינן דאפ"ה המשוח עדיף משום דמביא פר הבא על כל המצות והוא פשוט וברור וה"נ בנ"ד דא"א שגם הרב הישיש ישמש בכתר הרבנות במחנתו לכן נדחה הוא לגמרי מפני כ"ת:

ולפי דברינו הנ"ל ליתא נמי לתירץ הא' של הכנ"י הנ"ל דהא לפי תירוצו שכתב דר' יוחנן מוקי המתני' דמגלה בנתייאש הראשון צ"ל דכוונת המתני' הוא דכשחוזר הראשון לעבודתו אח"כ. הוא מביא הפר יו"כ ועשירית האיפה דהא מה דקתני במתני' כהן המשמש היינו כהן הראשון והוא הכהן שנתייאש לפי פירושו של הכנ"י והכהן שעבר היינו הכהן השני ובזה קתני דהכהן המשמש מביא הפר יו"כ ועשירית האיפה ואמנם לפי הנ"ל ז"א דהא היכא דהכהן הראשון גלה ומינו אחר תחתיו ושימש השני כמה שנים וכששב הראשון לביתו נהי דחוזר לעבודתו אבל הפר יו"כ ועשירית האיפה מביא הכהן השני וכאמור. וא"כ ה"נ בנתייאש הראשון נהי דחוזר אח"כ לעבודתו אבל הפר יו"כ ועשירית האיפה בודאי מביא השני. ואין לומר דנתייאש עדיף מהיכא שגלה ושימש

השני כמה שנים דאדרבה הסברא הוא דנתייאש גרע טפי מהיכא שגלה ושימש השני כמה שנים. וא"כ כ"ש הוא בנתייאש נהי דחוזר אח"כ לעבודתו מ"מ הפר יו"כ ועשירית האיפה מביא הכהן השני. ומה גם די"ל דגם מ"ש התוס' הנ"ל דהיכא שהראשון גלה ומינו אחר תחתיו ושימש כמה שנים השני הוא עיקר. כוונתם הוא ג"כ לדון בזה מטעם יאוש דכיון דגלה ושימש השני כמה שנים הוי כמו נתייאש לכן אבד חזקתו. ואם תרצה עי"ז לדחוק ולומר דכוונת הכנ"י הוא ג"כ דהכהן השני מביא הפר יו"כ ועשירית האיפה ומפרש הא דקתני במתני' כהן המשמש וכהן שעבר היינו דכהן השני מיקרי כהן המשמש וכהן הראשון שנתייאש מיקרי הכהן שעבר. אולם כיון שכן הרי לא נדחת כלל בתירוצו הא' דינו של מהראנ"ח הנ"ל דהא מה דכתב מהראנ"ח שם דאם נתייאש אבד חזקתו כתב זאת גבי חזקת מצוה והרי א"א שיעשו שניהם המצוה וא"כ שפיר השני שזכה בהמצות מכח יאוש שוב אין הראשון יכול לחזור ולזכות בו ג"כ כיון דזה דמי לפר יו"כ ועשירית האיפה דהיכא דנתייאש הראשון אף דחוזר אח"כ לעבודתו אפ"ת מביא הכהן השני הפר יו"כ ועשירית האיפה כיון דא"א שיביאו שניהם וכנ"ל

וטרם צאתי מלדבר כעת בענין זה לא אמנע מלרשום מה שיש להסתפק בהאי ענינא והוא עפמ"ש התוס' נזיר שהבאתי לעיל דהכהן שעבר אינו מתמנה תחת הראשון כל ימי חייו של הראשון אף כי יצא בגולה משום איבה. וא"כ בודאי אם אירע פסול בכ"ג שנית ביו"כ אחר ג"כ ממנין כהן אחר ולא הכהן שעבר שנתמנה אז ביו"כ הראשון שאירע פסול בכ"ג משום איבה וכמו כשיצא בגולה. והנה אמרינן בגמרא מודה ר' יוסי שאם מת ראשון שני חוזר לעבודתו ואיכא לספוקי בכה"ג היכא שאירע פסול בכ"ג ביו"כ ומינו אחר תחתיו ושוב אירע בו פסול שנית ביו"כ אחר הרי תו אין ממנין תחתיו הכהן שעבר שנתמנה ביו"כ הראשון משום איבת רק ממנין כהן אחר תחתיו ואחר יו"כ הרי הראשון חוזר לעבודתו והרי שניהם עוברים ואח"כ מת הכ"ג הראשון מי חוזר לעבודתו אי הכהן שעבר הראשון או הכהן שעבר השני:

ובפתחי ספרים ראיתי בספר ט"א במגלה דף ט' שכתב דאם אירע פסול בכ"ג שנית ביו"כ אחר ממנין הכהן שעבר דמת איבה שייך כאן כיון דאין כ"ג ראוי לעבוד בע"כ צריך אחר תחתיו עה לו אם זה משמש תחתיו או אחר ול"ש כאן איבה עיי"ש. ובמחכ"ת הי' בהעלם עיניו אז לפי שעה דברי התוס' נזיר הנ"ל דלפי"ד התוס' בודאי דאין ממנין הכהן שעבר כשאירע פסול לכ"ג שנית ביו"כ אחר וכמו שכתבתי דאין סברא כלל לחלק בין יצא בגולה לאירע פסול.. ובאמת אף לולא דברי התוס' אמרתי דבאירע בו פסול שנית ביו"כ אחר שייך איבה ואין ממנין הכהן שעבר משום איבה והוא עפ"י מה דאמרינן בגמרא

ומודה ר' יוסי שאם מת ראשון שני חוזר לעבודתו ופריך פשיטא ומשני מתו דתימא דהו"ל צרה מחיים קמ"ל ופרש"י מהו דתימא דמשום איבה נפסל אף לאחר מיתת ראשון דאי אמרת ישמש אחריו הו"ל צרה מחיים דאמר זה מצפה מתי ימות וישמש תחתיו קמ"ל דלא חיישינן עכ"ל. ונ"ל דמה דלא חיישינן לזה הוא משום דמיתה לא שכיח וכדאמרינן בגמרא שם בסמוך והלכך ודאי אינו מצפה כלל על מיתת הראשון. משא"כ טומאה הרי אמרינן שם דטומאה שכיח ואי נימא דאם אירע פסול בכ"ג שנית ביו"כ אחר ממנין הכהן שעבר הרי בזה שפיר שייך איבה דאמר זה מצפה מתי יארע בו פסול וישמש הוא תחתיו לכך שפיר ממנין כהן אחר אם אירע בו פסול שנית. [וא"ל דאמאי הו"ל איבה בכהן שעבר יותר מבכהן אחר שמתקינין תחתיו הלא גם בכהן אחר שמתקינין תחתיו שייך לומר דהוי איבה דאמר זה מצפה שיארע בו פסול כדי שישמש הוא תחתיו דהא יודע דאם יארע בו פסול בודאי ישמש הוא תחתיו. דז"א דכבר כתבתי לעיל דכשלא שימש השני עדיין בכהונה גדולה ל"ש איבה]. והן אמת דיש לפקפק בזה עפ"י מ"ש הרמב"ם בפהמ"ש ריש יומא דמה דאמרינן כאן דמיתה לא שכיח ר"ל שהמיתה בפתע פתאום אינה נמצאת אלא לעתים רחוקים עיי"ש. ומה שהביאו לזה לפרש כן נראה לי משום דהי' קשה לי' הא מצינו בש"ס כמה פעמים דמיתה שכיח לכן מפרש דכוונת הש"ס כאן הוא דמיתה פתאום לא שכיח [וכבר האריכו בזה הראשונים לחלק בחילוקים אחרים] וא"כ לפי"ז א"א לומר דסברת הש"ס מה דלא חיישינן לאיבה אם ישמש השני לאחר מיתת הראשון הוא כמו שכתבתי דהא שפיר שייך לומר דמצפה שימות הראשון. וא"כ כיון דבמיתה אף דמצפה שימות אפ"ה כשמת משמש השני אחריו ולא חיישינן לאיבה ממילא הה"נ בטומאה אף דמצפה שיארע בו פסול ל"ש איבה כשאירע בו פסול. אמנם אכתי י"ל דדוקא כשמת אין חוששין לאחר מיתה משום איבה ושפיר הכהן שעבר משמש אחריו אף דהי' מצפה על מיתתו משא"כ באירע בו פסול והוא רואה שהכהן שעבר משמש תחתיו שפיר יש לחוש לאיבה משום דהי' מצפה שיארע בו פסול לכן בודאי אין ממנין תחתיו הכהן שעבר. וכן מוכח בהדיא בש"ס סנהדרין דף י"ט ע"א דאם אירע פסול בכ"ג שנית ביו"כ אחר אין ממנין הכהן שעבר תחתיו דהא חשיב בגמרא משוח שעבר וסגן עיי"ש:

והרי אמרינן בנזיר דף מ"ז ועוד בכמה דוכתי' דלמה תיקנו סגן לכ"ג שאם אירע בו פסול הרי נכנס ומשמש תחתיו עיי"ש. וא"כ מדחשיב בסנהדרין שם משוח שעבר וסגן ע"כ דבפעם שנית שאירע פסול בכ"ג אין ממנין תחתיו הכהן שעבר דאל"כ למה צריך להיות עוד סגן כיון דאיכא המשוח שעבר, ושוב מצאתי מבואר כדברי הט"א בתוס' ישנים

ביומא דף מ"ז ע"א שכתבו שם בהא דאמרינן שבעה בנים הי' לה לקמחית וכולן שמשו בכהונה גדולה וז"ל כגון שאירע פסול באחד מהם ולא הי' אז אותו ששימש ראשון במקום כ"ג שם עכ"ל ומשמע בהדיא דאם הי' אז שם אותו ששימש ראשון במקום כ"ג הי' הוא נתמנה ג"כ פעם שנית. ולפי דבריהם לק"מ מש"ס סנהדרין הנ"ל די"ל דמה דחשיב שם בגמרא משוח שעבר וסגן מיירי היכא שהמשוח שעבר לא הי' יכול לשמש תחת הכ"ג כגון שהי' חולה או שלא הי' שם כלל לכן תיקנו סגן אחר ושפיר חשיב משוח שעבר וסגן ועיין בגמרא סנהדרין שם ותראה כי כנים דברינו אלו דשפיר יש לפרש כן. אך לפי"ז ג"כ יש להסתפק כנ"ל והיינו אם לא היה שם הכהן שעבר בשעה שאירע פסול פעם שנית בכ"ג ביו"כ אחר ונתמנה אחר תחתיו ואחר יו"כ הרי הראשון חוזר לעבודתו ושניהם עוברים ואח"כ מת הכ"ג הראשון מי חוזר לעבודתו אי הכהן שעבר הראשון או הכהן שעבר השני. ויש אתי אריכות דברים בזה ולישב בזה קושית הכנ"י הנ"ל הא דר' יוחנן פוסק כר' יוסי נגד סתם משנה ואין רצוני להאריך כעת יותר:

וזאת תורת העולה מכל דברינו הנ"ל שכת"ה זכה בכתר הרבנות במחנתו ואין ביד שום איש להורידו מכסאו והאל הטוב ירים קרנו מעלה מעלה וישפות לו שלום ושלוה באהלו וישב על כסאו בשלום כאות נפשי ונפש ידידו הדו"ש:

אמר המחבר תשובה זו הצעתי לפני כ"ק מו"ח הרב הגאון הצדיק מוה' **יהושע הוורויטץ** שליט"א אבד"ק דזיקוב. וזאת אשר השיב לי:

כבוד חתני הרב הגאון מוה'

מנשה אייכנשטיין נ"י.

(**א**) **ע"ד** טענה הראשונה שטען דאין להרב השני חזקה יען דנתן מעות להקהל מקור הדברים אלו הוא בש"ס סנהדרין דף ז' ובירושלמי סוף פ"ג דבכורים בש"ס דידן קאמר דהמתמנה בשביל עשרו על זה נאמר אלקי כסף כו' ולא מיירי שנתן מעות עבור זה גם לא מבואר שמה דמצוה לבזותו. אכן בירושלמי סוף פ"ג דבכורים איתא שם ר' מנא מיקל לאילין דמתמנה בכסף ר' אימי קרא עליהן אלקי כסף כו' א"ר יאשי' וטלית שעליו כמרדעת של חמור והרמב"ם ז"ל פ"ג מה' סנהדרין הביא שם ב' מימרות אלו של ש"ס דידן וירושלמי ע"ש. והלום ראיתי בת"ח בסנהדרין שם שכ' דהיינו דווקא בדלא גמיר ואין מעמידין אותו אלא בשביל עשרו לבד אבל אם הוא גמיר אלא דאיכא התם דגמיר טפי בכה"ג אינו עובר על איסור זה דלא תעשון אתי ולפע"ד הי' נראה דגם בכה"ג איכא איסורא והוא דבש"ס ברכות דף כ"ח בעובדא דתעבירו לר"ג ונשיאתו קאמר נוקמי לראב"ע דהוא חכם והוא עשיר כו' עשיר דאם אית לי' לפלוחי בי קיסר אף הוא אזל ופלח

וצריך להבין דלמה האריך כ"כ בדברים לפרש המעלה של עשיר משום דאזל לפלוחי לבי קיסר דהלא בלא"ה איכא מעלה כיון דאין השכינה שורה אלא על חכם ועשיר כמאמרם ז"ל וכבר הרגיש בזה בס' סמיכות חכמים:

אמנם נראה דכיון דאף דיש מעלה דאין השכינה שורה אלא על חכם ועשיר עכ"ז אין למנות דיין בשביל עשרו דאיכא איסור משום לא תעשון אתי ולאשר ידעו כלם כי ראב"ע עשיר הוא לזאת חששו פן יחשדו העם אותם דממנים לראב"ע בשביל עשרו לבד ע"כ באו לפרש דאין ממנים אותם בשביל להחניף את העשיר רק דיכול לעשות טובות להעם בי קיסר ובכה"ג אין לאסור למנותו לנשיא ומזה ראי' דאף בת"ח כל היכא דאיכא עדיף מיני' איכא איסור דלא תעשון אתי דאל"כ איך יחשדו העם דעברו על לא תעשון אתי אחרי דכבר הגיד להם כי ראב"ע הוא ת"ח ושוב תקשה דלמה האריך לפרש הטעם דאזל לפלוחי בי קיסר אמנם באמת אין לבנות יסוד על דקדוק כזה להרוס את דברי הת"ח ומעתה לפי דברי הת"ח אמינא דה"ה למי שנותן ממון ג"כ ליכא איסורא כל היכא דגמיר אף דאיכא מי שעדיף מיני' כיון דמחד קרא דלא תעשון נפקא למי שנותן מעות ומי שנתמנה בשביל עשרו ומהיכי תיתי לחלק ביניהם. ומהירושלמי דבכורים מוכח כן דעל הא דנתמנה בשביל שנתן מעות תרגם ר' יעקב איש כפר נבורייא הוי אומר לעץ הקיצה כו', וכל רוח אין בקרבו לא חכים כלום כו' וש"ס דידן בסנהדרין הביאו זאת על דיין דאוקמי בי נשיאה דלא גמיר הרי דגם במי שנתן מעות להתמנות ליכא איסור רק היכא דלא גמיר כלל:

אפס ראיתי להב"ח בחו"מ סי' ח' שם דכ' דהא דאיכא איסורא היכא דנתמנה בשביל עשרו זהו כשלא גמיר משא"כ כשגמיר אבל כשנתן מעות כדי שיתמנה גם כשהוא גמיר וליכא עדיף מיני' אסור והוכיח כן מדברי הרמב"ם ז"ל דעל מי שנתן מעות נקט כל דיין כו' והמתמנה בשביל עשרו לא נקט כל כו' רק בשביל עשרו לבד ע"ש. ולפע"ד עפר אני תחת כפות רגלי הב"ח ובכל זאת הפריז פה על המדה אחרי דבירושלמי שהבאתי דדרש על דיין שנתן מעות האי קרא הוי אומר לעץ הקיצה כו' וסיים לא חכים כלום משמע דכל איסור בזה הוא רק היכא דלא גמיר ובאמת אין מהרמב"ם ז"ל ראי' כלל דאין כוונת הרמב"ם ז"ל בהא דנקט כל דיין לכלול גם הת"ח ובזה דנקט בראשונה בשביל עשרו לבד למעט כשהוא ת"ח רק דזה המתמנה בשביל עשרו איכא איסור אף כשלא נתן מעות ובזה שנתן מעות איכא איסור אף שלא הניח לעצמו כלום ואינו עשיר רק איזה סך שהיה לו נתן בשביל שיתמנה לדיין ע"כ נקט תחלה בשביל עשרו לבד ובא למעט שלא נתן מעות עבור זה רק העם בחרו בו ויכירו לו פנים בשביל חשיבתו שהוא עשיר בכל זאת

איכא איסור ואח"ז קאמר כל דיין כו' היינו אף שאינו עשיר והעם לא יכירו לו פנים בשביל חשיבות עשרו רק מכח זה שנתן מעות נ"כ אסורא אבל רבינו ז"ל לא רמז בזה מאומה מענין אם הוא ת"ח אי לא וממילא שפיר י"ל דכמו בשביל עשרו כל שהוא ת"ח וגמיר ליכא איסורא כדברי הת"ח ה"ה היכא שנתן מעות דדא ודא אחת היא ומחד קרא ילפינן תרווי'. וראיתי בס' אילת אהבים להגאון מהר"ל תאומים במס' ברכות דף כ"ח שכ' דלכך אזל ראב"ע ואימלך בדביתהו יען דהאי דאית לי' לפלוחי בי קיסר הי' צריך לפזר הון רב עבור זה וכה"ג בעניני ממון צריך למלוך באשתו כמו דאז"ל איתתא גוצא גחין ולחיש לה ע"ש הרי דנשיאתו של ראב"ע הי' בא מכח שביכולתו לפזר ממון הרבה עבור הצבור בי קיסר ותקשה דאיך מותר לראב"ע לתת המעות עבור שיקבלו לנשיא וע"כ כדברינו דאם הוא ת"ח וגמיר ל"ל מידי:

אכן הראי' שהביא הב"ח שם מהך דיבמות דף ס"א דקאמר ר"י קטיר קאי חזינא על יהושע בן גמלא דנתן מעות לינאי המלך אף דיב"ג תי' ראוי להיות כ"ג ועכ"ז קראו קשר של רשעים לכאורה היא ראיה עצומה. ומ"ש כבוד חתני נ"י דנעלם מעיני הב"ח דברי התוס' ב"ב דף כ"א בד"ה זכור כו' דהטעם כיון דהיו חשובים ממנו אם כי במח"כ נעלם מעיני הב"ח דברי התוס' אלו דהוא הביא ראי' לדבריו דאף היכא דליכא דעדיף מיני' אסור, מהך דיב"ג ולפי דברי התוס' שם הי' הרבה חשובים ממנו בכל זאת עכ"פ נדחה דברי במ"ש דכמו דבשביל עשרו כל היכא שהוא גמיר אף דאיכא עדיף מיני' ליכא איסור כדברי הת"ח כמו כן היכא שנתן מעות ומהך דיהושע בן גמלא ראי' דאיכא איסור אף דראוי לאותו איצטלא כל היכא דאיכא דעדיף מיני':

איברא באמת מהך דיב"ג אין ראי' כלל וכמ"ש כבוד חתני נ"י ויפה כתב. וגם אני אומר מטעם אחר דאין ראי' והוא דכבר העיר בתוס' ובריטב"א ב"ב שם דאיך קראו בש"ס יבמות קשר של רשעים על יב"ג ובש"ס ב"ב קאמר שם ברם זכור אותו האיש לטוב הרי דהי' צדיק וגם בש"ס יומא דף ל"ז ול"ח קאמר עליו זכר צדיק לברכה לזאת יש מקום לומר דהאי דש"ס יבמות לא קאי על יהושע בן גמלא רק על ינאי המלך ויועציו לאשר ינאי המלך הי' כהן גדול וביזה הכהונה גדולה בשביל ממון שקיבל ומכר את הכהונה גדולה ליב"ג ואף דכ' התוס' יבמות שם דעובדא זו דיב"ג לא היה בינאי המלך זה שהי' כ"ג דאל"כ איך מכר הכ"ג ליב"ג. אמנם באמת לא זכיתי להבין דברי התוס' אלו דלפי המבואר בסה"ד שם לא הי' רק תרי הנקראים בשם ינאי אחר ינאי זה שהי' נקרא יוחנן והורקנס שנעשה לסוף צדוקי ואחד בנו אלכסנדר הנקרא ג"כ הורקנס וינאי ושניהם היו כהנים גדולים כמבואר בסה"ד שם ג"א תתכ"ה בשם ספר ש"צ דחשיב כל כהנים

גדולים של בית שני ונחשב שניהם לכ"ג וגם הורקנס השלישי בנו של ינאי השני הי' ג"כ כ"ג ע"ש וע"כ צ"ל כן דהא כל אלו הנקראים בשם ינאי היו ממלכי החשמנאים ומלכי החשמנאים כולם היו כ"ג ועיין תוס' רי"ד ביומא דף ט' שהקשה מדוע לא חשיב הכ"ג של חשמנאים דהרי כלם הי' כ"ג ע"ש [ועיין רמב"ן עה"ת מה שהאריך דנענשו מלכי החשמנאים בשביל שהי' כ"ג ומלכים יחד] ועיין מהרש"א בח"א גיטין דף נ"ו בד"ה הוי ובד"ה כל דהבא כו' שהאריך בדברי התוס' אלו וכיון שכן ע"כ עובדא זו דיב"ג הי' או בזמן ינאי הראשון ומכר את הכ"ג ליב"ג אחר שנעשה צדוקי או בזמן ינאי השני שהיה ג"כ כ"ג וע"כ קראו שפיר על ינאי ויועציו קשר של רשעים לאשר ביזה את הכ"ג דמכר בשביל ממון שקיבל והא דקראו בש"ס יומא דף ט' לכהנים של בית שני בשם רשעים זהו משום דלא הי' ראוים לכך אבל יב"ג דהי' צדיק ות"ח כמבואר בש"ס ב"ב והי' ראוי לאותו איצטלא לא נקרא בשם רשע ובש"ס יבמות שם קאי על ינאי המלך ויועציו וכמ"ש והא דפריך בש"ס יומא דף י"ח דכשלא למד מי מוקמינין ומשני בב"ש ומייתי מהך דיב"ג אין הכונה דיב"ג לא למד דבאמת בש"ס ב"ב הנ"ל מבואר ההיפך רק דקאי התם על שאר הכהנים של ב"ש אלא דמייתי ראי' דבב"ש לא הי' נתמנים כולם רק ע"י ממון שנתנו ועל זה מביא ראי' מיב"ג דחזינן מזה דנתמנו בשביל מעות וז"ב:

ובלא"ה אין מקום לומר דהש"ס ביבמות שם דקראו קשר של רשעים קאי על יב"ג דהרי האיסור זה ילפינן מן קרא דלא תעשון אתי וא"כ אף א"נ דאיסור זה חל גם על האיש שנתן מעות ולאו דווקא על המקבל ממנו רק על שניהם הוא האיסור עכ"ז הלא מבואר בש"ס שבת דף ק"כ דכל היכא דכ' בקרא לא תעשון גרמא שרי ובמקום אחר הארכתי בזה בהא דקאמר הש"ס בר"ה שאני ר"ג דאחרים עשו לו והקשו בתוס' מכח אמירה לעכו"ם וכתבתי דאמירה לעכו"ם בשאר איסורין מלבד בשבת אין האיסור רק מכח גרמא ולכך בע"ז דאיסור הוא מקרא דלא תעשון אין אסור בגרמא והארכתי בזה ואכמ"ל. וכיון שכן הרי בש"ס לא מצינו רק דמרתא בת בייתוס אעייל זאת עבורו אבל יב"ג בעצמו לא נתן המעות ואף דבגרמתו נעשה זאת עכ"ז בזה דהאיסור הוא מקרא דלא תעשון גרמא שרי וא"ל דבישראל שייך משום שליחות ודווקא בעכו"ם דאין שליחות לעכו"ם אתינן לה רק מכח הגרמה דאמירה לעכו"ם משא"כ בישראל דז"א דהא אשלד"ע ואף לפי"מ שאכתוב לקמן דאיסור זה דנתן מעות הוא רק מתורת אסמכתא ואיסורו רק מדרבנן עכ"ז גם בדרבנן שייך אשלד"ע כנודע ועיין מל"מ בה' רוצח וע"כ דהאי קשר של רשעים לא קאי על ריב"ג [הן אמת כי יש לדון בזה ולומר דל"ש אשלד"ע אחרי דנאמר בקרא בלשון אלקי זהב לא תעשון לכם משח:

דאסרה התורה בפירוש גם שלא יעשה ע"י אחרים ע"כ ל"ש אשלד"ע וכן משמע מדברי הלח"מ בפ"ג מה' עכו"ם ומשו"ת מהרי"ט חיו"ד סי' ל"ה וצ"ע):

ומעתה אין ראי' כלל לדברי הב"ח והדרינן לדברינו דכל היכא דהוא ת"ח וגמיר ליכא איסור כשנתן מעות כמו היכא דנתמנה בשביל עשרו וכמש"ל וממילא בנ"ד דהרב הוא ת"ח וראוי לאותו איצטלא א"כ לא מיבעי' אם לא הי' שם בעיר מאן דעדיף מיני' בודאי ליכא איסור אף גם אם הי' שם מאן דעדיף מיני' ג"כ ליכא איסורא וכמ"ש וגם המהרש"א בח"א סנהדרין דף ז' שהביא כבוד חתני צעק על אלו הרבנים וסיים בלשונו דנתמנה בכסף ואין לו ריח תורה הרי כמ"ש ועיין כתנות אור להגאון בעל פמ"א בריש פ' שופטים ומשמע ג"כ כדברי ועיין אבות דר"נ פ' ל"ו דחשיב אלו שאין לתם חלק לעוה"ב ואחד מהם דיין שבעירו וצריך ביאור וכבר האריך בזה בשו"ת יעב"ץ ולדעתי י"ל דמיירי בדיין שאינו גמיר ולכך אינו ראוי לשום עיר רק לעירו לבד נתקבל בשביל מעות שנתן וזו דיין לעירו דווקא אולם כ"ז דאינו גמיר ואין ראוי רק לעיר זה שקיבלו המעות משא"כ כשגמיר והוא ת"ח וכמ"ש ובפרט ברבני זמנינו לפי"מ שהאריך בשו"ת ח"ס דזהו עבדות ולא שררות ולכך אין לכתוב בכתב הרבנות רק על ג' שנים ובכה"ג ליכא כלל שום איסור דהרי הלימוד הוא מן לא תעשון אלקי וברבנות כזה הנקרא בשם עבדות לא נופל לשון אלקי וכי אסור לאיש לתת איזה סך לאדון שיקנה אותו לעבד והרי הוא עושה זאת עבור פרנסתו וכל איסור זה דלא תעשון אתי מיירי רק היכא דכוונתו להיות ראש ונשיא להשתרר על העם ולא נצרך לפרנסתו משא"כ אם יודע בנפשו דבמעט מעות אשר ת"י אין לאל ידו לכלכל ב"ב ונתן זה המעות להקהל למען יתנו לו שכר וקצבה הרי הוא כעבד וכפועל ובודאי דאין שום איסור ומדברי המהרש"א בח"א בסנהדרין שהבאתי לעיל משמע כן דכ' בלשונו שם דאינו אלא עבדות כו' ור"י בן גודגדא משום פרנסתו עכ"ל, ועיין בח"א סוטה דף מ' בד"ה ותו כו' ע"ש. והרי להשתמש בכתרה של תורה בודאי איסור חמור הוא ובכל זאת מצינו במדרש תנחומא פי תרומה בהאי תלמיד שטבע ספינתו שהלך לדרוש כדי שיקחו לו לרב למען יפרנס א"ע ע"ש. וע"כ באם כוונתו עבור פרנסתו להחיות את נפשו אין איסור אף להשתמש בכתרה של תורה ואף דאמרו ז"ל ולא קרדום לחפור כבר האריך בשו"ת התשב"ץ ח"א מן סי' קמ"ב עד סי' קמ"ט לישב זאת וערך מערכה נגד הרמב"ם ואחד מן ראיותיו הוא ג"כ מישכר וזבולן דאמרו ז"ל ישכר לומד תורה וזבולן מפרנס לישכר ולפע"ד מהך דישכר וזבולן יש ראי' דלאו דוקא שמוטל על העם לתמוך ת"ח לצרכי פרנסתם רק גם להעשירם דתרי התרגום בפ' ויחי מתרגם על ישכר חמור גרם עתיר בנכסין וצריך להבין דהא ישכר אינו עתיר

בנכסין כי יושב באהלו של תורה וזבולון הוא המפרנס אותו וא"ל דכוונת התרגום עתיר בנכסין היינו בד"ת דז"א דהא בש"ס ב"ק דף י"ז דרש על מי שיושב ועוסק בתורה דנוחל נחלה כיששכר והביא רש"י ז"ל על זה דברי התרגום אלו ושם א"א לומר דקאי בד"ת דהרי בלא"ה הוא יושב ועוסק בתורה וע"כ עתיר בנכסין פירושו כפשטא ושפיר קשה. וע"כ דהאי דיששכר עתיר בנכסין הוא בשביל שזבולון נותן לו ומעשיר ליששכר ומוכח דמותר לת"ח ליקח. אף יותר מכדי פרנסתו ועיין ש"ס. ב"ב דף קמ"ה ע"ב דדריש עתיר בנכסין אלו בעלי אגדה ואולי לזה כיון התרגום וצ"ע ועיין בס' תדב"א על פסוק הלא פרוס לרעב לחמיך שמותר לחכם להתפרנס מתורתו כדי שיהי' ביכולתו ללמוד מתוך עושר ע"ש עכ"פ חזינן ממדרש תנחומא הנ"ל דבאם צריך לפרנסתו יוכל בתחלה לילך ולדרוש בתורה ע"מ שיתן לו פרנסתו ואם להשתמש בכתרה של תורה דאיסור גדול הוא התירו לצורך פרנסתו מכש"כ דמותר לתת להקהל איזה סך ע"מ שיפרנסו ועיין בס' עמודי שש להגאון בעל כלי יקר במאמר הדין פ' י"ד דכ' דכל איסור זה דסמכו על לא תעשון אתי היינו כשרוצה בהתמנות רק בשביל גסות רוח וכ"כ בספרו כלי יקר פ' יתרו. ובמאמר הדין סוף פ' ט"ז סיים כל משכיל כו' ואינו צריך לכך ימנע עצמו מלהתמנות עכ"ל הרי כמ"ש דאינו איסור כשעושה בשביל צרכי פרנסתו וכל איסור זה דלא תעשון אתי דסמכו על מי שנתן מעות מיירי כשרוצה בשביל גסות הרוח להשתרר על העם.

ובחדושי אגדות אשר לי כתבתי בהא דירושלמי דבכורים ביזה את טליתו שעליו דייקא דהכונה הוא רק בשביל גסות רוח שיש בו והוא עפ"י מ"ש המרש"א בח"א סנהדרין שם דמיירי דמתלבש עצמו בטלית של ת"ח ובודאי מיירי מטלית שעל ראשו דבזה ניכר שהוא ת"ח וכדאמרו ז"ל בש"ס קידושין גבי ר"כ דגברא רבא הוא ומיבעי סודרא על ראשו ואמרו ז"ל דמצנפת של בגדי כהונה הי' מכפר על עון גסות רוח וכיון דבגד של ראש בא לכפר על גסות רוח והוא עושה ההיפך דבבגד של ראשו מתגאה ומתנשא כת"ח ועובר על עון גסות רוח לזאת ביזה את טליתו של ראשו. וניחא נמי הא דמשלו שם כמרדעת של חמור והוא עפימ"ש הת"ש בבכ"ש בשבת דת"ח לובשים בגדי לבנים כדי שיראה אם יהי' בהם הסתלקות השכינה כדברי הרמב"ן ז"ל גבי נגעי בתים ולכך בבבל היו הולכים בבגדי צבעונים דאין להם להבחין דבלא"ה אין בהם דיבוק שכינה וזה כוונת מאמרם ז"ל דת"ח של בבל מצוינים בבגדי צבעונים משום שאינם בני תורה ע"ש נמצא דבגדי ע"ה המה של צבעונים משא"כ בגדי ת"ח וכיון שכן בת"ח שיש בו גסות רוח והלא אמרו ז"ל בש"ס סוטה דכל מי שיש בו גסות רוח שכינתו מסתלקת א"כ יכול ת"ח כזה ללבוש בגדי ע"ה:

והנה בש"ס שבת דף קי"ד ע"א אמרו לא יהיה מרדעת חשובה מבגדי ע"ה הרי דהש"ס מדמה מרדעת של חמור לבגדי ע"ה ע"כ שפיר משלו דטליתו שעליו כמרדעת של חמור והיינו כיון דיש בו גסות רוח אין לו ללבוש בגד של ת"ח דהוא בגד לבן רק יכול ללבוש בגד ע"ה דנמשל כמרדעת של חמור דאין לו להבחין על סילוק השכינה כדברי הבכ"ש דבלא"ה שכינתו מסתלק ממנו כיון שיש בו גסות רוח והבן ועיין מגלת איבה להגאון בעל תיו"ט שכ' דבעת בואו לפרעמישלא נתעורר מחדש עם הרבה גאוני דורו לתקן ולחזק בחרמות וקנסות שלא לקנות הרבנות מן שר העיר. אמנם באמת אין ראי' מזה די"ל דאז קנו מהשר העיר גם אנשים כאילו שלא היו ראוים לכך ומוכח כן מלשון שר העיר כי בודאי שר העיר הי' מאוה"ע אשר אינו מבחין בין טוב לרע בעניני חוקי התורה משא"כ כשהוא ת"ח וגמיר כנ"ל ובפרט במי שנתן הכסף להבעה"ב והכסף הולך על צרכי מרחץ או לבנין ביהכ"נ וכדומה דמצוה קא מתעביד בממוני' שוב מצאתי בפירוש הגאון יעב"ץ על מס' אבות נקוב בשם לחם שמים בפ"ו מאבות באות ל"ד בד"ה מתרחק מן הכבוד כו' דכ' בפירוש דעתה בזמנינו אין איסור לתת כסף אם הוא עפ"י רצון הקהל ובלבד שיהי' הגון להוראה ואדרבה מצוה קעבד עכ"ד ע"ש ושמחתי שכוונתי לדעת הגאון יעב"ץ:

ונחזור לענינינו דמכל הני מילין שכ' יראה כי בנ"ד אין שום איסור בדבר ובר מכל דין אמינא דאין מקום כלל לבוא מכח זה לסלק עצם החזקה דעד כאן לא מצינו בירושלמי בכורים ובש"ע חו"מ אלא לנהוג בו כבוד. וכדומה אבל לא יתכן כלל לומר דיסתלק כח חזקתו שיש לו חזקת ממון מה שמקבל פרס מהקהל ואדרבה ע"י שנתן ממון אלים כח החזקה שלו כיון דקנה מהקהל שכר פרס הקצוב בעד הדמים שנתן תרי יש חזקת שיש עמו טענה ועיין שו"ת רדב"ז ח"ד סי' י"א מה שכ' ואעפ"י דבכל חזקה צריך שיהי' עמו טענה שאני הכא דהוא חזקת מצוה ולא מידי חסרו עכ"ל תרי שהרדב"ז חקר על חזקות כאלה כיון דאין עמו טענה והוכרח לבוא מכח דלא חסרו מידי והיינו דכיון דל"ש בזה ענין לקוח וכדומה ע"כ ל"צ שיהיה עמו טענה אמנם עכ"פ בנ"ד דיש עמו טענה בודאי אלים החזקה זו משאר חזקה במצוה וכיון דבעד הדמים שנתן להקהל חייב לו הקהל פרס הקצוב לרב בכל שבוע הרי הוא מקח גמור וכבר הארכתי בזה במק"א דאין לדון מכח דשאל"ק. חדא כיון דאנן לא קי"ל כהרמב"ם ז"ל ויכול לחייב בדשאל"ק ובפרט דכבר כ' הש"ך בסי' ס' דמי שנתחייב לחבירו לתת לו מנה כו' אעפ"י שאין השנים קצובות מקרי דבר שיש לו קצבה. והכ"נ ברבני זמנינו דפרס קצוב להם בכל שבוע ומה גם לפימ"ש בקצה"ח שם דבשכירות פועל כיון שקנה בדיבור מהני בדשלב"ל ובדשאל"ק והכ"נ בנ"ד דכיון דכבר כ' לעיל דרבני זמנינו הוי כעבד וכפועל ובפרט דדבר שהוא של

רבים ל"צ קנין כנודע מדברי הגהות מרדכי פ' האומנין ושאר גדולי הראשונים ז"ל ע"כ אין לדון בזה מכח דשלבל"ע ודשאל"ק וכיון שכן הרי הוא כמקח גמור וא"כ אף א"נ דגם בכה"ג עבר על איסור דלא תעשון אתי ודלא כמש"ל עכ"פ לא גרע ממקח שנעשה באיסור דהמקח קיים ואף לפי"ע דהאריכו במקח שנעשה באיסור מכח כ"מ דארל"ת עכ"ז לפי המשמעות מגדולי המחברים מאי דרשה דדרשו על דיין שנתן מעות מקרא דלא תעשון אתי היא רק אסמכתא בעלמא. ויש סמוכין לזה דהלא אמרו ז"ל דבית ראשון חרוב בשביל עון ע"ז ובית שני רק משום שנאת חנם ולא הי' אז עון ע"ז, ותקשה דהא בב"ש נתמנו כל כ"ג ע"י נתינת מעות וזהו הוי עון ע"ז דילפינן מקרא דלא תעשון אתי. וע"כ דזהו רק אסמכתא בעלמא. וכיון שכן בודאי דלא עדיף משאר איסורי דרבנן דלא אמרינן כמדארל"ת כמו שהאריכו בזה רבים וגם שלימים ובפרט דכבר הארכתי לעיל דבכה"ג ליכא שום איסור. ע"כ לפע"ד טענת בן הרב הראשון בטילה כחרס הנשבר ואין לה מקום להרוס ולבטל כח החזקה של השני:

ולולא דמסתפינא הייתי אומר דהפירוש בדברי הירושלמי בכורים הנ"ל ר' מנא מיקל אין הפי' דמקלל רק דמצינו בירושלמי שבת פ"ג ה' ב' ר' מנא מיקל לנשיא ע"ש [דהרבה תנאים ואמוראים היה תופסים כל אחד לשונו כמו מגדף בה ר' אבהו תתי בה ר' יוחנן ור' מנא הי' תופס לשון מיקל] ופירש בשיורי קרבן בשבת שם דהפירוש מיקל הוא שהקיל לנשיא ואין הפירוש מקלל. וכ"כ הר"ן בריש מס' תענית ד"ה ירושלמי וכו' דלשון מיקל הנאמר בירושלמי פירושו קולא. וכן פירש הבעל המאור במס' תענית שם וכיון שכן י"ל דר' מנא הקיל לאלו דמתמנים בכסף והיינו דבזה לא תיסוב הלאו דלא תעשון וכו' ור"א קרא עלי' אלקי כסף. נמצא דר' מנא ור"א פליגי בזה דר' מנא סובר להקל בזה ורק ר"א הוא דאסר א"כ תליא הדבר בפלוגתא:

(**ב**) **וע"ד** הטענה שני' הנה על טענת חזקה דבא מכח אביו באמת לא מצאתי בש"ס ובפוסקים שיהי' מבואר כי חזקות כאלו יוכל לחת בחיים חיותו לבנו או לאיש אחר כפי רצונו כי לא נמצא רק מתורת ירושה כגון שמת הרב כי כל עיקר הלימוד דילפינן מן קרא דלמען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו כו' מיירי בתורת ירושה אבל אנה מצינו שיהי' בידו לתת מתורת מתנה הן אמת שבש"ע או"ח סי' נ"ג הובא בשם שו"ת הרשב"א ז"ל לענין ש"ץ מבואר דיכול לתת בחיותו וכמ"ש כבוד חתני נ"י. אמנם המעיין ברשב"א ז"ל סימן ש' יראה מבואר דרק התם שהי' תנאי בפירוש עם הקהל שיהי' ביכולת ביד הש"ץ לתת איש אחר כפי רצונו. וזה לשונו שם כי מתוך לשון התקנה נראה שמתחלה התנו עמו בכך בפירוש כו' שלא יוכלו הקהל לענות אחר כו' אלא בעצתו וברצונו עכ"ל

הרשב"א ואף שסיים בסופו וכלל גדול אמרו בכל המוניין שאם הי' הבן ראוי כו' שנאמר והכהן המשיח תחתיו כו' היא רק לסניפא אבל עיקר יסודו מכח שהיה תנאי בפירוש. וכ"כ בהגהות שו"ת שערי אפרים סי' ל"א דרק מכח תנאי אתינן לה עיי"ש. וכיון שכן בודאי היכא שלא תי' תנאי עם הקהל בפירוש שיהיה בכח החזן או סרב לתת אחר במקומו יש לחלק שפיר בין מתנה לירושה דדוקא כשמת דמבואר בקרא להדיא דבנו יורש בזה אין ביד הקהל לדחות את בנו משא"כ כשהוא בחיים חיותו ואתינן עלה מתורת מתנה יכולים הקהל לומר כי מתחלה לא קבלו רק אותו ולא לבנו כי מצינו סברא זו גם בש"ע חו"מ הראשון נוח לי כו' ותיכף מתחלה יסוד החזקה לא נתחזק רק עבור עצמו. הן אמת שיש לעיין נידון הירושה אף אם התנו הקהל בפירוש עם הרב שלא להוריש לבנו אם מהני תנאי דהוי כמתנה עמש"ב דת"ב אך י"ל דעכ"פ מהני לענין הפרס שנוטל הרב דבדבר שבממון תנאו קיים וצ"ע. אמנם באמת דחוק לחלק בכך דכיון דיש בכחו להוריש הרי לא נפסק כח החזקה שלו ובודאי דיכול לתת ולמסור כחו לבנו גם בחיים חיותו. והרי מצינו דדהמע"ה משח את שלמה בנו עוד בחיים:

ולכאורה אמרתי דיש מזה ראי' דבחיים חיותו איכא מעלה ועדיפות מירושה ואף במקום שאין בכחו להוריש יכול למסור כחו בחיים דהרי אמרו בש"ס הוריות דף י"א ע"ב דלכך משחו אף דאין מושחין מלך בן מלך הוא משום דהך דירושה ילפינן מקרא למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו כו' ואמרינן בזמן דאיכא שלום בישראל דייקא ע"ש הרי אף היכא דאיכא מחלוקת בישראל דאין הדין שיורש עכ"ז בחיים חיותו יכול למסור כחו. אמנם באמת אין מזה ראי' לפמ"ש הפ"מ להרמב"ם ז"ל דהאי דאיכא מחלוקת קאי דווקא במחלוקת בין הבנים ודלא כמו שהבין הפנ"י בר"ה. א"כ גם כשאיכא מחלוקת עכ"פ בכחו להוריש לאחד מבניו ולכך יכול לתת גם בחיים חיותו אבל היכא דאין בכחו להוריש כלל לבניו בודאי דגם בחיים אין יכול למסור כחו וחזקתו וראיתי בהקדמת בעל סה"ד שהביא בשם מחבר אחד לפרש עובדא דר"ג בש"ס ברכות דף כ"ח דרבי אביו של ר"ג הי' נותן בחיים את הנשיאות לר"ג יען דבכתר תורה ל"ש ירושה ע"כ נתן לו מחיים ע"ש ומשמע דאף במקום דאינו יורש יוכל לתת בחיים. אולם באמת אין לבנות בנין על זה כי דברי המחבר תמוהים מרישא לסיפא דעובדא זו של ש"ס ברכות הי' ר"ג דיבנה ולא ר"ג בנו של רבי וכאשר האריך בזה בסה"ד לדחות כל דבריו. אמנם עכ"פ חזינן דבחיים לא גרע מירושה וכשהדין דיורש בנו גם בחיים יכול למסור כחו לבנו. וכן יש להביא ראי' ממדרש ר' פ' חקת דקאמר שם דהודיע הקב"ה להצדיקים כדי שירשו לבניהם וצריך להבין דהרי בלא"ה ירשו בניהם דהדין הוא בכל המוניין דבניהם יורשים

וע"כ דכוונת המדרש כדי שימסרו לבניהם עוד בחיותם. ומעתה העולה מדברינו דיכול לתת בחיים לבנו במקום דבכחו להוריש

(ג) **איברא** בנ"ד נראה דאין בכחו גם להוריש כאשר אגיד הן ראיתי לכבוד חתני שהביא בשם שו"ת זרע אברהם מובא בשעה"מ פ"א מהל' עבודת יו"כ שמסתפק בהא דמבואר בש"ס יומא דף י"ב דבמת ראשון שני חוזר לעבודתו אם זהו דווקא כשלא הניח הראשון בן אבל אם הניח הראשון בן הבן ממלא מקומו והשני נדחה והביא ראי' מדברי התוס' נזיר דאין הבן ממלא מקום אביו בכה"ג וע"כ כוונת האיסתפקתי' דאף דבכל מנויין ושררות קי"ל דהבן יורש זהו כשלא הפסיק אחר בנתים, והנה טרם אבוא אל המחקר אם דברי הזרע אברהם אלו מישך שייכי לנ"ד אפלפל בדברי הזרע אברהם ואח"כ אבוא לנ"ד:

הנה לפע"ד הי' נראה להביא ראי' דבכה"ג הגן ממלא מקום אביו נגד השני והוא דמצינו בש"ס הוריות דף י"ג דר"ש בנו של ר"ג דיבנה הי' נשיא ותקשה דהא בש"ס ברכות דף כ"ח בעובדא דר"ג דיבנה דהעבירו מנשיאתו ונעשה ראב"ע לנשיא תחתיו ואח"כ כשפייס ר"ג שוב חזר ר"ג לנשיאתו א"כ כשמת ר"ג הי' מהראוי שיתי' ראב"ע נשיא דהרי זה דומה ממש להך דכהן גדול דאחר יו"כ חוזר הראשון לעבודתו וגם הכא ר"ג חזר להיות נשיא וכן מדמי אהדדי התוס' ביומא שם בד"ה הלכתא כו' דכ' דנ"מ לפרנס כו' והביאו מהך דר"ג וראב"ע ע"ש וכיון שכן כמו גבי כ"ג אם מת ראשון שני חוזר לעבודתו כמו כן הי' צריך להיות גבי ר"ג דאחר מיתת ר"ג יהי' ראב"ע נשיא. כיון דהחזיק בו מקודם בעוד הי' ר"ג בחיים חיותו. וע"כ ראיה מזה דגם בכ"ג גופא אם הניח בן אין השני חוזר רק תבן של ראשון ממלא מקומו ואין לומר דאולי לא חי ראב"ע אחר מיתת ר"ג דז"א דהא ר"ג מת בימי ר"א בן הורקנס גיסו כמבואר בש"ס ב"מ דף נ"ט וראב"ע חי אחר מיתת ר"א בן הורקנס כמבואר בש"ס גיטין דף פ"ג דאחר מיתת ר"א נכנסו ארבעה כו' וראב"ע הי' אחד מהם הרי מזה דראב"ע חי אחר מיתת ר"א בן הורקנס ומכש"כ אחר מיתת ר"ג. וגם א"א לומר דאולי לא נתמנה ר"ש בנו של ר"ב לנשיא תיכף אחר מיתת אביו רק דראב"ע הי' נשיא אחר ר"ג והא דמצינו דרשב"ג הי' נשיא זאת הי' אחר מיתת ראב"ע. דמלבד דזה דחוק כיון דלא מצינו בש"ס בשום דוכתא שהי' ראב"ע נשיא אחר שהורידו אותו והחזירו לר"ג. בלא"ה א"א לומר כן דלפי המבואר בסה"ד דר"ג נתמנה לנשיא בשנת ב' אלפים תתל"א ור"ש בנו נתמנה בשנת ג' אלפים תתפ"א הרי בין זה לזה רק חמשים שנה, והנה בירושלמי ברכות בהא דקאמר ראב"ע הרי אני כבן שבעים שנה קאמר וזה לשונו אעפ"י שנכנס לגדולה האריך ימים עכ"ל הרי דהירושלמי סובר דהא דקאמר הרי אני כבן שבעים היינו שהי' באמת כן ופלי"ג על ש"ס דידן דקאמרי מפני שנעשה

נשיא ונתלבנו שערות ראשו הי' נראה כבן שבעים וכ"כ בפירוש מבעל ספר חרדים שם דהירושלמי חולק בזה על ש"ס דידן עש"ה. הן אמת שגוף דברי הירושלמי צריכין ביאור דהלא הירושלמי בעצמו בפ"ד שם הביא דבזמן שהעבירו לר"ג מנשיאתו הי' אז ראב"ע בן שש עשרה שנה [ודלא כש"ס דידן שהי' בן י"ח] ונתמלא כל ראשו שיבות ע"ש הרי דגם הירושלמי סובר דנראה כזקן על שנתמלא ראשו בשערות לבנות ואיך קאמר בפ"ק דהי' באמת שבעים שנה. אכן באמת ניחא דהירושלמי הי' סובר דמימרא זו דדרש ראב"ע לענין יציאת מצרים לא הי' אז ביום שהעבירו לר"ג מנשיאתו כפי' רש"י ז"ל בברכות רק בזמן דדריש לענין יצי"מ הי' באמת בזמן שהי' בן שבעים שנה ובעת שהעבירו לר"ג הי' אז בן שש עשרה שנה וכ"כ בסה"ד גבי ראב"ע ע"ש. ומעתה לפי דברי הירושלמי מן עת שהעבירו לר"ג עד שנעשה ראב"ע שבעים שנה הי' המשך זמן נ"ד שנה נמצא דבעת שנתמנה ר"ש בנו אחר ר"ג אביו דהי' המשך רק חמשים שנה כנ"ל הי' חי עדיין ראב"ע לכל הפחות עוד ד' שנים. ומהגם לפימ"ש התוס' בשבת דף נ"ד דר"ג הי' ב' שנים נשיא קודם שהעבירו ואחר שתי שנים נעשה ראב"ע לנשיא וכיון דראב"ע נעשה נשיא בהיותו בן שש עשרה שנה נמצא דבעת שנתמנה ר"ג לנשיא בשנת תתנ"א הי' אז ראב"ע רק י"ד שנים ממילא מן עת שנתמנה ר"ג לנשיא עד שנעשה ראב"ע שבעים שנה הי' המשך נ"ו שנים א"כ בעת שנתמנה ר"ש בנו לנשיא הי' חי ראב"ע עוד עכ"פ שש שנים. וכיון דהוכחתי דראב"ע הי' חי אז שפיר תקשה דלמה נתמנה ר"ש בנו לנשיא. וע"כ ראי' מזה דבן ממלא מקום אביו אף בכה"ג:

אמנם נראה דאין ראי' מזה לפימ"ש בסה"ד גבי ר"א בן הורקנס בשם הר"ח להקשות דבעת שהעבירו לר"ג מדוע לא מינו את ר"א בן הורקנס לנשיא ותירץ כיון שהי' זקן ואין מושיבין זקן בסנהדרין וה"ה לנשיא א"כ גם הכא י"ל דלכך לא מינו לראב"ע אחר מיתת ר"ג לנשיא כיון דהי' אז זקן דבשנת תתפ"א אחר מיתת ר"ג דנתמנה אז ר"ש בנו הי' אז ראב"ע כבן ששים ושש. או לפי דברי התוס' הנ"ל הי' אז כבן ששים וארבעה ולכך לא מינו אותו:

(ד) **איברא** מש"ס יומא בדף י"ב שם יש להביא ראי' דהבן ממלא מקומו אף בכה"ג והוא דהנה ר' יוחנן קאמר שם דהלכה כר' יוסי דהשני אינו עובד לא ככ"ג ולא ככ"ה והקשו רבים וגם שלמים דהלא ר' יוחנן פסק בכל דוכתא כסתם מתני'. וסתם מתני' דמגלה דף ט' והוריות דף י"ג הוא כר"מ כמו דהוכיח בתלמודא שם. אשר מכח זה נראה דר' יוחנן הי' סובר דהא דבמת ראשון השני חוזר זהו כשלא הניח הראשון בן אבל כשהניח הראשון בן הבן ממלא מקומו. אכן בכל זאת בזה גם ר' יוסי מודה דהשני אם רצה לעבוד ככ"ג

עובד דל"ש איבה רק בכ"ג הראשון יען דהשני נתמנה תחתיו בעת שאירע בו הפסול והי' הוא צרתו מחיים ושייך איבה משא"כ גבי בנו ל"ש איבה ולכך מוקים מתני' זו דאין בין כהן המשמש לכהן שעבר כו', כר' יוסי ומיירי דכהן המשמש הוא הבן הממלא מקום אביו ואז גם השני עובד ככ"ג דל"ש איבה. ע"כ אין בין זה לזה אלא פר ועשירית האיפה וזו"ז שוים בעבודת יו"כ ור' יוחנן מוקי מתני' בכה"ג לכך ל"ק עליו מסתם מתני' כמובן:

ועפי"ז ניחא מה שיש להעיר בדברי התוס' יומא שם בד"ה הלכתא שכ' דנ"מ לפרנס הממונה על הציבור ועבר מחמת אונס כשיעבור האונס חוזר לשררתו וגם נותנין כבוד בשני ודברי התוס' אלו תמוהים המה כאשר עמד במהרש"א שם דהא דראשון חוזר לאחר שעבר האונס גם ר"מ מודה ושוב מאי נ"מ ומלבד זה תקשה במ"ש דגם נוהגין כבוד בשני דאדרבא לר' יוסי לא נוהגין כבוד בשני ולקמן באות ז' אאריך בזה ברצות השם. ולדרכינו ניחא די"ל דאף אי אמרינן דבמת ראשון והניח בן הבן ממלא מקומו זהו רק כר' יוסי דכיון דכל זמן שהי' הראשון בחיים חיותו היה נסתלק החזקה מהשני. דהשני אינו עובד ככ"ג לכך אלימו החזקה של הראשון אף להוריש אבל לר"מ דאף דבעת שהראשון הי' בחיים חיותו הי' החזקה גם להשני דהשני ג"כ עובד ככ"ג לכך אין כח החזקה של הראשון אלים להוריש לבניו וכשמת הראשון השני חוזר לשררתו ולא בנו של הראשון ממלא מקומו. וכיון שכן שפיר כ' התוס' דנ"מ לאחר שעבר האונס אם הראשון חוזר לשררתו היינו לענין אם חוזר לשררה שיהי' בכחו גם להוריש לבניו כדין שררה דבכל מינוי ושררות הבן יורש כדילפינן מקרא. ואם לא הי' אירע אונס להראשון הי' בכחו גם להוריש לבניו אבל עכשיו דאירע לו אונס וכבר נעשה השני לזאת אחר שעבר האונס וראשון חוזר עכ"פ אינו חוזר לשררתו כמקדם שיהי' בכחו גם להוריש וכל זה לר"מ משא"כ לר' יוסי שפיר חוזר לשררה אלימתא גם להוריש ושפיר נ"מ דלר' יוסי הראשון חוזר לשררתו והיינו כנ"ל. והא דכ' וגם נוהגין כבוד בשני זאת קאי היכא דבאמת מת והבן ממלא מקומו בזה גם לר' יוסי נוהגין כבוד גם בשני דבזה ל"ש איבה וכמש"ל:

אפס אכתי לא מצאתי מרגוע לנפשי להעמיד דברי התוס' על קנקנם במה שסיימו וכהאי מעשה דר"ג וראב"ע בש"ס ברכות דהרי שם מצינו דהי' נוהגין כבוד בשני דהיינו בראב"ע אף בעודו ר"ג בחיים חיותו ולפי חומר הנושא הי' נראה עפ"י דרכינו דאין כוונת התוס' על הך בבא דנוהגין כבוד בשני להביא ראי' לזה מר"ג וראב"ע כי באמת ש"ס דהכא ביומא פליג על ש"ס ברכות וכאשר אאריך לקמן באות ז' דהרי הכא קאמר ר' יוסי דמורידין את השני לגמרי ושם מצינו דלא הורידו לראב"ע לגמרי רק דהי' נוהגין בו קצת כבוד דדריש חדא שבתא עכ"פ ונעשת אב"ד. רק הא דהביאו התוס' מעשה זו קאי על

בבא ראשונה במה דקאמרו דנ"מ לענין אם הראשון חוזר לשררתו והיינו כנ"ל דלר' יוסי הראשון חוזר לשררה אלימתא גם להוריש אכן הי' מקום לומר דגם לר' יוסי אין הבן ממלא מקומו וכשמת הראשון השני חוזר אף כשהניח הראשון בן וכדאסתפקתי' של בעל זרע אברהם ושוב אין נ"מ בין ר"מ לר' יוסי דלענין אם הראשון חוזר לשררתו כל זמן שהוא בחיים חיותו הלא בזה גם ר"ע מודה ואם שיחזור לשררה אלימתא גם להוריש הלא בזה גם ר' יוסי מודה דאין הבן ממלא מקומו על זה הביאו ממעשה דר"ג וראב"ע דמשם ראי' דכשהראשון חוזר בכחו גם להוריש לבניו ואין השני חוזר כשמת הראשון והניח בן דהרי חזינן מעובדא זו דר"ג דהעבירו לר"ג מנשיאתו ונעשה ראב"ע נשיא ועכ"ז כשחזר ר"ג לנשיאתו הי' חוזר לשררה אלימתא גם להוריש דהא חזינן דר"ש בנו הי' נשיא וכמש"ל כן נראת לפרש. דברי התוס':

איברא באמת אין מש"ס אלה ראי' דהבן יורש בכה"ג כי אין לבנות יסוד מכח קושי' זו דר' יוחנן פסק נגד סתם מתני' ואף דבשו"ת כנסת יחזקאל בסי' י"ג מביא ראי' מכח קושי' זו לענין יאוש בכל זאת לבבי לא כן ידמה כי שערי התירוצים לא ננעלו ותרבה יש לדבר שלא יהי' קשה על ר' יוחנן מסתם מתני'. ולמען אשתעשע עמו בפילפולא ארשום מה שעלה במצודתי בעת עיינתי בזה ואען ואומר:

(ה) **הנה** הרשב"א במגלה גבי מתני' דאין בין יו"ט לשבת הקשה דמאי קאמר הש"ס דמתני' אין בין כהן משוח לכהן שעבר כו' אתי' כר"מ דייקא ולא כר' יוסי דהא י"ל דלא חשיב מתני' רק עידי דאורייתא והך דר' יוסי משום איבה הוא רק מדרבנן ומדאוריית' מחזי חזי והוי כהן גדול [וגם הט"א במגלה גבי מתני' דאין בין יו"ט לשבת העיר בזה ולא ראה שכבר קדמו הרשב"א ז"ל] אמנם נראה דאף דמכל הראשונים ורש"י ותוס' ז"נ בסוגי' דיומא שם מבואר דחשש איבה הוא רק מדרבנן. אכן מדברי הירושלמי פ"ק דיומא ומגלה ופ"ג דהוריות משמע דהוא מדאורייתא וזה לשון הירושלמי שם אותו אחד מושחין ואין מושחין שנים אמר ר' יוחנן מפני איבה ומפרשו שם בעל ק"ע ובעל פ"מ דר' יוחנן מפרש דקרא דאותו דבא להורות שאין מושחין שני כהנים גדולים היא הטעם משום איבה וכיון שכן מצינו גם מדאוריי' החשש איבה ודוחק לומר דר' יוחנן רק מתורת אסמכתא בעלמא אתי' לה.

אפס דקשה על זה דהא בש"ס יומא דף ע"ג קאמר כי אתי רב דימי אמר בגדים שכ"ג משמש בהם משוח מלחמה משמש בהם ויליף מקרא ופריך הש"ס על זה מברייתא דמשוח מלחמה אינו משמש לא בשמונה בגדים ככ"ג ולא בד' בגדים ככהן הדיוט ומתרץ תש"ס התם משום איבה אבל מדאוריי' חזיא כפירוש רש"י ז"ל שם והרי הש"ס שם בתר

הכי קאמר רבי אבהו האי מימרא דרב דימי משמי' דר' יוחנן וכן הוא בירושלמי מגלה והוריות בשם ר' יוחנן ותקשה דאיך אפשר לומר דר' יוחנן אמר להאי שמעתתא דאיך יפרנס ברייתא דמשוח מלחמה אינו משמש כו' וא"ל הטעם משום איבה אבל מדאוריי' חזיא אחרי דר' יוחנן סובר דחשש איבה דאורייתא אשר לפי"ז צ"ל דר' יוחנן בירושלמי שם מפרש זאת רק בדעת תנא דבריי' זו דיליף מן קרא דאותו דאין מושחין שנים [והוא ברייתא בת"כ] דהטעם הוא מפני איבה והאי תנא סובר איבה דאוריי' אבל ר' יוחנן בפ"ע סובר באמת דחשש איבה הוא רק מדרבנן ולכך שפיר יליף מן קרא דמשוח מלחמה משמש ככ"ג וזו מדאוריי' ול"ק עליו מבריי' דמשוח מלחמה אינו משמש דזהו משום איבה, והוא רק מדרבנן וכדמתרץ הש"ס ביומא דף ע"ג הנ"ל:

איברא נחזי אנן כיון דעכ"פ מצינו בירושלמי הלזה דיש מקום לומר דחשש איבה הוא מדאוריי'. וא"כ י"ל דסתמא דתלמודא דמגלה והוריות הי' להם הוכחה דע"כ ר' יוסי דקאמר דשני אינו ראוי לא ככ"ג משום איבה הוא מדאוריי' והוא דהרי התוס' במגל ה דף ט' שם תקשו דלמה לר' יוסי לנקט הטעם משום מעלין בקודש ואין מורידין דמדוע לא קאמר דאינו ראוי ככ"ה בד' בגדים משום מחוסר בגדים כיון דמדאוריי' דין כ"ג עליו ומכח קושי' זו הי' להם הוכחה דר' יוסי דקאמר משום איבה הוא מדאוריי' וכיון דמדאוריי' אין ראוי לכ"ג שוב ל"ש משום מחוסר בגדים ע"כ צ"ל הטעם משום מעלין בקודש כו' וא"ל כיון דמדאורייתא לא חזיא לכ"ג ל"ש גם משום מעלין בקודש כו' דז"א דמעלין ואין מורידין שייך שפיר כיון דהי' תחלה כ"ג מלובש בח' בגדים אין להורידו שיהי' ככ"ה דזהו הורדה [וגם מתוס' מגלה שם משמע כן דאף שמסתלק בפה ומדאוריי' לא חזי עוד לכ"ג עכ"ז שייך משום מעלין בקודש כו'] ושפיר הוכיחו דמתני' לא אתיא כר' יוסי דאין לתרץ דמתני' מיירי רק במידי דאוריי' דהא ר' יוסי דסובר דשני אינו ראוי לכ"ג הוא מדאוריי' דחשש איבה דאוריי' היא וכנ"ל:

ועפי"ז יש ליישב מה שעלה לפע"ד לדקדק דלמה הביא הש"ס כל דברי ר' יוסי מהחל עד כלה גם ממעשה דיוסף בן אולם ואמרו חכמים אינו ראוי כו' דהני דברים למותר יחשב דהא מר' יוסי דפליג עם ר"מ ואמר דאינו ראוי לא ככ"ג כו' איכא הוכחה דמתני' לא אתי' כר' יוסי ולדרכינו ניחא כי בתחלת דברי ר' יוסי לא נקט הטעם דאינו ראוי לכ"ה משום מעלין בקודש כו' א"כ הי' מקום לומר דר' יוסי סובר דהטעם דאינו ראוי לכ"ה הוא באמת משום מחוסר בגדים כיון דמדאוריי' דין כ"ג עליו וכדברי התוס' וממילא הא דאינו ראוי לכ"ג משום איבה הוא רק מדרבנן וכיון שכן שפיר י"ל דמתני' אתי' כר' יוסי דלא איירי מתני' רק ממידי דאוריי' ומדאוריי' שוה כהן שעבר לכהן המשמש

לכל הדברים כיון דדין, כ"ג עליו. ע"כ הוכרח להביא ואמר ר"י מעשה ביוסף בן אולם ואמרו חכמים שני אין ראוי לכ"ג משום איבה ואינו ראוי לכ"ה משום מעלין בקודש כו' ומדהביא ר' יוסי דברי חכמים דאינו ראוי לכ"ה הטעם משום מעלין בקודש כו' ולא נקט הטעם משום מחוסר בגדים ע"כ הא דאינו ראוי לכ"ג משום איבה הוא מדאוריי' ע"כ ל"ש משום מחוסר בגדים ושפיר ע"כ מתני' לא אתי' כר' יוסי וכנ"ל. אכן אכתי אינו ראי' דר' יוסי סובר איבה דאוריי' והוא דהרי לכאורה קושי' התוס' מהך דמחוסר בגדים יש לישב בפשיטות דר' יוסי בא למעט בגוונא דלא אסור משום מחוסר בגדים דהיינו בעבודה שיש אחרי' עבודה דבכה"ג ליכא משום מחוסר בגדים דהרי הך דמחוסר בגדים הוא דהוי כמו זר וכמבואר בש"ס סוף פ' הנשרפין וברמב"ם ז"ל פ' יו"ד מהל' כלי המקדש הל' ד' וזה אינו חייב מיתה רק על עבודה תמה כמבואר ברמב"ם ז"ל פ"ט מה' ביאת מקדש הל' ב' ע"כ אתי' ר' יוסי לומר דאינו עובד גם עבודה זו מטעם מעלין בקודש כו' דבזה א"א לאתי' מכח מחוסר בגדים ע"כ אתי' לה מכח מעלין בקודש כו' ונהי דלא יתכן לומר דבא למעט שחיטה דגם בזה אין אסור מחוסר בגדים דשחיטה לאו עבודה כיון דר' יוסי נקט דאינו ראוי לכ"ה משמע דבא לומר דאינו ראוי לדבר שצריך כתונת ומה גם דשחיטה דלא נכלל בסוג עבודה הוי כדבר הרשות דעלמא ובזה בודאי לא יתכן לאסור גם מכח מעלין בקודש כו' עכ"ז י"ל דבא למעט עבודה שיש אחרי' עבודה. איברא דבאמת ז"א דמלבד הא דלא חייב גם זר בעבודה שיש אחרי' עבודה היינו רק לענין מיתה אבל עכ"פ איכא איסורא דמקבלה ואילך מצות כהונה בלעדי זאת הרי כ' המל"מ בפ"ט מה' ביאת מקדש הל' יו"ד דמחוסר בגדים דינו שוה כמו שתויי יין וחייב אף כשאינו עבודה תמה. וכן מבואר בהדיא בש"ס זבחים דף י"ח ע"א:

אמנם נראה לישב קושי' התוס' הנ"ל עפ"י שיטת הרבה מגדולי הראשונים ז"ל דביו"כ אף דעבודת היום דהיינו פר וקטורת צריך כ"ג דייקא עכ"ז הי' כ"ה מסייע בעבודות אלו וגם בהקטורת הי' מסייע בהולכת והבאת המחתה וכדומה. והנה ביו"כ בעבודות אלו הי' כ"ג כ"כ מלובש רק בד' בגדים ככ"ה א"כ י"ל דבא למעט דאינו ראוי האי כהן שעבר לסייע בעבודת היום של פר והקטורת משום מעלין בקודש כו' והכא א"א לומר משום מחוסר בגדים דאף א"נ דבעבודת סיוע דהוא מכשירי עבודה ג"כ אסור משום מחוסר בגדים והוי כעבודה שיש אחרי' עבודה דאסור וכמש"ל בשם המ =ל"מ עכ"ז הרי בעבודת אלו גם הכ"ג גופא לובש רק ד' בגדים ככ"ה וא"כ שפיר יכול האי כהן שעבר לסייע וילבוש רק ד' בגדים דמשום מחוסר בגדים אין לדון כיון דבעבודת אלו גם הכ"ג לובש רק ד' בגדים ומשום איבה ל"ש כיון דגם כ"ה מוכשר לעבודה זו לסייע ובכה"ג

ל"ש איבה אחרי דגם כ"ה כשר ע"כ אתי' לה משום מעלין בקודש כו'. וא"ל דבזה גם משום מעלין בקודש לא שייך דרק בעבודה כזו שצריך הכ"ג ללבוש ח' בגדים ואם הוא לובש ד' בגדים איכא הורדה כיון דמדאורייתא דין כ"ג עליו משא"כ בזה דגם הכ"ג יכול לעשות כל העבודה מראשית עד סופה בלי שום סיוע מלובש רק ד' בגדים ול"ש לומר דאיכא הורדה וכמו דל"ש משום מחוסר בגדים כך אין לדון מכח מעלין בקודש כו' דז"א די"ל דהאי כהן שעבר כיון דבשנה העברה הי' הוא העובד כל העבודה העיקרית ועכשיו הכ"ג הקבוע הוא העובד העבודה העקרית והאי כהן שעבר הוא רק מסייע במכשירי עבודה נראה בזה הורדה ובודאי דשייך משום מעלין בקודש כו' וכיון שכן שוב אין ראי' דר' יוסי סובר איבה דאור' די"ל דאיבה רק דרבנן ועכ"ז ל"ק מדוע לא נקט משום מחוסר בגדים כמ"ש. אולם זה יהי' תליא בפלוגתא של רבי וראב"ש בש"ס יומא דף י"ב דלראב"ש דסובר דאבנטו של כ"ה הי' של בוץ א"כ ביו"כ היו שוים האבנט של כ"ג ושל כ"ה שפיר כשמסייע בעבודת היום ליכא משום מחוסר בגדים. אבל לרבי דסובר דאבנטו של כ"ה הי' של כלאים א"כ ביו"כ לא היו שוים דאבנטו של כ"ג הי' אז של בוץ א"כ שפיר שייך מחוסר בגדים גם בזה ואיך יכול האי כהן שעבר לסייע בעבודת היום דאם ילבש אבנט של בוץ יהי' שייך איבה כיון דכ"ה אינו לובש אבנט כזה ועי"ז מראה עצמו ככ"ג שייך איבה. ואם ילבוש אבנט של כלאים כמו כ"ה הרי כיון דמדאורייתא דין כ"ג עליו איכא שפיר מחוסר בגדים. וכבר הקדמנו דגם במסייע בהולכת המחתה וכדומה שייך האיסור דמחוסר בגדים ומהגם דאף א"נ דמסייע דהוי מכשירי עבודה אין איסור במחוסר בגדים עכ"ז הכא בעבודת היום בפר והקטורת בלא"ה אסור במחוסר בגדים כיון דדעת הרבה מגדולי הראשונים ז"ל וגם הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' בית הבחירה דבין אולם למזבח אף בלי עבודה כלל אסור מחוסר בגדים כמו בעלי מומין ועיין סה"מ ל"ת ס"ט מה שהאריך בזה בעל מג"א והרמב"ן אם גם מקום מזבח בכלל. ואף דהרמב"ם ז"ל שם לא הביא להדי' בלשון מחוסר בגדים נכלל בהא דהביא קרועי בגדים דזהו בכלל מחוסר בגדים כמו שהאריכו בזה רבים. דהרי גם שתוי יין אסור כמו שהאריך המל"מ בה' בית הבחירה בה' כ' ע"ש ומחוסר בגדים דינו שוה כמו שתוי יין כמש"ל בשם המל"מ פ"ט מה' ביאת מקדש. והרי הפר הי' עומד בין אולם למזבח א"כ אסור מחוסר בגדים במקום זה ומכש"כ בהקטורת שהי' עוד להלאה לצד פנים ואף דזה שמסייע לא נכנס לפני ולפנים משום וכל אדם לא יהי' באוהל מועד רק שמסייע בהולכת והבאת המחתה עד הקדשי קדשים עכ"פ מסייע הוא ממזבח להלאה ואסור שם להכניס במחוסר בגדים אף בלי עבודה ומהגם לפמש"ל דדעת הרבה דגם במקום מזבח אסור [ויש להעיר בהא

דמבואר ביומא דשחיטת פרו כשר בזר וכן בש"ס יבמות גבי זר ששימש דמוקי בפר ותקשה דנהי דשחיטה לאו עבודה הלא גם בלי עבודה אסור לזר לכנוס במקום זה כיון דהפר הי' עומד בין אולם למזבח וכמו דאסור לכהן במחוסר בגדים ה"ה לזר אכן באמת ז"א קושיא חדא דכבר האריך המלמ"ל בפ"ט מה' ביאת מקדש ה' ט"ו אי הכנסה בלי עבודה במקום זה אסור לזר או דוקא בכהן מחוסר בגדים ע"ש ובפרט דמשכחת בשחט בסכין ארוכה. וי"ל עוד דנהי דאסור הכנסה בלי עבודה עכ"ז אין מתחלל עבודה רק דהוא איסור לאו גרידא כמ"ש הרמב"ם ז"ל א"כ שפיר שחיטתו כשירה בדיעבד ואכמ"ל] ומעתה לרבי דסובר דאבנטו של כ"ה הי' של כלאים שפיר גם ביו"כ בעבודת היום שייך משום מחוסר בגדים ושוב א"א לומר דר' יוסי בא למעט עבודה זו וכמ"ש:

והנה בש"ס יומא דף ה' פליגי בני ר"ח ור' יוחנן האיך הי' סדר לבישת הבגדים ח"א אהרן ואח"כ בניו וח"א אהרן ובניו בב"א ומוקי הש"ס פלוגתי' באבנט דמאן דסובר אהרן ואח"כ בניו יליף מקרא דוחגרת אותו והדר ויחגור אותם ועל דרך זה הי' באמת סדר הלבישה וקרא אחרינא דוחגרת אותם לא נרמז סדר הלבישה ורק דבא על עשי' ולהורות שיעשה האבנט של כ"ג של כלאים כמו אבנט של כ"ה וכרבי ומאן דסובר אהרן ובניו בב"א יליף מקרא דוחגרת אותם דזהו קאי על הלבישה וקרא דוחגרת אותו בא על עשי' ולהורות שיעשה האבנט של כ"ג משונה מאבנט של כ"ה דאבנט של כ"ה הי' של בוץ ואבנט של כ"ג בכל השנה הי' של כלאים וכראב"ש. והנה אף דבש"ס שם לא מבואר להדי' אי בני ר"ח סברו אהרן ואח"כ בניו ור' יוחנן סובר אהרן ובניו בב"א או להיפך. עכ"ז משטחות לשון הש"ס דנקט תחלה בני ר"ח ואח"כ ר' יוחנן וע"ז קאמר תחלה ח"א אהרן ואח"כ בניו וח"א אהרן ובניו בב"א משמע דכל אחד תיסוב על זה דנקט ברישא ור' יוחנן הוא דסובר אהרן ובניו בב"א ואף אם באנו לדחות ולומר דאין זה כללא כיון דמצינו הרבה פעמים בש"ס בדבר שלא נמצא הפלוגתא מפורש דקאמר תסתיים עכ"ז גם ממקום אחר יש להביא ראי' דר' יוחנן סובר כן והוא דבש"ס זבחים דף י"ז איתא שם מחוסר בגדים מנ"ל אמר ר' יוחנן ומטו בה משמי' דראב"ש דאמר קרא וחגרת אותם אבנט אהרן ובניו והי' להם כהונת עולם לחק עולם בזמן שהבגדים עליהם כו' וקשה דאיך יתכן לימוד כזה לפרש האי והי' להם כהונת עולם דקאי על לבישת הבגדים אחרי דצריך להפסיק קרא בסכינא חריפא דהרי רישא דקרא וחגרת אותם לא קאי כלל על הלבישה דהא הלבישה הי' אהרן ואח"כ בניו וסדר הלבישה נרמז בקרא וחגרת אותו ולא בקרא דאותם וסיפא דקרא תוקמי דקאי על הלבישה וזאת לא יצדק כלל ומהגם דסיפא והי' להם כהונת עולם אין לו פירוש בפ"ע רק דקאי על מה דנאמר מקודם ועיקר

הלימוד של ר"י מדכתיב וחגרת אותם ועל זה קאמר והי' להם כהונת עולם בא ללמד דבזמן שמחוגרים בבגדי כהונה אז המה דינם ככהן משא"כ מחוסר בגדים דאין בגדים עליהם כמו זר נחשבו א"כ ע"כ דקאי על מה דנאמר ברישא דקרא ותקשה שפיר דרישא דקרא לא מיירי כלל מלבישה רק מעשי' א"כ נימא דכל שיש להם בגדי כהונה שנעשה עבורם אעפ"י שאין מלובשים בהם על זה נאמר והי' להם כהונת עולם ומדחזינן דיליף ר' יוחנן מהאי קרא על מחוסר בגדים משמע דסובר ר' יוחנן אהרן ובניו בב"א ונרמז סדר הלבישה בקרא זה דוחגרת אותם ויתכן שפיר הלימוד דעל זה דנאמר ברישא לבישת הבגדים על גופם על זה סיים והי' להם כהונת עולם דרק אז כשהמה מלובשים על גופם דינם ככהנים ולא זולת. וממילא לפי"ז צ"ל דקרא אחרינא דכ' וחגרת אותו בא על עשי' להורות דאבנט של כ"ג בכל השנה לא יהי' שוה לאבנט של כ"ה דאבנט של כ"ה הי' של בוץ ואבנט של כ"ג בכל השנה של כלאים וע"כ ניחא נמי הא דאמרו שם דמטו בה משמי' דראב"ש כיון דראב"ש סובר כן בש"ס יומא דף י"ב דאבנטו של כ"ג בכל השנה לא הי' שוה לאבנטו של כ"ה ולדידי' בקרא דאותם נרמז סדר הלבישה וכנ"ל [הן אמת שלדברינו יש להעיר על הרמב"ם ז"ל בפ"י מה' כלי המקדש שהביא ג"כ לימוד זה דר' יוחנן דהרי הוא פוסק כרבי דאבנטו של כ"ג בכל השנה, הי' שוה לאבנטו של כ"ה דשניהם של כלאים וכמ"ש בפ"ח מה' כלי המקדש שם ולרבי בעכצ"ל דקרא דאותם בא על עשי' וצ"ע]:

ואחר הודיע אלקים אותנו כל זאת תתישב שפיר דסתמא דתלמודא במגילה והוריות י"ל דאזלו אליבי' דרבי דאבנטו של כ"ה הי' של כלאים וממילא ביו"כ לא הי' שוה דאבנטו של כ"ג אז הי' של בוץ א"כ א"א לתרץ הא דנקט ר' יוסי משום מעלין בקודש כו' ולא מטעם מחוסר בגדים דבא למעט לסייע בעבודה יו"כ דל"ש בזה משום מחוסר בגדים. אחרי דלרבי גם בזה שייך מחוסר בגדים באם ילבוש האבנט של כ"ה דכיון דמדאורייתא דין כ"ג עליו ואבנט של כ"ג ביו"כ צריך להיות משל בוץ ואיכא מחוסר בגדים שפיר ובאם ילבוש אבנט של בוץ יהי' שייך איבה כנ"ל ובעכצ"ל דר' יוסי סובר דחשש איבה מדאורייתא. ומדאורייתא אין דין כ"ג עליו ע"כ ל"ש משום מחוסר בגדים וכמש"ל וכיון דאיבה מדאורייתא שפיר קשה ממתני' דאין בין כו' ומוכח דמתני' אתי' כר"מ דייקא אבל ר' יוחנן לשיטתו דהעליתי דהוא סובר בזה כראב"ש א"כ ביו"כ הי' שוה האבנט של כ"ג ושל כ"ה דשניהם היו של בוץ ממילא י"ל דר' יוסי סובר דחשש איבה הוא באמת רק מדרבנן ומדאורייתא דין כ"ג עליו ועכ"ז ל"ק מדוע לא נקט משום מחוסר בגדים כיון די"ל דבא למעט עבודה זו לסייע בעבודת היום של יו"כ דל"ש משום מחוסר בגדים רק

משום מעלין בקודש כו' כמש"ל וכיון דרק מדרבנן קאמר ר' יוסי דשני אינו ראוי שוב ל"ק ממתני' דאין בין כו' כיון די"ל דמתני' איירי ממידי דאוריית' ותיקו שפיר מתני' כר' יוסי וכקוש' הרשב"א ודו"ק:

ולא אכחד כי יש להעיר בדברינו לפי שיטת הראב"ד ז"ל דגם במצנפת הי' חילוק בין כ"ג לכ"ה א"כ מלבד האבנט אין לכהן שעבר לעבוד ולסייע ביו"כ דאם ילבוש מצנפת של כ"ה איכא מחוסר בגדים כיון דמדאו' דין כ"ג עליו ואם ילבוש מצנפת של כ"ג שייך איבה כיון דכ"ה אינו לובש מצנפת כזה ושוב גם לר' יוחנן א"ל דבא למעט עבודה זו כמובן. אמנם באמת אין מקום בזה לדחות דברינו דדברינו סובבים עפ"י שיטת הרמב"ם ז"ל דלא הי' חילוק במצנפת ואף דגם להרמב"ם ז"ל הי' קצת חילוק בשעת הלבישה עכ"ז כיון דלא הי' ניכר ל"ש משום איבה וגם לא משום מחוסר בגדים כיון דבמעשה היו שוים ולא חסר מאומה ובעכצ"ל דלא הי' ניכר דאל"כ תקשה בהא דקאמר הש"ס ביומא דף י"ב שם במאי מחנכו ומפלפל הש"ס באבנט ומדוע לא קאמר במצנפת וכבר הקשו כן בתוס' שם ותרצו משום דלא הי' ניכר. ואם לדעת התוס' ז"ל דסברו דהי' חילוק במצנפת במדת ארכו בכל זאת כ' דלא הי' ניכר ל"ש חינוך מכש"כ להרמב"ם ז"ל דמעשה המצנפת הי' שוה ממש בלי הבדל רק קצת שינוי הי' בלבישה בודאי דלא הי' ניכר ולכך יכול לעבוד עבודת מורק שפיר דאם בשעת הלבישה ילבוש עצמו כדרך כ"ג כיון דלא ניכר ל"ש איבה ואם ילבוש עצמו כדרך כ"ה ליכא משום מחוסר בגדים:

(ו) **ובדרך** קצרה עפ"י דרכינו הנ"ל י"ל עוד דבאמת גם ר' יוחנן מודה דר' יוסי ע"כ סובר איבה דאורייתא מדחזינן דנקט רק משום מעלין בקודש כו' ולא משום מחוסר בגדים וע"כ ניחא מה שיש להעיר דאיך המציא ר' יוחנן בירושלמי סברא זו לומר דחשש איבה דאורייתא אחרי דחששות כאלו מצינו בכל דוכתא רק מדרבנן. וע"כ דר' יוחנן הוכיח כן מר' יוסי דע"כ ר' יוסי סובר איבה דאורייתא וכיון דמצינו לתנא שסובר כן לזאת יש לפרש שפיר דגם התנא זה דדרש אותו דאין מושחין שנים ג"כ סובר איבה דאורייתא ומחשש איבה קא אתיא לה בטעמא דאין מושחין שני כהנים גדולים. אכן ר' יוחנן בפ"ע אחרי דהי' לו לימוד ערוך מקרא דבגדי קודש אשר לאהרן כו' דמשוח מלחמה לובש שמונה בגדים ככ"ג כמבואר בש"ס יומא דף ע"ג הנ"ל והי' קשה לו מתנא דברייתא דמשוח מלחמה אינו משמש בשמונה ועכצ"ל דהאי תנא סובר איבה רק דרבנן ולא קשיא עליו מקרא לזאת סובר ר' יוחנן להלכה כהאי תנא דאיבה הוא רק מדרבנן [ודברינו פה תסבו דלא כר' אבין בש"ס יומא דף ע"ג דנשאל אתמר רק כרב דימי דמשמש אתמר וכר' אבהו שם דקאמר מימרא זו משמי' דר' יוחנן] וא"ל דכיון דסובר בדעת ר' יוסי דאיבה דאורייתא

ואיך יפרנס ר' יוסי קרא דבגדי הקודש דמשוח מלחמה ישמש בשמונה בגדים דהרי שייך איבה ז"א קושיא די"ל דר' יוסי סובר דל"ש איבה גבי משוח מלחמה בזוטר מיני' היפך מסברת הש"ס ביומא דף ע"ג שם. ולפי"ז י"ל דהא דקאמר ר' יוחנן הלכה כר' יוסי היינו בעיקר הדין בחשש איבה אבל לא מטעמי' דלר' יוסי החשש איבה הוא מדאורייתא ולר' יוחנן החשש איבה הוא רק מדרבנן ומעתה ניחא שפיר דסתמא דתלמודא במגלה והוריות סברו כיון דפליגי ר"מ ור' יוסי דר"מ לא חייש לאיבה כלל ור' יוסי חייש לאיבה גם מדאורייתא א"כ לא מצינו לשום תנא אחרינא שיהי' דיעה ממוצע שיחוש לאיבה ויסבור איבה דרבנן לזאת פריך שפיר רישא לא אתי' כר"מ וסיפא כר"מ אבל ר' יוחנן מפרש מתני' דאתיא כהאי תנא דברייתא דחשש איבה הוא רק מדרבנן והאי אין בין כו' ממידי דאורייתא מיירי ע"כ שפיר ל"ק על ר' יוחנן בהא דקאמר הלכה כר' יוסי ממתני' כיון דכבר הקדמנו דר' יוחנן לא קאמר רק בעיקר הדין דחיישינן לאיבה בזה הלכה כר' יוסי אבל חשש זה הוא רק מדרבנן ובזה לא מתנגד סתמא דמתני' כמובן:

ואם כנים אנחנו בזה יש לישב מה שקשה לי טובא בדברי הירושלמי והוא דבירושלמי יומא דמגלה שם קאמר ר' יוחנן עבר ועבד עבודתו כשירה ובהוריות שם קאמר ר' יוחנן עבודתו פסולה הן אמת שמפרשי הירושלמי בהוריות שם הגי' שצ"ל עבודתו כשירה אכן קשה להגי' כל הספרים. והי' נראה לפע"ד עפמ"ש רש"י ז"ל ביומא שם דהא דעבר ועבד עבודתו כשירה היינו בעבר ועבד בשמנה בגדים אבל בד' בגדים פסולה דהוי מחוסר בגדים. א"כ י"ל דהך דיומא ומגלה דקאמר כשירה מיירי בעבר ועבד בשמנה בגדים והא דקאמר בהוריות פסולה מיירי בד' בגדים. אפס דתקשה דמדוע בש"ס ירושלמי מחלק ר' יוחנן בתרי ענינא לפרש איך הדין בעבר ועבד בשמנה בגדים ובין אם עבד בד' בגדים ובש"ס דידן נקט ר' יוחנן סתמא ומודה ר' יוסי שאם עבר ועבד עבודתו כשירה ומשמע בין כשעבד בשמנה בגדים או בד' בגדים. ולהנ"ל ניחא דנחזי אנן דאם סברינן דחשש איבה הוא רק מדרבנן ומדאוריי' דין כ"ג עליו שפיר כשעבד בד' בגדים הוי מחוסר בגדים ועבודתו פסולה. אכן א"נ דחשש איבה מדאו' א"כ בין כשעבד בח' בגדים או בד' בגדים עבודתו כשירה דבד' בגדים ליכא משום מחוסר בגדים אחרי דמדאוריי' אין דין כ"ג עליו. וגם בשמנה בגדים אין לפסול דאף דמדאוריי' אין ראוי לעבוד בשמנה משום איבה עכ"ז בקדשים כל היכא דלא שנת הכ' לעכב לא פסול בדיעבד ואין לומר כיון דמדאוריי' אינו ראוי בכ"ג יהי' נחשב כיתיר בגדים ויתיר בגדים פסול בדיעבד כמו מחוסר בגדים דז"א כיון דלא שנה הכ' לעכב אמרינן אנן דלא נדחה מדאוריי' רק לכתחלה ולא על דיעבד. ומעתה המעיין בש"ס ירושלמי שם יראה דר' יוחנן דקאמר עבר ועבד לא קאמר ומודה

ר' יוסי דלא מצינו שם פלוגת' ר"מ ור' יוסי כלל רק דר' יוחנן קאמר זאת בפ"ע וכיון דר' יוחנן בפ"ע סובר איבה דרבנן צריך לפרש ולחלק בין אם עבד בשמנה בגדים או בד' בגדים בשמנה כשירה ובד' פסולה אבל בש"ס דידן נקט ומודה ר' יוסי וכיון דקאי בדברי ר' יוסי ולר' יוסי דסובר דחשש איבה דאוריי' שפיר כשר בין אם עבד בשמנה או בד' לזאת סתם סתמא דעבודתו כשירה:

(ז) **עוד** מילין בפי לישב והוא דהנה נודע דעת הטו"ז דל"ש מעלין בקודש כו' רק היכא דחזי' לקדושה ראשונה אבל כשאינו ראוי לקדושה ראשונה מותר להורידו לקדושה קלה דטפי עדיף קדושה קלה משיהי' פנוי בלי שום קדושה. אכן כבר תמהו עליו רבים וגם שלימי' ובראשם בעל ת"ש בבכור שור שם ומראים מקומות בש"ס כי לא סברינן סברא זו. אפס כי בחידושי הבאתי ראי' דתלמודא ירושלמי סוברת כסברת הטו"ז והוא דבירושלמי פ"ק דמגלה איתא התם תולין בספרים ואין תולין בתו"מ ספרים שכ' כתו"מ אין תולין ומפרש בעל פ"מ שם דאותן הפרשות של תו"מ הנמצאים בס"ת אם נכתבו אותן הפרשות על דף אחד שראוי לעשות מהם תו"מ אין תולין דאין לכתוב שלא כסדרן מחשש שמא יבלה הס"ת וירצה אח"כ לעשות מאותן הפרשות תו"מ ע"כ מחויב תיכף לכתוב אותן הפרשות של ס"ת כסדרן ע"ש. וקשה ר' טובא דאיך חיישינן שיקח מהס"ת לתו"מ אחרי דהדין הוא דאסור לעשות מן ס"ת תו"מ אף כשבלה הס"ת דאין מורידין מקדושה חמורה לקדושה קלה כמבואר בש"ס מנחות להדיא. וצ"ל דסתמא דתלמודא דירושלמי הי' סוברת כסברת הטו"ז דכל שאינו ראוי לקדושה ראשונה ל"ש משום אין מורידין ולכך כשבלה ואין ראוי עוד לס"ת מותר והש"ס דידן לא סברו כסברת הטו"ז ע"כ קאמרו בש"ס מנחות שם דאף כשבלה אין לעשות מן ס"ת תו"מ:

והנה בהא דקאמר ר' יוסי דאינו ראוי לכהן הדיוט משום מעלין בקודש כו' קשה כמי לפי שיטת הטו"ז דכיון דאינו ראוי לקדושה ראשונה להיות כ"ג משום איבה איך שייך בזה משום מעלין בקודש כו' ודוחק לומר כיון דאם עבר ועבד עבודתו כשירה או במת ראשון דשני חוזר חשוב משום זה חזי' לקדושה ראשונה דזה דוחק. אך א"נ דאיבה רק מדרבנן בפשיטו' ניחא כיון דמדאורייי' חזי' עוד לקדושה ראשונה דאם רוצה עובד ככ"ג בשמנה בגדים רק דרבנן אסרו שלא יעבוד ככ"ג משום איבה א"כ נהי דבכחם להחמיר לבל יעבוד עוד ככ"ג אבל לא יכולו שיבוא היתר עי"ז לומר דמותר להורידו ולעשותו כ"ה שלא יהי' שייך מעלין בקודש כו' משום דמדרבנן לא חזי' לקדושה ראשונה אחרי דמדאורייי' עדיין בקדושתו ושייך מעלין בקודש ולא מורידין ואיך יסתלק האיסור דמעלין בקודש כו' מה"ת. ודוגמא לזה כ' הר"ן בפסחים גבי חמץ בדשיל"מ דאף דרבנן אסרו

לאחה"פ ומהראוי שלא יהי' נחשב בשביל זה דשיל"מ עכ"ז אין בכחם שיבוא קולא ע"ז ואף דמצינו בכמה מקומות בש"ס דהעמידו, דבריהם נגד דאוריי' גם להקל כבר הארכתי בזה במ"א להעמיד דברי' על קנקנ' שלא יתנגדו זל"ז ואכמ"ל]. וא"ל כיון דמשמע מש"ס ברכות דהך איסורא גופא דמעלין בקודש כו' היא רק מדרבנן א"כ מדאוריי' אין לאסור כלל להוריד מקדושה חמורה לקדושה קלה א"כ שוב איך שייך מעלין בקודש כו' דמדאוריי' אין איסור בזה שיהי' כ"ה ואם מדרבנן אסרו להוריד לקדושה קלה הלא מדרבנן לא חזי' עוד לקדושה ראשונה דז"א דכבר האריך בזה בעל ארעא דרבנן דאף דמשמע מש"ס ברכות דהיא רק מדרבנן זהו לענין שררות דעלמא אבל בכהנים וכלי שרת היא מדאוריי'. אמנם נחזי אנן דא"נ דחשש איבה דאוריי' שפיר לא שייך משום מעלין בקודש כו' א"נ כשיטת הטו"ז משום דלא חזי' גם מדאוריי' לקדושה ראשונה:

ולפי הוצעה זו תתישב שפיר ול"ק על ר' יוחנן מסתם מתני' דסתמא דתלמודא במגלה והוריות הי' סוברי' דר' יוסי סובר איבה דאוריי' ואי תקשה אי איבה דאוריי' איך שייך משום מעלין בקודש כו' כיון דלא חזי' עוד לקדושה ראשונה ז"א דהא ש"ס דידן סברו דאף היכא דלא חזי' לקדושה ראשונה שייך משום מעלין בקודש כו' ודלא כסברת הטו"ז וכיון דר' יוסי סובר איבה דאוריי' שפיר ע"כ מתני' לא אתי' כר' יוסי אבל ר' יוחנן דסתם ירושלמי הוא ר' יוחנן ומצינו דהירושלמי סובר כסברת הטו"ז וכמש"ל א"כ הרי ר' יוחנן סובר דל"ש מעלין בקודש כו' רק היכא דחזי' לקדושה ראשונה א"כ הי' לו הוכחה דע"כ ר' יוסי סובר דחשש איבה הוא רק מדרבנן דאם מדאו' לא הוי שייך מעלין בקודש כו' וכיון דאיבה רק מדרבנן לא יתנגד מתני' כלל כמש"ל:

ולדרכינו יובן על נכון דברי התוס' ביומא שם בד"ה הלכתא שהבאתי לעיל דכ' דנ"מ לפרנס כו' וגם נוהגין כבוד בשני כי האי מעשה דר"ג וראב"ע בש"ס ברכות דף כ"ח ודברי תוס' אלו מרפסין איגרא דלענין הראשון הלא בזה גם ר"מ מודה וליכא פלוגתא וכבר עמד במהרש"א וכמש"ל באות ד' וע"כ דתיבת "גם" ט"ס וצ"ל אין נוהגין כבוד בשני והכוונה דנ"מ בפרנס דהדין הוא לכ"ע דכשיעבור האונס דראשון חוזר לשררתו שוב אין נוהגין כבוד בשני מחשש איבה כיון דהלכה כר' יוסי משא"כ לר"מ צריך לנהוג כבוד בשני וע"ז הביאו ממעשה דר"ג וראב"ע דגם שם אמרו נדרוש מר חדא שבתא ומר חדא אתי' לקנאויי הרי דהקפידו וחששו על חשש איבה שלא יהי' השני שוה כמו הראשון. ואף אם לא באנו למחוק תיבת "גם" יש לדחוק ולפרש דנכלל בלשון התוס' תחלה מ"ש דראשון חוזר לשררתו היינו דראשון מחזיק בשררה אלימתא נגד השני ואין נוהגין כבוד בשני כמו בראשון שיהי' דומה שוה בשוה ובזה נ"מ בין ר"מ ור' יוסי רק דסיימו וגם נוהגין

כבוד בשני היינו דקצת כבוד עדיין מחויב לנהוג בשני כמו שמצינו אצל ר"ג וראב"ע. וכן ראיתי להריטב"א ביומא בד"ה הלכה שהביא תירץ זה בשם הר"י בעל תוס' וז"ל שם שאם עבר מאונס חוזר למנויו אין נוהגין בזיון בשני ועושין בענין שלא יהי' איבה ושלא יורידו לגמרי כעין ר"ג וראב"ע הרי כמ"ש:

אפס עדיין לא מצאתי מרגוע לנפשי להעמיד דברי התוס' על קנקנם דהנה הכא סובר ר' יוסי דשני אינו ראוי לא לכ"ג ולא לכ"ה משום מעלין בקודש כו' ומורידין אותו לגמרי וצריך להבין דאם מורידין אותו לגמרי בודאי דשייך מעלין בקודש ואין מורידין ובעכצ"ל דר' יוסי הי' סובר דל"ש הסברא דמעלין בקודש ולא מורידין רק מקדושה חמורה לקדושה קלה אבל במורידין לגמרי אין לדון מכח הסברא דמעלין בקודש כו' ולכך אם יעבוד ככ"ה דהוא קדושה קלה שייך לומר מעלין בקודש כו' משא"כ כשמורידין לגמרי ודלא כסברת הטו"ז דטפי עדיף קדושה קלה מלהוריד לגמרי ומעתה תקשה בש"ס ברכות דף כ"ח שם דקאמר נעברי' מעלין בקודש כו' נדרוש מר חדא שבתא כו' אתי לקנאויי אלא נדרוש ר"ג תלתא וראב"ע חדא ובירו' שם מבואר דהי' נעשה ראב"ע אב"ד וקשה מדוע לא כעברי' לראב"ע לגמרי אחרי דבזה ל"ש משום מעלין בקודש כו' ואם נעשה אב"ד הוי קדושה קלה כמו הכא בכהן הדיוט ובקדושה קלה נחשב הורדה ובעכצ"ל דהש"ס ברכות סברו להיפך דטפי עדיף קדושה קלה מלהוריד לגמרי ומעלין בקודש כו' שייך רק במורידין לגמרי ולא בקדושה קלה ופליגא על ש"ס דיומא וכיון שכן איך כ' התוס' בדברי ר' יוחנן דקאמר הלכה כר' יוסי דנ"מ לענין פרנס וסיימו כהאי מעשה דר"ג וראב"ע דהלא ר' יוחנן דפוסק כר' יוסי דהשני אינו ראוי לכ"ה דבקדושה קלה שייך הורדה ולכך מורידין אותו לגמרי א"כ בודאי דגם בפרנס ונשיא הדין כן דמורידין אותו לגמרי ולא לעשותו קדושה קלה וא"כ הוא היפך ממעשה דר"ג וראב"ע וא"כ נהי דדברי ר' יוחנן בהא דקאמר הלכה כר' יוסי נ"מ לפרנס בהאי חילוקא שלא יהי' שני שוה במעלה ממש כמו הראשון מחשש איבה עכ"ז איך משלב התוס' מעשה זו דר"ג וראב"ע להיות עולים בקנה אחד עם דברי ר' יוחנן דהכא בש"ס יומא אחרי דסתרי אהדדי לענין זה דלר' יוחנן דפסק כר' יוסי מורידין להשני לגמרי ולפי מעשה דש"ס ברכות אין מורידין להשני לגמרי רק למדרגה קטנה. ובאמת מלבד דברי התוס' קשה סתירת הש"ס ברכות לש"ס הכא ביומא ומש"ל די"ל דפליגא בהאי סברא אם טפי עדיף להוריד לגמרי או לקדושה קלה זה דוחק לעשות פלוגתא בדבר שלא מצינו בפירוש. ובפתחי ספרים ראיתי בחמד משה באו"ח סי' קנ"ג ס"ק מ"ט שהרגיש בזה בקיצור מילין ולא העיר מדברי התוס' כמ"ש רק בפשטא מש"ס יומא לש"ס ברכות ע"ש:

אכן לדרכינו תתישב הכל כמין חומר די"ל דהחילוק הוא כך דהיכא דחזי' עוד לקדושה ראשונה בזה בין אם מורידין לגמרי ובין בקדושה קלה חשוב הורדה נגד קדושה ראשונה לכך כשאנו דנין אם להורידו לגמרי או לקדושה קלה אמרי' דטפי עדיף להורידו לגמרי אף דגם זה נראה הורדה עכ"ז הוא בשוא"ת כגון הכא בכ"ג דאמרינן דאינו עובד לא כך"ג ולא כך"ה והורדה זו היא בשוא"ת משא"כ כשיעבוד כך"ה אזי ענין הורדה נעשה בקום ועשה וממילא אסור להוריד לקדושה קלה רק להוריד לגמרי אבל היכא דלא חזי' עוד לקדושה ראשונה אזי לא נראה הורדה בקדושה קלה יען דלא חזי' עוד לקדושה ראשונה ומותר לעשות קדושה קלה וממילא שוב אסור להוריד לגמרי דכשמורידין לגמרי נראה הורדה בזו גופא כיון דחזי' לקדושה קלה עכ"פ:

ומעתה ניחא שפיר דהכא בכ"ג דאיסור דמעלין בקודש ולא מורידין הוא מדאורייי' כמש"ל בשם בעל ארעא דרבנן. ואיסור איבה הוא רק מדרבנן א"כ מדאורייי' חזי' עוד לקדושה ראשונה דאם רוצה עובד כך"ג ממילא מדאורייי' אסור לו לעבוד כך"ה דכל שראוי לקדושה ראשונה חשוב בקדושה קלה ג"כ הורדה א"כ טפי עדיף שלא יעבוד כלל דהוא בשוא"ת משיהי' נראה הורדה בקו"ע לכך נהי דהחמירו רבנן משום איבה שלא יעבוד כך"ג ומדרבנן לא חזי' עוד לקדושה ראשונה עכ"ז אין בכחם להקל שנימא דעי"ז יהי' מותר לעשות קדושה קלה להיות עובד כך"ה ולעשות הורדה בקו"ע אחרי דמדאורייתא אסור זאת רק דבכחם להחמיר שלא יעבוד כלל אף כך"ג ולהיות שוא"ת ושפיר סובר ר' יוסי דאינו עובד כלל ואסור לעבוד כך"ה משום מעלין בקודש ולא מורידין. משא"כ בש"ס ברכות שם גבי נשיא דכל האיסור דמעלין בקודש כו' התם הוא רק מדרבנן כמש"ל א"כ כשאנו דנין אם נכון יותר להוריד את הנשיא לגמרי או לקדושה קלה דהיינו לעשות אותו למדרגה קטנה לאב"ד וכדומה בזה בודאי נכון יותר לעשותו לקדושה קלה מלהוריד לגמרי יען דאם ניזול בתר דאורייי' הלא מדאורייי' אין איסור בהורדה כלל מדרבנן דאסרו גם גבי נשיא להוריד משום מעלין בקודש כו' הלא מדרבנן לא חזי' עוד לקדושה ראשונה משום איבה וכל היכא דלא חזי' לקדושה ראשונה לא חשיב הורדה בקדושה קלה ולכך מחויב לעשות אותו קדושה קלה דלא נראה בזה הורדה וממילא שוב אסור להוריד לגמרי דנראה בזה הורדה כיון דחזי' לקדושה קלה. לזאת נעשה ראב"ע אב"ד ול"ש לאסור משום מעלין בקודש כו' כיון דלא חזי' עוד לקדושה ראשונה. אבל נעברי' לגמרי שפיר אמרו דאסור משום מעלין בקודש כו' ומטעם כיון דחזי' לקדושה קלה. ומעתה לא יסתרו דברי הש"ס אהדדי דגבי נשיא דאיסור דמעלין בקודש כו' הוא רק מדרבנן גם ר' יוסי ור' יוחנן מוד' דכשמעבירין אותו אין מעבירין

לגמרי רק למדרגה קטנה ומטעם שכ' ושפיר כ' התוס' דנ"מ לפרנס וסיימו כהאי מעשה כו' והיינו דנ"מ דאין נוהגין כבוד בשני שוה כמו בראשון משום איבה כמו גבי ר"ג וראב"ע דהקפידו שם דלמא אתי לקנאויי ועכ"ז לאו בחדא מחתא הוא דאילו הכא בכ"ג מעבירין אותו לגמרי ולא לעשותו למדרגה קטנה שיהי' עובד ככ"ה אבל בנשיא גם ר' יוסי ור' יוחנן מוד' דנוהגין קצת כבוד בשני ולעשותו למדרגה קטנה וכהאי מעשה דר"ג וראב"ע:

ועפ"ז תתישב ג"כ מה שהקשה בשו"ת מקום שמואל בשער התירוצים שלו בהא דהקשו בתוס' ביומא שם דלמה לר' יוסי הטעם דמעלין בקודש כו' ולא נקט משום מחוסר בגדים והקשה הוא דדלמא נקט ר' יוסי טעם זה להיות נכלל גם לענין פרנס וכמו דכ' התוס' בעצמם דנ"מ לפרנס וגבי פרנס ל"ש לאתי' משום מחוסר בגדים לזאת נקט הטעם דמעלין בקודש כו' דזה שייך גם בפרנס ע"ש ולדברינו מיושב שפיר דהתוס' לא כתבו דהלכתא דנקט ר' יוחנן נ"מ לפרנס רק לענין זה שלא יהי' נוהגין כבוד בשני שוה ממש כמו בראשון משום איבה דבזה נ"מ בין ר"מ ור' יוסי ומעתה נהי דהא דקאמר ר' יוסי דאינו עובד ככ"ג משום איבה נכלל בה גם לפרנס דגם בפרנס הדין כן אבל הא דקאמר אינו עובד ככ"ה משום מעלין בקודש כו' ומורידין אותו לגמרי בזה ע"כ לא נכלל בה הדין גם לפרנס משום דבפרנס אין הדין כן דאין מורידין אותו לגמרי גם לר' יוסי רק דמורידין אותו למדרגה קטנה וכנ"ל. וע"כ הך דאין ראוי לכ"ה קאי דייקא בכ"ג ולא נכלל בה פרנס וע"ז שפיר הקשו בתוס' מדוע לא נקט משום מחוסר בגדים כמובן.

ועפ"י דרכינו אלו הי' מקום לומר דמה שהבאתי לעיל באות ג' בשם שו"ת זרע אברהם להסתפק אי הא דאמרינן דבמת ראשון השני חוזר לעבודתו הוא דווקא כשלא הניח הראשון בן או אף דהניח הראשון בן החזקה להשני ובדברינו יש לחלק בין כ"ג לנשיא דבכ"ג שפיר י"ל דבאם הניח הראשון בן ממלא מקומו משא"כ בנשיא החזקה להשני ואמינא בטעמי' דבשלמא בכ"ג דכל זמן שהי' הראשון בחיים חיותו הי' מעבירין את השני לגמרי ולא הי' שום מעלה ונפסק כח החזקה של השני לגמרי רק כשמת הראשון ולא הניח בן אז יש עדיפות להשני נגד איש אחר ולא נגד בנו. משא"כ גבי נשיא דאף כשהי' הראשון בחיים חיותו אין מעבירין להשני לגמרי רק למדרגה קטנה וכמש"ל בטעמא וכמו שמצינו באמת כן גבי ר"ג וראב"ע לכך אלימי החזקה של השני אף נגד בן של הראשון וגם כשהניח הראשון בן אין הבן ממלא מקום אביו והחזקה של השני לגמרי. והא דמצינו דנעשה ר"ש בנו של ר"ג נשיא אף שהי' אז ראב"ע בחיים חיותו ולא

עשאו לראב"ע לנשיא זהו משום דראב"ע אז במיתת ר"ג הי' זקן ואין מושיבין זקן כו' כמ"ש כל זה לעיל:

(ח) **אפס** אכתי לא נחה דעתי בכל הדרכים אשר כ' כי יסוד בניני על קושי' הרשב"א ז"ל דדלמא האי אין בין כו' רק ממידי דאורי' אייר' והלא המעיין ברשב"א ז"ל יראה שהביא תחלה דברי הירושלמי מגלה גבי מתני' דאין בין יו"ט לשבת דפריך ממשילין כו' ועל זה כ' הרשב"א ז"ל לתרץ דמתני' לא אייר' ממידי דרבנן ועל זה בא שוב להקשות מהך דאיבה היא ג"כ דרבנן והנה דברי הרשב"א אלו צ"ב דלמה הביא ממרחק לחמו מדברי הירושלמי מגלה דהלא גם ש"ס דידן בביצה דף ל"ז פריך ג"כ קושי' זו. ונראה בכוונתו דבאמת כבר העירו בתוס' ביצה שם דמדוע סדרו מסדרי התלמוד קושי' זו רק על מתני' דביצה ולא בש"ס מגלה וכ' לתרץ די"ל דבש"ס מגלה לא אייר' רק ממידי דאורי' משא"כ במתני' דביצה דחשיב שבותין דרבנן ומעתה י"ל דהרשב"א ז"ל הביא קושי' זו בשם הירושלמי יען דבירושלמי גם במגלה פריך קושי' זו ואף דהביא בירושלמי מגלה שם מתני' דביצה והדר פריך ממשילין וי"ל דתיסוב רק על מתני' דביצה כש"ס דידן עכ"ז הי' מפרש הרשב"א דע"כ מסדר הירושלמי אשר סידר קושי' זו גם במגלה דבודאי קאי הקושי' גם על מתני' דמגלה וע"ז כ' הרשב"א לתרץ די"ל דמתני' דמגלה מיירי רק ממידי דאורי' ומתאימים יחד עם דברי התוס' ביצה ומעתה נחזי אנן דכיון דסתם ירושלמי הוא ר' יוחנן ומדחזינן דסידר במגלה ג"כ להקשות קושי' זו מהך דמשילין ע"כ דר' יוחנן מפרש כל מתני' דמגלה דנאמר בה אין בין כו' דמיירי גם ממידי דרבנן ושוב הדק"ל דאיך סתם ר' יוחנן הלכתא כר' יוסי נגד סתם מתני' ואין לתרץ כיון דאיבה היא מדרבנן דהלא לר' יוחנן כל מתני' דמגלה דאין בין כו' כולל גם מידי דרבנן ואף דש"ס דידן בפ"ע מפרשו מתני' דמגלה רק ממידי דאורי' וכמ"ש התוס' ביצה הנ"ל עכ"ז בדעת ר' יוחנן א"א לומר כן מדחזינן דסידר קושי' זו דמשילין על מתני' דמגלה ומסדרי תלמודא דידן היו בקיאים בסדרי הירושלמי כמ"ש הרי"ף בהלכות עירובין ובעל מגדול עוז בה' שופר א"כ ידעו דר' יוחנן סובר כן. ואף לפי דעת הרב בעל כפתור ופרח דסתם ירושלמי אינו ר' יוחנן זה שהוא בר פלוגתי' דר"ל ושוב י"ל דש"ס דידן הי' סובר גם בדעת ר' יוחנן דמפרש מתני' דמגלה דאין בין כו' רק במידי דאוריי':

אמנם נהי דלא יהי' קשה על ש"ס דידן אבל עכ"פ יהי' קשה על ש"ס ירושלמי דהרי בירושלמי הביא נמי דר' יוחנן סובר כר' יוסי דהא קאמר שם ר' יוחנן דעבר ועבד עבודתו כשירה הרי דסובר להלכה כר' יוסי דהשני אינו עובד כו' ותקשה דאיך סובר ר' יוחנן נגד סתם מתני' ואין לתרץ דמתני' מיירי רק ממידי דאוריי' דהא ש"ס ירושלמי מפרשו

כל, מתני' דאין בין כו' דמיירי גם ממידי דרבנן וכנ "ל. ולישב זאת הי' נראה עפי"מ שהאריכו התוס' ב"ק דף ע' ע"א ד"ה כסתם וחולין דף ע"ז ד"ה בלשון כו' דהא דקאמר ר' יוחנן הלכה כסתם מתני' הוא אף ביחיד נגד רבים אמנם דעת הירושלמי הוא דביחיד נגד רבים לא אמר ר' יוחנן דהלכה כסתם וכמו שהאריך בדברי ירושלמי אלו בס' דברי אמת להגאון בכר דוד בקונטרסו בענין חלה עש"ה ומעתה ניחא שפיר דר' יוחנן דמפרש הטעם של התנא דדריש אותו דאין מושחין שני כ"ג הוא משום איבה וכמש"ל באות ה' וכן התנא בברייתא יומא דף ע"ג דמשוח מלחמה אינו עובד כו' היא משום איבה א"כ איכא עם ר' יוסי עוד תרי תנאים דחיישי לאיבה ולכך אף דסתם מתני' לא חייש לאיבה וכר"מ הוא יחיד נגד רבים ולדעת הירושלמי ביחיד נגד רבים לא אמר ר' יוחנן דהלכה כסתם משנה א"כ ל"ק על ר' יוחנן ממתני' דאין בין כו' ולתלמודא דידן דסובר דגם ביחיד נגד רבים אמר ר' יוחנן דהלכה כסתם ג"כ ל"ק על ר' יוחנן כיון דש"ס דידן הי' סובר גם בדעת ר' יוחנן דהאי אין בין כו' מיירי רק ממידי דאוריי' כמובן:

ויש מקום בזה לומר במה שהעירותי לעיל באות ה' בהא דירושלמי הביא דברי ר' יוחנן אותו אחד מושחין ואין מושחין שנים הוא משום איבה ומשמע דהירושלמי סובר בדעת ר' יוחנן דאיבה דאוריי' ומש"ס דידן יומא דף ע"ג משמע שסובר בדעת ר' יוחנן דחשש איבה היא רק מדרבנן והארכתי בזה לעיל כעת נראה לו' דתלי' בשיטתי' דלש"ס ירושלמי ל"ק כלל מהך דר' יוחנן אמר הלכה כר' יוסי מסתם מתני' כיון דהוא יחיד נגד רבים א"כ י"ל דר' יוחנן סובר איבה דאוריי' משא"כ ש"ס דידן דסברו דהלכה כסתם דאמר ר' יוחנן הוא אף ביחיד נגד רבים תקשה על ר' יוחנן מסתם מתני' וע"כ דר' יוחנן סובר דאיבה היא רק מדרבנן דאם מדאוריי' תקשה שפיר אבל אם איבה הוא רק מדרבנן ניחא כיון דש"ס דידן סובר גם בדעת ר' יוחנן דמתני' דאין בין מיירי רק ממידי דאוריי' והבן:

שוב ראיתי בפנ"י מגלה שכלל בדבריו בדרך קצרה דל"ק על ר' יוחנן ממתני' כיון דמתני' מיירי רק ממידי דאוריי' אכן לא ביאר דמדוע סתמא דתלמודא לא ניחא להו לתרץ בכך וגם לא הרגיש דבירושלמי מגלה פריך ממשילין משמע דר' יוחנן מוקי מתני' אל גם ממידי דרבנן גם לא זכר מירושלמי הנ"ל דחשש איבה הוא ג"כ מדאוריי' ולפי הדרכים אשר כתבתי ניחא הכל בטוב טעם:

(**ט**) **ולא** אטמין בחבי מה שיש לישא וליתן עוד בישוב הקושי' מסתם מתני' והוא עפי"מ שהסתפקתי בחידושיי זה כביר בהא דפסק הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהל' כלי המקדש הלכה ט"ז דעשירית האיפה שצריך הכהן להקריב ביום חנוכו למנחת חינוך דאם עבד בלי מנחת חינוך עבודתו כשירה ע"ש. אם צריך אח"כ להשלים ומוטל עליו החיוב תשלומין

או לא וכ' דמלישנא דקרא משמע דחייב בתשלומין והוא דכ' בפ' צו גבי עשירית האיפה ביום המשח אותו כו' מנחת תמיד וכ' בת"כ דהאי ביום המשח היינו מיום שמשח והב' בא במקום מ"ם עיין בקרבן אהרן שם וכ"כ הראב"ע בפירושו עה"ת ובא להורות דכ"ג חייב תמיד להביא עשירית האיפה כמו ביום חנוכו. וצריך להבין דאיך כופל הלשון מיום המשח לומר דמן יום זה עד עולם חייב להביא עשירית האיפה אחרי דחלוקים בענינם דביום חנוכו מחויב הכ"ג להקריב בידו דייקא כמבואר ברמב"ם ז"ל בהלכה י"ז ועשירית האיפה של כל יום אף דבא משלו עכ"ז כשרה הקרבה גם בכה"ד לזאת נראה דאף דהאי מיום המשח כו' מנחת תמיד כו' קאי על עשירית האיפה של כל יום עכ"ז כיון דנכלל בו גם מנחת חינוך ע"כ נופל הלשון מיום המשח ובא להורות גם דבר זה דאם לא הביא המנחת חינוך ביום חנוכו יביא המנחה זו תמיד להשלים חובתו וגם כשמביא אח"כ מחויב להקריב בידו כמו ביום חנוכו וכיון שכן בין ביום חנוכו ובין אח"כ שוים המה בענינם דגם אח"כ אם מביא המנחת חינוך לתשלומין מחויב להקריב בידו. אך עפי"ז צ"ל דגם הת"כ הי' סובר דבאם עבד בלי מנחת חינוך כשירה וכמ"ש המל"מ בפ"ה מה' כלי המקדש שם ודלא כבעל קרבן אהרן שדעתו בדעת הת"כ דפסול דאל"כ איך קאמר הת"כ דב' הוא במקום מ"ם דא"א לומר דבא להורות על תשלומין כמ"ש אחרי דלא יצויר תשלומין כיון דפסול בדיעבד בעבד בלי מנחת חינוך הרי מחויב תמיד רק ביום חנוכו להביא:

ואם כנים אנחנו בזה תתישב שפיר דנחזי אנן בהא דקאמר ר' יוסי דאחר עבור יו"כ השני אינו עובד כו' והוא מדרבנן מחשש איבה לכאורה תקשה דאיך בכח רבנן להפסיד להקדש דהרי האי כהן שעבר ביו"כ שהי' משמש היה עובד בלי הקרבת מנחת חינוך דלא דחי יו"כ כיון דאינו מעכב כמ"ש המל"מ שם ואם הי' הדין דאחר יו"כ מצי לעבוד עבודה הי' מחויב להביא המנחת חינוך להשלים ולהקריב בידו אבל השתא דאסרו רבנן א"כ לא יכול לעבוד בעצמו ולא יכול להשלים חובתו כיון דמנחת חינוך צריך להקריב בידו דייקא גם אח"כ בזמן שבא לתשלומין כמש"ל ונהי דבכחם להחמיר על ד"ת אבל לא להפסיד להקדש ודוחק לומר דאסרו רק שלא יעבוד שאר עבודו' אבל אם יצטרך להקריב מנחת חינוך לתשלומין התירו לו דהרי מצינו בכמה דוכתא דלא אסרו חז"ל בכגון זה דמחזי כחוכא ואטלולי והכ"נ פעם אנו אוסרים לו ופעם אנו מתירי'. אשר לפי"ז יש מקום לומר דהא דסובר ר' יוסי דהשני אינו עובד כו' היינו לאחר שכבר השלים חובתו וכבר הקריב המנחת חינוך אחר יו"כ ואז אסרו רבנן שלא יעבוד כו' ולא קודם לכן. ומעתה נראה דר' יוחנן הי' מפרש כן בדעת ר' יוסי שיש חילוק בין קודם שהשלים

חובתו ובין אח"כ וממילא ל"ק ממתני' כיון דיש לאוקמי מתני' שפיר כר' יוסי ומיירי שבכל השנה לא השלים עדיין חובתו ובכה"ג שפיר ביו"כ השני יכול לעבוד ולא אסרו רבנן ושפיר קאמר זו"ז שוים בעבודת יו"כ. אכן כל זה א"נ דבאם עבד בלי מנחת חינוך עבודתו כשירה א"כ ביו"כ הראשון הי' עובד בלי מנחת חינוך כיון דלא דחי יו"כ וכמ"ש המל"מ שם. אבל א"נ דבעבד בלי מנחת חינוך עבודתו פסולה א"כ דחי שפיר יו"כ והי' מחויב להביא ביו"כ הראשון מנחת חינוך א"כ תיכף אחר עבור יו"כ הראשון אסרו רבנן שלא יעבוד כו' שפיר א"א למוקי מתני' כר' יוסי כמובן. והנה בירושלמי פ"ק דיומא קאמר ר' יוסי בר חנינא דמנחת חינוך מעכב וכן הוא דעת הת"כ לפי דעת בעל קרבן אהרן. אכן סתם ירושלמי בפ"ז דשקלים דכשירה [ודלא כהגהות הגר"א כי בכל ספרי ירושלמי הגרסא כשירה] ומעתה י"ל דסתמא דתלמודא דש"ס מגלה והוריות הי' סובר כדעת המ"ד אלו דמעכב וכיון שכן מתני' לא אתי' כר' יוסי כיון דכבר הקריב המנחת חינוך ביו"כ א"כ תיכף אחר יו"כ אסור לו לעבוד לר' יוסי ואיך קאמר מתני' דביו"כ השני זו"ז שוים בעבודה. משא"כ ר' יוחנן דסתם ירושלמי הוא ר' יוחנן הרי דר' יוחנן סובר דאינו מעכב א"כ האי כהן שעבר בעת שהי' משמש ביו"כ העבר לא הי' מקריב מנחת חינוך דכיון דאינו מעכב לא דחי יו"כ כנ"ל א"כ יש לאוקי מתני' כר' יוסי ומיירי כשלא הקריב עדיין המנחת חינוך ואז לא אסרו לו לעבוד כמש"ל ואף דר' יוסי בר חנינא סובר בירושלמי דמעכב עכ"ז האי ר' יוסי בר פלוגתי' דר"מ אינו ר' יוסי בר חנינא רק ר' יוסי בר חלפתא כנודע. אמנם לכאורה יש לפקפק בדברינו דבמד"ר פ' צו פ"ח קאמר ר' יוחנן דמעכב. אולם המעיין שם יראה כי קאמר זאת בשם ר"ש בן יהוצדק א"כ י"ל דהוא לא סובר כן דהא חזינן דסתם בירושלמי פ"ז דשקלים דאינו מעכב וצ"ע:

(**יוד**) **אפס** לא אכחד כי בגוף דברי מתני' דמגלה והוריות הנ"ל ראיתי להרמב"ם ז"ל שיש לו דרך אחרת בזה וזה לשון הרמב"ם ז"ל בפט"ו מה' שגגות הלכה ז'. כ"ג שנמשח ועבר מעבודתו מפני מום או זקנה וכיוצא בהם כו' מביא פר על שגגתו לפי שאין בין כהן המשיח המשמש לכהן משיח שעבר אלא פר ועשירית האיפה כו' עכ"ל. משמע מדבריו דכהן המשמש מקרי השני שעומד תחת הראשון שעבר מחמת מום וזקנה או ע"י שאר פסול וכהן שעבר מקרי הראשון שעבר מחמת הפיסול ומפרש מתני' דמגלה והוריות עפ"י דרך זה דאין בין כהן המשמש דהיינו השני לכהן ראשון שעבר מחמת פיסול אלא פר של יו"כ ועשירית האיפה דהמשמש השני מביא הפר ועשירית האיפה משלו ודבריו מרפסין איגרא שהוא היפך מהש"ס דהרי מבואר במתני' דהוריות להדיא דזו"ז שוים

בעבודת יו"כ וזה שעבר מחמת פיסול אינו כשר לעבודה ועוד איך שקלא וטרי' בש"ס שם דאתי' כר"מ ולא כר' יוסי כיון דמתני' לא איירי כלל מענין זה וכבר עמד בלח"מ שם: **ובפתחי** ספרים מצאתי בספר ראש יוסף במגלה שם שמתרץ דברי הרמב"ם ז"ל אלו דקוטב כוונתו דמתני' כולל תרתי בין שהמשמש הוא הראשון שחוזר לכשרותו וביו"כ השני נקרא הוא כהן המשמש והשני מקרי כהן שעבר ובין ביו"כ הראשון שהכהן הראשון עודו בפיסול ובזה הראשון נקרא כהן שעבר והשני מקרי משמש שאין הפרש ביניהם רק לענין פר של יו"כ ועשירית האיפה שמי שהוא המשמש מביא הפר של יו"כ ועשירית האיפה משלו ולשאר דברים זו"ז שוים ואף שיש הפרש טובא בהאי חילוק' דכהן הראשון עודו בפיסול שהשני המשמש עובד עבודה והראשון שעבר אינו עובד עכ"ז בהא לא איירי מתני' דפשיטא דזה משמש בעבודה והפסול אינו עובד רק עובר והא דמתני' דהוריות דנאמר זו"ז שוים בעבודת יו"כ קאי בגוונא דראשון חוזר לכשרותו ומקרי השני כהן שעבר ולכך שפיר קאמר דמתני' לא אתי' כר' יוסי כיון דנאמר בהאי חלוק' דכשהראשון חוזר והשני עובר דזו"ז שוים בעבודת יו"כ הרי דלא כר' יוסי אבל עכ"פ במאי דלא פליג ר' יוסי על חלוקא אחרת בכהן המשמש כעת לכהן שעבר מחמת מום או פיסול שאין חילוק ביניהם בזה בודאי הלכה כסתם מתני' עכת"ד:

איברא לפע"ד דבריו דחוקים דנימא דהאי זו"ז שוים בעבודת יו"כ לא קאי על כל הבבא המובא במתני' רק על מקצתו וגם לחלק בבא אחת לומר דפעם נקרא הראשון המשמש והשני עובר ופעם ראשון עובר והשני משמש. ומלבד זה לא יהי' מתורץ קושי' הלח"מ במה שהקשה עוד שם דאיך פסק בה' עבודת יו"כ כר' יוסי דהשני אינו עובד כיון דסתם מתני' לא אתי' כותי' דמבואר להדיא דזו"ז שוים בעבודת יו"כ וקושי' זו לא יהי' מתורץ גם עפ"י דרכו כמובן:

לזאת בררתי דרך אחר לעצמי והוא דהרי באמת מלבד קושי' הלח"מ הנ"ל קשה על הרמב"ם ז"ל דפסק דהיכא דהראשון עבר מחמת מום או שאר פיסול דכהן המשמש מביא הפר של יו"כ ועשירית האיפה דהרי בירושלמי מגלה והוריות מיבעי הפר ואיל משל מי ומסיק דבא משל זה שאירע בו הפיסול והתוס' מגלה שם הביאו דברי הירושלמי אלו [ומה שהוא הגרסא במגלה שעיר ט"ס וצריך לגרוס במקום שעיר איל וכן הוא להדי' בירושלמי הוריות ועיין במפרש מ"פ שם] וא"כ מדוע פסק היפך מירושלמי בדבר אשר לא נמצא בש"ס דידן ובשלמא בעשירית האיפה לא מבואר בירושלמי וי"ל דגם הירושלמי מודה דעשירית האיפה לא בא משל הפסול וכן מבואר באמת בירושלמי פ"ז דשקלים גבי כהן שנטמא דבא משל המשמש וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' תו"מ.

ויש לישב עפי"ז קושי' התוס' במגלה שם בד"ה אין כו' שהקשו דמדוע לא נקט מתני' גם ביו"כ הראשון דהפר בא משל הראשון אף שהוא הפסול ובזה ניחא כיון דנקט מתני' גבי עשירית האיפה דבא משל הראשון דחזר לכשרותו ומשמש ולכך א"א לנקוט ביו"כ הראשון דאז לא בא עשירית האיפה משל הראשון הפסול. ומעתה נהי דניחא הא דפסק דעשירית האיפה לא בא משל הפסול אכן בפר קשה ואף א"נ דיש לחלק בין כשעבר מחמת מום ובין כשעבר מחמת שאר פיסול כגון פסול טומאה וכאשר אאריך בזה לקמן ברצות השם עכ"ז מדברי הרמב"ם ז"ל משמע דלא נחית לחלק בכך דהא קאמר בלשונו וכיוצא בהן ומשמע דה"ה לשאר פיסול כגון פיסול טומאה. וא"ל דהאי וכיוצא בהן קאי לענין שעבר מחמת שהראשון חזר לכשרותו וכפירוש הראש יוסף דכולל תרתי דכבר כ' דדבריו דחוקים וכ"כ בספר באר שבע בד"ה ואין בין דהרמב"ם ז"ל לא סובר בזה כהירושלמי ושפיר קשה מדוע יפסוק היפך מירושלמי:

ולישב זאת הי' נראה דהרמב"ם ז"ל הי' סובר דהך אי הפר בא משל הפסול יהי' תלי' בפלוגתא דמ"ד כאשר אגיד הנה התוס' מגלה שם הקשו הא בש"ס מנחות דף י"ט קאמר גלי רחמנא שחיטה בבעלים ואיך אפשר שהפר יהי' בא משל הפסול ותירצו כיון דזכי' לי' רחמנא הוי כשלו. אכן הרמב"ם ז"ל לא סובר סברא זו ולכך א"א לומר שהפר יהי' בא משל הפסול כיון דצריך בעלים. והנה בירושלמי פ"ב דקידושין יליף ר' לעזר דששא"כ מקרא דושחטו אותו כל קהל כו' וכמו דיליף ריב"ק בש"ס דידן ודחי ר' יוסי שניא הוא שאדם שוחט פסחו של חבירו שלא מדעתו ויליף שליחות מקרא אחרינא ועיין במפרשי ירושלמי שם דר' יוסי סובר דשחיטת קדשים לא בעינן תורת בעלים לכך א"א למילף שליחות מקרא זה אחרי דהכא ל"צ תורת בעלים לומר דנתיחס הפעולה להמשלח דל"צ דעת משלח כלל ור"ל בירושלמי וריב"ק בש"ס דידן דילפו שליחות מקרא זה סברו דבעינן תורת בעלים ומכח ששא"כ אתינן לה [ואף דהני כהנים שד"ר נינהו גם לדידן זהו רק בהקרבה אבל בשחיטה לכ"ע שלוחי דידן נינהו כמ"ש הרשב"א ז"ל] ומעתה נחזי אנן לר"י שבירושלמי דל"צ תורת בעלים בשחיטת קדשים א"כ לדידי' א"א למילף בפר דגלי רחמנא דצריך שיהיה בעלים ממש דהרי י"ל דגלי רחמנא רק דצריך תורת בעלים והיינו דבשאר דוכתא ל"ב לשחיטה תורת שליחות ואתי' קרא דושחט את פר החטאת לומר דבפר בעינן תורת בעלים דהיינו או שישחוט בעצמו או שיהי' השוחט שלוחו שיהי' נשחט מדעתו ועפ"י ציוויו דייקא אבל מהכ"ת לומר דצריך בעלים ממש ולא יהי' מועיל שליחות כיון דששא"כ. אכן לר"ל ולריב"ק דהמה סברו דבעינן תורת בעלים בשחיטה קדשים א"כ א"א לומר דקרא דושחט את פר החטאת בא על זה שיהי'

צריך תורת בעלים שיהי' מדעתו כיון דזאת צריך גם בפסח ושאר קדשים, וע"כ דאתי' לומר דצריך בעלים ממש שישחוט בעצמו [ועיין פנ"י קדושין שהאריך בכעין זה ולא כדבריו דברינו דהוא מחלק בין היכא דכ' ושחט לשאר קדשים ולדברינו אין חילוק רק דבכל הקדשים בעינן בשחיטה תורת שליחות דבשחיטה לכ"ע שלוחי דידן כדברי הרשב"א] ומעתה י"ל דהירושלמי במגלה והוריות שם דקאמר דהפר בא משל הפסול תיסוב בשיטת ר"י שבירושלמי קדושין דל"צ תורת בעלים ושליחות בשאר קדשים ולכך גם בפר לא בעינן בעלים ממש ויכול להביא הפר משל הפסול ויהי' המשמש שלוחו של כהן הפסול אבל הרמב"ם ז"ל דסובר כריב"ק וכר"ל דהלימוד של שליחות הוא מקרא דושחטו כו' וכמו שהביאו הרי"ף והרא"ש לימוד זה וממילא בעינן תורת בעלים ושליחות בשחיטת קדשים וע"כ דבפר בעינן בעלים ממש ע"כ א"א שהפר יבוא משל הפסול ואף דהרמב"ם ז"ל פוסק בה' פה"מ דשחיטה בזר כשירה אף בפר הרי דלא בעינן בעלים ממש בשחיטת הפר ז"א קושי' דהמעיין בש"ס יומא דף מ"ב ומנחות דף ה' ודף י"ט ברש"י ובתוס' ז"ל יראה דהפלוגתא בשחיטת פרו אי כשר בזר היינו דמ"ד דסובר דפסול אף דשחיטה לאו עבודה הוא מתורת דבעינן בעלים ממש וחוקה הנאמר בפרשה לעיכובא קאי גם לשחיטה והמ"ד דסובר דכשירה הוא משום דחוקה לא קאי על זה. וא"כ זהו רק בדיעבד אבל לכתחלה גם המ"ד זה מודה דבעינן בעלים ממש כיון דגלי רחמנא ושחט את פר החטאת [וכן משמע מקושי' התוס' במגלה שם שהקשו דאיך אפשר שיבוא משל הפסול דהא בעינן בעלים וא"כ דלמ"ד דכשירה בזר לא בעינן בעלים מאי קושי' דהא י"ל דהירושלמי תיסוב למ"ד דכשירה בזר וכמו דקי"ל להלכה וע"כ כמ"ש דגם למ"ד זה לכתחלה בעינן בעלים] ומעתה אף דהרמב"ם ז"ל פוסק כהאי מ"ד דכשירה בזר אבל כיון דלכתחלה צריך בעלים ממש ע"כ א"א שיהי' הדין שיבוא הפר משל הפסול ורק דהירושלמי תיסוב אליבא דר"י בקידושין שם ולדידי' לא גלי רחמנא לענין שיהי' בבעלים ממש רק שיצטרך תורת בעלים וכמ"ש:

ואחר הודיע אלקים אותנו כל זאת ניחא היטב דנחזי אנן הא דפסק הרמב"ם ז"ל דהפר בא משל המשמש היפך מהירושלמי הוא רק משום דגלי רחמנא דבעינן בעלים ממש וכמ"ש א"כ זאת יתכן גבי פר אכן האיל בודאי בא משל הפסול כיון דבזה לא גלי רחמנא ושוב אין לסתור דעת הירושלמי בדבר שלא נמצא בש"ס דידן ההיפך וממילא לפי"ז כשעבר הכהן מחמת פיסול הפר ועשירית האיפה בא משל המשמש אבל האיל בא משל הפסול וכיון שכן שפיר הי' מפרש הרמב"ם ז"ל מתני' דאין בין כו' דקאי ביו"כ הראשון והכהן שעבר היינו שעבר מחמת מום או מחמת טומאה וכהן השני שעומד

תחתיו מקרי הכהן המשמש ובזה קאמר מתני' דאין בין זה לזה רק פר יו"כ ועשירית האיפה דבא משל המשמש ולא חשיב מה דהפסול אינו עובד דזה פשיטא וכמש"ל בשם הראש יוסף. והא דקאמר זו"ז שוים בעבודת יו"כ לא קאי על העבודה דבאמת הפסול לא עובד רק דקאי לענין המעלה והיינו דהמעלה שיש לכ"ג בעבודת יו"כ בדברים שבא משלו שהוא הפר והאיל בזה שקולים המה בפלס יחד הכהן המשמש והכהן שעבר דמעלה זו דעדיף הכהן המשמש נגד הכהן שעבר לענין הפר דבא משל המשמש שוב יש כנגדו מעלה לכהן הפסול שעבר לענין האיל דבא משל הפסול וע"כ ניחא הא דנקט זו"ז שוים בעבודת יו"כ דייקא דלכאורה תקשה מדוע לא נקט סתמא זו"ז שוים בעבודה ויהי' קאי גם לכל השנה דדין כ"ג עליו לענין שילבוש שמנה בגדים ולענין שיהי' מקריב בראש [וגם כבוד חתני נ"י העיר בזה] ולדרכינו ניחא דהאי זו"ז שוים לא קאי כלל על העבודה כיון דבאמת הפסול אינו עובד רק בעבודת יו"כ דחשיב מעלות בדברים אלו שבא משל כ"ג ע"ז קאמר דזו"ז שוים במעלה דזה מביא הפר וזה האיל. וממילא אין ענין לפלוגתא דר"מ ור' יוסי וסתמא דתלמודא דקאמרו דלא אתי' כר' יוסי הי' מפרש הרמב"ם ז"ל דתיסוב אליבא דמ"ד דשחיטת קדשים ל"ב בעלים וכר"י בירושלמי דקידושין וממילא גם הפר בא משל הפסול דל"צ בפר בעלים ממש רק תורת בעלים וכמש"ל א"כ א"א לפרש מתני' דמיירי ביו"כ הראשון וכהן שעבר היינו זה שאירע בו הפיסול דתקשה דאיך קאמר דמשמש מביא הפר דהא הפר בא משל הפסול וע"כ דמתני' איירי ביו"כ השני דכשראשון חוזר לעבודתו והכהן השני מקרי כהן שעבר וכפירוש רש"י ז"ל ובזה א"א לומר דזו"ז שוים בעבודת יו"כ היינו דזה מביא הפר וזה האיל דהא בזה הכהן המשמש מביא הפר וגם האיל וע"כ דקאי לענין עבודה וממילא ע"כ מתני' לא אתי' כר' יוסי רק כר"מ אבל הרמב"ם ז"ל הי' מפרש מתני' שפיר דמיירי ביו"כ הראשון וכמ"ש:

ועפי"ז ניחא מה שקשה לי לפירוש רש"י ז"ל וכפי מה שאנו מפרשים בפשטא דמדוע נקט מתני' רק פר ועשירית האיפה ולא נקטו נמי גם האיל דבא משל המשמש. אכן להרמב"ם ז"ל ניחא דא"א למנקט איל כיון דהאיל בא משל הפסול ואדרבא זהו הפירוש של מתני' דזו"ז שוים בעבודת יו"כ. ומעתה ל"ק על הרמב"ם ז"ל גם בהא דפסק כר' יוסי דשני אינו עובד כיון דסתם מתני' דמגלה והוריות אין ענין לפלוגתא דר"מ ור' יוסי כלל. ובזה מיושב נמי מה שהקשה בשיורי קרבן בירושלמי שם על הרמב"ם ז"ל דלא הביא בחבורו משל מי בא הפר ע"ש ולדרכינו מבואר פה בה' שגגות דהפר בא משל המשמש ודלא כהירושלמי ולא אכחד כי יש להעיר בדברינו במש"ל דהא דהירושלמי סובר דבא משל הפסול היא משום דלא בעינן בעלים ממש דהרי עכ"פ גלי רחמנא דבעינן תורת

בעלים ומהני רק משום שליחות א"כ נימא כל מילי דאיהו לא מצי עביד כו'. אך באמת ז"א כיון דגם הוא מצי עביד לאחר יו"כ לאחר שעבר הפיסול. ובכה"ג אין לדון מכח כל מילי דאיהו לא מצי עביד כמובן. אכן יש מקום לומר דבאם עבר מחמת מום וזקנה שוב יהי' שייך משום כל מילי דאיהו לא מצי עביד ויש לפלפל בזה ואכמ"ל. ולכאורה רציתי לומר דעפ"י מש"ל ל"ק הקושי' הנ"ל גם לר' יוחנן בהא דקאמר הלכה כר' יוסי מסתם מתני' כיון די"ל דגם ר' יוחנן הי' מפרש על דרך זה שכתבתי בפירוש דברי הרמב"ם ז"ל אולם באמת בדברי ר' יוחנן א"א לפרש כן כיון דסתם ירושלמי הוא ר' יוחנן והך דפר בא משל הפסול הוא סתם ירושלמי וכיון שכן א"א לפרש דמתני' מיירי ביו"כ הראשון דהא לר' יוחנן הפר בא משל הפסול ומתני' קאמר דכהן המשמש מביא הפר אבל דברי הרמב"ם ז"ל יש לפרש שפיר כמ"ש:

ועפ"י דרכינו הי' מקום לישב מה שיש להעיר דלמה סידר רבי תרי מתני' אחד במגלה ואחד בהוריות על ענין אחד. וגם למה במתני' מגלה לא סיים זו"ז שוים בעבודת יו"כ ובהוריות סיים זו"ז שוים בעבודת יו"כ. והוא דמש"ל דהרמב"ם ז"ל סובר היפך מהירושלמי רק דפר לא בא משל הפסול אם כי גם בעל באר שבע דעתו כן כמש"ל עכ"ז באמת יש מקום לחלק דהיכא דעבר מחמת פיסול שאירע קרי דלאחר יו"כ חוזר להיות כ"ג אזי גם הרמב"ם ז"ל מודה להירושלמי דבא הפר משל הפסול כיון דכהן המשמש הוא רק לשעה וכהן הפסול הוא קבוע משא"כ כשעבר מחמת פיסול זה ע"י מום וזקנה שיהי' כן לעולם בזה הרמב"ם ז"ל סובר דלא בא משל הפסול רק משל המשמש וכמו בפר כן האיל דשניהם אין להביא הפסול כיון דהוא עבר לעולם. אכן כבר כתבתי לעיל דמלשון הרמב"ם דקאמר וכיוצא בהם משמע דקאי גם על שאר פיסול כגון טומאה ובזה אינו עבר לעולם ועכ"ז קאמר דבא משל המשמש הרי דפליג על הירושלמי. אמכם עכ"פ י"ל דהיכא דעבר מחמת מום וזקנה גם הירושלמי מודה דבין הפר ובין האיל לא בא משל הפסול כיון דעבר לעולם. ומדברי הירושלמי מוכח כן דאיתא התם מעשה בבן אולם כו' ושאל פר ואיל משל מי כו' אמר לו בן אולם לא דייק כו' וידע בן אולם שהסיע מן הכהונה ומפרש במראה פנים שם דעיקר השאלה הי' אם יהיה נשאר הוא כ"ג קבוע לעולם אף אחר שיעבור הפיסול משל הראשון או שיהי' רק לפי שעה ובתוך השאלה כלל ג"כ אם יביא הוא הפר והאיל ע"ש ומדכלל זאת יחד משמע דהשאלה זו אם יביא הפר תלי' אם יהיה קבוע לעולם דאם הוא רק לפי שעה בודאי דבא משל הפסול כיון דהמשמש הוא רק לפי שעה והפסול יחזור ויהי' קבוע לעולם משא"כ אם הוא ישאר להיות קבוע אזי הפר והאיל שייך להמשמש ולא להפסול וכן מבואר בתוס' ישנים ביומא שם דכ'

דכיון דהמשמש יביא הפר דין הוא שיהי' קבוע משמע דתלי' זב"ז. ומעתה י"ל דבין מתני' דמגלה ובין מתני' דהוריות מיירי ביו"כ הראשון רק דבמגלה מיירי דעבר מחמת פיסול ע"י מום וזקנה שהוא העברה לעולם ובזה א"א לומר זו"ז שוים בעבודת יו"כ דאם לענין עבודה הרי כהן הפסול א"א לו לעבוד ואם על מעלה לומר דהמשמש מביא הפר משלו והפסול מביא האיל משלו הלא כשעבר לעולם בין הפר ובין האיל לא בא משל הפסול רק משל המשמש והא דקאמר אין בין כו' ומשמע דשוים המה באיזה דבר זהו קאי לענין פר הבא על כל המצות דנקט בריש' דמתני' שם דזאת מביא גם הפסול אף שעבר לעולם ומתני' דהוריות מיירי דעבר מחמת פיסול טומאה ואינו העברה לעולם ובזה מהראוי שהפר והאיל יבוא משל הפסול כדברי הירושלמי רק דפר כיון דצריך בעלים ממש כדברי הרמב"ם ז"ל ע"כ בזה האיל שפיר בא משל הפסול אבל הפר בא משל המשמש ולכך קאמר זו"ז שוים בעבודת יו"כ וקאי לענין המעלה וכמש"ל וסתמא דתלמודא דלא נחת' לפרש בכך משום דסוברת דהפר והאיל בא משל הפסול אף בפיסול טומאה וכהירושלמי הנ"ל א"כ א"א לפרש מתני' דהוריות ביו"כ הראשון דאיך מיירי אי שעבר מחמת פיסול טומאה בזה אין המשמש מביא הפר ואי דמיירי בעבר מחמת מום וזקנה הלא בזה בין הפר ובין האיל בא משל המשמש ואיך קאמר דזו"ז שוים בעבודת יו"כ. וע"כ דלא מיירי ביו"כ הראשון רק ביו"כ השני וזו"ז שוים קאי לענין עבודה וכמו שאנו מפרשים בפשטא ולכך קאמרו דמתני' לא אתי' כר' יוסי אבל הרמב"ם ז"ל הי' מפרש שפיר תרי מתני' אלו וניחא לי' מה דמתני' דמגלה לא סיים זו"ז שוים ומתני' דהוריות סיים זו"ז שוים וכמ"ש.

אכן יש להעיר על דברינו אלה דמדוע בש"ס מגלה קאמר נמי מתני' דלא כר' יוסי והרי שם לא נאמר זו"ז שוים בעבודת יו"כ ושוב יש לפרש דמיירי ביו"כ הראשון ועבר מחמת מום או זקנה ואז הפר בא משל המשמש ואף דכתבתי דסתמא דתלמודא סובר דהפר בא משל הפסול וכהירושלמי וכמש"ל הלא כבר כתבתי דהיכא דעבר מחמת מום וזקנה דעבר לעולם גם הירושלמי מודה דלא בא משל הפסול וכיון שכן אין ענין לפלוגתא דר"מ ור' יוסי:

ואולי י"ל דהש"ס דמגלה שם דקאמרו דלא אתי' כר' יוסי סמכו עיקר הוכחתם על מתני' דהוריות דקאמר שמה זו"ז שוים בעבודת יו"כ וזו"ז שוים א"א לפרש עפ"י דרך זה לפי שיטתם כמ"ש:

(**יא**) **וראיתי** בראש יוסף במגלה שם שכ' דהא דלהירושלמי הפר בא משל הפסול זהו כשכבר הפריש הפר אבל כשלא הפריש עוד אין הפר בא משל הפסול. ולדעתי הי' נראה

להביא ראיה דאין חילוק בזה והוא דבש"ס גטין דף נ"ד על ע"א נאמן באיסורין קאמר ר' יוחנן כ"ג ביו"כ יוכיח וקשה מאי ראי' משם די"ל שאני התם מתוך שנאמן להפסיד הפר כו' וכמו דאמרו מתוך שנאמן להפסיד שכרו וכבר עמד בזה בראב"ן וכ' דר' יוחנן קאי על השעיר. אכן כבר תמהו רבים וגם שלימים וגם הגאון בעל טי"ג העיר בזה דהא אין מפגלין בחצי מתיר וע"כ דפיגל בשלשתן גם בהזאה שעל קרנות המזבח והרי מערבין לקרנות ונפסל גם הפר ושוב שייך מתוך שנאמן:

ולכאורה רציתי לומר דר' יוחנן לשיטתו דקאמר בירושלמי יומא ומגלה דבכהן שעבר אף דהפר ועשירית האיפה לא בא משלו כמבואר במתני' דמגלה והוריות עכ"ז באם עבר והביא עשירית האיפה כשר ומפרש בעל ק"ע ופ"מ שם דאף כשלא הקריב עדיין עכ"ז אם כבר הביא מקבלין ממנו ולקמן באות י"ג אאריך בזה ברצות השם ואף דנקט רק עשירית האיפה עכ"ז בודאי דה"ה לפר וכמו שהאריך כבוד חתני נ"י בפלפולו. וכיון שכן י"ל דהוכחת ר' יוחנן היא בגוונא דהפר בא משל כהן שעבר ואזי לא שייך מתוך שנאמן להפסיד הפר כיון דהפר לא בא משלו אכן באמת ז"א דאף דאם כבר עבר והביא מקבלין ממנו עכ"ז באם נתפגל ומחויב להביא פר אחר בזה בודאי בא משל המשמש ושייך שפיר מתוך שנאמן כו' כיון דע"י אמירתו שנתפגל יצטרך להביא הפר מחדש והפר אזי בא משלו דהרי בלא"ה הי' מקום לומר דמשכחת שאין הפר בא משלו כגון בשחט פר ומת הכ"ג דלמ"ד בש"ס יומא דנכנס ש של פר א"כ משכחת שפיר שלא הי' הפר משלו וע"כ דז"א כיון שאם יצטרך להביא מחדש יצטרך להביא הפר משלו ושפיר שייך מתוך שנאמן להפסיד הפר א"כ ה"ה בזה כמובן אמנם י"ל דר' יוחנן לשיטתו כיון דסתם ירושלמי הוא ר"י והירושלמי סובר דהפר בא משל הפסול א"כ משכחת ביו"כ הראשון היכא דאירע פיסול לכ"ג אף קודם שנשחט הפר וכיון דהדין הוא דהפר בא משל הפסול שפיר ל"ש מתוך שנאמן כו' דאף אם נאמין לו שפיגל ויצטרך להביא מחדש פר אזי ג"כ הפר בא משל הפסול ושפיר אמר ר"י כ"ג ביו"כ יוכיח אכן כל זה א"נ דלא כראש יוסף אבל לדברי הראש יוסף דהיכי דלא הפריש עוד גם הירושלמי מודה דלא בא משל הפסול תקשה שפיר דהא לא יציר גם בכה"ג דהרי אם נאמין לו שפיגל ויצטרך להביא מחדש בזה לא בא הפר משל הפסול רק משל המשמש ושפיר שייך מתוך שנאמן להפסיד הפר ומדקאמר ר' יוחנן כ"ג ביו"כ יוכיח ע"כ ראי' דלא כראש יוסף ולירושלמי תמיד בא הפר משל הפסול אף כשלא הפריש עוד:

ולדרכינו תתישב ג"כ קושי' האחרונים דלאביי ורבא תקשה מכ"ג ביו"כ כיון דלדידהו הא דע"א נאמן באיסורין עכ"פ צריך שיהיה בידו לאסור בעת שהי' בידו והכא בכ"ג

ביו"כ אם לא נאמין לו א"כ אין בידו בשום פעם לאסור ולמה יהיה נאמן. ולהנ"ל ניחא דרק ר' יוחנן לשיטתו דסובר דהפר בא משל הפסול י"ל כ"ג ביו"כ יוכיח אבל לאביי ורבא י"ל דסברו דהפר בא משל המשמש וכמו שפסק הרמב"ם ז"ל בה' שגגות הנ"ל, א"כ מכ"ג ביו"כ אין להוכיח כלל דשם נאמן מטעם מתוך שנאמן להפסיד הפר כיון דלדידהו לא יצויר שלא יהי' הפר משל המשמש כמובן:

אפס יש מקום להעיר דלרבא עכ"פ יהי' קשה, מכ"ג ביו"כ גבי שעיר איך נאמן שפיגל כיון דאין בידו בשום פעם וגבי שעיר ל"ש מתוך שנאמן להפסיד כו' ולרבא א"א לומר דנפסד גם הפר משום דמערבין לקרנות כדברי הטי"ג אחרי דרבא סובר בש"ס תמורה דאין מערבין לקרנות וצ"ע.

איברא מדברי הראב"ן שהקשה מטעם מתוך שנאמן להפסיד הפר יש להביא ראי' לדברי הראש יוסף דהרי לכאורה צריך להבין דמדוע הקשה:

מטעם מתוך שנאמן להפסיד הפר כו' ולא הקשה בפשטא מתורת בעלים דבעלים נאמנים על שלהם וע"כ ראי' מזה דהי' סובר כדברי הראש יוסף ע"כ מטעם בעלים לא הי' מצי להקשות כיון די"ל דהוכחת ר' יוחנן הוא בגוונא שאירע פיסול לכ"ג והפר בא משל הפסול ואין המשמש בעלים ואף דכ' התוס' מגלה כיון דזכי' לי' רחמנא הוי הוא הבעלים י"ל דזהו רק כשהוא בהכשר משא"כ כשנתפגל ונפסל בכה"ג לא אמרינן דזכי' לי' רחמנא וכיון שכן רק בעלמא אמרינן דבעלים נאמנים על שלהם כיון דהמה בעלים באמת ולא תלי' זה בנאמנות שלו דבין אם נאמין לו או לא נאמין לו אין להכחיש דהמה הבעלים משא"כ בזה דזו גופא אם הוא בעלים תלי' בנאמנות שלו דאם נאמין לו שנתפגל איגלאי דלא זכי' לי' רחמנא ולא הוא הבעלים א"כ לא יתכן לדון להאמין לו מכח בעלים אחרי שהוא שני הפכים בנושא אחד דאם נאמין לו שנתפגל איגלאי דלא הי' הבעלים בעולם ומעתה לא הי' מצי הראב"ן להקשות מטעם בעלים כיון די"ל דהוכחת ר' יוחנן הוא בגוונא שאירע פיסול וכנ"ל. ע"כ מקשה מטעם מתוך שנאמן להפסיד הפר וזו שייך גם בכה"ג דאף דהפר בא משל הפסול זו כשכבר הופרש הפסול כדברי הראש יוסף וכיון שכן ע"י אמירתו שנתפגל ויצטרך פר מחדש בזה צריך שהמשמש יביא הפר ושניך שפיר מתוך שנאמן להפסיד הפר אולם לא אכחד כי ל"ש לדון בזה דהוי שני הפכים בנושא אחד דכיון דאם לא נאמין לו איגלאי דהי' הבעלים ועיקר שנימא דלא הי' בעלים הוא באם נתפוס ליסוד מוסד שנאמן והלא דאם נימא דמהימן לא איכפת לן שוב מידי שלא הי' הבעלים אחרי דל"צ לבוא מכח בעלים כיון דנאמן בלא"ה דוק בזה:

וטרם צאתי מלדבר עוד בענינים אלו אמרתי לרשום כי גוף דברי הלח"מ הנ"ל במה שהבין בכוונת הרמב"ם ז"ל דהי' מפרש מתני' דמגלה הנ"ל ביו"כ הראשון וכהן הראשון עבר מחמת מום וזקנה או פיסול טומאה. לפע"ד נראה דאין כוונת הרמב"ם ז"ל על דרך זה רק דהרמב"ם ז"ל הי' מפרש באמת מתני' אלו כפירוש רש"י ז"ל רק דהביא ראי' דכ"ג שעבר מחמת מום וזקנה מביא פר הבא על המצות מדחזינן ממתני' דאין בין כהן המשמש לכהן שעבר מחמת שראשון חזר לכשרותו אלא פר של יו"כ ועשירית האיפה אבל פר הבא על כל המצות מביא הכ"ג שעבר אחר יו"כ כשראשון חזר לכשרותו אף דכ"ג זה לא הי' כ"ג רק לפי שעה ביו"כ אחד ואח"כ עבר עכ"ז יש לו קדושה זו להביא פר הבא על כל המצות מכש"כ דכ"ג שהי' קבוע תמיד וכעת עבר מחמת מום וזקנה בודאי דיש לו קדושה זו שיביא הפר הבא על כל המצות. ואף שיש לחלק דרק כ"ג שעבר מחמת שראשון חזר לכשרותו דעדיין עובד ככ"ג כיון דמתני' מוקמינין כר"מ משא"כ כשעבר מחמת מום וזקנה דאינו עובד עוד. דז"א דהרמב"ם ז"ל אחרי דפסק כר' יוסי דגם כשעבר מחמת שראשון חזר לכשרותו ג"כ אינו עובד ככ"ג והי' מפרש הרמב"ם ז"ל דמדקאמר ר' יוסי רק דאינו עובד ככ"ג משמע דזאת גם ר' יוסי מודה דמביא פר הבא על כל המצות אף דאינו עובד עוד ועבר לעולם א"כ צד כש"כ הוא דהתם הי' רק כ"ג לפי שעה וכעת עבר לעולם לר' יוסי ובכל זאת מביא פר הבא על כל המצות מכש"כ כשהי' כ"ג קבוע תמיד וכעת עבר מחמת מום וזקנה בודאי מביא פר הבא על כל המצות אבל בפירוש מתני' מפרש באמת כפירש"י ז"ל ובחנם הרעישו עליו בעל לח"מ ובעל ראש יוסף כי כוונתו הוא ע"ד שכתבתי וזה פשוט וברור:

(**יב**) **העלתי** פלפלת כ"ש כדרכה של תורה ונשובה לנ"ד. הנה אחרי שהארכתי דאין קושי' על ר' יוחנן מסתם מתני' דמגלה והוריות א"כ שוב אין ראי' דכשחזר הראשון ומת והניח בן דבנו ממלא מקומו ולמוקי' מתני' אלו בכה"ג כמש"ל באות ד'. דבלא"ה ל"ק על ר' יוחנן וכמ"ש בכמה אנפין. וגם מהך דנעשה ר"ש בנו של ר"ג דיבנה לנשיא ולא ראב"ע ג"כ אין ראי' כיון דראב"ע הי' אז זקן וכמש"ל באות ג'. וממילא הדרינא דעיקר כמו שהעלה בשו"ת זרע אברהם דגם כשהניח בן השני חוזר לשררתו ולא הבן ממלא מקומו ואף א"נ דבכהן גדול כשמת ראשון הבן ממלא מקומו ואין השני חוזר ודלא כבעל זרע אברהם כבר העליתי באות ז' דבשאר שררות אין הדין כן עיי"ש וכיון שכן בנ"ד אף אם הי' עבר האונס והי' חוזר הרב לשררתו אם מת והניח בן אין הבן ממלא מקומו והחזקה להשני א"כ גם בחיים חיותו אין יכול למסור לבנו דכבר העלתי באות ב' דהא דיכול למסור בחיים הוא רק כשבכחו להוריש ולא זולת והכא אין בכחו להוריש ובר

מכל זאת בנ"ד ל"צ לאתי' מכח זה כיון דבאמת לא עבר האונס עוד והאונס שהי' אז כן עתה ולא נעשה שום שינוי והרב הראשון לא החזיק בשררתו עתה ועד כאן לא מסתפק בשו"ת זרע אברהם רק היכא דהראשון חזר לעבודתו והחזיק בחזקתו משא"כ כשלא חזר עוד להחזיק בשררתו:

הן אמת שיש לעיין בזה גופא אם עבר האונס והרב הראשון רוצה להחזיק בשררתו אם הדין שחוזר לשררתו או לא. הנה כבר פסק בשו"ת דבר משה הספרדי ובאשל אברהם דבמת והניח בן קטן אמרי' הואיל דאידחי ע"ש. ולכאורה תקשה על זה דהרי גבי כ"ג אמרו דאחר שעבר הפיסול ראשון חוזר לעבודתו וזו בין לר"מ ובין לר' יוסי ומדוע לא נימא הואיל דאידחי דצד כש"כ הוא דאם בהניח בן קטן דמעולם לא הי' ראוי והוי כעין דחי' מעיקרא אמרינן הואיל דאידחי מכש"כ בכ"ג הי' ראוי ונדחה הוי כעין נראה ונדחה ומצינו בש"ס דדחי' זו עדיף מדיחוי מעיקרא ובשלמא בהא דאמרו שם ומודה ר' יוסי דבמת ראשון שני חוזר לעבודתו ל"ק דנימא דנדחה כיון דאמרו שם ומודה ר' יוסי דעבר ועבד עבודתו כשירה א"כ מעולם לא נדחה על דיעבד ובכה"ג לא אמרינן דיחוי כמ"ש הריטב"א ומובא בפרמ"ג או"ח סי' תרמ"ו והארכתי בזה במק"א] ובאמת שצל"ע בהא דפריך הש"ס ביומא שם על הא דמת ראשון שני חוזר פשיטא דמה זה פשיטות כ"כ דדלמא אתי' לאשמעינן זה גופא דלא אמרינן הואיל דאדחי' כו' מטעם דלא נדחה על דיעבד וכדברי הריטב"א וצ"ע] אולם בהך דראשון חוזר לעבודתו לאחר שעבר הפיסול דבעת שהי' בפיסול הי' נדחה גם על דיעבד שפיר קשה דנימא הואיל דאדחי' ואין לתרץ כיון דכ"ג נפסל מחמת טומאת קרי א"כ לא נדחה רק על זמן דבלילה טהור הוא וזמן ממילא קאתי' ולא אמרינן דיחוי בזה כמ"ש בתוס' יומא דף ס"ד דהלא גם בהניח בן קנון שהביא בדבר משה ובא"א ג"כ הדיחוי הוא מכח הזמן ומאי נשתנה זה מזה ואולי יש לחלק דבבן קטן אינו נדחה מפאת הזמן לבד רק גם מכח שלא למד ובזה ל"ש זמן ממילא קאתי משא"כ בזה:

אמנם באמת ניחא די"ל דכיון שגם בעת שהי' פסול הי' לו חזקה וזכות שהפר והאיל בא משלו כדברי הירושלמי שהבאתי לעיל באות יו"ד ע"כ לא נדחה מכל דנשאר לו זכות זה ובזה ניחא דברי הירושלמי ביומא ומגלה שם דשאל בן אולם פר ואיל משל מי וכלל בשאלה זו אם הוא ישאר להיות כ"ג קבוע כמו שפרשו כן מפרשי הירושלמי ובתוס' ישנים ביומא שם כמש"ל באות יו"ד וצריך להבין דמאי שייכות והתיחסות זה לזה שיהי' כ"ג קבוע באם יביא הוא הפר והאיל ולדרכינו מובן בטוב טעם דאם הוא יביא הפר והאיל א"כ נדחה הפסול מכל ולא נשאר לו שום זכות בעת הפיסול לכך אמרינן הואיל

ואדחי אדחי וממילא ישאר הוא להיות כ"ג קבוע משא"כ אם הפר והאיל יבוא משל הפסול אזי לא יהי' שייך גבי' דיחוי ויחזור שוב לעבודתו וזאת הי' שאלת בן אולם:
שנית י"ל דל"ש הואיל דאידחי' כיון דבידו לעבוד עבודה גם בעת שהוא פסול:
והוא דהרי באמת טומאה הותרה או דחוי' בצבור והא דגבי כ"ג מתקינן כהן אחר תחתיו הוא משום פיסול קרי דהוא טומאה היוצא מגופו ולא אשתרי בצבור:
אולם הרי אמרו בש"ס זבחים דף ל"ב ברובן זבין ונעשו ט"מ אמרינן הואיל דהותרה לט"מ הותרה נמי לטומאת זיבה ע"ש והרי דעת התוס' בזבחים דלאו דווקא ט"מ הותרה או דחוי' בצבור רק דה"ה לטומאת שרץ. ומעתה נחזי אנן דאף דכהן מוזהר על ט"מ אכן בט"ש אינו מוזהר ויוכל לטמאות א"ע וכאשר יטמא בט"ש ולגבי ט"ש אשתרי בציבור שוב יהי' מותר לו לעבוד עבודה דהא אמרינן הואיל דהותרה לט"ש הותרה נמי לטומאת קרי וכיון שכן בכהן זה שאירע בו פיסול קרי ל"ש לומר דנדחה כיון דבידו לעבוד אם ירצה בגוונא שיטמא א"ע בט"ש וכל שבידו לא אמרינן דיחוי כנודע ואף א"נ דגם בט"ש דאינו מוזהר עכ"ז אין לכתחלה לטמאות עצמו בשום טומאה עכ"ז כיון דבדיעבד אם יטמא א"ע בט"ש אזי יהי' בכחו לעבוד עבודה וכל היכא דלא נדחה בדיעבד ל"ש דיחוי כמש"ל בשם הריטב"א [ויש לפלפל בזה למ"ד בזבחים שם דלא אמרינן בדחוי' הואיל דאדחי' רק בהותרה א"כ איך קאמר ר"מ ור' יוסי דראשון חוזר דהא ר"מ ור' יוסי סברו טומאה דחוי' ושוב לא יכול לעבוד עבודה גם מדיעבד אף אם יטמא עצמו בט"ש ומדוע לא נימא הואיל דאדחי] ומעתה נחזי אנן כל זה בכ"ג אבל בשאר שררות ל"ש כל אלה וגם ל"ש בשאר שררות לדון לענין לכתחלה או דיעבד א"כ שפיר צדקו דברי הא"א דאמרינן הואיל דאידחי אידחי כיון דאין סתירה לדבריו מדברי הש"ס הנ"ל כמ"ש:
אפס אכתי יש לפקפק דהא התוס' ביומא שם כ' להדיא דנ"מ לפרנס הרי דגם בפרנס הדין כן דראשון חוזר לשררתו וגם תקשה מדברי הרמב"ם ז"ל בה' מלכים שכ' בהניח בן קטן דמשמרין לו המלוכה הרי דליתא לדברי הא"א ולא אמרינן הואיל דאדחי אדחי ובר מכל דין קשה לי נמי בהא דמצינו דבעת שנהרג ר"ש הזקן אביו של ר"ג דיבנה בשעת החורבן הי' אז בנו ר"ג דיבנה קטן ע"כ ניתן הנשיאות לריב"ז ועיין סה"ד ועכ"ז אח"כ חזר ר"ג דיבנה לנשיאתו הרי דאף שהי' קטן לא אמרינן הואיל דאדחי ולישב דברי הא"א הי' נראה לחלק דבמלך ובפרט במלכי ב"ד דהתורה כ' בפירוש דבנו יורש אין בכח סברא זו דהואיל דאדחי לסלק ירושה שמצינו בתורה בפירוש. וע"כ גם גבי ר"ג דיבנה דהי' מזרע דוד והנשיאות אז הי' כדין מלך ע"כ הי' חוזר לנשיאתו ובאמת גבי ר"ג דיבנה י"ל עוד שהי' מכח דריב"ז צוה כן בפירוש במה דקאמר הכינו כסא לחזקי' מלך יהודה

כמבואר בש"ס ברכות דף, כ"ח וכוונתו הי' שיתנו משרת הנשיאות לר"ג כמ"ש הצל"ח שם בד"ה הכינו ע"ש ובעל א"א מיירי בשו"ב וכדומה ובשאר שררות לא מצינו בתורה בפירוש ואין אלים כ"כ החזקה ע"כ יש בכח סברא זו דהואיל דאדחי לסלק הירושה. ולפי"ז צ"ל דהא דכ' הרמב"ם ז"ל שם דה"ה לשאר עינויין כו' לא קאי על הניח בן קטן וכיון שכן י"ל דגם התוס' שכ' נ"ע לפרנס סמכו על מה שסיימו שם מעובדא דר"ג והתוס' מיירי בפרנס כזה שהוא נשיא כמו ר"ג דדין מלך עליו ובזה שפיר חוזר לשררתו לאחר שעבר האונס ומעתה ברבני זמנינו דכבר האריך בשו"ת ח"ס חא"ח סי' י"ב דבאמת אין בה חזקה להוריש דבכתר תורה ל"ש ירושה רק דהוא מצד המנהג הדרינן לכללא דעיקר כבעל א"א דאמרינן הואיל דאדחי אדחי ושוב אין הדין דראשון חוזר אחר שעבר האונס וכיון שכן בנ"ד אף אם הי' עבר האונס והי' רוצה הרב לחזור הי' הדין דנתבטל חזקתו מכח סברא זו הואיל דאדחי:

אפס לא אכחד כי מה שהארכתי לעיל בדברי הא"א מהך דכ"ג כעת נ"ל דיש לחלק דרק כשמת והניח בן ואנו דנין מצד הירושה בזה אמרינן הסברא הואיל דאדחי ואין הכונה שיהי' דין דחי' זו כדין שאר דיחוי דמצינו בש"ס גבי קרבנות וגבי מצוה רק דאנן הכי אמרינן דכל שלא נשתלשל מזה לזה להוריש מיד נתבטל בזה כח הירושה דהוי כמו דמצינו גבי יבום כל שאין אנו קורין בשעת נפילה וכדומה אלה בש"ס והכ"נ אמרינן כל שלא הי' ראוי בשעת מיתת אביו לירש שררות של אביו שוב אח"כ אין ממלא מקומו משא"כ כשאנו דנין לגבי האדם בעצמו ל"ש כלל לדון מכח דאדחי ע"כ גבי כהן גדול דראשון חוזר לעבודתו דאנו דנין על האדם בעצמו ל"ש בזה הסברא דהואיל דאדחי וצ"ע:

תמצית העולה מדברינו בנ"ד אין להבן של הרב הראשון שום חזקה מכח אביו חדא דגם זה אין ברור אם הי' אביו בעצמו רוצה לחזור אם הדין דחוזר לשררתו כיון דאדחי כדברי הא"א וכמש"ל. ועוד דאף אם הי' חוזר לשררתו וכבר החזיק בה אם מת אין הבן יורש והחזקה שייך להשני כמו שהעלה בשו"ת זרע אברהם הנ"ל וכל שאין בכחו להוריש אין בכחו למסור גם בחיים חיותו וכמש"ל. ובפרט שיש ביד הקהל כתב כי מחל על חזקתו ומחילה מהני שפיר ואין לדון מכח כי בחזקה זו שייך גם הפרס מהקהל וזו הוי דשאל"ק ודשלב"ל ולא מהני מחילה דהא אנן לא קי"ל כהרמב"ם ז"ל ויכול לחייב בדשאל"ק וכן מהני מחילה כמו שהארכתי בזה לעיל באות א':

(**יג**) **עתה** אפן אל דברי כבוד חתני לפלפל בדבריו ראיתי שכ' דהא דחייש ר' יוסי לאיבה הוא רק שאין שום מעלה להמשמש נגד הכהן שעבר ואף שיש מעלה זו של פר ועשירית האיפה הוא כיון דאמר ר' יוחנן בירושלמי יומא מגלה והוריות דאם עבר והביא עשירית

האיפה משלו כשר וה"ה לפר א"כ נחשב כשוים המה במעלה ולכך שייך איבה ומפלפל אם דברי ר' יוחנן דקאמר עבר והביא עשירית האיפה הוא דווקא בזה אבל בפר פסול או דה"ה לפר עכת"ד. הנה לפע"ד יש להעיר דאיך נימא דר' יוסי דחייש לאיבה הוא רק היכא שאין שום מעלה להמשמש דהלא בלא"ה יש מעלה להמשמש דהוא נמשח בשמן המשחה והכהן שעבר דהוא הכהן שמתקינין תחתיו ביו"כ לא הי' נמשח וכמ"ש הריטב"א במכות ושפיר תקשה דאיך חייש ר' יוסי לאיבה כיון דיש מעלה להמשמש דהוא נמשח ובהביטי היטב בדבריו ראיתי שכבר הרגיש בזה בעצמו בין שני חצאי לבנה וכ' די"ל דזו לא חשיב מעלה. אמנם דבריו דחוקים לפע"ד דהרי מעלה זו של נמשח נחשב בש"ס למעלה דקאמר אין בין משיח למרובה בגדים שזה מביא פר הבא על כל המצות אפס נראה דעפ"י דרכו יש לישב מה שהבאתי לעיל קושי' רבים על ר' יוחנן דקאמר הלכה כר' יוסי דהוא נגד סתם מתני':

ע"כ נ"ל דר' יוחנן הי' סובר כן דהא דחייש ר' יוסי לאיבה היא רק היכא דאין שום מעלה להמשמש נגד הכהן שעבר ולכך מוקי פלוגתי' דר"מ ור' יוסי רק בבית שני דכהן המשמש ג"כ לא הי' נמשח ושוים המה כהן המשמש וכהן שעבר ובזה חייש ר' יוסי לאיבה אבל בבית ראשון דהמשמש נמשח וכהן שעבר דהוא היה הכהן שמתקינין תחתיו ביו"כ העבר לא הי' נמשח כנ"ל ויש מעלה זו של נמשח גבי המשמש גם ר' יוסי מודה לר"מ דלא חיישינן לאיבה ולכך מתני' אתי' שפיר כר' יוסי דיש לאוקמי מתני' בבית ראשון [וכן מתוס' בסוגי' דכ' בדברי ר' יוסי משום דמסתלק בפה משמע ג"כ דמוקי בבית שני דבודאי בבית ראשון דנמשח בשמן המשחה אין מהסברא שיסתלק בפה ומלשון התוס' משמע כן דכ' דנתמנה בפה ומסתלק בפה וכשנמשח לא נתמנה בפה] אכן כ"ז לר' יוחנן דסובר בירושלמי שם דהא דאין מושחין שני כ"ג היא משום איבה א"כ לעולם אין מושחין ולאו דוקא ביום אחד ולכך לדידי' כהן שמתקינין ביו"כ לא הי' נמשח אבל סתמא דתלמודא הי' סובר דהא דאין מושחין שנים היא דווקא בב"א כמו אותה דכ' גבי סוטה או ביום אחד וכמ"ש הקרבן אהרן בת"כ שם ולכך הי' סובר דכהן שמתקינין תחתיו הי' נמשח וממילא גם בבית ראשון שוים המה במעלה זו של נמשח. ולפי"ז לר' יוסי גם בב"ר חיישינן לאיבה ע"כ אף אם תוקי מתני' בבית ראשון ג"כ לא אתי' כר' יוסי משא"כ לר' יוחנן שפיר י"ל דמתני' אתי' כר' יוסי ולמוקי מתני' בב"ר:

ועפ"י דרכינו דל"ש איבה. כל היכא דיש מעלה זו של נמשח יש מקום לומר נמי להיפך דר' יוחנן מוקי פלוגתי' דר"מ ור' יוסי רק בבית ראשון ובזה יהי' מיושב מה שהעירותי לעיל באות וא"ו בהא דקאמר ר' יוחנן בירושלמי דהטעם דאין מושחין שנים משום איבה

וע"כ דאיבה מדאוריי' דמנ"ל דאיכא תנא שיסבור איבה דאוריי' וגם הלא ר' יוחנן בפ"ע בש"ס יומא דף ע"ג סובר איבה רק מדרבנן וגם בדעת ר' יוסי סובר כן כמו שהארכתי לעיל בפילפול ולדרכינו י"ל דר' יוחנן הי' מפרש פלוגתי' דר"מ ור' יוסי רק בבית ראשון ואין טעמא של ר"מ משום דלא חייש לאיבה רק אדרבא ר"מ חייש לאיבה מדאוריי' וסובר דהטעם דאין מושחין שנים הוא באמת מכח איבה ולכך קאמר דהשני עובד ככ"ג ומשום דאיבה דאוריי' א"כ כהן שמתקינין תחתיו לא הי' נמשח משום איבה לכך ממילא אף אם יעבוד ככ"ג ליכא איבה דהלא יש מעלה להמשמש דהוא נמשח וכהן שעבר לא הי' נמשח אבל ר' יוסי סובר איבה רק מדרבנן ממילא סובר דקרא דאותו דאין מושחין שנים הוא רק בב"א או ביום א' דל"ש לומר דלעולם אין מושחין כיון דמדאור' לא חיישינן לאיבה ולכך כהן שמתקינין תחתיו הי' נמשח ממילא אסרו רבנן שלא יעבוד ככ"ג משום דשייך איבה כיון דשוים המה אבל בבית שני גם ר"מ מודה דחיישינן לאיבה כיון דשוים המה דשניהם לא הי' נמשחים דכל היכא דשוים במעלה חייש ר"מ לאיבה. ושפיר יצא לו לר' יוחנן שיש תנא שסובר איבה דאוריי' ומפרש הטעם של קרא דאותו דאין מושחין שנים היינו לעולם מחשש איבה ולאו דווקא בב"א וביום אחד והיינו ר"מ שהוא סובר כן רק ר' יוחנן בפ"ע יען דקאמר הלכה כר' יוסי דאינו עובד ככ"ג דשייך בזה איבה וע"כ דר' יוסי סובר איבה רק מדרבנן וכמ"ש ע"כ סובר ר' יוחנן ביומא דף ע"ג שם דאיבה רק מדרבנן:

אמנם אכתי איננו שוה לי דלפי"ז יהי' קשה בהא דקאמר ר' יוחנן הלכה כר' יוסי דהוא הלכתא למשיחא וכקושית התוספות ואין לתרץ כדברי התוספות דנ"מ בזמן הזה לפרנס והיינו לענין דאין נוהגין כבוד בשני בשוה מחשש איבה וכמש"ל באות ז' דהא בפרנס גם ר"מ מודה דחיישינן לאיבה כיון דשוים המה במעלה ול"ש שם לדון דאיכא מעלה של נמשח ובכה"ג דשוים המה במעלה גם ר"מ חייש לאיבה. כל זה כ' לפלפל לפי דבריו איברא באמת גוף הסברא שכ' כבוד חתני נ"י כיון דיש מעלה לא שייך איבה בש"ס יומא דף ע"ג מבואר ההיפוך דקאמר דשייך איבה גבי משוח מלחמה נגד כ"ג אף דיש הרבה מעלות לכ"ג נגד משוח מלחמה כמו דחשיב שם וע"כ דאין סברא לחלק בכך וצ"ע:

")

ומ"ש להקשות על דברי הכנסת יחזקאל בסי' י"ג שתירץ דר' יוחנן מוקי מתני' כר' יוסי ומוקי לענין דיעבד דבעבר ועבד עבודתו כשירה והא דקאמר אין בין כו', אלא פר ועשירית האיפה דבא משל המשמש בזה גם בדיעבד אם הביא הכהן שעבר משלו פסול עכ"ד הכנס"י. וע"ז תמה כבוד חתני נ"י דנעלם מעיני הגאון בעל כנס"י דברי הירושלמי

ביומא ומגלה דקאמר שם ר' יוחנן להדיא דאם עבר והביא עשירית האיפה משלו כשר וע"ז מפלפל אם גם בפר כן הוא. לפע"ד הי' נראה להעמיד דברי הכנס"י על קנקנם והוא דהרי התוס' כ' דהא דלא נקט ר' יוסי משום מחוסר בגדים הטעם כיון דמסתלק בפה וע"כ כוונת התוס' דע"י דאסרו רבנן הרי אמרו שיסתלק בפה ושוב גם מדאוריי' אין דין כ"ג עליו ונעשה ככ"ה גמור וממילא צ"ל דהא דמבואר בש"ס דבאם עבר ועבד עבודתו כשירה היינו רק כשעבד בד' בגדים ככה"ד דאין איסור בזה רק משום מעלין בקודש כו' אמרינן דלא נאסר רק אלכתחלה ולא על דיעבד משא"כ בשמנה בגדים בודאי פסול דהוי יותר בגדים כיון דהוא כה"ד גמור מדאוריי' וכן הבין הפנ"י בדברי התוס' אלו ועיין גם טורי אבן מגלה משמע ג"כ שהי' מפרש כך ומעתה לפי"ד התוס' אלו הא דקאמר ר' יוחנן בירושלמי שם דבאם עבר והביא עשירית האיפה משלו כשר זה רק לר"מ דדין כ"ג עליו ור' יוחנן קאי על מתני' דנאמר במתני' דעשירית האיפה בא משל המשמש וזו גם לר"מ ועל זה אמר ר' יוחנן דאם כהן שעבר עבר והביא משלו כשר אבל לר' יוסי דהכהן שעבר דין כה"ד עליו גם מדאוריי' א"כ בודאי דפסול דאין סברא לומר דכ"ה שמביא עשירית האיפה משלו יהי' כשר ומדברי ר' יוחנן בעצמו משמע כן דאל"כ הי' לר' יוחנן לומר כ"ה שהביא עשירית האיפה משלו כשר ומדנקט ר' יוחנן רק הכא בכהן שעבר ע"כ דאם כ"ה הביא משלו פסול רק הכא כיון דמדאוריי' דין כ"ג עליו ע"ז קאמר דכשר ואף דעשירית האיפה כשר בכ"ה זו הקרבה אבל לענין שיהי' בא משלו בודאי דפסול אם הביא כ"ה משלו. וכיון שכן זהו רק לר"מ אבל לר' יוסי דהוא כ"ה ממש לפי דברי התוס' בודאי דפסול ואף דר' יוחנן סובר כר' יוסי עכ"ז הא דקאמר שם בירושלמי דאם עבר והביא כו' קאי על מתני' דאתי' כר"מ. ומעתה שפיר י"ל כדברי הכנס"י ונימא דר' יוחנן מוקי מתני' בין לר"מ ובין לר' יוסי דאם אתי' כר' יוסי תוקמי דמתני' קאי רק לענין דיעבד ע"כ קאמר שפיר זו"ז שוים בעיו"כ דבדיעבד כשר ועכ"ז פר ועשירית האיפה לענין שיהי' בא משל המשמש בזה גם בדיעבד פסול אם הביא הכהן שעבר משלו כיון דלר' יוסי דין כ"ה עליו ואם אתי' כר"מ אף דלר"מ כשר אם הביא הפר ועשירית האיפה משל כהן שעבר הלא לר"מ תוקי מתני' לענין לכתחלה כמובן:

אפס אכתי לא נחה דעתי דא"א לשלב תירוצו של הכנס"י דמתני' מירי לענין דיעבד ותוקי כר' יוסי אם ניזל בשיטת התוס' דאיך נפרנס האי זו"ז שוים בעיו"כ דא"ל דבדיעבד כשר דבשלמא לשיטת רש"י והרמב"ם ז"ל דגם לר' יוסי מדאוריי' דין כ"ג עליו והא דעבר ועבד היינו בשמנה בגדים ע"כ שפיר י"ל דמתני' קאי לענין דיעבד דאם עבר ועבד ככ"ג כשר. אבל להתוס' דמדאוריי' דין כ"ה עליו והא דעבר ועבד היינו רק בד' בגדים ככ"ה

אבל לעבוד ככ"ג בשמנה בגדים פסול בדיעבד וכמ"ש הפנ"י הנ"ל א"כ איך קאמר זו"ז שוים בעיו"כ דאף אם תוקי בדיעבד הלא גם בדיעבד פסול) "(הג"ה מה שהקשה כ"ק מו"ח שליט"א על סברתינו מש"ס יומא לפענ"ד לק"מ והוא עפ"י מה דמחלק שם בגמרא לר"מ דלית לי' איבה דכי ל"ל איבה לגבי משוח שעבר דהוא גדול כמותו אבל לגבי משוח מלחמה דהוא זוטר מני' אית לי' איבה עיי"ש. כמו כן יש לחלק במה שכתבתי דהיכא דאית לי' לכ"ג הראשון מעלה יתירה גם ר"י מודה דליכא איבה דזה הוא דוקא לגבי משוח שעבר דהי' גדול כמותו לכן ע"י מעלה יתירה ליכא איבה אבל לגבי משוח מלחמה דזוטר מני' שייך איבה אף דיש לכ"ג כמה מעלות יותר וז"פ. וא"כ לק"מ קו' מו"ח יחי' על סברתינו עכ"ה. מאת המחבר פסול. וא"ל דבעבודת יו"כ הי' רק בד' בגדים ולכך אם עבד ככ"ג ביו"כ כשר דליכא בזה משום יתיר בגדים. דז"א דבלא"ה פסול כיון דעבודת יו"כ אינה כשירה אלא בכ"ג ולר' יוסי האי כהן שעבר דין כה"ד ממש עליו גם מדאוריי' והי' מקום לומר עפי"מ דמשמע בספר לחם שמים להגאון יעב"ץ ביומא פ"ד משנה ג' דהא דעבודת יו"כ אינו אלא בכ"ג זו רק מדרבנן ממילא י"ל דזו רק לכתחלה אבל בדיעבד כשר ולכך ביו"כ דעבודה בד' בגדים ואין לדון משום יתיר בגדים אם עבד כהן שעבר שפיר כשר ואף דדין כה"ד עליו ושוב יש לאוקמי מתני' לענין דיעבד ע"כ קאמר זו"ז שוים בעיו"כ ועכ"ז הפר ועשירית האיפה לענין שיביא משלו פסול גם בדיעבד כנ"ל. ועפי"ז הי' ניחא מה שהערותי לעיל בהא דנקט רק זו"ז שוים בעיו"כ דייקא ולא בכל השנה משום דבשאר השנה לענין שמנה בגדים שפיר פסול בדיעבד, מכח יתיר בגדים משא"כ ביו"כ כמובן. איברא באמת א"א כלל לומר דבעבודת היום כגון בפר וכדומה הא דעבודה בכ"ג יהי' רק מדרבנן דהלא מפורש בקרא ועד כאן פליגי הראשונים מובא בריטב"א יומא רק בעבודה של שאר בהמות משא"כ בעבודת היום ע"ש ואפשר לומר דדברי הלחם שמים קאי דווקא לענין שחיטה שהביא שם דשחיטה לאו עבודה הוא וממילא נדחה דברינו דא"א לפרש האי זו"ז שוים בעיו"כ דלענין תמידין ושאר בהמות הלא בזה צריך ללבוש שמנה בגדים ויש לדין משום יתיר בגדים ופסול בדיעבד ואם לענין פר ושעיר דאז הוא לובש רק ד' בגדים בזה בודאי פסול כה"ד אף בדיעבד דמלבד זה בגוף דברי התוס' מה שהבין בעל פנ"י וט"א דלהתוס' דין כה"ד גמור עליו גם מדאוריי' וכשעבד בשמנה בגדים הוי יתיר בגדים לפע"ד א"א לפרש כן דאם כדבריהם תקשה ממתני' דמכות דמבואר דכהן זה מחזיר הרוצח ולא שקלא וטרי' תלמודא אם אתיא כר"מ או כר' יוסי וע"כ דגם לר' יוסי מחזיר הרוצח ומטעם דמדאוריי' דין כ"ג עליו ולהתוס' תקשה דהא לר' יוסי דין כה"ד עליו גם מדאוריי' וכה"ד אינו מחזיר הרוצח. לזאת נראה

דעיקר כמו שהבין בעל ראש יוסף במגלה שם דכונת התוס' אלו דלכך צריך לאתי' משום מעלין בקודש דלולא זאת הי' מסתלק בפה והי' דין כ"ה עליו ול"ש משום מחוסר בגדים משא"כ השתא דקאמר הטעם משום מעלין בקודש שוב לא מסתלק ודין כ"ג עליו וממילא לפי האמת גם לר' יוסי דין כ"ג עליו ואם עבר ועבד בשמנה בגדים ליכא משום יתיר בגדים ודלא כהפנ"י והט"א. אכן לא אכחד כי משמע מהריטב"א יומא דהי' מפרש כמו שהבין הפנ"י והט"א ע"ש ותתבונן וצ"ע:

עוד י"ל דברי הכנס"י והוא בהא דקאמר ר' יוחנן בירושלמי שם עבר והביא עשירית האיפה כשר פירשו בעל פ"מ וק"ע דאם עבר והביא מקבלין ממנו וצריך להבין דמאי דיעבד שייך בזה דהרי אנו דנין לענין שיהי' מותר לקבל ממנו ואף אם נדחוק דחשיב דיעבד יען דכבר הביא עכ"ז איך נופל הלשון עבר ותביא דאיזה ענין עבירה נעשה בזה במה שהביא משלו כיון דעדיין לא קרב דבשלמא בעבר ועבד עבודה כשירה דנקט הש"ס יתכן לשון עבר כיון דלכתחלה איכא איסור בהקרבה משא"כ בזה. והנראה כיון דאסור להכניס חב"ע לכך כיון דאין להביא משלו נחשב כחולין ועשה עבירה במה שהכניס זאת בעזרה ואף אם יקנה אח"כ לכ"ג המשמש עכ"ז עבר עבירה על שעת הכנסה וכמ"ש התוס' פסחים דף ס"ו גבי הלל ע"ש ומעתה י"ל דהא דסובר ר' יוחנן דבעבר והביא מקבלין ממנו היא מטעם כדי שלא יעבור למפרע על הכנסת חב"ע ע"כ אמרינן אנן דכשר ואיגלאי דהקדש הי' ולא חולין לזאת אף דאין לו להביא לכתחלה משלו עכ"ז אם עבר והכניס העשירית האיפה לעזרה אמרינן אנן דכשר ומקבלין ממנו להקריבה למען לא יעבור על האיסור. והנה בהך דהכנסת חב"ע כבר כ' המל"מ בפ"ב מה' שחיטה דאף דחשב"ע דאוריי' הכנסת חב"ע רק מדרבנן דנחתינן חד דרגא ולפי דבריו י"ל דלמ"ד דחשב"ע לאו דאוריי' ליכא איסור כלל בהכנסת חב"ע וכדעת הרבנן בש"ס מנחות דף ק"ו אליבא דר"ח ע"ש ומעתה ר' יוחנן לשיטתו דסובר בש"ס נזיר דף כ"ט דחשנב"ע דאוריי' וממילא אסור הכנסת חב"ע עכ"פ מדרבנן ולכך סובר דבאם עבר והביא עשירית האיפה לעזרה מקבלין ממנו כדי שלא יעבור על איסור דהכנסת חב"ע וא"כ זהו ר' יוחנן בפ"ע אבל בדעת ר' יוסי דלא מצינו שיסבור חשב"ע דאוריי' י"ל שר' יוסי סובר חשב"ע דרבנן וממילא הכנסת חב"ע ליכא שום איסור וכיון שכן אם הביא עשירית האיפה משלו אין מקבלין ממנו ולכך שפיר מוקי ר' יוחנן מתני' כר' יוסי ולענין דיעבד כמ"ש הכנס"י ועכ"ז ל"ק מהך דעשירית האיפה דבזה אף בדיעבד אם עבר והביא משלו אין מקבלין ממנו לר' יוסי. ואף א"נ דלא נחתינן חד דרגא ודלא כהמל"מ עכ"ז י"ל בפשטא דרק לענין שלא יעבור על איסור דאוריי' חששו ועי"ז מקבלין ממנו ומכשירין לקרבן משא"כ

נגד איסור דרבנן לכך לר' יוחנן דסובר חשב"ע דאוריי' וה"ה הכנסת חב"ע שפיר אמר דכשר בעבר והביא אבל לר' יוסי דלא מצינו שיסבור חשב"ע דאוריי' א"כ י"ל דסובר חשב"ע דרבנן וה"ה להכנסת חב"ע ונגד איסור דרבנן לא הכשירו לקבל ממנו הקרבן. ועפי"ז מובן בטו"ט מה דלא הביא הרמב"ם ז"ל בכל חבורו דין זה דר' יוחנן דעבר והביא עשירית האיפה משלו כשר ולדברינו ניחא כיון דדעת הרבה מהמפורשים דהרמב"ם ז"ל פוסק חשב"ע דרבנן ע"כ אין הדין דכשר:

ועפ"י פירוש הפ"מ והק"ע דקאי שלא הקריב עדיין רק על לכתחלה אם לקבל ממנו יש לישב מה שהעיר כבוד חתני נ"י דלמה נקט ר' יוחנן רק בעשירית האיפה ולא בפר של יו"כ משום דהאי דעשירית האיפה לא קאי על עשירית האיפה של יו"כ רק דקאי על עשירית האיפה של כל יום ואז ליכא שום חילול בהקרבה ע"כ למען שלא יעבור על איסור דהכנסת חב"ע מתירין לקבל ממנו משא"כ בפר של יו"כ כיון דלא זכי לי' רחמנא להאי כהן שעבר להביא הפר משלו בודאי דלא נכון מתחלה לקבל ממנו להקריבו לחלל יו"כ דהרי גם בקרבנות גמורים דדחי שבת ויו"כ דעת רבים דהוא רק מתורת דחי' למ"ד דט"ד בצבור וכאשר הארכתי בחבורי עמק הלכה בסוגי' דט"ד שם א"כ למה לחלל יו"כ לכתחלה בדבר שלא צותה התורה דהרי יכולין לקחת פר משל כהן המשמש:

(עד כאן דברי כ"ק מו"ח שליט"א)

סימן ט

(**א**) **סעיף א** שלא ליקח שוחד. עיין בשו"ת חות יאיר סי' קל"ו שפלפל שם אי רשאין ליתן לדיין גוי שוחד כי ב"נ מוזהרים על הדינין וא"כ הוא מוזהר גם על לא תקח שוחד ועוברין על לפ"ע עיי"ש. ועיין בתומים שהעלה דב"נ אינו מוזהר על שוחד ובמחכת"ה נעלם ממנו אז לפי שעה מה שהביא הרמב"ן עה"ת פ' וישלח בשם הירושלמי דב"נ שלקח שוחד נהרג עיי"ש. וכבר תפסו עליו בזה איזה מחברים ועיין בשו"ת ח"ס חלק ששי סי' י"ד שהאריך בענין זה ועיין גם בס' מלא הרועים ערך ב"נ שכתב דאף דב"נ מצווה לדון ב"נ חבירו מ"מ לא נצטווה לדון ישראל וא"כ כשהישראל הולך אליו לדון עם חבירו המסרב לדון בדיני ישראל מותר ליתן שוחד אבל כשהישראל הולך לדון עם ב"נ אסור ליתן עיי"ש:

(**ב**) **שם באותו סעיף** ואם לקחו צריך להחזירו כו' עיין בב"ח שכתב הטעם משום דהתורה אמרה לא תקח וכ"מ דארל"ת אי עביד לא מהני עיי"ש וכ"כ הנתיבות משמי' דנפשי' ולא זכר שכבר קדמו בזה הב"ח. ויש להקשות לפי"ז אמאי לא מוקי הש"ס בפ"ק דתמורה

בסוגיא דכ"מ דארל"ת דאביי ורבא פליגי לענין שוחד אי חייב להחזיר דלאביי אין צריך להחזיר ולרבא צריך להחזיר. וכן ראיתי לקצת אחרונים שהעירו בזה על הב"ח. אך זה לא קשה כל כך דיש עוד כמה ענינים דהוי מצי למימר דאביי ורבא פליגי בהו ועיין בתוס' בסוגיא דתמורה שם ד"ה והשתא דשנינן. ועיין גם בס' לב שמח על הספר המצות במצות ל"ת סי' רכ"ז שכתב שם כן על קושית הרמב"ן שם עיי"ש. אולם אכתי לא ניחא לי טעמא דהב"ח והנתיבות הנ"ל עפ"י מה שכתבו רבים וכן שלמים ומכללם הלח"מ פ"ו מהל' בכורות הלכה ה' דהרמב"ם פוסק כאביי דכ"מ דארל"ת אי עביד מהני ועיין גם בכוב"י מהדו"ת חאע"ז סי' קכ"ט שהוכיח כן מהרבה מקומות בהרמב"ם והאריך לישב כל המקומות בהרמב"ם דמוכח דפוסק כרבא דאעל"מ עיי"ש וא"כ לא יספיק טעמא דהב"ח והנתיבות הנ"ל אליבא דהרמב"ם דס"ל דמחויב להחזיר השוחד וס"ל דכ"מ דארל"ת אי עביד מהני. ולפענ"ד נ"ל טעם אחר מה דמחויב להחזיר השוחד עפ"י מ"ש הריטב"א קדושין דף נ"ח דהנוטל שכר לדון דדיניו בטלים צריך להחזיר השכר שנטל כיון דאין במעשיו כלום ולא עביד ולא מידי עיי"ש [ועיין בב"ח שכתב דהנוטל שכר לדון א"צ להחזיר השכר וכבר השיגו עליו האחרונים מדברי הריטב"א אלו] והנה הלוקח שוחד בודאי דדינו בטל וא"כ שפיר אפי' לאביי דאמר כ"מ דארל"ת אי עביד מהני בכל זאת חייב להחזיר השוחד כיון דהוא יהיב לי' אדעתא דהכי שיהא דינו דין והשתא שאין דינו דין שפיר צריך להחזיר:

עיין בס' החינוך להרא"ה שכתב דאין לוקין על לאו דשותד משום דניתן להשבון. וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל מדלא מנה לאו זה בפי"ט מהל' סנהדרין בכלל הלאווין הלוקין. וצ"ע דהנה הכ"מ פי"ח מהל' סנהדרין הקשה על מ"ש הרמב"ם שם דאין לוקין על לאו דלא תגזול משום דניתן לתשלומין הא אמר ר' יוחנן כל היכא דאיכא ממונא ומלקות מילקא לקי ממונא לא משלם עיי"ש. והנה קושיא זו כבר הקשו התוס' מכות דף ט"ז ע"א אהא דאמרינן שם דאף אם נשרף הגזילה אינו לוקה משום דאיתא בתשלומין ותירצו דעיקר הפטור ממלקות הוא משום דהלאו דגזל ניתק לעשה לכן אף אם נשרף אינו לוקה משום דחייב בתשלומין עיי"ש ומבואר מדבריהם דאי לאו טעמא דכל"ע לא הי' מיפטר ממלקות ע"י התשלומין אלא דלוקה ואינו משלם. וכן מבואר גם בתוס' ב"מ דף ס"א ע"א ד"ה ולעבור עליו בשני לאווין שכתבו שם דבגזל לא לקי משום דנל"ע ובכובש שכר שכיר לקי עיי"ש ובמהרש"א שם:

ועיין בספר יבין שמועה להר"ש אלגאזי כלל ר"ב שכתב דגם דעת הרמב"ם בהל' סנהדרין שם הוא כדעת התוס'. וכ"כ בהג"ה בכ"מ שם עיי"ש:

וא"כ בלאו דשוחד דלא ניתק לעשה אמאי משל' ואינו לוק':
ולא אכחד תחת לשוני מה דקשיא לי לדעת התוס' הנ"ל מהא דאיתא בפ"ק דתמורה בסוגיא דכ"מ דארל"ת דאביי ורבא פליגי בפלוגתא דר"א ור"י אי ריבית קצוצה יוצאה בדיינים לאביי דאמר אי עביד מהני ריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים ולרבא דאמר אי עביד לא מהני ריבית קצוצה יוצאה בדיינים ודחה הש"ס דר"א ור"י לאו בסברא פליגי אלא בקראי ר"י יליף מקראי דריבית לא ניתן להשבון ור"א דרש קרא דוחי אחיך עמך אהדר לי' כי היכי דניחי:
והנה להמסקנא דילפינן מקרא דוחי אחיך עמך דריבית קצוצה יוצאה בדיינים שפיר אין לוקין על לאווין דריבית וכ"פ הרמב"ם והרא"ה והוא כיון דגלי קרא שישלם הוי כמו לאו הניתק לעשה:
אבל להס"ד דלא ידע עוד מהא דדרשינן הקרא דוחי אחיך עמך דר"ק יוצאה בדיינים והי' סבור דיוצאה בדיינים מטעם דאי עביד לא מהני וא"כ לדידי' לפי"ד התוס' הנ"ל בודאי לוקין על לאווין דריבית אף דיוצאה בדיינים לרבא דאמר אי עביד לא מהני כיון דלא גלי קרא בהדיא שישלם ולא הוי לאו הנל"ע:
וא"כ קשה כיון דלוקין על לאווין דריבית איך קאמר דריבית קצוצה יוצאה בדיינים הא קיי"ל דאין לוקה ומשלם. ואין לומר דמה דקאמר דריבית קצוצה יוצאה בדיינים היינו דוקא היכא דלא אתרו בו וקיי"ל חייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין דזה דוחק דהא סתמא קאמר ומשמע דלעולם יוצאה בדיינים ואפי' היכא דאתרו בו. ועוד הא רבא ס"ל כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין וכמ"ש הקצה"ח סי' כ"ח וסי' ל"ח עיי"ש ועיין גם בחדושינו לקמן סי' כ"ח סק"ב שהבאתי בשם הישו"ש שכתב כן דרבא ס"ל כר"ל. והיא לכאורה קושיא גדולה אך נ"ל בזה דהיכא דמחויב לשלם מטעם דאי עביד לא מהני באמת לוקה ומשלם ול"ש בזה לומר אין לוקה ומשלם, ורק היכא דהלאו נל"ע משלם ואינו לוקה דלזה ניתקו הכתוב לעשה כדי דלא לילקי עליו והסברא בזה אמינא דהא מה דאמרינן אין לוקה ומשלם הוא משום דאין בכח הב"ד לחייבו תרתי ממון ומלקות ונחזי אנן דזה הוא דוקא היכא דהחיוב תשלומין אינו בא מחמת שלקח ממון חבירו באיסור. אלא דהחיוב תשלומין הוא מכח מעשה אחרת שעשה וכגון שבא על אחת מחייבי לאווין דמחויב לשלם קנס ובושת ופגם משלו וכן כיו"ב. ואם באנו לחייבו מלקות וממון בזה שפיר שייך לומר דתרתי לא עבדין דאין בכח הב"ד לחייבו ממון ומלקות. משא"כ היכא דהחיוב תשלומין הוא מחמת שלקח ממון חבירו באיסור וכגון ריבית ומחויב להחזיר לבעליו מה שלקח ממנו א"כ אי אמרינן אי עביד לא מהני הרי

לא קני כלל את המעות ולא חשוב כלל כשלו וברשותא דמרא קמא קיימא וכ"כ בהדיא הנתיבות בסי' זה סק"א עיי"ש וכן מבואר בהסוגיא שם. וא"כ אף דמחייבין אותו להחזיר וגם מלקינן אותו ל"ש בזה לומר תרתי לא עבדינן דהא מה דמוציאין ממנו הריבית לאו ממון שלו הוא רק מחזיר לבעליו מה שלקח ממנו ולא קנאו ואין זה בגדר תשלומין כלל. וכן מבואר בהדיא בסנהדרין דף ע"ב בסוגיא דהבא במחתרת דאמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתנהו אבל נטל לא ופרש"י אבל נטל לא דכיון דקיימין הן כל היכא דאיתנהו דמרא נינהו ואין זה חייב בתשלומין דפקדון בעלמא נינהו גבי' עיי"ש וז"ב. וא"ל לפמ"ש הרשב"א וה ריטב"א דמעות של ריבית קנינהו המלוה לגמרי והקשו האחרונים הרי לרבא דאמר אי עביד לא מהני וא"כ לא אהנו מעשיו כלל והיכי קני לי' הריבית ותירץ השעה"מ בפ"ה מהל' אישות הט"ו דשאני ריבית דגלי קרא דבניו פטורים מלהחזיר וע"כ דקני לי' עיי"ש ועיין מזה גם במשל"מ פ"ד מהל' מלוה ה"ג:

וא"כ שוב שפיר קשה קושיתינו על התוס' מריבית ולא נתיישב בתירוצינו הנ"ל כיון דלגבי ריבית אפי' לרבא ל"ש לומר דלוקה ומשלם דהא קני לי' הריבית והוי כשלו. דז"א חדא דהא דעת התוס' הוא דמעות ריבית לא קני המלוה לגמרי וכמבואר בתוס' ב"ק דף קי"ב ע"א ד"ה אעפ"י שכתבו שם דריבית יוצא מדין גזילה עיי"ש וא"כ להתוס' לשיטתם א"ש תירוצינו הנ"ל:

ועוד דבאמת הקשה המח"א בה' מלוה ולוה סימן ב' על הרשב"א והריטב"א הנ"ל מדברי התוס' ב"ק הנ"ל שכתבו דריבית הוי כגזל וע"כ דלא קני לי' הריבית וכדברי התוס' מוכח בש"ס שם. ותירץ הכתיבות בסי' ר"ח והשעה"מ שם דהתוס' כתבו שם כן רק לפי הס"ד שם דיורשין אין מחזירין הריבית רק מטעם שינוי רשות אבל להמסקנא שם דיליף רבא דהיורשין אינן מחזירין מטעם דכתיב וחי אחיך עמך אהדר לי' כי היכי דניחי לדידי' אזהר לברי' לא אזהר ע"כ דגילתה התורה דקני לגמרי הריבית והרשב"א והריטב"א הנ"ל כתבו כן רק לפי המסקנא עיי"ש:

ולפי"ז הרי הס"ד בש"ס תמורה שם דלא ידע עוד מהא דדרשינן הקרא דוחי אחיך דריבית קצוצה יוצאה בדיינים ממילא לא ידע נמי מה דילפינן מזה דהבנים א"צ להחזיר ושפיר הוי ס"ל דלא קני הריבית [הן אמת דבש"ס ב"ק שם יליף רבא הא דלדידי' אזהר לברי' לא אזהר מקרא דאל תקח מאתו נשך ותרבית ולא מקרא דוחי אחיך עמך עיי"ש. אולם באמת הילפותא אינה רק מסיפא דקרא דכתיב וחי אחיך עמך וכ"כ הרשב"א בב"ק שם ועיין גם בתוס' ב"מ דף ס"א ע"ב ד"ה יכין ובד"ה רבא שהביאו שם ילפותא דרבא דלדידי' אזהר לברי' לא אזהר מקרא דוחי אחיך עמך עיי"ש] וא"ש תירוצינו הנ"ל. ולפי דברינו

הנ"ל נדחה נמי טעמא דהב"ח והנתיבות הנ"ל שכתבו דמש"ה חייב להחזיר השוחד מטעם דכ"מ דארל"ת אעל"מ דא"כ קשה אמאי ס"ל להרמב"ם והרא"ה דאין לוקין על לאו דשוחד משום דניתן להישבון הרי כיון דמחויב להחזיר השוחד מטעם כמדארל"ת אעל"מ אין לפטרו עי"ז ממלקות:

ולכאורה קושיתינו הנ"ל יש להקשות אף לולא דברי התוס' הנ"ל ועל הש"ס גופא. דאיך מוקמינן פלוגתת אביי ורבא לענין ריבית קצוצה אי יוצאה בדיינים. הלא הוכחת אביי דאמר דמהני הוא מדלקי וכדאמר דאי ס"ד דלא מהני אמאי לקי ורבא קאמר דאין ראי' מהא דלקי דמה דלקי הוא משום דעבר אמימרא דרחמנא. וא"כ האיך מוקמינן פלוגתתם לענין ריבית ולרבא דאמר אי עביד לא מהני ריבית קצוצה יוצאה בדיינים דא"כ איך יתכן מה דקאמר רבא דלוקה והיינו בריבית משום דעבר אמימרא דרחמנא הרי אין לוקה ומשלם. ולפימ"ש באמת גם זה ניחא כיון דבאמת לרבא דאמר אעל"מ בכה"ג לוקה ומשלם. אך אחר העיון קצת על הש"ס גופא הקושי' ליתא מעיקרא דוה דהוכיח אביי דמהני מדלקי הוכחתו הוא מהנך לאוין דלקי עליהם וע"כ דאמרינן בהו אי עביד מהני ממילא גם בהנך לאוין דאין לוקין עליהם ע"כ צ"ל דמהני וע"ז קאמר רבא דאין ראי' מהנך לאוין דלוקין עליהם דמהני דמה דלקי הוא משום דעבר אמימרא דרחמנא וא"כ בריבית שפיר ס"ל לאביי ורבא דאין לוקין והא דקאמר אביי לפי הס"ד דבריבית אי עביד מהני מדלקי הוכחתו הוא מדלקי בלאוין אחרים דיש בהו מלקות וכן רבא דקאמר דמה דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא לא קאי על ריבית רק על לאוין אחרים דיש בהו מלקות וא"ש ולק"מ קושיתינו הנ"ל על הש"ס גופא. וגם יש להוכיח כדברינו אלו דהוכחת אביי הוא מהנך לאוין דלוקין עליהם להנך לאוין דאין לוקין דע"כ דגם בלאוין דאין לוקין עליהם א"ע מהני דאי נימא דאביי לא קאמר דמהני רק בהנך דלוקין עליהם והיינו מדלקי עליהם ע"כ דאמרי' בהו אי עביד מהני ובהנך דאין לוקין עליהם גם אביי מודה דלא מהני א"כ לפי"מ דמוקמינן פלוגתתם בריבית קצוצה מה קאמר אביי דמהני וריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים מדלקי הלא היכן מצינו דלקי בלאוין דריבית דהביא אביי ראי' מזה דאי עביד מהני ואינה יוצאה בדיינים והרי כיון דלא מצינו בהדי' דלוקין על לאוין דריבית א"כ בימא להיפך דאינו לוקה וממילא נימא דלא מהני וריבית קצוצה יוצאה בדיינים אלא ודאי דהוכחת אביי הוא מהנך לאוין דלוקין עליהם להנך לאוין דאין לוקין עליהם וכמ"ש וא"ש:

ויש עוד להוכיח כן מהרבה מקומות בהסוגי' שם ואין להאריך כי זה פשוט בעיני. וגם ראי' זו לא רציתי להביא מגודל הפשיטות אך יען שראיתי בס' מחנה ראובן בתמורה דף

ה' שאין זה ברור אצלו לומר דאביי הוכיח דאי עביד מהני מאלו לאוין דלקי לאלו דלא לקי עיי"ש לזאת אמרתי להביא עכ"פ ראי' זו:

ונשוב לקמייתא דאמאי אין לוקין על לאו דשוחד להרמב"ם והרא"ה משום דניתן להשבון הרי לא ניתק לעשה הוא וגם ליכא קרא שישלם. ובאמת הרא"ה בס' החינוך כתב כן בהרבה לאוין דאין לוקין עליהם משום דניתן להשבון אף דאינם ניתקין לעשה וגם לא גלי בהו קרא שישלם ועיין בס' החינוך ותראה וצ"ע ג"כ כנ"ל. ועלה בדעתי לומר דהרמב"ם והרא"ה ס"ל כעולא דאמר בכתובות דף ל"ב דכל היכא דאיכא ממונא ומלקות ממונא משלם מלקא לא לקי וכן ראיתי בנוב"י מה"ת חאו"ח תשובה. צ"א מבנו הגאון מהר"ש שכ' שם דמה דהרמב"ם פוטר ממלקות בגזל הוא לאו משום דנל"ע רק כוונתו משום דחייב בתשלומין והרמב"ם פוסק כעולא עיי"ש. וי"ל דגם הרא"ה סובר כעולא וא"כ שפיר ס"ל דמשלם ואינו לוקה אף דלא גלי קרא שישלם:

אולם בדעת הרמב"ם א"א לומר כן דהא בהדיא פוסק הרמב"ם ריש פ"ג מה' גניבה כר' יוחנן דכל היכא דאיכא ממונא ומלקות מילקא לקי ממונא לא משלם עיי"ש ומן התימא על הגאון מהר"ש הנ"ל איך הי' בהעלם עיניו דברי הרמב"ם ז"ל ריש ה' גניבה ושוב ראיתי בשו"ת שיבת ציון שהרגיש בעצמו בזה וכתב להצדיק א"ע דלא קאמר רק בגזילה וגניבה בזה ס"ל להרמב"ם כעולא הואיל דהתשלומין מפורש בקרא אבל לא בשאר עבירות שיש בהם חיוב מלקות וממון עיי"ש:

וראיתי בפנ"י ב"מ דף ס"א שנותן טעם למ"ש הרמב"ם דבלאו הניתן לתשלומין אין לוקין אף היכא דלא הוי נל"ע וגם לא גלי קרא שישלם והוא דהא דקאמר ר"י כל היכא דאיכא ממונא ומלקות מילקא לקי ממונא לא משלם היינו דווקא היכא שאין הלאו בא מחמת הפקעת ממון חבירו וכגון מוציא ש"ר ואונס ומפתה משא"כ היכא דהלאו בא מחמת ממון ל"ש מלקות כלל דהו"ל כגזל דגלי קרא בהדיא והשיב את הגזילה:

וכן הוא מן הסברא דאטו משום מלקות של זה נפקע"ע ממונו של זה שכנגדו הלכך משלם ואינו לוקה עיי"ש:

ולפע"ד לא הונח לי גם בזה דהנה מ"ש הפ"י דכן הוא מן הסברא כו' לע"ד טעם זה אינו מספיק אליבא דכ"ע דזה הוא דווקא לאביי דאמר כ"מ דארל"ת א"ע מהני שפיר מיפטר ע"י התשלומין ממלקות לכן שפיר בלאו הניתן לתשלומין משלם ואינו לוקה וכסברת הפנ"י. אבל לרבא דסובר אעל"מ הרי לדידי' לא מיפטר ע"י התשלומין ממלקות רק היכא דהלאו נל"ע או דגלי קרא שישלם אבל היכא דאין הלאו נל"ע וגם לא גלי קרא שישלם צ"ל לרבא דלוקה ומשלם וכמ"ש לעיל וא"כ טעמא דהפנ"י מכח הסברא הנ"ל יצדק רק

אי נימא דהרמב"ם והרא"ה ס"ל כאביי דאי עביד מהני וכמ"ש הלח"מ וסייעתו בדעת הרמב"ם אבל אי נימא דהרמב"ם והרא"ה ס"ל כרבא דאעל"מ וכ"כ הרבה מהראשונים בדעת הרמב"ם לא יצדק טעמא דהפנ"י מכח הסברא הנ"ל דהא אכתי מהראוי לומר דמשלם ולוקה היכא דלא הוי הלאו נל"ע וגם לא גלי קרא שישלם:

הן אמת דלפי דברי הפנ"י ליתא למה שהוכחתי לעיל מהס"ד בתמורה דמוקי דאביי ורבא פליגי לענין ריבית קצוצה דלרבא דאעל"מ לא מיפטר ע"י התשלומין ממלקות ולוקה ומשלם. דהא הוכחתינו יתכן רק לפי דעת התוס' מכות וב"מ שהבאתי לעיל דדוקא בלאו הנל"ע אף דאינו יכול לקיים העשה משלם ואינו לוקה אבל היכא דאין הלאו נל"ע לוקה ואינו משלם. וא"כ לפי"ד התוס' הס"ד דמוקי דאביי ורבא פליגי לענין ריבית ע"כ הי' סבור דלוקין על לאוין דריבית כיון דהוא לא ידע מהא דדרשינן הקרא דוחי אחיך עמך דריבית קצוצה יוצאה בדיינים ולא הוי ריבית לאו הנל"ע ושפיר הוכחתי לפי"ז דלרבא דאמר אעל"מ לא מיפטר ע"י התשלומין ממלקות ולוקה ומשלם וכנ"ל:

משא"כ לפי"ד הפנ"י שכתב בדעת הרמב"ם דאף היכא דאין הלאו נל"ע וגם לא גלי קרא שישלם ג"כ מיפטר ע"י התשלומין ממלקות ומשלם ואינו לוקה. שוב שפיר י"ל דגם הס"ד אף דלא ידע מהא דדרשינן הקרא דוחי אחיך עמך דריבית קצוצה יוצאה בדיינים ע"מ הי' סבור דאין לוקין על לאוין דריבית כיון דמיפטר ע"י התשלומין ממלקות ושוב ממילא אזדא מה שהוכחתי דלרבא דאמר אעל"מ לוקה ומשלם וכמובן. אמנם אכתי דברינו הנ"ל נכונים מצד הסברא דהיכא דלקח ממון חבירו באיסור ואי אמרינן אעל"מ לא מיפטר ממלקות ע"י החזרת הממון שמחזיר לבעליו מה שלקח ממנו ולא קנאו ואין זה בגדר תשלומין וכמש"ל. וגם הבאתי ראי' לזה מש"ס סנהדרין. ועוד דבלא"ה גוף סברת הפנ"י צ"ע לפע"ד דא"כ גם במזיק לחבירו ונתחייב ג"כ מיתה או מלקות וכגון בהדליק גדיש של חבירו בשבת וכדומה ג"כ נימא הכי דמשלם ואינו מת או משלם ואינו לוקה כדי שלא יפסיד חבירו והרי בכה"ג באמת אמרינן דמת או לוקה ואינו משלם. וזה דוחק בעיני לחלק דדוקא היכא שהלאו בא מחמת הפקעות ממון חבירו והיינו שא"א לעבור על הלאו כ"א ע"י הפקעות ממון חבירו בזה משלם ואינו לוקה משא"כ בהדליק גדיש של חבירו בשבת וכדומה הרי יוכל לעבור על הלאו לחלל שבת אף בלי הפקעות ממון חבירו וכן יוכל להפקיע ממון חבירו ולהדליק גדישו אף בלי חילול שבת בזה מת ואינו משלם דאין בזה שום סברא לחלק לפי סברת הפנ"י.

וגם מ"ש הפנ"י דהיכא דהלאו בא מחמת הפקעות ממון חבירו הוי בכלל גזל ומש"ה אינו לוקה דגלי קרא בהדיא והשיב את הגזילה והוי נל"ע. ולפי"ז אף אי נימא דהרמב"ם

והרא"ה ס"ל כרבא דאעל"מ ג"כ ניחא שפיר דמה דמיפטר ע"י התשלומין ממלקות הוא משום דהוי לאו הנל"ע וכמו בגזל ממש. אכתי צ"ע בזה ממ"ש הרמב"ם ריש פי"א מהל' שכירות דהכובש שכר שכיר ואיחרו לשלם בזמנו אינו לוקה על לאו דלא תבוא עליו השמש שהרי הוא חייב לשלם עיי"ש וכ"כ הרא"ה מצוה ר"ל שאין לוקין על לאו זה מפני שניתן להישבון. והרי התם לא הוי בכלל גזל דהא רוצה לשלם לו אחר זמנו ומה גזל שייך בזה שמעכב מלשלם לו בזמנו וכן משמע בב"מ דף קי"א דאם אמר לך ושוב לך ושוב אין זה גזל וא"כ אמאי משלם ואינו לוקה הלא אין זה בכלל גזל ולא חשוב לאו הנל"ע. ועוד קשה בהא שכתב הרא"ה מצוה תקכ"ב דעל לאו דלא תסיג גבול אין לוקין משום דניתן להישבון עיי"ש וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל מדלא מנה לאו זה בכלל הלאוין הלוקין. והרי התם ל"ש לומר דמש"ה משלם ואינו לוקה משום דהוא בכלל העשה דוהשיב דהא הלאו דהסגת גבול הוא בקרקע והרי בקרקע ליתא כלל להעשה דוהשיב את הגזילה דממעטינן מכלל ופו"כ וכדאיתא בב"ק דף קי"ז ע"ב ובשבועות דף ל"ז עי"ש. וביותר תמהתי בזה על התוס' שכתבו ג"כ בשבת דף פ"ה ע"א ד"ה לא תסיג ובחולין דף פ"ב ע"ב ד"ה הזורע דאין לוקין על לאו דלא תסיג גבול משום דניתן להישבון עיי"ש. והרי התם ליכא העשה דוהשיב את הגזילה והלא התוס' כתבו בהדיא במכות וב"מ שהבאתי לעיל דהיכא דלא הוי נל"ע לוקה ואינו משלם:

והנה לפי"ז דבקרקע ליכא העשה דוהשיב את הגזילה יש להקשות עוד לפי שיטת הספרי בפ' שופטים דגם הגוזל קרקע עובר על לאו דלא תגזול וכ"פ הרמב"ם פ"ז מה' גניבה הי"א והרא"ה במצוה תקכ"ב שם [שיטת התוס' אינו כן אלא דבקרקע אינו עובר על לא תגזול ועיין בתוס' ב"מ דף ס"א ע"א ד"ה אלא לאו עי"ש ובמהרש"א ובפנ"י שם וכן הוא דעת הסמ"ע בסי' שע"ו עיי"ש] א"כ בגוזל קרקע מהראוי שילקה משום לא תגזול וזה לא נמצא כלל לא ברמב"ם ולא בהרא"ה. וקושי' זו קשה אפי' לפמ"ש בפנ"י הנ"ל דמצד הסברא הוא כן דהיכא דהלאו בא מחמת הפקעות ממון חבירו משלם ואינו לוקה כדי שלא יפסיד חבירו. והוא עפמש"ל דלרבא דאמר אעל"מ היכי דהלאו בא מחמת שלקח ממון חבירו באיסור לוקה ומשלם כיון דלא קני כלל ואין זה בגדר תשלומין לפטור ממלקות וכן הוא בש"ס סנהדרין לענין הבא:

במחתרת ונטל כלים וכמו שהבאתי למעלה א"כ הגוזל קרקע דממעטינן מהעשה דוהשיב וברשותא דמרא קמא קיימא וכמבואר בש"ס ב"ק ושבועות שם וכ"כ רש"י שם א"כ מהראוי לומר דהגוזל קרקע מחזיר ולוקה ולא מיפטר ע"י התשלומין ממלקות:

אך קושי' זו יש לישב עפימ"ש המשל"מ פ"ג מה' מלוה ה"ד גבי לאו דלא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו דמבואר שם בהרמב"ם דאף במשכן עשיר אינו לוקה והקשה המשל"מ הרי במשכן עשיר ליכא העשה דהשב תשיב לו אמאי אינו לוקה ותירץ דכיון דהלאו כולל עני ועשיר ומקצת הלאו נל"ע היינו היכא דמשכן לעני לכן הלאו קלוש ואינו לוקה אף במשכן עשיר עיי"ש וכ"כ הטו"ז בסי' צ"ז סעיף י"ד דגם במשכן עני דברים שא"צ להחזיר אינו לוקה כיון דהלאו נל"ע בדבר שצריך להחזיר עיי"ש וא"כ ה"נ בלאו דלא תגזול לשיטת הספרי והרמב"ם והרא"ה דהלאו דלא תגזול כולל מטלטלין וקרקעות וכיון דהלאו נל"ע לגבי מטלטלין שוב הלאו קלוש ואינו לוקה אף הגוזל קרקע. אבל בלאו דלא תסיג דהוא רק בקרקע ולא במטלטלין ל"ש תירץ זה ושפיר קשה קושיתינו הנ"ל על התוס' והרמב"ם והרא"ה וצע"ג. ובאמת גם מה שתירצתי קושיתנו הנ"ל דאמאי אינו לוקה על לאו דלא תגזול בגוזל קרקע עפי"ד הטו"ז והמשל"מ לא נתקררה דעתי בתירץ זה כי דברי הטו"ז והמשל"מ הם תמוהין וכמ"ש הקצה"ח בסי' צ"ז ועיין גם בתוס' תמורת דף ד' ע"ב ד"ה הרי אונס ובתוס' יומא דף ל"ו ע"ב ד"ה לאו עיי"ש וצ"ע. שוב ראיתי במנ"ח מצוה רכ"ט שגם הוא עמד בקושיתנו הנ"ל דאמאי אין לוקין על לאו דלא תגזול בגוזל קרקע ועבדים ושטרות. אך קושיתו הוא שם רק באופן אם נשרפו או נאבדו [בקרקע ל"ש נשרפה או נאבדה וצ"ל כגון ששטפה נהר] כיון דכל זמן שהוא בעין אינו חייב מלקות משום דניתן לתשלומין דצריך להחזיר כיון דאינו ממון שלו וצידד ג"כ לתרץ עפי"ד המשל"מ הנ"ל עיי"ש. אולם באמת הקושי' קשה אף אם הגזילה הוא בעין והיינו דאם הוא בעין מהראוי לומר דמחזיר ולוקה וכנ"ל. סוף דבר דמ"ש הרמב"ם והרא"ה דבלאו הניתן לתשלומין משלם ואינו לוקה אף דלא הוי לאו הנל"ע וגם לא גלי קרא שישלם הדבר צריך עיון אצלי ולע"ע לא מצאתי טעם נכון ומספיק לזה:

ומדי דברי פה קצת בענינא דכמדארל"ת זכור אזכור בדרך אגב מה דקשה לי על מ"ש המהרי"ט הידוע בשער בת רבים דלא קאמר רבא אעל"מ רק היכא דאי נימא לא מהני מעשיו נתקן העבירה שעשה משא"כ היכא דאפי' אי נימא דל"מ ג"כ לא נתקן העבירה גם רבא מודה דמהני עיי"ש. עפ"י ע"ש תלמידי הרשב"א והובא ביתה יוסף סי' ע"ה דהטוען מנה של ריבית יש לי בידך והלה אומר להד"ם אין משביעין אותו כיון דלדברי התובע חשוד הוא דריבית ליתא בחזרה דאף אם מחזיר לא נתקן לאוי' בהכי ולא דמי לגזילה דנתקן הלאו בחזרת הגזילה עיי"ש. א"כ איך אמרינן בתמורה שם דאביי ורבא פליגי בפלוגתא דר"א ור"י אי ריבית קצוצה יוצאת בדיינים לאביי דאמר אי עביד מהני ריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים ולרבא דאמר אעל"מ ריבית קצוצה יוצאה בדיינים

הלא בריבית לא מתקן הלאוין בחזרת הריבית וגם רבא מודה בזה דמהני. והוא תמי' גדולה על המהרי"ט וכבר האריכו רבים וגם שלימים בדברי המהרי"ט הנ"ל ולא ראיתי מי שיתעורר בזה. ונ"ל לישב דהנה באמת לכאורה צריך להבין מדוע ישתנה דין הריבית מדין גזל דבגזל נתקן הלאו בחזרת הגזילה משא"כ בריבית אף אם מחזיר הריבית לא נתקן הלאו ומצאתי ראיתי בהריטב"א ב"מ דף ס"א שכתב ג"כ כדברי תלמידי הרשב"א הנ"ל וז"ל למורא ניתן ולא להישבון כלומר דמפני מורא השם אין לו ליקח ריבית אבל אם לקחו לא ניתן להישבון דמ"מ עבר עליו את השם ואין לו תקנה בהשבה כמו שאנו אומרים בגזילה דכיון שהשיב את הגזילה הוי הלאו מתוקן לגמרי כאלו לא גזל דבריבית אעפ"י שהשיב הממון לא נתקן הלאו וצריך לעשות תשובה על העבירה על לאו של ריבית עיי"ש. ומבואר מדבריו דמה דבריבית לא מתקן הלאוין בחזרת הריבית הוא כיון דגלי קרא דכתיב ויראת מאלקיך ודרשינן דלמורא ניתן ולא להישבון היינו דלא מתקן הלאווין בהשבת הריבית. וא"כ לפי"ז לק"מ קושייתינו הנ"ל על המהרי"ט דהא מה דדרשינן מקרא דויראת דלמורא ניתן ולא להישיבון קאמר זאת הש"ס תמורה שם אח"כ לדחות דעת הס"ד דלא פליגי אבייי ורבא בפלוגתא דר"א ור"י אי ריבית קצוצה יוצאה בדיינים דר"א ור"י לאו בסברא פליגי אלא בקרא עיי"ש וא"כ הס"ד עדיין לא ידע מזה דדרשינן מקרא דויראת דלמורא ניתן ולא להישבון שפיר קאמר דלרבא דאמר אעל"מ ריבית קצוצה יוצאה בדיינים:

אך לכאורה, א"א לומר דדברי תלמידי הרשב"א ודברי הריטב"א הנ"ל בקנה אחד עולים וטעם אחד להם דמש"ה אף בחזרת הריבית לא מתקן הלאו כיון דילפינן כן מקרא דויראת דלמורא ניתן ולא להישבון. דהרי האי קרא דרש רק ר"י דס"ל ריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים אבל ר"א דס"ל ריבית קצוצה יוצאה בדיינים לא דרש כלל הך קרא דויראת דלמורא ניתן ולא להישבון וכמ"ש המפורשים וכ"כ הריטב"א שם וז"ל וכל הני מיעוטי לא דרש להו ר"א כלל. עיי"ש. ותא אנן קיי"ל כר"א דריבית קצוצה יוצאה בדיינים וכדאמרינן בב"מ דף ס"ה דהלכתא כר"א וגם תלמידי הרשב"א שם דנין לענין להוציא ממנו הריבית שלקח כיון דר"ק יוצאה בדיינים וא"כ איך כתבו תלמידי הרשב"א לדינא דהטוען מנה של ריבית יש לי בידך והוא טוען להד"מ לא משתבע כיון דלא מתקן הלאוין בחזרת הריבית הרי לר"א דס"ל דריבית קצוצה יוצאה בדיינים לא דרשינן כלל הקרא דויראת וכן אינך קראי דדרש ר"י דלא ניתן להישבון וא"כ לדידן שורת הדין נותן דגם בריבית מתקן הלאוין בחזרת הריבית. אע"כ צ"ל דטעם אחר יש להם לתלמידי הרשב"א

הנ"ל שכתבו לדינא דבריבית לא מתקן הלאוין בחזרת הריבית ולא כטעמא דהריטב"א ושוב לא מתיישב קושיתינו הנ"ל על המהרי"ט בתירוצינו הנ"ל אמנם נלע"ד בזה והוא דהנה קשה לי על הריטב"א מ"ש דר"א לא דרש כלל כל הני מיעוטי דדרש ר"י הלא לפי פירושו שמפרש דמש"ה ס"ל לר"י דריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים משום דיליף מקרא דבריבית לא מתקן הלאוין בחזרת הריבית וסברתו בזה לע"ד הוא משום דאין הב"ד מצווים לכוף את האדם רק לקיים מ"ע או שלא יעבור על ל"ת או אם כבר עבר על הלאו ויוכל לתקנו כופין אותו הב"ד לתקן אבל בריבית דאף אם יחזיר הריבית לא יהיו הלאוין מתוקן הלכך אין הב"ד מצווים להוציא ממנו הריבית וא"כ לפי"ז הרי שפיר נוכל לומר דגם ר"א דריש כל הני מיעוטי דדרש ר"י דלאוין דריבית לא מתקן בהשבת הריבית ואפ"ה ס"ל לר"א דריבית קצוצה יוצאה בדיינים כיון דהוא דרש קרא דוחי אחיך עמך דר"ק יוצאה בדיינים וגילתה התורה דאף דלא מתקן הלאוין בחזרת הריבית בכל זאת מוציאין ממנו הריבית. וצ"ל דהריטב"א ס"ל דמקרא משמע נמי דר"ק אינה יוצאה בדיינים ותרתי קמ"ל דמש"ה ריבית קצוצה אי"ב משום דלא מתקן הלאווין בחזרת הריבית וא"כ כיון דמקרא משמע נמי דריבית קצוצה אי"ב שוב ממילא צ"ל דר"א דדרש קרא דוחי אחיך עמך דר"ק יוצאה בדיינים לא דרש כל הני מיעוטי דדרש ר"י. ומעתה לפי"ז אומר אני דתלמידי הרשב"א הנ"ל ס"ל דהקרא דויראת וכן אינך קראי דדרש ר"י דלא ניתן להישבון לא משמע רק דלא מתקן הלאוין בחזרת הריבית אבל לא משמע ג"כ דר"ק אינה יוצאה בדיינים. וזהו דקאמר ר"י שלא ניתן להישבון היינו דהלאו לא ניתן שיהי' מתוקן בהשבה והא דס"ל לר"י דר"ק אי"ב הוא משום דזאת ממילא ידעינן דכיון דלא מתקן הלאוין בחזרת הריבית א"כ אין הב"ד מצווים להוציא ממנו הריבית וכאמור וא"כ שפיר נוכל לומר דגם ר"א דרש כל הני מיעוטי דדרש ר"י דריבית לא ניתן להישבון היינו דהלאוין דריבית אינן מתוקן בהשבת הריבית ואפ"ה ס"ל לר"א דר"ק יוצאה בדיינים כיון דהוא דריש קרא דוחי אחיך עמך דר"ק יוצאה בדיינים אף דלא מתקן הלאוין בחזרת הריבית: ומה מאוד מיושב על נכון לדרכינו מה שהקשה האספ"ז והפנ"י בב"מ שם מדוע לא מקשה הש"ס על ר"א דמה עביד לי' עם הנך קראי דדרש ר"י דלא ניתן להישבון כי היכי דפריך על ר"י דמה עביד לי' עם הקרא דוחי אחיך עמך עיי"ש שנדחקו בזה:

ש ולדרכינו .ש ולדרכינו לק"מ דהא באמת גם ר"א דרש כל הני מיעוטי דדרש ר"י. ויש מזה ראי' לדברינו. וניחא נמי שפיר מה דפריך הש"ס מ"ט דר"א והקשו המפורשים הרי כיון דמפאת הסברא ר"ק יוצאה בדיינים וכדמוכח מהא דפריך הש"ס מתחלה מ"ט דר"י דקאמר ר"ק אינה יוצאה בדיינים ואמרינן משום דיליף כן מקראי וא"כ ר"א דלא דריש

כל הני מיעוטי דדרש ר"י ממילא שפיר ס"ל דר"ק יוצאה בדיינים ואין צריך קרא. ולפי דבריו ניחא שפיר כיון דבאמת גם ר"א דרש כל הכי מיעוטי דדרש ר"י לכך פריך שפיר מ"ט דר"א:

ויש לישב בזה עוד כמה קושיות ראשונים ואחרונים בסוגי' שם ואין עת האסף פה:

ואחר הודיע אלקים אותי כל זאת שוב שפיר י"ל דגם מ"ש תלמידי הרשב"א הנ"ל לדינא דבריבית לא מתקן הלאוין בחזרת הריבית כוונתם הוא ג"כ מטעם דילפינן מקראי דלא ניתן להישבון וכמבואר בהריטב"א הנ"ל א"כ שפיר מיושבים דברי המהרי"ט ול"ק מהס"ד דהש"ס תמורה שם וכמ"ש ודוק בכ"ז:

איברא ראיתי בהריטב"א פ"ק דב"מ דף ה' שכ' שם ג"כ כדברי תלמידי הרשב"א הנ"ל בשם מורו דבריבית לא מתקן הלאוין בחזרת הריבית והוא ז"ל הסכים שם לדעת רבו וכמ"ש שם וז"ל ודינו נראה נכון אעפ"י שראיתי מן הגדולים חולקין עליו עיי"ש. וא"כ שוב קשה קושיתינו הנ"ל על המהרי"ט מהריטב"א דהא אליבא דהריטב"א א"א לתרץ כנ"ל דהרי הריטב"א בב"מ דף ס"א והבאתיו למעלה כתב בהדיא דר"א לא דרש כל הני מיעוטי דדרש ר"י וא"כ עכצ"ל דטעם אחר הי' לו להריטב"א בפ"ק דב"מ במ"ש שם לדינא דלאוין דריבית לא מתקן בחזרת הריבית ולא מטעם הקראי דדרש ר"י דלא ניתן להישבון. וא"כ שפיר קשה קושיתינו הנ"ל על המהרי"ט מהריטב"א ולא תתישב בתירוצינו הנ"ל. ובאמת כאשר זכיתי לראות דברי הריטב"א פ"ק דב"מ הנ"ל אמרתי דבלי ספק מה שהביא הב"י בשם תלמידי הרשב"א הנ"ל כיוון בזה לדברי הריטב"א פ"ק דב"מ כי דברי תלמידי הרשב"א הן המה דברי הריטב"א שם וכל הלשון של תלמידי הרשב"א הוא ממש לשון הריטב"א שם אות באות כאשר יראה הרואה והריטב"א הי' ג"כ מתלמידי הרשב"א כנודע. וא"כ גם אליבא דתלמידי הרשב"א אין לתרץ כתירוצינו הנ"ל, דר"א דרש ג"כ כל הני מיעוטי דדרש ר"י אחרי דדברי תלמידי הרשב"א והריטב"א פ"ק דב"מ ממקום אחד יהלכו וממחבר אחד יצאו הדברים. והלא הריטב"א בב"מ דף ס"א כתב בהדיא דר"א לא דרש כל הני מיעוטי דדרש ר"י:

אולם לפי"ז צריכין אנו לתת טעם למ"ש הריטב"א בפ"ק דב"מ והוא התלמידי הרשב"א שהביא הב"י וכמ"ש לדינא דבריבית לא מתקן הלאוין בחזרת הריבית. ובינותי בספרי אחרונים מצאתי במקנה על קידושין בק"א סי' כ"ח ס"ט שהביא בשם הריטב"א קידושין שכתב לענין המקדש בריבית קצוצה וז"ל ולא עוד אלא אפי' בחזרה לא מתקן הלאו כדמתקן לאו דגזל וכתב הוא ז"ל דטעמא דהריטב"א היא משום דשומא מילתא היא ולא מתקן בחזרה עיי"ש [ודע דעיינתי בהריטב"א קידושין והוא בדף וא"ו שם וראיתי

שסיים וז"ל וכדפי' בפרק איזהו נשך פירוש מרווח עכ"ל ובודאי כיוון בזה למ"ש בב"מ דף ס"א והבאתי דבריו למעלה דמש"ה בריבית לא מתקן הלאוין בחזרת הריבית משום דילפינן כן מקרא דויראת דלמורא ניתן ולא להישבון ולא כטעמא דהמקנה הנ"ל. אולם אם הריטב"א קידושין שם כיוון בזה לדבריו בב"מ דף ס"א הנ"ל קשה טובא דהלא זה הוא רק לר"י ולא אליבא דהלכתא דקי"ל כר"א וכמש"ל וצ"ע] וכן יש לפרש ג"כ דברי הריטב"א פ"ק דב"מ ותלמידי הרשב"א הנ"ל דכוונתם הוא דמש"ה בריבית לא מתקן הלאו בחזרת הריבית משום דשומא מילתא הוא. והנה טעמא דשומא מלתא הוא ל"ש רק לגבי הלאו דלא תשימון דהלאו דלא תשימון לא מתקן בחזרת הריבית כיון דשומא מילתא הוא וכמבואר בש"ס ב"מ דף ס"ב עיי"ש וברש"י ותוס' שם. אבל אינך לאוין דריבית שפיר מתקן בחזרת הריבית וכן כראה ג"כ מלשון הריטב"א ותלמידי הרשב"א שם שכתבו דלא מתקן לאוי' ומשמע רק חד לאו לא מתקן והוא הלאו דלא תשימון אבל שאר לאוין מתקן בחזרת הריבית. וא"כ לפי"ז א"ש ולק"מ קושיתינו הנ"ל על המהרי"ט כיון דאם נימא דלא מהני וריבית קצוצה יוצאה בדיינים עכ"פ יתקן שאר לאוין ונהי דהלאו דלא תשימון לא יתקן מ"מ אמרינן דלא מהני. וגדולה מזה כתב המנ"ח במלאכת שבת דאם נימא לא מהני יתקן קצת איסור ולא כולו אמרינן ג"כ לא מהני דמה לי כולו מה לי פלגא עיי"ש. וא"כ כ"ש הכא בריבית דיתקן שאר לאוין בודאי אמרינן דלא מהני:

איברא מצאתי באספ"ז ב"מ דף ס"ב ע"א ד"ה מאי קום עשה שהביא בשם הרשב"א שכתב בשם הרמב"ן לפרש הא דאמרינן שם לא מאי קום עשה כו' וז"ל מעיקרא קס"ד דלמ"ד חייב להחזיר אם החזיר תיקן לאוי' דלא תקח מאתו נשך ותרבית והלכך ת"ק דמחייב ע"כ דאית לי' כר"י דאינו בקום ועשה והשתא קדחי דלכ"ע אם גבה אע"ג דבני אהדורי נינהו אפ"ה לא תיקן לאוי' דאיסורא דעביד עביד שעל נתינת הריבית הקפידה התורה אעפ"י שהחזיר הממון ותדע לך שהרי חייב גם הלוה אלא דמצוה באנפי נפשה רמיא אמלוה דכתיב וחי אחיך עמך כו' עיי"ש. הרי מבואר בהדיא בהרמב"ן דלאו דווקא לאו דלא תשימון לא מתקן בחזרת הריבית אלא כל הלאוין לא מתקן והוא מצד הסברא מדחייבה התורה גם ללוה. ואף דנקט דייקא הלאו דלא תקח מאתו נשך חדא מנייהו נקט דאין לחלק בין לאו דלא תקח נשך לשאר לאוין. ונ"ל דגם הריטב"א והוא התלמידי הרשב"א הנ"ל נמשך אחר דברי הרמב"ן שהביא האספ"ז הנ"ל. וכן נראה מדברי הריטב"א שהביא האספ"ז ב"מ דף וא"ו ע"א ד"ה וה"ר יהוסף הלוי. וביותר מדברי הריטב"א שבועות דף ונ"א ד"ה ותקנתא שכתב וז"ל ודעת מורי הרשב"א דה"ה בשתבעו שנטל ממנו מנה של ריבית והלה כופר דמשתבע היסת אבל מורי הרא"ה ז"ל הי' אומר

דדווקא בטענת גזל משום דמתקן לאוי' בחזרה אבל בריבית דלא מתקן לאוי' לדעת רבינו הרמב"ן ז"ל לא משתבע היסת וכבר כתבתיו במקום אחר עכ"ל. הרי נראה בעליל דמ"ש הריטב"א פ"ק דב"מ בשם רבו דהטוען מנה של ריבית יש לי בידך והלה כופר לא משתבע היסת דבריבית לא מתקן הלאוין בחזרה כיוון בזה על רבו הרא"ה ונמשך אחר דעת הרמב"ן שהביא באסף"ז הנ"ל והנה לפי"ז שוב קשה קושיתינו הנ"ל על המהרי"ט מהרמב"ן והרא"ה והריטב"א דהא הרמב"ן כתב דמצד הסברא הוא כן דלא מתקן הלאוין בחזרת הריבית דחייבה התורה גם ללוה וא"כ גם הס"ד בתמורה שם בודאי הי' סבור דבריבית לא מתקן הלאוין בחזרה ושפיר קשה קושיתינו הנ"ל על המהרי"ט:

וא"ל דהס"ד בתמורה שם הי' סבור כדעת הס"ד ב"מ דף ס"ב ד"ה דמתקן הלאוין בחזרת הריבית וכמ"ש הרמב"ן שם דז"א דמה ד"ה להס"ד בב"מ שם דמתקן הלאוין בחזרת הריבית היינו לפי"מ דקאמרינן דטעמא דר"א דר"ק יוצאה בדיינים דכתיב וחי אחיך עמך וניתק לעשה הוא עיי"ש בש"ס ובדברי הרמב"ן המובא באסף"ז שם. אבל הס"ד בתמורה שם דהוא לא ידע עוד מהא דדרשינן הקרא דוחי אחיך עמך דר"ק יוצאה בדיינים א"כ מהיכי תיתי לומר דהוא הי' סבור דמתקן הלאוין בחזרת הריבית כיון דהסברא הוא דאף השתא דידעינן מהקרא דוחי אחיך עמך דר"ק יוצאה בדיינים ואפ"ה אמרינן דלא מתקן הלאוין בחזרת הריבית א"כ מכש"כ הס"ד בתמורה שם דהוא לא ידע מהא דדרשינן הקרא דוחי אחיך עמך דר"ק י"ב בודאי דהי' סבור דלא מתקן הלאוין דריבית בחזרה ומעתה קושיתינו על המהרי"ט במקומה עומדת וצ"ע כעת. ויש אתי אריכות דברים לבאר גוף סברת המהרי"ט הנ"ל אך אין רצונו להאריך כי כבר דשו רבים בדברי המהרי"ט הנ"ל ובשגם שאין כאן מקומו ולא באתי פה רק להעיר והבן כל זה:

(ג) **שם** באותו סעיף כשיתבענו הנותן עיין טו"ז וז"ל כתב הסמ"ע ולא דמי לריבית אשתמיטתי' דברי רש"י פא"נ דף ס"א שכתב וז"ל ריבית קצוצה וכופין אותו ב"ד להחזיר אם תבעו בחיים הרי גם בריבית בעינן תביעה והא קמ"ל דיוצא בדיינים כשיתבענו ומעשה באחד שאין לו ממון רק מה שלקח ממנו בריבית קצוצה ועדיין לא החזיר לו ובא המלוה לקחת אותו ריבית מיד אותו איש מדר"נ ונ"ל דא"צ ליתן כיון שאין כאן תביעה מהלוה שיחזירם ואין כאן ממון כלל כו' עיי"ש. והקשה הקצה"ח דאכתי איך פטור המלוה מטעם שאין כאן תביעה מן הלוה הלא כתב הריב"ש בסי' תפ"א והובא גם בטו"ז סי' צ"ט אם כתב בשטר שיפרע כל זמן שיתבענו המלוה וחייב המלוה לאחרים יכולים האחרים להוציא ממנו החוב אעפ"י שהמלוה אינו רוצה לתבעו עיי"ש. ונ"ל לתרץ דהנה הב"ח כתב הטעם דריבית בעי תביעה כיון דאם אינו תובעו אמרינן דמוחל

לו. ועיין באורים סק"ב שכתב דכן הוא נמי דעת הטו"ז. והנה כתבו האחרונים ובראשם השער משפט סק"א הטעם דאם תבעו אח"כ מחויב להחזיר ולא אמרינן דכבר מחל לו משום דבודאי נתחייב המלוה להחזיר הריבית ללוה והלוה טוען ברי דלא מחל נאמן דברי ושמא ברי עדיף עיי"ש. וא"כ דוקא להלוה עצמו מחויב להחזיר כיון דהוא טוען ברי שלא מחל לו משא"כ להמלוה השני אף דהוא בא מכחו של הלוה אינו מחויב להחזיר לו דדלמא מחל לו הלוה את הריבית והרי המלוה השני אינו יכול לטעון ברי דלא מחל הלוה ולפי"ז לק"מ על דינא דהטו"ז מהך דהריב"ש דדוקא בריבית דמדעתי' יהיב לי' ונתן לו בתורת מתנה שפיר יש לדון בזה דמעיקרא מחל לו לכן שפיר א"צ להחזיר כ"א כשתבעו הלוה גופי' וטוען ברי שלא מחל לו מעיקרא ולא נתן לו בתורת מתנה משא"כ בדינא דהריב"ש דמיירי בהלואה הרי מיד מעיקרא נתן לו רק בתורת הלואה וכדי להחזיר לו אחר זמן הלואתו וא"כ הרי ל"ש כלל לומר שמא מחל לו המלוה. הלכך שפיר יוכל הבע"ח של המלוה להוציא מן הלוה אף בלי תביעת המלוה והוא נכון. אך העיקר לפענ"ד הוא בזה כחילוקו של הקצה"ח שם ואף שהוא כתב רק בדרך אפשר אבל לפע"ד הוא פשוט וברור כדבריו עיי"ש:

ראיתי בהגהות הגאון מלייפניק על הקצה"ח בכ"י שכתב וז"ל יעוין בחדושי הריטב"א ומובא באספ"ז ב"מ דף ס"א ד"ה שכן חידוש הוא משם בארה דעתו דתביעת ריבית לא הוי כשאר תביעות כו' דאין על חבירו שעבוד ממון אלא חיוב הוא שחייב הכתוב להחזיר איסור שבידו כו' ועיין גם במשל"מ פ"ד מהל' מלוה מ"ש בשם הריב"ש והרשב"א והדבר פשוט לדעת הנ"ל דאין צריך תביעה וגם לא שייך שעבודא דר"כ עכ"ל. ונראה מדבריו דבא להוציא מדברי הרשב"א והריטב"א הנ"ל דל"ש שעבודא דר"כ גבי ריבית אפי' אם תבעו כיון דבריבית ליכא על המלוה שעבוד נכסים אלא חיוב בעלמא:

אמנם לבבי לא כן ידמה ולפענ"ד נראה דאם תבעו גם הרשב"א והריטב"א סוברים דנתחייב בשעבודא דר"נ דעד כאן לא קאמרו הרשב"א והריטב"א דהמלוה קנה הרבית לגמרי וליכא שעבוד נכסים אלא דווקא אם לא תבעו הלוה להחזיר אבל אם תבעו הלוה להחזיר גם הרשב"א והריטב"א מודים דתו לא הוי אצלו ממון גמור אלא דהוי כחוב גמור ואיכא שעבוד נכסים דהנה המשל"מ שם כתב הטעם דס"ל להרשב"א והריטב"א דקנה הממון לגמרי וליכא שעבוד נכסים דילפי זאת מדגלי קרא דבניו פטורים מלהחזיר ע"כ דקנה הממון לגמרי וליכא שעבוד נכסים דאי לא קנה לגמרי ואיכא שעבוד נכסים גם בניו היו חייבים להחזיר וכמו בגזל עי"ש ועיין בקונטרוס שערי דיעה מבעל שער משפט בסי' קס"א שכתב דאם תבעו הלוה את הרבית גם בניו חייבים להחזיר והביא

ראיות. לזה עיי"ש וא"כ ע"כ צ"ל דאם תבעו את הריבית גם הרשב"א והריטב"א מודים דאיכא שעבוד נכסים ותו לא הוי אצלו ממון גמור אלא דהוי כחוב גמור דאל"כ אמאי מחוייבים הבנים להחזיר. ומהגם דנ"ל להביא ראי' לדברי השער דעה הנ"ל מרש"י ז"ל ב"מ הנ"ל שכתב וכופין אותו ב"ד להחזיר אם תבעו בחייו ומזה הביא הטו"ז ראייתו דבריבית בעינן תביעה והא אכתי אינו מובן מ"ש רש"י תיבת בחייו הו"ל למימר סתם אם תבעו ונ"ל דכוונת רש"י ז"ל הוא דסובב בזה על הא דכתב שם לעיל מיני' ד"ה יכין דאין הבן מחויב להחזיר הריבית וע"ז קאמר דאם תבע הלוה להמלוה בחייו כופין אותו להחזיר היינו דכופין גם את הבן להחזיר כמ"ש השע"ד הנ"ל [וראיתי בכנה"ג ביו"ד סי' קס"א שגם הוא דקדק למה נקט רש"י ז"ל תיבת בחייו וכתב בזה לדחות ראיית הטו"ז דכוונת רש"י ז"ל הוא רק לאפוקי יורשים שאינם חייבים להחזיר אולם אכתי הי' קשה לי' מדוע נקט רש"י תבעו ועיי"ש שנדחק בזה. ולדרכינו א"ש על נכון] והלא דעת רש"י ז"ל הוא ג"כ כדעת הרשב"א והריטב"א הנ"ל דריבית קנה לגמרי דמבואר ברש"י קידושין דף וא"ו דהמקדש בריבית קצוצה מקודשת וכ"כ הב"ש באע"ז סי' כ"ח ס"ק כ"ו דרש"י סובר כן עיי"ש. וא"כ ע"כ דס"ל לרש"י כדעת הרשב"א והריטב"א הנ"ל. וכבר האריכו בזה המפורשים. ואפ"ה ס"ל לרש"י דאם תבעו מחוייבים הבנים להחזיר וא"כ ע"כ צ"ל דגם רש"י והרשב"א והריטב"א מודים דאם תבעו הוי הריבית אצלו כחוב גמור ואיכא שעבוד נכסים לכן שפיר מחוייבים הבנים להחזיר:

ומעתה לפי"ז דאם תבעו הוי הריבית אצלו כחוב גמור ואיכא שעבוד נכסים שוב ממילא אם תבעו שייך שעבודא דר"נ והבן:

(ד) **סעיף ה'** הנוטל שכר לדון כו' מקור דין זה הוא במשנה בכורות דף כ"ט והוא מטעם דמת אני בחנם אף אתה בחנם. וכ' זקני התוי"ט שם שלא אמרו אלא בבאו לפניו לדון. אבל כשהי' קובעין אותו להיות קבוע לדון זה אינו בכלל מה אני בחנם ורשאי להתנות בתחלת קביעתו ליטול שכר על כך ועל כך עיי"ש. אמנם מדברי הרמ"א וש"ך ביו"ד סוף סימן רמ"ה ומקורו בתשובת מהרי"ו ובפסקי מהרא"י מוכח דאפי' בכה"ג הוא בכלל מה אני בחנם דאיתא שם ברמ"א רב היושב בעיר ולומד לרבים יכול חכם אחר לבא וללמוד ג"כ שם אפי' מקפח קצת פרנסת הראשון שהקהל קבלו הראשון עליהם לרב ונוטל פרס מהם על זה אפ"ה יכול השני לבוא לדור שם ולהחזיק ברבנות עיי"ש. וכתב הש"ך לפרש הא דכ' הרמ"א אפילו מקפח קצת פרנסת הראשון היינו שכר חופות וקידושין וכדומה וכמ"ש בפסקי מהרא"י כי על קיבול פרס זה אנו בושים ובטורח למצוא היתר לרובן והאיך נחזיק אותו כולי האי להחשיבו פרנסה ומחי' לבלתי ישיג אחר בהם עיי"ש. והרי

הרמ"א מיירי שהקהל קבלו הראשון עליהם לרב וכמ"ש הרמ"א בהדיא. והיינו שקובעין אותו לכך ואפ"ה כתב הש"ך בשם מהרא"י דעל פרס זה אנו בושים ובטורח למצוא היתר. והן אמת דראיתי בשו"ת ח"ס חיו"ד סי' ר"ל שכתב על דברי הרמ"א הנ"ל דהמעיין בגוף דברי מהרא"י ומהרי"ו יראה כי אין דברים אלו נאמרים אלא בימיהם שלא קבלו הרב כפועל אלא כל ת"ח הנהיג בני עירו שהי' דר שם וממילא הי' פרס הקצוב מחופות וקידושין וכדומה אבל בזמה"ז שמקבלים רב ועוקר דירתו ממקומו ובא לכאן וקוצבים לו שכירתו כמו שמשכירים פועל ובתוך אותו הקצבה הוא שכרו מחופות וקידושין וכדומה בזה ל"ש לומר מה אני בחנם כו' עיי"ש. ורצונו בזה לחלוק על הרמ"א שכ' דאפילו קבלו הקהל את הרב הראשון עליהם ג"כ מותר לקפח פרנסתו מטעם מה אני בחנם כו'. אולם כאשר אנכי עיינתי בגוף תשובת מהרא"י ומהרי"ו (תשו' מהרי"ו בענין זה נדפס גם בפסקי מהרא"י סי' קכ"ו) ראיתי שבאמת העובדא דמיירי המהרי"ו ומהרא"י שם הי' שלא קבלו הקהל את הרב הראשון כלל אבל הא כתב בהדיא המהרי"ו שם דאין חילוק בין אם בני העיר קבלו עליהם ת"ח הראשון לראש ולקצין בין אם לא קבלו עליהם ובכל ענין לא מצי מעכבי עיי"ש:

אמנם אחר העיון ראיתי דליכא סתירה כלל לדברי התוי"ט והח"ס ממ"ש המהרי"ו דאפי' אם קבלו בני העיר עליהם את הרב הראשון לא מצי מעכבי. והוא דמהרי"ו כתב שם דמש"ה יכול הרב השני לבוא ג"כ למקום הרב הראשון ואין הראשון יכול למחות בידו משום דקנאת סופרים תרבה חכמה והביא כן בשם הא"ז עיי"ש [עיין במהרש"א בח"א ב"ב דף כ"א שכתב דקנאת סופרים תרבה חכמה ל"ש רק בסופרים שלא הגיעו למעלת החכמים כמו המקרי דרדקי אבל בת"ח ל"ש קנאת סופרים תרבה חכמה עיי"ש ומדברי הא"ז ומהרי"ו הנ"ל מבואר בהדיא דגם בתלמידי חכמים שייך קנאת סופרים תרבה חכמה] ולפי טעם זה שפיר אף דקבלו עליהם את הרב הראשון אינו יכול למחות להרב השני ויש לדמות זאת להא דאמרינן בב"ב דף כ"א ע"א וכן קיי"ל ביו"ד סי' רמ"ה סעיף י"ח גבי מלמד דאם יש כאן מלמד תינוקת ובא אחר דגרס טפי מיני' מסלקין הראשון מפני השני עיי"ש ומשמע אף דכבר קבלו את הראשון למלמד מסלקין אותו מפני השני וכ"כ בהדיא הפ"ת שם בשם ס' בני חייא עיי"ש וה"נ ברבנים ולומדים לרבים מכח קנאת סופרים תרבה חכמה כל אחד יתאמץ לגרוס טפי מחברי' לכן אף שקבלו בני העיר את הרב הראשון אינו יכול למחות להרב השני לבוא ג"כ ללמוד שם. אבל באמת מטעם מה אני בחנם כו' אינו יכול השני לבוא ג"כ ללמוד שם ולקפח פרנסת הראשון היכא דהקהל קבלו עליתם את הרב הראשון. ומ"ש מהרא"י הטעם דמש"ה רשאי הרב השני לבוא ג"כ

ללמוד שם ולקפח פרנסת הראשון משום דעל שכר זה אנו בושים דמה אני בחנם כו' באמת הוא לא איירי כלל היכא שהקהל קבלו עליתם את הרב הראשון אלא הוא קאי שם על גופא דעובדא שם דמיירי שהקהל לא קבלו עליהם כלל את הרב הראשון הלכך שפיר שייך מה אני בחנם כו' אבל היכא קבלו עליהם את הרב הראשון ל"ש מה אני בחנם כו' שיהא רשאי הרב השני לבא ג"כ ללמוד שם ולקפח פרנסת הראשון. ורק מטעם קנאת סופרים תרבה חכמה מותר אפי' היכא שהקהל קבלו עליהם את הרב הראשון וכמ"ש מהרי"ו. וגם מטעם קנאת סופרים תרבה חכמה אינו רשאי הרב השני רק ללמוד ג"כ שם אבל לקפח פרנסת הראשון אפי' מקצת פרנסה אסור דהרי גם במלמד דמסלקין הראשון מפני השני היכא דהשני גרס טפי מן הראשון אבל הא פשיטא דהבעלים חייבין לשלם להראשון כל שכרו אם קבלו אותו וכן מבואר בהדיא בהרדב"ז ח"א סי' רפ"ה עיי"ש. ומהרי"ו שם שכתב דמטעם קנאת סופרים תרבה חכמה מותר להשני לבוא למקום הראשון אפי' היכא דהקהל קבלו עליהם את הרב הראשון הוא לא איירי רק לענין לימוד שילמוד ג"כ שם אבל לענין שיתא מותר להרב השני לקפח פרנסת הראשון לא מיירי כלל המהרי"ו שם עיי"ש ושפיר י"ל דהמהרי"ו ס"ל דהיכא דקבלו בני העיר את הרב הראשון אסור להרב השני לקפח כלום אפי' השכר מחופות וקדושין וכדומה כיון דבכה"ג ל"ש מה אני בחנם כו' וכדעת זקיני התוי"ט והח"ס ותבן:

(ה) **שם באותו סעיף** כל דיניו שדן בטלים עיין בנתיבות סק"ג שכתב וז"ל בכנה"ג בשם מהרי"ט כתב ודוקא דין התלוי בשודא כו'. ולפענ"ד נראה דחז"ל בטלו ממנו שם דיין והוי כטען חוץ לב"ד כו' עיי"ש בנתיבות וכ"כ המהרי"ט שם בעצמו והוא בח"א סי' ס"ט וכפי הנראה לא עיין הגאון בעל הנתיבות בגוף ספר המהרי"ט רק בכנה"ג לבד:

סימן י

(א) **סעיף א** עד שיחמיצנו כן הוא לשון הטור. ומדבר הב"י והסמ"ע נראה דהם הבינו דהטור כיוון בזה למה דדרשינן בסנהדרין דף ל"ה אשרו חמון אשרי דיין שמחמיץ את דינו ופרש"י שמשהה את דינו ומלינו כדי להוציאו לאמיתו עיי"ש. ולדעתי העני' א"א לומר כן דהא מה דדרשינן שם הקרא דאשרו חמוץ אשרי דיין שמחמיץ את דינו זה קאי על ד"נ. ומש"ה בד"נ אין גומרין לחוב בו ביום עיי"ש בגמרא וכ"כ בהדיא הר"ן בחדושיו שם דהאי קרא בד"נ מיירי דכתיב לעיל מיני' ידיכם דמים מלאו עיי"ש. אלא דהטור נמשך בזה אחר לשון הקרא דכי יתחמץ לבבי שהביא הטור שם ולא אחר קרא דאשרו חמוץ. ועיין גם בב"ח שכתב וז"ל מה שאמרו בפאד"מ אשרו חמוץ אשרי דיין שמחמין

את דינו אינו אלא בד"נ ולמימרא דבעי הלנה כו' ומש"ה לא הביא רבינו הקרא דאשרו חמוץ אלא קרא דכי יתחמץ לבבי לאורויי דאף בד"מ בעינן חימוץ אע"ג דלא בעי הלנה ונפקא לי' מכי יתחמץ עכ"ל ודבריו אמתים:

(**ב**) **סעיף ד** דין פרוטה כדין של מאה מנה הב"ח והטו"ז הקשו למאי הלכתא כתבו הרמב"ם והטור דין זה דהלא דין זא הוא מילתא דפשיטא וכדאמרינן בפ"ק דסנהדרין. ותירץ הב"ח דלא פריך בגמרא פשיטא אלא אדרשה דקרא דאיירי במומחין דד"ת בעינן מומחין ומומחין ודאי ידעו דאין לחלק בין קטן לגדול עיי"ש. אמנם תירץ זה לא ניחא אליבא דהרמב"ם דהא הרמב"ם סובר כרב אחא דגם מה"ת בחד סגי ואפי' ביחיד הדיוט וכמ"ש הש"ך בסי' ג',. וגם מה שתירץ הטו"ז כבר גמגם עליו בספר בר"י. אך באמת הקושיא מעיקרא ליתא וכמ"ש הבר"י דכן דרך הפוסקים להביא כל מה שאמרו בגמרא ואפי' אי אתמר בפשיטות. וכן מבואר בהדיא בב"י ובכ"מ שדברי הרמב"ם והטור נובעים ממה דפריך הש"ס פשיטא עיי"ש:

סימן יא

(**א**) **סעיף א** שולחים לו ב"ד שלוחם. שיבא וצריך השליח ב"ד לומר להבע"ד שיהא מזומן לדון עם פלוני ולא שיאמר לו סתם שיבא לדין. וכן הוא בגמרא מ"ק דף ט"ז ע"א את ופלניא דכתיב אתה והם ואהרן. והטעם כתב הריטב"א שם כדי שידע מי תבעו ויזכור אם יש לו לעשות כלום ויפייסנו וגם שיתן על לבו מה שישיב בדין עכ"ל. עיין בש"ך סק"א שהביא בשם הב"ש שכתב דאם הנתבע אומר להתובע שיגלה לו טענתו קודם שילך עמו לדין דא"צ לגלות טענותיו והש"ך חולק עליו עיי"ש. ועיין בהגהות הגאון מלייפניק הנדפס סביב הש"ע שכתב וז"ל יעוין מ"ק דף ט"ז את ופלניא כו' ובחדושי הריטב"א שם משמע דא"צ להודיע טענתו עכ"ל. ובלי תפונה שכיוון הגאון לדברי הריטב"א שהבאתי ולפענ"ד אין מדבריו שום הכרע כלל דאין צריך להודיע טענתו דמ"ש הריטב"א כדי שידע מי תבעו ויזכור כו' כוונתו הוא היכא שאין הנתבע אומר שיגלה לו טענותיו רק יזכור מעצמו:

אבל היכא דהנתבע אומר בפירוש שרוצה שיגלה לו טענותיו יש לומר דצריך לגלות וכדעת הש"ך. ושוב ראיתי בספר בר"י שכתב להיפך מהגאון ולייפניק דמדברי הריטב"א הנ"ל יש סמך לדעת הש"ך עיי"ש. אולם לדעתי' העני' אין להביא שום סייעתא מדברי הריטב"א הנ"ל לא להב"ש ולא להש"ך כי אין שום הוכחה בדבריו לענין זה והבן ועיין עוד שם בהריטב"א שכתב דבעינן דוקא שליח ב"ד אבל אם הבע"ד בעצמו הזמינו ואפי'

בעדים ולא בא לא חשיב אפקרותא ולא ציית דינא עיי"ש. מיהו נ"ל דאם הב"ד שלחו את הבע"ד להזמין בעצמו את הבעל דין שלו והזמינו בפני עדים ולא בא חשיב אפקרותא:

(ב) **שם באותו סעיף** לא בא מזמינים אותו פעם שלישית בש"ס מ"ק שם איתא זמנא בתר זמנא דכתיב קראו שם פרעה מלך מצרים שאון העביר המועד עיי"ש. משם משמע דרק תרי זימני מזמינין לי' וכל הפוסקים כתבו דמזמינין לי' שלשה פעמים והוא מש"ס ב"ק דף קי"ג ע"א. ועיין באספ"ז ב"ק שם שהביא בשם הרמ"ה שעמד בזה ומתרץ על נכון עיי"ש וי דמה דצריך להזמינו שלשה פעמים נראה פשוט דזה הוא דוקא אם הבע"ד השיב שיבא או שלא אמר כלום אבל אם השיב שלא יבא כלל לב"ד סגי בפעם אחת ומנדין אותו מיד. וכן משמע ממ"ש המחבר דהשליח נאמן שלא רצה לבוא. ועיין בנתיבות סק"א וכן ראיתי להב"ח שכתב כן בהדיא וכ"כ הישש"ש פרק הגוזל בתרא דין ט"ו עיי"ש ונ"ל דה"ה נמי לענין לתת רשות לשכנגדו לילך בערכאות ולענין שיהא חייב לפרוע לו הוצאותיו ג"כ סגי בהזמנה אחת אם השיב שלא יבא לב"ד:

(ג) **שם באותו סעיף** ואין שליח ב"ד חייב באמירת דברים משום לשון הרע בש"ס מ"ק שם ילפינן לה מדכתיב העיני האנשים ההם תנקר. ופרש"י אי לאו דשליח א"ל למשה לא הוי ידע עיי"ש. ועיין בנמוק"י שם שפירש הא דכתיב העיני האנשים ההם תנקר וז"ל ואמשה קאמר אלא שכינה הכתוב כו' עיי"ש. וכוונתו הוא בזה דכיון דהם אמרו כן על משה לכן שפיר הוי מתפקר בשליח ב"ד ויליף שפיר מהתם דאם מתפקר בשליח ב"ד ואמר השליח הדברים לפני ב"ד אין בזה משום לשון הרע. אולם רש"י בחומש פירש דעל עצמם אמרו העיני האנשים ההם תנקר עיו"ש:

ולפי פירושו קשה דמאי ראי' הוא מהתם דאם מתפקר בשליח ב"ד וסיפר השליח לפני ב"ד אין בזה משום לשון הרע. וכבר עמד בזה המהרש"א בחדושי אגדות והמפורשים עה"ת. ועיין בס' נחל קדומים עה"ת שכתב שלשה תירוצים בזה. ותירץ האחרון הוא החביב בעיני שכתב דכיון שיש פנים לומר דעל משה קאמר א"כ הו"ל לפרש הכתוב על מי קאי כדי שלא נפרש על משה וללמוד דאין בשליח ב"ד משום לשון הרע אלא ודאי דהדין כן דאין בשליח ב"ד משום לשון הרע עיי"ש. אמנם ראיתי בשאלתות פ' קרח שכתב וז"ל ואי משתעי מילתא בישא כלפי בי דינא ואתא שליחא ואמר לית בי' משום לא תלך רכיל דכתיב וישלח משה לקרא לדתן ואבירם בני אליאב ויאמרו לא נעלה למימרא דאהדר שליחא עכ"ל ותימה הלא בגמרא ילפינן זאת ממה דכתיב העיני האנשים ההם תנקר ואמאי שינה הוא מילפותא דגמרא. ועוד נה ראי' הוא מהתם דמותר להשליח לספר כל לישנא בישא שחירף הבע"ד את הב"ד הלא מה שהשיב השליח מה

שאמרו לא נעלה הי' מוכרח להודיע זאת למשה דהא על זה שלח אותו וגם מה לישנא בישא הי' בזה שאמרו לא נעלה. אולם נ"ל דבעל השאלתות גרס הכי גם בגמרא. ומה שהביאו לזה נ"ל משום דהוא הי' מפרש כפרש"י בחומש שהבאתי בסמוך דעל עצמם אמרו העיני האנשים ההם תנקר ולא על משה וא"כ אין ראי' מהתם דאם מתפקר בשליח ב"ד וסיפר השליח הדברים לפני ב"ד דאין בזה משום לשון הרע וכקושית המפורשים הנ"ל על רש"י ז"ל. ולדידי' לא הי' ניחא לדחוקי לפרש כוונת הש"ס כמ"ש המפורשים אליבא דפרש"י לכן גרס הוא דהילפותא הוא ממה דכתיב ויאמרו לא נעלה וע"כ דשליחא אהדר כן למשה. ומה שהקשתי דמה ראי' הוא מזה דאין בשליח ב"ד משום לשון הרע אחר העיון קצת אמרתי דשפיר יש ראי' דהא מה דאמרו לא נעלה הוי ג"כ כמעיז פנים לפני משה. ועיין גם בב"ח בסי' ח' שכתב בהדיא דהאומר שאינו רוצה לבוא לדין הוי בזיון לדיין שאינו חושש על ציווי ב"ד לבוא לדין ומדמה זאת למקלל את הדיין עיי"ש. וא"כ לא הו"ל להשליח להודיע למשה שאמרו לא נעלה רק הו"ל להשיב למשה שאמר להם שיבואו אליו ותו לא ועיין גם בנתיבות סק"א שכתב כן דהשליח ב"ד א"צ להעיד לפני ב"ד שאמר הבע"ד שלא יבא רק שהגיד לבע"ד שיבא ואפי' זה א"צ השליח להעיד דחזקה שליח עשה שליחתו עיי"ש. ומדאהדר שליחא למשה גם מה שאמרו לא נעלה ע"כ דאין בשליח ב"ד משום לשון הרע. כן נלע"ד בדעת השאלתות ומהתימא על הגאון מהר"י שלא הרגיש בזה בחבורו שאילת שלום על השאלתות:

עיין ברי"ף מ"ק שם שגורס מנלן דמשדרינן שליחא ומזמנינן לב"ד דכתיב היו לפני ד':

ועיין בקרבן נתנאל על הרא"ש שכתב לפרש דעת הרי"ף מה דלא יליף מקרא דוישלח משה לקרא לדתן ולאבירם וכמו שהוא בגמרא שלפנינו משום שסבר דהאי שליחא ששלח משה לקרא לדתן ואבירם לא שלח ע"ד הזמנות לב"ד כי אם ששלח אחריהם לפייסם כמו שלמדו מכאן שאין מחזיקין במחלוקת עיי"ש. ולפי"ז צ"ע האיך ילפינן ממה דכתיב העיני האנשים ההם תנקר דאי מתפקר בשליחא דבי דינא ואתי ואמר לא מיתחזי כלישנא בישא וגם הרי"ף שם הביא הך מימרא הלא האי שליחא לא הוי שליח ב"ד. ולכאורה רציתי לומר דלזה כיוון הרא"ש במ"ש וז"ל ומנלן דאי מתפקר כלפי גברא רבה ואתי שליח ואמר לא מיחזי כלישנא בישא דכתיב העיני האנשים וגומר עכ"ל. הרי דהוא דקדק בלשונו הזהב וקאמר מתפקר כלפי גברא רבה ולא קאמר דמתפקר כלפי שליחא דב"ד והוא משום דהאי שליחא לדתן ואבירם לא הי' שליח ב"ד רק שליחא דמשה כדי לפייסם והוי רק שליחא דגברא רבה ולא שליח ב"ד אמנם ז"א דא"א לומר דהרא"ש כיוון לזה דהא הרא"ש שם יליף דמשדרין שליחא דב"ד מהא דכתיב וישלח משה לקרא לדתן

ואבירם וכמו שהוא בגמרא שלפנינו ולא כגירסת הרי"ף וע"כ דהרא"ש ס"ל דהאי שליחא לדתן ואבירם הי' ע"ד הזמנות לב"ד [והן אמת דהקרבן נתנאל שם כתב דגם דעת הרא"ש הוא דהאי שליחא ששלח משה לדתן ואבירם הי' כדי לפייסם עיי"ש אולם דבריו בזה אינם מובנים כלל כאשר יראה המעיין] וא"כ לפי גרסתו שפיר הוי מצי הוא לומר כמו שהוא בגמרא דאי מתפקר בשליחא דבי דינא כו' אלא צ"ל דמ"ש מתפקר כלפי גברא רבה באמת כוונתו הוא דמתפקר כלפי שליחא דבי דינא ומה דנקט כלפי גברא רבה הוא משום דנמשך אחר מ"ש למעלה לקמי' גברא רבה פלניא מנלן דכתיב לפני ד'. וכן הוא בגמרא שם ובזה מיירי בב"ד לכן נקט גם אח"כ בלשונו מתפקר כלפי גברא רבה. אך באמת לק"מ קושיתינו הנ"ל לפי דברי הקרבן נתנאל בדעת הרי"ף הנ"ל. דשפיר שמעינן מהתם דבשליח ב"ד לא שייך משום לישנא בישא דכ"ש הוא מהתם דמה התם דהאי שליחא לא הלך בשליחות ב"ד רק בשליחותא דמשה כדי לפייסם א"כ לא הי' הוא רק כמו שליחא דרבנן ואפ"ה לא הי' שייך בי' משום לישנא בישא כ"ש בשליח ב"ד בודאי דלא שייך משום לישנא בישא. דהא שליח ב"ד עדיף טפי משליחא דרבנן. וכן משמע מדברי התוס' יבמות דף נ"ב ע"א ד"ה דמתפקר בשליח דבי דינא עיי"ש וכן מבואר בהדיא בדרישה לעיל סוף סי' ח' עיי"ש היטב. אולם עדיין אני נבוך בזה דהא לפי"ז יצא לנו דבר חדש אשר לא שערום אבותינו דגם בשליחא דרבנן אף שאינו שליח ב"ד לית בי' משום לישנא בישא וצ"ע. עיין בחכמת שלמה מהגאון מהר"ש קלוגר על חו"מ הנדפס מחדש סביב הש"ע שהקשה לעיל בסי' ח' דמה ראי' הוא מדתן ואבירם דמותר לשליח ב"ד לספר לשון הרע הלא דתן ואבירם היו בעלי מחלוקת ועל בעלי מחלוקת מותר לספר לשון הרע וכמ"ש הגהות מיימוני והובא במג"א סי' קנ"ו והניח בצ"ע. וכבר הקשה קושיא זו בספר בית אברהם על חו"מ לעיל בסי' ח' ותירץ ב' תירוצים עיי"ש. ועיין גם בהגהות גליון הש"ס על הירושלמי בפ"א דפאה שמתרץ שם ג"כ קושיא זו עיי"ש:

(ד) **סעיף ב** ברמ"א ואם יש בהם מומחה חולקין לו כבוד כו'. דין זה הוא בש"ס מ"ק שם דאיתא לקוני' גברא רבה דכתיב לפני ד'. ועיין בנמוק"י שם שהביא בשם הראב"ד והובא גם בסמ"ע שמפרש דמשה הי' ב"ד עם הקב"ה ושלח משה לעדת קרח ע"י קרח [הסמ"ע כתב דשלח משה שלוחו לקרח. וז"א אלא צ"ל דשלח משה לעדת קרח ע"י קרח וכמ"ש הראב"ד ובודאי ט"ס הוא בהסמ"ע] שיהיו מזומנים לדין לפני ד' ומדלא קאמר היו לפנינו ש"מ דמזכירין לו שם המומחה וחולקין לו כבוד עיי"ש. ועיין בהריטב"א שכתב די"מ דקרח הי' שליח להזמין לעדתו וי"מ דמשה רבינו הי' שליח השם להזמין לפניו קרח ועדתו עיי"ש וכ"כ גם הראב"ד שם מתחלה. וצ"ע לפי דעת הי"מ דמשה רבינו הי'

שלוחו של הקב"ה, א"כ איך ילפינן מהא דקאמר משה היו לפני ד' ולא קאמר היו לפנינו דצריך השליח להזכיר בשם הגברא רבה. הלא הקב"ה לבד הי' הדיין ולא משה וא"כ הי' מוכרח לומר היו לפני ד' ולא מצי למימר היו לפנינו. ואין לומר דהם ס"ל דמשה הי' ג"כ דיין עם הקב"ה אלא דהי' שליח ג"כ וא"כ שפיר הי' יכול לומר היו לפנינו דז"א דהא הם פירשו כך לפי גירסת הרי"ף דילפינן דמשדרין שליחא דבי דינא. מדכתיב ויאמר משה אל קרח אתה וכל עדתך כו' ופירשו דמשה הי' השליח [ולפי הגרסא שבגמרא שלפנינו דילפינן מדכתיב וישלח משה לקרא לדתן ואבירם א"א לומר דמשה הי' השליח דהא כתיב וישלח משה] ואי נימא דמשה הי' ג"כ דיין עם הקב"ה האיך נשמע מהתם דמשדרין שליחא הלא מהתם כשמע דהדיין בעצמו צריך לילך להבע"ד להזמינו לדין. אע"כ צ"ל דכוונת הי"מ הנ"ל הוא דמשה הי' רק שליח ולא דיין עם הקב"ה וא"כ שפיר קשה קושיתינו הנ"ל. איברא באמת ראיתי בהרי"ף שהוא השמיט הך מימרא דצריך השליח לומר לקמי' גברא רבה. ופלא אמאי השמיט הרי"ף מימרא זו. ונ"ל דהוא משום דהרי"ף מפרש כהי"מ הנ"ל דמשה הי' השליח ולא הי' דיין עם הקב"ה וא"כ אין ראי' מהא דקאמר משה היו לפני ד' ולא קאמר היו לפנינו דצריך להזכיר שם הגברא רבה וכנ"ל, הלכך לא גרס הרי"ף כלל מימרא זו בגמ' ובזה ניחא נמי מה שהשמיט הרי"ף שם גם מה דאמרינן בגמרא ומנלן דמזמנינן לדינא דכתיב ויאמר משה אל קרח וכו' והוא דהנה מימרא זו אינו מובן כלל דהא כבר קאמרינן לעיל מיני' מכלן דמשדרין שליחא דבי דינא ומזמנינן לדינא דכתיב וישלח משה לקרא לדתן ואבירם ול"ל תו לכפול ולומר מכלן דמזמנינן לדינא ונ"ל לפרש דמתחלה ילפינן, דמשדרין שליחא דבי דינא להבע"ד להזמינו לדין והב"ד א"צ לילך בעצמן להבע"ד להזמינו. אך לפי"ז שוב הו"א דצריכין דייקא לשדר שליחא אבל הב"ד בעצמן אינן רשאין לילך להבע"ד להזמינו דזילותא הוא לפני הב"ד לילך בעצמן לזה קאמר אח"כ ומכלן דמזמנינן לדינא היינו דהב"ד בעצמן רשאין לילך להבע"ד להזמינו דכתיב ויאמר משה אל קרח דהוא בעצמו אמר להם אף שהוא הי' דיין:

והנה לפי גרסת הרי"ף דיליף דמשדרין שליחא ומזמנינן לדינא מדכתיב ויאמר משה אל קרח וכו' והוא מפרש כהי"מ הנ"ל דמשה לא הי' דיין עם הקב"ה רק הי' שליח לבד. א"כ לדידי' אין ראי' מהא דכתיב ויאמר משה אל קרח וכו' דגם הב"ד בעצמן רשאין להזמין להבע"ד וליכא זילותא להב"ד. הלכך לא גרס הוא כלל הך מימרא דמנלן דמזמנינן לדינא כו'. אבל לפי הי"מ דמשה הי' דיין עם הקב"ה ומשה שלח ע"י קרח לעדתו שיבואו לדין נהי דהם ג"כ פירשו כן לגרסת הרי"ף הנ"ל דיליף דמשדרין שליחא מדכתיב ויאמר משה

אל קרח וכו' וכמבואר בהריטב"א שם. מ"מ שפיר יש ראי' ג"כ ממה דכתיב ויאמר משה אל קרח וכו' דגם הדיין בעצמו רשאי להזמין להבע"ד ואין זה זילזול לפניו דהא קרח הי' ג"כ בע"ד ואפ"ה אמר לו משה בעצמו שיבא לדין. וא"כ שוב הו"ל להרי"ף להביא גם מימרא זו דמנלן דמזמנינן לדינא כו'. אע"כ דהרי"ף ס"ל כהי"מ דמשה רבינו הי' רק שליח ולא דיין עם הקב"ה וא"ש וכנ"ל:

סימן יב

(**א**) **סעיף א** אי אתה רשאי לומר כו'. עיין במנ"ח מצוה תט"ו שכתב דאם קבלו עליהם קא"פ דאינם חייבים לדון יכולים לסלק עצמן אף לאחר שיודעים האיך הדין נוטה כיון דאינם מחוייבים כלל והוכיח כן מדברי הרא"ה בחינוך שם עיי"ש:

(**ב**) **סעיף ז** דפשרה צריכה קנין. נדרשתי לאשר שאלוני. רב אחד שמת והניח שני בנים שממלאים מקום אביהם בחכמה וביראה ורצו שניהם לכהן תחת אביהם לקבל עליהם עול משרת הרבנות ועי"ז לא רצו אנשי העיר לקבל לרב לא לזה ולא לזה והתפשרו האחים ביניהם מעצמן בלא קנין שהבן הבכור יכהן תחת אביו ועל אופן זה שהוא יתן לאחיו הצעיר סך כך וכך בכל שבוע וקבלו הקהל את הבן הגדול לרב. ועתה הבן הבכור שהוא הרב אינו רוצה ליתן לאחיו הצעיר מה שהבטיח לו מה הדין בזה. וזה דברי תשובתי. הנה מה שהי' הפשר בלא קנין כבר כתב הש"ך בסי' י"ב ס"ק י"ב בשם תשובת מהר"מ מלובלין דפשרה שעושין הבעלי דינים עצמן ביניהם מהני אפי' בלא קנין. וא"כ בנ"ד שהאחים עשאו הפשרה ביניהם מעצמן מהני אפילו בלא קנין. ואולם הא כתבו האחרונים ה"ה הנב"י במהדו"ק חחו"מ סי' למ"ד והב"ש אחרון והנתיבות דכוונת מהר"מ הוא דוקא מתובע לנתבע מהני בלא קנין ואין התובע יכול לחזור מהפשר כיון דלגבי התובע אנו דנין מטעם מחילה ומחילה א"צ קנין אבל מנתבע לתובע צריך קנין אף שעשאו הפשרה ביניהם מעצמן ויכול הנתבע לחזור. וא"כ הרי בנ"ד הוי ג"כ מנתבע לתובע דהבן הצעיר תובע מאחיו הבכור מעות שבוע ולא מהני הפשר בלא קנין. והן אמת דהשעמ"ש האריך מאוד בדין זה והעלה דאף מהנתבע להתובע מהני הפשרה שביניהם מעצמן בלא קנין עיי"ש. אמנם מלבד דיש לי לפקפק הרבה בדברי השעמ"ש שם ואין הזמן עמדי כעת להאריך. ועוד דבודאי אין להוציא ממון מיד הנתבע נגד דעת כל האחרונים הנ"ל והמוחזק יכול לומר קים לי כדעת הסוברים דמנתבע לתובע פשרה צריכה קנין אפי' בכה"ג ועוד דבנ"ד בלא"ה אכתי יש לומר דלא מהני הפשר. והוא דהנה קיי"ל דבכל המינויים שבישראל בניהם קודמין לכל אדם דירושה הוא להם וכמ"ש

הרמב"ם ז"ל פ"א מהל' מלכים ה"ז ומקור דין זה הוא בספרי פ' שופטים. ואמנם המג"א סוף סי' נ"ג הביא בשם הרשד"ם והרמ"ע בס' ע"מ שכתבו דבחכם הממונה להרביץ תורה או לדון אין בניהם קודמין כי כתר תורה אינו בירושה עיי"ש. ועיין גם בח"ס חאו"ח סי' י"ב שהחזיק בדעת הרשד"ם והרמ"ע והביא גם ראיות לזה וכתב שם עוד דלא נאמר דין זה, דבניהם קודמין רק במינויי שררה כגון מלך וכדומה דפרט הירושלמי בפ' עשרה יוחסין. אבל לא אהוראה ורבנות וכדומה. ומ"ש הרמ"א ביו"ד סוף סי' רמ"ה גם ברבנות דבנו קודם כוונתו הוא בשררות ולא ברבנות עיי"ש. אולם דינו של הרמ"א שם נובע מהריב"ש סי' רע"א והמעיין בתשובת הריב"ש שם יראה דהוא כתב כן לענין הוראה ורבנות עיי"ש. ועיין גם במבי"ט ח"ג סי' רי"ש שכתב בהדיא דגם בחכם המרביץ תורה בנו קודם וה"ה בכל המינויים הן חזן הן שוחט הן מוהל עיי"ש והראיות שהביא הח"ס שם לדעת הרשד"מ והרמ"ע כבר הארכתי במק"א בתשובה ודחיתי כל ראיותיו וגם הוכחתי בראיות ברורות דשייך חזקה בכל המנויין ולא אמנע מלהביא אומר הבא מן החדש מה שעלה במצודתי כעת להביא ראיה דגם בכתר תורה שייך חזקה זו. מהא דאיתא בש"ס ב"ב דף י"ב ע"ב מר בר רב אשי דהוי קאי ברסתקא דמחוזא שמעי' להאי שוטה דקאמר ריש מתיבתא דמלך במתא מחסיא טביומי חתים אמר מאן חתים טביומי ברבנן אנא ש"מ לדידי קיימא לי שעתא קם אתא אדאתא אימנו רבנן לאותבי' לרב אחא מדפתי ברישא כיון דשמעו דאתא שדור זוגא דרבנן לגבי' [דמר בר"א] לאמלוכי בי' עכבינהו הדר שדור זוגא דרבנן אחרינא עכבינהו גבי' עד דמלו בי עשרה כיון דמלו בי עשרה פתח הוא ותנא ודרש כו' ועיין פרש"י שם פתח ותנא ודרש ונעשה ראש ישיבה ויש להקשות איך הי' מותר לו למר בר רב אשי להיות שם ראש ישיבה הלא כיון דרצו למנות לר"א מדפתי לראש ישיבה. א"כ הוי עני המהפך בחררה כו' ואף דזה הוי כמו מתנה ובמתנה והפקר קיי"ל דל"ש עני המהפך בחררה כו'. אולם הא התוס' קידושין דף נ"ט ע"א ד"ה עני כתבו דבדבר דאומנתו בכך אליבא דכ"ע שייך עני המהפך בחררה כו' אף בדבר הפקר ועוד מה יענה לשיטת הפוסקים דגם במתנה והפקר שייך עני המהפך בחררה כו'. וע"כ צ"ל כיון דרב אשי אביו הי' ראש ישיבה במתא מחסיא וכמ"ש רש"י ז"ל בשבת דף י"א ע"א עיי"ש. לכן הי' שייך ההתמנות ראש ישיבה במחסיא למר ברי' מכח חזקה לכך שפיר הי' רשאי מר בר"א להיות שם ר"י אף דרצו לאותבי לר"א מדפתי. ומה נעים לפרש בזה דברי רש"י שם שיעלה כהוגן מ"ש שם בד"ה לאימלוכי בי' וז"ל ליטול עצה ורשות להמליך את רב אחא עכ"ל. ולכאורה צ"ע דהרי פשט לישנא דלאימלוכא בי' אינו אלא ליטול עצה ומה הוסיף רש"י ז"ל לומר גם ליטול רשות. ולפי האמור א"ש

כיון דהי' שייך החזקה למר בר"א לכך הוצרכו גם ליטול רשות ממנו להמליך את רא"מ. הרי בהדיא דשייך חזקה זו גם בכתר תורה [וראש ישיבה אינו מינויי שררה וכמבואר ג"כ מדלא חשיב בירושלמי קידושין שם בהדי מינויי שררה:

וא"ל מהא דאיתא בב"ב שם ריש מתיבתא דמלך במתא מחסיא הרי דנקט לשון מלך. וע"כ דגם ר"י הוי כמינויי שררה. דז"א דעל כל ענין התמנות שייך לשון מלוכה. אבל אין זה שררה]. ומזה אמרתי להביא ראי' נכונה למה דנחלקו האחרונים בעניני חזקת מינויין דאם מת והניח בנים קטנים ונתמנה אחר וכשהגדילו הבנים אי שייך להם שוב החזקה או"ד אמרינן כיון דאידחי אידחי. ועיין באשל אברהם באו"ח סי' נ"ג. ומהש"ס הנ"ל יש ראיה דשייך להם החזקה ולא אמרינן כיון דאידחי אידחי והוא עפימ"ש בסדר הדורות גבי טביומי דבמות רב אשי הי' מר ברי' בר חמש שנים ואחר רב אשי הי' ראש ישיבה במתא מחסיא ר"ה ב"נ ואחריו מרימר ואחריו רב אידי ואחריהם מר בר ר"א עיי"ש. ואי נימא דאם נפסק אחר בנתיים שוב ל"ש החזקה להבנים א"כ שוב קשה על מר בר"א איך הי' מותר לו לדחות את רא"מ וכנ"ל וע"כ צ"ל דלא אמרינן כיון דאידחי אידחי:

ולא אכחד מה דלכאורה יש לפקפק בראי' זו והוא עפ"י מ"ש הרמ"א ביו"ד סוף סי' רמ"ה דרב היושב בעיר ולומד לרבים יכול חכם אחר לבא וללמוד ג"כ שם עיי"ש וא"כ בלא"ה שפיר הי' מותר למר בר"א להיות שם ראש ישיבה אף דרצו לאותבי' לרא"מ:

אולם זה אינו עומד לנגדינו לסתור. חדא עפ"י מה שהוכחתי בחידושי על חו"מ בסי' ט' [והוא שם סק"ד] מתשובת מהרי"ו שממנו הוא מקור דינו של הרמ"א שם דמה דמותר להשני לבא ג"כ ללמוד שם אפי' היכא דהקהל קבלו עליהם את הרב הראשון זה הוא מטעם דקנאת סופרים תרבה חכמה. והרי התם דרצו לקבל את רא"מ א"כ הרי צריך לומר דמש"ה הי' מותר למר בר רב אשי להיות שם ג"כ ראש ישיבה הוא משום דקנאת סופרים תרבה חכמה והנה זה פשוט דקנאת סופרים תרבה חכמה ל"ש אלא כשהשני גרס טפי מן הראשון וכן יש להוכיח מש"ס ב"ב דף כ"א ע"א בהא דמקרי דדרדקי ולפי פירוש האספ"ז שם עיי"ש היטב. והא מר בר"א ורב אחא מדפתי היו שוים בחכמה וכדאיתא בש"ס ברכות דף מ"ה ע"ב דיהודה בר מרימר ומר בר ר"א ורב אחא מדפתי כרכי. ריפתא בהדי הדדי לא הוי בהו חד דהוי מופלג מחברי' לברוכי להו ופרש"י דלא הוי בהו חד מופלג בחכמה ובזקנה מן השנים עיי"ש וא"כ לא שייך בהו קנאת סופרים תרבה חכמה. ואידך דהא ברמ"א שם מבואר בהדיא דאינו מותר להרב השני רק ללמוד ג"כ שם. אבל לדחות את הרב הראשון לגמרי אסור. וכ"כ בהדיא גדולי האחרונים והרי התם מר בר"א דחה את רא"מ לגמרי וכמ"ש בהדיא התוס' שם ד"ה כל המריעין לו

עיי"ש. ועוד דהא התם הוי ג"כ קיפוח פרנסה כיון דמי שהי' ראש ישיבה היו נותנים לו ממון הרבה ומעשירין אותו וכמו כ"ג וכמ"ש רש"י במס' תענית דף כ"א ע"א. וכן מבואר בהדיא בש"ס חולין דף קל"ד ע"ב עיי"ש וברש"י שם. והלא כ' הרמ"א שם דדוקא לקפח קצת פרנסת הראשון מותר אבל לא לקפח לו לגמרי והא מר בר"א דדחה את רא"מ לגמרי הרי הוי מקפח לו פרנסתו לגמרי א"ו צ"ל כמ"ש דהי' שייך ההתמנות ראש ישיבה במתא מחסיא למר בר"א מצד החזקה לכן שפיר הי' רשאי מר בר"א לדחות את רא"מ לגמרי:

ומעתה כיון שהבאתי ראי' ברורה דגם בכתר תורה שייך הך חזקה. וכן הסכימו באמת כל האחרונים להלכה ולמעשה. וגם הח"ס בעצמו שם בסי' י"ג חזר ומהפך בזכות הרבנים והעלה דגם בכתר הרבנות בנו קודם עייש. וא"כ י"ל בנ"ד דשפיר מצי הבן הבכור שהוא הרב כעת לחזור בו מלתת לאחיו הקטן מה שהבטיח לו. והוא עפ"י מה שכתבו הפוסקים וכן קיי"ל בסי' פ"א ס"א דכל דבר המוטל עליו לעשות וחבירו הבטיח לו לשלם אם יעשה יכול לומר משטה אני בך וכגון האומר לחתנו תלמוד עם בנך ואני אשלם לך פטור כיון דבלא"ה חייב ללמוד עם בנו. וא"כ ה"נ בנ"ד שמדין תורה שייך החזקה לבני הרב המנוח ז"ל והיכא דהבן הבכור הוא ראוי לאותו איצטלא הוא קודם לכל אחיו וכמבואר בש"ס הוריות דף י"א ע"ב וכריתות דף ה' ע"ב דפריך שם מי מוקמינן זוטא מקמי קשישא עיי"ש ועיין גם בכ"מ בה' מלכים שם שכ"כ בהדיא דבן גדול קודם לקטן לירושת המלוכה עיי"ש. וא"כ הרי הי' מוטל החיוב גם על הבן הצעיר להניח כתר הרבנות לאחיו הבכור ושפיר יכול הבן הבכור שהוא הרב כעת לומר משטה אני בך. ואין להקשות לפי סברתינו דא"כ בכל פשר שהוא מהתובע לנתבע והתפשרו ביניהם מעצמן בלי קנין נימא הכי דלא מהני הפשר כיון דהתובע יכול לומר משטה אני בך כיון דעפ"י הדין מחויב לשלם לו הכל לכן התפשר עמו על פחות כדי שישלם לו כעת עכ"פ מקצת וכדי שיתקיים המצוה כי עפ"י ד"ת צריך לשלם לו. דז"א דהא בפשר מהתובע לנתבע הרי הנתבע תופס ממון של התובע ובכה"ג ל"ש משטה אני בך וכדקי"ל בסי' פ"א:

איברא דעדיין יש לדון בנ"ד לומר דלא הי' שייך כלל מצד הדין כתר הרבנות להבן הבכור. והוא עפ"י מה דאיתא בש"ס הוריות וכריתות שם מנ"ל דכי אתא מחלוקת בעי משיחה ולא כל דבעי מלכא מורית לי' מלכותא אמר ר"פ אמר קרא הוא ובניו בקרב ישראל בזמן ששלום בישראל קרינא בי' הוא ובניו ואפי' בלא משיחה ופרש"י בכריתות שם וז"ל בזמן ששלום בישראל הוי המלכות ירושה ולא בעי משיחה אבל כי איכא מחלוקת לאו ירושה הוא ובעי משיחה בתחלה עיי"ש:

ועיין בפהמ"ש להרמב"ם פ"א דכריתות שכתב דכוונת הש"ס הוא דאי איכא מחלוקת בין הבנים איזה מהם ימלוך ל"ש ירושה עיי"ש. וא"כ בנ"ד דהי' מחלוקת בין הבנים דכל אחד רצה לשמש תחת אביו הרי ל"ש ירושה כלל וממילא לא הי' מוטל כלל החיוב על הבן הקטן להניח כתר הרבנות לאחיו הבכור וא"כ שוב שפיר אינו יכול לומר משטה אני בך וכמובן. אולם נ"ל דמה שפירש הרמב"ם דהך מחלוקת קאי אבין הבנים אין כוונתו דאם המחלוקת הוא בין הבנים לבד ולא בין ישראל מי ימלוך ג"כ ל"ש ירושה אלא דבאמת כוונת הש"ס הוא דדוקא אם המחלוקת הוא בין ישראל מי ימלוך וכדמשמע מפשטת לשון הש"ס אך הרמב"ם בא לפרש איך שייך מחלוקת בין ישראל מי ימלוך אם הבנים בעצמם אינם רוצים למלוך רק כולם מסכימים על אחד מהם שהוא ימלוך. לזה פירש הרמב"ם דכוונת הש"ס הוא דהמחלוקת הוא גם בין הבנים. אבל באמת היכא דליכא מחלוקת בין העם רק בין הבנים לבד שפיר הוי המלכות ירושה ושייך להבכור. ועיין גם בפנ"י ריש מס' ר"ה שפירש דברי הש"ס הנ"ל כפשוטו בזמן ששלום בישראל הוי ירושה ובזמן שיש מחלוקת בישראל לא הוי ירושה עיי"ש. ובודאי לא נעלם ממנו דברי הרמב"ם בפהמ"ש הנ"ל שפירש דקאי אבין הבנים. וע"כ דגם הפנ"י הבין בכוונת הרמב"ם דעיקר הקפידא הוא אם איכא מחלוקת בין ישראל אזי ל"ש ירושה. אבל כשאין מחלוקת בין ישראל אף שיש מחלוקת בין הבנים מי ימלוך שייך ירושה כנלע"ד. וא"כ בנ"ד שהמחלוקת לא הי' רק בין הבנים שכל אחד רצה לקבל עול משרת הרבנות על שכמו אבל בין אנשי העיר לא הי' מחלוקת כלל. וא"כ שפיר לא נתבטלה כח הירושה ושייך החזקה מצד הדין להבן הבכור. ושוב שפיר יכול לומר משטה אני בך וכנ"ל:

אך את זאת צריך לדעת עוד בנ"ד אולי נעשה הפשר בין האחים בפני טובי העיר. ומבואר ברמ"א סי' כ"ב ובש"ך שם ס"ק י"ב דכל דבר הנעשה בפני טובי העיר א"צ קנין וכ"כ הב"ח בסי' זה לענין פשרה עיי"ש. והא משמע מדברי הש"ך בסי' פ"א סוף סק"ו דמי שאמר לחתנו תלמוד עם בנך ואני משלם לך אם הי' קנין אינו יכול לומר משטה אני בך עיי"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד אם נעשה הפשרה בפני טובי העיר דהוי כמו קנין שוב אף לפי דברינו הנ"ל דהחזקה שייך להבן הבכור והי' מוטל החיוב על אחיו הצעיר להניח כתר הרבנות לאחיו הבכור מ"מ אינו יכול לומר משטה אני בך. ויש לי להאריך בזה עפ"י מ"ש הרשב"א בתשובה והובא בב"י באע"ז סי' קס"ט ובב"ש שם ס"ק כ"ג גבי חליצה מוטעת דיכולה לומר משטה הייתי בך אפי' בשטר ובקנין עיי"ש. אולם יען שאיני יודע אם יש בזה נ"מ לנ"ד דשמא לא הי' הפשר בפני טובי העיר לכן אין רצוני להאריך בזה:

סימן יג

(א) **סעיף א** אפי' הי' הא' שבירר כו'. בש"ע דפוס לבוב הנדפס מחדש עם הקצה"ח איתא כאן בש"ך וז"ל עיין בסמ"ע סק"ג ודבריו לא נהירין עכ"ל ולא הבינותי מדוע לא נהירא לי' דברי הסמ"ע סק"ג כי לדעתי העני' דבריו נכונים וברורים. ובש"ע מדפוסים הקודמים איתא בש"ך עיין בסמ"ע סק"ב כו' ובסמ"ע סק"ב לא כתב כלל רק כתב עיין פרישה. ובפרישה כתב אהא דכתב הטור דא"צ שיהא השלישי ברצון הבע"ד וז"ל פלוגתא דר"מ וחכמים ר"פ ז"ב וקאמר דאר"י אמר רב אין העדים חותמין אא"כ יודעין מי חותם עמהם וכן יש לחשוש ג"כ בדיינים אלא שר"מ סבר דבעינן ג"כ דעת הבע"ד והלכה כחכמים דאמרי לא בעינן עכ"ל. וראיתי בספר גאון צבי שתמה על דברי הפרישה האלו דהא בש"ס ר"פ ז"ב מסיק דדעת הדיינים לכ"ע אפי' לר"מ בעינן מכח הא דר"י א"ר וכי פליגי ר"מ ורבנן בדעת הבע"ד דר"מ מצריך נמי דעתו אלמא דטעמא דחכמים הוא לאו מטעם דאין העדים חותמין כו' דא"כ ליבעי תרתי כר"מ. ואולי לזה כיוון הש"ך במ"ש עיין בסמ"ע סק"ב ודבריו לא נהירין לי עכ"ל הגאון צבי. אמנם לא נהירא לי לומר דהש"ך כיוון בזה לדברי הפרישה ולמ"ש הג"צ חדא דהו"ל להש"ך להראות מקום לדברי הפרישה ולא להסמ"ע סק"ב כיון דבסמ"ע סק"ב לא כתב כלל שום דבר. ועוד דהו"ל להש"ך לציין דבריו אהא דכתב המחבר למעלה דהדיינים בוררים להם דיין השלישי דע"ז סובבים דברי הפרישה שם וגם הסמ"ע סק"ב שכתב עיין פרישה ציין זאת על דברי המחבר האלו. ועוד דאיני רואה כאן שום תימה על דברי הפרישה הנ"ל ומה שהקשה הג"צ דאם חכמים ס"ל כר"י א"ר ליבעי תרתי אין בזה אפי' ריח קושיא כלל דהרי מכח הא דר"י א"ר לא בעינן רק דעת הדיינים ומה דבעי ר"מ גם דעת בע"ד ולרבנן ל"ב דעת בע"ד זה לא תליא כלל בהא דר"י א"ר. ועיין בירושלמי ר"פ ז"ב שמפרש שם טעמא דר"מ וטעמא דרבנן וא"כ שפיר אף דס"ל לרבנן הא דר"י א"ר מ"מ שפיר ס"ל דלא בעינן דעת בע"ד וכמ"ש בירושלמי שם טעמייהו. ובאמת דברי הפרישה הם ממש כלשון הגמרא ואין לדבריו שום פירכא כלל סוף דבר דלע"ע לא זכיתי להבין כוונת הש"ך הנ"ל בין אם כיוון על הסמ"ע סק"ב ועל הפרישה הנ"ל ובין אם כיון על דברי הסמ"ע סק"ג:

(ב) **שם ברמ"א** יכולים להשוות עצמן י"א דא"צ לברור שלישי עיין בתומים שכתב דבגמרא משמע להיפך דקתני ד"ו בשלשה ז"ב לו אחד כו' ומבואר דפירשו איך הוא ד"מ בג' דז"ב לו אחד וכן השני כו' ולפי שיטה זו ממ"נ אי אין מסכימים לדעה אחת פשיטא דבג' דהא צריכים הכרע ואי דמסכימים לדעה אחת הא בשנים סגי ואיך קתני שלשה וכן בגמרא שאל מאי שנא דעבדי הכי דבורר להם ז"א וז"א ואי כהנ"ל הלא עושים מבלי

להרבות בדיינים אם ישוו עצמן בדין עיי"ש. ולפיענ"ד אין מכל זה ראי' להיפך כלל דמ"ש דמבואר דהך דקתני שלשה קאי אזבל"א אנכי לא ראיתי היכן מבואר כן ואדרבה ממה דפריך בגמרא שם מאי זבל"א וזבל"א הא בתלתא סגי משמע דמה דקתני שלשה לא קאי אזבל"א ועיין גם ברש"י ובתוס' שם דמבואר ג"כ כן. והן אמת דראיתי בחידושי הר"ן שם במתני' דהוא מפרש כך דכוונת המתני' הוא ד"מ בשלשה כיצד זבל"א כו' עיי"ש. אבל באמת אין זה מוכרח לפרושי כן ושפיר י"ל דהמהרי"ו שממנו נובע דינו של הרמ"א כאן לא מפרש כהר"ן. גם מ"ש התומים דמאי קאמר בגמרא מאי שנא דעבדי הכי כו'. הנה לפי המתבאר מדבריו נראה דהוא הבין דקושית הש"ס הוא דאמאי עבדי הכי לברור דיינים בזבל"א מדוע לא יקבלו שניהם ב"ד של שלשה לדונם. ומש"ה הוקשה לו לשיטת מהרי"ו הלא שפיר עושים כן כדי שלא להרבות בדיינים אם ישוו עצמם בדין. אמנם הר"ן בחידושיו שם מפרש על דרך אחר וז"ל מ"ש דעבדי הכי כיון דלר"מ כפי הסכמת שניהם ברירת השלישי שהוא העיקר כך הי' אפשר שיברור לו האחד כל השלשה ויודה לו השני ברירתו דבשלמא לרבנן נראה דזה בורר את שלו וז"ב את שלו נסתלקה המחלוקת בין הבעלי דינין שהדיינים עצמן יבררו הג' אלא לר"מ מ"ש דעבדי הכי עכ"ל. ולפי"ז אף לשיטת מהרי"ו דאם השנים יכולים להשוות עצמן א"צ לברור השליש' מ"מ מקשה הגמרא שפיר לר"מ דמאי שנא דעבדי הכי דכל אחד מהבע"ד בורר דיין אחד לעצמו יברור בע"ד אחד את שניהם והבע"ד השני יודה לו על ברירתו:

(ג) **סעיף ד** אפי' ע"א מעיד כדבריו. כ"כ הטור ועיין בתומים שהקשה על זה דבאוקימתא קמייתא בסנהד' ר"פ ז"ב דמוקי לרישא בפסול דיינים בערכאות שבסורא והסיפא בפסול עדים בבא הוא ואחר לפסלו בפגם משפחה. אמאי לא מוקי גם רישא בכה"ג בבא הוא ואחר לפסלו בפגם משפחה ותרתי צריכא רישא להודיע כח דרבנן דאפי' בדיינים דאיכא בי דינא אחרינא מ"מ אינו נאמן. וסיפא להודיע כח דר"מ דאפי' בעדים נאמן וע"כ דלהך אוקמתא בבא הוא ואחר לכ"ע גבי דיינים נאמנים דאין כאן נגיעה כיון דיש בי דינא אחרינא ועי"ש שנדחק בזה. ואנא בעניי גברא רבא קא חזינא ותיובתא לא קחזינא דהלא ר' יוחנן הוא דמוקי הרישא בערכאות שבסורא ור' אלעזר הוא דמוקי הסיפא בבא הוא ואחר וא"כ שפיר י"ל דר"א דמוקי הסיפא בבא הוא ואחר מוקי גם הרישא בכה"ג והן אמת דרש"י ז"ל מפרש שם גם אליבא דר"א דהרישא מיירי בערכאות שבסורא. אבל הא שפיר י"ל דדעת הטור הוא דלא כפרש"י ושוב מצאתי ראיתי בס' תורת חיים בסנהדרין שם שהעיר בזה דרש"י והטור מחולקים בזה עיי"ש. ועיין גם בחידושי הר"ן שם ד"ה כל כמיני' כו' דמבואר שם בהדיא דמה דמוקי ר"א בבא הוא ואחר כוונתו הוא לאוקמי גם

הרישא בכה"ג עיש"ה. אך זאת צ"ע לי בדברי הר"ן שם דהוא כתב כן לפרש דברי רש"י שם עיי"ש והלא דעת רש"י ז"ל אינו כן וגם הר"ן בעצמו שם לקמן בד"ה א"ר אלעזר הביא דעת רש"י דר"א לא קאי רק אסיפא אפסול עדים ולא ארישא אפסול דיינים עיי"ש וצ"ע.

סימן יד

(א) **סעיף א ברמ"א**. שכל זמן שיש ב"ד בעיר כו' עיין בשו"ת שיבת ציון סי' צ"ז שהקשה על הרמ"א שסותר דברי עצמו דהכא כתב דעכשיו אין לנו לא ב"ד הגדול ולא בית ועד ואין אחד מהם יכול לכוף את חבירו לדון בב"ד אחר ובאע"ז סי' קס"ו ס"א כתב שאם היבם דר בין הכותים או בין הדיוטות שאינם יודעין סדר חליצה כופין אותו לילך למקום ועד ויפטור יבמתו ותירץ דהרמ"א באע"ז דמיירי שהיבם דר במקום שאין שם ב"ד וע"כ צריך הוא לילך ממקומו למקום שיש בו ב"ד אוקמי' אדינא שצריך לילך למקום שיש בו ב"ד חשוב. ובחו"מ מיירי שיש ב"ד בעיר ע"כ אין כופין אותו ללילך לב"ד חשוב עיי"ש. ויוצא מדבריו דאם הוא דר במקום שאין שם ב"ד כופין אותו אף בזה"ז ללילך לב"ד חשוב שבדור. אמנם לפע"ד ז"א אלא אפי' אם אין ב"ד בעירו אין כופין אותו ללילך רק למקום ב"ד שהוא יותר סמוך לעירו ולא להב"ד חשוב. וכן נראה מדברי הרמ"א כאן שכתב אח"ז וז"ל אבל אם אין שם ב"ד כל אחד יכול להכריח חבירו שילך עמו לב"ד לדון עמו עכ"ל. הרי דכתב סתם שילך עמו לב"ד ולא קאמר לב"ד חשוב וע"כ דאפי' בכה"ג אינו יכול לכופו ללילך רק למקום ב"ד הסמוך לעירו. ומה שכתב הרמ"א באע"ז שם דכופין אותו ללילך למקום ועד נלע"ד דאין כוונתו דוקא למקום שיש ב"ד חשוב אלא עיקר כוונתו הוא דהדיינים אינן צריכין ללילך להיבם רק היבם צריך ללילך למקום הדיינים והיינו למקום הועד שלהם וזה הוא דקאמר כופין אותו ללילך למקום ועד וכן מבואר בשלטי הגבורים פ' מצות חליצה ששם הוא מקור הדין עיי"ש.

(ב) **שם ברמ"א** צריך ללילך הבן כו'. אבל האב חייב לשלם להבן ההוצאות וכן הוא ברמ"א ביו"ד סי' ר"מ סעיף ח':

(ג) **סעיף ה** חייב לפרוע לו כל הוצאותיו. עיין סמ"ע שכתב בשם הריב"ש דהוא דוקא אם יצא הנתבע חייב בדין. ועיין בעיר שושן שהביא דעת הריב"ש בשם יש אומרים וצ"ע הלא לא מצינו בפוסקים מי שיחלוק עליו ואמאי כתב בשם י"א. ואפשר משום שהוא דעת יחיד ולא מצינו כן לשאר פוסקים לכן כתבו בשם י"א וכ"כ הסמ"ע בסי' ט"ז סק"ח ובסי' כ"ו ס"ק י"ג שדרך המחבר לכתוב יש מי שאומר כל מקום שמצא דין שהוא דעת

יחיד ולא מוזכר בשאר פוסקים עיי"ש ולאו דוקא ביש מי שאומר הוא כן אלא גם גבי י"א וכ"כ הפרמ"ג בהקדמה ליו"ד בכלל ב' בשם הכנה"ג עיי"ש:

ואולי גם דרך הלבוש הוא כן. ועיין בתומים שתמה על דינא דהריב"ש הא הך דצריך לשלם הוצאות שגרם לו ע"י סירובו יליף לה רבינו מאיר מהא דצריך לשלם הוצאות דשטר פתיחא שכתבו עליו בב"ד כשהזמינו ולא בא והלא התם משמע אף שיצא זכאי בדין צריך לשלם עבור כתיבת הפתיחא והעלה שם לפי"ז דהיכא דאין התובע תבעו ברמאות רק שחשב שהדין עמו חייב לשלם אף שיצא הנתבע זכאי בדין ואם נתברר שתבעו בטענות שקר א"צ לשלם עיי"ש. ולא ידעתי הלא משכר כתיבת הפתיחא יש ללמוד דאפי' אם נתברר שתבעו בטענות שקר חייב לשלם דהא התם בשכר כתיבת הפתיחא לא מצינו ג"כ חילוק זה דהיכא דנתברר שתבעו בשקר פטור מלשלם אלא משמע דלעולם חייב לשלם שכר כתיבת הפתיחא. וא"כ ה"נ לענין כל הוצאותיו חייב לשלם אף אם נתברר שתבעו בשקר. גם מצאתי ראיתי לבעל קרבן עדה בירושלמי סוטה פ"ט הלכה י"א שהוכיח שם בשירי קרבן מהירושלמי שם דלא כהריב"ש דאיתא בירושלמי שם בראשונ' הי' מעשר נעשה לשלשה חלקים שליש למכירי כהונה ושליש לאוצר כו' אר"י בר"ב מאן דהוי סליק למידון בירושלים עד תלת אינרן הוי יהיב מדילי' מכאן ואילך משל אוצר. ומפרש הק"ע מאן דהוי עולה לירושלים לדון עד שלשה התראות לבעל דינו שיבא הי' מתפרנס משל עצמו ואם סירב הבע"ד ולא בא לאחר שלשה התראות הי' נותנין להתובע לפרנסתו משל האוצר עיי"ש וכתב בשירי קרבן שם הטעם שלאחר שלשה התראות היו נותנים משל האוצר כיון שהסרבן צריך לשלם לזה הוצאותיו ולא יהא הפסד להאוצר ולפי"ז ע"כ אף שיצא הנתבע זכאי בדין צריך לשלם הוצאותיו של התובע דאל"כ הרי אכתי יהא הפסד להאוצר אם יצא הנתבע זכאי בדין עיי"ש (הפני משה שם מפרש דברי הירושלמי הנ"ל על דרך אחר ולא כפי' הק"ע. אולם דברי הירושלמי הנ"ל הם ג"כ בירושלמי סוף מס' מעשר שני ושם מפרש הפ"מ ג"כ כפירוש הק"ע הנ"ל וכתב שם דזה הפירוש הוא עיקר עיי"ש). ולפי"ז יש ראיה נמי משם דאף אם נתברר שהתובע תבעו בטענת שקר ג"כ חייב הסרבן לשלם לו הוצאותיו דאל"כ איך נותנים להתובע משל האוצר הלא פן יתברר שהתובע תבעו בטענות שקר ולא יצטרך הסרבן לשלם לו הוצאותיו ויהא הפסד להאוצר. ולדינא לפענ"ד צ"ע בכל זה. ועיין בשו"ת ושב הכהן סי' צ"ט שגם הוא עמד בקושית התומים על הריב"ש והוא ז"ל רוצה שם לומר דכוונת הריב"ש הוא שיצא הנתבע חייב בדין היינו על סירובו שסירב מלעמוד לדין לאפוקי אם יש לו איזה התנצלות על סירובו דבזה פטור מלשלם אבל אם

נתחייב בענין סירובו אעפ"י שיצא זכאי בדין גם הריב"ש מודה דחייב לשלם ההוצאות עיי"ש. אולם דבריו דחוקים כי לא משמע כן מלשון הריב"ש. ועיין בגדולי תרומה שער ג' חלק ח' שנתקשה שם על גוף דינו דהר"מ הנ"ל איך למד הך דצריך לשלם הוצאות להתובע מהא דצריך לשלם להסופר שכר כתיבת הפתיחא והאריך קצת והניח בצ"ע. ומהירושלמי הנ"ל יש ראי' לדינו דהר"מ:

(ד) **שם ברמ"א** ובלבד שעשאו ברשות ב"ד כדלקמן סי' כ"ו. שם בסי' כ"ו סעיף ב' כתב המחבר דאם לא רצה לבוא נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני עכו"ם. ועיין בכנה"ג שם בהגהות הטור אות י"ח שכתב דדוקא שנתברר לנו בעדים שאינו רוצה לבוא לב"ד אבל השליח ב"ד לבד אינו נאמן לענין לתת רשות לבע"ד לילך בערכאות להוציא ממון וכדאמרינן בפ' הגוזל בתרא דשליח ב"ד אינו נאמן לפתיחא דממונא הוא מחסר עיי"ש. והתומים שם הביא דברי הכנה"ג וכתב שלא ראה נוהגין כן אלא כשהשליח ב"ד אמר שאינו רוצה לבוא נותנין רשות ב"ד לשכנגדו לילך בערכאות ועיי"ש מ"ש לישב המנהג וסיים דמ"מ יש לחוש להוראת בעל כנה"ג דדבריו מסתברים עיי"ש. והנה לפמ"ש הנתיבות בסי' י"א סק"א דמה שצריך שנים שיעידו שלא רצה לבא לדין לענין כתיבת פתיחא היינו משום דאם לא רצה לבא מנדין אותו מיד ואנו צריכין לעדות השליח שאמר הבע"ד שלא יבא לכן שפיר בעינן שני עדים אבל לנדות אותו למחרת שראינו שלא בא בזה א"צ לעדות השליח ולענין גוף השליחות אם עשה שליחתו סומכין על החזקה דשליח עושה שליחתו ולגבי שליח ב"ד מהני החזקה אף נגד הוצאות ממון וכותבין פתיחא עיי"ש ודבריו נכונים. וא"כ ה"כ לענין לתת רשות לילך בערכאות דוקא לתת רשות באותו יום לילך בערכאות בזה בעינן שני עדים שיעידו שלא רצה לבא אבל ביום המחרת שראינו שלא בא שפיר נותנין לו רשות לילך בערכאות וא"צ שני עדים וכמו דכותבין פתיחא. ותמה אני על הגאון בעל הנתיבות שבסי' כ"ו סק"ז בחידושים הסכים להכנה"ג והתומים הנ"ל וכתב סתם דאין נותנין רשות לילך בערכאות אא"כ שמבורר לנו ע"י שני עדים עיי"ש ומשמע מדבריו שלעולם צריך לענין זה שני עדים והלא לפי דבריו שבסי' י"א הנ"ל א"צ שני עדים רק לענין לתת רשות מיד באותו יום לילך בערכאות אבל לתת רשות ביום המחרת א"צ שני עדים וכמ"ש:

נשאלתי מרב א' ראובן תבע משמעון בערכאות את חובו וכשראה שמעון שאינו זוכה בדיניהם הפציר שמעון בראובן לילך לב"ד לדון עמו בד"י. ועתה תובע ראובן משמעון בב"ד את הוצאות שהוציא עליו בערכאות שהי' מוכרח לילך בערכאות כי שמעון סירב מלעמוד עמו לד"ת וגם הי' לו רשות מהב"ד לילך בערכאות ושמעון השיב שלא הזמינו

כלל שיעמוד עמו לד"ת ובודאי לא הי' לו ג"כ רשות ב"ד כיון שלא הזמינו והשליח ב"ד מעיד שהזמינו וסירב מלבוא לדין והב"ד אינם זוכרין אם נתנו לראובן רשות ללילך בערכאות איך דיינינן להאי דינא. וזאת אשר השבתי בקיצור מילין. הנה בודאי סירוב לבד בלא רשות ב"ד לא מהני לחייב את המסרב לשלם ההוצאות וכמבואר ברמ"א סי' י"ד סעיף ה' שכתב ובלבד שעשאו ברשות ב"ד. והרי הרמ"א קאי התם על היש חולקין שהביא שם והוא דעת הרא"ש בתשובה כלל ק"ז סי' וא"ו (ומה שציין הרמ"א תשובת הרא"ש כלל ע"ג סי' ב' וכן הוא בב"י ט"ס הוא כי לא נמצא שם שום רמז לזה) והלא הרא"ש מיירי שם שסירב מלעמוד לד"ת עיי"ש בתשובת הרא"ש ד"ה ומה שתבע ר"ש שיפרע כו' עי"ש ואפ"ה כתב הרמ"א דא"צ לשלם יציאותיו כ"א כשתבעו בערכאות ברשות ב"ד. וא"כ לכאורה לא מהני בנ"ד מה שהשליח ב"ד מעיד שהזמינו לעמוד לדין וסירב מלבוא לחייב לשמעון לשלם הוצאות לראובן אם הב"ד אינן זוכרין אי נתנו לראובן רשות ללילך בערכאות. אך נ"ל דכיון דהשליח ב"ד מעיד שהזמינו לדין וסירב מלבא שוב נאמן ראובן לומר דנטל רשות מהב"ד ללילך בערכאות מצד חזקה דלא שביק התירא ואכל איסורא דהא הי' בידו ליטול רשות מהב"ד כיון ששמעון סירב מלעמוד לדין ובודאי היו הב"ד נותנים לו רשות ללילך בערכאות. ואף דקי"ל ביו"ד סי' קס"ט לענין עיסקא דאינו יכול להוציא ממון מצד החזקה דלא שביק התירא כו' וכדאיתא שם סעיף כ"ה ברמ"א שאם המלוה טוען שהלוה לו בהיתר והלוה טוען שהלוה לו באיסור אם המלוה בא להוציא מן הלוה נשבע הלוה היסת ונפטר עיי"ש התם שאני כיון דהלוה מכחישו בברי אבל היכא דאין הלוה מכחישו בברי שפיר מהני החזקה דלא שביק התירא אף להוציא וכמבואר בסי' ס"ז לענין פרוזבל דנאמן לומר פרוזבל הי' לי ואבד עיי"ש וכ"כ התומים שם ס"ק כ"ט עיי"ש. וא"כ הכא בנ"ד כיון דזאת נתברר ע"י השליח ב"ד ששמעון סירב מלבא לדין הרי שוב מה שטוען שמעון שבודאי לא נטל ראובן רשות ב"ד כיון שלא הזמינו אין זה טענת ברי שלא נטל רשות ב"ד דהא באמת הזמינו וסירב מלבוא לדין וא"כ שפיר נאמן ראובן שנטל רשות מהב"ד מצד החזקה דלא שביק התירא ואכל איסורא ומהני אפי' להוציא. ובזה תמהתי על הנתיבות בסי' י"ד סק"ה בהא שכתב הרא"ש בתשובה והביאו הסמ"ע באם הנתבע כופר שלא הזמינו והתובע הביא עדים שהזמינו והודה הנתבע והביא עדים שבא מיד שהזמינו הו"ל כאומר לא לויתי דלא מהני עדים שלוה ופרע. וכתב הנתיבות וז"ל לא מיירי שתבעו הוצאות שהוציא בערכאות כי זה צריך שיברר שהי' ברשות ב"ד וכשמברר שנתנו לו ב"ד רשות ממילא יש בירור על סירובו רק שמיירי שהזמינו לפני ב"ד וסירב ונסע לב"ד אחר ועי"ז הוכרח התובע לנסוע

ג"כ לשם ותובע ההוצאות מחמת שסירב לעמוד לב"ד ראשון עכ"ל. ולפי הנ"ל תמהתי דמה מקשה הנתיבות דלענין הוצאות שהוציא בערכאות צריך שיברר שהי' ברשות ב"ד הלא בכה"ג דמיירי הרא"ש א"צ כלל לברר שהי' ברשות ב"ד אפי' לענין הוצאות שהוציא בערכאות דהא איכא עדים שהזמינו וכיון דהנתבע כפר שלא הזמינו הוי כהודה לחובתו דסירב מלבוא לדין והעדאת עדים שלו שמעידין שבא מיד שהזמינו לא מהני כלל וא"כ, א"צ התובע לברר שהי' ברשות ב"ד דהא אמרינן דבודאי נטל רשות מהב"ד מצד החזקה דלא שביק התירא ואכל איסורא ומהני אפי' להוציא וכנ"ל ולפי"ז רציתי לומר דבאמת כוונת הרא"ש הוא לענין הוצאות שהוציא בערכאות ולא כמו שדחק עצמו הנתיבות לפרש בענין אחר וכמו שהבאתי דבריו למעלה דהוא דוחק בעיני וקושית הנתיבות הנ"ל לק"מ וכמו שכתבתי אולם כאשר עיינתי בב"י סוף סי' י"א שהביא שם דברי תשובת הרא"ש הנ"ל וראיתי שם שכתב הרא"ש וז"ל ראובן תובע לשמעון שהזמינו לדין ולא בא ושיפרע קנס ההזמנה ושמעון כופר כו' עיי"ש. הרי בהדיא דהרא"ש מיירי לענין שיפרע קנס ההזמנה ולא לענין הוצאות. ולענין קנס ההזמנה לא בעינן רשות ב"ד. וכפי הנראה לא עיין הגאון בעל הנתיבות בתשובת הרא"ש שבב"י רק בסמ"ע לבד לכן דחק עצמו לפרש כוונת הרא"ש בענין אחר:

ולכאורה מה שכתבתי לחייב את שמעון בנ"ד לשלם לראובן ההוצאות מטעם הנ"ל. זה הוא דוקא אי איכא עוד אחד עם השליח ב"ד שמעידין שהזמינו לדין וסירב מלבוא לדין אבל אי ליכא רק השליח ב"ד לבד הרי לא מהני כלל עדותו שסירב שמעון מלבוא לדין לענין להוציא ממון וכדאיתא בש"ע סי' י"א סעיף א' דלענין כתיבת הפתיחא בעינן שנים משום דהמנודה צריך לשלם שכר הסופר ואין מוציאין ממון עפ"י עד אחד. ועיין גם בכנה"ג סי' כ"ו שכתב ג"כ לענין רשות ב"ד לילך בערכאות דאין לתת רשות ב"ד עפ"י עדות השליח ב"ד לבד רק בעינן שנים וכן הסכים עמו התומים והנתיבות שם עיי"ש:

אמנם אנכי בחידושי בסי' י"ד העליתי דדוקא לתת רשות ב"ד לילך בערכאות באותו יום שהזמינו ולא רצה לבוא בזה בעינן שנים שיעידו שלא רצה לבא לדין אבל לתת רשות ביום המחרת לילך בערכאות לא בעינן שנים והוכחתי כן מדברי הנתיבות סי' י"א סק"א (ועיין לעיל ריש ס"ק זה) וא"כ בנ"ד אף שלא הי' רק השליח ב"ד לבד שהעיד שלא רצה שמעון לבא לדין מהני עדותו לענין לתת רשות ב"ד לראובן ביום המחרת לילך בערכאות ושוב שפיר שייך לומר דבודאי נטל ראובן רשות מהב"ד לילך בערכאות מטעם דלא שביק התירא ואכל איסורא והב"ד בוודאי נתנו לו רשות ביום המחרת לילך בערכאות. לזאת

אם גם כת"ה נוהג כן בעירו לתת רשות לילך בערכאות ביום המחרת אפי' עפ"י עדות השליח ב"ד לבד יש לחייב לשמעון לשלם ההוצאות לראובן בכל ענין. והנלע"ד כתבתי:

סימן טו

(א) **סעיף א ברמ"א** אפי' פתחו בדין אחר דנין אותו תחלה כו' כ"כ הריטב"א כתובות בשם רבו והובא בב"י אמנם מצאתי בהריטב"א שבועות ר"פ שבועת העדות שהביא שם ג"כ כן בשם הרמ"ה וכתב ע"ז וז"ל. ורבותי אומרים שזה אינו דאי עסוק בדינא דאחרינא עסוק במצוה הוא שפטור מכל מצוה ואפי' הוא מצוה רבה ולא אמרו לישרי תגרי' ברישא אלא שאעפ"י שבאו לפניו קודם לזה בעלי דינים אחדים וקיי"ל כקטן כגדול תשמעון לפטור אותם א' א' מסלקין להו משום עשה דכבוד תורה עכ"ל עיי"ש. והנה מה שחולקים על הרמ"ה משום דעוסק במצוה פטור ממצוה. באמת כבר נחלקו הראשונים אי היכא דאפשר לקיים שניהם אמרינן ג"כ עוסק במצוה פטור ממצוה והכא הרי אפשר לקיים שניהם דידון לת"ח ואח"כ ידון לאחרים. וא"כ י"ל דהרמ"ה ס"ל כדעת התוס' סוכה דף כ"ה דהיכא דאפשר לקיים שניהם לא אמרינן דעוסק במצוה פטור ממצוה אך גוף דברי הריטב"א שבועות הנ"ל לכאורה לא הבינותי דהא מה דאמרינן דעוסק במצוה פטור ממצוה הוא דווקא בשני מצות בזה אמרינן דאם עוסק במצוה זו פטור ממצוה אחרת וא"צ לבטל הראשונה שעוסק בה בשביל מצוה אחרת משא"כ כאן הרי מה שעוסק כעת בהמצוה שדן עכשיו לע"ה ומה שידון אח"כ לת"ח חדא מצוה הוא והיינו שמצות עשה הוא לדון דכתיב ושפטתם צדק וכמ"ש רש"י ז"ל כתובות דף ק"ו ריש ע"א וכ"כ הטור לעיל בסי' א' וא"כ אף אם יפסוק מדין ע"ה וידון לת"ח הרי ג"כ יקיים הך מצוה דושפטתם צדק במה שידון לת"ח וא"כ כיון דלגבי ת"ח איכא עוד מצוה דכבוד התורה. נוסף להך מצוה דושפטתם צדק שפיר שורת הדין נותן שיפסוק וידון לת"ח ול"ש בזה לומר עוסק במצוה פטור ממצוה כיון דגם במה שידון לת"ח יקיים מצוה זו דושפטתם צדק והבן. אכן אחר העיון אמרתי דהדבר נכון די"ל דכוונת הריטב"א הוא דעוסק במצוה בדינא אחרינא הייינו במצוה דכקטן וכגדול תשמעון דדרשינן בפ"ק דסנהדרין דף ח' ע"א דמצוה להקדים לדון למי שבא תחלה ומצוה זו הרי שפיר מבטל אם יפסוק מדין ע"ה שבא תחלה וידון לת"ח ואף דהריטב"א שם כתב בהדיא דמצוה דכקטן וכגדול תשמעון הוא אף דעדיין לא פתחו בדינא וא"כ אמאי קאמר דאם לא פתחו בדינא דנין לת"ח תחלה משום מצוה דכבוד התורה הלא גם בזה שייך לומר דעוסק במצוה פטור ממצוה כיון דחל עליו החיוב לעסוק במצוה זו לדון דין ע"ה מתחלה כיון שבא מקודם אולם

י"ל דשאני היכא דעדיין לא פתחו בדינא דכיון דעדיין לא התחיל לעסוק במצוה דכקטן וכגדול תשמעון א"כ ל"ש לומר עוסק במצוה פטור ממצוה והן אמת דמבואר בהדיא בהריטב"א סוכה דף כ"ה דאף דעדיין לא התחיל לעסוק במצוה אמרינן דיעסוק בהמצוה שבא לפניו תחלה שהקשה שם אי אמרינין דוקא בא"א לקיים שניהם עוסק במצוה פטור ממצוה א"כ ל"ל קרא הא פשיטא דלמה יניח מצוה זו מפני מצוה אחרת. ותירץ שם בתירוצו הב' דאשמעינן קרא דאם בא לידו מצוה ואם יתחיל לעסוק בה יבטל מהמצוה הקבוע לזמן כגון ק"ש ושחיטת פסח שיבא אח"כ אפ"ה רשאי להתחיל במצוה זו שבא לידו עכשיו אע"ג שיבטל מהמצוה הקבוע לזמן שיבא אח"כ עיי"ש הרי בהדיא דאף דעדיין לא התחיל לעסוק בהמצוה אמרינן שיעסוק בהמצוה שבא לידו מתחלה ופטור ע"י עסק מצוה זו ממצוה שיבא לידו אח"כ וא"כ ה"כ כיון דאם בא לפניו מתחלה ע"ה לדון הרימוטל עליו החיוב לקיים מצוה זו דכקטן וכגדול תשמעון ולדון מקודם את דינא דע"ה שפיר צריך להתחיל במצוה שבא לידו מקודם וידון לע"ה תחלה. אמנם התם שאני דעדיין לא הגיע זמנה של המצוה אחרת. משא"כ כאן שבא לפניו דין דע"ה ודין דת"ח נהי דע"ה בא מתחלה מ"מ כיון דעדיין לא התחיל לדון לע"ה שפיר צריך לדון תחלה לת"ח אף דאיכא מצוה לדון תחלה מי שבא תחלה מ"מ כיון דכבוד התורה עדיף א"כ עשה דכבוד התורה מבטל להעשה דכקטן וכגדול תשמעון. והרי זה הוי כמו אם בא לידו מצוה שאינו תלוי בזמן ועדיין לא התחיל לעסוק בה עד שהגיע זמן המצוה התלוי בזמן כגון ק"ש ושחיטת פסח ודאי פשיטא הוא דצריך לעסוק מתחלה במצוה התלוי' בזמן אף דהמצוה דאינו תלוי בזמן בא לידו מקודם וה"נ כשבא ת"ח לדין ועדיין לא התחיל לעסוק בדינא דע"ה שבא מקודם הוי העשה דכבוד התורה כמו מצוה עוברת ושפיר העשה דכבוד התורה מבטל להעשה דכקטן וכגדול תשמעון. עוד י"ל דבאמת כוונת הריטב"א שבועות הנ"ל הוא דעוסק במצוה היינו במצוה דושפטתם צדק ואפ"ה שפיר קאמר דע"י שעוסק במצוה דהך דינא פטור מלדון לת"ח אף דבדינא דת"ח יקיים ג"כ הך מצוה די"ל דסברתו הוא דכיון דעוסק במצוה דהך דינא לכן אם בא אז הת"ח לדין אין הדיין מצוה כלל על העשה דכבוד התורה דכיון דאז בשעה שעוסק במצוה הוי המצוה הב' שבא לידו כדבר הרשות אצלו ועיין גם בהריטב"א סוכה שם שכתב סברא זו בתירץ הראשון עיי"ש וא"כ נהי דאם ידון את הת"ח ג"כ יקיים הך מצוה דושפטתם צדק מ"מ לא יפסיק מדין ע"ה שעוסק בה עכשיו וידון להת"ח כיון דבשעה שהוא עוסק במצוה ליכא עליו שום חיוב כלל לעשות עוד מצוה ואף שבהמצוה הב' נכלל גם הך מצוה הראשונה כמו הכא אפ"ה פטור והבן כי קצרתי ופירוש זה הוא הנכון בעיני כי במה שכתבתי

בראשונה דכוונת הריטב"א הוא דעוסק במצוה היינו במצות דכקטן וכגדול תשמעון יש לפקפק דהא המצוה דכקטן וכגדול תשמעון ל"ש אלא כשבא אח"כ עוד בע"ד אחרים בזה אמרה תורה שיקדים למי שבא תחלה אבל כל זמן שלא באו בעלי דינים אחרים הרי ל"ש כלל לומר כקטון וכגדול תשמעון וא"כ כשבא מתחלה ע"ה לדון ואח"כ בא ת"ח לדון הרי התחלת חלות המצוה דכקטן וכגדול תשמעון היא בעת שבא הת"ח לדין וא"כ אף אם כבר פתחו בדינא דע"ה מ"מ הרי שני המצות היינו המצוה דכקטן וכגדול תשמעון והמצוה דכבוד התורה הם באים יחד וא"כ ל"ש לומר דעוסק במצוה פטור ממצוה דהא עדיין לא עסיק במצוה דכקטן וכגדול תשמעון וא"כ שפיר כיון דעשה דכבוד התורה עדיף צריך להפסיק מדין דע"ה וידון לת"ח. אבל מה שכתבתי באחרונה לפרש כוונת הריטב"א ניחא שפיר והבן היטיב. ונחזור לדינא דהרמ"א דהוא נמשך אחר הריטב"א כתובות שהביא בשם רבו דת"ח דנין תחלה אפי' פתחו כבר בדין אחר וקבע הרמ"א כן להלכה וצ"ע דהרי הריטב"א שבועות הנ"ל הביא בשם כל רבותיו שחולקים בזה. ומהתימא על הסמ"ע והש"ך ושאר פוסקים שלא הרגישו בזה ואפשר דבימיהם לא הי' עדיין נדפס חידושי הריטב"א על מס' שבועות ואולם כיון דאנן זכינו לאורו של הריטב"א שבועות צ"ע אצלינו אי יש לפסוק כן להלכה כדעת רבו של הריטב"א בכתובות כיון דהרבה מהראשונים חולקים בזה וצ"ע:

(ב) **סעיף ג ברמ"א** ומ"מ אין דינו כד"נ כו'. כן הוא בריב"ש סי' רס"ו דבהודאות והלואות אפי' בדין מרומה לא בעי דרישה וחקירה כד"נ ממש. ועיין בש"ך בסי' ל' סק"ה וסי' ל"ג ס"ק ט"ז שחולק על הריב"ש בזה וכתב בסי' ל"ג שם דפשט הסוגיא דר"פ אד"מ לא משמע כדבריו. וכוונתו הוא בזה כיון דמוקי הך דקתני במתני' אחד ד"מ ואחד ד"נ בדרישה וחקירה דאיירי בדין מרומה הרי משמע דצריך דו"ח בדין מרומה כמו בד"נ ממש. וכ"כ גם התומים בסי' ל' סק"א. ולא ידעתי איך העלימו עיניהם מהריב"ש שם שהוא בעצמו שם נשמר מזה שכתב וז"ל ואע"ג דמתני' קתני אחד ד"מ ואחד ד"נ בדו"ח ורב פפא דמוקים לה בהודאות והלואות ובדין מרומה דמשמע דשווין הם ר"פ מוסיף הוא על אוקימתא דרבא דמוקים לה בדיני קנסות דבעי דו"ח כד"נ ממש ור"פ ה"ק אפי' בהודאות והלואות נמי בדין מרומה שייך דו"ח קצת כו' עיי"ש. ועיין גם בחידושי הר"ן בסנהדרין דף ל"ב שכתב ג"כ כדברי הריב"ש דבדין מרומה לא בעינן כל דיני דרישה וחקירה והעיר ג"כ בקושיא זו וכתב לתרץ בע"א דמשכחת לה היכא שהדיין חושש בכל הענין כולו שהוא מרומה דבכי האי הוא דצריך לעשות דרישה וחקירה בשלימות עיי"ש. וראיתי בהגהות הגאון מלייפניק הנדפס על הגליון ש"ע (והוא בדפוסי הש"ע הנדפס

מחדש עם הקצה"ח והנתיבות אבל בדפוס הקדום הנדפס עם הנתיבות לבד לא נמצא דיבור זה) שכתב על דברי הרמ"א וז"ל נ"ב בחדושי הר"ן לסנהדרין דף ל"ב כתב בזה"ל וכתב הר"ד ז"ל אין הכוונה שנצרך כל דיני דו"ח כו' אלא שאם הדיין חושש בענין זה צד רמאות שהוא ידרוש ויחקור אותו צד רמאות שחושש בו כו' יעו"ש הרי דלא כדברי מהר"ב אשכנזי שחולק בתשובתו סי' ה' אדברי ריב"ש ויעוין עוד בחדושי הר"ן הנ"ל דף מ' ע"א במ"ש שם מ"מ נ"מ לד"מ היכא דהוי הדין מרומה וצ"ע עכ"ל הגאון מלייפניק וכוונתו הוא בזה להקשות על הר"ן שסותר עצמו דבדף ל"ב כתב דלא בעי דו"ח רק אותו צד רמאות שחושש בו הדיין אבל אותו צד שאין חושש בו לא בעינן דו"ח ובדף מ' משמע דבדין מרומה בעינן דרישה וחקירה בכל הדין:

ולא ידעתי איך לא ראה סיום דברי הר"ן שם בדף ל"ב והוא דברי הר"ן שהבאתי למעלה שכתב דהיכא שהדיין חושש בכל הענין כולו שהוא מרומה שצריך לעשות דו"ח בשלימות. וא"כ לפי"ז אין כאן סתירה כלל דהא י"ל דמה שמבואר בהר"ן דף מ' דבעינן בכל הדין דו"ח כוונתו הוא היכא שהדיין חושש שכל הענין כולו הוא מרומה וא"ש:

סימן טז

(א) **סעיף ב** חזר ואמר כו' א"כ להביא עוד ראי'. בב"י הקשה על הך דינא דלא דמי להא דתני בס"פ ז"ב אמר לו להביא ראי' ואמר אין לי ראי' לאחר זמן מצא ראי' אינו כלום דשאני הכא דמתחלה טען שיש לו ראי' אלא שאינה מצוי' וכשראה שב"ד פטרו לבעל דינו מלהשיב לו אמר ישיב לי בלא ראי' עיי"ש. ועיין בב"ח שכתב דלפי הנוסחא שבטור שלפנינו דכתוב ישיב לו בואו לק"מ דמלשון זה מבואר דהתובע חזר ואמר בדרך הודאה גמורה אין לי ראיה וכתב הר"י דדינא הכי דישיב לו בלא ראי' עיי"ש. ולא זכיתי להבין דהרי גם לפי הנוסחא שלפנינו קושית הב"י במקומה עומדת דהא אכתי סו"ס מש"ה אמר התובע שאין לו ראי' כיון שראה שהב"ד פטרו לבעל דינו מלהשיב לו. וחשב התובע בלבו שיאמר שאין לו ראי' כדי שישיב לו בעל דינו. ולא דמי כלל לדינא דמתני' דס"פ ז"ב. ואפשר שלזה כיון הש"ך בסק"ד שכתב וז"ל עיין בב"ח וצ"ע עכ"ל ועיין בדרישה מ"ש לתרץ קושית הב"י הנ"ל. וגם בדבריו יש לגמגם. והתירץ המובחר בעיני בזה הוא תירוצו של הטו"ז עיי"ש:

סימן יז

(א) **סעיף א** ולא יהא אחד יושב ואחד עומד. כן הוא לשון הגמרא שבועות ר"פ שבועת העדות ופשטא דלישנא מורה דאפי' אם אחד ישב מעצמו והשני עומד מעצמו ג"כ איכא איסור. אולם הב"ח כתב דדוקא שיאמר הדיין לאחד שב ולהשני מניחו לעמוד או להיפך זה אסור אבל אם אחד יושב מעצמו והשני עומד מעצמו ליכא איסור והוכיח כן מלשון התוספתא דאיתא שלא יהא מעמיד אחד ולא מושיב אחד ודחק להעמיס כן ג"כ בכוונת הגמרא וטוש"ע עיי"ש. ועיין בכנה"ג בהגהות הטור אות ד' שחולק עליו דבכל ענין אסור ומהתוספתא אין ראי' כיון דגם אם אחד ישב מעצמו והשני עומד ולא א"ל שישב או להיפך מעמיד ומושיב מיקרי עיי"ש. ודברי הכנה"ג נכונים בזה ואביא גם ראי' לדעת הכנה"ג מהירושלמי יומא פ"ו ה"א דאיתא שם למה כאמר ועמדו שני האנשים שלא יהא אחד עומד ואחד יושב כו' שלא יהא הדיין מסביר פנים כנגד אחד ומעיז פנים כנגד אחד מעמיד לזה ומושיב לזה עיי"ש ועיין בק"ע שם מה שנדחק לפרש הא דקאמר כפל לשון עיי"ש. ולפענ"ד נראה דברישא דקאמר שלא יהא אחד עומד ואחד יושב מיירי שהאחד ישב מעצמו והשני עומד מעצמו ובסיפא מיירי שהדיין לא ישב לאחד ולהעמיד לאחד וכן מורה מהלשון שם דבסיפא קאמר שלא יהא הדיין וברישא לא נקט לשון שלא יהא הדיין וכן נמי מורה מהלשון דקאמר בסיפא שלא יהא הדיין מסביר פנים כנגד אחד ומעיז פנים כנגד אחד וברישא לא קאמר האי לישנא וע"כ דבסיפא מיירי שהדיין בעצמו מושיב לאחד ומעמיד לאחד שפיר הוי מעיז פנים נגד אחד ומסביר פנים נגד השני משא"כ ברישא דמיירי שהאחד ישב מעצמו והשני עומד מעצמו לא הוי הדיין מעיז פנים כלל אך אפ"ה איכא איסור אפי' בכה"ג וז"ב בכוונת הירושלמי והוא כדעת הכנה"ג:

(ב) **שם באותו סעיף** שניהם בעמידה לכתחלה אבל בדיעבד אפי' בישיבה דיניהם דין כ"כ הטור וכן הוא הסכמות כל הראשונים. ועיין בב"י שכתב שהרשב"א הביא ראי' לזה מהא דאמרינן בפ' מי שאחזו דף ע"א בודקין אותו למשאות ולמתנות ולעדיות ובירושלמי אמר ר"ל זאת אומרת מעידין מיושב אלמא בדיעבד כשר גבי עדים א"כ הה"נ בבעלי דינים בגמר דין עיי"ש. ויש לתמוה האיך פוסק הרשב"א כהירושלמי הנ"ל לדינא דבדיעבד כשר עדות בישיבה בכל ענין עדות הלא בש"ס דידן גיטין שם מוקמינן הך דבודקין אותו לעדיות בעדות אשה דאקילא בה רבנן. וא"כ נהי דהירושלמי מוקי הך דבודקין אותו לעדיות בכל ענין עדות מ"מ האיך הביא הרשב"א לדינא שיטת הירושלמי הלא כללא הוא דהיכא דש"ס דידן פליג עם הירושלמי הלכה הוא כש"ס דידן. ונ"ל לישב דהנה מה דמוקי בש"ס דידן הך דבודקין אותו לעדות בעדות אשה התם קאי על נשתתק וכמו

שפי' רש"י שם וכן הוא ג"כ בתוספתא רפ"ה דגיטין. והמעיין בהרשב"א והוא בחדושיו לשבועות דף ל' ובתשובה ח"ב סי' ס"ד יראה דהי' לו גרסא בירושלמי גם גבי קורדייקוס דבודקין אותו לעדות ומקורדייקוס הוכיח ר"ל דמעידין מיושב עיי"ש. וכ"כ הבעל פני משה בירושלמי סנהדרין במראה הפנים פ"ז ה"ח ד"ה מיכן לדיינים עיי"ש. וא"כ כיון דר"ל בירושלמי הוכיח הא דמעידין מיושב מדקתני ו בקורדייקוס דבודקין אותו לעדיות שפיר הביא הרשב"א לדינא דברי הירושלמי הנ"ל דעדות בישיבה כשר בדיעבד דהלא לא מצינו בש"ס דידן דגם בקורדייקוס אין בודקין אותו רק לעדות אשה וא"כ שפיר י"ל דגם ש"ס דידן סובר דבקורדייקוס מעיד בכל ענין עדות וממילא גם הש"ס דידן מודה לזה דבדיעבד כשר עדות בישיבה בכל ענין עדות כיון דגם להש"ס דידן שייך הוכחה זו דר"ל דמעידין מיושב בכל ענין עדות. ויש לחלק טובא ולומר דש"ס דידן לא קאמר רק בנשתתק דאינו מעיד אלא בעדות אשה כיון דנשתתק אינו מעיד בפה רק בהרכנה והתורה אמרה עפ"י שנים עדים ובעינן מפיהם ולא מפי כתבם וגם לא בהרכנה ובזה שפיר אפי' בדיעבד פסול ורק בעדות אשה אקולי בה רבנן אבל בקורדייקוס דמעיד בפה וליכא איסור רק מה שמעיד בישיבה שפיר גם הש"ס דידן מודה דכשר בדיעבד בישיבה בכל ענין עדות כיון דהקרא דועמדו אינו אלא למצוה לכתחלה ולא לעיכובא וכמ"ש הרשב"א אליבא דהירושלמי וא"ש [ולפי"ז צ"ע במ"ש הר"ן ר"פ וני שאחזו והביאו גם הב"ש באע"ז סי' קכ"א סק"א דבקורדייקוס לא מהני בדיקה לענין גט עיי"ש. ובירושלמי לפי גרסת הרשב"א הנ"ל מבואר בהדיא דגם בקורדייקוס מהני בדיקה וצ"ע כעת]:

עיין בתשובת חות יאיר סי' כ"ב שתמה שם השואל על דברי הרשב"א הנ"ל שאינו מבין דבריו כלל דמה ענין ישיבה להתם דהתם קאי אם הוא מיושב בדעת אי לא. והשיב הגאון בעל חו"י בסי' כ"ג דלפני הרשב"א הי' בירושלמי הלכה פסוקה בפני עצמה דעדות מיושב כשר בדיעבד עיי"ש. ואחר נשיקת עפר רגליו אמינא שלפי הנראה לא עיין בגוף ספר הרשב"א רק בהב"י לבד והב"י הביא דברי הרשב"א בקיצור והרשב"א גופי' שם כתב בפירוש דהא דמעידין מיושב למדוהו מהא דקתני גבי קורדייקוס דבודקין אותו לעדיות עיי"ש ולאו הלכה פסוקה בפ"ע היא. ולפענ"ד נ"ל בזה דמש"ה לא הי' ניחא לי' להרשב"א לפרש הא דאמר ר"ל זאת אומרת מעידין מיושב היינו מיושב בדעת כיון דלהאי פירושא קשה מאי קמ"ל ר"ל הא תני כן בהדיא דבודקין אותו לעדיות וע"כ דבעינן שיהא מיושב בדעת. הלכך מפרש הרשב"א הך דמעידין מיושב היינו בישיבה ש ושפיר קמ"ל ר"ל:

אך אי קשיא הא קשיא לי בהא שמפרש הרשב"א מה דאמר ר"ל זאת אומרת מעידין מיושב היינו בישיבה והיינו כיון דסתם חולה א"א לעמוד ע"כ דמעיד בישיבה וכמ"ש בהגהות מהרל"ח כאן וקשה דמה הוכחה יש מהתם דבדיעבד כשר עדות בישיבה הלא התם אונס הוא וא"א לעמוד ואין ראי' לענין דיעבד היכא דיכול לעמוד וכן מצינו בהדיא לענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד דאם היו העדים חולים מקבלים שלא בפני בע"ד וכדאיתא בב"ק דף קי"ב ע"ב וכן קי"ל בסי' כ"ח. ואפ"ה היכא דלא היו העדים חולים וקבלו עדותן שלא בפני בע"ד פסול אפי' בדיעבד וכדקי"ל בסי' כ"ח שם. ועיין גם בב"י סי' כ"ח שהביא בשם הראב"ן שהביא ראי' דבדיעבד כשר קבלת עדות שלא בפני בע"ד מדמכשרינן באונס כגון שהיו העדים חולים לקבל עדות שלא בפני בע"ד ואי בדיעבד פסול ע"י אונס נמי מיפסל וכתב הב"י דהרבה פוסקים חולקים על הראב"ן וראייתו אינה ראי' כלל דדוקא היכא דאיכא אונס מקבלים והיכא דליכא אונס אפי' בדיעבד פסול עיי"ש והב"י כתב שם דכן הוא ג"כ דעת הרשב"א דבדיעבד אם קבלו עדות שלא בפני בע"ד פסול עיי"ש. וא"כ איך הי' ניחא לי' להרשב"א לפרש הא דאמר ר"ל זאת אומרת מעידין מיושב היינו דבדיעבד כשר עדות בישיבה דהתם בקורדייקוס מעיד בישיבה דסתם חולה א"א לעמוד הלא התם אונס הוא דא"א לעמוד ומה ראי' הוא מהתם לדעלמא לענין דיעבד וכמו בקבלת עדות שלא בפני בע"ד דבאונס מקבלים ובלא אונס אפי' בדיעבד פסול. ואפשר לומר עפ"י מה דמבואר בב"י שם דמש"ה מחלקינן בענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד בין אונס לדיעבד משום דקבלת עדות בפני בע"ד הוא רק מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא והם אמרו דבאונס מקבלים ובלא אונס אפי' בדיעבד פסול עיי"ש וא"כ שפיר עדות בעמידה שאני דהא מה דבעינן עדות בעמידה מדאורייתא הוא וכמ"ש התוס' זבחים דף ט"ז ע"א ד"ה מה ליושב עיי"ש וכן הוא דעת כל הפוסקים ועמ"ש לקמן סק"ד לכן שפיר אין לחלק בין אונס לדיעבד ואי באונס כשר בישיבה לכתחלה שוב גם בדיעבד בלא אונס כשר בישיבה:

ושוב ראיתי בישועות יעקב פ' הגוזל בתרא דין ט' שהוא דחה ראיית הראב"ן מטעם אחר והוא משום דהראב"ן הביא ראי' מדברי עצמו שפסק דאפי' אם לא שלחו אחריו מקבלין העדות שלא בפניו היכא דאיכא אונס כגון שעדיו חולים והוא גורס בגמרא או שלחו אחריו ולא בא אבל לפי גרסת רוב פוסקים ושלחו אחריו א"כ לית לי' ראי' כלל דהא מחמת אונס נמי לא מכשירין לקבל עדות שלא בפניו אם לא שפשע ולא בא עיי"ש:

ולפי דבריו א"ש על נכון ולק"מ קושיתנו הנ"ל דהא בענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד באמת אפי' באונס אין מקבלין שלא בפני בע"ד לכן שפיר אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד

ואפי' בדיעבד פסול. משא"כ לענין עדות בישיבה דבאונס כשר לכתחלה בישיבה שפיר י"ל דבדיעבד כשר בישיבה אפי' בלא אונס ולק"מ:

(ג) **עוד שם באותו סעיף** והעדים לכתחלה לעולם בעמידה. עיין בסמ"ע דבזה"ז דליכא מומחין מותר אפי' לכתחלה בישיבה ודלא כהע"ש עיי"ש ועיין בקצה"ח שהקשה על הסמ"ע מעובדא דר"נ ר"פ שבועות העדות מדלא הושיב ר"כ לשניהם דהא ר"נ לא הי' סמוך ע"כ דאפי' בזה"ז דליכא מומחין בעי עמידה לכתחלה בבע"ד וה"ה בעדים עיי"ש. אמנם מגופה דעובדא דר"נ כמו שהקשה הקצה"ח ליכא התחלה להקושיא כלל דהא נהי דר"נ הי' יכול להושיב לשניהם אבל הא אכתי לא הוי מיפטר בזה מלמיקום מקמי אשת ר"ה מיד בשעה שבאתה לפניו הלכך שפיר קאמר לשמעי' צא ואפרח עלי בר אווזא ואוקים. אבל אח"כ שפיר י"ל דהושיב ר"נ לשניהם כיון דלא הי' ר"נ סמוך ולא בעינן עמידה. אך יש להקשות מהא דפריך שם בגמרא הא בשעת גמר דין ד"ה דיינים בישיבה ובע"ד בעמידה והיכי עביד בשעת גמר דין עיי"ש. ומהכא שפיר קשה קושית הקצה"ח לדעת הסמ"ע דמאי פריך הלא ר"נ לא הי' סמוך ולא בעינן כלל עדים ובע"ד בעמידה. אולם באמת גם מהכא לק"מ דהנה השער משפט הקשה דמאי פריך הש"ס בשעת גמר דין היכי עביד הא קיי"ל דגומרין את הדין אף שלא בפני בע"ד וא"כ דלמא אמר ר"נ הפס"ד שלא בפני אשת ר"ה ותירץ דקושית הש"ס הוא בדרך שאלה דהיכי עבדינן כשתהי' ג"כ בשעת גמר דין או דהש"ס ידע דאשת ר"ה היתה ג"כ בשעת גמר דין עיי"ש. ולפענ"ד נראה עיקר כתירץ הראשון של השעמ"ש דהש"ס הקשה כן בדרך שאלה דהיכי עבדינן כשיהי' הת"ח הבע"ד בשעת גמר דין. וכן יש להוכיח מפרש"י שם שכתב בד"ה הדיינים בישיבה וז"ל והבא לחלוק כבוד היכי עביד דקאים עכ"ל ומשמע מזה דאין הקושיא על ר"נ אלא הש"ס מקשה היכי עבדינן אם הת"ח הבע"ד הוא בשעת גמר דין ובא לחלוק לו כבוד. וא"כ כיון דאין כוונת הש"ס הוא כלל להקשות על ר"כ א"כ ממילא לק"מ מהתם על הסמ"ע די"ל דכוונת הש"ס הוא להקשות דהאיך עבדינן היכא שהדיין הוא סמוך ואם הדיין הוא סמוך הרי בעינן לכתחלה דיינים בישיבה ובעלי דינים בעמידה:

(ד) **ברמ"א שם** ועמידה ע"י סמיכה מקרי שפיר עמידה לענין זה. עיין טו"ז בהשמטות שהקשה על הרמ"א מהא דאיתא בש"ס זבחים דף י"ט ע"ב לענין עבודה וקידוש ידים ורגלים דת"ק סבר דעמידה מן הצד לא שמי' עמידה והיינו עמידה ע"י סמיכה ואנן קיי"ל כת"ק עיי"ש. ובראשית השקפתי עלה בדעתי לומר דמ"ש הרמ"א דעמידה ע"י סמיכה מיקרי עמידה כוונתו הוא דוקא כה"ג סמיכה דאף אם ינטל אותו דבר שסמך עליו ג"כ

יוכל לעמוד ולא יפול וא"כ לק"מ מש"ס זבחים הנ"ל דהא התם מיירי בכה"ג סמיכה שאם ינטל אותו דבר שסמך עליו יפול ולא יוכל לעמוד וכמבואר שם בגמרא וכ"כ רש"י שם בהדיא עיי"ש וסמיכה כזו שפיר לא חשיב עמידה אפי' לענין עדות ובזה מיושב נמי מה שמקשין העולם על הרמ"א מש"ס זבחים דף ט"ז ע"א דיליף רב משרשי' שם דזר אם עבד חילל מק"ו מיושב מה יושב שאוכל אם עבד חילל זר שאינו אוכל אינו דין שאם עבד חילל ופריך מה ליושב שכן פסול לעדות ומשני מיושב ת"ח:

וקשה הו"ל למיעבד הק"ו מסמיכה דאוכל ואם עבד בסמיכה חילל דהא לענין עבודה סמיכה לא הוי עמידה זר שאינו אוכל כ"ש דמחלל ותו ליכא למיפרך מה לסמיכה שכן פסול לעדות דהא סמיכה כשר לעדות לדעת הרמ"א. והכני מוסיף עוד להפליא דע"כ כוונת רב משרשי' הוא באמת למילף הק"ו מסמיכה ולא מיושב ממש. והוא דהתוס' זבחים שם בהג"ה הקשו מה ליושב שכן אסור בעזרה ותירצו דשמא אינו מה"ת מדאיצטרך קרא ליושב למצוה כו' ושוב כתבו שם מיהו איצטרך קרא לעובד בהשתחוואה עיי"ש ומבואר כוונתם בזה דבאמת אין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא ומה דאצטריך קרא הוא לעובד בהשתחוואה וכ"כ השעה"מ פ"ז מהל' בית הבחירה וכן הוא דעת רש"י ביומא דף כ"ה דאין ישיבה בעזרה הוא מה"ת ועיין גם במשל"מ פ"ז מהל' בית הבחירה. ולפי"ז הרי שוב קשה קושית התוס' מה ליושב שכן אסור בעזרה וליכא למימר דיליף מיושב דמלכי בית דוד דהיה להם ישיבה בעזרה וכמו דמשני לענין עדות דיליף מיושב ת"ח דהרי מלכי ב"ד לאו בר עבודה הוא וכ"כ הצ"ק שם לפרש כוונת התוס' בקושיתם לחזק קושיתם עיי"ש. וא"כ שוב הק"ו פריכא הוא. אע"כ צ"ל דרב משרשי' יליף מסמיכה והלכך לא קשה מה ליושב שכן אסור בעזרה דהא ע"י סמיכה מותר בעזרה וכמ"ש התוס' שם דף י"ט ע"ב ד"ה וליתב. וא"כ כיון דרב משרשי' באמת יליף הק"ו מסמיכה ואפ"ה פריך שכן פסול לעדות הרי בהדיא דגם בעדות פסול סמיכה. אמנם לפי האמור ניחא דהא אף אי הק"ו הוא מסמיכה ג"כ פריך שפיר שכן פסול לעדות דהא הק"ו מסמיכה הוא דוקא כה"ב סמיכה שאם ינטל אותו דבר שסמך עליו יפול דדוקא סמיכה כזו פסול בעבודה והרי סמיכה כזו פסול ג"כ בעדות וגם ניחא נמי לפי הנ"ל מה דקשה לי לדעת הרמ"א מהירושלמי שהבאתי לעיל סק"ב דמי שאחזו קורדייקוס בודקין אותו לעדיות ואמר ר"ל זאת אומרת מעידין מיושב ומפרש הרשב"א דמעידין בישיבה בדיעבד והיינו כיון דסתם חולה א"א לעמוד ומעיד בישיבה. וקשה איך הוכיח ר"ל מהתם דבדיעבד כשר עדות בישיבה נהי דסתם חולה א"א לעמוד אבל הא עכ"פ יוכל לעמוד ע"י סמיכה והא עמידה ע"י סמיכה מקרי עמידה לענין עדות אפי' לכתחלה וא"כ י"ל

דכוונת הירושלמי דבודקין אותו לעדיות ומעיד היינו שמעיד בעמידה ע"י סמיכה אבל בישיבה אינו מעיד ופסול אפי' בדיעבד ולפי הנ"ל ניחא דהא חולה שאינו יכול לעמוד מעצמו אם יעמוד ע"י סמיכה הרי אם ינטל אותו דבר שסמך עליו יפול וסמיכה כזו שפיר לא חשיב עמידה גם לענין עדות רק הוי כישיבה ממש ושפיר הוכיח ר"ל מהתם דמעידין מיושב:

אולם מסתימת לשון הרמ"א משמע דבכל ענין סמיכה חשיב עמידה ואפי' כה"ג סמיכה שאם ינטל אותו דבר שסמך עליו יפול ג"כ חשיב עמידה. ומה גם דהא הרמ"א הוציא דין זה מהריב"ש סי' רס"ו והרי הריב"ש מיירי שם היכא שאם ינטל העמוד שסמך עליו יפול עיי"ש. וא"כ בודאי גם הרמ"א מיירי בכה"ג ושוב קשה כל הקושיות הנ"ל:

והגאון בעל ח"צ בהגהותיו בטו"ז כתב לתרץ קושית הטו"ז הנ"ל וגם מה שהקשה עוד הטו"ז על הרמ"א מהריב"ש שם שכתב בפירוש להיפך דישיבה ע"י סמיכה חשיב ישיבה והיינו לענין דיינים דבעינן דיינים בישיבה אם היו הדיינים נסמכים על העמוד חשוב ישיבה. וא"כ בעדים דבעינן עמידה אם היו נסמכים לא חשוב עמידה רק ישיבה. ותירץ הח"צ דהרמ"א סמך על מה שמסיים הריב"ש שם בסוף דבריו וז"ל ועוד דמה דאמרינן דיין בישיבה אינו אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא כיון דבדיעבד כשר בעמידה וא"כ בעמידה ע"י סמיכה אפי' לכתחלה נמי עכ"ל הריב"ש וא"כ הה"נ לענין עמידת עדים דהוא נמי אינו אלא מדרבנן לכן מהני סמיכה ומקרי עמידה אפי' לכתחלה עיי"ש. וכדבריו מבואר גם בב"ח המובא בטו"ז שם. אך בתירוצו לא נתיישב עדיין קושית העולם וגם לא קושיתנו הנ"ל מהירושלמי פרק מי שאחזו. אולם לא כח רוחי בתירץ הח"צ אף לקושית הטו"ז דדבריו תמוהים מש"ס זבחים הנ"ל דפריך מה ליושב שכן פסול לעדות ואי נימא דמה"ת כשר עדות בישיבה אפי' לכתחלה מה פריך מה ליושב שכן פסול לעדות הרי התם מיירי מד"ת ולא מיפרך הק"ו מיושב מכח מה שפסול עדות בישיבה מדרבנן. ועיין גם בתוס' שם והבאתי דבריהם למעלה שהקשו מה ליושב שכן אסור בעזרה ותירצו דשמא אינו מה"ת ולא מיפרך הק"ו. ושוב ראיתי בתומים סק"א שהרגיש בקושיא זו על הסמ"ע שכתב דהקרא דועמדו אינו אלא אסמכתא למצוה ולא לעיכובא אך באמת על הסמ"ע לק"מ דאף דכתב דהקרא אסמכתא אין כוונתו שהעמדת עדים הוא מדרבנן רק עיקר כוונתו הוא שאינו אלא למצוה לכתחלה ולא לעיכובא אבל באמת הוא מדאוריתא ועיין גם בס' יד מלאכי אות תקמ"ו שהביא בשם שו"ת ריח שדה שכתב דמצינו לפעמים דאמרינן אסמכתא אף בדבר שהוא מה"ת ועיין גם בס' ארעא דרבנן אות נ"ט שהביא כן בשם הרמב"ם בהקדמה לסדר זרעים. וא"כ על הסמ"ע לק"מ רק

על הב"ח והח"צ שכתבו בהדיא דמה דבעינן עדים בעמידה הוא מדרבנן שפיר קשה. אך באמת אין התלונה בזה על הב"ח והח"צ לבדם אלא גם על הריב"ש קשה דהא מ"ש הריב"ש דדיין בישיבה אינו אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא כיון דבדיעבד כשר בעמידה. נ"ל דכוונתו הוא בזה דכיון דבדיעבד כשר דיין בעמידה ע"כ דאינו אלא מדרבנן דאי מדאורייתא הרי אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד וכמ"ש רוב פוסקים הראשונים דבדאורייתא לא מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד והוא פשוט וברור בכוונת הריב"ש. וא"כ הרי גם בעדים מה דבעינן עמידה הוא רק לכתחלה אבל בדיעבד כשר עדים בישיבה וכמ"ש הריב"ש שם. וא"כ ע"כ גם בעדים צ"ל כן דמה דבעינן עדים בעמידה הוא רק מדרבנן דאי מדאורייתא הרי א"א לחלק בין לכתחלה לדיעבד ושוב קשה גם על הריב"ש מש"ס זבחים הנ"ל ולכאורה קושיא זו יש להקשות גם על עוד הרבה פוסקים הראשונים דהא כן היא ג"כ דעת רוב פוסקים דמה דבעינן עדים בעמידה ודיינים בישיבה הוא רק לכתחלה אבל בדיעבד כשר עדים בישיבה ודיינים בעמידה וכדקיי"ל כאן בש"ע ועיין גם בב"י שהביא כן בשם הרשב"א והרא"ש והר"ן ורק קצת מרבוותא הוא דס"ל דעדים בישיבה אפי' בדיעבד פסול עיי"ש. וא"כ ע"כ גם להרשב"א והרא"ש והר"ן וסייעתם צ"ל דמה דבעינן עדים בעמידה ודיינים בישיבה הוא רק מדרבנן דאי מדאוריתא הרי אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד. וא"כ גם עליהם קשה קושיתינו הנ"ל וזה דוחק לומר דהם ס"ל כדעת קצא פוסקים דגם בדאורייתא מחלקין בין לכתחלה בדיעבד. אכן באמת על הרשב"א והרא"ש והר"ן וסייעתם לק"מ אף אי נימא דס"ל דבדאוריתא לא מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד. והוא עפ"י מה שראיתי בס' שב שמעתתא. להגאון בעל שמן רקח בשער ט' אות י"ג שכתב שם דמה דלא מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד בדאוריתא הוא דוקא היכא דנכתב בלשון צווי אבל היכא דאינו נכתב בלשון צווי מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד והביא סייעתא לזה ממ"ש התוס' קדושין דף כ"ה לענין כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו אע"ג דשנה הכתוב בלול כמה פעמים מ"מ כיון דלא כתוב בלשון צווי ובללת איכו מעכב בדיעבד. ואם כן הוא בקדשים דבעינן שנה הכתוב לעכב אם שנה הכתוב רק דלא נכתב בלשון צווי אינו מעכב בדיעבד ממילא בעלמא דלא בעינן שנה הכתוב לעכב אם לא נכתב בלשון צווי אינו מעכב בדיעבד עיי"ש. וא"כ שפיר בעמידת עדים הרי לא כתיב בלשון צווי ויעמדו רק כתיב ועמדו והוא בדרך סיפור דברים בעלמא וכן בישיבת הדיינים דילפינן מקרא דוישב משה לשפוט את העם הרי גם התם לא כתיב בלשון צווי רק בדרך סיפור לכן שפיר מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד ובאמת היא מדאוריתא. ובזה ניחא נמי מ"ש התוס' זבחים דף ט"ז ע"א ד"ה מה ליושב דמה דבעינן

עדים בעמידה ודיינים בישיבה הוא מן התורה ואפ"ה כתבו שם דזה הוא רק לכתחלה אבל בדיעבד כשר דיין בעמידה ועדים בישיבה עיי"ש. והרי התוס' כתבו בהדיא בגיטין דף ג' ע"ב ד"ה וכי ועוד בכמה דוכתא דבדאוריתא לא מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד. וא"כ איך מחלקו בעמידת עדים וישיבת הדיינים בין לכתחלה לדיעבד אף שהוא מדאוריתא. ולפי הנ"ל ניחא. אבל הריב"ש ע"כ ס"ל דאף היכא דלא ככתב בלשון צווי ג"כ לא מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד דאל"כ איך הוכיח דמה דבעינן דיינים בישיבה הוא רק מדרבנן מדמחלקינן בין לכתחלה לדיעבד הלא התם לא נכתב בלשון צווי אע"כ דס"ל דאף היכא דלא נכתב בלשון צווי ג"כ אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד. וא"כ הה"נ בעדות אי בעינן עמידת עדים מה"ת אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד וע"כ לשיטתו גם עדים בעמידה הוא רק מדרבנן ושפיר קשה קושיתינו הנ"ל:

ולכאורה גם להרשב"א והרא"ש והר"ן וסייעתם וגם מה דהתוס' זבחים הנ"ל סותרים למה שכתבו בעצמם בכמה דוכתא דבדאוריתא אין לחלק בין לכתחלה לדיעבד אין לתרץ בתירוצינו הנ"ל:

והוא דהתוס' יבמות דף ק"ג ע"א ד"ה בין עומד כתבו שם גבי חליצה דמש"ה בעי עמידה דכתיב ועמד ואמר ושוב כתבו שם וז"ל מיהו עיכובא ליכא מדלא כתיב ויעמוד ויאמר אבל ועמד ואמר אינו אלא סיפור דברים בעלמא כו' אבל ועמדו שני האנשים אע"ג דלא כתיב ויעמדו היינו לפי שאין כתיב שם מעשה אח"כ אבל הכא אחר ועמד כתב מעשה ואין כאן אלא סיפור דברים בעלמא עכ"ל. הרי משמע בהדיא מדברי התוס' דהך דועמדו שני האנשים דילפינן מזה דבעינן עדים בעמידה אין זה סיפור דברים רק צווי. וא"כ אין לתרץ כנ"ל. אולם הרי דברי התוס' יבמות הנ"ל סותרים למה שכתבו בזבחים והבאתי דבריהם למעלה דעדים בעמידה הוא רק לכתחלה אבל בדיעבד אינו מעכב והא בתוס' יבמות הנ"ל משמע דהעמדת עדים מעכב בדיעבד דלא דמי לחליצה. ועיין גם בשו"ת חות יאיר סי' כ"ב שהשואל שם הקשה על הרא"ש שבפ' שבועות העדות פוסק הרא"ש דעדים בישיבה כשר בדיעבד וביבמות פ' מצות חליצה כתב בפשיטות כדברי התוס' יבמות הנ"ל דמזה משמע דגם בדיעבד פסול עדים בישיבה עיי"ש. והגאון בעל חו"י לא השיב כלל על זה. ופלא בעיני מדוע לא הזכירו כלל מדברי התוס' זבחים הנ"ל שכתבו ג"כ בהדיא דבדיעבד כשר עדים בישיבה. אך נלע"ד דאין כאן סתירה כלל לא בתוס' ולא בהרא"ש דמה שכתבו התוס' והרא"ש יבמות הנ"ל גבי חליצה דעיכובא ליכא מדלא כתיב ויעמוד ויאמר כו' אין כוונתם דבאמת מה"ת בעינן עמידה בחליצה ומש"ה אינו מעכב בדיעבד כיון דכתיב בדרך סיפור דברים וזאת הביאו להשואל בחו"י שם לומר

דמ"ש התוס' והרא"ש אח"כ דבועמדו שני האנשים דלא כתיב מעשה אח"כ לא הוי דרך סיפור כוונתם הוא דבעדים אפי' בדיעבד פסול בישיבה. אלא כוונת התוס' והרא"ש במ"ש דעיכובא ליכא מדלא כתיב ויעמוד ויאמר הוא דאי הי' כתיב ויעמוד ויאמר בלשון צווי הי' פסול אפי' בדיעבד אבל השתא דכתיב ועמד ואמר וכתיב נמי מעשה אח"כ הוי רק סיפור דברים בעלמא לכן מדאוריתא לא בעינן כלל עמידה בחליצה אפי' לכתחלה כיון דאינו רק סיפור דברים בעלמא הוי כאלו לא אמרה תורה כלל לשון עמידה בחליצה וכ"כ התוס' שבועות דף ל' ד"ה מצוה וז"ל ועמד ואמר לא משמע עמידה עיי"ש ע"כ מה דבעינן עמידה בחליצה אינו אלא מדרבנן לכן ממילא ליכא עיכובא. וכן מבואר בהרא"ש שם במ"ש והא דדרש בספרי ועמד ואמר אסמכתא בעלמא הוא עיי"ש וכ"כ בהדיא הישי"ש פ' מצות חליצה שם דין י"ד דהתוס' והרא"ש מסקו דמדרבנן בעינן עמידה בחליצה עיי"ש. וא"כ מה שכתבו התוס' והרא"ש דועמדו שני האנשים אע"ג דלא כתיב ויעמדו מ"מ כיון דלא כתיב מעשה אח"כ אין כאן סיפור דברים שפיר י"ל דכוונתם הוא בזה רק דמהאי טעמא עדים בעי עמידה מדאוריתא כיון דועמדו דלא כתיב בדרך סיפור דברים שפיר משמע עמידה:

אבל באמת גם בעדים אף דבעינן עמידה. מדאוריתא אפ"ה אינו רק לכתחלה ובדיעבד כשר בישיבה כיון דעכ"פ לא כתיב בלשון צווי לכן אמרינן דלא הקפידה תורה רק על לכתחלה ולא לענין דיעבד וז"ב ואין כאן סתירה כלל. והמדקדק בלשון הרא"ש שם יראה שכנים דברינו. וממילא יש מדברי התוס' והרא"ש הנ"ל ג"כ ראי' למה שכתבתי לעיל דכיון דלא כתיב בעדים בלשון צווי שיעמדו לכן מחלקינן בין לכתחלה לדיעבד אף דמה דבעינן עמידה הוא מדאוריתא וא"ש ולק"מ קושיתינו הנ"ל על התוס' והרשב"א והרא"ש והר"ן. אבל על הריב"ש שפיר קשה וכנ"ל:

ועלה בדעתי לומר דהריב"ש ס"ל כמ"ש הע"ש בדעת הר"א בר שמשון דמה דבדיעבד כשר עדים בישיבה היינו דוקא האידנא דליכא מומחין אבל לפני מומחין אפי' בדיעבד פסול. והוא משום דמה"ת בעינן מומחין ובעינן עמידה בעדים לפני מומחין מה"ת לכן אפי' בדיעבד פסול בישיבה ובזה"ז דליכא:

מומחין הא דבעינן עמידה בעדים הוא רק מדרבנן לכן בדיעבד כשר בישיבה ועיין מזה בב"ח בסי' זה סעיף ה'. וא"כ לק"מ קושיתינו הנ"ל על הריב"ש כיון דבאמת לפני מומחין בעינן עמידה מה"ת ופסול אפי' בדיעבד בישיבה ושפיר מקשה הש"ס מה ליושב שכן פסול לעדות והיינו מדאוריתא בפני ב"ד מומחין אמנם ז"א דהא הריב"ש שם כתב בהדיא דמה דאמרינן בזבחים שם מה ליושב שכן פסול לעדות לכתחלה קאמר ולא לענין דיעבד.

והלא התם מיירי מד"ת למיפרך הק"ו וע"כ דמיירי במומחין ואפ"ה כתב הריב"ש דכוונת המקשן הוא דפסול רק לכתחלה וע"כ דלא ס"ל להריב"ש כמ"ש העש"ש בדעת הר"א בר שמשון הנ"ל. ושפיר קושיתינו הנ"ל על הריב"ש קמה וגם נצבה וצע"ג:

ועוד קשה לי מהא דאיתא בשבועות דף ל' ע"ב רב יימר ידע סהדותא למר זוטרא אתא לקמי' דאמימר אותבינהו לכלהו כו' האי עשה [פי' עשה דועמדו וכפרש"י שם] והאי עשה עשה דכבוד התורה עדיף עיי"ש. ואי נימא דמה דבעינן עדים בעמידה הוא רק מדרבנן א"כ מה קאמר משום דעשה דכבוד התורה עדיף הלא עמידת עדים לא חשיב עשה כלל כיון דהקרא דועמדו אינו אלא אסמכתא ומדרבנן הוא משא"כ עשה דכבוד התורה דהיא עשה גמורה מדאורייתא וצ"ע:

עיין במג"א סי' קמ"א שהתפלא ג"כ על דינא דהרמ"א כאן ממ"ש הטור והמחבר שם לענין קריאת התורה דסמיכה לא הוי כעמידה. ועיין בתומים שמיישב קושיתו עפ"י מ"ש המג"א בעצמו שם דמש"ה בעזרה מותר סמיכה אף דבעינן עמידה משום דמה דבעינן עמידה בעזרה הוא מפני כבוד השכינה לכן מותר ע"י סמיכה דאין זה נגד הכבוד:

וא"כ ניחא שפיר גם דינא דהרמ"א כאן כיון דגם בעדים מה דבעינן עמידה מבואר בגמרא בסנהדרין דהוא משום דעומד לפני מי שאמר והי' העולם וא"כ אם במקדש ד' מותר לסמוך כ"ש בב"ד עיי"ש. ולפי"ז ממילא נסתלק' ג"כ קושית הטו"ז הנ"ל. ולכאורה דברי התומים צ"ע דהא מה דאיתא בסנהדרין דצריכין לעמוד בב"ד משום כבודו של הקב"ה לא מיירי שם לענין עמידת עדים רק לענין עמידת הבעלי דינים והוא שם דף י"ט גבי עובדא דינאי המלך דעבדי' קטל נפשא א"ל שמעון בן שטח עמוג על רגליך ויעידו בך עיי"ש. אך באמת דבריו נכונים דהא מה דבעי בעלי דינים בעמידה ועדים בעמידה מחד קרא נפקא מועמדו שני האנשים אשר להם הריב וכיון דמה דבע"ד בעמידה הוא משום כבודו של הקב"ה והוא משום דכתיב שם בקרא לפני ד' הה"נ בעדים. וגם אנכי אלך בעקבות התומים להציל את הרמ"א מקושי' הטו"ז והמג"א עפ"י דברי המג"א הנ"ל ועל דרך אחר קצת. והוא עפ"י מ"ש הר"ן בחידושיו בסנהדרין שם דשמעון בן שטח טעה שלא הי"ל לומר לינאי המלך שיעמוד כיון דמה דאמרה תורה דבעלי דינים בעמידה משום כבוד ב"ד הוא והם יכולין למחול על כבודם וא"כ גם לגבי ינאי המלך הי' להם למחול על כבודם עיי"ש. ובודאי ה"נ בעדים מה דבעינן עדים בעמידה הוא משום כבוד ב"ד דהא שניהם מחד קרא נפקא. ועוד דהא הר"ן שם הביא ראי' לדבריו דבעלי דינים בעמידה הוא משום כבוד ב"ד מהא דאיתא בשבועות דף ל' צורבא מרבנן וע"ה דאית להו דינא בהדי הדדי מותבינן לי' לצורבא מרבנן ולע"ה נמי אמרינן שב אלמא משום כבוד

ב"ד הוא והם יכולין למחול לע"ה שישב דאי לא אמאי אמרינן לע"ה שב הא איכא עשה דועמדו שני האנשים עיי"ש. וראי' זו יש להביא גם לענין עדים דהא איתא בשבועות שם רב יימר הוי ידע סהדותא למר זוטרא ואתא לקמי' דאמימר אותבינהו לכולהו עיי"ש והיינו בין לעדים ובין לבעלי דינים כיון דרב יימר ומר זוטרא היו צורבא מרבנן וכן פירש הריטב"א שם עיי"ש. ואיך מותיב לשאר עדים אף דלא הי' צורבא מרבנן הא איכא עשה דועמדו וע"כ דמה דבעינן עדים בעמידה הוא ג"כ משום כבוד ב"ד ויכולין למחול על כבודם ומחל אמימר על כבודו וכמ"ש הר"ן לענין בעלי דינים. וכיון שכן דמה דבעינן עדים בעמידה הוא משום כבוד ב"ד בודאי דע"י סמיכה מותר להעיד ואין זה נגד הכבוד דכ"ש הוא ממקדש ד' דצריך לעמוד מפני כבוד השכינה ואפ"ה מותר ע"י סמיכה:

והתומים שם הביא ראי' להרמ"א מתוס' סוטה דף מ' שהביאו בשם המדרש שוח"ט דכ"ג מותר לישב בעזרה והקשו מהא דאמרינן בזבחים כיצד קידוש כו' עמידה מן הצד א"ב. ודברי התוס' משוללי הבנה המה והמהרש"א שם דחק עצמו מאוד לפרש דבריהם ולא העלה דבר ברור והניח עוד בקושיא עיי"ש. ומפרש התומים דס"ל להתוס' לסברא קיימת דבכ"מ דבעינן עמידה הוי סמיכה בכלל עמידה וכמו דחזינן בישיבה בעזרה דסמיכה הוי כעמידה וא"כ הת"ק דס"ל דעמידה מן הצד היינו סמיכה פסול בעבודה מנ"ל זאת וע"כ צ"ל משום דקשיא לי' ל"ל לעמוד לשרת הא בלא"ה אין ישיבה בעזרה ומש"ה ס"ל דמהך דאין ישיבה בעזרה הי' מותר לסמוך לכך נאמר לעמוד לשרת להורות דעמידה גמורה בעינן בעבודה וסמיכה פסול. ולזה הקשו התוס' לפי המדרש דכ"ג מותר לישב בעזרה שוב קשה מנ"ל להת"ק דסמיכה פסול בעבודה הא איצטרך קרא דלעמוד לשרת דאפי' כ"ג דמותר לישב בעזרה מ"מ בעבודה צריך לעמוד ואין ראי' לסמיכה דאסור בעבודה. ומזה ראי' דס"ל להתוס' דסמיכה הוי כעמידה חוץ בעבודה דיש הכרח כהנ"ל זת"ד התומים. אמנם אנכי בחידושי אמרתי לפרש קושית התוס' הנ"ל על דרך אחר ונכון. והוא בהקדם נפרש דברי המדרש שהביאו התוס' שם וז"ל ודוד יושב אר"א אף למלכי בית דוד אין להם ישיבה בעזרה מהו וישב לפני ד' שסמך עצמו לכותל ולמי היתה ישיבה בעזרה ובהיכל הוי אומר לכ"ג שנאמר ועלי הכהן יושב על הכסא א"כ מהו וישב שישב עצמו בתפלה עכ"ל המדרש. והנה מ"ש א"כ מהו וישב שישב עצמו בתפלה לכאורה אינו מובן חדא דהא כבר תירץ לעיל מתחלה, דוישב היינו שסמך עצמו לכותל. ועוד מה הלשון א"כ דנקט דמשמע מזה דעיקר הקושיא הוא מהא דיש ישיבה בעזרה לכ"ג הלא מה תליא זאת בהא דיש ישיבה לכ"ג בעזרה הרי הקושיא קשה רק מהא דקאמר דאף למלכי ב"ד אין להם ישיבה בעזרה ומה תליא אי לכ"ג הי' ישיבה בעזרה אי לא ובפשיטות

יש לפרש דכיון דקאמר אח"כ דלכ"ג יש ישיבה בעזרה מדכתיב ועלי הכהן יושב על הכסא ומפרש התם ישיבה ממש ולא סמיכה שסמך עצמו על הכסא. א"כ שוב לא יתכן לפרש הא דכתיב גבי דוד וישב לפני ד' היינו סמיכה לזאת מפרש גבי דוד שישב עצמו לתפלה. אך על דרך הפלפול נ"ל לפרש על נכון. והוא דס"ל להמדרש דבכ"מ דבעינן עמידה סמיכה לא הוי כעמידה וכמו דחזינן גבי עבודה דסמיכה לא הוי כעמידה [והוא להיפך מהתומים]. וא"כ מה שתירץ מתחלה דוישב היינו שסמך עצמו וסמיכה מותר בעזרה קשה מנ"ל זאת דסמיכה מותר בעזרה הלא בעינן עמידה בעזרה וסמיכה לא הוי כעמידה וכמו דחזינן גבי עבודה וע"כ צ"ל דיש הוכחה דמה דאסור ישיבה בעזרה היינו דוקא ישיבה ממש אסור ולא סמיכה דאל"כ ל"ל קרא דלעמוד לשרת הלא אף בלא קרא ידעינן דצריך עמידה בעבודה דאין ישיבה בעזרה אע"כ צ"ל דבעזרה אינו אסור רק ישיבה ממש וסמיכה מותר ובא הכתוב דלעמוד לשרת להשמיענו דבעבודה אסור סמיכה אולם התינח אי נימא דלכ"ג ג"כ אסור לישב בעזרה ושפיר קשה דל"ל קרא דלעמוד לשרת הא אין ישיבה בעזרה וצ"ל דסמיכה מותר בעזרה ובא הכתוב לאסור בעבודה אפי' סמיכה אבל אי נימא דכ"ג מותר לישב בעזרה א"כ שוב שפיר י"ל דגם בעזרה אסור סמיכה והא דכתיב לעמוד לשרת איצטרך לכ"ג דאף דמותר לישב בעזרה מ"מ בעבודה צריך לעמוד ובאמת אפי' שלא בשעת עבודה אסור סמיכה בעזרה. ומעתה א"ש דברי המדרש הנ"ל דמתחלה דקאמר דלא הי' לשום איש ישיבה בעזרה שפיר ע"כ צ"ל דמה דאין ישיבה בעזרה היינו דוקא ישיבה ממש אבל סמיכה מותר דאל"כ ל"ל קרא דלעמוד לשרת ושפיר מתרץ דוישב דוד שסמך עצמו לכותל דזה מותר בעזרה משא"כ אח"כ דקאמר דלכ"ג הי' ישיבה בעזרה שוב שפיר י"ל דלשאר אנשים חוץ מכ"ג דהי' אסור ישיבה בעזרה הי' אסור להם אפי' סמיכה דהא שוב אין ראי' מהקרא דלעמוד לשרת דמותר סמיכה בעזרה וכנ"ל. ושפיר מקשה א"כ מהו וישב היינו דכיון דלכ"ג הי' ישיבה בעזרה ולשאר אנשים אסור אפי' סמיכה בעזרה שוב קשה מהו וישב דוד דהא השתא א"א לפרש שסמך עצמו לכותל דהא גם סמיכה אסור בעזרה ולזה משני שישב עצמו בתפלה ודו"ק כי נכון הוא:

ומעתה תתפרש בטוב טעם קושית התוס' והוא דחסר בדברי התוס' וכמ"ש המהרש"א שם אך לא כמו שהגי' המהרש"א רק כך צ"ל ופריך וליתב מיתב ולקדש. ותו לא. וכך היא כוונת התוס' עפ"י מה שהקשו התוס' זבחים שם בהא דפריך וליתב מיתב ולקדש הא אין ישיבה בעזרה ותירצו דהכוונה הוא בסמיכה עיי"ש. ולפי דברי המדרש דלכ"ג הי' ישיבה בעזרה וא"כ לשאר אנשים אסור גם סמיכה בעזרה א"כ מה פריך וליתב מיתב ולקדש הא אפי' סמיכה אסור בעזרה אע"כ דהגמרא סובר דלכ"ג ג"כ אסור לישב בעזרה

ושפיר יש ראי' מהקרא דלעמוד לשרת דסמיכה מותר בעזרה ושפיר פריך התם וליתב מיתב ולקדש והיינו בסמיכה ודו"ק:

ולפי דברינו אלו יש מדברי המדרש והתוס' הנ"ל סתירה לדעת הרמ"א דהא מבואר להיפך דבכ"מ דבעינן עמידה סמיכה לא הוי כעמידה ורק בעזרה דיש הכרח דמותר סמיכה מדכתיב לעמוד לשרת וכנ"ל:

איברא אף כי דברינו הנ"ל נכונים מאוד בכוונת המדרש והתוס'. בכל זאת לא ניחא לי בזה דלפי דברינו תקשה על הירושלמי דס"ל ג"כ כהמדרש דלכ"ג הי' מותר לישב בעזרה וכמ"ש הראב"ד בפ"ק דתמיד וז"ל בירושלמי משמע שכ"ג נמי יש לו ישיבה כמו למלכי בית דוד ומביא ראי' מעלי דכתיב ועלי הכהן יושב על הכסא על מזוזת היכל ד' עכ"ל (הן אמת דלא מצאתי כן בירושלמי שלפנינו אמנם מלבד דבודאי בירושלמי שלפני הראב"ד הי' נמצא כן בהדיא. בלעדי זה גם לפי הירושלמי שלפנינו אף דלא נמצא כן להדיא מ"מ יש ראי' דשיטת הירושלמי הוא דכ"ג הי' מותר לישב בעזרה והוא דבסוטה סוף פ"ז מקשה הירושלמי רק על מתני' דתני גבי מלך דקורא יושב הא אין ישיבה בעזרה אבל על מתני' שם דתני גבי כ"ג דקורא עומד ומשמע דיושב הוא לא פריך הא אין ישיבה בעזרה וכמו דפריך בש"ס דידן בסוטה שם גם בכ"ג וע"כ דס"ל להירושלמי דכ"ג הי' מותר לישב בעזרה לכן מקשה רק במלך ולא בכ"ג) והלא בירושלמי סוטה אהא דפריך גבי מלך הא אין ישיבה בעזרה משני דמה דתני קורא יושב תיפתר שסמך לו בכותל (עיין במהרש"א סוטה שם שהוא מפרש הא דאמר בירושלמי תיפתר שסמך עצמו לכותל דקאי על הא דכתיב וישב דוד וכמ"ש במדרש שוח"ט עיי"ש. ודבריו תמוהים בזה דבירושלמי משמע בהדיא דקאי על מתני' ולא על וישב דוד וכן פירשו הק"ע והפ"מ עיי"ש וכן מבואר בהדיא בירושלמי יומא פ"ג סוף הלכה ב' עיי"ש). ולפי דברינו הנ"ל קשה הא אם לכ"ג הי' מותר לישב בעזרה שוב לשאר אנשים דאסור לישב בעזרה גם סמיכה אסור ומה משני בירושלמי גבי מלך שסמך עצמו בכותל וע"כ צ"ל דמה דמותר סמיכה בעזרה לא ילפינן מהא דכתיב גבי עבודה לעמוד לשרת דע"כ דמותר סמיכה בעזרה אלא זה פשוט הוא דבכ"מ דבעינן עמידה הוי סמיכה בכלל עמידה זולת בעבודה דכתיב לעמוד לשרת דיש הכרח לומר דאסור סמיכה בעבודה וכמ"ש התומים:

וא"כ שוב ממילא יש מקום לדברי התומים להביא ראי' מהתוס' הנ"ל לדעת הרמ"א והבן:

אכן עדיין קושית העולם וגם קושיתנו הנ"ל מהירושלמי פ' מ"ש במ"ע. ועיין בתומים שמתרץ קושית העולם בפשיטות דרב משרשי' דיליף זר מק"ו מיושב רוצה למיעבד הק"ו אליבא דכ"ע והיינו גם אליבא דר"י בר"י דס"ל דבעבודה עמידה מן הצד שמה עמידה

עיי"ש. וראיתי בישיע"ק או"ח סי' קמ"א שמתרץ קושית העולם בדרך הפלפול. והוא דהנה מה דאמרינן דסמיכה פסול בעבודה ולא אמרינן דסמיכה הוי כעמידה משום דהך קרא דלעמוד לשרת מיותר הא בלא"ה אין ישיבה בעזרה וע"כ דלסמיכה קאתי. והנה לכאורה קשה דלמא אתי קרא דלעמוד לשרת לענין שחיטה דיוכל לשחוט חוץ לעזרה בסכין ארוכה ואשמעינן קרא דבעי עמידה. אולם ז"א דהא שחיטה לאו עבודה הוא וא"צ עמידה. אכן מה דשחיטה לאו עבודה הוא זה הוא השתא דידעינן דזר אם עבד חילל אבל להס"ד דלא ידע דזר מחלל עבודה הוי שחיטה עבודה וחילי' דילי' הוא מתוס' יומא דף מ"ב ושפיר י"ל דאתי קרא דלעמוד לשרת לענין שחיטה דצריך שישחוט בעמידה ובאמת סמיכה הוי כעמידה גם לענין עבודה עיי"ש. אמנם לא יצא בזה ידי חובתו דהא באמת קושית העולם יש להקשות גם מהא דיליף רב משרשי' שם לקמן דאונן אם עבד חילל מק"ו מיושב מה יושב שאוכל כו' ופריך ג"כ הש"ס מה ליושב שכן פסול לעדות והתם ג"כ קשה דהו"ל לרב משרשי' למיעבד הק"ו מסמיכה ותו לא מצי להקשות שכן פסול לעדות לדעת הרמ"א והתם ל"ש תירץ הישיע"ק הנ"ל דהא התם כבר ידעינן דזר מחלל עבודה א"כ ידעינן דשחיטה לאו עבודה הוא וא"כ שוב לא נוכל לומר דהקרא דלעמוד לשרת אתי לענין שחיטה דצריך לשחוט בעמידה ושוב ממילא צ"ל דהקרא אתי לאסור סמיכה בעבודה וא"כ הו"ל לרב משרשי' עכ"פ באונן למיעבד הק"ו מסמיכה. (ועיין גם בתומים שהביא בשם הגאון מהר"א ברודא שמתרץ קושית העולם כתירץ הישיע"ק ועל דרך אחר עיי"ש. וגם בתירוצו לא מתיישב מהא דאונן. אך גוף דברי הגאון מהר"א ברודא בלא"ה מופרכים ואין להם שחר כלל וכמו שדחה דבריו התומים שם). אך אני אומר לפי תירץ הישיע"ק דרב משרשי' הי' מוכרח גבי זר למיעבד הק"ו מיושב ממש ולא מסמיכה שוב שפיר לא יכול למיעבד הק"ו גם באונן מסמיכה והוא דהנה יש להקשות עוד דמנ"ל דהקרא דלעמוד לשרת בא לאסור סמיכה בעבודה משום דבלא"ה אין ישיבה בעזרה הלא דלמא איצטרך קרא דלעמוד לשרת למלכי בית דוד היכא שהוא מצד האם מזרע דוד ומצד האב הוא כהן ונעשה מלך והרי הוא בר עבודה ומותר לישב בעזרה דהא לא מצינו בהא דמלכי בית דוד יש להם ישיבה בעזרה דבעינן דוקא שיהא מבית דוד גם מצד האב ועיין גם בהרמב"ם הל' מלכים פ"ב ה"ד שכתב וז"ל ואם נכנס לעזרה והי' מזרע דוד ישב כו' עיי"ש ומדכתב זרע דוד משמע דאפי' אם הוא מזרע דוד מצד האם מותר לישב בעזרה. ואתי קרא דלעמוד לשרת לאשמעינן דבעבודה צריך לעמוד ואין ראי' לאסור סמיכה בעבודה. אמנם זה תליא בפלוגתא דר"י ור"ח ב"א בירושלמי סוטה פ"ח ה"ג ובהוריות פ"ג ה"ב בהא דאיתא שם דאין מושחין כהנים מלכים ר"י אמר

הטעם משום דכתיב לא יסור שבט מיהודה ור"ח ב"א אמר הטעם משום דכתיב לא יהיו לכהנים הלוים ומבואר בק"ע בסוטה שם דלטעמא דר"י דוקא משיחה הוא דלא אבל בלא משיחה ממנין כהן למלך ולטעמא דר"ח ב"א אפי' בלא משיחה ג"כ אסור לעשות. כהן למלך עיי"ש היטב. וא"כ לר"י דבלא משיחה מותר לעשות כהן למלך שפיר משכחת שיהא מצד האם מזרע דוד ומצד האב הוא כהן ונעשה מלך ושפיר י"ל דהקרא דלעמוד לשרת אתי למלכי בית דוד שהוא כהן שצריך לעבוד העבודה בעמידה ואין ראי' לאסור סמיכה בעבודה אבל לר"ח ב"א לא משכחת שיהא כהן ויהא מלך וא"כ לא נוכל לומר דהקרא דלעמוד לשרת אתי למלכי בית דוד שהוא כהן שצריך לעבוד העבודה בעמידה וע"כ דהקרא אתי לאסור סמיכה בעבודה. ומעתה י"ל דבזה פליגי ת"ק ור"י בר"י, ת"ק סובר כר"ח בירושלמי דאפי' בלא משיחה ג"כ אין עושין כלל כהן למלך לכן ס"ל דהקרא דלעמוד לשרת בא לאסור סמיכה בעבודה ולא לאסור ישיבה למלכי בית דוד בעבודה ור"י בר"י ס"ל כר"י בירושלמי דבלא משיחה מותר לעשות כהן למלך א"כ אין ראי' לאסור סמיכה בעבודה דהא י"ל דקרא אתי למלכי בית דוד היכא שהוא כהן דצריך לעבוד העבודה בעמידה וכנ"ל. והנה כבר העירותי לעיל לפי מה דמבואר בתוס' זבחים דף ט"ז בהג"ה בסוף דבריהם דאין ישיבה בעזרה הוא מה"ת וכן הוא דעת רש"י ז"ל יומא דף כ"ה א"כ שוב קשה קושית התוס' שם מה ליושב שכן אסור בעזרה והוי הק"ו דרב משרשי' פריכא וכתבתי לתרץ דרב משרשי' יליף מסמיכה וסמיכה מותר בעזרה. אמנם לפי דברי הישיע"ק הנ"ל דמה דיליף רב משרשי' זר מק"ו מיושב כוונתו הוא מישיבה ממש ולא מסמיכה כיון דלפי הס"ד דזר אינו מחלל עבודה עדיין לא ידע דסמיכה פסול בעבודה א"כ ליתא לתירוצינו הנ"ל ושוב שפיר מיפרך הק"ו מה ליושב שכן אסור בעזרה וצ"ל דרב משרשי' ס"ל דבלא משיחה ממנין כהן למלך א"כ משכחת שיהא מלך מזרע דוד מצד האם ומצד האב הוא כהן ובר עבודה הוא. וא"כ י"ל דרב משרשי' יליף מיושב מלכי בית דוד דהוא בר עבודה ויש לו ישיבה בעזרה וכמו דמשני שם לענין עדות דיליף מיושב ת"ח וא"ש הק"ו. ומעתה כיון דרב משרשי' ס"ל דבלא משיחה ממנין כהן למלך ומשכחת מלכי בית דוד שיהא כהן ומלך שוב ע"כ ס"ל כר"י בר"י דסמיכה מותר בעבודה דהא אין ראי' לאסור סמיכה בעבודה אחרי די"ל דהקרא דלעמוד לשרת אתי למלכי בית דוד היכא שהוא כהן דצריך לעבוד העבודה בעמידה וכנ"ל. וא"כ שפיר לא ולי רב משרשי' למיעבד הק"ו גם באונן מסמיכה כיון דהוא ס"ל דבאמת סמיכה מותר בעבודה והוצרך למיעבד הק"ו גם באונן מישיבה ממש וא"ש ולק"מ על הרמ"א ודו"ק היטב:

עוד י"ל קושיתינו הנ"ל מהך דאונן לפי תירץ הישיע"ק הנ"ל בדרך הנ"ל ועל אופן אחר. והוא דמש"ה סמיכה אסור בעבודה דאל"כ ל"ל קרא דלעמוד לשרת הא בלא"ה אין ישיבה בעזרה וע"כ דהקרא אתי להורות דסמיכה אסור בעבודה. והנה לפי מה דאיתא במדרש שוח"ט והביאו התוס' סוטה דף מ' דכ"ג מותר לישב בעזרה א"כ אין ראי' דאסור סמיכה בעבודה מהקרא דלעמוד לשרת דהא איצטרך קרא לכ"ג דמותר לישב בעזרה מ"מ בעבודה צריך לעמוד וכ"כ התומים והבאתיו לעיל לפרש קושית התוס' סוטה שם. וא"כ י"ל דבזה פליגי ת"ק ור"י בר"י ת"ק סבר דגם כ"ג אסור לישב בעזרה וא"כ קשה ל"ל קרא דלעמוד לשרת הא בלא"ה אין ישיבה בעזרה וע"כ דהקרא אתי להורות דסמיכה אסור בעבודה ור"י בר"י ס"ל דכ"ג מותר לישב בעזרה וא"כ אין ראיה מהקרא דלעמוד לשרת לאסור סמיכה בעבודה דהא י"ל דהקרא אתי לכ"ג דמותר לישב בעזרה מ"מ בעבודה צריך לעמוד. והנה רב משרשי' דיליף זר דמחלל עבודה מק"ו מיושב והיינו מישיבה ממש ולא מסמיכה וכדברי הישיע"ק הנ"ל א"כ לפי שיטת רש"י ותוס' דאין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא שוב קשה קושית התוס' הנ"ל מה ליושב שכן אסור בעזרה והק"ו פריכא הוא וכמש"ל. וצ"ל דרב משרשי' ס"ל דכ"ג מותר לישב בעזרה ושוב עלה כהוגן הק"ו די"ל דיליף מיושב כ"ג דמותר לישב בעזרה וכמו דמשני לענין עדות דיליף מיושב ת"ח וכיון שכן דרב משרשי' ס"ל דכ"ג מותר לישב בעזרה שוב אין ראי' לאסור סמיכה בעבודה מהקרא דלעמוד לשרת וכנ"ל. לכך שפיר לא מצי רב משרשי' למיעבד הק"ו גם באונן מסמיכה כיון דס"ל דבאמת סמיכה מותר בעבודה וא"ש ודו"ק. ועוד מילין בפי לישב לפענ"ד קושית העולם הנ"ל עד"א ויתיישב בזה גם קושיתינו מהך דאונן והוא עפ"י ההקדמה הנ"ל דמש"ה אמרינין דסמיכה אסור בעבודה דאל"כ ל"ל קרא דלעמוד לשרת הא בלא"ה אין ישיבה בעזרה וע"כ דהקרא אתי לאסור סמיכה בעבודה. אמנם זה יתכן רק אי נימא דאין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא וכשיטת רש"י ותוס' שהבאתי לעיל ושפיר קשה דל"ל קרא דלעמוד לשרת הא בלא"ה אין ישיבה בעזרה מה"ת וע"כ צ"ל דהקרא אתי לאסור סמיכה בעבודה. אבל אי נימא דאין ישיבה בעזרה הוא מדרבנן ומה"ת מותר לישב בעזרה וכמ"ש התוס' זבחים שם בהג"ה מתחלה. א"כ שפיר איצטרך קרא דלעמוד לשרת לענין ישיבה ממש לאסור בעבודה מה"ת ואין ראי' לאסור סמיכה בעבודה. ולפי"ז י"ל דבהא פליגי ת"ק ור"י בר"י ת"ק ס"ל דאין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא וע"כ דהקרא דלעמוד לשרת אתי לאסור סמיכה בעבודה לכן קאמר דעמידה מן הצד לא הוי עמידה ור"י בר"י ס"ל דאין ישיבה בעזרה הוא מדרבנן וא"כ אין ראי' לאסור סמיכה בעבודה דהא הקרא דלעמוד לשרת אתי לאסור ישיבה ממש

בעבודה מה"ת ולא סמיכה לכן קאמר דעמידה מן הצד הוי עמידה. והנה צריך לדעת טעם פלוגתתן בהא דפליגי בענין איסור ישיבה בעזרה דת"ק סובר דהוא מדאורייתא ור"י בר"י סובר דהוא מדרבנן:

ונ"ל דהנה איסור ישיבה בעזרה מדאורייתא ילפינן מקרא דהעומדים שם לפני ד' וכמ"ש רש"י ז"ל יומא דף כ"ה [ומה דרש"י ז"ל נקט שם גם הקרא דלעמוד לשרת הוא לאו דוקא דהא בהאי קרא הרי כתיב להדיא לשרת ואין ראי' מזה לענין ישיבה בעזרה בלא עבודה אלא עיקר הילפותא היא מקרא דהעומדים שם לבד וכ"כ המפורשים] והנה בגמרא זבחים דף כ"ג איתא יושב מנלן דאם עבד חילל אמר רבא אר"נ אמר קרא לעמוד לשרת לעמידה בחרתיו ולא לישיבה ופרש"י רישא דקרא כי בו בחר ד' אלקיך וכיון דלא נבחרו הו"ל זרים וזר מחיל עבודה עיי"ש ותו איתא שם ת"ר לעמוד לשרת מצוה כשהוא אומר העומדים שנה הכתוב לעכב עיי"ש. ולפי"ז נחזי אנן דמה שכתב רש"י ז"ל ביומא שם דילפינן מקרא דהעומדים שם דאין ישיבה בעזרה זה יתכן רק לר"נ דיליף יושב דמחלל עבודה מהקרא דלעמוד לשרת לבד ומשום זרות הוא דמחלל עבודה וא"כ לדידי' אייתר קרא דהעומדים שם ושפיר נוכל למילף מהקרא דהעומדים שם דאין ישיבה בעזרה מדאורייתא אבל להברייתא דתני דיושב מחלל עבודה מכח הני תרי קראי דלעמוד לשרת הוא למצוה והעומדים שם הוא לעיכובא א"כ א"א למילף מקרא דהעומדים שם דאין ישיבה בעזרה דהא בעינן האי קרא לענין עבודה לעיכובא. וא"כ ע"כ צ"ל דלהברייתא אין ישיבה בעזרה הוא מדרבנן:

וא"כ י"ל דבזה פליגי ת"ק ור"י בר"י ת"ק סובר כר"נ דיושב מחלל עבודה מטעם זרות ושפיר ס"ל דאין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא מקרא דהעומדים שם וכנ"ל לכן שפיר ס"ל דהקרא דלעמוד לשרת בא להורות דסמיכה אסור בעבודה דאי ישיבה ממש ל"ל קרא דלעמוד לשרת הא בלא"ה אין ישיבה בעזרה [דהא אי יושב מחלל עבודה מטעם זרות א"כ גם מצד הקרא דהעומדים שם דמורה על איסור ישיבה בעזרה ג"כ נוכל למילף לפסול יושב בעבודה מטעם זרות ולאו דוקא מצד הקרא דלעמוד לשרת שייך לומר דיושב מחשב כזר דהא הילפותא היא ג"כ ממה דכתיב ברישא דקרא כי בו בחר ד' אלקיך כו' וכמ"ש רש"י שם וא"כ הו"ל לכתוב כי בו בחר ד' אלקיך מכל שבטיך לשרת כו' ככל אחיו הלוים העומדים שם לפני ד' וג"כ הוי אמרינן דעל אופן זה נבחרו אם יעבוד בעמידה ולא בישיבה ואם עובד בישיבה הו"ל זר ומחלל עבודה] וע"כ דבא הכתוב לעמוד לשרת לאסור סמיכה בעבודה ור"י בר"י ס"ל כהברייתא דיושב אינו מחלל עבודה מטעם זרות רק ילפינן מהנך תרי קראי דלעמוד לשרת והעומדים שם וא"כ ע"כ דאין ישיבה בעזרה

הוא מדרבנן וכנ"ל ושפיר איצטרך קרא דלעמוד לשרת לאסור ישיבה ממש בעבודה מה"ת ושוב אין ראי' דסמיכה פסול בעבודה.

ומעתה מיושב שפיר קושית העולם. דהנה לכאורה קשה על ר"נ דקאמר דיושב מחלל עבודה מטעם זרות הא זר גופי' דמחלל עבודה ילפינן מק"ו מיושב וכדאמר רב משרשי' וא"כ איך שייך לומר דיושב מחלל עבודה מטעם זרות. וצ"ל דר"נ ס"ל כתנא דבי לוי שם דף ט"ו ע"ב דיליף זר מחלל עבודה מקרא דוינזרו או דס"ל כתנא דבי ר' ישמעאל שם דיליף זר מחלל עבודה מק"ו דבע"מ לכן שפיר קאמר דיושב מחלל עבודה מטעם זרות וכ"כ המפורשים [ובזה ניחא כמי מה דר"נ חולק על הברייתא דילפה יושב דמחלל עבודה רק מכח שנה הכתוב לעכב ולא מטעם זרות. ולפי הנ"ל ניחא כיון דר"נ אזיל אליבא דתנא דבי לוי או אליבא דתנא דבי ר"י]. וא"כ רב משרשי' דיליף זר דמחלל עבודה מק"ו מיושב הרי לא יוכל הוא לסבור כר"נ דיושב מחלל עבודה מטעם זרות רק הוא סובר כהברייתא דיושב מחלל עבודה מכח הני תרי קראי הנ"ל דשנה הכתוב לעכב. וכיון שכן ע"כ ס"ל לרב משרשי' דאין ישיבה בעזרה הוא מדרבנן וכנ"ל ושוב ע"כ ס"ל לרב משרשי' כר"י בר"י דסמיכה כשר בעבודה לכך שפיר לא מצי רב משרשי' למיעבד הק"ו בין בזר ובין באונן מסמיכה רק מישיבה ממש וא"ש ולק"מ קושית העולם ודו"ק היטב:

ובהיותי בזה תמהתי על התוס' זבחים דף ט"ז בהג"ה שכתבו מיהו איצטרך קרא לעובד בהשתחוואה. ומבואר שם בדבריהם דזה הוא דוקא אי אמרינן אין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא אבל אי אמרינן אין ישיבה בעזרה הוא מדרבנן א"א לומר כן דהקרא אתי לעובד בהשתחוואה וכ"כ המשל"מ פ"ה מהל' ביאת מקדש הי"ז. והרי דברי התוס' שם סובבים על הברייתא שבדף כ"ג דילפה יושב דמחלל עבודה מהני תרי קראי דלעמוד לשרת והעומדים שם וכ"כ התומים ובס' מלא הרועים ערך ישיבה בעזרה אות א' עיי"ש וע"כ דס"ל להתוס' דגם להברייתא אין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא ואסור עובד בהשתחוואה וכ"ש סמיכה. וקשה איך שייך לומר כן אליבא דהברייתא הלא הברייתא צריכה גם הקרא דהעומדים שם לענין עבודה לעיכובא ואיך נוכל למילף מהקרא דהעומדים שם לאסור ישיבה בעזרה בלא עבודה וכנ"ל. ולכאורה רציתי לומר דהנה באמת ריש דברי התוס' שם ג"כ תמוהים מאוד שכתבו דאין ישיבה בעזרה אינו מה"ת מדאצטרך קרא ליושב למצוה עיי"ש. ותימה הרי לולא האי קרא דלעמוד לשרת דיליף מזה ליושב למצוה אף אי נימא דאין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא אכתי לא נדע לעיכובא דהא אין ישיבה בעזרה מדאורייתא ילפינן מקרא דהעומדים שם וכמ"ש רש"י יומא והבאתיו לעיל וא"כ איך נוכל למילף מהאי קרא לחודא גם לעיכובא. ושפיר

איצטרך הני תרי קראי לעמוד לשרת והעומדים שם כדי למילף גם לעיכובא. וצ"ל דס"ל להתוס' דלענין אין ישיבה בעזרה אי נימא דהוא מה"ת אין הילפותא מקרא דהעומדים שם רק מקרא אחרינא לכך שפיר כתבו דאי אין ישיבה בעזרה הוא מה"ת ל"ל קרא ליושב למצוה הא למצוה ידעינן מקרא אחרינא מכח דאין ישיבה בעזרה ושוב סגי הקרא דהעומדים שם לבד לעיכובא וכיון שכן א"ש נמי ממילא מ"ש התוס' אח"כ דבאמת אין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא ואצטרך קרא דלעמוד לשרת לעובד בהשתחוואה ולק"מ קושיתינו הראשונה הנ"ל כיון דבאמת ס"ל להתוס' דאין ישיבה בעזרה מדאורייתא לא ילפינן מקרא דהעומדים שם רק מקרא אחרינא. אולם לפי"ז הרי תירוצינו הנ"ל לקושית העולם יתכן רק לפרש"י שכתב דאין ישיבה בעזרה מדאורייתא ילפינן מקרא דהעומדים שם ולפי"ז עלה כהוגן תירוצינו הנ"ל. אבל לשיטת התוס' ליתא לתירוצינו כיון דבאמת אף דרב משרשי' סובר כהברייתא דילפה יושב דמחלל עבודה מהני תרי קראי הנ"ל מ"מ יוכל לסבור דאין ישיבה בעזרה הוא מדאוריתא וממילא אסור סמיכה בעבודה וכמ"ש התוס' אליבא דהברייתא:

אכן באמת לא ניחא לי לומר דהתוס' ס"ל דאין ישיבה בעזרה מדאוריתא אין הילפותא מקרא דהעומדים שם רק מקרא אחרינא. דהיכן מצינו קרא אחרינא זולת הקרא דהעומדים שם למילף לאסור ישיבה בעזרה מה"ת וכל דברי התוס' הם תמוהים:

אך לפמש"ל במוסגר דל"נ דאמר דיושב מחלל עבודה מטעם זרות דגם מצד אין ישיבה בעזרה יש לפסול יושב מטעם זרות. עלה בלבי לומר דכל דברי התוס' הנ"ל סובבים אליבא דר"נ ולא אליבא דהברייתא ודלא כמ"ש התומים והמלא הרועים. וכוונת התוס' הוא דאי אין ישיבה בעזרה מה"ת והיינו מקרא דהעומדים שם א"כ ל"ל לר"נ למילף מקרא דלעמוד לשרת לפסול יושב מטעם זרות הלא מצד האיסור ישיבה בעזרה ג"כ יש לפסול יושב מטעם זרות וכמש"ל ול"ל קרא דלעמוד לשרת וע"ז תירצו דלעולם ישיבה בעזרה הוא מה"ת והיינו מקרא דהעומדים שם והא דצריך ר"נ הקרא דלעמוד לשרת הוא לעובד בהשתחוואה דעובד בהשתחוואה אין לפסול מטעם זרות מכח אין ישיבה בעזרה כיון דבעזרה מותר השתחוואה. וא"כ עלו כהוגן כל דברי התוס'. אמנם הוא דחוק קצת בעיני כיון דמלשון התוס' דנקטו מדאצטרך קרא ליושב למצוה נראה דאזלו אליבא דהברייתא דהלשון יושב למצוה הוא לשון הברייתא וצ"ע.

ולא אטמן בחבי מה דקשיא לי גם בהא דמבואר ברש"י ז"ל יומא שהבאתי לעיל דאין ישיבה בעזרה מה"ת ילפינן מקרא דהעומדים שם לפני ד'. עפ"י מה דתני בברייתא בזבחים דף ס"ג ע"ב ובמנחות דף י"ט ע"ב לפני ד' יכול במערב כו' עיי"ש וא"כ ה"כ

כיון דכתיב העומדים שם לפני ה' איך ילפינן מזה דאין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא הלא מהאי קרא לא נשמע רק בצד מערב לבד בעינן עמידה ולא בשאר העזרה, ולכאורה רציתי לומר דבאמת איסור ישיבה מדאורייתא אינו רק בצד מערב ומה דמבואר בש"ס בכמה דוכתא דבכל העזרה ולא דוקא בצד מערב אסור לישב זה הוא דק מדרבנן אבל מדאורייתא אינו אסור לישב רק בצד מערב ולפי"ז מיושב נמי מה שהקשיתי לעיל לפי מה דמסקי התוס' זבחים בהג"ה דאין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא וכן הוא דעת רש"י ז"ל א"כ שוב קשה קושית התוס' שם מה ליושב שכן אסור בעזרה והק"ו פריכא הוא ולפי האמור ניחא דכיון דאף דאין ישיבה בעזרה מדאורייתא הוא אבל הא אינו אסור מדאורייתא רק בצד מערב דוקא וא"כ אין לפרוך כלל הק"ו מהא דאסור לישב בצד מערב דהא זר יש לו יותר חומרא דאסור אפי' לכנוס ולעמוד בצד מערב דהא אפי' כהנים בעלי מומין ופרועי ראש אסורין לכנוס בין האולם למזבח והוא בצד מערב וכדתנן בסוף פ"א דכלים ועיין מזה באורך במשל"מ פ"ט מהל' ביאת מקדש הט"ו ובפ"ו שם ה"א עיי"ש. אולם לפי"ז אכתי קשה על רש"י ז"ל יומא שם דהוא קאי שם אהא דאמר אביי ש"מ לשכת הגזית חציה בקודש וחציה בחול כו' דאי ס"ד כולה קודש זקן יושב במערבה והאמר מר אין ישיבה בעזרה אלא למלכי בית דוד ולבד ועל זה כתב רש"י ז"ל אין ישיבה בעזרה שנאמר לעמוד לשרת העומדים שם לפני ד' עיי"ש. והרי מה דתני בברייתא שם דזקן יושב במערבה היינו במערבה של לשכת הגזית וא"כ איך הביא רש"י ז"ל על זה הקרא דהעומדים שם לפני ד' דהוא דוקא בצד מערב ולא שייך זאת כלל בלשכת הגזית. ושוב ראיתי ברש"י ז"ל יומא דף ס"ט ע"ב שכתב וז"ל אין ישיבה בעזרה דכתיב לעמוד לשרת העומדים שם לפני ד' ולא מצינו בה ישיבה עכ"ל. ומשמע מזה דאין כוונתו דאין ישיבה בעזרה הוא מדאורייתא מכח הני קראי אלא כוונתו הוא דכיון דלא מצינו בה ישיבה מש"ה אסור לישב בעזרה. אולם גם זה אינו מובן כלל דמה בכך דלא מצינו בה ישיבה מ"מ מהכ"ת לומר דאסור לישב בה. ואין לומר דכוונתו הוא בזה דאיסור ישיבה הוא מדרבנן ומשום דלא מצינו בה ישיבה לכן הי' בכח החכמים לאסור דאי הי' נמצא בה ישיבה בתורה בפירוש לא הי' בכח החכמים לאסור וכנודע מדברי הטו"ז. אולם זה דוחק ולא משמע כן מלשון רש"י:

וקושיא זו יש להקשות גם אהא דילפה הברייתא מקרא דהעומדים שם לעיכובא לענין יושב בעבודה הרי מהאי קרא לא נוכל למילף רק אם עובד במערב בישיבה מחלל עבודה ואף דמקרא דלעמוד לשרת משמע דבעינן עמידה בעבודה בכל מקום בעזרה ולאו דוקא במערב דהא לא כתיב שם לפני ד' מ"מ לענין עיכובא י"ל דלא קפדה התורה לפסול יושב

בדיעבד רק בצד מערב דוקא. ואין לתרץ דכיון דדרשינן בזבחים דף ט"ז לפני ד' ולא לפני במה א"כ כיון דאתי למעוטי לפני במה דמותר לעבוד בישיבה שוב אין לומר דלפני ד' מורה דוקא בצד מערב וכמ"ש התוס' זבחים דף נ"ח ע"א ד"ה משוך לענין שחיטה דאע"ג דכתיב לפני ד' שריא בכל מקום בעזרה כיון דלפני ד' אתי למעוטי בחוץ עיי"ש. דז"א דהא מה דדרשינן בדף ט"ז לפני ד' ולא לפני במה דרשינן זאת מקרא אחר דכתיב לעמוד לפני ד' לשרתו עיי"ש. וא"כ שפיר י"ל דמה דכתיב העומדים שם לפני ד' דבא להורות לעיכובא היינו דוקא אם עבד בישיבה במערב. ובאמת קשיא לי גם בהא דיליף מקרא דלעמוד לפני ד' לשרתו דלא לפני במה הלא האי קרא בברכת כהנים הוא דכתיב ואמאי לא יליף מקרא דהעומדים שם לפני ד' דמיירי בעבודה וכדמוכח מהברייתא דילפה מהאי קרא לעיכובא לעובד בישיבה וא"כ שפיר טפי הו"ל למילף מהאי קרא דלפני ד' ולא לפני במה. וכן קשה נמי להיפך דכיון דמפרשינן הקרא דלעמוד לפני ד' לשרתו דמיירי לענין עבודה וכדמוכח מהא דדרשינן מהתם לפני ה' ולא לפני במה א"כ אמאי ילפה הברייתא לעיכובא יושב בעבודה מקרא דהעומדים שם דלא כתיב בלשון צווי רק בדרך סיפור הלא טפי הו"ל למילף לעיכובא מקרא דלעמוד לפני ד' לשרתו דכתיב בלשון צווי וצ"ע בכל זה:

ועדיין לא נתיישב עם כל התירוצים הנ"ל קושיתינו הנ"ל מהירושלמי פ' מי שאחזו ונ"ל לישב עפ"י מ"ש הנוב"י מהדו"ק חאו"ח סי' ה' דטעמא דהרמ"א דעמידה ע"י סמיכה מקרי עמידה לענין עדות הוא משום דבדיעבד כשר בישיבה עיי"ש. ונ"ל דלזה כיוון ג"כ הסמ"ע סי' כ"ח ס"ק ס"ד שכתב שם דטעמא דהרמ"א הוא משום דקרא אסמכתא בעלמא עיי"ש וכבר כתבתי לעיל דמ"ש הסמ"ע דקרא אסמכתא הוא אין כוונתו שהוא מדרבנן אלא עיקר כוונתו הוא דקרא אינו אלא למצוה לכתחלה ולא לעיכובא ולכן מותר לכתחלה ע"י סמיכה והוא כמ"ש הנוב"י והנה מה דהוכיח ר"ל בירושלמי שם מהא דבקורדייקוס בודקין לעדות דמעידין בישיבה כוונתו הוא רק לענין דיעבד אבל לכתחלה לא וכמ"ש הרשב"א שם. וא"כ לק"מ קושיתינו הנ"ל דאיך הוכיח ר"ל מהתם דמעידין בישיבה בדיעבד דלמא מיירי שמעיד בעמידה ע"י סמיכה וחשיב עמידה. דז"א דהא אי נימא דבדיעבד פסול עדות בישיבה א"כ גם עמידה ע"י סמיכה לא חשיב עמידה דהא בהא תליא וא"ש:

סימן יח

(א) **סעיף א ברמ"א** י"א דטוב להתחיל מן הקטן. עיין בתומים שכתב דצריך להתחיל תמיד מן הקטן. אבל להתחיל מן הקטן לפרקים אסור כי הוא זילותא להגדולים היושבים במנין. והוכיח כן גם מלשון הנמוק"י שכתב דטוב הדבר להתחיל לעולם מן הקטן. ותמה על הרמ"א שהשמיט תיבת לעולם עיי"ש ולדעתי נ"ל דהרמ"א הבין בכוונת הנמוק"י מ"ש תיבת לעולם דאין כוונתו בזה לאפוקי דלפרקים איכא איסור אלא דהנמוק"י שם כתב מתחלה בשם י"מ דבד"נ מתחילין מן הקטן. ובד"מ אם רצו מתחילין בגדול ואם רצו מתחילין בקטן. וע"ז כתב הנמוק"י דמיהו טוב הדבר להתחיל לעולם מן הצד וכוונתו הוא בתיבת לעולם היינו בין ד"נ ובין ד"מ. והלכך כיון דהרמ"א עומד כאן בד"מ וקאמר דטוב להתחיל מן הקטן והיינו אף בד"מ שפיר לא הוצרך לכתוב תיבת לעולם. וכן נ"ל נמי ברור בכוונת הנמוק"י כי לפי"ד התומים הרי מ"ש הנמוק"י תיבת לעולם הוא ללא צורך ושפת יתר הוא דהא אם טוב הוא להתחיל מן הצד ודאי דראוי ונכון הוא לנהוג כן לעולם. ועוד אף אם נימא דכוונת הנמוק"י הוא כמ"ש התומים דבד"מ צריך לעולם להתחיל מן הצד עכ"ז א"א לומר דלפרקים להתחיל אן הצד איכא איסור משום זילותא לגדולים. דהא הנמוק"י שם כתב בהדיא בשם הי"מ דמה דבד"נ אין מתחילין בגדול משום לא תענה על רב הוא לאו משום כבודו אלא *שיש לחוש שמא* לא ירצה לחלוק אח"כ על הרב כי יתבייש ממנו עיי"ש וא"כ ה"נ להתחיל בד"מ מן הקטן ל"ח לזילותא. והן אמת דגם לפי טעם זה דחיישינן שמא יתבייש הקטן אח"כ לחלוק על הרב יש לחלק ג"כ כסברת התומים דאם מתחילין לפרקים מהצד יתבייש מלחלוק על הרב אבל אם מתחילין תמיד מהצד לא יתבייש. אולם הרי לפי"ז ל"ש לומר דלהתחיל לפרקים מהצד איכא איסור דהא מצד הדין לא חששו כלל בד"מ שיתבייש מלחלוק על הרב וכמ"ש הנמוק"י שם וא"כ ליכא איסור כלל. אך גוף דברי הנמוק"י שם תמוהים. וראיתי שכבר עמד עליו בס' ברכי יוסף לכן מנעתי מלרשום ועיי"ש בברכ"י וצ"ע:

(ב) **סעיף ד** ג' שישבו לדין כו' אין השנים יכולים לגמור הדין. כן הוא בהג"א פ"ק דסנהדרין ועיין בב"ח בסי' זה שדייק מדכתב הג"א שם וסילק אחד מהם קודם שידע להיכן הדין נוטה כו' משמע הא אם כבר ידעו להיכן הדין נוטה הו"ל גמר דין ויכולים השנים לפסוק הדין עיי"ש ועיין בתומים שהשיג עליו דאין ראי' די"ל דלהכי נקט הג"א בלשונו דסילק עצמו קודם שידע להיכן הדין נוטה כיון דאחר שידע להיכן הדין נוטה אסור לסלק עצמו ולאו ברשיעי עסקינין אבל באמת אי אתרמי ע"י איזה סיבה או דעבר וסילק עצמו אחר שידע להיכן הדין נוטה אין השנים יכולים לגמור עיי"ש ואיני רואה

שום השגה כלל על הב"ח בזה דהא כבר כתב הב"ח בסי' י"ב דג' שישבו בדין מותר לאחד מהם להסתלק אף לאחר שידע להיכן הדין נוטה עיי"ש. וא"כ דייק שפיר הב"ח מדקאמר הג"א דוקא קודם שידע להיכן הדין נוטה דע"כ ס"ל דאם נסתלק בתר דידעי להיכן הדין נוטה יכולים השנים לפסוק הדין וכ"כ גם הד"מ שם וכן הסכים גם הש"ך כאן סק"ה. וגם לפי"ד התומים דכוונת הג"א הוא דאף אם סילק אחד מהם בתר דידעי להיכן הדין נוטה ג"כ אין השנים יכולים לפסוק הדין א"כ הרי בזה לא עלה כהוגן טעמא דהג"א שם שכתב דמש"ה אין השנים יכולים לגמור הדין כיון דלא עדיף משנים מזכין או מחייבין ואחד אומר אינו יודע עיי"ש והרי לאחר שידעו להיכן הדין נוטה ל"ש לדמות הך דנסתלק אחד מהם לאומר אינו יודע דהא הכא הרי גם הדיין שסילק עצמו אמר דעתו והסכימו יחד ביניהם שכך הדין ולא דמי כלל לאומר אינו יודע. אבל לפי"ד הב"ח דכוונת הג"א הוא דייקא היכא שסילק עצמו קודם שידע להיכן הדין נוטה בכה"ג שפיר יש לדמותו לאומר אינו יודע. ומ"ש עוד שם התומים דאף לפי פירוש הב"ח לא קאי דינא דהג"א להלכה לפי מ"ש הב"ח דטעמא דהג"א הוא משום דס"ל כהתוס' דאם הסכימו יחד שכך הדין הוי גמר דין אע"ג דלא אמרו איש פלוני אתה חייב. וא"כ כיון דאנן קיי"ל דגמר דין היינו באומרים איש פלוני אתה חייב ליתא להך דינא עיי"ש. הנה לפי"ד הב"ח יפה כתב התומים. אמנם אנכי בקט שכלי לא הבינותי למה הוצרך הב"ח לזה לומר דכיון דהג"א ס"ל כדעת התוס' הנ"ל לכן יכולים השנים לפסוק הדין. ולדעתי העני' נ"ל דאף לדעת הפוסקים דגמר דין היינו באומרים איש פלוני אתה חייב ג"כ שייך דין זה דאם הסכימו ביניהם שכך הדין ואח"כ סילק אחד מהם יכולים השנים לפסוק הדין כיון דאם הסכימו כולם ביניהם שכך הדין שוב אין לדמותו לאומר אינו יודע. ועיין גם בד"מ בסי' י"ב שכתב ג"כ להוכיח מדברי הג"א כמ"ש הב"ח ולא כתב טעמא משום דס"ל להג"א כדעת התוס' וע"כ דאף לדעת הפוסקים דגמר דין היינו כשאומרים איש פלוני אתה חייב ג"כ יכולים השנים לפסוק הדין כיון דכבר הסכימו ביניהם שכך הדין וכמ"ש:

סימן יט

(א) **סעיף א** ואסור לדיין לומר כו'. כן הוא במשנה בסנהדרין דף כ"ט ע"א. וראיתי דבר תימה במהרי"ל בליקוטיו שכתב וז"ל שנים שדנו דיניהם דין אלא שנקרא ב"ד חצוף דמתי שהם שלשה ומחייבין אחד ואם אח"כ פוגע בכל אחד וא"ל למה מצי להשיב שני חבירי חייבך והוצרכתי לנטות אחר הרוב משא"כ בשנים דאוקי חד בהדי חד ובהסכמה אחת חייבוהו עכ"ל. ומה מאוד דבריו מרפסין איגרא דהא משנה מפורשת היא דאסור

לדיין לומר כן משום הולך רכיל מגלה סוד וכן קיי"ל כאן בש"ע וצע"ג. ואפשר דהלשון הוא שלא בדקדוק ועיקר כוונתו הוא דאם הם שלשה אין הבע"ד יודע מי הי' המחייב דעל כל אחד ואחד יוכל הבע"ד לחשוב שהוא לא הי' המחייב רק חביריו רבו עליו משא"כ כשהם שנים הרי הבע"ד יודע ששניהם חייבוהו. ושוב מצאתי כפירוש המהרי"ל בחדושי הר"ן בסנהדרין דף ה' ובשינוי לשון קצת ובדברי הר"ן בקל יש לכווין בהם כמו שכתבתי כי דבריו נוטים יותר למה שכתבתי עיי"ש:

ועיין בספר משנת חכמים בהלכות דעות סי' ח' שהאריך בדינים אלו עיי"ש:

(ב) **סעיף ג ברמ"א** ואם אינו רוצה לקבל עליו את הדין מנדין אותו מיד. כן הוכיח הב"י מדקדוק לשון הרמב"ם ז"ל סוף פכ"ה מהל' סנהדרין שכתב שקיבל עליו הדין דבהאי דוקא הוא דמתרינן בי' אבל אם לא קיבל עליו את הדין היינו אפקירותא ומנדין אותו לאלתר עיי"ש. ועיין בסמ"ע שחולק על הב"י. ועיין בש"ך מ"ש בזה. ויש בידי להביא ראיה מוכרחת להב"י מהא דפשט הש"ס במ"ק דף י"ד ע"ב דנידוי נוהג ברגל מדתני בתוספתא דנין ד"מ במועד ודייקינן מיני' מדדנין במועד מכלל דאי לא ציית דינא משמתינן לי' ואי ס"ד אינו נוהג נידוי ברגל משומת ואתי מעיקרא אתי רגל דחי לי' השתא משמתינן לי' אנן עיי"ש. וקשה לפי מה דאמר ר"ח בש"ס שם דף ט"ז ע"א דאי לא ציית דינא מתרין בו שני וחמישי שני. ופירשו התוס' שם דאין מנדין אותו כלל עד שיתרו בו תחלה עיי"ש וכ"פ הרי"ף שם וכ"כ גם הרמב"ם שם. וא"כ מאי ראי' הוא מהא דתני דנין ד"מ במועד דנידוי נוהג ברגל הלא אם לא יציית דינא בלא"ה לא משמתינן לי' מיד רק מתרין בו תחלה בה"ב ולאחר התראת בה"ב אז הוא לאחר יו"ט ואז שפיר מנדין אותו ומה ראי' הוא מהתם דנידוי נוהג ברגל. אבל לפי"ד הב"י א"ש דלפי דבריו י"ל דמה דקאמר בגמרא דף י"ד שם דאי לא ציית דינא משמתינן לי' במועד היינו היכא שלא קיבל עליו את הדין דבכה"ג משמתינן לי' מיד. ועיין גם בהרמב"ם פ"ז מהל' יו"ט הי"ב שכתב שם וז"ל ודנין ד"מ כו' במועד ומי שלא קיבל עליו את הדין משמתינן אותו במועד עכ"ל:

והרי לכאורה דבריו סותרים אהדדי דבה"ס כתב דאין מנדין אותו עד שיתרו בו שני וחמישי שני ובהיו"ט שם כתב דמנדין אותו מיד. אולם באמת אין כאן סתירה כלל דהא בה"ס כתב שקיבל עליו את הדין אלא דלא רצה לשלם ובהיו"ט כתב שלא קיבל עליו את הדין ובכה"ג שפיר מנדין אותו מיד וכמ"ש הב"י:

סימן כ

(א) **סעיף א** ואמר אין לי כו'. עיין בסמ"ע מה שהגי' בדברי הרמב"ם פ"ז מהל' סנהדרין ועיין בלחם משנה שם שמיישב דברי הרמב"ם על נכון א כמו שהם לפנינו עיי"ש:

(ב) **שם באותו סעיף** אבל יורש שהי' קטן כשמת מורישו כו' עיין בשער משפט שכתב דנראה פשוט דה"ה בלוקח שדה מחבירו ובא בע"ח של המוכר לטרוף ממנו בשטר שבידו ואמר הלוקח אין לי עדים וראי' ואח"כ הביא הלוקח עדים וראי' שהשט"ח הוא פרוע דמקבלין עדותן דדין לוקח כדין יורש שאין הלוקח יודע בראיות של המוכר ועפי"ז תמה מאוד על התוס' ב"מ דף י"ד ד"ה דינא שכתבו דנ"מ אם אמר שמעון אין לי עדים וראי' ואח"כ מצא שהוא א"י להביא דאין הלכה כרשב"ג בראי' אחרונה וראובן יביאם דהקשה הוא דהרי גם שמעון שהוא הלוקח יכול אח"כ להביאם וכמו יורש עיי"ש שנדחק בזה והניח בצ"ע, דדבריו תמוהים חדא דהלא הרמב"ם והרמ"ה והרא"ש דהובא בטור ובסמ"ע פליגי ביורש דדעת הרמב"ם והרמ"ה הוא דאף דבשעת העמדתו לדין הוא גדול סותר הדין כשמצא אח"כ עדים וראי' ודעת הרא"ש הוא דדוקא כשהוא קטן בשעת העמדה בדין אבל כשהוא גדול בשעת העמדה בדין נעשה כאחר עיי"ש. וא"כ מ"ש השעמ"ש בפשיטות דלוקח סותר את הדין כשמצא אח"כ עדים וראי' הרי לא עדיף לוקח מיורש שהי' קטן בשעת שמת מורישו והגדיל אח"כ בשעה שעמד בדין דאינו סותר את הדין לדעת הרא"ש וא"כ לק"מ על התוס' הנ"ל דהא דעת התוס' הוא ג"כ כדעת הרא"ש וכמ"ש הסמ"ע סק"י. ועוד דאף לדעת הרמב"ם והרמ"ה ג"כ לוקח אינו סותר את הדין כשמצא אח"כ עדים וראי' דהא זה כ"ע מודים דאם הי' גדול בשעת מורישו דדינו כשאר גדול וכמ"ש הד"מ והביא כן גם בשם מהר"מ וא"כ לוקח דהוא גדול בשעה שלקח שפיר כשאמר אין לי עדים וראי' שוב אינו סותר את הדין אליבא דכ"ע וליתא כלל לדברי השעמ"ש ונפלאתי מאוד איך נעלם דברי הד"מ הנ"ל מעיני הגאון בעל שממ"ש. שוב מצאתי באספ"ז כתובות דף צ"ב ע"ב וב"ק דף ח' ע"ב ד"ה דינא הוא שהביא שם בשם הר"י שהקשה על התוס' קושית השעמ"ש הנ"ל ותירצו בגליון התוס' דמיירי כשאמר מתחלה הייתי אצל ההלואה והפרעון ואמר אין לי עדים וראי' עיי"ש. ולפי"ז צ"ל דדעת התוס' הוא כדעת הרמב"ם והרמ"ה ולא כמ"ש הסמ"ע דדעת התוס' הוא כדעת הרא"ש. [ובאמת מ"ש הסמ"ע דדעת התוס' הוא כדעת הרא"ש בודאי הוציא כן מדברי התוס' סנהדרין ס"פ ז"ב ד"ה חייבי' ר"נ עיי"ש ועיין מזה גם בב"ה ותבין. אולם המעיין בתוס' שם יראה דאין מדבריהם הכרע כלל דס"ל כדעת הרא"ש עיי"ש היטב והבן]. וגם צ"ל דדעת התוס' הוא דאף אם הי' גדול בשעה שמת מורישו ג"כ סותר את הדין וא"כ שפיר

אין חילוק בין יורש ובין לוקח וגם לוקח סותר את הדין והלכך שפיר מקשה הר"י קושיתו הנ"ל והוכרחו לתרץ כתירוצם הנ"ל:

סימן כא

(א) **סעיף א** ואם הביא ראי' שהי' אנוס כו'. עיין בש"ך שכתב דעיקר הוא כהגרסא שלפנינו בירושלמי עבד בדלי"ת ור"י אמר אונסא כמאן דלא עבד. ולא כמו שגורס הב"י עבר ברי"ש והביא ראיה לזה מהא דאיתא בירושלמי שם ר"י הוי מפקיד לבנתי' דליהוין עובדין כר"ל דלמא איכא דסבר כר"ל ובאין לידי ממזרים אלמא דלר"י אינה מקודשת עיי"ש עכ"ל הש"ך וכוונת הש"ך הוא בפירוש דברי הירושלמי כמו שמפרש הק"ע שם דר"י ציוה לבנותיו כשיתקדשו בתנאי יכתבו הסמפון כר"ל דשמא יבא ב"ד אחר ויפסקו כר"ל והם יסמכו על דברי אביהן וינשאו בלא נט ולא יחושו לטענת אונס שיטעון המקדש נמצא בניהם ממזרים לדברי אותו ב"ד אבל אם יכתבו הסמפון כר"ל אזי גם לר"ל לא מהני טוענת אונס עיי"ש. הרי בהדיא דלר"י לא מהני טענת אונס ואינה מקודשת כן הוא כוונת הש"ך. וראיתי בתומים שכתב וז"ל ואף שראי' הש"ך מהא דר"י פקיד לבנתי' למעבד כר"ל כו' יש לדחות אולי יקבלו קידושין מאחר ולר"ל לא יחולו ולר"י חלין קידושין אחרים מ"מ מהא דקאמר לדעתי' דר"ל האיך צריך למעבד וקאמר אי אתא יום פלוני ולא הו' כונסה לי לא יהי' עליך כלום וזה מורה דהשאלה לר"י דס"ל דאם אונס הקידושין קיימין מה לעשות כו' ומזה נראה ברור דהגרסא הוא עבד בדלי"ת עיי"ש. והנה מ"ש אולי יקבלו קידושין מאחר ולר"ל לא יחולו קידושין אחרים ולר"י חלין לא הבינותי דהרי אף אם נפרש כן ע"כ צ"ל ג"כ דר"י ס"ל אונסא כמאן דלא עבד בדלי"ת לכן לא חלו קידושי הראשון וחלו קידושי השני ור"ל סבר אונסא כמאן דעבד לכן חלו קידושי הראשון ולא חלו קידושי השני וכן פירש ג"כ הפ"מ בירושלמי שם לפי הנוסחא שלפנינו עבד בדלי"ת עיי"ש מיהו בלי ספק ט"ס הוא בהתומים וצ"ל להיפוך דלר"י לא יחולו הקידושין ולר"ל חלין קידושין אחרים והיינו דלפי גרסת הב"י עבר ברי"ש וס"ל לר"י אונסא כמאן דלא עבר והוי כאלו קיים התנאי וחלו קידושי הראשון ולא קידושי השני ולר"ל הוא להיפוך ושפיר קאמר דבזה יש לדחות ראיית הש"ך. וגם מ"ש התומים שם דהשאלה לר"י דס"ל דאם אונס הקידושין קיימין כו' ג"כ ט"ס הוא וצ"ל ר"ל במקום ר"י וכמובן וכן מ"ש התומים שם למעלה ועיקר בירושלמי דס"ל לר"י דקדושין קיימין ור"ל סבר דקדושין בטלין וכמ"ש הש"ך עכ"ל ג"כ ט"ס הוא וצ"ל להיפך ר"י במקום ר"ל ור"ל במקום ר"י:

ועוד ראי' לזה דהעיקר הוא כהגרסא שלפנינו עבד בדלי"ת מהא דאיתא שם בירושלמי גיטין וז"ל אשכחת אמר ר' יוחנן ור' אבא לא סברין כרשב"ג ור"ל ורנב"י סברין כרשב"ג פי' דר"י ור"א דס"ל דאין טענת אונס לא סברין כרשב"ג דהוא סובר דיש טענת אונס ור"ל ורנב"י דס"ל יש טענת אונס סברין כרשב"ג הרי בהדיא דע"כ ר"י אמר אונסא כמאן דלא עבד בדלי"ת. והן אמת דבירושלמות הישינים הגרסא הוא להיפך דר"י ור"א סברין כרשב"ג ור"ל ורנב"י לא סברין כרשב"ג וכן הביא הרשב"א בחידושיו לגיטין דף ע"ו ורק הרשב"א שם משבש הגרסא וגורס איפכא וכמו שהוא בירושלמי שלפנינו עיי"ש בהרשב"א. וא"כ לפי הנוסחא הישינה דר"י ור"א סברין כרשב"ג הרי אדרבה יש ראי' מזה להב"י דצ"ל ר"י אמר אונסא כמאן דלא עבר ברי"ש דהא קאמר דר"י ס"ל כרשב"ג דיש טענת אונס. אולם באמת הנוסחא הישינה דר"י ור"א ס"ל כרשב"ג בודאי הוא משובש דנהי דאליבא דר"י שפיר י"ל כן דס"ל כרשב"ג והיינו אי נימא כגרסת הב"י דר"י אמר אונסא כמאן דלא עבר ברי"ש. אבל הא קאמר דר"י ור"א ס"ל כרשב"ג והרי זאת א"א לומר דר"א ס"ל כרשב"ג דהא מבואר שם בהדיא בירושלמי דר"א ס"ל דאין טענת אונס. א"ו דהעיקר הוא כגרסת הרשב"א דר"י ור"א לא סברין כרשב"ג וא"כ שוב ממילא ע"כ צ"ל דעיקר הוא כהגרסא דר"י אמר אונסא כמאן דלא עבד בדלי"ת:

עיין בקצה"ח שהביא ראי' דהגירסא שלפנינו עיקר מהא דתנן ס"פ התקבל כולכם חתומו ומת אחד מהם הגט בטל. ובפ"ב דגיטין פליגי ר"י ור"ל וסובר ר"י דשנים משום עדים ואינך משום תנאי ולפי גרסת הב"י אמאי אם מת אחד מהם הגט בטל הרי כיון דמת נימא דאונסא כמאן דעבד. אבל לפי הגרסא שלפנינו א"ש בין לר"י ובין לר"ל לכל אחד לשיטתו עיי"ש. אמנם אחר נשיקת עפר רגליו נעלם ממנו הירושלמי פ"ב דגיטין ה"א וה"ב דשם איתא להיפוך דר"י אמר דכולם משום עדים ור"ל אמר דשנים משום עדים ואינך משום תנאי עיי"ש וא"כ ליתא כלל לקושיתו לגרסת הב"י. מיהו לפי"ז דר"ל קאמר בירושלמי דשנים משום עדים ואינך משום תנאי א"כ שוב קשה קושית הקצה"ח אליבא דר"ל להגרסא שלפנינו דר"ל אמר אונסא כמאן דעבד דאמאי כשמת אחד מהם הגט בטל הרי הוי אונס ואונסא כמאן דעבד. אולם לק"מ עפ"י מ"ש בשטמ"ק ריש כתובות בשם הרא"ה בד"ה וכתב בשיטה כו' דלא אמרינן דיש אונס אלא בתולה בדעת עצמו כגון אם לא באתי כו' וכן בתולה בדעתה דלגבי הא מילתא כחד נינהו אבל בתולה בדעת אחרים כגון אם יבא פלוני אם לא יבא אין אונס עיי"ש. וא"כ התם באומר כולכם חתומו הרי הוא תולה בדעת אחרים וגם ר"ל מודה דל"מ טענת אונס:

סימן כב

(א) **סעיף א** מי שקיבל עליו קא"פ כו'. עיין בש"ך שהכריע כדעת הג"א דבעינן דוקא קיבל בפני ב"ד אבל קבלוהו חוץ לב"ד יכול לאזור אפי' לאחר גמר דין. ועיי' בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קנ"ד שהסכים ג"כ להש"ך. אך הקשה שם לדעת הג"א מה מקשה הש"ס בפז"ב ת"ש דאמר רבא קיבל עליו דלמא רבא מיירי חוץ לב"ד ומתני' מיירי בב"ד וצ"ע עכ"ל. ולא ידעתי מאי קשיא לי' דהלא רבא קאמר שם דלאחר גמר דין אינו יכול לחזור והרי שבקבלותו חוץ לב"ד אפי' לאחר גמר דין יכול לחזור וכמ"ש הג"א וא"כ ע"כ רבא מיירי שקיבל בפני ב"ד. איברא אדרבה קושיתו יש להקשות לדעת הנמוק"י והובא בש"ך שחולק על הג"א דדוקא בקיבל חוץ לב"ד הוא דיש חילוק בין לפני גמר דין ובין אחר גמר דין אבל בקיבל בפני ב"ד אפי' לפני גמר דין אינו יכול לחזור. ולשיטתו שפיר קשה קושית השבו"י דמה פריך בש"ס שם דאי אמרת בין בזו ובין בזו מחלוקת היינו בין לפני גמר דין ובין לאחר גמר דין פליגי ר"מ וחכמים רבא דאמר כמאן. ולפי שיטת הנמוק"י קשה דלמא רבא מיירי בקבלוהו חוץ לב"ד לכן מחלק בין לפני גמר דין ובין לאחר גמר דין והיינו אליבא דחכמים והמתני' מיירי בקבלהו בב"ד ופליגי ר"מ וחכמים בין לפני גמר דין ובין לאחר גמר דין. אולם י"ל דהנה מ"ש הנמוק"י דאם קיבל בפני ב"ד ולא קנו מידו אינו יכול לחזור אפי' לפני גמר דין. ע"כ דדעתו הוא דקיבל בפני ב"ד דמי ממש להיכא שהי' קנין דאמרינן בגמרא שם דאם קנו מידו אינו יכול אי אפי' לפני גמר דין דהה"נ היכא שהי' קבלה בפני ב"ד בלי קנין אינו יכול לחזור דמעשה ב"ד אלים כמו קנין. והנה הב"ח כתב דמה דאמרינן בגמרא דבקנו מידו אינו יכול לחזור אפי' לפני גמר דין דגם ר"מ מודה בזה עיי"ש. וא"כ לדעת הנמוק"י דקיבל בפני ב"ד הוי כמו קנין א"כ ס"ל לר"מ גם בקיבל בפני ב"ד דאינו יכול לחזור. וכיון שכן לק"מ הקושיא הנ"ל דהא לא מצי למימר דמתני' מיירי בקבלהו בפני ב"ד דא"כ אמאי קאמר ר"מ שם במתני' דיכול לחזור אע"כ דהמתני' ג"כ מיירי בקבלהו חוץ לב"ד ומקשה הש"ס שפיר:

(ב) **שם ברמ"א** דאיכא תרתי לריעותא. כתב הסמ"ע דאם קיבל עליו כשר אחד במקום ג' לא מיקרי תרתי לריעותא והש"ך חולק עליו וכבר האריכו בזה גדולי האחרונים. ועיין בתומים שהביא ראי' להסמ"ע מתשובת הרא"ש כלל נ"ו דין א' והאריך קצת לבאר איך מוכח מדברי הרא"ש כהסמ"ע עיי"ש, ואנכי מצאתי בשו"ת בשמים ראש סי' מ"א שהובא שם תשובת הרא"ש הנ"ל וביתר ביאור ושם כתב בפירוש דה"ה במקבל עליו דיין אחד במקום שלשה דאינו יכול לחזור לאחר גמר דין עיי"ש. והוא בהדיא כדעת הסמ"ע:

(ג) **עוד שם ברמ"א** ולעיל כו' נתבאר איזה מיקרי ג"ד. עיין בש"ך סק"ו מה שהביא בשם הלח"מ. ונראה מדברי הש"ך דהוא מסכים למ"ש הלח"מ דהרמב"ם לא חש להא דאיתא בירושלמי בשם ר"י ור"ל כיון דש"ס דידן פליג אירושלמי בסברת ר"י ור"ל ראוי לפסוק כש"ס דידן עיי"ש. וצ"ע דהלא הש"ך ביו"ד סי' קמ"ה סק"א כתב דהיכא דהש"ס דידן מחולק עם הירושלמי בדעת ר"י פוסק הרמב"ם כר"י שבירושלמי כיון דר"י חיבר הירושלמי בודאי אמר הכי עיי"ש. ועיין בספר באר יעקב ביו"ד שם שחולק על הש"ך שם והביא הרבה ראיות דאף בכה"ג פוסק הרמב"ם כר"י שבש"ס דידן עיי"ש. וגם אנכי במק"א הבאתי עוד ראיות לזה מה דלא הזכירם הבאר יעקב. אבל הא אכתי קשה על הש"ך גופי' שסותר דעת עצמו מכאן למ"ש ביו"ד סי' הנ"ל:

אמנם מצאתי ראיתי בס' שלום ירושלים הירושלמי בכללים שבסוף הספר שכתב שם על השגות הבאר יעקב הנ"ל על הש"ך דאין בכל דבריו שום תפיסה כלל על הש"ך כי כוונת הש"ך ביו"ד שם הוא דוקא היכא דהש"ס דידן מסופק בדעת ר"י איך סובר ולהירושלמי פשיטא להו אזלינן בתר הירושלמי אבל היכא דהש"ס דידן אינו מסופק גם הש"ך מודה דאזלינן בתר ש"ס דידן אף דבירושלמי איתא בשם ר"י להיפך עיי"ש. ומדברי הש"ך כאן יש ראי' לדברי השלום ירושלים. ובעיקר דברי הלח"מ והש"ך עיין במראה הפנים מבעל פ"מ בירושלמי פ' ז"ב:

סימן כג

(א) **סעיף א** נסתלקו מלפניו אינו נאמן היינו כשני עדים אבל הוא נאמן כעד אחד. וכ"כ הכנה"ג בהגהות הטור אות ג' עיי"ש ועיין גם בש"ך סק"ב. וכן מורה לשון התוספתא פ"ק דב"מ דאיתא שם בזה הלשון אבל אין הדין לפניו הרי הוא כאחד מכל האדם ע"כ ומשמע מזה דהוא נאמן עכ"פ כע"א. בספר קצה"ח הקשה דאמאי א"נ כשנסתלקו מלפניו הא כיון שזה אומר פ' חכם זיכה לי את הקרקע וזה הדיין שאמר משמו מכחישו א"כ דמיא להא דאמרינן בפ' המדיר אמרה פלוני חכם טיהר לי את הכתם והחכם מכחישה דהחכם נאמן וכתב הרמב"ן דהחכם לבד נאמן עיי"ש. וכאשר אנכי עיינתי בקושיא זו ראיתי דאין כאן קושיא כלל דהא הטעם דנסתלקו מלפניו אינו נאמן הוא משום דלא רמיא עליו למידכר וכמ"ש רש"י בקידושין דף ע"ד והנה באמת יש להקשות להיפך על הא דפ' המדיר אמאי החכם נאמן מדוע לא נימא דלא מידכר משום דלא רמיא עליו למידכר דהלא גם התם מיירי שאין האשה עומדת כעת לפניו וצ"ל כמ"ש הטו"ז ביו"ד סי' ק"צ

סק"מ לחלק בהא דאמרינן דמילתא דלא רמיא עלי' דאינש לאו אדעתי' בין זמן מועט לזמן מרובה דבין מועט זוכר אף דלא רמיא עליו עיי"ש:

וא"כ בהא דפ' המדיר באומרת פלוני חכם טיהר לי הכתם דהחכם נאמן י"ל דכוונת הש"ס הוא היכא שלא עבר רק זמן מיעוט אחר ששאלה להחכם דאז החכם בודאי זוכר אף דלא רמיא עליו דהא הש"ס שם בעי האיך משכחת שידע שהיתה משמשתו נדה וקאמר הש"ס דמשכחת לה בכה"ג שאמרה פלוני חכם טיהר לי הכתם ושפיר בקל נוכל לומר דכוונת הש"ס הוא למצוא דמשכחת בכה"ג היינו שלא עבר רק זמן מיעוט אחר השאלה להחכם דאז החכם בודאי זוכר ונאמן משא"כ כאן שפיר י"ל דמה דאם נסתלקו מלפניו אינו נאמן הדיין היינו לאחר זמן מרובה וא"ש ולק"מ. מיהו צע"ק בזה דמסתימת לשון הגמרא והפוסקים משמע דמיד שנסתלקו מלפניו שוב אין הדיין נאמן ואין חילוק בין זמן מרובה לזמן מועט. עוד י"ל עד"א דהנה הרא"ש סותר עצמו דבפ' המדיר פסק דצריך עדים להכחישה והחכם לבד אינו נאמן ובפ' שבועות העדות הביא דעת הרמב"ן דהחכם לבד נאמן וסיים הרא"ש דכן מסתבר ומשמע דפוסק כהרמב"ן. וראיתי תירץ נכון לסתירת הרא"ש בזה בספר בני אהובה בפ' כ"ד מהל' אישות הי"א שכתב דהרא"ש לא קאמר בפ' המדיר דצריך עדים להכחישה והחכם לבד אינו נאמן רק באמרה פלוני חכם תיקן לי הכרי בזה שפיר היא נאמנת יותר כיון דיש לה מגו שהיתה יכולה לומר שהיא בעצמה תיקנה לה הכרי לכך שפיר צריך עדים להכחישה אבל הרמב"ן לא כתב דהחכם לבד נאמן להכחישה רק באומרת פלוני חכם טיהר לי הכתם והתם לית לה מגו שאינה יכולה לתלות בעצמה כ"א בהוראת חכם לכן החכם לבד נאמן עיי"ש. והנה הש"ך בסק"ו העלה דאם הבע"ד אומר שלא קיבל כלל לאותו דיין שידונו דהבע"ד נאמן עיי"ש. וכ"כ הכנה"ג בהגהות הטור אות כ"ז בשם הרש"ך ומהר"א ששון. ולפי"ז י"ל עוד טעם נכון מדוע דאם נסתלקו מלפניו אינו נאמן הדיין לומר לזה חייבתי כיון דיש לו להבע"ד מגו לומר דלא קיבלו לדיין כלל. והא דבעומדין לפניו נאמן הדיין לומר לזה חייבתי ולא אמרינן דיש לו להבע"ד הך מגו דכיון דחזינן דעומדין לפניו יש ראי' לדבר דקיבלו להדיין ההוא והוי כמגו במקום עדים:

וכן ראיתי בשער משפט סק"ג שכ"כ. וא"כ לק"מ קושית הקצה"ח דשפיר בנסתלקו מלפניו אינו נאמן הדיין לומר לזה חייבתי כיון דיש לו לבע"ד מגו שיכול לומר דלא קיבלו אותו כלל לדונו. וכמו באומרת פלוני חכם תיקן לי הכרי דהחכם אינו נאמן משום דיש לה מגו משא"כ באומרת פלוני החכם טיהר לי הכתם דלית לה מגו שפיר החכם נאמן וא"ש ונכון הוא:

סימן כד

(א) **סעיף א** אין נזקקין כו' הב"ח והמפורשים תמהו על הרמב"ם שהשמיט הך דינא:
וראיתי בפנ"י ב"ק דף מ"ו שמתרץ וקיצר שם בדבריו וזה תורף כונתו דהא רשב"נ יליף מקרא דמי בעל דברים דהמע"ה ופריך בגמרא פשיטא אלא דהך קרא אצטריך דנזקקין לתובע תחלה וי"ל דמה דפריך פשיטא הוא רק למ"ד ברי ושמא ברי וא"כ מה דאמרינן המע"ה הוא רק בברי וברי ובזה שפיר מקשה דל"ל קרא דסברא, הוא אבל למ"ד דאפי' בברי ושמא אמרינן דהמע"ה וכ"כ הרמב"ם ודאי להכי אצטריך קרא ושוב אין ראי' דנזקקין לתובע תחלה זה תורף כוונתו עיי"ש. אמנם אחר נשיקת עפרות זהב לו לא יצא בזה ידי חובתו דהא בש"ס סנהדרין דף ל"ה ילפינן הך דנזקקין לתובע תחלה מקרא דאשרו חמוץ וכמ"ש רש"י ותוס' שם והרי הך קרא אין לו ענין כלל להפלוגתא דברי ושמא אי ברי עדיף. ועוד דגוף דבריו מ"ש לפרש כוונת הש"ס צ"ע דהלא אמרינן שם בגמרא דאצטריך קרא לדרב נחמן אמר רבה ב"א דנזקקין לתובע תחלה והרי ר"נ ס"ל בכתובות דף י"ב דאף בברי ושמא אין מוציאין מיד המוחזק. וא"כ לפי"ד הפנ"י איך יליף ר"נ מקרא דמי בעל דברים דנזקקין לתובע תחלה הלא ר"נ צריך תך קרא דאפי' בברי ושמא אמרינן המע"ה:
ובגוף הדבר מה שהשמיט הרמב"ם הך דינא עיין בתומים ובס' ים התלמוד בב"ק שם מ"ש לתרץ:
(ב) **שם ברמ"א** או שמבקש מהב"ד שלא יפסקו לו כו'. והראב"ד סיים בזה והובא בטור שמא היום או מחר ימצא עדים או שמעון יודה לו עיי"ש ולכאורה צ"ע דלמה לו להתובע לבקש בשביל זה מהב"ד שלא יפסקו לו הדין עכשיו הלא אם יבאו עדים אח"כ או שיודה לו הנתבע יסתור הדין ויהי' הנתבע חייב לשלם לו. ושוב ראיתי בפלפולא חריפתא על הרא"ש בפ' הפרה ובב"ח סי' ט"ז שעמדו בזה ופירשו על נכון עיי"ש:

סימן כה

(א) **סעיף א** כל דיין שדן כו'. עיין ש"ך סק"א שכתב דלדעת בעהמ"א דבטועה בדבר משנה אינו חייב משום דד"ג מטעם דלאו כלום עביד א"כ ה"ה בהדיוט ולא קבלו פטור עיי"ש. והגאון מוהרח"י בקונטרסו השיג על זה וז"ל ולא נהירא כלל דע"כ לא קא פטר בעהמ"א בטועה בדבר משנה אלא במי שהוא דיין דהיינו מומחה או הדיוט וקבלוהו דא"כ איהו לאו תחילתו בפשיעה כו' עד אבל זה הרי תחילתו בזרוע שהרי אינו מומחה ולא קבלוהו ולפיכך אינו אלא בעל זרוע שאנס את חבירו לשלם ממון לחבירו שלא כדין

ול"ש טועה בדבר משנה ול"ש טועה בשיקול הדעת כל שהוכרח זה לשלם ע"י כפייתו חייב עיי"ש ובחנם השיג עליו. ונפלאתי איך לא ראה מ"ש הש"ך לקמן ס"ק מ"ה וגם הש"ך כאן בעצמו ציין לעיין בס"ק מ"ה ושם כתב בהדיא דמה שהעלה כאן בסק"א לדעת הבעהמ"א וסייעתו דפטור באינו מומחה ולא קבלוהו מטעם דלאו כלום עביד זה הוא דוקא שהכריחו רק על הדין ודנו בכפי' ולא כפוהו על התשלומין דאל"כ טובא עביד והוי כנשא ונתן ביד וגרע מני' וחייב עיי"ש. הרי בהדיא דגם דעת הש"ך הוא דהיכא דכפוהו לשלם חייב אף לדעת בעהמ"א וכמ"ש הגאון מוהרח"י. גם מ"ש בקונטרס מוהרח"י שם עוד לפרש דברי בעהמ"א שכתב ואם כפאו לבע"ד ובע"כ נו"נ בשלו כו' לאו למימרא דאי לא נו"נ ביד אע"ג דכפאו לשלם פטור דהא ודאי ליתא אלא דאורחא דמלתא נקט כו' עיי"ש. כבר כתב גם הש"ך בס"ק מ"ה לפרש כן כוונת בעהמ"א עיי"ש. וכל דברי הש"ך שם נעלם מעיני הגאון מוהרח"י. ומ"ש הש"ך באות ג' על הבעהמ"א והרשב"א בתשובה שכתבו דטועה בדבר משנה אפי' נו"נ ביד פטור והשיג הש"ך דהא אפי' ר"ח דפליג אר"נ ור"ש ומיקל וס"ל דלא מחייב בטעה בשיקול הדעת אא"כ נו"נ ביד ס"ל דבנו"נ ביד חייב אפי' טעה בדבר משנה דהא משמע להדיא דר"ח בעי לשנויי שנויי אחרינא דלא תקשי קושי' ר"ה לימא לי' ר"ע לר"ט טועה בדבר משנה אתה כו' עד ואם איתא לדברי הבעהמ"א והרשב"א אכתי גם לר"ח תקשי לימא לי' טועה בדבר משנה אתה עיי"ש. ועלה בדעתי לתרץ דהא טעמייהו דהבעהמ"א והרשב"א הוא משום פשיעותא דבע"ד דכל טועה בדב"מ הוא דבר ברור והו"ל לבע"ד לגלויי טעותי' וא"כ י"ל דלא קאמרו הבעהמ"א והרשב"א דטעה בדב"מ לעולם פטור אלא דוקא השתא אחר שסידר רבי המשניות דהשתא טועה בדב"מ הוא דבר ידוע והו"ל לבע"ד לגלויי טעותי'. משא"כ בעובדא דר"ט דאז לא הי' עדיין מסודר המשניות כי ר"ט הי' זמן רב קודם רבי רק המשניות היו בקבלה ושגורה בפיהם עד רבי וכמ"ש הש"ך לקמן סק"ט ועיין גם בתוס' ב"ק דף צ"ד ע"ב ד"ה בימי רבי ובב"מ דף קי"ד ע"ב ד"ה ה"ג ובחולין דף ק"י ע"ב ד"ה דתנן עיי"ש. ובוודאי לא הי' שגורה בפי כל רק בפי התנאים וא"כ אז ל"ש טעמא דבעהמ"א והרשב"א דהו"ל לבע"ד לגלויי טעותי' וא"כ בעובדא דר"ט גם הבעהמ"א והרשב"א מודים דנו"נ ביד וא"א להחזיר חייב וא"ש. אכן הבעהמ"א שם סובב אעובדא דר"ט ומשמע מדבריו דגם ר"ט לא הי' חייב מדד"ג מטעם זה דהו"ל לבע"ד לגלויי טעותי' עיי"ש. וא"כ ליתא לדברינו הנ"ל אולם גוף דברי הש"ך שכ' דר"ח בעי לשנויי קושית ר"ה ומזה הוכיח הש"ך דטעה בדבר משנה ונו"נ ביד חייב היכא דא"א להחזיר לא נראה כן מהפוסקים דמסתימת כל הפוסקים משמע דר"ח לא בעי לתרץ קושי' ר"ה מעובדא

דר"ט אלא דבא לחלוק על ר"ש דאף בטעה בשה"ד אינו חייב כ"א כשנו"נ ביד. אבל לענין קושי' ר"ה מעובדא דר"ט הי' ניחא גם לר"ח בתירוצא דר"ש דחדא ועוד קאמר. ועיין גם במלחמות בפ' אד"מ דס"ל להרמב"ן ג"כ כדעת הש"ך דנו"נ ביד וא"א להחזיר חייב אף בטעה בדב"מ והקשה שם אמאי לא מתרץ ר"ש דר"ט נו"נ ביד הוי וכתב דהוי מצי לפרוקי כן אלא דלאו אורחי' דר"ט בהכי עיי"ש וא"כ כיון דר"ש לא מתרץ כן משום דדוחק הוא לומר דר"ט האכילה בידים לכלבים א"כ בודאי גם לר"ח הוא דוחק לתרץ כן. וכעין זה כתב ג"כ התומים סק"ד להקשות על הש"ך סק"ה ואביא דבריו בס"ק שאחר זה. וא"כ בודאי גם לר"ח הי' ניחא בתירוצא דר"ש דחדא ועוד קאמר.

(**ב**) **שם ברמ"א** ויש חולקין כו' עיין בש"ך סק"ה אות ב' שכ' וז"ל וכן מוכח בתוס' פא"ט סוף דף מ"ג כו' עד ועוד דהתם בפ' א"ט רבא הוא ורבא הוא דדאין דד"ג עיי"ש. ובקונטרס מוהרח"י כתב ע"ז וז"ל מה שרצה להביא ראי' מדברי התוס' גופייהו בפא"ט לאו ראי' הוא דאפשר ששם כתבו כדי ליישב ההוא עובדא אפי' למאן דלא דאין דד"ג. ומה שביקש להכריח משום דרבא גופא דאין דד"ג במח"כ לאו הכרח הוא שהרי המחייב לשלם שם באותו מעשה לא הי' רבא אלא רבא הי' המורה ור' אבא הוא דאמר עליו דישלם דמי תורא למרי' וא"כ הי' צריך להביא ראי' דר"א דאין דד"ג כו' עיי"ש. אמנם ראי' הש"ך נכונה הוא דהנה באמת מ"ש התוס' שם דרבא האכילו בידים לכלבים הוא דוחק מאוד וכמ"ש הרמב"ן במלחמות בפ' אד"מ דדוחק הוא לפרוקי דר"ט האכילה בידים לכלבים דלאו אורחי' דר"ט בהכי עיי"ש. וא"כ אי הוי ס"ל להתו' דלמאן דדאין דד"ג טעה בדבר משנה חייב בכל ענין לא הו"ל להתוס' לדחוקי לאוקמי דרבא האכילו בידים לכלבים כיון דבלא"ה לק"מ למאן דדאין דד"ג. ומשום דלא תקשה מההוא עובדא למאן דלא דאין דד"ג לא הוצרכו התוס' לדחוקי לתרץ כיון דבאמת רבא דאין דד"ג ושפיר קאמר לי' ר' אבא דחייב לשלם ואף דר"א גופי' אפשר דלא דאין דד"ג מ"מ שפיר מחייב ר"א לרבא לשיטתו דהוא דאין דד"ג אע"כ צ"ל דס"ל להתוס' כמ"ש הש"ך דאף למאן דדאין דד"ג אינו חייב בטעה בדבר משנה אלא כשנו"נ ביד לכן שפיר הוכרחו התוס' לדחוקי דרבא האכילו בידים לכלבים. ושוב ראיתי בתומים סק"ד שישב ג"כ על מדוכה זו להצדיק דברי הש"ך. אמנם הא גופי' צריך לדעת מ"ש הש"ך דרבא דאין דד"ג דהרי לא נמצא זאת כלל בש"ס דרבא דאין דד"ג. אולם ראיתי להש"ך בסי' שפ"ו סק"א שהביא שם מה דאיתא בב"ק דף קי"ז ע"א אמר רבה אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי וחייב וכתב הש"ך דבש"ס שלפנינו ט"ס הוא וצ"ל רבא דהא רבה לא דאין דד"ג וכן הוא בהרי"ף והרא"ש רבא עכ"ל. ואף דבאמת מ"ש דרבה לא דאין דד"ג גם זה צריך לדעת מנין לו זה.

אך בודאי לזה כיוין הש"ך להא דאמר רבה בב"ק דף צ"ח ע"א השורף שטרו של חבירו פטור. הרי דרבה לא דאין דד"ג אכן אכתי קשה מנין לו דמימרא דשורף שטרו כו' הוא רבה ומימרא ההראה מעצמו כו' הוא רבא דלמא הוא להיפך דהלא בש"ס איתא בשניהם רבה וגם בהרא"ש שלפנינו איתא בשניהם רבה. אמנם מהא דפריך שם בגמרא דף ל"ג ע"ב על מימרא דר"ה ברי' דר"י הא נמי רבה אמרה דאמר רבה השורף שטרותיו של חבירו פטור ועיין ברש"י שם וגם בשטמ"ק שם מה שהביא בשם הר"ש והרא"ש ומהתם מוכח בהדיא דהך דשורף שטרו של חבירו פטור דייקא רבה אמר להא מילתא עיי"ש ושפיר גרס הש"ך במימרא דהראה מעצמו חייב דצ"ל רבא.

גם מ"ש עוד הגאון מוהרח"י שם וז"ל וא"כ הי' צריך להביא ראיה דר' אבא דאין דד"ג ומענין ההוא עובדא דההוא דאחוי אמטכסא דר' אבא דבפ' הגוזל בתרא אין להוכיח דר"א דאין דד"ג דאיכא למימר דמסור שאני כמ"ש בפנים ובי' הוא דדאין דד"ג אבל בעלמא לא עכ"ל ועיי"ש בפנים שכתב כן דמסור חייב אף למאן דלא דאין דד"ג וחילי' הוא מהתוס' פ"ק דב"ק [והוא בדף ה' ע"א ד"ה למעוטי מוסר] שכתבו בהדי' דמסור ומפגל אפי' למאן דלא דאין דד"ג חייב משום קנס עיי"ש. ולא זכר דברי הש"ך בסי' שפ"ו סק"א שדחה שם דברי התוס' אלו והביא דברי הש"ס ב"ק סוף פרק הכונס דאמרינן בהדי' דלמאן דלא דאין דד"ג מסור נמי לא דיינינן. וגם הביא שם דברי התוס' פ' הגוזל בתרא דמוכח נמי מדבריהם דאין חילוק בין מסור לשאר דד"ג עיי"ש וא"כ שוב שפיר יש להוכיח מעובדא דר' אבא הנ"ל דר"א דאין דד"ג. ומהתימא על הש"ך כאן מדוע לא הזכיר נמי דגם ר' אבא דאין דד"ג וכראי' האמורה:

עוד שם בש"ך אות ג' וד' שהביא קושיות התוס' ותירוצם בהא דטיהר את הטמא וכ' הש"ך על תירוץ התוס' דהוא דוחק גדול מאוד והוא בירר לו דרך אחר לתרץ קושיות התוס' דלהס"ד דלא מוקי בנו"ן ביד מיירי בלוקח ומוכר שבא לשאול אם יקח פירותיו של זה המוכר אם הם טהורים. וטיהר את הטמא ולקח את הפירות ואח"כ נודע דשלא כדין טיהר וקתני מה שעשה עשוי שטיהר לענין שהמוכר בחזקת טהורים מכרם וא"צ להחזיר המעות והחכם ישלם ללוקח מביתו אבל כי מוקי מתני' בנו"ן ביד א"א לפרושי הכי דל"ש בכה"ג בלוקח ומוכר נו"ן ביד עיי"ש ועיין בתומים סק"ד ובפנ"י ב"ק דף ק' שהקשו על הש"ך דאמאי לא שייך בלוקח ומוכר נו"ן ביד הא י"ל:

דלקח הדיין הפירות ללוקח ולקח המעות מיד הלוקח ומסרן למוכר וכמו בחייב את הזכאי עיי"ש ונלע"ד בזה דבלוקח ומוכר מה דהדיין נו"ן ביד לא דמי לחייב את הזכאי דבשלמא כשבאים לפניו לדון הרי יש בכח הדיין לכופו לשלם ואינו תלוי כלל ברצון

הבע"ד לכן שפיר כשחייב את הזכאי והדיין נו"נ ביד הוי הדיין מזיק ממש משא"כ בלוקח ומוכר שבאים לפניו לשאול אם הפירות טהורים הם הרי אין בכח הדיין לכוף להלוקח שיקח הפירות לכן אף שהדיין לקח המעות מיד לוקח ומסרן למוכר עכ"ז לא חשוב הדיין מזיק רק גורם דהא נהי דהדיין לקח המעות מיד לוקח ומסרן למוכר אבל מי הכריחו ללוקח שיסכים על המקח והו"ל להחזיר מיד הפירות להמוכר ומדלא החזיר רק סמך על הדיין שהורה שהם טהורים א"כ הרי לא הוי הדיין רק גורם דהוי כאלו לא נו"נ ביד כלל וא"כ א"ש דברי הש"ך דבשלמא להס"ד דלא מוקי בנו"נ ביד דאזלא הסוגי' אליבא דר"מ דדאין דד"ג וכמבואר בש"ך כאן דהוא מפרש דהסוגי' אזלא אליבא דר"מ ולא כמ"ש התוס' דהסוגי' אזלא אליבא דרבנן ועיין גם בש"ך סק"א אות ב' והלכך שפיר חייב הדיין לשלם אף דהלוקח בעצמו לקח הפירות ונתן המעות כיון דהדיין הי' הגורם לזה ודייניגן דד"ג. משא"כ אליבא דמסקנא דמוקי בנו"נ ביד ומוקי אליבא דרבנן וכמבואר בהדי' בבכורות דף כ"ח וגם ר"ח דמוקי בסנהדרין בנו"נ ביד כוונתו הוא לאוקמי גם אליבא דרבנן וכמ"ש הש"ך ס"ק י"ד א"כ שפיר בלוקח ומוכר אף דהדיין נו"נ ביד פטור הדיין כיון דלא הוי מזיק רק גורם דהלוקח הסכים על המקח על פיו וכנ"ל ולרבנן דלא דנו דד"ג פטור הלכך צריך לפרושי שעירבן הדיין עם פירותיו דבזה הוי מזיק ממש.

ומה שהקשה עוד התומים על הש"ך דכיון דלר"ח דמוקי בנו"נ ביד ובעירבן עם פירותיו ע"כ צריך לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו וכמ"ש התוס' אליבא דס"ד וא"כ למה כתב הש"ך על תירץ התוס' אליבא דס"ד דהוא דוחק לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו. ומ"ש הך מ"ד מהך מ"ד עיי"ש. ובראשית השקפתי תמהתי על תמיהתו דהלא הש"ך כ' סתם על תירץ התוס' שזה דוחק גדול ומי גילה לו רז זה דכוונת הש"ך הוא משום דאין לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו הא י"ל דכוונת הש"ך הוא משום דמה דקתני במתני' מה שעשה עשוי קאי על הדיין והרי לפי פירוש התוס' להס"ד דמיירי שעירבן בעה"ב ומה שעשה עשוי היינו שעירבן בפירות מרובים דבטלו א"כ איך תתיחס עשי' הלזו להדיין הלא הדיין לא עשה כלום רק הבעה"ב בעצמו שעירבן. ואי משום שהדיין הורה שהם טהורין מ"מ מה בכך דמה יוסף תת כח בהוראתו הרי כיון דעירבן בעה"ב ונתבטלו הרי הוראות הדיין לא מעלה ולא מוריד. ומש"ה הי' נראה לו להש"ך תירץ התוס' לדוחק. וא"כ למסקנא דמוקי בנו"נ ביד שהדיין בעצמו עירבן הרי שפיר תיסוב הך דמה שעשה עשוי על הדיין לכך שפיר הוי ניחא לי' להש"ך מה דמוקמינן למסקנא בעירבן הדיין עם פירותיו אף דצריך לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם. מביתו בין עירבן בפירות מרובין למועטין כיון דמה דמחלקינן בין מה

שעשה עשוי ובין משלם מביתו לא הי' נראה בעיני הש"ך לדוחק. אמנם אי לזה כיוון הש"ך הרי ל"ש לומר על תירץ התוס' דהוא דוחק דהא ליתא מעיקרא ולמען שלא יהא תירץ התוס' נדחה לגמרי] ע"כ צ"ל דאף לפירוש התוס' להס"ד דמיירי בעירבן בעה"ב ג"כ שפיר סובב הך דמה שעשה עשוי על הדיין כיון דמה דאם עירבן בעה"ב בפירות מרובין נתבטלו הוא באמת מכח הוראת הדיין שהורה שהם טהורים דלולא הוראתו לא הי' מהני הביטול דהמבטל איסור במזיד אף בדיעבד אסור [וא"ל דאף לולא הוראתו הי' מהני הביטול כיון דלגבי בעה"ב לא הוי רק ספק איסור דהא לא ידע אם הם טמאים או טהורים וספק איסור מותר לבטל אף לכתחלה וכמ"ש הש"ך ביו"ד סי' פ"ד ס"ק מ' ובסי' קט"ו ס"ק כ"ח דז"א דהש"ך מיירי היכא דבאמת אינו אסור רק מכח ספק ולא הוי ודאי איסור משא"כ הכא דבאמת הפירות הם ודאי טמאים רק להבעה"ב הי' ספק כיון דאינו יודע הדין בכה"ג שפיר אסור לבטל עד שישאל לחכם והוא פשוט] לזה קתני מה שעשה עשוי היינו מה שעשה הדיין שהורה שהם טהורים עשוי לענין זה שלא יהא חשוב הבעה"ב כמבטל איסור במזיד ומהני הביטול וא"ש תירץ התוס' ולפי"ז שוב ע"כ צ"ל דמה דכתב הש"ך על תירץ התוס' דזה דוחק דכוונתו הוא משום דאין לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו וכמו שהבין התומים וא"כ שפיר תמה התומים על הש"ך כנ"ל:

איברא דנלע"ד דדברי הש"ך נכונים ושפתי כהן ברור מללו. די"ל דאליבא דמסקנא דמוקי בנו"נ ביד גם התוס' מודים דא"צ לחלק בהך דטיהר את הטמא בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו בעירבן בפירות מרובים לעירב בפירות מועטים ודוקא להס"ד דלא מוקי בנו"נ ביד כתבו התוס' לחלק כן. והוא דלהס"ד דלא מוקי בנו"נ ביד צ"ל דמה שעשה עשוי קאי על גוף ההוראה שהורה הדיין דהא זולת הוראה לא עשה הדיין כלום. א"כ קשה קושיות התוס' איך שייך לומר בטיהר את הטמא מה שעשה עשוי שתהא ההוראה מתקיימת שיהא טהור אף שנודע שהוא טמא וגם אמאי משלם מביתו. הלכך הכריחו התוס' לדחוקי לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו דמה שעשה עשוי הוא היכא דעירב הבעה"ב בפירות מרובין דבטלו ושפיר קתני בזה מה שעשה עשוי וקאי על ההוראה דלולא הוראתו לא היו בטלים ברוב וכמו שכתבתי בסמוך. ומשלם מביתו הוא היכא דעירבן בעה"ב בפירות מועטין דלא בטלו. משא"כ למסקנא דמוקי בנו"נ ביד. א"כ שוב אין אנו מוכרחין לפרש מה שעשה עשוי דקאי על גוף ההוראה דהלא כיון דהדיין עשה נמי מעשה בידים זולת ההוראה שפיר י"ל דמה שעשה עשוי קאי על המעשה ממש שעשה הדיין בידים. וכן מבואר נמי בגמרא דאליבא דמסקלא

מפרשינן כך. דהא מוקמינן טימא את הטהור באגע בהו שרץ והרי בזה ל"ש לומר דנה שעשה עשוי קאי על גוף ההוראה שהורה נמי שהם טמאים דהא אף לולא הוראתו ג"כ נטמאו ע"י השרץ ומה נ"ט הוא מהוראתו דהא הוראתו לא מעלה ולא מוריד [והן אמת דלפמ"ש הקצה"ח סק"ט לפרש הך דמה שעשה עשוי בטימא את הטהור קאי שפיר מה שעשה עשוי גם בטימא את הטהור על גוף ההוראה עיי"ש. אמנם מלבד דפשטות לשון הגמרא משמע דקאי על המעשה שעשה הדיין בידים. בלעדי זה הרי דברי הקצה"ח המה מופרכים וכמ"ש לקמן סק"ד] וא"כ למסקנא דמוקמינן טיהר את הטמא דמיירי שעירבן החכם עם פירותיו ל"ק כלל קושית התוס' דהא מה שעשה עשוי לא קאי על ההוראה שהורה שהם טהורים רק על המעשה ממש שעשה הדיין שעירבן עם פירותיו ושפיר יש לפרש מה שעשה עשוי ומשלם מביתו בחד גוונא היינו שעירבן החכם בפירות מועטין דלא בטלו ואין אנו צריכין כלל לפרש הך דמה שעשה עשוי בעירבן בפירות מרובים דבטלו. וכן יש להוכיח כדברינו מפרש"י בסנהדרין בסוגין ד"ה ט"הר את הטמא שב' וז"ל ונטלו הדיין עצמו ועירבן עם שאר פירות של נשאל ונמצא שטעה והרי הכל טמא עכ"ל. וכ"כ רש"י בבכורות דף כ"ח בד"ה שעירבן עם פירותיו עיי"ש. ולכאורה דברי רש"י ז"ל בסנהדרין צ"ע דבשלמא בבכורות שבא ר"א ליישב הא דתני שישלם מביתו ומוקי טיהר את הטמא שעירבן עם פירותיו שפיר צריכין לפרושי כן שעירבן בפירות מועטין דהכל טמא ומחויב לשלם. אבל בסנהדרין שבא ר"ח ליישב הא דתני מה שעשה עשוי ואינו חוזר הדין א"כ הי' צריך רש"י לפרושי שעירבן בפירות מרובים ונתבטלו והכל טהור ונתקיים הוראתו שהורה שהוא טהור. אע"כ צ"ל דרש"י ז"ל סובר דלמסקנא דמוקמינן בנו"נ ביד לא מחלקינין בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו כיון דלמסקנא דמוקי בנו"נ ביד יש לפרש דמה שעשה עשוי קאי על העשי' שעשה הדיין בידים ולא על ההוראה ומפרשינן מה שעשה עשוי ומשלם מביתו בחד גוונא היינו שעירבן בפירות מועטים הלכך שפיר מפרש רש"י ז"ל בסנהדרין הך שעירבן עם פירותיו כמו שמפרש בבכורות וא"ש. וגם יש להעמיס כן בכוונת התוס' בסנהדרין שכתבו וז"ל וי"ל דהשתא ס"ל שעירבן בעה"ב ולבסוף ס"ל שעירבן חכם והשתא מה שעשה עשוי שעירבן ברוב פירותיו כו' עיי"ש. ודקדקו לכתוב תיבת והשת"א מה שעשה עשוי כו' וי"ל דכוונתם הוא דדוקא השתא דקיימו אליבא דס"ד דלא מוקי בנו"נ ביד הוא דצריך לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו. אבל למסקנא דמוקמינן בנו"נ ביד א"צ לחלק כן וכנ"ל. ומעתה סרה מהר קושית התומים הנ"ל מעל הש"ך דהא אליבא דמסקנא דמוקמינן שעירבן חכם עם פירותיו א"צ לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו וליכא שום דוחק כלל

והבן. ושוב ראיתי בתוס' ב"ק דף ק' ע"א ד"ה טיהר את הטמא שכתבו שם וז"ל ובבכורות שבא ליישב וישלם מביתו בטיהר את הטמא כשערבו עם פירותיו איירי כשעירב עם פירות מועטין ובסנהדרין שבא ליישב מה שעשה עשוי איירי כשעירבן עם פירות מרובין עיי"ש. ומבואר בהדיא מזה דדעת התוס' הוא גם למסקנא לחלק בין מה שעשה עשוי ובין משלם מביתו. אולם אף דהתוס' מחלקים כן גם למסקנא עכ"ז כנים אנחנו בדברינו הנ"ל דלמסקנא א"צ לחלק כן וכאמור וכמו שהוכחתי נמי מפרש"י ז"ל בסנהדרין ושפיר י"ל דגם דעת הש"ך הוא כדברינו וא"ש:

(ג) **סעיף ב** והוא מומחה כתב הש"ך דצריך לברר שהוא מומחה. והנה לפמ"ש התמים דעים והובא בכנה"ג ובקונטרס מוהרח"י דהדיין אינו משלם בטעה בשיקול הדעת אלא דוקא כשמודה שטעה א"כ אם אומר שהוא מומחה נאמן במגו דאי בעי לא הודה שטעה וא"צ עדים וראי'. וכן ראיתי בקצה"ח שכ"כ ומ"ש עוד הקצה"ח דלולא דברי התמים דעים נראה דהדיין משלם ע"י כפי' כיון דמה דקם דינא לגבי הבע"ד בטעה בשה"ד הוא משום דהוא מוחזק עפ"י הדיין וא"כ הדיין שאינו מוחזק אלא עפ"י עצמו לא מהני דלא מצי למימר קים לי עיי"ש. אמנם לפענ"ד נראה דאף לולא דברי התמים דעים אין אנו יכולים לכוף להדיין לשלם והוא עפ"י מ"ש הגהות מיימוני והמרדכי פ' אד"מ דהיכא דהדיין לא ידע כ"א דברי אחד ולא ידע שהשני חולק עליו לא הוי שיקול הדעת אלא מה שעשה עשוי ואינו משלם. ועיין בש"ך סק"ח שמפרש כוונת הגמ"י והמרדכי דאע"ג דסוגיא דעלמא הוא כאידך ג"כ פטור עיי"ש וא"כ הרי הדיין יכול לומר שלא ידע מהשני שחולק ואין אנו יכולים לכופו לשלם וא"כ שוב שפיר הוא נאמן לומר מומחה אני מכח מגג אך באמת הש"ך שם חולק על הגמי"י והמרדכי הנ"ל:

עיין בש"ך ס"ק י"ד אות ג' שהביא קושית מהרש"א שהקשה לפי מה שפירש הרא"ש דר"ע הי' גדול מר"ט א"כ הוי מצי למיפרך הכי לר"י ולר"נ דאם איתא דמחזירין בגדול הימנו הו"ל לר"ע לומר לר"ט אני מחזירך שאני גדול עיי"ש ולא הבינותי דהא טעמא דמחלק ר"י ור"נ בין אי יש גדול הימנו או לא הוא משום דאי אין גדול הימנו יכול הבע"ד לומר להדיין מי יימר דטעמך בתרא עיקר דלמא טעמך קמא עיקר ובהאי הוא דטעית. אבל כשיש גדול יש בכח הגדול לברר שטעה בטעמא קמא וטעמא בתרא הוא עיקר וכמ"ש רש"י ובעהמ"א והרא"ש. וא"כ התינח בדיני ממונות דאיכא שני בעלי דינים והוראתו הוא זכות לזה וחוב לזה שפיר בע"ד אחד אומר דלא ניחא לי' טעמא בתרא וטעמו קמא הוא עיקר ובזה יש חילוק אי יש גדול הימנו אי לא דגדול אומר שטעמו בתרא עיקר. משא"כ בענין הוראת או"ה וכמו התם בעובדא דר"ט שהטריפה להפרה ואח"כ

חזר בו הרי בזה אף דאין גדול הימנו בודאי גם השואל אומר דטעמו בתרא עיקר והיא כשרה ואין נ"מ בזה אי יש גדול ממנו אי לא. וכך הו"ל למהרש"א להקשות דלר"י ולר"נ דמחלקו בד"מ בין יש גדול הימנו ובין שאין גדול הימנו דאם יש גדול הימנו מחזירין את הדין כיון דהגדול מעיד שטעמו בתרא עיקר א"כ באו"ה כמו בעובדא דר"ט מהראוי לומר דר"ט עצמו יכול להחזיר הדין כיון דבזה גם הבע"ד יודה לו שטעמו בתרא עיקר דהיא כשרה. ולפי"ז ממילא לא הועיל ג"כ הש"ך במ"ש על קושית מהרש"א דלק"מ די"ל דר"י ור"נ סוברים כאבע"א בכתובות דף פ"ד דר"ט רבו הי' עיי"ש. ולפי האמור אף אי נימא דר"ט רבו הי' ג"כ קשה וכנ"ל. מיהו י"ל דבאו"ה אף דגם הבע"ד מודה לו מ"מ אינו יכול הוא לבדו לחזור בו ולהתיר מה שאסר מתחלה אא"כ יש גדול ממנו ומסייע לו ושפיר מקשה המהרש"א דייקא משום דר"ע הי' גדול מר"ט. ומ"ש הש"ך שם באות י"ב על קושי' הרמב"ן דלק"מ דמאן לימא לן דתלתא הוי כו' עיי"ש. עיין בחידושי הר"ן בסנהדרין שהביא קושי' הרמב"ן והוסיף בזה הלשון ומי לא עסקינין שהי' עמו שנים תלמידים ואפ"ה חייבוהו לשלם עכ"ל:

(ד) **סעיף ג** אם נשא ונתן ביד כו'. עיין בקצה"ח סק"ט שכתב דאף אם לא נו"נ ביד רק מקצת קם דינו בכולו והביא ראיה לזה מהא דמוקי טימא את הטהור דאגע בהו שרץ וקשה כיון דאגע בי' שרץ ודאי טמא הוא ואיך אמרו בזה מה שעשה עשוי ומה יש עוד לעשות. ולפי הנ"ל ניחא דמיירי דאגע בי' שרץ בקצתן ומשום זה יפה כח הדיין וקם דינו בכולו עיי"ש. ולפי ענ"ד יש לפקפק בזה טובא. חדא דמה שהביא ראיה מהא דמוקי טימא את הטהור באגע בהו שרץ אינו ראיה כ"כ דהרי אכתי קשה בהך דטיהר את הטמא דמוקי שעירבן החכם עם פירותיו ופרש"י והזכרתיו לעיל סק"ב דמה שעשה עשוי ומשלם מביתו איירי בחד גוונא היינו שעירבן החכם בפירות מועטים והרי גם בזה בודאי טמא הוא ואיך הו"א דלא יהא מה שעשה עשוי. וזה לא נתיישב בתירץ הקצה"ח דהרי אם לא עירב רק מקצת מן הפירות אמאי משלם בעד שאר פירות שלא עירבן ולא נטמאו כלל:

וגם בזה ל"ש לומר דאם עירב רק מקצת מן הפירות קם דינא על השאר שיהי' טהורים דאיך שייך לומר על טמא שיהא טהור ועוד דא"כ אמאי משלם וכמו שהקשו התוס' בסנהד' ובב"ק. וגם לפירוש התוס' שם שפירשו דמה שעשה עשוי איירי שעירבן החכם בפירות מרובים ונתבטלו עיי"ש. ג"כ קשה הרי בכה"ג ודאי טהור הוא ואיך הו"א שלא יהא מה שעשה עשוי וזה לא נתיישב בתירוץ הקצה"ח דמיירי שעירב רק מקצת מן הפירות דהא ל"ש לומר דאם לא מערב רק מקצת מן הפירות קם דינא על השאר שיהא

טהורים דהרי א"א לומר על טמא שיהא טהור וכמ"ש התוס'. ועוד דתירץ הקצה"ח אינו מעלה ארוכה אף בהא דטימא את הטהור. דהנה מ"ש דאף אם נו"נ ביד מקצת קם דינו בכולו וחייב לשלם בעד כולו זה יתכן רק אליבא דהלכתא דקיי"ל כר"מ דדאין דד"ג. וא"כ אם טעה הדיין בהוראתו וגרם היזק ע"י הוראתו הרי הוא חייב לשלם מכח דד"ג אלא דיש לומר דכיון שטעה יהא חוזר הדין ויפטור הדיין מלשלם. אולם כיון דדייניו דד"ג שפיר בקל נוכל לומר דאם נו"נ ביד ואף דלא נו"נ ביד רק מקצת מ"מ כיון דעי"ז קם דינו בכולו לכן חייב גם על השאר לשלם אף דהשאר לא הזיק בידים רק בדיבור אפ"ה חייב לשלם בעד הכל מכח דד"ג דהא קם דינא. אמנם הא מה דמוקמינן בבכורות המתני' דדן את הדין בנו"נ ביד הוא כדי לאוקמי המתני' אליבא דרבנן דלא דנו דד"ג ומש"ה חייב לשלם כיון דנו"נ ביד והוי מזיק בידים. א"כ זה הוא דוקא כשנו"נ ביד כולו משח"כ אם לא נו"נ ביד רק מקצת הרי השאר לא הזיקי בידים רק בדיבור בלבד וא"כ הרי על השאר לא הוי רק גורם וכיון שכן לרבנן דלא דנו דד"ג הוא פטור על השאר מלשלם. וזה ל"ש לומר דבכל גרמי אם הזיק בידים רק מקצת שוב גם לרבנן חייב על הכל מצד דד"ג דאין זה סברא כלל לומר כן. וא"כ ע"כ צ"ל דנה דמוקמינן בבכורות שם בנו"נ ביד מיירי בנו"נ ביד בכולו. וגם מה דמוקמינן דאגע בהו שרץ מיירי דנגע עם השרץ בכל הפירות. ושוב שפיר קשה איך אמרו בזה מה שעשה עשוי. ואין לומר דעכ"פ יצדק תירץ הקצה"ח בסוגין בסנהדרין דשם כל השקלא וטריא הוא לענין אם חוזר הדין ולא מיירי כלל לענין דד"ג. דז"א דמלבד דהא כתבו הראשוני' דלפי מה דמוקי ר"ח בסנהדרין בנו"נ ביד ג"כ אזלא הסוגיא אליבא דרבנן דלא דנו דד"ג. ועוד דהא מאן דמפרש בסנהדרין ובבכורות איך משכחת נו"נ ביד הוא רבינא וא"כ לא יתכן לומר דבסנהדרין כוונתו הוא דנו"נ ביד רק מקצת. ובבכורות כוונתו הוא דנו"נ ביד כולו:

והן אמת דאחר העיון ראיתי דיש סברא נכונה לומר דאף דלא נו"נ ביד רק מקצת אפ"ה גם לרבנן חייב לשלם גם בעד השאר דהא כיון דאמרינן דדיין שטעה אינו קם דינא עד שנו"נ ביד א"כ הרי עיקר ההיזק שגרם ע"י הדיבור והיינו הוראתו הוא בא מכח המעשה שעשה ג"כ והיינו שנו"נ ביד דאי לא הוי נו"נ ביד כלל לא הוי אפי' גורם היזק כלל דהא הי' חוזר הדין ורק כיון דנו"נ ביד קם דינא וא"כ אף דלא נו"נ ביד רק מקצת מ"מ כיון דעי"ז קם דינא בכולו שפיר חשוב כאילו הזיק הכל בידים לכן שפיר גם לרבנן חייב לשלם בעד הכל והיא סברא נכונה ואמתית:

אכן אף כי כנים אנחנו בזה בכל זאת לא נח רוחי בתירוץ הקצה"ח דמלבד דהא בבכורות שם לא מיירי כלל לענין שיהא חוזר הדין. ועוד דהא כתבו התוס' בב"ק דף ק' ד"ה טיהר

את הטמא דהסוגיא דבכורות שם קאי אליבא דר"ש ולא אליבא דר"ח עיי"ש. [ומבואר שם בהדיא בתוס' דגם מה דמשני דמיירי שנו"נ ביד סובב ג"כ אליבא דר"ש עיש"ה]. והרי אליבא דר"ש ע"כ צ"ל דמה דמשני דמיירי שנו"נ ביד היינו שנו"נ ביד כולו. דאי לא נו"נ ביד רק מקצת הרי לדידי' שפיר פטור אליבא דרבנן מלשלם בעד השאר דהא לדידי' ל"ש סברתינו הנ"ל כיון דלדידי' דמוקי המתני' דבכורות שטעה בשיקול הדעת הוא סובר דאם טעה בשיקול הדעת אף דלא נו"נ ביד ג"כ אינו חוזר הדין וכמבואר בהדיא בסוגין בסנהדרין וכ"כ הראשונים. וא"כ לדידי' ל"ש סברתינו הנ"ל וכמובן. אע"כ צ"ל דכוונת הש"ס בבכורות שם הוא שנו"נ ביד כולו ושוב שפיר קשה איך אמרו בטימא את הטהור מה שעשה עשוי והבן. ועוד דגוף דינו של הקצה"ח דאם נו"נ ביד רק מקצת קם דינא בכולו זה יתכן רק לטעמא של הרמב"ן שהביא הקצה"ח שכתב טעמא דאם לא נו"נ ביד הדר דינא משום דלא אלים כח הדיין שיקום דינא בדיבור בעלמא עד שיעשה מעשה על דינו. ומשמע דכי עשה מעשה אפי' כל דהו תו לא הוי דיבור גרידא ולא הדר דינא. אבל לדעת הרי"ף וסייעתו דיש להם שיטה אחרת בזה דמה דחוזר הדין אם לא נו"נ ביד הוא משום פסידא דבע"ד דאם לא נו"נ ביד פטור הדיין מלשלם לכן חוזר הדין כדי שלא יהא פסידא להבע"ד ואם נו"נ ביד דחייב הדיין לשלם וא"כ ליכא פסידא לבע"ד לכן קם דינא. ולפי"ז שפיר י"ל דכל זמן שלא עשה מעשה בכל הממון א"צ לשלם רק מה שנו"נ ביד אבל המותר שלא נו"כ ביד פטור מלשלם וא"כ ממילא שוב צ"ל על המותר דהדר דינא כדי שלא יהא פסידא להבע"ד והבן. ושוב ראיתי גם בנתיבות בחידושים ס"ק כ"ז שכתב בפשיטות דמסתברא דגבי נו"נ ביד בעינן שיעשה מעשה בכולו ודלא כהקצה"ח עיי"ש. ובעיקר קושית הקצה"ח בהא דטימא את הטהור וגם בקושיתינו בהא דטיהר את הטמא יש אתי אריכות דברים אך עדיין לא צרפתים בכור הבחינה והמדע ועוד חזון למועד ברצות השם:

לחכם אחד

ע"ד קושיתו בסוגיא דשיקול הדעת בהא דמשני ר"ח בסנהדרין דף ל"ג דהמתני' דבכורות מיירי שנו"נ ביד ומש"ה אין הדין חוזר ומפרש רבינא טימא את הטהור דאגע בהו שרץ. וקשה הרי טימא את הטהור בלא"ה א"א להחזיר הדין דהא בוודאי מיירי בתרומה דתרומה טמאה היא בשריפה דאי בחולין הרי לא הוי הפסד כלל וא"צ לשלם. וא"כ הרי כשהורה הדיין שהתרומה היא טמאה והבעלים סברו דהדיין יפה הורה שהיא טמאה הרי מיד אסחי הבעלים דעתייהו מינה מלשמרה ונפסלה בהיסח הדעת וכדאמר רב ששת בפסחים דף ל"ד ע"א בהא דתנינן שתילי תרומה שנטמאו ושתלן טהורין מלטמא

ואסורין מלאכול וקאמר ר"ש מאי אסורין אסורין לכהנים הואיל ואיפסלו בהיסח הדעת עיי"ש וא"כ א"א כלל להחזיר הדין אף אי לא נגע בהו שרץ עכ"ק:

(**א**) **הנה** מדברי כ"ת נראה שדעתו להקשות מהגמרא דפסחים שם גופי'. אולם ז"א כי קושיתו לא קשה רק לפי פרש"י שם שמפרש מימרא דרב ששת וז"ל כשנטמאו מתחלה מסיח דעתו מהם שוב מלשמרן ונפסלין בהיסח הדעת דכתיב גבי תרומה את משמרת תרומותי עבד לה שימור ולא תסיח דעתך עכ"ל ומבואר מדברי רש"י ז"ל דטומאה מביא לידי הסה"ד ולדידי' שפיר יש מקום לקושית כ"ת. אבל מהש"ס גופי' אין להקשות כלל קושיתו דהא באמת מדברי התוס' פסחים שם ד"ה למה לי יש להוכיח דלא ס"ל כרש"י ז"ל דטומאה מביא לידי הסה"ד דכתבו שם וז"ל קשה לר"י דלמא האי פסול היינו בדם ובבעלים דבעי עיבור צורה וי"ל מ"מ אחר שנזרק בלול יש בו היסח הדעת עכ"ל. והנה מ"ש רש"י ז"ל הנ"ל דטומאה מביא לידי הסה"ד ע"כ הסברא הוא בזה דכיון דאינו ראוי לו מסיח דעתו מלשמור עוד. והרי גם אם נפסל בדם ובבעלים שוב הבשר אינו ראוי ושוב מסיח דעתו מן הבשר ונפסל בהיסח הדעת וא"כ מדוע כתבו התוס' דייקא דלאחר שנזרק בלול יש בו היסח הדעת הלא הול"ל דכיון דנפסל בדם ובבעלים ממילא איכא הסה"ד מן הבשר אף קודם שנזרק בלול כיון דהבשר אינו ראוי עוד. אע"כ צ"ל דהתוס' ס"ל דטומאה אינו מביא לידי היסח הדעת ולכך כתבו דייקא דלאחר שנזרק בלול יש בו היסח הדעת. והנה כי כן לכאורה צ"ע איך יפרנסו התוס' ווה דקאמר ר"ש דמש"ה שתילי תרומה שנטמאו ושתלן אסורין מלאכול הואיל ואיפסלו בהיסח הדעת הרי מה היסח הדעת יש כאן דהא טומאה אינו מביא לידי הסה"ד. ונ"ל דהתוס' פירשו הא דרב ששת דאין כוונתו כפרש"י דכשנטמאו מתחלה מסיח דעתו מהם שוב מלשמרן אלא דר"ש בא למוקי המתני' דמיירי היכא שהסיח דעתו מהם בעוד שהיו טהורים ונפסלו בהיסח הדעת ואח"כ נטמאו ובזה קמ"ל המתני' דאם שתלן טהורים מלטמא דע"י שתילתן אזדא לה להטומאה אבל מה שנפסלו בהסה"ד לא מהני שתילתן לכן אסורין מלאכול מחמת פיסול דהסה"ד דמעיקרא. וא"כ לפי"ז מהש"ס גופי' אין להקשות קו' כ"ת דהא יש לפרש מימרא דר"ש כמ"ש אליבא דהתוס' ולק"מ:

ולכאורה לפימ"ש להוכיח מדברי התוס' הנ"ל דס"ל דטומאה אינו מביא לידי הסה"ד א"כ דברי התוס' סותרים אהדדי דהקשו שם בד"ה פסול הגוף וז"ל. תימה דלעיל אמרינן אם היתה במקום המוצנע יניחנה במקום התורפה ואמרינן גרמא אין בידים לא ואמאי אין מותר לשורפה מיד כשמסיח דעתו ממנה עכ"ל. וכוונת התוס' הוא בזה דמש"ה הוי התם הסה"ד משום דטומאה מביא לידי הסה"ד ואף דלא הוי רק ספק טומאה ג"כ הוי

הסה"ד וכ"כ הפנ"י בד"ה אמר רב ששת עיי"ש וכן נראה מדברי המג"ש שם ואביא דבריו לקמן באות ט' שהבין כך כוונת התוס' עיי"ש. וא"כ דברי התוס' סותרים אהדדי. אמנם באמת לפענ"ד אין כוונת התוס' בד"ה פסול הגוף הנ"ל כהבנת המג"ש והפ"י דמש"ה הוי התם הסה"ד כיון דטומאה מביא לידי הסה"ד ואפי' ספק טומאה מביא לידי הסה"ד. דא"כ יש לדקדק דאמאי הקשו התוס' רק מר' יהושע לבד הלא הוי מצי להקשות אליבא דכ"ע והיינו גם מר"א דאמר אם היתה במקום התורפה יניחנה במקום המוצנע והרי כבר נפסלה בהסה"ד דטומאה מביא לידי הסה"ד ואפי' ספק טומאה ומדוע מוזהר עוד בשימור ואמאי אין מותר לשורפה מיד. וכן קשה נמי לר"ג דפליג במתני' דתרומות פ"ח ובבכורות דף ל"ג על ר"א ור"י ואמר דאל יחדש בה דבר והיינו דס"ל ג"כ דאסור לשורפה קודם שנטמאה טומאה ודאית ואמאי אין מותר לשורפה מיד כיון דנפסלה בהסה"ד. אך נלע"ד דדעת התוס' הוא כמש"ל דטומאה אינו מביא לידי הסה"ד וכ"ש ספק טומאה בודאי אינה מביא לידי הסה"ד וכוונת התוס' בקושיתם הנ"ל נלע"ד דהוא כך דלאחר שהניחה במקום התורפה כדי לגרום לה טומאה הרי מסיח דעתו מלשמרה עוד דהא רצונו הוא שתטמא טומאה ודאית וא"כ שוב כשהניחה במקום התורפה יהא מותר לשורפה מיד אף טרם שנטמאה טומאה ודאית כיון דמיד כשהניחה במקום התורפה כדי לגרום לה טומאה הרי הסיח דעתו ממנה ונפסלה בהסה"ד. ושפיר ניחא מה דלא מקשו התוס' גם מר"א ור"ג:

ועיין עוד בפנ"י שם שתמה על פרש"י הנ"ל דמהכ"ת לומר דמשום שנטמאו מתחלה הסיח דעתו מהם הלא כיון שמוזהר הוא לשמור תרומה טמאה א"כ מסתמא לא הסיח דעתו מהם ועביד לה שימור מעליא. והוא ז"ל מפרש מה דאמר ר"ש שנפסלה בהיסח הדעת דכוונתו הוא דכיון ששתלן ומהאי שעתא ודאי אסח דעתי' מינה ולא עביד לה שימור עיי"ש. וגם לפי פירושו אין להקשות קושית כ"ת מהש"ס גופי' ורק לפרש"י הנ"ל לבד קשה. אך באמת פירוש הפנ"י הנ"ל תמוה בעיני מאוד ולא זכיתי להבין כלל דהלא לפי דבריו גם שתילי תרומה טהורה אם שתלן יהא אסור באכילה לכהנים כיון דכששתלן הסיח דעתו מלשמרן והרי בהדיא תנן גידולי תרומה תרומה ומותרים לאכול לכהנים. ואין לומר דדוקא אם נטמאו מסיח דעתו מהם לאחר ששתלן משא"כ בתרומה טהורה אף אם שתלן אינו מסיח דעתו מהם דאין בזה שום סברא לחלק וצ"ע. ועכ"פ יוצא לנו מזה דמהש"ס גופי' אין להקשות קושית כ"ת דיש לפרש מימרא דר"ש כמש"ל או כפירוש הפנ"י ורק לפרש"י ז"ל הנ"ל לבד יש להקשות קושיתו. וטרם אבוא לכלל

ישוב קושיתו אמרתי להציג מתחלה מה שיש לפלפל בגוף הסוגיא דפסחים שם ובדברי רש"י ותוס' הנ"ל:

(ב) **הנה** קשיא לי לפרש"י הנ"ל דטומאה מביא לידי הסה"ד בהא דפריך שם ר"י לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי מהא דתניא לול קטן הי' בין כבש למזבח ששם היו זורקין פסולי חטאת העוף והעובר צורתן ויוצאין לבית השריפה ואי אמרת הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ל עיבור צורה והתניא זה הכלל כל שפסולו בגופו ישרף מיד בדם ובבעלים תעובר צורתן ויוצאין לבית השריפה ומשני ר"ל האי תנא תנא דבי רבה ב"א הוא דאמר אפי' פיגול טעון עיבור צורה עיי"ש. ולפרש"י הנ"ל קשה אמאי לא פריך מהך תוספתא לבד דתני זה הכלל כל שפסולו בגופו ישרף מיד בדם ובבעלים תעובר צורתן. והרי אי הוי פסול בדם ובבעלים שוב הבשר אינו ראוי ושוב מסיח דעתו מן הבשר ונפסל הבשר בהסה"ד וכמש"ל באות א' ואי הסה"ד פסול הגוף הוי שוב הוי פסול בגופא ע"י הסה"ד ול"ל עיבור צורה והך תוספתא לא מצי לשנויי דתנא דבי רבה ב"א הוא דאמר אפי' פיגול טעון עיבור צורה דהא בהדיא תני כל שפסולו בגופו ישרף מיד והיא קושיא גדולה:

ונ"ל לישב והוא דיש להקשות עוד קושיא אחת וגדולה היא על רש"י ז"ל הנ"ל עפי"מ דאיתא בש"ס בכורות דף ל"ד ע"א בהא דפליגי ר"א ור"י בחבית של תרומה שנולד בה ספק טומאה ר"א אומר אם היתה במקום התורפה יניחנה במקום המוצנע כו'. ר"י אומר אם היתה במקום המוצנע יניחנה במקום התורפה ואמרינן דפליגי בקראי דכתיב את משמרת תרומותי ר"א סבר בשתי תרומות הכתוב מדבר. אחת תרומה טהורה ואחת תרומה תלוי' ואמר רחמנא עביד לה שימור ור"י סובר תרומתי כתיב ופריך למימרא דר"א סבר יש אם למקרא ורמינהו כו'. אלא הכא בהא קמיפלגי ר"י סובר הראוי' לך שמור ושאינו ראוי' לך לא תשמור ור"א סובר הא נמי ראוי' היא שמא יבא אלי' ויטהרנה עיי"ש הרי בהדיא דבין להס"ד דפליגי ביש אם למקרא ובין להמסקנא דפליגי אי תלוי' חשיב ראוי' פלוגתתם הוא דוקא בתרומה תלוי' אבל תרומה שהיא טמאה ודאית כ"ע מודים דלא בעי שימור דהא להס"ד דפליגי ביש אם למקרא קאמר בהדיא בשתי תרומות הכתוב מדבר אחת תרומה טהורה ואחת תרומה תלוי' וקאמר דוקא תלוי' אבל טמאה ודאית לא בעי שימור ועיין גם בתוס' שם ד"ה אחת תרומה טהורה עיי"ש. וע' גם בשטמ"ק שם שהביא גירסא אחרת בגמרא וז"ל אחת תרומה טמאה ואחת תרומה טהורה ואמר רחמנא עביד לה שימור טמאה למאי עביד לה שימור אלא אחת תרומה טהורה ואחת תרומה תלוי' עביד לה שימור ע"כ. הרי קאמר בהדיא דתרומה טמאה ודאית לא בעי שימור. וכן להמסקנא דקאמר תלוי' נמי ראוי' היא שמא יבוא אלי' ויטהרנה משמע הא תרומה

שהיא ודאי טמאה דל"ש שמא יבא אלי' ויטהרנה לא בעי שימור. וא"כ לפי זה דתרומה טמאה ודאית לא בעי שימור שוב אף דכשנטמאו הסיח דעתו מהם שוב מלשמרן אפ"ה לא שייך לומר דנפסלו בהיסח הדעת דהא לא קפדה התורה כלל בטמאה שלא יסיח דעתו וממילא ל"ש כלל פסול דהיסח הדעת. וא"כ קשה אמאי שתילי תרומה שנטמאו נפסלין בהיסח הדעת וכפרש"י הנ"ל שמסיח דעתו מהם מלשמרן אחר שנטמאו הלא אחר שנטמאו א"צ שימור ורשאי להסיח דעתו מהם וממילא ל"ש פסול הסה"ד. איברא באמת לפי המסקנא בבכורות שם דפליגי אי תלוי' חשיב ראוי' ניחא שפיר דיש לחלק בין שתילי תרומה ובין תרומה שאינה ראוי' לשתלה וי"ל דדוקא בתרומה שאינה ראוי' לשתלה פליגי ובכה"ג תרומה אם נטמאה טומאה ודאית כ"ע מודים דלא בעי שימור משא"כ שתילי תרומה אף שנטמאו טומאה ודאית כ"ע מודים דחשיב ראוי' ובעי שימור דהא שתילי תרומה שנטמאו אם אינו מסיח דעתו מהם שוב מלשמרן הרי הם ראוין לאחר ששתלן דאז אזדא לה להטומאה ששתילתן מטהרתן מטומאתן ורק ע"י היסח הדעת אינם ראוים לאחר ששתלן וכדאמר רב ששת וא"כ לא מבעיא לר"א דאמר בתרומה תלוי' שאינה ראוי' לשתלה דחשיב ראוי' שמא יבא אלי' ויטהרנה כ"ש הוא בשתילי תרומה דבודאי הם ראוים לאחר ששתלן בודאי בעי שימור ושלא יסיח דעתו כיון דע"י ההיסח הדעת יפסלו ולא יהיו עוד ראוים כלל אלא אף לר"י דפליג התם בתרומה תלוי' וס"ל דאינו חשיב ראוי' ולא בעי שימור זה הוא דוקא התם דאיירי בתרומה שאינה ראוי' לשתלה וצריך לדון דמש"ה חשיבה ראוי' שמא יבא אלי' ויטהרנה וזאת לא ס"ל לר"י משום דדלמא באמת היא טמאה וא"כ אף אם יבא אלי' לא יטהרנה משא"כ שתילי תרומה שיש להם טהרה בודאי ע"י שתילתן שפיר גם ר"י מודה דחשיב ראוי' ובעי שימור ושלא יסיח דעתו וא"ש:

ומעתה סרה מהר נמי קושיתינו הראשונה הנ"ל דהא קדשים שנטמאו או שנפסלו לא משכחת כלל שיהיו עוד ראוים והוי כמו תרומה טמאה ודאי שאינה ראוי' לשתלה וא"כ כמו תרומה שאינה ראוי' לשתלה אם היא טמאה ודאית אינה צריכה שימור ה"נ בקדשים שנטמאו או נפסלו דאינם ראוים עוד כלל א"צ שימור דהא מה דקדשים בעי שימור ילפינן מתרומה דכתיב בה משמרת תרומתי וע' ברש"י חולין דף ב' ע"ב ד"ה ובמוקדשין וברמב"ן חולין שם ד"ה ואם שחט עיי"ש וא"כ הרי בקדשים ל"ש לדון שיהיו פסולים מחמת היסח הדעת שהסיח דעתו מהם לאחר שנפסלו או שנטמאו דהא א"צ שימור כלל וא"ש ולק"מ קושיתינו ודו"ק:

ובזה מיושב נמי קושית המהרש"א פסחים שם בתוס' ד"ה למה לי שהקשה דכיון דטומאה מביא לידי הסה"ד א"כ הכ"נ נימא לקמן בנטמא או נפסל בטבול יום שמסיח דעתו שוב מן הבשר והיסח הדעת הוא פסול הגוף והדק"ל אמאי הורצה ציץ עיי"ש. [המהרש"א מקשה בפשיטות מהגמרא גופי' דקאמר ר"ש דמש"ה שתילי תרומה אסורין לאכול לכהנים הואיל דאפסלו בהסה"ד עיי"ש ובאמת מר"ש גופי' לק"מ רק לפרש"י דס"ל דטומאה מביא לידי הסה"ד. וגם לא הו"ל לציין קושיא זו על דברי התי' דהא מהתוס' שם יש להוכיח דס"ל דטומאה אינו מביא לידי הסה"ד וכמש"ל באות א' ורק על רש"י ז"ל לבד הו"ל לציין קושיתו]. ומ"ש המהרש"א שם לתרץ דכיון דההוא היסח הדעת בא מן הטומאה שפיר קאמר דהורצה ציץ על הטומאה גופה עיי"ש תירוצו אין לו שחר וכבר עמד בזה הראש יוסף דמה בכך שההיסח הדעת בא ע"י טומאה וציץ מרצה על הטומאה מ"מ פסול דהיסח הדעת היכן הלך. אבל לפי דברינו הנ"ל אזדא נמי קושית המהרש"א וכמובן:

(ג) **איברא** מדברי התוס' ד"ה ל"ל שהבאתי לעיל באות א' מבואר בהדיא דגם קדשים אחר שנפסלו ואינם ראוים נפסלים בהסה"ד וקשה מש"ס בכורות הנ"ל באות ב' דמבואר בהדיא דתרומה שהיא ודאי טמאה שאינה ראוי' עוד לא בעי שימור וה"נ קדשים שנפסלו דשוב אינם ראוים כלל לא בעי שימור וממילא לא נפסלים בהסה"ד וכמש"ל באות ב' שם. ונ"ל לפי חומר הנושא דדוקא אם אינן ראוים מחמת טומאה הוא דלא בעי שימור. אבל אם אינן ראוים מחמת פסול בעי ג"כ שימור. והוא עפ"י מה דאיתא בש"ס פסחים דף פ"ב ע"ב והבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל באש ישרף ל"ל ומשני ההוא לגופי' אצטריך סד"א כל פסולי דקודש כגון לן דמה ונשפך דמה כו' דבשריפה דליתנהו בחולין אבל נטמא דבחולין נמי מפסיל אימא הואיל ואתעביד בי' עובדין דחול לא תבעי שריפה ותסגי לי' בקבורה קמ"ל. ועיין ברש"י שם ד"ה מעשה חול שכתב וז"ל שלא נזהרו ונטמאה נתחללה והוזלה מקדושתה עיי"ש. ומבואר מזה דקדשים שנטמאו נתחללו ואזיל מהם קדושת קדשים ונעשו כחולין ממש אבל אם נפסלו לא נתחללו ועדיין קדושת קדשים עליהם. ולפי"ז י"ל דדוקא אם נטמאו דנתחללו ונעשה כחולין ממש שוב לא בעי שימור משא"כ כשנפסלו דעדיין קדושת קדשים עליהם ואם יסיח דעתו מהם ויטמאו יתחללו ויהי' כחולין ממש לכן שפיר בעי שימור שלא יתחללו מקדושתם ומיושב שפיר דברי התוס':

ולכאורה י"ל דאכתי לא הועיל זאת להעמיד דברי התוס' עלי קנקנם דהא מה דחלקנו בין טומאה לפסול דאם נטמא לא בעי שימור ואם נפסל בעי שימור יתכן רק לר' יוחנן

דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי דלדידי' שפיר אם הסיח דעתו וחיישינן שמא נטמא א"כ ע"י הטומאה נתחללה ונעשה כחולין לכן שפיר בעי שימור כדי שלא יתחללה משא"כ לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוא אין לחלק כלל האי חילוקא דהא אף אם יסיח דעתו לא תיזל מהם קדושת קדשים דהא הסה"ד אינו פסול טומאה רק פסול הגוף וזה ליתא בחולין ולא נתחללו מקדושתם. וא"כ לדידי' קדשים שנפסלו לא בעי שימור דלא מבעיא היכא דהם פסולים פסול הגוף וכגון נותר ויוצא [ועיין ברש"י ז"ל פסחים דף ע"ג ע"ב ד"ה כל שפסולו בגופו] וכדומה בודאי דלא בעי עוד שימור דהא ע"י ההסה"ד לא יהי' הפיסול גדול יותר מהפיסול דמעיקרא אלא אפי' היכא דלא הוי פסולים פסול הגוף וכגון שהי' הפסול בדם ובבעלים וע"י ההיסח הדעת יהי' פסול בגופו אפ"ה לא בעי שימור דנהי דע"י ההיסח הדעת יהי' פסול בגופו מ"מ הרי לא יהי' עי"ז כחולין ממש ולא יתחללו מקדושת קדשים כיון דישארו בשם פסול. וא"כ אליבא דר"ל ל"ש כלל חילוקינו הנ"ל והרי דברי התוס' הנ"ל סובבים אליבא דר"ל והא לדידי' גם אם נפסל בדם ובבעלים דהבשר אינו ראוי עוד שוב לא בעי שימור וממילא שוב לא נפסל בהסה"ד. אולם ז"א חדא דנהי דלמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוא לא הוי ע"י ההסה"ד רק פסול ולא טמא מ"מ היכא דלא הוי פסול בגופו רק בדם ובבעלים שפיר בעי שימור ושלא יסיח דעתו כיון דע"י הפסול שהוא בדם ובבעלים בעי עיבור צורה ואסור לשורפה מיד משום בזיון דקדשים וכמ"ש רש"י פסחים דף ע"ג ע"ב ד"ה תעובר צורתן משא"כ ע"י הסה"ד דהוי פסול בגופו מותר לשרוף מיד וא"כ ע"י ההסה"ד הרי הוריד לה מקדושתה לכן שפיר בעי שימור ושלא יסיח דעתו. ואידך נהי דר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי אינו חושש לטומאה ולא ס"ל דפסול טומאה נמי הוי. אולם היינו דאם הסיח דעתו לא אמרינן דנטמא אבל הא אם חזינן דודאי נגע בהו דבר טמא הרי הם טמאים וא"כ שפיר גם לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי קדשים שנפסלו בעי שימור ושלא יסיח דעתו מלשמרם כדי שלא יבא דבר טמא ויגע בהו בודאי ויתחללו מקדושתם ויהיו כחולין:

ומעתה לפי"ז ליתא לתירוצינו הנ"ל באות ב' לקושיתינו שם לפרש"י מה דלא פריך ר"י לר"ל מהך תוספתא לבד דתני זה הכלל כל שפסולו בגופו ישרף מיד כו' דהא לפי"מ שהעליתי כאן דאף דנפסל הבשר מחמת פסול בדם ובבעלים מ"מ הבשר שלא נטמא עדיין צריך שימור אף דאינו ראוי וא"כ שוב שפיר נפסל הבשר בהסה"ד שהסיח דעתו מן הבשר לאחר שנפסל בדם או בבעלים דהבשר אינו ראוי לו ומביא לידי הסה"ד וא"כ שוב שפיר הוי מצי להקשות מהתוספתא דזה הכלל כו' וכמש"ל באות ב'. וגם קושית מהרש"א שהבאתי באות ב' אינו מיושב לפי"ז בתירוצינו שם אף דהתם מיירי בטבול

יום וקודש שנגע בטבול יום הוי טמא וכמבואר בריש פ"ב דמעילה בפלוגתא דר"מ ואבא שאול עיי"ש. ועיין גם בפי"א דפרה משנה ד'. וגם לחכמים שם דאמרו דטבול יום גם בקודש אינו רק פסול כמו בתרומה מ"מ תרומה או קודש שנגע בטבול יום חל עליו שם טומאה ומה דמיקרי פסול הוא משום דאינו מטמא אחרים. אבל הדבר הנפסל בטבול יום הוא בעצמו בשם טמא יכונה. וכן מוכח בהדיא מהא דפריך הש"ס פסחים בשמעתין אהא דמשני מאי נפסל נפסל בטבול יום א"ה היינו טמא וקשה דלמא הברייתא אזלה אליבא דחכמים דטבול יום בקודש לא הוי רק פסול וא"כ לאו היינו טמא אע"כ צ"ל דאף לחכמים דטבול יום בקודש לא הוי רק פסול מ"מ על דבר הנפסל בטבול יום חל עליו שם טומאה ומה דמקרי פסול הוא משום דאינו מטמא אחרים ועיין מזה גם בתוס' רי"ד פסחים שם ד"ה תרי גוונא טמא. וכיון שכן הרי לכאורה מיושב שפיר קושית מהרש"א בתירוצינו הנ"ל באות ב' דהא אם נפסל בטבול יום שוב לא בעי שימור כדי שלא יטמא דהא כבר הוא טמא. אמנם באמת ז"א דנהי דהוי טמא מ"מ עדיין בעי שימור דהא טבול יום ליתא בחולין וא"כ אף דנטמא בטבול יום עדיין לא נתחללה בטומאת טבול יום ואם תגע אח"כ בדבר טמא דאיתא נמי בחולין הרי יתחללה לכן שפיר עדיין צריך שימור ושוב שפיר שייך פסול דהסה"ד שהסיח דעתו מהם לאחר שנטמא בטבול יום ושפיר קשה קושית מהרש"א הנ"ל [אך מה שהקשה מהרש"א שם גם בהא דקתני נטמא הבשר דאמאי מרצה ציץ. זאת מיושב שפיר בתירוצינו דהא בזה י"ל דמיירי שנטמא בטומאה דאיתא כמי בחולין והרי נתחללה ושוב שפיר לא בעי עוד שימור ושוב ל"ש פסול דהסה"ד]:

ד **אמנם** מצאתי כדעת רש"י ז"ל דטומאה מביא לידי היסח הדעת בירושלמי תרומות פ"ח ה"א ובפסחים פ"א ה"ח דפריך אהא דתנינן מודה ר"א ור"י ששורפין זו לעצמה וזו לעצמה. ופריך וישרוף שתיהן כאחת ומשני תמן טהורה היא דבר תורה אתה שגזרת עלי' לשורפה ופריך תו מ"מ לא נפסלה בהסה"ד לא כן אמר ר' יוחנן היסח הדעת דבר תורה ומשני שהוא משמרה שלא תגע בטהרות אחרות ע"כ. ועיין בק"ע ובפ"מ שם שפירשו דהירושלמי פריך דאמאי לא יהי' מותר לשרוף תרומה טהורה וטמאה ביחד בערב פסח בשעה ששית דהא טהורה נמי לאיבוד אזלה ומותר לטמאותה בידים ומשני כיון דמה"ת ראוי' היא לאכילה בשעה ששית אלא דחכמים הוא דגזרו לשורפה קודם חצות והלכך כיון דמה"ת עדיין ראוי' היא אסור לשורפה עם טמאה ביחד. ופריך מ"מ לא נפסלה בהסה"ד דכיון דחכמים גזרו שלא לאוכלה בשעה ששית כבר הסיח דעתו ממנה ואינה משמרה והסה"ד מה"ת הוא ושוב יהא מותר לשורפה עם טמאה ביחד

ומשני דאינו מסיח דעתו דעדיין משמרה שלא תגע בטהרות אחרות כלומר שלא תתערב בטהרות אחרות הראויות לו עיי"ש. הרי מבואר בהדיא מהא דפריך הירושלמי וכי לא נפסלה בהסה"ד דתרומה או קדשים שאינו ראוי לו עוד מביא לידי הסה"ד והוא כדעת רש"י ז"ל. אך עפי"ד הירושלמי דאם משמרה שלא תגע בטהרות אחרות או שלא תתערב בטהרות אחרות לא הוי היסח הדעת מיושב שפיר קושיתינו הנ"ל באות ב' על רש"י ז"ל מה דלא פריך ר"י לר"ל מהתוספתא דזה הכלל כו'. כיון דמהך תוספתא לבד לא מצי להקשות דהא י"ל דאיירי היכא שמשמרה שלא תתערב בקדשים אחרים לכן אף דנפסל בדם ובבעלים והבשר אינו ראוי לו מ"מ לא הוי הסה"ד מן הבשר ולא נפסל הבשר כיון דמשמר את הבשר שלא תתערב בקדשים אחרים והלכך פריך מהתוספתא דלול קטן הי' בין כבש למזבח דתני בהדיא ששם היו זורקין פסולי חטאת העוף ותעובר צורתן והיינו פסולי חטאת העוף שנפסלו בהסה"ד וכדפרש"י שם ומקשה שפיר הא אי הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ל עיבור צורה והוכרח ר"ל לדחוקי לשנויי דהאי תנא תנא דבי רבה ב"א הוא דאמר אפי' פיגול טעון עיבור צורה. ומיושב בזה ג"כ קושית מהרש"א שהבאתי באות ב' די"ל דהברייתא דנטמא או נפסל בטבול יום מיירי שעדיין משמרה שלא תגע או שלא תתערב בקדשים אחרים וא"כ לא הוי הסה"ד אף דנטמא או נפסל בטבול יום וטומאה מביא לידי הסה"ד לכן שפיר אף דנטמא או נפסל בטבול יום מרצה ציץ על הטומאה כיון דלא הי' היסח הדעת [ואין להקשות לפי דברי הירושלמי הנ"ל מה קאמר רב ששת דמש"ה שתילי תרומה שנטמאו ושתלן אסורין מלאכול לכהנים הואיל דנפסלו בהסה"ד וכפרש"י ז"ל משום דטומאה מביא לידי הסה"ד. הלא מה יענה היכא שמשמרה שלא תגע או שלא תתערב בטהרות אחרות דאז ליכא הסה"ד ואמאי אסורין מלאכול. דז"א דהא ר"ש בא לשנויי שלא תקשה על המתני' דקתני טהורין מלטמא ואסורין מלאכול דמאחר דטהורין מלטמא אמאי אסורין מלאכול. ומשני ר"ש דמש"ה אסורין מלאכול משום דנפסלו בהסה"ד א"כ שפיר י"ל דהוא מוקי המתני' דוקא בכה"ג שאינה משמרה שלא תגע או שלא תתערב בטהרות אחרות ושפיר איכא הסה"ד]:

ולפי דברי הירושלמי הנ"ל דמבואר כדעת רש"י ז"ל דטומאה מביא לידי הסה"ד ואם משמרה שלא תגע או שלא תתערב בטהרות אחרות ליכא הסה"ד. אמרתי דגם דעת התוס' הוא כן דטומאה מביא לידי הסה"ד ולא כמו שכתבתי באות א' דמה שהוכחתי באות א' שם מדכתבו התוס' דייקא דלאחר שנזרק בלול יש בו הסה"ד דע"כ ס"ל להתוס' דטומאה אינו מביא לידי הסה"ד. לפי דברי הירושלמי הנ"ל ליכא הוכחה כלל מזה די"ל דמש"ה דקדקו התוס' בלשונם הזהב דוקא לאחר שנזרק בלול יש הסה"ד דהא קודם

שנזרק בלול אף דשייך ג"כ הסה"ד כיון דטומאה מביא לידי הסה"ד וכן נמי אם נפסל בדם ובבעלים דהבשר אינו ראוי עוד מביא לידי הסה"ד מ"מ עדיין לא יהא קשה כ"כ מזה על ר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ל עיבור צורה בנפסל בדם ובבעלים דאיכא הסה"ד מן הבשר דהא י"ל דמיירי שמשמרה שלא תתערב בקדשים אחרים וליכא הסה"ד כלל משא"כ לאחר שנזרק בלול הרי ל"ש לומר שמשמרה שלא תתערב בקדשים אחרים דהא מונח בלול ובודאי שוב כא תתערב ושפיר איכא הסה"ד ושפיר קשה לר"ל דלאחר שנזרק בלול דבודאי יש בו היסח הדעת למה לי עיבור צורה:

(ה) **אפס** מה שהקשיתי באות ג' על התוס' ד"ה ל"ל עפי"ד הש"ס בכורות. הקושיא במקומה עומדת דמ"ש שם לתרץ לחלק בקדשים בין אם אינן ראוים מחמת טומאה ובין אם אינן ראוים מחמת פסול דדוקא אם נטמאו תו לא בעי שימור. אבל אם נפסלו בעי עוד שימור שלא יטמאו ולא יתחללו מקדושתם ושפיר שייך פסול דהסה"ד אף לאחר שנפסלו. שבתי וראיתי דז"א דהא איתא במתני' בפסחים דף י"ד הוסיף ר"ע ואמר מימיהם של כהנים לא נמנעו מלהדליק את השמן שנפסל בטבול יום בנר שנטמא בטמא מת עיי"ש והרי התם מיירי בשמן של תרומה וכמ"ש רש"י שם במתני' והרי תרומה שנגע בטבול יום לא הוי רק פסול וכן אמרינן גם בגמרא שם. ואפ"ה מותר להוסיף טומאה. וגם הא קאמר ר"מ שם מדבריהם למדנו ששורפין תרומה טהורה עם הטמאה בפסח והוא משום דגם הטהורה הולכת לאיבוד ועומדת לשריפה מחמת חמץ שוב לא חיישינן לשמירתה וכמ"ש רש"י שם. הרי בהדיא דאף תרומה שהיא טהורה לגמרי אם אינה ראוי לאכילה שוב אינו מוזהר בשמירתה ומותר לטמאותה בידים. ואף דר' יוסי פליג שם על ר"מ זה הוא דוקא בערב פסח בשעה ששית דאינו אסור רק מדרבנן. אבל בשבע גם ר' יוסי מודה דמותר לשרוף תרומה טהורה עם טמאה ביחד וכדאמרינן בגמרא שם. וא"כ ה"נ בקדשים שנפסלו שאינם ראוים מותר להוסיף עליהם טומאה דהא מה דקדשים בעי שימור ילפינן מתרומה וכמש"ל באות ב' בשם רש"י והרמב"ן ריש פ"ק דחולין. ועיין גם ברש"י שם בהסוגיא בד"ה נוקמי בנר של חרס דמשמע שם בהדיא דגם שמן של קודש שנפסל בטבול יום מותר להדליק בנר שנטמא בטמא מת שכתב שם וז"ל ואילו גבי עדותו של ר"ע גבי תרומה קאי דאילו שמן קודש כו' אינו ראוי להדליק נר כו' עיי"ש. ומשמע בהדיא אבל אי הי' שמן קודש ראוי להדליק נר הי' ג"כ מותר להדליק בנר שנטמא בטמא מת. ואין לומר דמהא דמותר להדליק שמן קודש שנפסל בטבול יום בנר שנטמא בטמא מת ליכא סתירה לחילוקינו כיון דטבול יום בקודש לאבא שאול ור"מ שהזכרתי לעיל באות ג' ג"כ טמא הוא והמתני' אזלה אליבא דר"מ וכ"כ בס' שושנים

לדוד על משניות שם עיי"ש. וא"כ שפיר מותר להדליק שמן קודש שנגע בטבול יום בנר שנטמא בטמא מת כיון דכבר הוא טמא. דז"א דנהי דטבול יום בקודש מטמא מ"מ הא לפי סברתינו הנ"ל באות ג' עפי"ד הש"ס פסחים דף פ"ב שכתבתי לחלק בין קדשים שנטמאו ובין קדשים שנפסלו הרי אכתי אסור להוסיף טומאה על קודש שנטמא בטבול יום כיון דטבול יום ליתא בחולין וא"כ עדיין לא נתחללה בטומאת טבול יום ואם אתה מוסיף לה טומאה דאיתא בחולין הרי יתחללה וכמ"ש בסוף אות ג' שם אע"כ דאין לחלק כחילוקינו. וא"כ שוב קושיתינו מש"ס בכורות על התוס' במקומה עומדת והיא תמי' גדולה. ועל הירושלמי תרומות ופסחים שהבאתי לעיל באות ד' דקאמר התם דתרומת חמץ בשעה ששית נפסלה בהיסח הדעת לא קשה קושיא זו דהרי בשעה ששית אינה ראוי' לאכילה א"כ לא בעי שימור ושוב לא נפסלה בהסה"ד דז"א כיון דבשעה ששית לא נאסרה רק מדרבנן. אבל מדאורייתא נאכלת בשעה ששית וראוי' הוא וא"כ שפיר מדאורייתא בעי שימור אלא כיון דהיא אסורה לו מדרבנן לכן מסיח דעתו ממנה הלכך שפיר נפסלה בהסה"ד וא"ש. אבל על תוס' שפיר קשה וצע"ג:

ולא אטמין בחבי מה שיש לכאורה לפקפק גם במה שתרצתי לעיל באות ב' קושיתינו מש"ס בכורות על רש"י ז"ל שכתב בהדיא גבי תרומה טמאה ודאית שנפסלה בהסה"ד לאחר שנטמאה וכתבתי לתרץ לחלק בין שתילי תרומה ובין תרומה שאינה ראוי' לשתלה דשתילי תרומה שנטמאו כיון שהם ראוים לאחר ששתלן שוב בעי שימור ויש לפקפק דהא מה דתנינן גידולי תרומה תרומה הוא רק לענין שתהא אסורה לזרים והוא מי"ח דברים שגזרו בהם ב"ש והוא מצד הגזירה משום תרומה טמאה שביד כהן וכדאיתא בשבת דף י"ז ע"ב אבל לכל דבר הרי הוא כחולין וכן הוא בהדיא בירושלמי תרומות פ"ו ה"א וכ"פ הרמב"ם ז"ל בפי"א מהל' תרומות הכ"א. וא"כ נהי דאחר ששתלן יהי' ראוים מ"מ לא בעי שימור כיון דאחר ששתלן הם חולין ומה דקפדה התורה לשמור תרומה ראוי' זה הוא דוקא כשהיא ראוי' בעודה תרומה. וכן נמי בתרומה תלוי' דאמר ר"א דבעי שימור כיון דראוי' היא אם יבא אלי' ויטהרנה הרי התם כשיבא אלי' ויטהרנה הרי היא תרומה כמתחלה משא"כ בשתילי תרומה שנטמאו דהשתא אינן ראוים ולאחר ששתלן שיהיו ראוים אז יהיו חולין שפיר לא בעי שימור. ועיין גם בהרי"ט אלגאזי בהל' בכורות פרק ה' דף ל"ד שתמה כזה על הקרבן עדה בירושלמי פסחים פ"א ה"ח בהא דאיתא שם דתרומה תלוי' שדעתו לשאול עלי' אסור לשורפה בידים ומפרש הק"ע שדעתו לשאול עלי' היינו לשאול עלי' לחכם ויעקור שם תרומה מינה. ותמה הריט"א דא"כ אמאי אסור לשורפה בידים הא כל עוד שלא נשאל עלי' הרי אינה ראוי' ואם אחר שישאל עלי' היא

ראוי' הא אחר שאלה הרי היא חולין ואין שם תרומה עלי' ואנן בעינן הראוי' לך בעודה תרומה עיי"ש. והוא כדברינו הנ"ל. אמנם באמת לא נדחה בזה תירוצינו דבאמת מה דגזרו שיהא גידולי תרומה טהורה תרומה ואסורה לזרים זה היתה הגזירה כדי שיהא לה דין תרומה לענין שאם נטמאו ושתלן יהיו נפסלים בהסה"ד פסול הגוף לרב ששת. וכן להמסקנא דמסיק ר' ירמי' בפסחים שם דמש"ה שתולי תרומה שנטמאו ושתלן אסורין לכהנים משום מעלה דעבדי רבנן דאין זריעה לתרומה כמו דאין זריעה להקדש הוא ג"כ מכח הגזירה דגזרו דגידולי תרומה תרומה שתהא אסורה לזרים לכן יש לה דין תרומה שלא תיהני זריעה לגבה וכמו בהקדש וע"כ צ"ל כן דאל"כ תקשה לרב ששת וכן לר' ירמי' דס"ל דגדולי תרומה טמאה אסורין לאכול אפי' לכהנים למר משום הסה"ד ולמר משום מעלה דאין זריעה לתרומה א"כ למה הצריכו לגזור שיהא גידולי תרומה תרומה משום תרומה טמאה שביד כהן דחיישינן דלמא משהי לה גבי' כדי שיזרענה ויוכל לאוכלה ואתי לידי תקלה וכדאמרינן בשבת שם הלא כיון דאף אם יזרענה אסורה לאכול אפי' לכהנים א"כ למה ישהה גבי' לזרענה. אע"כ צ"ל כמ"ש דמכח הגזירה מיפסלה בהסה"ד ולא מהני זריעה או דלא מהני זריעה משום מעלה והוא ג"כ מכח הגזירה דגידולי תרומה תרומה. ועיין גם במהרש"ל שבת שם בתוס' ד"ה דלמא דמבואר שם כדברינו עיי"ש. וא"כ א"ש תירוצינו הנ"ל:

אך זאת צ"ע אצלי לפי"ז לרב ששת דאמר דמש"ה גידולי תרומה טמאה אסורין לכהנים משום דנפסלו בהסה"ד והיינו מכח הגזירה דגידולי תרומה תרומה וכמ"ש והרי היכא דבודאי אינו מסיח דעתו לא מיפסלו בהסה"ד וכמו שהבאתי לעיל באות ד' בשם הירושלמי דאם משמרה שלא תגע או שלא תתערב בטהרות אחרות לא הוי הסה"ד ולא מיפסלה. ועיין גם מה שכתבתי באות שם במוסגר. א"כ מה מהני הגזירה דגידולי תרומה תרומה משום תרומה טמאה שביד כהן כדי שתהא נפסלה בהסה"ד הא אכתי יש לחוש דלמא משהה לה גבי' לזרענה באופן שאינו מסיח דעתו דל"ש פסול הסה"ד ותהי' מותרת לו באכילה לאחר זריעה ושוב איכא למיחש לתקלה שיאכלנה קודם הזריעה בעודה בטומאה. והן אמת די"ל בזה כמ"ש התוס' בשבת שם ד"ה דלמא שהקשו להס"ד בפסחים שם דגידולי תרומה טמאה אינה אסורה רק לזרים ולא לכהנים א"כ איך יפרנס מה דגזרו דגידולי תרומה תרומה משום תרומה טמאה שביד כהן הלא כיון דמותר לכהנים שוב איכא למיחוש דלמא ישהה לה גבי' ואתי לידי תקלה. ותירצו כיון דאינן נאכלים רק לכהנים ולא לזרים א"כ לא הוי רק ריוח פורתא ולא משהה לה גבי' עיי"ש. ועיין גם בהרע"ב סוף פ"ט דתרומות. וכמו כן י"ל אליבא דר"ש דאפי' היכא דאינו מסיח דעתו

דמותרת באכילה לאחר זריעה לכהנים אפ"ה ל"ח דלמא משהה לה גבי' כיון דלא הוי רק ריוח פורתא. אולם לא נח רוחי בזה דא"כ אכתי תקשה דלמאי אמרינן דמצד הגזירה דגידולי תרומה תרומה מיפסלו בהסה"ד ואסורין אפי' לכהנים משום תרומה טמאה שביד כהן הלא כיון דאף אם לא יפסלו בהסה"ד ויהיו מותרין לכהנים ג"כ אין לחוש דלמא משהה לה גבי' משום דלא הוי רק ריוח פורתא. א"כ שוב ל"ל למימר דמיפסלו בהסה"ד מצד הגזירה ואסורין אף לכהנים. וראיתי בראש יוסף בפסחים שם שכתב דמה דאמרינן דגידולי תרומה תרומה משום תרומה טמאה שביד כהן זה הוא רק לפי הס"ד בפסחים שם דגידולי תרומה טמאה אינו אסור רק לזרים ולא לכהנים אבל לר"ש ולר' ירמי' דס"ל דגידולי תרומה טמאה אסורין אף לכהנים א"כ מה ענין גזירה לגידולי תרומה טהורה משום טמאה הרי טמאה לא משהה אותה דתהי' אסורה אף לכהן משום הסה"ד או משום מעלה ולישתרי גידולי טהורה וע"כ דטעם אחר יש להם בגידולי תרומה טהורה ותמה בזה על הרמב"ם שפוסק דגידולי תרומה טמאה אסור אפי' לכהנים ופוסק דגידולי תרומה תרומה משום תרומה טמאה שביד כהן עיי"ש. ולפי דבריו דלר"ש ולר"י יש להם טעם אחר, מה דגזרו דגידולי תרומה תרומה ולא משום טמאה שביד כהן א"כ לק"מ קושיתינו הנ"ל על רב ששת. אולם לי ההדיוט לא ניחא לי לומר דטעם אחר יש להם לר"ש ולר"י מה דגזרו דגידולי תרומה תרומה דהרי לא מצינו בשום מקום טעם אחר לזה [ומה שאמר ר' חנינא בשבת שם הטעם משום תרומה טהורה ביד ישראל טעם זה דחה הש"ס שם ולפענ"ד נראה עיקר כמש"ל וכן הבאתי בשם מהרש"ל דלר"ש ולר"י היתה ג"כ הגזירה בגידולי תרומה טהורה משום תרומה טמאה שביד כהן והיינו דמכח האי גזירה דהגידולים הם כתרומה שתהא אסורה לזרים לכן יש לה דין תרומה שתהי' גידולי תרומה טמאה אסורין לכהנים משום הסה"ד או משום מעלה וא"כ עלו כהוגן דברי הרמב"ם ז"ל ולק"מ קושית הראש יוסף הנ"ל:

אך לפי"ז שוב קשה קושיתינו הנ"ל לרב ששת מה מהני הגזירה וכנ"ל וצ"ע ודו"ק בזה:

(ו) **ועתה** אפן לקושי' כ"ת. הנה קושיתו יש להקשות גם אהא דבש"ס בכורות דף כ"ח ע"ב מוקי רב המתני' דדן את הדין זיכה את החייב וחייב את הזכאי טימא את הטהור כו' כרבנן דלא דנו דיני דגרמי ואפ"ה קתני משלם כיון דמיירי שהזיק בידים שנו"נ ביד ומפרש רבינא טימא את הטהור דאגע בהו שרץ וקשה אי המתני' מיירי בתרומה א"כ אליבא דרבנן דלא דנו דד"ג אמאי משלם בטימא את הטהור הלא אף דנגע בהו שרץ ג"כ לא הזיק בידים, רק בדיבור בלבד במה שהורה שהיא טמאה דמיד אסחי הבעלים דעתייהו ממנה ונפסלה בהסה"ד ותו לא עשה הדיין היזק במה שנגע בהו אח"כ שרץ.

ולכאורה רציתי לומר דלא קשה מידי דמ"ש כ"ת דמתני' דטימא את הטהור בודאי מיירי בתרומה דאי בחולין לא הוי הפסד כלל וא"צ לשלם. נעלם ממנו גמרא ערוכה בגיטין דף נ"ג בהא דתני שם המטמא והמדמע בשוגג פטור במזיד חייב ואמרינן בגמרא צריכא דאי תנא מטמא אי תרומה משום דקא מפסיד לה לגמרי ואי מטמא חולין משום דאסור לגרום טומאה לחולין שבא"י עיי"ש. הרי בהדיא דגם המטמא חולין חייב לשלם. ובאמת גם במטמא חולין איכא הפסד כיון דאינו ראוי רק למי שאינו אוכל חולין בטהרה וצריך למכור בזול וכדאמרינן שם גבי מדמע עיי"ש וברש"י שם ד"ה מדמע לא מפסיד לגמרי עיי"ש וא"כ שפיר י"ל דהמתני' דטימא את הטהור מיירי בחולין וליתא כלל לקושית כ"ת וגם לקושיתינו. אמנם שבתי וראיתי דאף אי נימא דהמתני' דטימא את הטהור מיירי בחולין ג"כ קשה קושית כ"ת וגם קושיתינו הנ"ל. דהא מה דהמטמא חולין חייב לשלם אף דאינו מפסיד לגמרי הוא משום דאינו ראוי עוד למי שאוכלין חולין בטהרה והלא מי שמחמירים בטהרות גם חולין נפסל בהיסח הדעת וכדאיתא בש"ס חגיגה דף כ' ע"א אמר ר' יונתן בן אלעזר נפלה מעפרתו הימנו ואמר לחבירו תנה לי ונתנה לו טמאה עיי"ש וברש"י שם. ואין לומר דמה דבטהרות של חולין פוסל הסה"ד זה הוא דוקא לר' יוחנן דאמר הסה"ד פסול טומאה הוי לכן שפיר המחמירין בטהרות אם הסיח דעתו מן הטהרות חיישינן שמא נטמאו וכן מורה נמי מהא דנקט ריב"א לשון טומאה ועיי"ש בכל הסוגיא דנקט רק לשון טומאה ועיין גם ברש"י שם שכתב וז"ל ולמחמירים בטהרות הוי הסה"ד טומאה עיי"ש. אבל לר"ל דאמר הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ש לומר דבטהרות של חולין פוסל הסה"ד. דבשלמא בתרומה וקדשים שפיר אם נפסל בהסה"ד אף דאינם רק פסול ולא טמא מ"מ אסורים מלאכול כיון דהתורה קפדה שלא לאכול תרומה וקדשים שנפסלו משא"כ בטהרות של חולין מה איכפת לן בזה שהם פסולים פסול הגוף דמה בכך דמ"מ יכול לאוכלם בטהרה דהא הם טהורים. וא"כ לק"מ קושית כ"ת וגם קושיתינו די"ל דרבינא דמפרש טימא את הטהור באגע בהו שרץ לכן אין הדין חוזר וכן רב בבכורות שם דמוקי המתני' כרבנן דלא דנו דד"ג ס"ל כר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי ושפיר לא נפסלו הטהרות של חולין בהסה"ד. דז"א דנלע"ד דמה דטהרות של חולין נפסלים בהסה"ד משום טומאה זה הוא אליבא דכ"ע ואפי' ר"ל מודה בזה דהסה"ד פוסל משום טומאה דמעלות חכמים וחומרא בעלמא הוא לפסול הסה"ד בטהרות של חולין ודוקא בתרומה וקדשים שאנו דנן לפסול מכח הסה"ד מדינא ולאו חומרא בעלמא הוא בזה קאמר ר"ל דמדינא הוא פסול הגוף ולא חיישינן לטומאה אבל בטהרות של חולין שהוא רק חומרא בעלמא כ"ע מודים דרבנן החמירו בהו הסה"ד משום טומאה

ותדע שכן הוא דהא הרמב"ם פוסק הסה"ד פסול הגוף הוי וכמ"ש הצל"ח פסחים שם ופוסק בפי"ג מהל' מטמאי משכב ומושב דהסה"ד בטהרות של חולין הוא טמא עיי"ש וע"כ כמו שכתבתי. וכיון שכן שוב שפיר קשה קושית כ"ת וגם קושיתינו דהא גם אי המתני' מיירי בחולין מ"מ נפסל בהסה"ד ואינו ראוי לו עוד מכח החומרא דרבנן דטהרות של חולין נפסלים בהסה"ד:

(ז) **אולם** נ"ל לישב דנחזי אנן לר"י דאמר הסה"ד פסול טומאה הוי והיינו דאיכא למיחוש דשמא ע"י שהסיח דעתו משמירתן נגעה בהו טומאה וכמ"ש רש"י פסחים שם ד"ה אלא למ"ד עיי"ש. א"כ בטהרות של חולין שעדיין לא הוכשרו וכן בתרומה שלא הוכשרה לא נפסל בהסה"ד דהא אף אם כגעה בהו טומאה לא נטמא כיון דבעינן הכשר מתחלה [ורק קדשים נפסלים בהסה"ד אף דלא הוכשרו מתחלה דחיבת קודש מכשירן]. וזה אין לומר דאם הסיח דעתו מהם איכא למיחוש שמא הי' ג"כ הכשר ונגע בהו טומאה. דז"א דהא בעינן הכשר ברצון הבעלים והיינו שיפלו המשקין על האוכלין ברצון וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פי"ב מהל' טומאת אוכלין הלכה ב' עיי"ש ובהשגות הראב"ד שם ועיין גם בהרמב"ם שם פ"א ה"ב ע"ש [והא דתנינן במתני' ריש מכשירין כל משקה שתחלתו לרצון כו' הרי זה בכי יותן. נראה דהרמב"ם מפרש דקאי על נפילת המשקין על האוכלין ברצון או בתחלה או בסוף הוי הכשר ולא כמו שפירשו הר"ש והרע"ב שם עיי"ש. וכן מבואר בהרמב"ם בפהמ"ש שם עיי"ש. וכן מצאתי ראיתי בס' מרכבת המשנה פי"א מהל' ט"א הלכה א' שכתב כן להדיא עיי"ש. וכתב שם עוד על הכ"מ ששגה במ"ש דגם הרמב"ם סובר כדעת הראב"ד בהשגות עיי"ש] והרי בהיסח הדעת אין הבעלים יודעים מההכשר ולא מהני ההכשר. וגם זאת א"ל דאכתי יש לחוש שמא נטמאו במשקין טמאים דבזה לא בעינן רצון בעלים וכדאיתא במתני' ריש מכשירין דמשקין טמאים מטמאים לרצון ושלא לרצון. דז"א דהא קיי"ל דטומאת משקין לטמא אחרים הוא מדרבנן וא"כ אם הסיח דעתו הרי הוי ספק אם נגעו במשקין טמאים והוי ספק דרבנן ולקולא וכן אמר ר"מ בפסחים דף ט"ז ע"א דספק משקין לטמא אחרים טהור כיון דהוי ספק דרבנן עיי"ש. ומעתה י"ל דרב דמוקי בש"ס בכורות שם המתני' כרבנן דלא דנו דיני דגרמי. וכן רבינא בסנהדרין דמפרש המתני' גם לענין שלא יהי' הדין חוזר באגע בהו שרץ ואי לא הי' נגע בהו שרץ הי' הדין חוזר המה מוקי המתני' היכא דעדיין לא הי' הכשר לקבל טומאה והיינו דהשאלה היתה גם על ההכשר אי חשיב הכשר אי לא וטעה הדיין והורה דחשיב הכשר והאוכלין הם טמאים ונו"נ ביד היינו שהכשיר את האוכלין פעם שנית בהכשר המועיל ונגע בהו שרץ. וא"כ שפיר אי לא הי' נו"נ ביד הי' האוכלין טהורים לגמרי ולא נפסלו ג"כ בהסה"ד

כיון דבאמת לא הי' הכשר המועיל ובלא הכשר אינו פוסל הסה"ד וכאמור. וא"כ שפיר לק"מ לא קושית כ"ת ולא קושיתינו והבן:

ולכאורה י"ל דהתינח לר"י דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי. אבל לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי הרי לדידי' אין חילוק גם בתרומה אם הוכשרה אי לא ואף דלא הוכשרה ג"כ נפסלה בהסה"ד וא"כ אי נימא דהמתני' דטימא את הטהור מיירי בתרומה שוב תקשה קושית כ"ת וגם קושיתינו אליבא דר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי. אולם זה אינו עומד לנגדינו. חדא דמי דחק לנו לומר דרב ורבינא מוקי המתני' בתרומה הלא שפיר י"ל דהמתני' מיירי דייקא בחולין ובחולין גם ר"ל ס"ל דאינו פוסל הסה"ד כ"א כשהי' מוכשר לקבל טומאה כיון דגם ר"ל ס"ל דמה דבחולין פוסל הסה"ד הוא משום טומאה וכמש"ל באות שלפני זה ושפיר בעינן הכשר מתחלה. ועוד אף אי נימא דהמתני' מיירי בתרומה הא אכתי י"ל דרב ורבינא ס"ל דהסה"ד פסול טומאה הוי. ועוד דאני אומר דגם לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי בעינן ג"כ בתרומה שיהי' מוכשר מתחלה לקבל טומאה. דנ"ל דגם לר"ל מה דהקפידה התורה לשמור תרו מה וקדשים ושלא יסיח דעתו מהם עיקר הקפידה הוא כדי שלא יטמא ע"י מה שמסיח דעתו מלשמור אלא דר"ל סובר דאם הסיח דעתו אף אם יבא אלי' ויאמר שלא נטמא אפ"ה נפסל כיון דהתורה הקפידה שלא יסיח דעתו והרי הסיח דעתו והוי פסול הגוף. ואמרתי להביא ראי' לזה מדברי התוס' חגיגה דף כ"א ד"ה האונן שכתבו דל"ש הסה"ד לפסול רק היכא שהוא בידו ואסח דעתו הימנה אבל היכא שאין בידו כגון שנאבד ל"ש הסה"ד לפסול עיי"ש. והנה אליבא דר"י דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי ליכא שום סברא לחלק בין היכא שהוא בידו ובין היכא שנאבד דהא אדרבה היכא שנאבד טפי איכא למיחוש לטומאה. ואלא צ"ל דכוונת התוס' בחילוקם הוא רק אליבא דר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי ולא חיישׁ שמא נטמא ואליבא דידי' שפיר סברא הוא לחלק כן שלא הזהירה תורה לשמור תרומה וקדשים ושלא יסיח דעתו רק היכא שהוא בידו שיכול לשמור משא"כ כשנאבד דאין בידו לשמור לא מפסיל בהסה"ד. וא"ל דהא התוס' שם כתבו האי חילוקא לתרץ קושיתם שהקשו שם אהא דתנינן סכין שנמצא בי"ד שוחט בה מיד דבודאי הטבילוה בעלים מאתמול והקשו אמאי לא נפסל האי סכין בהיסח הדעת וע"ז תירצו דבנאבד ל"ש פסול הסה"ד. וע"כ דקושיתם הוא אליבא דר"י דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי לכך שפיר אסור לשחוט בהאי סכין משום טומאה. אבל לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי ליכא התחלתות הקושי' כלל דהא אף דהוא פסול מ"מ מותר לשחוט בו. וא"כ שוב א"א לומר דתירץ התוס' סובב הולך אליבא דר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי. אולם ז"א דבאמת י"ל דקושית התוס' הוא אליבא

דר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי ואפ"ה אסור לשחוט הקרבן פסח בהאי סכין אם נפסל בהסה"ד אף דלא חייש שמא נטמא דהתוס' לשיטתם אזלו שכתבו בזבחים ר"פ איזהו מקומן דשחיטת קדשים וגם שחיטת קרבן פסח צריך כלי שרת עיי"ש. ועיין גם בתוס' פסחים דף ס"ו ע"א ד"ה תוחב. וא"כ שפיר אף דלא מפסיל הסכין משום טומאה רק הוא פסול פסול הגוף ג"כ אסור לשחוט הקרבן פסח בהאי סכין כיון דמפסיל מקדושת כלי שרת. והנה מה דהסה"ד פוסל בקדשים ותרומה הוא דילפינן מקרא דמשמרת תרומתי דעביד כי' שימור ולא תסיח דעתך וכמ"ש רש"י בפסחים והבאתיו לעיל באות א' הרי מה דהקפידה התורה שלא יסיח דעתו מתרומה וקדשים הוא משום דבעי שימור ומעתה נשובה ונחקורה דאי נימא דלמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי מה דתרומה וקדשים בעי שימור ושלא יסיח דעתו הוא לאו משום טומאה א"כ צריך לדעת למה צריך שמירה וע"כ צ"ל דהשמירה הוא שלא יבואו לידי בזיון והיינו שלא יהיו מונחים במקום שאינו נקי וכדומה. וא"כ הרי אם נאבד בודאי דיש לחוש שמא מונח במקום שאינו נקי והוי בזיון לקדשים ושוב מהראוי לפסול כשנאבד דהי' צריך לשמור שלא יאבד כדי שלא יבא לידי בזיון וכיון שכן הרי חילוק התוס' הנ"ל הוא דלא כמאן דהא למ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי ל"ש כלל האי חילוקא וכדאמרן. וגם למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ש כלל האי חילוקא דהרי נאבד וא"כ ממילא נפסל מחמת שנאבד ולא שמר שלא יאבד. אע"כ צ"ל דגם למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי הקפידא לשמור תרומה וקדשים ושלא יסיח דעתו הוא משום טומאה כדי שלא יטמא בודאי אלא דאם לא ראינו שנטמא לא חיישינן לטומאה שמא נטמא רק הוי פסול הגוף. לכן שפיר מחלקים התוס' אליבא דמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי בין היכא שהוא בידו ובין שנאבד דדוקא אם הוא בידו קפדה התורה לשמור כדי שלא יטמא אבל אם אינו בידו כגון שנאבד לא קפדה התורה לשמור כדי שלא יטמא לכן שפיר כשנאבד ולא ראינו שנטמא ל"ח לטומאה דשמא נטמא וגם פסול הגוף נמי לא הוי כיון דבכה"ג לא קפדה התורה לשמור והבן:

אכן אחר שובי נחמתי דבאמת י"ל דחילוק התוס' הנ"ל קאי רק דייקא אליבא דמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי דהא באמת קושית התוס' הנ"ל קשה גם למ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי לזאת נ"ל דהתוס' לא מקשו קושיתם רק דייקא למ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי ולא למ"ד פסול הגוף הוי די"ל דהתוס' חגיגה שם אזלו בשיטת הרבינו אפרים שהביאו התוס' בזבחים שם דשחיטת קדשים א"צ כלי שרת וגם שחיטת קרבן פסח א"צ כ"ש עיי"ש. וא"כ למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ק כלל קושית התוס' וכמו שכתבתי בסמוך. ואפ"ה שפיר מחלקים התוס' אליבא דמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי בין היכא

שהוא בידו ובין שנאבד. והוא דהנה צריך להבין דאמאי פוסל הסה"ד בתרומה וקדשים משום טומאה דממ"נ אי התרומה וקדשים הם ברה"ר הרי ספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור. ואי הם ברה"י הרי בדבר שאין בו דעת לשאול גם ברה"י ספיקו טהור והא תרומה וקדשים אין בהם דעת לשאול. ועוד אמאי לא נוקי אחזקתי' שהוא בחזקת טהרה ואף דבספק טומאה ברה"י בדבר שיש בו דעת לשאול ספיקי טמא אף דאיכא חזקת טהרה וכמ"ש התוס' נדה דף ט' ע"ב ד"ה התם עיי"ש. זה הוא כיון שראינו שהי' שם דבר טמא וספק אם נגע אי לא ובכה"ג ברה"י ספיקו טמא ולא מוקמינן אחזקתי' משא"כ בהסה"ד דלא ראינו שום טומאה כלל אמאי ניחוש לטומאה מדוע לא נימא דאוקי אחזקתי' דחזקת טהרה. ועיין גם בשו"ת הרשב"א ח"א סי' שנ"ט ובתשובת המיוחסות סי' רכ"ט שכתב שם וז"ל דלא אמרינן ספק טומאה ברה"י ספיקו טמא אלא דומיא דסוטה דישנה לטומאה ודאי והיינו בועל שנכנס עמה למקום הסתר אלא דמספקא לן אי נגע בה אי לאו אף אנו נאמר בכל מקום שהי' שם טומאה ודאית אלא שאנו מסופקים אי נגע אי לאו ברה"י ספיקו טמא אבל היכא דלא ידעינן אי הוי טומאה זו ברה"י בשעה שהי' שם טהרות כי הא דקופה בכי הא ודאי לא מטמאינן מדינא במקום ספק כו' עיי"ש. הרי בהדיא כדברינו דהיכא דלא ראינו שום טומאה לא מטמאינן מדינא מספק רק מוקמינן אחזקת טהרה. וא"כ אמאי בתרומה וקדשים ע"י הסה"ד מטמאינן מדינא אף דהוא רק ספק. ועכצ"ל דבתרומה וקדשים דכתיב את משמרת תרומתי ס"ל למ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי דגילתה התורה דבתרומה וקדשים ספיקו טמא אף שאין בהם דעת לשאול וגם דלא מוקמינן להו אחזקת טהרה. וא"כ י"ל דזה הוא דוקא היכא שהוא בידו לשמור דקפדה התורה לשמור בזה שפיר גילתה התורה דחיישינן לטומאה אף דיש לו חזקת טהרה וגם אף דהוא דבר שאין בו דעת לשאול משא"כ היכא שאין בידו לשמור כגון שנאבד דבכה"ג לא קפדה התורה לשמור הרי בכה"ג לא גילתה התורה דחיישינן לטומאה וא"כ שפיר ל"ח לטומאה משום דמוקמינן אחזקת טהרה וגם כיון דהוא דבר שאין בו דעת לשאול ושפיר עלה כהוגן חילוק התוס' הנ"ל אליבא דמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי. וכיון שכן שוב אין ראי' מדברי התוס' הנ"ל דגם למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי עיקר הקפידה לשמור ושלא יסיח דעתו הוא משום טומאה דכיון דחילוק התוס' הנ"ל הוא רק אליבא דמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי א"כ שפיר י"ל דלמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי עיקר הקפידא מה שהקפידה התורה לשמור תרומה וקדשים הוא כדי שלא יבואו לידי בזיון והיינו שלא יהיו מוכחים במקום שאינו נקי ובאמת אם נאבד שפיר לדידי' נפסל פסול הגוף כיון דלא שמר שלא יאבד כדי שלא יבא לידי בזיון וכמש"ל והבן היטב:

אמנם יש ללמוד כן מתורתו של הצל"ח פסחים דף ל"ד שהקשה שם אמאי לא פריך ר"י לר"ל מסתם משנה בפ"ז דשקלים דתני בשר הנמצא כו' זה וזה תעובר צורתן ויצא לבית השריפה. ואי הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ל עיבור צורה הרי כיון שנמצא לא ידע אדם ממנו לשמרו ונפסל בהסה"ד וכתב לתרץ כחילוק התוס' הנ"ל דלא מקרי הסה"ד רק היכא שיודע ממנו ומסיח דעתו ממנו אבל זה שנאבד לא ידע בו אדם לא מקרי הסה"ד ולכן לא הי' יכול להקשות מהך משנה עיי"ש. והרי הצל"ח כתב בהדיא לחלק כן גם אליבא דמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי דהא כתב זאת לתרץ שלא תקשה לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי מהך משנה דשקלים הנ"ל א"כ צ"ל דדעת הצל"ח הוא דגם למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי עיקר הקפידא לשמור ושלא יסיח דעתו הוא משום טומאה. דאל"כ אלא למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי עיקר הקפידא לשמור ושלא יסיח דעתו הוא משום שלא יבא לידי בזיון. א"כ כשנאבד שפיר נפסל וכאמור וליתא כלל לחילוקו. והן אמת דגוף תירוצו של הצל"ח הנ"ל הגם שכדבריו כתבו ג"כ התוס' חגיגה הנ"ל דבנאבד ל"ש לפסול מטעם הסה"ד. אולם הוא נגד דברי הירושלמי שקלים שם דקאמר שם ר' הושעי' בהדיא דבשר הנמצא כו' דבעי עיבור צורה הוא משום הסה"ד עיי"ש. ולדעתי קושית הצל"ח לק"מ דהא ר' יוסי בירושלמי שם קאמר ויאות לאוכלה אין את יכול כו'. לפום כן צריך מימר תעובר צורתן ויצא לבית השריפה ומפרש הק"ע דר' יוסי פליג על ר' הושעי' דאין הטעם משום הסה"ד עיי"ש. ועיין גם בהרמב"ם בפהמ"ש בשקלים שם שהוא מפרש הטעם דבשר הנמצא טעון עיבור צורה משום דשמא נותר הוא וכ"כ בחיבורו פי"ט מהל' פסהמ"ק ה"ד ולא כפירוש הרע"ב במשנה שם שמפרש משום הסה"ד. ונראה דגם הרמב"ם מפרש כהק"ע דר' יוסי פליג על ר' הושעי'. והרמב"ם פוסק כר' יוסי דקאמר הטעם משום דשמא נותר הוא וא"כ לק"מ קושית הצל"ח די"ל דר' יוחנן ור"ל פירשו ג"כ טעמא דהמתני' שם כר' יוסי לכך שפיר לא מקשה ר"י לר"ל מהך משנה. אך נ"ל דר' הושעי' ור' יוסי פליגי בסברת התוס' והצל"ח הנ"ל אי בנאבד שייך פסול הסה"ד ר' הושעי' ס"ל דגם בנאבד שייך פסול הסה"ד לכן קאמר התם הטעם משום הסה"ד. ור' יוסי ס"ל דבנאבד ל"ש פסול הסה"ד לכן קאמר הטעם משום דשמא נותר הוא. אמנם הא עכ"פ מדברי הצל"ח הנ"ל יש ללמוד דגם למ"ד הסה"ד הוא פסול הגוף עיקר הקפידא לשמור ושלא יסיח דעתו הוא משום טומאה וכנ"ל:

עוד יש בידי להביא ראי' מוכרחת לזה דמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי ס"ל ג"כ דמה דציותה התורה לשמור תרומה וקדשים ושלא יסיח דעתו הוא משום טומאה מהא דאיתא בש"ס כריתות דף כ"ו ע"ב אהא דתני במתני' חטאת העוף הבאה על הספק אם משנמלקה נודע

תקבר אמר רב וכיפר ופריך הש"ס א"ה אמאי תקבר ומשני לפי שאינה משתמרת ופרש"י ז"ל שאינה משתמרת כיון דעל הספק באה ולא לאכילה הוי קיימא לא שמרוה יפה ונפסלה בהיסח הדעת שמא נטמאה עכ"ל. ופריך תו אימת לא משתמרת אי מעיקרא חי' הוה אי לבסוף קמנטר לי'. ופרש"י ד"ה אי מעיקרא וז"ל קודם מליקה חי' הות ובעלי חיין אינן מקבלין טומאה עיי"ש. וקשה כיון דכוונת התרצן שמתרץ דמש"ה תקבר לפי שאינה משתמרת הוא משום דנפסלה בהסה"ד וכפרש"י. א"כ מאי פריך אימת לא משתמרת אי מעיקרא חי' הוה ואינה מקבלה טומאה דלמא ס"ל להתרצן דהסה"ד פסול הגוף הוי לכן שפיר אף דמעיקרא חי' הוה ואינה מקבלה טומאה מ"מ נפסלה בהסה"ד. אע"כ צ"ל דגם למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי עיקר הקפידא לשמור תרומה וקדשים ושלא יסיח דעתו הוא משום טומאה והיכא דל"ש לחוש משום טומאה לא מפסיל כלל בהסה"ד ושפיר פריך אימת לא משתמרת כו'. והיא ראי' נכונה [אך לפי"ז צע"ק על רש"י ז"ל מה דכתב ונפסלה בהסה"ד שמא נטמאה ומדסיים שמא נטמאה משמע דרש"י ז"ל מפרש דהסוגיא שם אזלה רק אליבא דמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי והלא לפי דרכינו שפיר אזלה הסוגיא שם גם לע"ד הסה"ד פסול הגוף הוי. ואולי י"ל דרש"י ס"ל להלכה כר' יוחנן דהסה"ד פסול טומאה הוי לכן מפרש כן אליבא דהלכתא]:

ומעתה אחרי שהעליתי דגם למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי עיקר הקפידא לשעור תרומה וקדשים ושלא יסיח דעתו הוא משום טומאה והיכא דליכא למיחש משום טומאה לא מפסיל בהסה"ד. א"כ הרי גם לדידי' תרומה שלא הוכשרה לא מפסלה בהסה"ד ומיושב שפיר קושית כ"ת וגם קושיתינו בתירוצינו הנ"ל גם אליבא דמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי אף אי נימא דהמתני' דטימא את הטהור מיירי בתרומה ודו"ק בכל זה:

(ח) **ולפי** מה שכתבתי באות שלפני זה דלמ"ד היסח הדעת פסול טומאה הוי ע"כ דגילתה התורה דבתרומה וקדשים ספיקו טמא אף שאין בהם דעת לשאול יש לישב בזה מה שיש להקשות. על הרמב"ן והריטב"א רפ"ק דחולין שכתבו דבקדשים ספק טומאה ברה"ר טמא מהא דיליף רב גידל בסוטה דף כ"ט מוהבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל דבאין בו דעת לשאול ספיקו טהור והרי האי קרא בקדשים הוא דכתיב ולהרמב"ן והריטב"א דאף ספק טומאה ברה"ר טמא בקדשים כ"ש בדבר שאין בו דעת לשאול ברה"י ספיקו טמא ולפי דברינו ניחא דהנה הרמב"ן והריטב"א שם כתבו דבקדשים ספק טומאה ברה"ר טמא כיון דבעי שימור ואפי' היסח הדעת פוסל בהם עיי"ש בהריטב"א ונלע"ד דכוונתם הוא בזה מדחזינן דהיסח הדעת פוסל בקדשים משום טומאה. אף דאין בהם דעת לשאול וגם בקדשי קדשים פוסל הסה"ד וכמבואר בפסחים דף ל"ד דאמרינן גבי חטאת העוף

אא"ב הסה"ד פסול טומאה הוי שפיר והרי חטאות הם קדשי קדשים וק"ק הם בעזרה ועזרה ר"ה הוא ואפ"ה פוסל הסה"ד משום טומאה וע"כ דבתרומה וקדשים דאמרה תורה דבעי שימור ואפי' היסח הדעת פוסל בהם משום טומאה אף דאין בהם דעת לשאול וגם הם ברה"ר ע"כ דגילתה התורה דבתרומה וקדשים ספיקו טמא אף ברה"ר כנ"ל לפרש כוונתם. והנה זה הוא דוקא לר"י דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי שפיר לדידי' גילתה התורה דבתרומה וקדשים ספיקו טמא בכל ענין. אבל לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי ולאו פסול טומאה הרי לא גילתה התורה דבתרומה וקדשים ספיקו טמא בכל ענין ושפיר לדידי' גם בתרומה וקדשים היכא שאין הספק טומאה בא ע"י אדם דאין בהם דעת לשאול או ברה"ר ספיקו טהור. וא"כ י"ל דרב גידל ס"ל כר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי לכך יליף שפיר מוהבשר אשר יגע בכל טמא דבאין בו דעת לשאול ספיקו טהור. ומיושב בזה ג"כ מה שתמהו האחרונים על הרמב"ן והריטב"א הנ"ל עוד מכמה מקומות בש"ס דמבואר דבתרומה וקדשים ספק טומאה ברה"ר טהור. ולפי הנ"ל ניחא כיון דהדבר תלי' בפלוגתא דר"י ור"ל אי הסה"ד פסול טומאה אי פסול הגוף. ובזה מיושב נמי מה שנתקשו האחרונים ובראשם הנוב"י על הרמב"ם פ"א מהל' פסהמ"ק שפוסק דטמא במוקדשין לא ישחוט ואם עבר ושחט הזבח כשר ולא הוזכר שצריך שיאמר ברי לי שלא נגעתי בבשר ובחולין דף ב' קאמר רבה בר עולא דבקדשים צ"ל ברי לי שלא נגעתי בבשר. ולפי הנ"ל ניחא דהנה באמת הקשו התוס' חולין שם דאמאי צריך לומר ברי שלא נגעתי הרי עזרה רשות הרבים הוא וספק טומאה ברשות הרבים ספיקו טהור ועל זה תירצו הרמב"ן והריטב"א הנ"ל דבקדשים ספק טומאה ברה"ר טמא דאפי' הסה"ד פוסל בהם. וזה הוא דוקא לר"י דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי אבל לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי לדידי' גם בקדשים ספק טומאה ברה"ר טהור וכאמור. וא"כ א"ש דרבה בר עולא בחולין שם ע"כ ס"ל כר"י דהסה"ד פסול טומאה הוי וא"כ בתרומה וקדשים ספק טומאה ברה"ר טמא לכך שפיר קאמר דצריך שיאמר ברי לי שלא נגעתי בבשר אבל הרמב"ם דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי וכמ"ש הצל"ח פסחים דף ל"ד והוכיח כן מדברי הכ"מ פי"ב מהל' תרומות הי"א עיי"ש הרי לשיטתו גם בקדשים ספק טומאה ברה"ר טהור לכך שפיר ס"ל להרמב"ם דא"צ לומר ברי לי שלא נגעתי בבשר דהא הבשר הוא בעזרה . ועזרה רה"ר הוא וספיקו טהור:

ולא אכחד דמ"ש הצל"ח וכן הוכיח מדברי הכ"מ דהרמב"ם ס"ל כר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי צ"ע דהא ר"י פריך לר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי מהא דתניא לול קטן הי' בין כבש למזבח ששם היו זורקין פסולי חטאת העוף ותעובר צורתן ויוצאין לבית

השריפה ואי אמרת הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ל עיבור צורה והתניא כל שפסולו בגופו ישרף מיד ומשני ר"ל האי תנא תנא דבי רבה ב"א הוא דאמר אפי' פיגול והיינו אפי' פסול הגוף טעון עיבור צורה. והרי הרמב"ם פ"ב מהל' בית הבחירה הי"ד פוסק דלול קטן הי' בין כבש למזבח ששם זורקין פסולי חטאת העוף ותעובר צורתן ויוצאין לבית השריפה ובפ"ד מהל' קרבן פסח ה"ג וכן בפי"ט מהל' פסהמ"ק ה"ב פוסק דכל שפסולו בגופו ישרף מיד עיי"ש וא"כ ע"כ צ"ל דס"ל להרמב"ם הסה"ד פסול טומאה הוי דאי נימא דהרמב"ם ס"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי א"כ תקשה על הרמב"ם קושית ר"י שהקשה לר"ל דאי הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ל בפסולי חטאת העוף עיבור צורה. אמנם נלע"ד דאין מכאן סתירה כלל לדברי הצל"ח והוא דהנה באמת התוס' שם והבאתי דבריהם למעלה באות א' הקשו בשם ר"י דלמא מה דקתני דפסולי חטאת העוף זורקין ללול ותעובר צורתן היינו שנפסלו בדם ובבעלים דבעי עיבור צורה ולא שנפסלו בהסה"ד ותירצו בשם הרבינו אלחנן דמ"מ אחר שנזרק בלול יש בו הסה"ד עיי"ש. ועיין בפנ"י שהקשה על הר"י דמעיקרא מאי קשיא לי' כיון דפשטא דמילתא משמע כמו שמתרץ הר' אלחנן דמשעה שנזרק בלול יש בו הסה"ד ותירץ דהר"י סובר דלמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי לא שייך היסח הדעת רק היכא דניכר שהסיח דעתו ממנה כגון שהניחה במקום התורפה שיד כל אדם ושרצים ממשמשין בהם א"כ לפי"ז הזריקה בלול לא מיקרי הסה"ד כיון שהי' במקום מיוחד בעזרה ומסתמא אותו מקום מוצנע הוי עיי"ש. והנה לפי דבריו דלמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ש הסה"ד כשמונח בלול א"כ שוב קשה קושית הר"י דלמא האי פסול היינו בדם ובבעלים ונלע"ד לישב קושית הר"י דהנה מה שהקשה דנימא דהפסול הוא בדם זה ודאי לא קשיא די"ל דר' יוחנן לשיטתו אזיל דס"ל דפסול בדם הוי ג"כ פסול בגופו ולא בעי עיבור צורה וכמבואר בפסחים דף פ"ג ע"א דקאמר ר' יוחנן התם דם ובשר חדא מילתא הוא עיי"ש וברש"י שם ובתוס' שם דף פ"ב ע"א ד"ה בשלמא עיי"ש. וא"כ שפיר ר' יוחנן לשיטתו לא מצי לפרש הא דקתני פסולי חטאת העוף תעובר צורתן דמיירי בפסול בדם דהא פסול בדם ג"כ לא בעי עיבור צורה. אך מה שהקשה דנימא דהפסול הוא בבעלים זה לכאורה שפיר קשה כיון דפסול בבעלים גם ר' יוחנן מודה דלא הוי פסול בגופו ובעי עיבור צורה וכדאיתא בפסחים דף פ"ג שם. אולם יש לומר בזה דהא כאן מיירי התוספתא בחטאת העוף והנה לא מבעיא פסול בבעלים היינו שנטמאו הבעלים בודאי לא איכפת לן בחטאת העוף מה שנטמאו הבעלים דדוקא בקרבן פסח נפסל הפסח אם נטמאו הבעלים כיון שאין לו אוכלין וכמ"ש רש"י בפסחים דף ל"ד ע"ב ד"ה ובבעלים ועיין גם ברש"י שם דף פ"ב ע"א במתני' עיי"ש משא"כ חטאות אף

אם נטמאו הבעלים לא נפסל החטאת כיון דחטאות הכהנים אוכלין ועיין גם ברש"י זבחים דף ט"ז ע"א ד"ה קסבר מפני טומאה וברש"י פסחים דף פ"ב ע"ב ד"ה והא אנינות כלאחר זריקה עיי"ש. אך לכאורה אכתי י"ל דמיירי בפסול בבעלים היינו שמתו הבעלים וחטאת שמתו בעלי' למיתה אזלה וגם אפי' שמתו הבעלים בין שחיטה לזריקה יש לו ג"כ דין חטאת שמתו בעלי' וכמבואר בש"ס יומא דף נ' ע"א בהא דאיבעי שם שחט ומת מהו שיכנס אחר בדמו ופריך הש"ס ותיפוק לי' דחטאת שמתו בעלי' היא עיי"ש. אמנם י"ל חדא עפ"י מ"ש רש"י ז"ל בנזיר דף כ"א ע"ב דחטאת שמתו בעלי' למיתה אזלה היינו דוקא בבהמה אבל לא בעוף עיי"ש וכ"כ הרא"ש במס' קינים סוף פ"ב בשם הר"י מאוריליניש. ועיין בשעה"מ פ"ד מהל' פסהמ"ק שהביא כן בשם התוספתא פ"א דתמורה והקשה מכמה מקומות דמבואר בהדיא דגם חטאת העוף שמתו בעלי' למיתה אזלה ותירץ עפי"ד הר"י מאוריליניש שם שביאר הטעם דחטאת העוף שמתו בעלי' אינה מתה דכמו חטאת הצבור דאינה מתה ופרש"י משום דחמשה חטאות המתות ליתא כולהו בצבור והכי גמירי להו דלא נהיגי אלא במקום דשייכי כולהו בצבור ועוף נמי לא שייך בי' כולהו דל"ש בי' ולד חטאת ועברה שנתה זת"ד הר"י מאוריליניש וא"כ זה תליא בפלוגתא דר' יהודה ור' שמעון דפליגי בתמורה דף ט"ו במתני' בחטאת הצבור שכפרו בעלי' ר"י אומר תמות. אף דלא שייך בי' כל חמשה חטאות המתות ה"ה חטאת העוף שמתו בעלי' למיתה אזלה ולר"ש דאמר שם דאינה מתה כיון דל"ש בי' כל חטאות המתות ה"ה חטאת העוף שמתו בעלי' אינה מתה עיי"ש בשעה"מ. וא"כ י"ל דר' יוחנן ס"ל ג"כ כר"ש דחטאת הצבור שכפרו בעלי' אינה מתה וממילא הה"נ חטאת העוף שמתו בעלי' אינה מתה וכיון דהכא מיירי התוספתא בחטאת העוף הלכך לא מצי ר' יוחנן לפרש הא דקתני פסולי חטאת העוף תעובר צורתן ויוצאין לבית השריפה, דמיירי בפסול בבעלים היינו שמתו בעלי' דהא חטאת העוף שמתו בעלי' אינה מתה וא"כ כ"ש כשמתו בעלי' ב"ן שחיטה לזריקה בוודאי דאין לה דין חטאת שמתו בעלי'. ומהגם דבש"ס תמורה דף ט"ז ע"ב פריך שם הש"ס על ר"ש וכי דנין אפשר משאי אפשר. ור"ל מתרץ שם מימרא דר"ש עיי"ש א"כ בוודאי סובר ר"ל כר"ש דחטאת הציבור שכפרו בעלי' אינה מתה וממילא ס"ל נמי דחטאת העוף שמתו בעלי' אינה מתה לכך שפיר מקשה ר' יוחנן לר"ל מהך תוספתא דתני פסולי חטאת העוף תעובר צורתן ויוצאין לבית השריפה דע"כ מיירי בפסול הסה"ד דהא א"א לומר דמיירי בפסול בבעלים דהא ר"ל ס"ל דחטאת העוף שמתו בעלי' אינה מתה ועוד אף אי נימא דר' יוחנן ור"ל ס"ל דגם חטאת העוף שמתו בעלי' למיתה אזלה ג"כ ניחא מה דלא מפרש ר' יוחנן הא דקתני פסולי חטאת העוף תעובר צורתן ויוצאין

לבית השריפה דמיירי בפסול בבעלים היינו שמתו בעליה. דהנה חטאת שמתו בעלי' דלמיתה אזלה בודאי היא מן הנקברים ולא מן הנשרפין וכמו כל הקדשים שמתו דהם נקברים וכמ"ש הרמב"ם פי"ט מהל' פסהמ"ק הי"א וכן הוא במתני' בתמורה דף ל"ב. וא"כ חטאת שמתו בעלי' לאחר שנשחטה והיינו בין שחיטה לזריקה דיש לה ג"כ דין חטאת שמתו בעלי' וכמו שהבאתי לעיל בשם הש"ס יומא א"כ מהראוי לומר דגם חטאת שמתו בעלי' לאחר שנשחטה תקבר ואין שורפין אותה. אך נ"ל דזה תליא בפלוגתא דת"ק ור' יהודה דפליגי במתני' בתמורה דף ל"ד גבי אשם תלוי שנודע לו שלא חטא קודם שנזרק דמו ת"ק סבר ישרף ור"י סבר יקבר עיי"ש. והרי חטאת שמתו בעלי' דלמיתה אזלה הוא משום דאין כפרה למתים דמיתתן כיפרה עליהן וכמ"ש רש"י במעילה רפ"ג במתני' וא"כ חטאת שמתו בעלי' בין שחיטה לזריקה דמי ממש לאשם תלוי שנודע לו שלא חטא קודם שנזרק דמו דאין צריך כפרה וא"כ לת"ק דאמר באשם תלוי שנודע לו שלא חטא קודם שנזרק דמו דישרף ה"נ בחטאת שמתו בעלי' קודם שנזרק דמה ישרף. ולר"י דאמר באשם תלוי יקבר ה"נ בחטאת שמתו בעלי' קודם שנזרק דמה תקבר [וזה ל"ש לומר דחטאת שמתו בעלי' קודם שנזרק דמה דמיא לאשם ודאי שנודע לו שלא חטא קודם שנזרק דמו דכ"ע ס"ל דיקבר וכדתני במתני' בכריתות דף כ"ג ר"פ המביא אשם. דז"א דהא כתב רש"י שם הטעם דבאשם ודאי שנודע לו שלא חטא קודם שנזרק דמו דיקבר ולא דמי לאשם תלוי דהוא בשריפה כיון דאשם תלוי דלבו נוקפו גמר ומקדישו מספק אבל אשם ודאי דאמרו לו אכלת קודש ונודע שלא חטא דהוזמו העדים אי נמי קסבר קודש אכל ונמצא חולין איגלאי מילתא דהקדש טעות הוא דכי אקדשי' אדעתא דחטא אקדשי' עיי"ש. וא"כ בחטאת שמתו בעלי' דחטא בודאי הרי לא הוי הקדש טעות ודמי ממש לאשם תלוי. ויש להאריך עוד בזה עפי"ד הש"ס ב"ק דף ק"י ע"ב דפריך שם חטאת שמתו בעלי' תיפוק לחולין דאדעתא דהכי לא אפרשה עיי"ש ואין להאריך]. וא"כ י"ל דר' יוחנן ס"ל כר' יהודה דאמר באשם תלוי שנודע לו שלא חטא קודם שנזרק דמו יקבר וממילא הה"נ בחטאת שמתו בעלי' קודם שנזרק דמה תקבר לכך שפיר לא מצי הוא לפרש הא דקתני פסולי חטאת העוף תעובר צורתן ויוצאין לבית השריפה דמיירי בפסול בבעלים היינו שמתו בעלי' בין שחיטה לזריקה כיון דחטאת שמתו בעלי' היא מן הנקברים ולא מן הנשרפים ובתוספתא קתני דיוצאין לבית השריפה. ובזה מיושב ג"כ על נכון דברי רש"י ז"ל פסחים דף ל"ד שם ד"ה ותעובר צורתן שכתב וז"ל ואין לנו דניבעי לינה אי לאו פסול היסח הדעת עיי"ש. ודבריו תמוהים דהלא איכא ג"כ פסול בדם ובבעלים דבעי עיבור צורה וכבר עמד בזה הראש יוסף שם והניח בצ"ע. ולדרכינו

ניחא דרש"י ז"ל בצחות לשונו כיוון בזה לישב קושית התוס' הנ"ל דמה פריך ר"י לר"ל מהתוספתא דפסולי חטאת העוף תעובר צורתן דל"ל עיבור צורה דלמא מיירי התוספתא בפסול בדם ובבעלים לזה כתב רש"י ז"ל דאין לנו דניבעי לינה אי לאו פסול הסה"ד והיינו דפסול בדם הרי ס"ל לר' יוחנן דהוי פסול הגוף ולא בעי עיבור צורה. ופסול בבעלים ליכא למימר משום דס"ל לר' יוחנן דחטאת העוף שמתו בעלי' אינה מתה וכ"ש אם מתו בעלי' בין שחיטה לזריקה בודאי דאין לה דין חטאת שמתו בעלי' או משום דס"ל לר' יוחנן כר' יהודה דאמר באשם תלוי שנודע לו שלא חטא קודם שנזרק דמו יקבר וממילא ה"נ חטאת שמתו בעלי' קודם שנזרק דמה תקבר וא"כ ל"ש כלל לשרוף חטאת העוף מחמת פסול בבעלים וכנ"ל וא"ש [ולכאורה מהפסול בבעלים בלא"ה ל"ק על רש"י ז"ל כיון דרש"י ז"ל מיירי כאן בחטאת העוף. ורש"י לשיטתו אזיל שכתב בנזיר שם דחטאת שמתו בעלי' אינה מתה. אולם ז"א דפרש"י נזיר אינו מרש"י ז"ל וכנודע]:

ומעתה שפיר י"ל דהרמב"ם ז"ל סובר כר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי ולק"מ קושיתינו הנ"ל דהא הרמב"ם ס"ל דגם פסול בדם לא הוי פסול בגופו ובעי עיבור צורה וכמ"ש בפ"ד מהל' קרבן פסח שם. וגם הוא ס"ל דגם חטאת העוף שמתו בעלי' למיתה אזלה וכמ"ש השעה"מ פ"ד מהל' פסהמ"ק שם וגם הוא ס"ל באשם תלוי שנודע לו שלא חטא קודם שנזרק דמו ישרף וכת"ק וכמ"ש הרמב"ם בפי"ט מהל' פסהמ"ק ה"י. וממילא ס"ל ג"כ בחטאת שמתו בעלי' בין שחיטה לזריקה דהיא בשריפה וכנ"ל. וא"כ שפיר הרמב"ם לשיטתו יכול לתרץ לנפשי' קושית ר' יוחנן לר"ל דל"ל בפסולי חטאת העוף עיבור צורה דמיירי בפסול בדם ובבעלים ולא בפסול הסה"ד. ואין לומר דאכתי אחר שנזרק בלול יש בו הסה"ד ואי הסה"ד פסול הגוף הוי ל"ל עיבור צורה וכתירוץ הרבינו אלחנן הנ"ל. דז"א די"ל דהרמב"ם דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי הוא סובר כדעת הר"י דכשמונח בלול שהוא מקום המשתמר ליכא הסה"ד למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי וכמ"ש הפנ"י הנ"ל ודו"ק:

אמנם לכאורה גוף הדבר צ"ע איך פוסק הרמב"ם כר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי הלא הלכתא כר' יוחנן לגבי ר"ל ור"י ס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי. ודברתי בזה עם כ"ק מו"ח הגה"צ יחי' והגיד לי שגם הוא בחידושיו עמד בזה ותירץ עפמ"ש בס' שלום ירושלים בירושלמי פסחים סוף פ"ק אהא דאיתא שם בירושלמי [והבאתיו לעיל באות ד'] בשם ר' יוחנן היסח הדעת דבר תורה וכתב השלום ירושלים וז"ל משמע מכאן דר' יוחנן ס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי ובבבלי דף ל"ד גרסינן הסה"ד ר"י אומר פסול טומאה הוי ור"ל אמר פסול הגוף הוי א"כ הבבלי והירושלמי מחולקים בדעת ר' יוחנן עכ"ל הש"י וזה ידוע מ"ש הש"ך ביו"ד סי' קמ"ה דהיכא דהש"ס דידן מחולק עם הירושלמי בדעת

ר' יוחנן אזיל הרמב"ם בתר הירושלמי כיון דר' יוחנן חיבר הירושלמי והוא מעיד על עצמו שאמר הכי. וא"כ שפיר פוסק הרמב"ם הסה"ד פסול הגוף הוי כיון דכך ס"ל לר' יוחנן בירושלמי עכ"ד. אולם גוף דברי השלום ירושלים לא הבינותי דאיך משמע כן מדברי הירושלמי דר' יוחנן ס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי דאטו אי הסה"ד פסול טומאה הוי ל"ש לומר שהוא מה"ת. ועיין גם בפנ"י פסחים דף ל"ד ד"ה אמר רב ששת שכתב וז"ל מ"ש רש"י האי כשנטמאו מתחלה כתב כן אליבא דמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי משא"כ למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי ומשום מעלה תקנו חכמים שלא יסיח דעתו מהם כו' עיי"ש. ונראה מדבריו להיפך דלמ"ד היסח הדעת פסול הגוף הוי אין זה מה"ת רק מתקנות חכמים ולמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי הוא מה"ת. אך גם דבריו הקדושים לא הבינותי. ולפענ"ד נראה פשוט דבין למ"ד הסה"ד הוא פסול טומאה ובין למ"ד דהוא פסול הגוף הוא מה"ת. ולכאורה בראשית השקפתי רציתי לומר דמ"ש השלום ירושלים דמהירושלמי שם משמע דר' יוחנן ס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי אין כוונתו לדייק כן מהלשון, דקאמר בירושלמי הסה"ד דבר תורה אלא כוונתו הוא להוכיח כן מהא דפריך שם בירושלמי דיהא מותר לשרוף תרומה טהורה בע"פ בשעה ששית עם טמאה ביחד כיון דנפסלה בהסה"ד ואמר ר' יוחנן הסה"ד דבר תורה עיי"ש. ואי הסה"ד פסול טומאה הוי א"כ תרומה שנפסלה בהסה"ד הרי לא גרע מתרומה תלוי' דהא גם בהסה"ד הוא ספק אם נטמאה או לא וא"כ מה פריך הירושלמי דמשום שנפסלה בהסה"ד יהא מותר לשרוף ביחד עם טמאה הלא גם תרומה תלוי' אסור לטמאותה בידים וכמבואר בהדיא בפלוגתא דר"א ור' יהושע שהבאתי לעיל. אע"כ דהירושלמי פריך כן רק אליבא דמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי ולדידי' שפיר תרומה שנפסלה בהסה"ד דהוא פסול הגוף מותר לשרוף עם טמאה ביחד וא"כ כיון דהירושלמי הביא על זה מימרא דר' יוחנן דאמר היסח הדעת דבר תורה. ע"כ דדעת הירושלמי הוא דר' יוחנן ס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי. אולם אחר העיון קצת בירושלמי ראיתי דהירושלמי פריך כן אליבא דר"ש ור' יהושע שם דס"ל דמותר לטמא תרומה תלוי' בידים כיון דהולכת לאיבוד עיי"ש, וא"כ ליתא גם להוכחה זו דהא שפיר אף דהסה"ד הוא פסול טומאה והוי רק ספק טומאה מ"מ מותר לטמאותה בידים אליבא דר"ש ור' יהושע. ובלעדי זה לא מצאתי מרגוע לנפשי בתירוץ כ"ק מו"ח שליט"א עפי"ד השלום ירושלים. חדא דהבאר יעקב ביו"ד שם חולק על הש"ך והביא הרבה ראיות דאף היכא דהירושלמי מחולק עם הש"ס דידן בדעת ר' יוחנן פוסק הרמב"ם כר' יוחנן שבש"ס דידן. ועוד דבס' שלום ירושלים בכללים שבסוף הספר כתב להציל את הש"ך מהשגות הבאר יעקב דכוונת תש"ך הוא דוקא היכא דהש"ס דידן מסופק בדעת ר'

יוחנן איך סובר ולהירושלמי פשיטא להו אזלינן בתר הירושלמי אבל היכא דש"ס דידן אינו מסופק גם הש"ך מודה דאזלינן בתר ש"ס דידן, אף דבירושלמי איתא בשם ר' יוחנן להיפך עיי"ש וגם אנכי בחידושי לחו"מ סי' כ"ב הבאתי ראי' לדברי השלום ירושלים מהש"ך גופי' בסי' כ"ב שם. אכן באמת לפענ"ד לק"מ מה שהרמב"ם פוסק כר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי והוא עפימש"ל לתרץ מ"ש הרמב"ן והריטב"א ריש חולין דבקדשים ספק טומאה ברה"ר טמא דאפי' הסה"ד פוסל בהם. ובש"ס בכמה דוכתי משמע דגם בתרומה וקדשים ספק טומאה ברה"ר טהור. ותרצתי דהרמב"ן והריטב"א כתבו כן רק אליבא דמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי אבל למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי גם בתרומה וקדשים ספק טומאה ברה"ר טהור. וא"כ כיון דבש"ס בכמה מקומות מבואר דבתרומה וקדשים ספק טומאה ברה"ר טהור ע"כ דהלכה הוא כר"ל דהסה"ד פסול הגוף הוי לכך שפיר פוסק הרמב"ם כר"ל:

(**ט**) **עוד** מילין בפי לישב קושית כ"ת וגם קושיתינו עפ"י מ"ש המגיני שלמה פסחים דף ל"ד לישב קושית התוס' ד"ה פסול הגוף שהבאתי לעיל באות א' וז"ל ולפענ"ד נראה דלעיל לפי המסקנא דהכא קאי ולפי המסקנא לא פסלה הסה"ד בתרומה כ"א בקדשים דממשמרת תרומתי לא ילפינן שתפסל בהסה"ד אלא שצריך שמירה ואי לא שמרה מאן לימא לן שתפסל אי נמי ס"ל להמסקנא דטומאה לא הוי הסה"ד דאע"ג דאינו מוזהר בשמירתה מ"מ מאן לימא לן דלא שמרה מ"מ. ותדע דהא למה דמוקי ר' ירמי' דאסורה לאכול משום מעלה דאין זריעה לתרומה וקשיא הא בלא מעלה נמי אסורה משום הסה"ד דהא ר' ירמי' מדר"ל מייתי לה ולר"ל פסול הגוף הוי ואסורה מדאורייתא בלא מעלה ואפי' תימא דמייתי מדר"ל לר' יוחנן אבל לר"ל לא צריך האי טעמא דבלא"ה אסורה מ"מ מי החג גופי' תקשה למה טמאים משום מעלה הא בלא"ה פסולים בהסה"ד דהוי פסול הגוף כו' אלא ש"מ דלמסקנא לא פסלה טומאה משום הסה"ד עכ"ל. ולפי דבריו דלהמסקנא לא פסלה הסה"ד בתרומה כ"א בקדשים או דלהמסקנא טומאה אינו מביא לידי הסה"ד א"כ מיושב קושית כ"ת וגם קושיתינו בפשיטות די"ל דרבינא בסנהדרין דמפרש המתני' דטימא את הטהור באגע בהו שרץ ובלא"ה הי' הדין חוזר וכן רב בבכורות דמוקי המתני' דטימא את הטהור כרבנן דלא דנו דיני דגרמי קאי לפי המסקנא דפסחים שם וא"ש:

אמנם דברי המג"ש מריש ועד סוף תמוהים בעיני מאוד. מ"ש בתחלה דלפי המסקנא לא פסלה הסה"ד בתרומה כ"א בקדשים מלבד דהא אף למחמירין בטהרות גם חולין מיפסל בהסה"ד וכדאיתא בחגיגה דף כ' שהבאתי לעיל באות וא"ו וא"כ כ"ש תרומה

דמיפסלה בהסה"ד בלעדי זה לא ידעתי מהכ"ת לומר כן דלמסקנא לא פסלה הסה"ד בתרומה הלא י"ל דמה דקאמר ר' ירמי' במסקנא דמש"ה שתילי תרומה שנטמאו ושתלן אסורין מלאכול מטעם דכמו דאין זריעה להקדש ה"נ אין זריעה לתרומה ולא הי' ניחא לי' טעמא דרב ששת דקאמר הואיל דאפסלו בהיסח הדעת הוא לאו משום דר' ירמי' ס"ל דהסה"ד אינו פוסל בתרומה אלא משום דטעמא דר"ש אינו רק אליבא דר"ל דס"ל הסה"ד פסול הגוף הוי אבל לר"י דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי ל"ש טעמא דר"ש וכדאמרינן בגמרא שם. לכן קאמר ר' ירמי' טעמא אחרינא משום דאין זריעה לתרומה כמו דאין זריעה להקדש דבזה לא מצינו פלוגתא וכ"ע מודים לזה ותתפרש המתני' דשתילי תרומה שנטמאו כו' אליבא דכ"ע אבל באמת גם ר' ירמי' מודה דגם תרומה נפסלה בהסה"ד. ועוד דאי הסה"ד אינו פוסל בתרומה כ"א בקדשים א"כ קשה אמאי לא חשיב התנא במתני' רפ"ג דחגיגה גבי מעלות דחומר בקודש מבתרומה גם פסול הסה"ד. ואף דהתנא שם לא חשיב אלא היכא דאיכא דרא דטומאה וכדאמרינן בש"ס נדה דף וא"ו ע"א. ועיין גם בתוס' חגיגה שם ד"ה חומר בקודש עיי"ש. אמנם לא מבעיא למ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי בודאי קשה דהו"ל ליתנויי אלא אף למ"ד הסה"ד פסול הגוף הו' ג"כ קשה דהו"ל ליתנויי והוא עפ"י מה שהעליתי לעיל באות ז' דגם למ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי עיקר הקפידא שלא יסיח דעתו הוא משום טומאה. ובגוף דבריו שכתב דלמסקנא אינו פוסל הסה"ד בתרומה דממשמרת תרומתי לא ילפינן שתפסול בהסה"ד אלא שצריך שמירה יש לי להאריך בזה עפ"ד הירושלמי תרומות פ"א ה"א דפריך שם וכי הטהרות אינן נפסלות בהסה"ד ואיך נסמוך על אלו שאינן בני דעת אמר ר' יוסי בשם רבי לא אין כתיב בהן מחשבה שמירה כתיב בהו עיי"ש ואין להאריך:

(**יוד**) **גם**, מ"ש בתירוץ הב' דס"ל להמסקנא דטומאה אינו מביא לידי הסה"ד דאל"כ אמאי קאמר ר' ירמי' דאסורה מלאכול משום מעלה דאין זריעה לתרומה הרי בלא מעלה נמי אסורה משום הסה"ד דהא ר' ירמי' מדר"ל מייתי לה ולר"ל הסה"ד פסול הגוף הוי. ז"א ראי' וכמ"ש הוא בעצמו די"ל דר' ירמי' מייתי מדר"ל לר' יוחנן אבל לר"ל לא צריך האי טעמא דלדידי' בלא"ה אסורה משום הסה"ד. אך מ"ש דמי החג גופא תקשה למה טמאים משום מעלה והא בלא"ה פסולים בהסה"ד דהוי פסול הגוף. מזה לכאורה ראי' גדולה לדבריו דלמסקנא טומאה אינו מביא לידי הסה"ד. אמנם באמת גם זה אינו והוא עפימ"ש בצל"ח פסחים שם דבהקדישן ואח"כ השיקן ל"ש הסה"ד כלל דבשלמא בשתילי תרומה שנטמאו שפיר כשנטמאו הסיח דעתו מהם אבל אלו המים שכבר נטמאו ואפי' הכי הקדישן למי החג והרי כבר נטמאו ולמה הוא מקדישן למי החג וכי

אינו יודע שמים טמאים פסולים למי החג אע"כ שדעתו להשיקן ולטהרן, וא"כ אינו מסיח דעתו מהם עיי"ש. וא"כ אזדא ראיית המג"ש גם מהא דלא קאמר במי החג גופא שפסולים מחמת הסה"ד. שוב פקחתי את עיני וראיתי דראי' זו מה דלא קאמר במי החג גופא שפסולים מחמת הסה"ד מעיקרא ליתא דהא מימרא דר"ל דמי החג שנטמאו כו' קאמר זאת משמי' דר' אושעיא והא ר' אושעיא ס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי דאיתא בירושלמי שקלים פ"ז ה"ב ר' אלעזר בשם ר' הושעיא היסח הדעת טעון עיבור צורה. וזה ידוע דר' אושעיא בא' ור' הושעיא בה' חד הוא ועיין בטיב גיטין בשמות אנשים אות א' ס"ק כ"ז. ועיין גם בס' בית ועד לחכמים מהגאון בעל מלא הרועים ערך אושעיא עיי"ש. וכן נראה ברש"י ז"ל כריתות דף ח' ע"א ד"ה שבקי' ובד"ה בעי מני' עיי"ש ובגמ' שם. וא"כ מדאמר ר' אושעיא בירושלמי שם דהסה"ד טעון עיבור צורה ע"כ דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי וכדאיתא בהדיא בש"ס דידן בפסחים דלמ"ד הסה"ד פסול הגוף הוי לדידי' הסה"ד, א"צ עיבור צורה ולמ"ד הסה"ד פסול טומאה הוי לדידי' הסה"ד בעי עיבור צורה. וא"ל דאין ראי' מהתם דר' אושעיא ס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי דדלמא ס"ל לר' אושעיא כתנא דבי רבה ב"א דאפי' פיגול טעון עיבור צורה וכדמשני ר"ל בפסחים שם מה דקתני לול קטן הי' בין כבש למזבח ששם היו זורקין פסולי חטאת העוף ותעובר צורתן ויוצאין לבית השריפה דהאי תנא תנא דבי רבה ב"א הוא דאמר אפי' פיגול טעון עיבור צורה לכן גם הסה"ד בעי עיבור צורה אף דהסה"ד הוא פסול הגוף. דז"א דהא מדקאמר ר' אושעיא דהסה"ד בעי עיבור צורה ע"כ דלא ס"ל כתנא דבי רבה ב"א דאפי' פיגול בעי עיבור צורה דאל"כ הו"ל למימר רבותא טפי דאפי' פיגול טעון עיבור צורה וממילא הוי ידעינן דגם הסה"ד בעי עיבור צורה דהא כש"כ הוא וכדמוכח בש"ס דידן בפסחים דקאמר אפי' פיגול טעון עיבור צורה הרי דנקט לשון אפי' ומשמע דכש"כ הוא שאר פסולים. אע"כ מדקאמר ר' אושעיא דהסה"ד בעי עיבור צורה בא להשמיענו דרק הסה"ד בעי עיבור צורה כיון דהסה"ד הוא פסול טומאה אבל פיגול ועוד שאר פסולים בגופו לא בעי עיבור צורה. ומעתה כיון שכן דס"ל לר' אושעיא דהסה"ד פסול טומאה הוי א"כ סרה מהר קושית המג"ש מה דקאמר ר"ל משמי' דר' אושעיא במי החג דהם טמאים משום מעלה ולא קאמר דהם פסולים מדאורייתא מחמת הסה"ד. וממילא שוב אזדא ראייתו דלמסקנא טומאה אינו מביא לידי הסה"ד. ולכאורה יש לפקפק בזה עפ"י מ"ש הלח"מ פ"א מהל' חגיגה ה"ד דתרי ר' אושעיא הוי אחד שהי' רבו דר' יוחנן והוא ר' אושעיא ששנה הברייתות. ואחד ר' אושעיא שהי' אמורא עי"ש וכן נראה בש"ס בכמה מקומות. וא"כ כיון דתרי ר' אושעיא הוי שוב ליתא לדברינו הנ"ל דהא י"ל דר' אושעיא

שאמר ר"ל בשמו בש"ס דידן בפסחים דמי החג שנטמאו לא מהני השקה משום מעלה לאו היינו ר' אושעיא שבירושלמי שקלים הנ"ל דס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי רק ר' אושעיא אחר הוא. ומתחלה אמרתי דזה אינו דהא גם בירושלמי שקלים שם מבואר בהדיא כהלח"מ דתרי ר' אושעיא הוי דאיתא שם ר"א בשם ר' הושעיא הסה"ד טעון עיבור צורה, א"ר הושעיא מתני' אמרה כן כו'. וע"כ דתרי ר' אושעיא הוי והרי מבואר בהדיא ג"כ מהך ירושלמי דגם ר' אושעיא השני ס"ל הסה"ד טעון עיבור צורה וע"כ דס"ל ג"כ הסה"ד פסול טומאה הוי א"כ כיון דשניהם ס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי שוב א"ש דברינו הנ"ל. אולם שוב ראיתי בירושלמי שקלים הנדפס עם ש"ס דידן ושם איתא מפורש אמר רב הושעיא וא"כ שוב שפיר י"ל דהאי ר' אושעיא דאמר ר"ל בשמו דמי החג שנטמאו לא מהני השקה משום מעלה הוא סובר הסה"ד פסול הגוף הוי ולאו היינו ר' אושעיא שבירושלמי שקלים הנ"ל. אמנם הא מבואר בסדר הדורות דהך ר' אושעיא דמצינו בש"ס דאמר ר"ל בשמו הוא הך ר' אושעיא דמצינו דאומר ר' אלעזר בשמו והוא ר' אושעיא הגדול ששנה הברייתות והוא הי' רבו של ר' יוחנן ור"ל ור' אלעזר עיי"ש בסדר הדורות. ולפי"ז הרי הך ר' אושעיא דאמר ר' אלעזר בשמו בירושלמי שקלים הנ"ל דהסה"ד טעון עיבור צורה הוא הך ר' אושעיא דאמר ר"ל בשמו בש"ס דידן דמי החג שנטמאו לא מהני השקה משום מעלה. וא"ש דברינו הנ"ל. ולפי האמור דר' אושעיא ס"ל הסה"ד פסול טומאה הוי ליתא נמי לקושית הצל"ח על ר' ירמי' בד"ה מכדי זריעה נינהו עיי"ש. ובדרך אגב אזכיר מה שנתקשה הצל"ח שם בלשון הרמב"ם פ"ו מהלכות איסורי מזבח ובפי"א מהל' תרומות עיי"ש אשתמיטתי' מימרות דר' יוחנן שבירושלמי סוף פ"ט דתרומות כי כפי הנראה הרמב"ם ז"ל נמשך אחר מימרות דר' יוחנן שבירושלמי שם ועיין והבן. ויש אתי אריכות בזה ואין רצוני להאריך עוד כעת:

(**יא**) **וע"ד** כ"ת בהא דפריך בגמרא סנהדרין דף ל"ג לר"ש מעובדא דר"ע ור"ט ומשני דחדא ועוד קאמר חדא דטועה בדבר משנה אתה ועוד א"נ בשיקול הדעת טעית מומחה לרבים אתה ומומחה לרבים פטור מלשלם. וכתב כת"ה דאינו מבין כלל דהרי ר"ט לא טעה בעובדא זו רק בדבר משנה ולא בשיקול הדעת וא"כ למה הוצרך ר"ע לומר לו, א"כ בשיקול הדעת טעית מומחה לרבים אתה. הנה באמת כבר כתבו המפרשים דהאי תירוצא דהש"ס הוא דוחק וכ"כ הש"ך בסי' כ"ה כמה פעמים ובודאי כיוונו בזה למ"ש כ"ת. אמנם ע"ד הפלפול קצת נלענ"ד לפרש כוונת הש"ס על נכון. והוא בהקדם דברי רש"י ז"ל שפירש הא דפריך הש"ס דלימא לי' ר"ע לר"ט טועה בדבר משנה אתה ופרש"י משנה הוא בפ' א"ט ניטל האם שלה כשרה. והקשה הש"ך בסי' כ"ה סק"ט לפרש"י

דהו"ל להש"ס לאתויי מתני' דא"ט דליכא למימר דשגורה היתה בפי כל שהרי ר"ט לא ידע לה וטעה בה וכתב הש"ך לפרש מה דפריך ולימא לי' טועה בדבר משנה אתה היינו במה שאמר תודוס הרופא אין פרה וחזירה יוצאה ממצרים כו' דכיון דהוא דבר פשוט הוי כטועה בדבר משנה עיי"ש. אמנם באמת שפתי רש"י ז"ל ברור מללו ופירושו נכון מאוד. והוא דהב"ח בתשובה סי' קנ"ו הקשה איך לא ידע ר"ט מהמשנה דא"ט דניטל האם כשרה ותו למה הוצרכו חכמים להביא ראי' מתודוס הרופא הלא משנה היא דניטלה האם כשרה עיי"ש. וע' בכו"פ סי' מ"ו שכתב לארץ קושיות הב"ח דבודאי גם ר"ט ידע מהמשנה דא"ט דניטלה האם כשרה רק סבר דכוונת המתני' בנברא חסר דלא כאיב לה הוא דכשרה אבל בניטל בידים דכאיב לה טרפה והתם בפרה של בית מנחם הי' נטלה האם בידי אדם לכן הטריפה ר"ט ולכך שפיר הביאו חכמים ראי' מתודוס הרופא דחותכין במצרים האם בידים וע"כ דגם בניטל בידים כשרה וכוונת המתני' בא"ט דניטלה האם כשרה היא אפי' כשניטל בידים עיי"ש. ולפי"ז א"ש פרש"י הנ"ל דמה דפריך ולימא לי' טועה בדבר משנה אתה באמת קאי על מתני' דא"ט ולק"מ קושית הש"ך הנ"ל וכמובן. ומעתה לפי הוצעה זו יעלה כהוגן דברי הש"ס הנ"ל והוא דהנה מה שהתירוה חכמים מכח עדותו של תודס הרופא דאין פרה וחזירה יוצאת ממצרים אא"כ חותכין האם שלה פרש"י במתני' שם בבכורות דף כ"ח וז"ל וחותכין האם שלה ואינה מתה הלכך לאו טרפה היא עכ"ל. ונחזי אנן דזה היא דוקא למ"ד טרפה אינה חי' שפיר איכא ראי' מזה דניטל האם ע"י אדם כשרה אבל למ"ד טרפה חי' אינה ראי' כלל מהא דתודס הרופא וא"כ י"ל דגם ר"ט ידע מהמימרא דתודס הרופא אלא דסבר דהלכה הוא כמ"ד טרפה חי' לכן לא הוי בידו להביא ראי' מהא דתודס הרופא דכוונת המתני' דא"ט הוא דגם בניטלה האם ע"י אדם כשרה אבל חכמים ס"ל כמ"ד טרפה אינה חי' וכן הלכתא ושפיר הביאו ראי' מהא דתודס הרופא דכוונת המתני' היא דגם אם ניטלה האם ע"י אדם כשרה. [ואף דלכאורה ע"כ גם ר"ט ס"ל טרפה אינה חי' דהא איתא במשנה מכות דף ז' ר"ט ור"ע אומרים אילו היינו בסנהדרין לא הי' נהרג אדם מעולם ואיתא בגמרא שם היכי הוי עבדו ר"י ור"א אמרו תרווייהו ראיתם טרפה הרג שלם הרג עיי"ש הרי דע"כ ס"ל לר"ט טרפה אינה חי'. אמנם באמת אין ראי' מהתם דר"ט ס"ל טרפה אינה חי' דהא מצינו להדיא לרבא דס"ל בתמורה דף י"א ע"ב דטרפה חי' וקאמר בסנהדרין דף ע"ח ע"א דההורג את הטרפה פטור ועמדו בזה התוס' בסנהדרין שם וכתבו לתרץ דאף דטרפה חי' אפ"ה ההורג את הטרפה פטור כיון שסופו שימות בחבלה זו עיי"ש. ועיין גם בחידושי הר"ן חולין דף י"א ע"ב. וא"כ שפיר י"ל גם לר"ט

אף דס"ל טרפה חי' אפ"ה ההורג את הטרפה פטור. אך בתוס' שם מבואר דסברא זו אינה עיקר דכתבו שם עוד דבתמורה גרסינן רבה ולא רבא עיי"ש מיהא עכ"פ י"ל דכאן הי' ס"ל לר"ט טרפה חי' והא דאמר במכות שם אילו היינו בסנהדרין לא הי' נהרג אדם מעולם מימרא זו אמר אחר עובדא זו שראה שחכמים התירוה מטעם דהלכה הוא כמ"ד טרפה אינה חי' וחזר בו ר"ט וגם הוא סובר טרפה אינה חי'. ועיין גם בתוס' חולין דף כ"ו ע"ב ד"ה איבעיא להו שכתבו דר"ט חזר בו וס"ל כמי דניטלה האם כשרה עיי"ש]. ולפי"ז הרי מה דטעה ר"ט בדבר משנה דסבר דכוונת המתני' דניטלה האם כשרה הוא דוקא כשנבראת כך זה הי' משום דטעה בזה דסבר דהלכה הוא כמ"ד טרפה חי' ולכך לא יכול להביא ראי' מהא דתודס הרופא דכוונת המתני' הוא דגם אם ניטלה האם ע"י אדם כשרה וזה הוי טעות בשיקול הדעת וכדאיתא בגמרא ה"ד שיקול הדעת אמר ר"פ כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי ולא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ועביד כחד מינייהו וסוגיא דעלמא אזלה כאידך. ומעתה י"ל דר"ה דמקשה לר"ש מעובדא דר"ט דלימא לי' ר"ע טועה בדבר משנה אתה וטועה בדבר משנה חוזר הוא הי' סבר דהיכא דטעה בדבר משנה משום דטעה בשיקול הדעת חשיב טועה בדבר משנה והלכך פריך דלימא לי' טועה בדבר משנה אתה וחוזר. ומשני הש"ס דר"ע חדא ועוד קאמר היינו דזה לא הי' פשיטות לי' לר"ע דכה"ג חשיב טועה בדבר משנה רק דספוקי מספקא לי' אי חשיב טועה בדבר משנה או דילמא חשיב טועה בשיקול הדעת ולזאת קאמר ר"ע לר"ט דממ"נ הוא פטור מלשלם חדא דטועה בדבר משנה אתה וטועה בדבר משנה חוזר ועוד א"נ בשיקול הדעת טעית היינו דכה"ג חשיב טועה בשיקול הדעת מומחה לרבים אתה ומומחה לרבים פטור מלשלם ודו"ק:

סימן כו

(א) **סעיף ג'** וחייב ליתן מה שקיבל עליו לעניים. עיין בשלטי הגבורים בב"מ בפ' הזהב שהביא שם דברי הטור שבדין זה וכתב וז"ל ומסופקני אי דוקא אמרינן הכי גבי עסק מצוה גבי הנהו עובדא דמיירי איהו עלייהו כגון האומר אם לא אלך בערכאות הגוי אתחייב כך וכך דמצוה הוא ללכת בדיני ישראל או האומר אם לא אחלל את השבת אתחייב כך וכך דבתרווייהו איכא קיום מצוה אבל בשאר קנין לא או דלמא ל"ש וצ"ע עכ"ל. ודבריו סתומים ונלע"ד דכוונתו הוא דהא מה דהתחייב את עצמו כאן ליתן צדקה אם לא ילך בערכאות הרי הוי אסמכתא אלא דבצדקה לא אמרינן דין אסמכתא ובזה הוא מסתפק אי דוקא היכא דתלוי נתינת הצדקה בקיום המצוה וכמו הכא שאומר אם

לא איך בערכאות או שאומר אם לא אחלל את השבת לא אמרינן דין אסמכתא אבל כשתלה נתינת הצדקה בדבר הרשות אמרינן בי' דין אסמכתא ואינו חייב ליתן לצדקה. או דלמא אין חילוק כלל. זהו כוונת דבריו. ודבר זה כבר שנוי במחלוקת בין הפוסקים והלא המה תשובת הר"מ ותשובת הרמב"ן והג"א והרבינו ירוחם והביאם הבית יוסף ביו"ד סי' רנ"ח ופלא בעיני על השלטי הגבורים שלא הזכירם. ומלשון המחבר ביו"ד שם סעיף יו"ד משמע דאף דתלה נתינת הצדקה בדבר הרשות ג"כ חייב ליתן וכ"כ הנקודות הכסף שם עיי"ש. ומה שהקשה הנה"כ שם על המחבר שסותר עצמו משם לאו"ח סי' תקס"ב עיין במג"א שם ס"ק ט"ז שגם הוא הקשה קושית הנה"כ ומתרץ עיי"ש:

(ב) **שם באותו סעיף** ויש מי שאומר שאין ב"ד מוציאין מידו. עיין בסמ"ע שכתב דמש"ה כתב המחבר בלשון וי"א כיון דזה תליא בפלוגתת הפוסקים אי כופין על הצדקה עיי"ש וצ"ע דהרי דינא דהמחבר כאן נובע מהרי"ף בתשובה והובא בבעה"ת שער ס"ב והלא הרי"ף ס"ל דכופין על הצדקה והובא בב"י ביו"ד סי' רמ"ח ועיין מזה גם במח"א הל' צדקה ריש סי' א'. ועיין גם בטו"ז שתמה על הסמ"ע הלא בנודר לכ"ע כופין אותו וכדתני בברייתא בר"ה דף וא"ו ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך בפיך זו צדקה עיי"ש ועיין בקצה"ח שכתב דיש לו להסמ"ע במה לסמוך והוא דעת רב האי גאון והובא בר"ן פ' נערה דס"ל דגם בנודר אין כופין וא"כ אין להתפלא על הסמ"ע דדעתו שוה לדעת רב האי גאון עיי"ש. ובמחכ"ת לא יצא בזה ידי חובתו ליישב דברי הסמ"ע אחרי דהסמ"ע סובב אליבא דהרי"ף והרי הרי"ף סובר דכופין בצדקה אפי' בלא נדר וכ"ש בנודר. ועיין גם במח"א שם סי' ב' שכתב דהרי"ף סובר דבנודר לצדקה אעפ"י שלא זיכה אותה לעניים ידועים ב"ד כופין אותו ומוציאין מידו עיי"ש. וכ"כ בתשובת ר"ב אשכנזי סי' ט"ו כמה פעמים עיי"ש. ובגוף סתירת דעת הרי"ף דס"ל דכופין בצדקה אפי' בלא נדר וכ"ש בנודר לצדקה. ובתשובה כתב והוא דינא דהמחבר כאן דנודר לצדקה אין מוציאין מידו נלע"ד לישב דהנה מה דכופין בצדקה אפי' בלא נדר הוא דוקא היכא שהעני עומד ותבעו לתת לו צדקה או שחסר להקופה בזה כופין אותו אבל כשאין עני עומד ותבעו ואינו חסר להקופה בודאי אין כופין אותו. וא"כ מצדקה בעלמא בלא נדר לק"מ דהא הרי"ף בתשובה מיירי היכא שאין עני עומד ותבעו ואינו חסר להקופה. אך אף דהרי"ף בתשובה מיירי בנודר לצדקה ובנודר לצדקה בודאי כופין אותו אף שאין עני עומד ותבעו וכדי שיקיים נדרו. אפ"ה לק"מ והוא עפמ"ש המח"א בסי' ב' שם לחלק בין האומר סלע זו לצדקה ובין האומר הרי עלי ליתן צדקה דהאומר סלע זו לצדקה זכו בה עניים ומוציאין מידו וגם רב האי גאון מודה בזה והאומר הרי עלי ליתן צדקה אפי' הרי"ף מודה דלא זכו בה עניים

וליכא גבי' רק חיובא דנדרא לחוד ואין מוציאין מידו עיי"ש. וא"כ לק"מ גם מנודר כיון דהרי"ף בתשובה מיירי באומר הרי עלי ליתן צדקה ובזה שפיר כתב דאין מוציאין מידו: **איברא** דיש לפקפק בדברי המח"א הנ"ל דמ"ש דבאומר סלע זו לצדקה גם רב האי גאון מודה דמוציאין מידו. המעיין בלשון רב האי גאון המובא בבעהמ"א פ"ד דב"ק יראה דדעתו היא דאף היכא דאמר סלע זו לצדקה ג"כ אין מוציאין מידו דהוא נקט שם האומר מטבע זו לצדקה והאומר יש עלי צדקה ועל זה כתב שם דהאי נודר אי אתי למהדר בי' בעון קאי וב"ד לא מצי למעבד לי' מדעם עיי"ש. הרי מבואר בהדיא דאפי' היכא שאמר סלע זו לצדקה ס"ל לרב האי גאון דאין כופין אותו. גם מ"ש לדעת הרי"ף דהיכא דאמר הרי עלי ליתן צדקה גם הרי"ף מודה דאין מוציאין מידו. צ"ע דהלא מ"ש הרי"ף דנודר לצדקה זכו בה עניים ומוציאין מידו יסודו הוא מהברייתא פ"ק דר"ה דתני שם בפיך זו צדקה עיי"ש בהרי"ף פ"ד דב"ק והלא בש"ס ר"ה שם מבואר בהדיא דגם כשאומר הרי עלי ליתן צדקה כופין אותו דהא פריך שם בגמרא ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך למה לי מיקריב אותו נפקא כו'. ומשני חד דאמר ולא אפריש וחד דאפריש ולא אקריב הרי בהדיא דכופין בצדקה אף היכא דאמר הרי עלי צדקה. והן אמת דהמח"א כתב שם לעיל בישוב קושית הרמב"ן במלחמות פ"ד דב"ק על רב האי גאון דמה דאמרינן ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך מיירי רק בקרבנות ואע"פ דאתקש צדקה לקרבנות איכא למימר דהיינו דוקא לענין בל תאחר עיי"ש. אמנם זה דוחק דבאמת בגמ' משמע דהאי ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך קאי גם על צדקה וכמ"ש הרמב"ן במלחמות שם והר"ן בפ' נערה. ולכאורה רציתי לומר דנהי דועשית אזהרה לב"ד שיעשוך קאי גם על צדקה וכמבואר בגמרא שם אבל מה דפריך דל"ל ועשית מיקריב אותו נפקא ומה דמשני חד דאמר ולא אפריש וחד דאפריש ולא אקריב זה לא קאי רק אקרבנות לחוד ולא אצדקה כיון דעל צדקה ל"ש כלל קושי' הש"ס דל"ל ועשית דהרי האיך הוי עלה על הדעת למילף צדקה מיקריב אותו דכופין אותו הלא הך קרא בקרבנות הוא דכתיב וא"כ שפיר בצדקה אצטריך קרא דועשית וקושית הש"ס הוא רק אקרבנות כיון דמפשטא דקרא משמע דועשית קאי אקרבנות ושפיר פריך דל"ל תרי קראי בקרבנות ולזה משני חד דאמר ולא אפריש וחד דאפריש ולא אקריב וא"כ שפיר י"ל בצדקה כמ"ש המח"א הנ"ל דאם אמר סלע זו לצדקה כופין אותו ומוציאין מידו ואם אמר הרי עלי ליתן צדקה אין כופין אותו כלל. אמנם אף כי בקל נוכל לומר כן דקושית הש"ס ותירוצא הנ"ל קאי רק אקרבנות לחוד ולא אצדקה. אולם הא מה דמוקי הש"ס חד קרא לדאמר ולא אפריש כוונת הש"ס הוא לאוקמי כן הקרא דועשית דדרשי' אזהרה לב"ד שיעשוך וכן מבואר ג"כ ממה דפריך

שם הש"ס ומי מצית אמרת דאמר ולא אפריש והא נדבה כתיבה כו' עיי"ש. והרי בהך קרא דועשית כתיב בפיך ודרשינן בפיך זו צדקה הרי בהדיא דבצדקה כופין אותו אף היכא דאמר הרי עלי ולא הפריש:

אפס דבאמת מדברי הרי"ף פ"ד דב"ק שם מוכח דס"ל כמ"ש המח"א דיש חילוק בין האומר סלע זו לצדקה ובין האומר הרי עלי ליתן צדקה דכתב הרי"ף שם וז"ל אבל מידי דאיתא ברשותי' ואמר הרי הוא לעניים כבר זכו בי' עניים ולא מצי למיהדר בי' כדאמר בפיך זו צדקה עיי"ש הרי דדקדק לכתוב שאמר הרי הוא לעניים והיינו סלע זו. ומשמע דוקא כה"ג לא מצי למיהדר. גם יש לדקדק בדברי הרי"ף דמבואר מדבריו דמש"ה לא מצי למיהדר בי' משום דכבר זכו בי' עניים ויל"ד למה צריך להטעם דכבר זכו ביה עניים הלא אף דעדיין לא זכו בי' עניים ג"כ כופין אותו ומוציאין מידו כדאמרינן ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך. ולפי"ז שוב מוכרחין אנו למימר דהרי"ף ס"ל ג"כ כמ"ש המח"א הנ"ל דמה דאמרינן ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך לא קאי רק אקרבנות לחוד ולא על צדקה ולזאת כתב הטעם דכבר זכו בי' עניים. וכוונתו הוא בזה משום דגם בהקדש עניים אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט כיון דצדקה אתקיש לקרבנות ולהקדש וכן הוציאו ג"כ הפוסקים מדברי הרי"ף שם דס"ל דאמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט גם בהקדש עניים ועיין מזה בב"י ביו"ד סי' רנ"ח וכיון שכן שפיר יש חילוק בין האומר סלע זו לצדקה ובין האומר הרי עלי דדוקא האומר סלע זו לצדקה דהוא סלע ידוע ומבורר שפיר אמרינן בי' דהוי כמסירה להדיוט משא"כ כשאומר הרי עלי ליתן סלע לצדקה דאין הסלע ידוע ל"ש לומר דהוי כמסירה להדיוט וכ"כ התומים בסי' פ"ז ס"ק כ"א עיי"ש:

סימן כז

(**א**) **סעיף א** המקלל אחד מישראל כו'. בש"ס מכות דף ח' ע"ב מבואר דגם המקלל עבד כנעני לוקה דאיתא שם ת"ר עבד וכותי גולה ולוקה ע"י ישראל וישראל גולה ולוקה ע"י כותי ועבד ופריך בגמרא ישראל גולה ולוקה ע"י כותי בשלמא גולה דקטלי' אלא לוקה אמאי דלטיי' ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך עיי"ש. ומדלא פריך גם על עבד דאיך לוקה ישראל ע"י עבד משמע דהמקלל עבד חייב משום דגם עבד הוא בכלל עושה מעשה עמך כיון דהוא חייב במצות כנשים ועיין גם בב"ק דף פ"ח ע"א בפלוגתא דר"י ורבנן גבי החובל עבד כנעני עיי"ש:

אמנם ראיתי בהריטב"א מכות שם שמפרש דהש"ס פריך גם על עבד דאיך לוקה ישראל על ידו דלא הוי בכלל עמך משום דאסור לבא בקהל ועוד דסתם עבדים פרוצים הם

עיי"ש ולא זכיתי להבין דמי דחק לי' לפרש דהש"ס מקשה גם על עבד ולדחוק דעבד לא הוי בכלל עושה מעשה עמך כיון דאסור לבא בקהל וגם דסתם עבדים פרוצים הם הלא בגמרא לא מוזכר כלל שום קושיא על עבד רק על כותי לבד. ושוב מצאתי בספר מנ"ח בהשמטות במצוה רל"א שהרגיש בזה וכתב דבודאי הי' לו להריטב"א גרסא אחרת בגמרא דגם על עבד פריך הגמרא. ודע שרציתי לומר דגם לפני הרמב"ם הי' הגרסא בגמרא כמו שלפני הריטב"א וגם דעת הרמב"ם הוא דהמקלל עבד כנעני פטור דכתב בפ"ה מה' חובל ובסוף פט"ז מה' סנהדרין דאפי' המכה עבד לוקה עיי"ש. ואילו בפכ"ו מהל' סנהדרין גבי קללה לא הוזכר כלל עבד. וע"כ דס"ל דהמקלל עבד פטור משום דלא הוי בכלל עושה מעשה עמך וכמ"ש הריטב"א. דאל"כ הו"ל להרמב"ם לומר גבי קללה דהמקלל עבד חייב דהתם הוי רבותא טפי כיון דגבי קללה כתיב בעמך ודרשינן דוקא בעושה מעשה עמך. אמנם באמת א"א לומר כן בדעת הרמב"ם דהרי לפי"ז צ"ל דהרמב"ם ס"ל דלא מקשינן הכאה לקללה לכן בהכאה חייב אף שאינו עושה מעשה עמך וכן אמרינן בגמרא מכות שם. והרי הרמב"ם פוסק דמקשינן הכאה לקללה וכמבואר בהדיא בהרמב"ם פ"ה מה' ממרים הי"ב עיי"ש. אך לפי"ז שוב צ"ע מדוע השמיט הרמב"ם גבי קללה דגם המקלל עבד לוקה:

(**ב**) **שם באותו סעיף** ואם הי' דיין כו'. עיין בתומים שתמה דמשמעות הפוסקים הוא דאף בזה"ז המקלל דיין עובר בלאו והא כל עיקרו מן אלקים לא תקלל ואלקים פירושו דיין סמוך ומומחה. ובזה"ז אין לנו סמוכין עיי"ש ולפענ"ד נראה דזה תליא בפלוגתא דר' ישמעאל ור"ע בסנהדרין דף ס"ו בהא דכתיב אלקים לא תקלל דר"י סובר דאלקים חול הוא דהקרא אתא לאזהרת דיין. ור"ע סובר דאלקים קודש היא דהקרא אתא לאזהרת ברכת השם. ואיתא בגמרא שם דלמ"ד אלקים חול הוא ילפינן אזהרה למברך השם מחול ולמ"ד אלקים קודש הוא ילפינן אזהרה למקלל דיין מדלא כתיב לא תקל אלא לא תקלל ש"מ תרתי עיי"ש. והנה למ"ד אלקים חול הוא ועיקר קרא אתא למקלל דיין שפיר י"ל דכוונת התורה הוא דוקא דיין סמוך ומומחה כיון דאלקים פירושו דיין סמוך ומומחה. אבל למ"ד אלקים קודש הוא ועיקר הקרא אתא למברך השם ואזהרה לדיין ילפינן מלא תקלל א"כ שפיר י"ל דאף המקלל דיין שאינו סמוך ומומחה ג"כ עובר על לאו זה והא דאפקי' הקרא בלשון אלקים הוא כיון דעיקר קרא אתא לאזהרת ברכת השם. ולפי"ז סרה תלונת התומים מעל הפוסקים כיון דאנן קיי"ל כר"ע לגבי ר"י דאלקים קודש הוא וכ"כ הכ"מ בפ"ה מהל' ממרים עיי"ש וא"כ שפיר סתמו הרמב"ם ושאר פוסקים דהמקלל דיין מישראל עובר בלאו זה והיינו אף בזה"ז דליכא סמוכים. ועיין בספר החינוך מצוה

ס"ט שכתב וז"ל שלא לקלל הדיינים שנאמר אלקים לא תקלל ופירושו לדיינים כמו אשר ירשיעון אלקים והוציא הכתוב בלשון אלקים כדי שיהי' נכלל עם הלאו הזה לאו אחר והוא לאו דברכת השם יתברך עכ"ל והמנ"ח שם כתב על דברי החינוך האלו וז"ל דבריו מגומגמים קצת דגם על דיין צריך לכתוב אלקים כי דיינים סמוכים נקראים אלקים והלאו דברכת השם מבואר שם בש"ס מדכתיב לא תקל עכ"ל. ובמחכ"ת לא דק יפה דהא מבואר בהדיא בש"ס דמלא תקלל ילפינן אזהרה למקלל לדיין ולא למברך השם. ואזהרה למברך השם הוא מדכתיב אלקים ואלקים קודש הוא ודברי החינוך המה מדוקדקים מאוד ולפענ"ד כוונתו הוא כמו שכתבתי דאף המקלל דיין שאינו סמוך ומומחה ג"כ עובר בלאו זה ומה דהוציא הכתוב בלשון אלקים הוא לאו משום דכוונת התורה הוא דוקא דיין מומחה וסמוך אלא כדי שיהא נכלל בזה ג"כ לאו דברכת השם יתברך:

הלכות עדות

סימן כח

(א) **סעיף א** כל מי שיודע עדות לחבירו כו'. בתשובת חות יאיר סי' ר"ח כתב דצ"ע דדלמא אינו עובר באם לא יגיד ונשא עונו רק באומר שאינו יודע אבל בשותק אינו עובר רק דמשמעות קרא אם לא יגיד משמע ודאי אפי' שותק עובר וכך משמעות הפוסקים חייב להעיד. וכן בפ' הכונס היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו וזה פשוט עכ"ל. אמנם מדברי התוס' פ' הכונס יש להוכיח דשותק אינו עובר באם לא יגיד שכתבו שם בדף נ"ו ע"א ד"ה פשיטא דהא דעובר באם לא יגיד הוא דוקא בב"ד דכשאומרים אין אנו יודעים להעיד שוב אינם יכולים להעיד דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והיינו אם לא יגיד דקרא אבל חוץ לב"ד אין לחוש שיכול לחזור ולהעיד עכ"ל. ונראה דכוונת התוס' הוא דאם תובעים חוץ לב"ד שיבואו ויעידו ואמרו אין אנו יודעין ליכא נשיאת עון כלל אף דלא חזרו והעידו שוב כלל. וגם אפי' בגוונא דאם יעידו אח"כ לא יועיל שוב עדותן והיינו כשהתובע הביא עדים שהנתבע חייב לו והנתבע תובע מהעדים שלו שיבואו להעיד שאינו חייב ויהי' תרי נגד תרי. ובכה"ג אין מוציאין מיד המוחזק ואמרו העדים שאינם יודעים להעיד וא"כ נתחייב הנתבע לשלם ומוציאין מידו ובזה אם יעידו העדים אח"כ שאינו חייב לא יועיל שוב עדותן להוציא מיד התובע כיון דהשתא הרי התובע הוא המוחזק והוי תרי נגד תרי וכמבואר בסי' מ"ו סעיף ל"ז דבתרי נגד תרי אם תפס התובע לא מפקינן מיני' וכ"ש היכא שהנתבע בעצמו פרע לו. ואפ"ה אינם עוברים באם לא יגיד כיון דבשעה שאמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעים היו יכולים לחזור ולהעיד. וכן

מוכח בהדיא מדברי המהרש"ל שהבין כך כוונת התוס' דכתב שם אהא דאמרינן בגמרא שם והיודע עדות לחבירו נמי אצטריך לאשמעינן מהו דתימא מי יימר דכי הוה אתינא מסהדינא לי' הוה מודה דלמא הוי משתבע לשיקרא ובד"ש נמי לא לחייב קמ"ל. וכתב המהרש"ל דתיבת אתינא נמחק וטעות הוא דאיירי בב"ד כדפירשו התוס' עיי"ש. וכ"כ ביש"ש שם. והנה דברי המהרש"ל צריכין ביאור דאיך מייחס דברי התוס' הנ"ל להא דאמרינן בגמרא מי יימר דכי הוי אתינא כו'. הלא מה דאמרינן בגמרא מי יימר דכי הוי אתינא כו' אייריי בעד אחד והרי בע"א אף אם אומר אינו יודע בב"ד אינו עובר באם לא יגיד כיון דהקרא דאם לא יגיד משתעי בשני עדים וכמבואר בגמרא שם וכ"כ רש"י שם בהדיא וא"כ מה דפירשו התוס' הנ"ל דהסוגיא אייריי בב"ד דחוץ לב"ד א"ע באם לא יגיד הם סובבים אהא דרצה הש"ס מתחלה למוקמי הברייתא בשני עדים. אבל בע"א אין חילוק בין כשאומר בב"ד אינו יודע ובין כשאומר חוץ לב"ד אינו יודע ולעולם אינו עובר באם לא יגיד. וא"כ אמאי צריך המהרש"ל למחוק בגמרא תיבת אתינא עפ"י דברי התוס' הנ"ל הרי התוס' מיירי בשני עדים וכאן בגמרא דאמרינן מי יימר כו' אייריי בע"א. אך י"ל דדעת המהרש"ל הוא דכמו דמחלקים התוס' לענין אם לא יגיד דאם אמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעין לא עברו באם לא יגיד כיון שיכולים לחזור ולהעיד כמו כן נמי לענין חיוב תשלומין בד"ש אם אמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעין אינם חייבים בד"ש כיון שיכולים לחזור ולהעיד וכ"כ בהדיא הרשב"א בחידושיו לב"ק שם עיי"ש. וא"כ כיון דגם לענין חיוב תשלומין בד"ש שייך חילוקא דהתוס' הנ"ל לכן שפיר מייחס המהרש"ל דברי התוס' הנ"ל להא דאמרינן בגמרא מי יימר דכי הוי אתינא כו' אף דכאן אייריי בע"א כיון דלענין חיוב תשלומין בד"ש אין חילוק בין שני עדים לע"א והבן. ומעתה לפי"ז ע"כ צ"ל דהמהרש"ל הבין דכוונת התוס' הנ"ל הוא דאם אמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעין ליכא נשיאת עון אף דאינם מעידין אח"כ כלל. וגם אפי' היכא דלא יועיל אח"כ תו עדותן וה"נ לענין חיוב תשלומין בד"ש אינם חייבים בכה"ג דאל"כ למה צריך למחוק תיבת אתינא הלא שפיר יש לפרש אפי' היכא שאמר אינו יודע חוץ לב"ד אלא דמיירי דלא חזר והעיד אח"כ כלל ומיירי כמי בגוונא שלא יועיל עדותו כשיעיד השתא לכן חייב בד"ש ושפיר נקנו הגמרא תיבת אתינא אע"כ צ"ל דדעת המהרש"ל בכוונת התוס' הוא כמו שכתבתי ולכך שפיר מחק תיבת אתינא והבן. ומעתה לפי"ז יש ראי' דלא כהחו"י דלא מבעיא כשתובעם חוץ לב"ד שיבואו להעיד והם שותקים בודאי דליכא נשיאת עון כיון דאפי' כשאמרו אין אנו יודעין חוץ לב"ד אינם עוברים אלא אפי' כשתובעים בב"ד

שיעידו והם שותקים ואם יעידו אח"כ לא יועיל שוב עדותן ג"כ ליכא נשיאת עון דכיון דבשעה ששתקו היו יכולים לחזור ולהעיד וכדמוכח מהתוס' וממהרש"ל הנ"ל וכאמור:
ועוד יש לי מקום להוכיח כן דאם אמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעין או ששתקו בב"ד ליכא נשיאת עון אף דלא העידו שוב כלל. והוא ממ"ש הכ"מ בפ"א מהל' עדות ה"א דנשיאת עון תלוי בקרבן שבועה והיכא דאם נשבע לא מחייב קרבן שבועה כי לא נשבע ליכא נשיאת עון עיי"ש. והרי אם נשבע חוץ לב"ד שאינו יודע פטור מקרבן אף דאינו מעיד אח"כ כלל כיון דבעינן שיכפור בב"ד וכדתני במתני' בר"פ שבועת העדות. וא"כ כיון דבשבועה בכה"ג ליכא קרבן ה"נ כי לא נשבע ליכא נשיאת עון. וכן נמי אם השביען בב"ד ושתקו פטורים מקרבן שבועה וכמ"ש הרשב"א והריטב"א בחדושיהם לשבועות דף ל"א ע"ב. וא"כ ה"נ בלא שבועה ליכא נשיאת עון אם שתקו בב"ד:
ולכאורה יש להקשות לפי"ז בהא דאמרינן שם בגמרא אהא דתני היודע עדות לחבירו ואינו מעיד חייב בד"ש במאי עסקינן אילימא בבי תרי פשיטא דאוריי' הוא אם לא יגיד ונשא עונו אלא בחד. פירוש דעל חד סהדא לא קאי הקרא דאם לא יגיד כו' לכן שפיר הוצרך להשמיענו דחייב בד"ש עיי"ש. ואי נימא דהיכא דאמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעין או דשתקו בב"ד ליכא נשיאת עון אף דלא חזרו והעידו אח"כ כלל א"כ לוקמי הברייתא בתרי סהדי ומיירי היכא דאמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעין או דשתקו בב"ד ולא העידו אח"כ כלל ומיירי נמי בגוונא דאם יעידו השתא לא יועיל שוב עדותן וכגון בתרי נגד תרי וכנ"ל ובזה ליכא נשיאת עון ושפיר אצטריך לאשמעינן דחייב בד"ש. אמנם באמת ז"א דהרי לפי מה שהוכחתי בסמוך ממהרש"ל דאם אמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעין דיכולים לחזור ולהעיד אינם חייבים ג"כ בד"ש. אפי' היכא דלא העידו אח"כ כלל עד שאינו מועיל שוב עדותן ואפ"ה אינם חייבים בד"ש א"כ שפיר לא מצי לאוקמי בתרי סהדי ובגוונא הנ"ל כיון דבכה"ג אינם חייבים כלל בד"ש וע"כ צריך לאוקמי רק היכא שאמרו בב"ד אין אנו יודעין דבזה אינם יכולים שוב לחזור ולהעיד וחייבים בד"ש. וא"כ שפיר פריך אילימא בבי תרי פשיטא כו' ולכך מוקמינן הברייתא בחד סהדא ומיירי כשאמר בב"ד אינו יודע דבע"א ליכא נשיאת עון ואפ"ה חייב בד"ש כיון שאינו יכול לחזור ולהעיד והבן:
איברא באמת דברי המהרש"ל הנ"ל צ"ע אצלי דלא ידענא מי הכריחו לפרש דברי התוס' הנ"ל דכוונתם הוא דאם אמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעים ליכא נשיאת עון אפי' היכא דלא חזרו והעידו אח"כ כלל וה"נ לענין חיוב תשלומין בד"ש הוא כן ועי"ז הי' מוכרח למחוק בגמרא תיבת אתינא הלא שפיר י"ל דאפי' כשאמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעים

ולא העידו אח"כ כלל עד שאינו מועיל שוב עדותן ג"כ עברו באם לא יגיד. ומ"ש התוס' לחלק בין כשאמרו. בב"ד אין אנו יודעים ובין כשאמרו כן חוץ לב"ד כוונתם הוא דאם אמרו בב"ד אין אנו יודעים עברו מיד על אם לא יגיד כיון שאינם יכולים לחזור ולהעיד וכשאמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעים עדיין לא עברו בזה על אם לא יגיד כיון שיכולים לחזור ולהעיד. אבל באמת אם לא חזרו והעידו אח"כ כלל עד שאינו מועיל שוב עדותן שפיר עברו על אם לא יגיד כנלע"ד לפרש כוונת התוס'. וכן נ"ל לפרש ג"כ מ"ש הרשב"א בחדושיו שם לחלק לענין חיוב תשלומין בד"ש באם אמר בב"ד אינו יודע חייב בד"ש. אבל אם אמר אינו יודע חוץ לב"ד אף בד"ש פטור. נ"ל דכוונתו הוא ג"כ על דרך זה דאם כפר בב"ד חייב מיד בד"ש ואם כפר חוץ לב"ד אינו חייב מיד בד"ש כיון שיכול לחזור ולהעיד אבל באמת אם לא חזר והעיד אח"כ כלל עד שאינו מועיל שוב עדותו חייב בד"ש. ולפ"ז שוב אין אנו מוכרחין למחוק בגמרא תיבת אתינא דשפיר יש לפרש דמיירי חוץ לב"ד ואפ"ה חייב בד"ש דמיירי היכא שלא חזר והעיד אח"כ כלל ואם יעיד השתא לא יועיל עדותו והבן. וגם דברי הכ"מ הנ"ל צ"ע דמדברי התוס' ב"ק שם משמע בהדיא דדוקא חיוב קרבן שבועה תלוי בנשיאת עון והיכא דבלא שבועה ליכא נשיאת עון ליכא בשבועה קרבן אבל נשיאת עון איכא אפי' היכא דל"ש קרבן שבועה עיש"ה. וגם בלא"ה גוף דבריו צ"ע וכאשר תפס עליו בס' מנ"ח מצוה קכ"ב עיי"ש. ומבלעדי זאת מצאתי עוד סתירה להכ"מ מדידי' אדידי' דמדברי הב"י ריש סימן זה יש להוכיח דאם שתקו בב"ד ולא העידו שוב כלל עברו באם לא יגיד שכתב טעמא דאם אמרו חוץ לב"ד אין אנו יודעים אינם עוברים באם לא יגיד דילפינן הכי מדכתיב אם לא יגיד ונשא עונו במקום שאילו הי' מגיד הי' מחייב ממון לאפוקי אם כבש עדותו חוץ לב"ד דאפי' הי' מגיד שם לא הי' מחייב ממון עכ"ל. וכ"כ הכ"מ פ"א מהל' עדות. ולפי"ז כשעמדו בב"ד ושתקו וכבשו עדותן ג"כ עברו באם לא יגיד דהא כשעמדו בב"ד אם היו מעידין היו מחייבין ממון. וא"כ הרי סותר דעת עצמו דלפמ"ש דנשיאת עון תלוי בקרבן שבועה. א"כ כששתקו בב"ד ליכא נשיאת עון וכמש"ל. ולפי טעמא הנ"ל שכ' בב"י ובכ"מ ע"כ דאם שתקו בב"ד איכא נשיאת עון. ולכאורה רציתי לומר דמה שכתבתי לעיל להוכיח מדברי הכ"מ הנ"ל דאם שתקו בב"ד ליכא נשיאת עון דאין זה הוכחה כלל לפי דעת הרמב"ן בחדושיו לשבועות שם דס"ל דאף אם שתקו חייבים בקרבן שבועה. וא"כ י"ל דהכ"מ סובר כדעת הרמב"ן וא"כ שפיר ס"ל להכ"מ דבלא שבועה איכא נמי נשיאת עון אם שתקו בב"ד ושוב אין כאן סתירה כלל. אמנם ז"א דהמעיין בהרמב"ן וברשב"א שם יראה דגם הרמב"ן לא קאמר דאם שתקו חייבין בקרבן שבועה אלא דוקא כשאמרו עכ"פ

לפני השבועה שאין יודעין עדות אבל אם שתקו לגמרי וגם לפני השבועה לא אמרו שאין יודעין עדות גם הרמב"ן מודה דפטורים מקרבן שבועה עיי"ש. והרי מה דאנו דנין לענין נשיאת עון בלי שבועה בשתיקה בב"ד היינו ששתקו בב"ד לגמרי ולא אמרו כלל שאין יודעין עדות והא בכה"ג בשבועה אינם חייבים קרבן לכ"ע. וא"כ לפי דעת הכ"מ הנ"ל ליכא נשיאת עון בשתקו בב"ד אליבא דכ"ע. ושוב דבריו סותרים אהדדי וצ"ע:

(**ב**) **שם באותו סעיף** וחייב בדיני שמים. עיין ביש"ש פ' הכונס שכתב בשם צפנת פענח דכל מקום שאמרו שחייב בד"ש אם בא צריכין להודיעו אין אנו יכולין לחייב אותך. אבל צריך אתה לצי"ש עיי"ש. וכ"כ הריטב"א ב"מ דף צ"א בשם הראב"ד עיי"ש. ועיין מזה גם בתשובת מהר"ם מינץ סי' ק"א והובא גם בכנה"ג בהגהות הטור אות כ"ג. וכן משמע בהדיא בירושלמי כתובות סוף פרק א"ל דאיתא שם קנס מהו שיאמרו לו צא ידי שמים כו' עיי"ש ומשמע בהדיא דהיכא דחייב לצי"ש צריכין הב"ד להודיעו שחייב לצי"ש.:

עוד כתב שם המהרש"ל והובא בש"ך סק"ב לחלק לענין תפיסה בחיוב לצי"ש דדוקא בקלב"מ דחייב הוא רק דלא קטלינן לי' בתרי קטלא ועבדינן לי' החומרא הלכך היכא דלא עבדינן לי' החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמה"ז אי תפס לא מפקינן מיני'. אבל היכא שגרמא בנזקין הוא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצי"ש אי תפס מפקינן מיני' עיי"ש. והתומים הביא ראי' לזה דבחיוב לצי"ש לא מהני תפיסה מדברי הרשב"א בחידושיו לב"ק דף ע"ה דהוכיח דמודה בקנס פטור אפי' לצי"ש מעובדא דר"ג דהפיל שן טבי עבדו וא"ל ר"י דאין להוציאו דכבר הודה בקנס ופטור ולמה לא הוציאו ר"ג לצי"ש עכ"ל הרשב"א וקשה מה אריא לצי"ש דנקט הא אפי' בד"א יצא לחירות ועדיפא הו"ל להוכיח דהא העבד הו"ל כתפוס וכמ"ש הראב"ד והביאו הרא"ש פ"ק דב"ק א"ו דתפיסה לא מהני בחיוב לצי"ש לכך כתב דהו"ל לשחררו לצי"ש עיי"ש, ואמרתי דזה אינו ראי' כלל דהנה כל דברי הרשב"א האלה הם לשון הירושלמי סוף פ"ג דכתובות וגם הרשב"א הביא זאת בשם הירושלמי. ועל הירושלמי לק"מ קושית התומים וממילא אינו ראי' כלל. והוא דהנה מה שהזכיר התומים בשם הראב"ד דעבד הו"ל כתפוס כן כתב הראב"ד לענין קנס דאי תפיס מקמי הודאתו ואח"כ הודה מפקינן מיני' ולא אמרינן דתפיסה מקמי הודאה כעדים דמיא והביא ראי' מדא"ל ר"י לר"ג אין בדבריך כלום שכבר הודית והרי טבי עבדו כתפוס מקמי הודאה הוי שהרי גופו אצלו עיי"ש בהרא"ש פ"ק דב"ק:

והנה דברי הראב"ד צריכין ביאור דמה ראי' הוא מעבד לשאר מודה בקנס דהלא עבד אינו יכול לתפוס בעצמו כיון דעבד היוצא בראשי אברים צריך גט שחרור וא"כ כל זמן שלא מטי גטי' לידי' עדיין רשות רבו עליו ואינו יכול לזכות בעצמו וכ"כ הפני משה בירושלמי

ב"ק פ"ד ה"ח במראה הפנים שם דלשיטת הש"ס דידן והרמב"ם דס"ל דהמפקיר עבדו צריך גט שחרור אינו יכול העבד לזכות בעצמי מכח יאוש והפקר כיון דעדיין הוא ברשות רבו עיי"ש. אולם דברי הראב"ד נכונים דבש"ס קדושין דף כ"ד איתא פלוגתא אי עבד היוצא בראשי אברים צריך ג"ש ר"ט אומר א"צ ור"ע אומר צריך המכריעים לפני חכמים אומרים נראין דברי ר"ט בשן ועין דהתורה זכתה לו ודברי ר"ע בשאר אברים הואיל ומדרש חכמים הוא עיי"ש. הרי דשיטת הש"ס הוא דבשן ועין ג"ש וכמו שאמרו המכריעין וא"כ שפיר הביא הראב"ד ראי' מעובדא דר"ג דלא מהני תפיסה מקמי הודאה דהא התם איירי שסימא ר"ג את עין טבי עבדו [כן היא הגירסא בש"ס דידן ובירושלמי איתא שהפיל שנו ולעניינו אין חילוק בין עין לשן] וא"כ הרי א"צ גט שחרור ושפיר קאמר הראב"ד דטבי הוי תפוס מעצמו וא"ש. והנה הירושלמי כתובות שם הוא סתם ירושלמי וסתם ירושלמי הוא ר' יוחנן. ויש בידי להביא ראי' דר' יוחנן ס"ל דגם בשן ועין צריך ג"ש דאיתא בירושלמי ב"ק פ' החובל ה"ד וז"ל תני העדים שאמרו מעידין אנו על איש פלוני שסימא שתי עיניו כאחת שהפיל שתי שניו כאחת אינו נותן לו כלום זו אחר זו יוצא לחירות בראשונה ונותן לו דמי שני' ר' אבהו בשם ר' יוחנן זאת אומרת שמין לעבדים בושת עכ"ל. והנה מימרא דר"א בשם ר"י לכאורה צע"ג דהרי בש"ס דידן בגיטין דף מ"ב ע"ב הביא שם הך ברייתא דזו אחר זו נותן לו דמי שני' ומוקי שם הש"ס כמ"ד דהיוצא בשן ועין א"צ ג"ש וכן בירושלמי גיטין פ"ד ה"ד הביא שם הך ברייתא ואמר ר' אילא בשם ר"ל כמ"ד אין צריך לכתוב לו ג"ש ברם כמ"ד צריך לכתוב לו ג"ש ואת אמרת משלם לו עכ"ל. וא"כ כיון דאתיא הך ברייתא כמ"ד א"צ ג"ש האיך מביא ר' יוחנן ראי' מהתם דשמין לעבדים בושת דהלא מיד כשסימא את עינו הרי הוא בן חורין גמור. ושוב הגיע לידי הירושלמי דפוס זיטאמר עם הגהות גליון הש"ס מהגאון רמ"ז מלבוב וראיתי שהעיר בקושיא זו. ולפע"ד אחר העיון בהסוגיא בש"ס דידן בגיטין שם ניחא שפיר דאיתא שם איבעיא להו מעוכב גט שחרור יש לו קנס או אין לו קנס כסף שלשים שקלים יתן לאדוניו אמר רחמנא והאי לאו אדון הוא א"ד כיון דמעוכב ג"ש אדון קרינא בי'. ת"ש הפיל שינו וסימא את עינו זו אחר זו יוצא בשינו ונותן דמי עינו ואי אמרת יש לו קנס וקנס לרבו השתא חבלי בי' אחרינא יהבי לרבי' חבל בי' רבי' גופי' יהיב לי' לדידי' ודחה הש"ס דלמא כמ"ד א"צ ג"ש עיי"ש. ולכאורה יש לדקדק בהא דקאמר הש"ס דלמא כמ"ד א"צ ג"ש אמאי לא קאמר דבודאי אתיא כמ"ד א"צ ג"ש וכדאמר ר"ל בירושלמי גיטין הנ"ל. אולם באמת ניחא שפיר דכיון דמספקא להו אי מעוכב ג"ש קרינן בי' אדון ויש לו קנס אי לא קרינן בי' אדון ואין לו קנס א"כ אם נימא דמעוכב ג"ש אין לו קנס

דלא קרינן בי' אדון שוב א"א לומר דמ"ד צריך ג"ש פליג אהך ברייתא דזו אחר זו נותן לו דמי שני' דהרי שפיר י"ל דגם מ"ד צריך ג"ש סובר כהך ברייתא והא דנותן לו דמי שני' הוא משום דלא מקרי אדון וכמו דאין לו קנס והלכך שפיר קאמר הש"ס דלמא אתיא כמ"ד א"צ ג"ש כיון דמספקא להו אי מעוכב ג"ש קרינן בי' אדון אי לא והבן. ולפי"ז צ"ל דמה דקאמר ר"ל בירושלמי גיטין הנ"ל דהך ברייתא אתיא דייקא כמ"ד א"צ ג"ש ולא כמ"ד צריך ג"ש. זהו משום דלר"ל הי' פשיטא לי' דמעוכב ג"ש יש לו קנס דאדון קרינן בי' ולכך שפיר קאמר דמ"ד צריך ג"ש פליג אהך ברייתא ואתיא הברייתא רק כמ"ד א"צ ג"ש. ומעתה י"ל דלר' יוחנן הי' פשיטא לי' דמעוכב ג"ש אין לו קנס דלא קרינן בי' אדון. וא"כ הוא סובר דשפיר אתיא הברייתא דזו אחר זו נותן לו דמי שני' גם כמ"ד צריך ג"ש וכיון שכן שפיר קאמר ר' יוחנן בירושלמי פ' החובל הנ"ל אליבא דמ"ד צריך ג"ש זאת אומרת דשמין לעבדים בושת כיון דצריך ג"ש עדיין מקרי עבד. ואף דלענין קנס אמרינן דלאו אדון הוא ואין לו קנס מ"מ הוא מקרי עבד דדוקא האדון הוא דלא מקרי אדון לגבי' כיון דאסור להשתעבד בו ואין לו בו קנין אבל הוא מקרי עבד דהא אינו בן חורין דמעוכב ג"ש הוא ואסור בבת חורין וכ"ש לשיטת התוס' וסייעתם דמעוכב ג"ש מותר בשפחה כנענית בודאי דמקרי עבד. ומהגם עפ"י מה דאמרינן בב"ק דף פ"ח ע"א טעמא דר' יהודה דאמר במתני' דאין לעבדים בושת משום דעבד אין לו אחוה ופרש"י שם שאינו בא בקהל וא"כ גם מעוכב ג"ש אינו רשאי לבא בקהל לישא ישראלית ולר' יהודה אין לו בושת וא"כ שפיר הוכיח ר' יוחנן מהברייתא דזו אחר זו נותן לו דמי שני' דשמין לעבדים בושת וא"ש. ומעתה מדבא ר' יוחנן להוכיח מהברייתא הנ"ל דשמין לעבדים בושת והוא אליבא דמ"ד דהיוצא בשן ועין צריך ג"ש ע"כ דגם הוא ס"ל כן דבשן ועין צריך ג"ש. וכיון שכן לק"מ קושית התומים על הירושלמי כתיבות הנ"ל דהוא סתם ירושלמי ור' יוחנן הוא ולדידי' טבי עבדו של ר"ג לא יכול לתפוס בעצמו כיון דצריך ג"ש ועדיין הוא ברשות רבו וכמ"ש. וממילא אזדא ראיתו ודוק:

אמנם אחר שובי נחמתי דהנה מה שכתבתי בסמוך לישב דברי הראב"ד דהוא אזיל בשיטת המכריעין דבשן ועין א"צ ג"ש לא ניחא לי דהלא באמת אנן קיי"ל ביו"ד סימן רס"ז דגם בשן ועין צריך ג"ש. וע"כ דגם שיטת הש"ס דידן הוא כן וכ"כ הראשוני' דאין הלכה בזה כהמכריעין ועיין מזה גם בלח"מ פ"ה מה' עבדים ה"ד. אך קושיתינו על הראב"ד באמת לק"מ דהא מבואר בגיטין פ' השולח דאף דצריך ג"ש מ"מ העבד זוכה בעצמו שלא יהא רשאי רבו להשתעבד בו. וא"כ שפיר הביא הראב"ד ראי' מעובדא דר"ג דלא מהני תפיסה מקמי הודאה דאל"כ אמאי קאמר ר"י לר"ג דאין בדבריך כלום הרי

עכ"פ מהני הודאתו ותפיסת טובי עבדו בעצמו לענין שלא יהא רשאי להשתעבד בו. ובאמת לעיל בסי' א' סק"ד תמהתי בזה על דברי המראה פנים הנ"ל עיי"ש. ולפי"ז אף דהירושלמי כתובות הנ"ל הוא ר' יוחנן ור"י ס"ל דגם בשן ועין צריך ג"ש וכאמור. עכ"ז שוב שפיר קשה קושית התומים הנ"ל אמאי נקט הירושלמי לציי"ש הא אפילו בד"א יצא לחירות מכח תפיסה. ואין לומר דכיון דעכ"פ לא מועיל תפיסת העבד בעצמו שלא יצטרך ג"ש. וא"כ שפיר קאמרו בירושלמי דהי' לו לר"ג לשחררו לציי"ש היינו לכתוב לו ג"ש. דז"א דהא כיון דמועיל תפיסת העבד לענין שלא יהא רשאי רבו להשתעבד בו שוב ליכא העשה דלעולם בהם תעבודו וכמ"ש התוס' גיטין דף ל"ח ד"ה כל המשחרר עיי"ש. וא"כ שפיר הו"ל להירושלמי למימר דהי' לו לר"ג לשחררו מד"א כיון דליכא העשה דלעולם בהם תעבודו. ומהגם דהרי ר"ג הי' מתאוה לשחררו דטבי עבד כשר הי' רק דלא יכול לשחררו מצד העשה דלב"ת וכמבואר בהדיא בש"ס דידן בב"ק דף ע"ד ע"ב עיי"ש וברש"י שם. וא"כ כיון דמהני תפיסת העבד לענין שלא יהא רשאי רבו להשתעבד בו ושוב ליכא העשה דלב"ת שפיר הוי יכול ר"ג לשחררו מצד הדין. אלא ודאי דבחיוב לציי"ש לא מהני תפיסה וכמ"ש התומים והבן:

ומ"ש התומים דהתוס' ס"ל דאפי' בקלב"מ לא מהני תפיסה דאיתא בסנהדרין דף ע"ב רבא אגנב לי' דיכרי במחתרתא אהדרינהו ניהלי' ולא קבלינהו הואיל ונפק מפומי' דרב דבדמים קנינהו והקשו התוס' הא מחייב לציי"ש ותירצו דכאן לא הי' רוצים להחזיר אא"כ יתחייבו בדיני אדם. וקשה דאכתי כיון שבא לידו רבא מדוע החזירם הא לא גרע מאלו תפס מהם עיי"ש. עיין בקצה"ח שהביא ראי' מדברי התוס' האלו למ"ש המהרש"ל לחלק דדוקא היכא דלא עבדינן לי' החומרא מהני תפיסה. אבל היכא דעבדינן לי' החומרא אי תפס מפקינן מיני'. וא"כ הבא במחתרת עבדינן לי' החומרא דרשאין להרוג אותו. ואע"ג דניצל ולא נהרג לא הוי כשוגג אלא כמו מזיד ובהתראה וברח לכך שפיר לא זכה רבא בהם מכח תפיסה עיי"ש. אמנם זה ליתא עפי"י מ"ש הקצה"ח בעצמו לקמן בסמוך דהיכא דעבדינן לי' החומרא ליכא עליו כלל חיוב תשלומין לציי"ש וכ"כ במשובב דתפיסה וחיוב לציי"ש תלוי זה בזה דהיכא דמחויב לציי"ש מהני תפיסה והיכא דעבדינן לי' החומרא דלא מהני תפיסה ע"כ לציי"ש נמי לא מחייב עיי"ש. והרי התוס' הקשו דחייב לציי"ש והא התם עבדינן החומרא וכמ"ש בקצה"ח וע"כ דדעת התוס' הוא דאף היכא דעבדינן החומרא חייב לציי"ש. וא"כ שוב שפיר קשה קושית התומים מדוע החזיר רבא הלא זכה מכח תפיסה. וע"כ צ"ל כמ"ש התומים דדעת התוס' הוא דבחיוב לציי"ש לא מהני תפיסה אפי' בקלב"מ:

ועפ"י הבנת הקצה"ח בדעת המהרש"ל דהיכא דעבדינן לי' החומרא גם לצי"ש אינו חייב. יש לישב קושית הים התלמוד בב"ק דף ע' אהא דאמר רבא שם אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו והקשה הא כל הבועל אשה לשם זנות לוקה משום לא יהי' קדש. וא"כ אמאי נקט רבא דייקא אתנן הבא על אמו ת"ל דכל אתנן האמור בתורה דחייב מלקות הא קיי"ל דאינו לוקה ומשלם ואפ"ה אתננה אסור עיי"ש. ויש לישב דהא מה דאמר רבא הרבותא אפי' בא על אמו אסור האתנן בא להוכיח מזה דהא דפטור בקלב"מ מתשלומין הוא רק בדיני אדם אבל בד"ש חייב ומש"ה אסור האתנן כיון דצריך ליתן לה האתנן לצי"ש ולא הוי כמתנה בעלמא וכמ"ש רש"י ז"ל בב"מ דף צ"א. ולפי דעת המהרש"ל כפי הבנת הקצה"ח דרק היכא שהי' בלא התראה דלא עבדינן לי' החומרא אז הוא מחויב לצי"ש. אבל היכא שהי' במזיד ובהתראה דעבדינן לי' החומרא פטור אפי' מלצי"ש. א"כ צ"ל דמה דאמר רבא דהאתנן אסור מכח החיוב לצי"ש היינו דוקא היכא שהי' בלא התראה דבזה הוא מחויב לצי"ש כיון דלא עבדינן לי' החומרא. אבל היכא שהי' בהתראה דבזה אינו מחויב לצי"ש כיון דעבדינן לי' החומרא האתנן מותר וכיון שכן ע"כ צריך לנקוט דייקא הבא על אמו דחייב מיתה דבזה שפיר מה דאסור האתנן הוא מכח חיוב לצי"ש כיון דחייבי מיתות לעולם פטורין מתשלומין אפי' שוגגין וא"כ מה דאסור האתנן הוא מכח חיוב לצי"ש והיינו היכא שהי' בלא התראה דלא עבדינן לי' החומרא ובכה"ג חייב לצי"ש משא"כ בכל הבועל אשה לשם זנות דאיכא חיוב מלקות מזה ליכא הוכחה דבקלב"מ חייב לצי"ש ומש"ה האתנן אסור דהרי בחייבי מלקות היכא דלא עבדינן לי' החומרא והיינו שהי' בלא התראה חייב הוא מן הדין לשלם דקיי"ל חייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין וא"כ שפיר אסור האתנן כיון דהוא חייב מן הדין לתת לה האתנן ואילו תבעה לי' בדינא לתת לה האתנן אמרינן לי' זיל שלים וא"צ לדון מכח חיוב לצי"ש והלכך שפיר נקט רבא דייקא הבא על אמו והבן היטב:

אכן לפי"ז לא יעלה כהוגן הסוגיא בב"מ שם דהרי רבא שם בא לשנויי בזה מה דת"ר החוסם פי פרה ודש בה לוקה ומשלם והיינו דמשלם בבא לצי"ש. והלא לפי הנ"ל אין במציאות כלל בחייבי מלקות חיוב לצי"ש דאי בלא התראה הרי הוי חייבי מלקות שוגגין וחייבין בתשלומין מצד הדין ואי בהתראה הרי ליכא חיוב לצי"ש כיון דעבדינן לי' החומרא. אך ראיתי להקצה"ח בסוף דבריו שהקשה כן בפשיטות על המהרש"ל דמלישנא דש"ס דפריך והא אינו לוקה ומשלם ומשני רבא בבא לצי"ש משמע דאפי' היכא דעבדינן החומרא חייב לצי"ש. ותירץ דרבא ס"ל כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין וא"כ מצינו למימר דרבא משני דמיירי בשוגג ומשלם לצי"ש עיי"ש.

וכן ראיתי להדיא בישׁ"ש כתובות פ' א"נ סי' ד'. ובחולין פ' אותו ואת בנו סי' ז' שפ"כ דרבא ס"ל כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מלשלם [ועיין מזה בפנ"י ב"ק דף ע"א בתוס' ד"ה בטובח על ידי אחר עיי"ש. ועיין גם בהר"ש ריש פ"ז דמס' תרומות]. וכיון שכן דרבא סובר כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מלשלם שוב לא נתיישב קושית הים התלמוד בתירוצינו הנ"ל דהא שפיר יכול רבא לנקוט ג"כ כל הבועל אשה לשם זנות ואף דבזה אינו רק חיוב מלקות מ"מ ע"כ צ"ל דהאתנן אינו אסור רק היכא שהי' שוגג ומכח החיוב לציי"ש:

אך באמת גוף הדבר שחידש הקצה"ח דהיכא דעבדינן לי' החומרא גם לציי"ש אינו חייב. תמוה מאוד דהמעיין בישׁ"ש יראה דמה דמחלק המהרש"ל בין היכא דעבדינן החומרא ובין היכא דלא עבדינן החומרא קאי רק לענין תפיסה לבד ולא לענין חיוב לציי"ש וכוונתו הוא דהיכא דלא עבדינן החומרא הוי כמו דהוא חייב מן הדין לשלם לכן מהני תפיסה והיכא דעבדינן החומרא ליכא עליו רק חיוב לציי"ש לבד וכמו גרמא בנזקין לכן לא מהני תפיסה עיי"ש. ועיין גם בנתיבות שהשיג עליו בזה. וגם מ"ש הקצה"ח במשובב דחיוב לציי"ש והפיכה תלוי זב"ז והיכא דלא מהני תפיסה ע"כ לציי"ש נמי לא מחייב. נפלאתי מאוד הלא גרמא בנזקין אמרינן בהדיא בב"ק פ' הכונס שם דחייב לציי"ש. וע"ז כתב המהרש"ל שם דלא מהני תפיסה. ולא אכחד דעלה בדעתי להביא ראי' להקצה"ח דהיכא דעבדינן לי' החומרא ליכא חיוב לציי"ש. מהא דפריך הש"ס כתובות דף ל"ז ע"ב ולא תקחו כופר לנפש רוצח למה לי הא פטור מכופר מטעם קלב"מ. ומשני דאמר רחמנא לא השקול ממונא מיני' והפטרי' מקטלא עיי"ש. וקשה מה פריך דל"ל קרא הלא בקלב"מ חייב לציי"ש ודלמא אתיא קרא להשמיענו דרוצח פטור מכופר אפי' לציי"ש אע"כ צ"ל דבקלב"מ היכא דעבדינן לי' החומרא פטור גם מלציי"ש. וא"כ מקשה שפיר דל"ל קרא. אמנם ז"א דהרי אכתי קשה קושיא זו בהא דפריך תו בגמרא שם לא תקחו כופר לנוס אל עיר מקלטו למה לי עיי"ש. וקשה קושיתינו הנ"ל דמה פריך דל"ל קרא הלא הך קרא איירי בשוגג ובכ"מ בחייבי מיתות שוגגין דלא עבדינן לי' החומרא חייב לציי"ש. ודלמא אתיא קרא להשמיענו דרוצח בשגגה פטור מלציי"ש. ולכאורה רציתי לומר דהיכא דחייב גלות הוי ג"כ כמו דעבדינן לי' החומרא ופטור מלציי"ש ורק היכא שהי' במזיד ובלא התראה דאינו חייב מיתה ולא גלות בזה חשיב דלא עבדינן לי' החומרא וחייב לציי"ש. וכן יש להביא ראי' לזה מרש"י ז"ל ב"ק דף כ"ו ע"א דאמרינן שם בגמרא ויהא אדם חייב בכופר מק"ו אמר קרא עליו ולא על האדם. ופרש"י וז"ל ויהא אדם חייב בכופר כגון במזיד ולא אתרו בי' דליתא בר קטלא ולאו בר גלות עכ"ל. ומבואר דכוונת רש"י

ז"ל הוא דהי' קשה לי' דהאיך סד"א דיהא אדם חי כופר הלא פטור הוא מטעם קלב"מ ולכך דכוונת הש"ס היא היכא שהי' מזיד ולא אתרו בי' דאינו חייב לא מיתה ולא גלות ובזה לא מיפטר מטעם קלב"מ. והנה דבריו תמוהים דהלא חייבי מיתות שוגגין פטורים מתשלומין אפי' היכא שהי' מזיד ולא אתרו בו. וכבר עמד בזה השטמ"ק שם. ונ"ל לישב עפ"י מה שראיתי בס' יראים להר"א ממיץ סי' ר"ז שכתב שם דהא דאצטריך למעוטי אדם מכופר מעליו אע"ג דחייבי מיתות אפי' שוגגין פטורין מתשלומין משום דאצטריך למיפטרי' מכופר מדיני שמים עיי"ש. וי"ל דגם רש"י ז"ל מפרש הסוגיא כמ"ש הרא"מ והא דקאמר הש"ס ויהא אדם חייב בכופר היינו בד"ש והלכך שפיר מפרש רש"י כגון במזיד ולא אתרו בי' דלאו בר קטלא ולאו בר גלות הוא דבכה"ג נהי דפטור מתשלומין מטעם חייבי מיתות שוגגין אבל הא חייב הוא לציו"ש כיון דלא עבדינן לי' החומרא וסד"א דיתחייב כופר לציו"ש ואצטריך קרא דעליו למעוטי דפטור אפילו מלציו"ש. משא"כ היכא שהוא בר קטלא או בר גלות פטור מלציו"ש כיון דגם חיוב גלות הוי כמו דעבדינן לי' החומרא וא"צ קרא דעליו וא"ש ולק"מ קושית השטמ"ק. הרי יש ראי' מדברי רש"י ז"ל הנ"ל דהיכא דחייב גלות הוי כמו דעבדינן לי' החומרא ופטור מלציו"ש. אמנם אף כי דברינו נכונים לישב בזה דברי רש"י ז"ל בכל זאת לא ניחא לי להחליט לחלוטין דבר זה דחיוב גלות הוי כמו דעבדינן לי' החומרא דבאמת מדברי הרשב"א שהביא השטמ"ק כתובות דף ל"ד ע"ב מוכח בהדיא דמסתבר טפי לומר דשוגג גמור אף דחייב גלות חייב בתשלומין ממזיד ולא אתרו בי' שכ' שם אהא דאמר רב דימי דר"י ס"ל חייבי מיתות שוגגין חייבין בתשלומין וז"ל ואם היינו מפרשים נמי דשוגגין דחייבי מיתות היינו שוגגין גמורים ולהכי קא מחייב ר"י כו' אבל חייבי מיתות מזידין אלא דלא אתרו בי' מודה ר"י דפטור כו' עיי"ש ומסתימת לשון הרשב"א מוכח דמיירי בכל חייבי מיתות שוגגין ואפילו שוגגין דרציחה דחייב גלות הרי בהדיא דסברא הי' לומר דאף דבמזיד ולא אתרו בי' פטור מתשלומין אפ"ה שוגג גמור חייב בתשלומין ואף דחייב גלות וע"כ דחיוב גלות לא הוי כמו דעבדינן לי' החומרא. וגם בישו"ש פ' הכונס שם מבואר בהדיא דשוגג גמור שחייב גלות מיחשב ג"כ כמו דלא עבדינן החומרא דכתב שם וז"ל היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמה"ז כו' עיי"ש. וע"כ דמה דקאמר שוגג כוונתו הוא שוגג גמור ומסתמא גם הוא מיירי בכל חייבי מיתות שוגגין ואפילו חייבי מיתות שוגגין דרציחה שחייב גלות וקאמר בזה דלא עבדינן החומרא וכן יש להוכיח עוד מתנא דבי חזקי' דיליף מהקישא דמכה אדם ומכה בהמה דאדם פטור מתשלומין בין בשוגג בין במזיד בין מתכוין לשאין מתכוין. והא דקאמר בין בשוגג היינו

שוגג גמור וא"כ מדצריך למילף מהקישא דגם חייבי מיתות שוגגים גמורים פטורים מתשלומין ע"כ דשוגג גמור אף דחייב גלות לא הוי כמו דעבדינן לי' החומרא. ולקושית השטמ"ק על רש"י ז"ל ב"ק הנ"ל עיין בפנ"י שם מ"ש לתרץ על נכון ולפי תירוצו שם אין להוכיח כלל מרש"י ז"ל דשוגג גמור דחייב גלות הוי כמו דעבדינן לי' החומרא עיש"ה. ומעתה לפי"ז כיון דקשה קושיתינו הנ"ל גם בהא דפריך הש"ס לא תקחו כופר לנוס אל עיר מקלט למה לי דהך קרא איירי בשוגג. שוב אין להביא ראי' מכח קושיתינו הנ"ל בהא דפריך הש"ס לא תקחו כופר לנפש רוצח ל"ל דהיכא דעבדינן החומרא אינו חייב לצי"ש וכמובן. ולעיקר קושיתינו הנ"ל יש אתי אריכות דברים ועדיין לא צרפתים בכור הבחינה. אך בפשיטות נ"ל לישב דמשמעות קרא דלא תקחו כופר משמע דקאי על הב"ד דהב"ד לא יענשו אותו בכופר וא"כ ל"ש לומר דהקרא אתי' להורות דפטור מלתת כופר לצי"ש דהרי לצי"ש אין בכח הב"ד לחייבו:

ומעתה כיון דעלה בידינו דדעת המהרש"ל הוא דלצי"ש הוא חייב. אף היכא דעבדינן החומרא ולא כמו שהבין הקצה"ח דדעת המהרש"ל הוא דהיכא דעבדינן החומרא פטור אפילו מלצי"ש א"כ שוב שפיר יש ראי' מדברי התוס' סנהדרין הנ"ל לחילוקו של המהרש"ל וכמ"ש הקצה"ח בריש דבריו ודו"ק בכל זה:

ולא אכחד דלכאורה יש לפקפק בגוף דברי הקצה"ח הנ"ל מה שמדמה הבא במחתרת וניצל ולא נהרג למזיד ובהתראה וברח. דלא דמי כלל דהלא במזיד ובהתראה וברח רשאין לגמור דינו ולהמיתו או להלקותו בכל מקום שהוא. משא"כ הבא במחתרת אינו רשאי להרגו חוץ למחתרת ויש לו דמים וכמו שפסק הרמב"ם בפ"ט מה' גניבה הי"א. וכן מבואר ברש"י ז"ל בסנהדרין דף ע"ב ע"א במתני' ד"ה אין לו דמים עיי"ש. ועיין גם בכתובות דף ל"ד ע"ב דאמרינן שם שבת איסור עולם הוא. אבל מחתרת איסור שעה הוא עיי"ש וברש"י ותוס' שם. וזה הוא פלוגתא בירושלמי סנהדרין פ"ח ה"ח. אולם המעיין בצדק בקצה"ח יראה דמה שמדמה הבא במחתרת וניצל ולא נהרג למזיד ובהתראה וברח הוא לאו דוקא ורק לרווחא דמילתא נקט כן כי באמת כוונתו הוא דאף דהבא במחתרת וניצל אינן רשאין להרוג אותו. מ"מ כיון דבשעה שהי' במחתרת הי' עליו החומרא דרשאין להרוג אותו ואז לא הי' מהני תפיסה לכן גם אח"כ כשניצל ולא נהרג דאינן רשאין להרוג אותו תו לא מהני תפיסה:

ומה שהקשה התומים לדעת המהרש"ל דהיכא דעבדינן החומרא לא מהני תפיסה הלא מה דכתב רש"י דאי תפס לא מפקינן מיני' כתב כן אהך דחוסם פי פרה דלוקה ומשלם דמוקמינן בבא לצי"ש. ואי נימא דמיירי בשוגג הרי קיי"ל חייבי מלקות שוגגין חייבין

בתשלומין אע"כ דמיירי במזיד ובהתראה ואפ"ה חייב לצי"ש. ואי תפס לא מפקינן מיני' עיי"ש. הנה קושיא זו מיושב שפיר בתירוץ הקצה"ח שהבאתי לעיל לקושיתו שהקשה על המהרש"ל לפי הבנתו דדעת המהרש"ל הוא דהיכא דעבדינן החומרא אינו חייב לצי"ש. והקשה דמלישנא דש"ס דפריך והא אינו לוקה ומשלם ומשני רבא בבא לצי"ש משמע דאפי' היכא דלוקה ועבדינן החומרא חייב לצי"ש. ותירץ דרבא ס"ל כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין וא"כ מצינו למימר דרבא משני דמיירי בשוגג ומשלם לצי"ש. ולפי"ז לא קשה נמי קושית התומים הנ"ל. אמנם באמת תירוץ הקצה"ח הוא דוחק מאוד דהרי לפי דבריו צ"ל מה דתני בברייתא שם החוסם פי פרה ודש בה לוקה ומשלם היינו דלוקה בידי שמים וכ"כ במשובב שם. והוא דוחק מאוד דהרי לא מצינו כלל מלקות ביד"ש. ומה שהביא במשובב שם סייעתא לדבריו מדברי השטמ"ק בשם הריטב"א בב"מ שם שכתב דלוקה בידי שמים ומשלם בד"ש. בודאי ט"ס נפל בדברי הריטב"א. וצ"ל לוקה ומשלם בידי שמים והיינו דלוקה בידי אדם. וכן ראיתי להגאון מלייפניק בהגהותיו בכ"י על הקצה"ח שכ"כ. אך קושית הקצה"ח באמת מעיקרא ליתא כיון דבאמת דעת המהרש"ל הוא דאף דעבדינן החומרא חייב לצי"ש רק תפיסה לא מהני וכמו שכתבתי לעיל. וא"כ שפיר מוקי רבא הך דחוסם פי פרה ודש בה לוקה ומשלם בבא לצי"ש ומיירי באמת במזיד ובהתראה וחייב מלקות בדיני אדם ולק"מ קושית הקצה"ח. אבל קושית התומים מרש"י הנ"ל במקומה עומדת דלכאורה מבואר מפרש"י הנ"ל דאף היכא דעבדינן החומרא אי תפס לא מפקינן מיני'. אולם נלע"ד דמ"ש רש"י ז"ל שם א"נ אי תפס לא מפקינן מיני' לא קאי על החוסם פי פרה דהא בחוסם פי פרה קתני משלם דמשמע דמשלם בעצמו ולא ע"י תפיסה. אלא דרש"י ז"ל סובב על אתנן דאמר רבא אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו ומתחלה כתב רש"י ז"ל דמכח החיוב לצי"ש לבד דרמיא עליו ליתן לה האתנן מש"ה חשיב אתנן ואסור ואח"כ כתב אי נמי אי תפס לא מפקינן מיני'. ולכך כיון דנתן לה האתנן קנתה האתנן מצד הדין בתורת אתנן ולא בתורת מתנה ונאסר האתנן גם מצד הדין. וזה פשוט וברור. וא"כ לק"מ קושית התומים על המהרש"ל דכיון דגבי אתנן שפיר יש לפרש דמ"ש רש"י אי תפס לא מפקינן מיני' כוונתו הוא היכא שהי' בלא התראה דלא עבדינן לי' החומרא דהרי גבי אתנן לא קאמר דממיתין אותו לכן שפיר אי תפס לא מפקינן מיני' כן נלע"ד וא"ש:

ונפן ונדבר בעיקר הדין דמחולקים המהרש"ל והתומים דדעת המהרש"ל הוא דהיכא דעבדינן החומרא לא מהני תפיסה אף שתפס טרם שעבדו לי' החומרא עי"ש וכן מבואר בהדיא בקצה"ח שכתב דמזיד ובהתראה וברח לא מהני תפיסה. ודעת התומים הוא דאף

אם תפס לאחר שעבדו לי' החומרא מהני תפיסה. ואנכי אמרתי להכריע ביניהם דאם תפס קודם שעבדו לי' החומרא מהני תפיסה ושוב אין מוציאין מידו ואם תפס לאחר שעבדו לי' החומרא לא מהני תפיסה ומוציאין מידו. ועפי"ז יש לישב על נכון דברי רש"י ז"ל בסנהדרין דף פ"ז ע"ב בהא דאמרינן שם גבי זקן ממרא דיני נפשות בפלוגתא דרבי ורבנן ופרש"י וז"ל במתכווין להרוג את זה והרג את זה ומחייב לי' רבי ממון ורבנן פטרי ואי תפסו יורשין דהרוג ממונא דהורג ופטר לי' זקן ממרא וקדשו בו את האשה לרבי מקודשת ולרבנן אינה מקודשת כו' עיי"ש. והנה מבואר כוונת רש"י ז"ל דהזקן ממרא פסק כרבנן ומש"ה נקט רש"י ז"ל דייקא שתפסו היורשין ממונא דהורג. וקשה אמאי לא מפרש רש"י דהזקן ממרא פסק כרבי ומחייב לי' ממון ונתן הממון להיורשין וקדשו בו את האשה וכמו שמפרש גבי ד"מ בפלוגתא דשמואל ור"א עיי"ש. ולדרכינו תתיישב שפיר כמין חומר. והוא דהנה הטורי אבן באבני שהם במס' חגיגה דף יו"ד הקשה על פרש"י הנ"ל לפי שיטתו דבקלב"מ אי תפס לא מפקינן מיני' א"כ מאי כ"מ בין רבי לרבנן לענין קדושין הא אפי' לרבנן כשבא ממונא דהורג ליד יורשי הנהרג אין מוציאין מידם ואם קדשו בו מקודשת אפי' לרבנן עיי"ש. אך לק"מ עפ"י דעת המהרש"ל דהיכא דעבדינן לי' החומרא לא מהני תפיסה. וא"כ לרבנן דדרשי נפש תחת נפש היינו נפש ממש וקטלינן לי' הרי לרבנן עבדינן לי' החומרא ושפיר לדידהו אי תפסו יורשין דהרוג ממונא דהורג מפקינן מינייהו. ואולם לפי דרכינו הנ"ל דמה דלא מהני תפיסה היכא דעבדינן החומרא הוא דוקא כשתפס לאחר שעבדו לי' החומרא. אבל כשתפס קודם שעבדו לי' החומרא מהני תפיסה.., א"כ לא נתיישב קושית הט"א בתירוצינו הנ"ל אלא אם הזקן ממרא פסק כרבנן וחייבו מיתה וכבר עביד לי' החומרא והרגו שפיר אם תפסו אח"כ מפקינן מינייהו. משא"כ אם הזקן ממרא פסק כרבי ומחייב לי' ממון ולא מיתה א"כ בין שההורג בעצמו נתן הממון ובין שהיורשי הנהרג תפסו הממון שוב גם לרבנן לא מפקינן מנייהו כיון דתפסו טרם שעבדו לי' החומרא ומהני תפיסה. וכיון שכן שפיר לא יכול רש"י ז"ל לפרש דהזקן ממרא פסק כרבי ומחייב לי' ממון ונתן הממון וקידשו בו את אשה דהא אם פסק כרבי והגיע הממון ליד היורשים גם לרבנן מקודשת וכאמור. ולכך הוכרח רש"י ז"ל לפרש דהזקן ממרא פסק כרבנן וחייבו מיתה ועביד לי' החומרא. ובכה"ג שפיר לרבנן לא מהני תפיסה ואי תפסו יורשין מפקינן מנייהו ושפיר יש נ"מ בין רבי לרבנן ודו"ק:

ושוב ראיתי בקצה"ח סי' ת"י שהביא קושית הט"א ק הנ"ל וכתב דאין כאן קושיא כלל דהא בב"ק דף כ"ו ממעטינן אדם מכופר מדכתיב עליו ולא על האדם וא"כ לרבנן דלא

דרשי נפש תחת נפש ממון ליכא דין ממון כלל ותפיסה לא מהני רק בפטורא דקלב"מ עיי"ש. ולפי"ז שוב ליתא גם לתירוצינו הנ"ל לקושיתינו מה דנקט רש"י ז"ל דהזקן ממרא פסק כרבנן ומיירי בתפיסה וכמובן. אולם באמת הקצה"ח שם כתב לחלק דמעליו לא ממעטינן אלא מכופר אבל לא מדמים ומיישב בזה דברי רש"י ז"ל בב"ק דף נ"ג [ובקושיתו על רש"י ב"ק כבר קדמו המהרש"א שם]. וא"כ לפי"ז יתעורר שוב קושית הט"א כיון דבדמים מיהא מהני תפיסה שוב בין לרבי ובין לרבנן מקודשת וכ"כ הקצה"ח שם אך הוא מתרץ שם קושית הט"א עד"א די"ל דרש"י ס"ל כשיטת הרמב"ם דאין דמים לבן חורין עיי"ש. ולפע"ד. נראה דשפיר נוכל לומר דרש"י ז"ל ס"ל דיש דמים לבן חורין וקושית הט"א מיושב שפיר עפי"ד המהרש"ל וכנ"ל וא"כ ממילא מיושב בטוב גם קושיתינו וכנ"ל והבן:

עיין בקצה"ח שהקשה בהא דתנן בכריתות יש אוכל אכילה אחת וחייב עלי' ד' חטאות ואשם אחד כו' ר' מאיר אומר אף אם הי' שבת והוציאו בפיו והקשה דמה הוסיף ר"ע הרי במה שהוסיף חסר אשם דהא כיון דקלב"מ מחמת איסור שבת פטור מקרן וחומש ופטור נמי מאשם וכמבואר בפסחים דף כ"ט באוכל חמץ של הקדש י"א מעל וי"א לא מעל. ותירץ דכיון דקיי"ל דחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין. א"כ אפי' למ"ד מעל אין החיוב אשם רק לציי"ש. ולפי"ד המהרש"ל דהיכא דעבדינן החומרא ליכא חיוב לציי"ש וא"כ בפסחים שם מיירי שהזיד בחמץ ועבדינן החומרא ולהכי י"א לא מעל דפטור אפי' בד"ש. אבל באוכל אכילה אחת דמיירי בשוגג ולא עבדינן החומרא עיי"ש. ובמחילת כבוד הדרת גאונו תירוצו לא מחוור בעיני. חדא דכבר העליתי לעיל דדעת המהרש"ל הוא דאף דעבדינן החומרא חייב לציי"ש. ועיין גם בנתיבות שדחה בזה תירוצו של הקצה"ח. ואידך מ"ש דכיון דחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אין החיוב אשם רק לציי"ש. ז"א דהלא נהי דאין ממשכנין אבל אכתי איכא עליו חיוב בד"א ואם ירצו הב"ד למשכנו הרשות בידם דכל הטעם דאין ממשכנין חייבי חטאות ואשמות איתא בב"ק דף מ' ע"א דכיון שבא לכפרה מחמר חמור עלוי' ולא בעי למשכוני' דלא משהי לי' עיי"ש ומשמע דאין הב"ד מוזהרים למשכנו אבל אם רצו למשכנו הרשות בידם. ועוד דהרי כתב הרמב"ן במלחמות בב"ק בפ' דו"ה דלאחר שעברו שלשה רגלים גם חייבי חטאות ואשמות ממשכנין עיי"ש וכ"כ התוס' בר"ה דף וא"ו הרי דעכ"פ איכא עליו חיוב אשם בד"א לאחר שעברו שלשה רגלים:

וראיתי בצל"ח פסחים שהקשה שם ג"כ קושית הקצה"ח ותירץ דכיון דבקלב"מ חייב לציי"ש א"כ בהקדש שהתשלומין הוא לשמים ל"ש למיפטר מלשלם משום קלב"מ. אך

לרנבה"ק דס"ל דגם ח"כ פטורין מלשלם הוא סובר דבקלב"מ אפי' לצי"ש אינו חייב עיי"ש. ואחר נשיקת עפרות זהב לו לא כח רוחי גם בתירוצו. דמלבד דסותר דברי עצמו שכתב בפירוש לקמן שם דף ל"ב ע"א ד"ה אין הא מני כו'. גם אליבא דרנבה"ק דבקלב"מ חייב לצי"ש עיי"ש. ועיין גם בנוב"י מהדו"ת חא"ח סי' פ"ט אות וא"ו שהביא שם בשם השואל שהקשה לו זאת והשיב שם דלא החליט לחלוטין דבר זה דלרנבה"ק פטור אפי' לצי"ש עיי"ש. בלעדי זה לדעתי העני' קשה לי טובא דאי לרנבה"ק בקלב"מ פטור אפי' לצי"ש א"כ אמאי אסרה תורה אתנן אפי' בא על אמו דהא טעמא דאסרה תורה אתנן אפי' בא על אמו הוא משום דבקלב"מ חייב לצי"ש וכדאמר רבא בב"מ וא"כ לרכבה"ק דבקלב"מ פטור מלצי"ש אמאי אסרה תורה אתנן אפי' בא על אמו. והן אמת די"ל דרנבה"ק לא ס"ל הא דרבא דאתנן הבא על אמו אסרה תורה וכמו כן צ"ל לפמ"ש הרשב"א בתשובה ח"א סי' ש"ב דר"פ ושאר אמוראים פליגי על רבא וס"ל דבקלב"מ פטור מלצי"ש עיי"ש. וצ"ל דהם ס"ל דלא אסרה תורה אתנן הבא על אמו דעיקר אתנן בחייבי כריתות הוא דכתיב וכמ"ש התוס' בב"מ שם ובב"ק דף ע'. אמנם הרי לרנבה"ק דס"ל דח"כ פטורין מתשלומין אכתי קשה גם בח"כ אמאי אסרה תורה אתנן ובשלמא לשיטת רש"י פסחים שם דרנבה"ק אינו פוטר ח"כ מתשלומין רק במזיד אבל לא בשוגג י"ל דלרנבה"ק מה דאסרה תורה אתנן בחייבי כריתות הוא רק היכא שהי' שוגג אבל לשיטת התוס' פסחים שם דרנבה"ק ס"ל דגם חייבי כריתות שוגגין פטורין מתשלומין קשה לפי"ד הצל"ח הנ"ל אמאי אסרה תורה אתנן – ואחר כתבי זאת מצאתי וראיתי להגאון מלייפניק בספרו עטרת חכמים בחדושיו לכתובות שהעיר קצת בזה. ומ"ש הצל"ח שם תירוץ הב' לקושיא זו עיין בעטרת חכמים שם מה שהשיב עליו ועיין גם בתוס' דרע"א במשנה דכריתות שם שהאריך בזה. אך תירוץ הנכון בעיני לקושיא זו הוא תירוצו של הנתיבות עיי"ש. וגם ראיתי תירוץ נכון ופשוט לקושיא זו בישיע"ק או"ח סי' ש"א שכתב דר"מ ס"ל דחייבי מיתות שוגגין חייבין בתשלומין והביא כן גם בשם השטמ"ק וא"ש:

ובדרך אגב ארשום מה דצ"ע לי לדעת רש"י דלרנבה"ק חייבי כריתות שוגגין חייבין בתשלומין דע"כ חייבי כריתות שוגגין היינו שהי' שוגג גמור אבל אם הי' מזיד אף שהי' בלא התראה הוא חייב כרת ופטור מתשלומין דלגבי כרת א"צ התראה וכדאיתא בש"ס מכות דף י"ג ע"ב. ועיין גם ברש"י כתובות דף ל"ה ע"ב ד"ה מאן תנא דפליג אדרנבה"ק דמבואר שם בהדיא דח"כ במזיד ולא אתרו בי' פטור מתשלומין לרנבה"ק עיי"ש. וא"כ קשה איך שייך ח"כ שוגגין שיהא חייב בתשלומין הלא יכול לומר מזיד הייתי דהא לא

בעינן מזיד שיהא דוקא בהתראה. ואפשר לומר דרש"י סובר כדעת הנך פוסקים דגם לפטור נפשי' מממון אמרינן אין אמע"ר ועיין בהג"א פרק הגוזל קמא וא"כ י"ל דאינו נאמן לומר א מזיד הייתי משום דאאמע"ר:

(ג) **סעיף ה ברמ"א** שולחין אליו ומעיד. נראה דאם שולחין אליו מחויב להעיד כיון דעיקר טעמא דת"ח א"צ להעיד לפני ב"ד דזוטר מיני' הוא משום זילותא דהליכה וכמבואר בגמרא ר"פ שבועות העדות. וכ"כ בהדיא התוס' זבחים דף ט"ז ע"א ד"ה מיושב עיי"ש. והלכך אם שולחין אליו דשוב ליכא זילותא דהליכה מחויב להעיד ויש להקשות לפי"ז בהא דפריך הש"ס בסנהדרין רפ"ב אהא דתני כ"ג מעיד והתניא והתעלמת פעמים שאתה מתעלם זקן ואינו לפי כבודו ודחק הש"ס לשנויי בדחוקים שונים. וקשה אמאי לא משני דהא דקתני כ"ג מעיד היינו אם הב"ד שולחין אליו שלוחם דבזה ליכא זילותא דהליכה. אמנם לק"מ דשפיר לא מצי לשנויי דהמתני' איירי בכה"ג דא"כ אמאי קתני במתני' שם דמלך לא מעיד הלא בכה"ג גם מלך חייב להעיד כיון דליכא זילותא דהליכה וכ"כ התוס' בשבועות שם ד"ה אבל איסורא דמש"ה לא מצי לשנויי דכ"ג מעיד באיסורא דכיון דבאיסורא גם מלך מעיד עיי"ש ואחר זמן רב מצאתי בשו"ת חו"י סי' ר"ה שהקשה קושיא זו ותירץ כתירוצינו. אולם יש לפקפק דלא עלה ארוכה בזה דהא באמת רש"י ז"ל בשבועות דף ל"א ע"א מפרש דמלך אינו מעיד משום זילותא דעמידה דעדים צריכים לעמוד לפני הדיינין וזה בזיון הוא למלך עיי"ש. והנה גבי כ"ג ליכא זילותא דעמידה וגם רש"י בסנהדרין רפ"ב גבי כ"ג כתב דזילותא הוא לגבי כ"ג ליתי לאסהודי לבעל דין עיי"ש הרי דנקט רק זילותא דהליכה. ואמינא טעמא לזה משום דאמרינן בש"ס זבחים שם דת"ח מעיד מיושב וכן איתא בשבועות ר"פ שבועת העדות דעשה דכבוד התורה דוחה העשה דועמדו עיי"ש והלכך כ"ג דא"א להיות כ"ג אא"כ כשהוא ת"ח דהא בעינן שיהא גדול מאחיו בחכמה וא"כ כ"ג מעיד מיושב ול"ש זילותא דעמידה. משא"כ מלך הרי יכול להיות מלך אף שאינו ת"ח ושפיר צריך להעיד מעומד. ועיין גם בתוס' סנהדרין דף י"ט ע"א ד"ה ינאי שכתבו דעשה דכבוד התורה עדיף מעשה דכבוד המלך ודוקא עשה דכבוד התורה דוחה העשה דועמדו אבל עשה דכבוד המלך אינו דוחה העשה דועמדו וצריך להעיד מעומד עיי"ש. וא"כ שפיר שייך גבי מלך זילותא דעמידה וכיון שכן שוב שפיר מצי לשנויי דמה דקתני דכ"ג מעיד היינו כשהב"ד שולחין אליו שלוחם דבכה"ג ליכא זילותא דהליכה ולא זילותא דעמידה. והא דקתני דמלך לא מעיד י"ל דאיירי במלך שהוא אינו ת"ח וא"כ אף דהב"ד שולחין אליו שלוחם אפ"ה אינו מעיד דנהי דליכא זילותא דהליכה אבל הא עכ"פ איכא זילותא דעמידה כיון דבודאי גם בפני

שלוחם צריך להעיד מעומד. אכן באמת ז"א חדא דזה הוא יותר דוחק לומר דמה דקתני במתני' מלך לא מעיד דאיירי במלך שאינו ת"ח. דבודאי כונת המתני' הוא במלך דומיא דכ"ג וכמו כ"ג דמעיד הוא בכ"ג ת"ח כמו כן מלך דאינו מעיד הוא אף במלך ת"ח וא"כ שפיר לא מצי לשנויי מה דקתני כ"ג מעיד דאיירי כשהב"ד שולחין אליו שלוחם דא"כ אמאי קתני דמלך אינו מעיד הלא מלך ת"ח ג"כ מחויב להעיד כששולחין אליו שלוחם. ועוד די"ל דאם הב"ד שולחין אליו שלוחם א"צ להעיד מעומד בפני השליח אפי' כשהעד הוא ע"ה. דהא מה דבעינן עדים בעמידה ילפינן לה מדכתיב ועמדו שני האנשים. והרי בהאי קרא כתיב נמי לפני ד'. וא"כ י"ל דדוקא כשעומדים העדים במקום מושב הדיינים אז שייך לפני ד' כי אלקים נצב בעדת אל ושפיר צריך להעיד מעומד אבל אם הב"ד שולחין אליו שלוחם לביתו לקבל עדותו דלאו מקום המשפט הוא שם ובזה לא נאמר אלקים נצב בעדת אל. וא"כ ממילא דלא קאי נמי על זה הקרא דועמדו כו' לפני ד'. והלכך שפיר א"צ להעיד מעומד. גם יש ראי' לזה דבפני השליח ב"ד א"צ להעיד מעומד ממ"ש המרדכי בפ' שבועת העדות בשם הר"א בר' שמשון דעמידה הוא דוקא במומחין דהא כתיב לפני ד' והאידנא דליכא מומחין א"צ להעיד מעומד עיי"ש. ולכאורה צ"ע אמאי האידנא דליכא מומחין א"צ עדים בעמידה הלא אמרינן בגמרא דאנן שליחותייהו דקמאי עבדינן וא"כ הרי הוי כאלו מעידים בפני המומחין וליבעי עמידה. אע"כ צ"ל דדוקא בפני הב"ד בעצמם בעינן עמידה ולא בפני שלוחם וא"כ ה"נ אפי' בזמן שהי' סמוכין והב"ד שלחו שלוחם להעד לקבל העדות בביתו א"צ להעיד מעומד ומהגם לפמש"ל בסי' י"ז סק"ד דמה דעדים צריכים להעיד בעמידה הוא משום כבוד ב"ד וכן הבאתי בשם הר"ן, שכ"כ בחידושיו בסנהדרין לענין עמידת הבעלי דינים עיי"ש וא"כ אם הב"ד שולחים שלוחם לקבל העדות דליכא משום כבוד ב"ד בודאי דא"צ להעיד מעומד. ולפי"ז שוב א"א לומר דמה דקתני במתני' כ"ג מעיד דמיירי כשהב"ד שולחים אליו שלוחם דהרי בכה"ג גם מלך מעיד ואפי' הוא מלך ע"ה כיון דבכה"ג ליכא זילותא דהליכה ולא זילותא דעמידה וכאמור:

עוד נלע"ד לישב קושיתינו הנ"ל עד"א די"ל דכ"ג א"צ להעיד אף אם הב"ד שולחין אליו שלוחם. והוא דהנה דברי רש"י ז"ל בסנהדרין שהבאתי בסמוך שכתב דזילותא הוא לגבי כ"ג. ליתי לאסהודי לבעל דין. אינו מובן כלל דמה קאמר דזילותא הוא ליתי לאסהודי לבעל דין הלא הו"ל למימר דזילותא הוא ליתי לאסהודי לבית דין. וכדאמרינן בשבועות גבי צורבא מרבנן דידע סהדותא וזילי בי' מילתא למיזל לבי דיינא דזוטר מיני'. ונ"ל דלאו דוקא אם הב"ד הוא זוטר מיני' א"צ להעיד. אלא גם אם הבעל דין לבד הוא זוטר

מיני' ולא הב"ד ג"כ מיחשב זילותא וא"צ להעיד. ולפי"ז י"ל דכ"ג דצריך להעיד לפני הסנהדרין דבזמן שיש כ"ג יש סנהדרין בודאי הסנהדרין לא חשובים זוטרא מיני' דכ"ג ואין זה בזיון כלל להכ"ג מה דהולך להסנהדרין אלא עיקר הזילותא הוא הא דכ"ג מסהיד לבעל דין דזוטר מיני' לכן שפיר פרש"י ז"ל דזילותא הוא לגבי כ"ג ליתא לאסהודי לבעל דין. וכן יש להוכיח כדברינו ממה דמשני הש"ס שם דכ"ג מעיד למלך. וקשה מה מהני הא דמלך הוא הבע"ד הלא אכתי איכא בזיון לכ"ג מה דצריך לילך להב"ד אע"כ צ"ל כמ"ש דמה דצריך לילך להסנהדרין אין זה בזיון לו כיון דהסנהדרין לא חשובים זוטרא מיני' דכ"ג אלא עיקר הבזיון הוא מה דמסהיד לבעל דין דזוטר מיני' ולזה משני דמעיד למלך ואין כאן זילותא מה דמסהיד לי'. ובזה א"ש נמי דברי רש"י ז"ל בשבועות שהבאתי לעיל שכתב גבי אלך דאינו מעיד משום דצריך לעמוד לפני הדיינים וזה בזיון למלך. וצ"ע הלא טעם זה ל"ש רק גבי מלך ע"ה אבל במלך ת"ח ל"ש זה כיון דת"ח מעיד מיושב וכמש"ל. וא"כ הו"ל לרש"י ז"ל למימר הטעם משום בזיון דהליכה דזה שייך אף במלך ת"ח. ולפי הנ"ל ניחא די"ל דגם לגבי מלך אין זה בזיון מה דצריך לילך להסנהדרין. לכן שפיר לא מצי רש"י לפרושי מטעם בזיון דהליכה. ואין לומר דדברינו נכונים רק לפי הס"ד בסנהדרין שם דמשני דמעיד למלך. ומזה שפיר יש ראי' לדברינו וכמ"ש. אבל לפי מה דמסיק שם בגמרא דכ"ג מעיד בפני מלך ומשום יקרא דכ"ג אתי ויתיב אצל הסנהדרין עיי"ש. א"כ עכצ"ל דמה דמסהיד לבעל דין דזוטר מיני' אין זה זילותא אלא עיקר הזילותא הוא מה דצריך לילך להב"ד ואפי' להסנהדרין. דאי כדברינו הנ"ל דמה דמסהיד לבעל דין דזוטר מיני' הוי זילותא והא דצריך לילך להסנהדרין אין זה זילותא. א"כ מה מהני הא דמלך יושב ג"כ אצל הסנהדרין הלא אכתי איכא זילותא מה דמסהיד לבעל דין והרי מה דצריך לילך לסנהדרין אין זה זילותא אף כשאין המלך יושב עמהם. דז"א די"ל דאם המלך לא חס על כבודו ואתי להסנהדרין כדי שהכ"ג יבא ויעיד להבעל דין שוב אין זה זילותא גם לפני הכ"ג מה דמסהיד לבעל דין. וכן יש להוכיח עוד כדברינו מדברי הרמב"ם ז"ל פ"א מהל' עדות ה"ג שפסק דכ"ג אינו חייב להעיד אלא עדות שהוא למלך ישראל בלבד והולך לב"ד הגדול ומעיד עיי"ש ועיין גם בכ"מ פ"ה מה' כלי המקדש ה"ח עיי"ש. ומדפסק הרמב"ם לדינא דאף לפני ב"ד הגדול א"צ הכ"ג להעיד רק עדות שהוא למלך בלבד. ע"כ צ"ל דס"ל להרמב"ם כמ"ש דמה דמסהיד הכ"ג לפני הב"ד הגדול אין זה זילותא רק עיקר הזילותא הוא מה דמסהיד לבעל דין דזוטר מיני' לכן עדות שהוא למלך דאין בזה זילותא מה דמסהיד לי' מחויב להעיד בפני ב"ד הגדול. ומעתה כיון שכן דגם מה דמסהיד לבעל דין דזוטר מיני' מחשב זילותא, א"כ

היכא דהבע"ד הוא זוטר מיני' א"צ להעיד אף כשהב"ד שולחין אליו שלוחם ואף דהב"ד הוא גדול ממנו כיון דנהי דבכה"ג ליכא זילותא דהליכה ולא זילותא דעמידה אבל הא אכתי איכא זילותא מה דמסהיד לבעל דין. וא"כ לק"מ קושיתינו הנ"ל דשפיר הוכרח הש"ס לדחוקי לשנויי דמעיד למלך או בפני המלך ולא מצי לשנויי דמעיד לכל אדם ומיירי כשהב"ד שולחין אליו שלוחם משום דלאדם אחר דזוטר מיני' א"צ להעיד אף כשהב"ד שולחין אליו שלוחם והבן כל זה:

ובזה מיושב נמי מה דקשה לי טובא בהא דתני בפ"ב דהוריות דמלך אינו חייב בשמיעת קול דמלך לא מעיד. וכן הוא במתני' בשבועות דשבועות העדות אינה נוהגת אלא בראוין להעיד ואמרינן בגמרא למעוטי מלך. וקשה טובא דלא מבעיא לפי מה שכתבתי לעיל דאם הב"ד שולחין אליו שלוחם א"צ להעיד מעומד בודאי קשה אמאי מלך אינו חייב בשמיעת קול הלא ראוי הוא להעיד כשהב"ד שולחין אליו שלוחם דבכה"ג ליכא לא זילותא דהליכה ולא זילותא דעמידה. אך אפילו אי נימא דלא כדברינו הנ"ל אלא דאם הב"ד שולחין אליו שלוחם ג"כ צריך להעיד מעומד מ"מ קשיא דהא מסתמא דמתני' משמע דאין שום מלך חייב בשמיעת קול ואפי' מלך ת"ח. והרי במלך ת"ח אף שמעיד בפני ב"ד ליכא זילותא דעמידה כיון דת"ח מעיד מיושב. ואי משום זילותא דהליכה הרי משכחת שיעיד כשהב"ד שולחין אליו שלוחם דשוב ליכא גם הזילותא דהליכה. ומהגם לפימש"ל דאפי' מלך שמעיד לפני הסנהדרין ליכא זילותא דהליכה א"כ מלך ת"ח אמאי אינו חייב בשמיעת קול הרי לגבי מלך ת"ח ליכא זילותא דעמידה ולא זילותא דהליכה אפי' כשמעיד לפני הסנהדרין בעצמם ולא בפני שלוחם. אמנם לפי הנ"ל דגם מה דמסהיד לבעל דין דזוטר מיני' ג"כ מחשב זילותא א"כ שפיר מלך א"צ להעיד בכל גוונא וא"ש:

איברא לפי דברינו הנ"ל צ"ע מדוע לא מפרש רש"י ז"ל בשבועות גבי מלך דאינו מעיד משום דבזיון הוא לו להעיד לבעל דין. דהא לפי האמור הרי טעם זה עדיף מטעם דבזיון דעמידה. ועוד צ"ע דהרי לפי דברינו יוצא לנו דגם ת"ח דידע סהדותא לבעל דין דזוטר מיני' הוי בזיון לו להעיד וא"צ להעיד אף בפני ב"ד שהוא גדול ממנו. והרי בגמרא לא מצינו רק היכא שהב"ד הוא זוטר מיני' א"צ הת"ח לילך להעיד לפניהם. וגם לא אשתמיט שום פוסק לכתוב כן וצ"ע:

ובעמדי בהאי ענינא אזכיר בדרך אגב מה דקשיא לי בהא דמבואר בהרמב"ם פ"י מהל' שבועות ה"א דמלך שעבר והעיד לא מהני עדותו עיי"ש. מהא דתנן בנדה דף מ"ט כל הכשר לדון כשר להעיד וקשה הלא מלך כשר לדון מדינא אלא מחמת התקנה הוא דלא

דן ולא דנין אותו וכדאיתא בסנהדרין דף י"ט ולהעיד הוא פסול מדאורייתא וכמבואר בשבועות דף ל"א ע"א. ובשלמא אי נימא דמלך שעבר והעיד מהני עדותו לק"מ די"ל דכיון דמהני עדותו בדיעבד שוב חשוב כאלו הוא כשר להעיד אבל לשיטת הרמב"ם קשה. אך בזה י"ל דאין זה קושיא כ"כ כיון דבאמת התקנה לא הי' רק שאין דנין את המלך. אבל מה דהוא אינו דן הוא משום דאין דנין אותו מצד התקנה. לכן ממילא הוא אינו דן מטעם התקוששו וקושו וכן מבואר בגמרא שם בסנהדרין. וא"כ אפשר לומר דכיון דלבתר התקנה אינו דן מטעם התקוששו וקושו שוב הוי כאילו הוא פסול לדון מה"ת ולק"מ. אמנם אכתי הקושיא חזקה היא ממלכי בית דוד דדן ודנין אותו וכדאמרינן בסנהדרין שם. והרי לענין עדות אין חילוק בין מלכי ישראל למלכי בית דוד וגם מלכי בית דוד אין מעידין מדאורייתא וכמ"ש הראשונים ומכללם הריטב"א שבועות דף ל"א ע"א. וכן מבואר בהרמב"ם פ"ג מה' מלכים ה"ז עיי"ש. וכ"כ בהדיא זקיני התוי"ט פ"ד דשבועות עיי"ש [ומ"ש התוי"ט שם דהרמב"ם דקדק בלשונו לומר דאף בית דוד אין מעידין לא נמצא כלל כן בהרמב"ם בפירוש. אך הכ"מ פ"ג מה' מלכים דייק מלשון הרמב"ם שכתב דמלכי ב"ד מעידין עליהם ולא קאמר שהם מעידין משמע דהם אין מעידין עיי"ש]. וא"כ אכתי קשה הא איכא מלכי בית דוד דכשר לדון ואינו כשר להעיד. אך באמת אין התלונה בזה על הרמב"ם לבד כי יש להביא מקור נכון לדברי הרמב"ם הנ"ל דמלך שעבר והעיד לא מהני עדותו מהא דאמרינן בשבועות דף ל"א מ"ד משחק בקוביא כ"ש מלך עיי"ש, ואי נימא דמלך שעבר והעיד מהני עדותו א"כ מאי כ"ש הוא הלא משחק בקוביא נהי דאינו פסול רק מדרבנן מ"מ גרע טפי ממלך כיון דמשחק בקוביא אם עבר והעיד לא מהני עדותו א"ו דגם מלך שעבר והעיד לא מהני עדותו ושפיר הוי כ"ש ממשחק בקוביא. וא"כ גם על הש"ס קשה קושיתינו הנ"ל. אמנם באמת לק"מ והוא עפמ"ש בס' תוס' יו"כ ביומא דף ע"ד דהא דאין המלך מעיד משום כבודו היינו דוקא לצורך הדיוט. אבל לצורך מלך אחר בהא ליכא זלזול וחייב להעיד. ומתרץ בזה דברי הרמב"ם שסותרים אהדדי דבפ"י מה' שבועות פוסק דמלך אינו חייב בשבועות העדות ובפ"י מה' שגגות פוסק דמלך חייב בשה"ע עיי"ש. וא"כ כיון דמלך כשר להעיד למלך אחר שוב ל"ק קושיתינו הנ"ל:

(ד) **סעיף י"א** העדים ששלחו עדותן בכתב לב"ד אינו עדות כן הוא שיטת רש"י ועיין בהריטב"א מכות פ"ק דף וא"ו שהביא שם דברי רש"י ז"ל. וכתב הוא וז"ל הא כל שנותן עדותו כתובה לב"ד ואומר מה שכתב כאן אני מעיד מפיהם קרינן בי' עכ"ל. וראיתי בח"ס חאע"ז ח"א סי' ק"ד שכתב דכוונת הריטב"א הוא דייקא כשאומר בפיו מ"ש כאן

אני מעיד. אבל אם לא אמר מידי לא מהני מה שנותן עדותו כתובה לב"ד עיי"ש. אמנם לפענ"ד נראה דמ"ש הריטב"א ואומר מ"ש כאן אני מעיד הוא לאו דוקא דהא הריטב"א דייק מדברי רש"י ז"ל מדנקט דוקא שלא ישלחו כו' משמע דאם נותן בעצמו עדותו כתובה לב"ד מהני. והרי שיהא בעינן שיאמר גם בפיו מ"ש כאן אני מעיד לזה ליכא הוכחה מדברי רש"י ז"ל. וכן מבואר בהדיא בשו"ת כנסת יחזקאל סי' פ"ב שהקשה שם לשיטת רש"י וסייעתו דכל עד אינו יכול להעיד מפי כתב מה יאמרו להסברא דכל הראוי לבילה כו'. וכתב לתרץ דהם מפרשים ראוי לבילה תיכף באותה מעשה ראוי לבילה משא"כ לשלוח עדות כיון שאינו לפני ב"ד אין ראוי להגיד עדות ואם שראוי לילך לב"ד ולהגיד כולי האי לא אמרינן ראוי לבילה כו'. והריטב"א פ"ק דמכות כתב דלא מיעט רש"י אלא שלא ישלחו לב"ד באגרת אבל כשנותן עדותו בכתב בב"ד ואומר מ"ש כאן אני מעיד מפיהם קרינן בי' וזה ממש כדברי הנ"ל עכ"ל הכנ"י. ומבואר בהדיא מדבריו דגם הוא הבין כוונת הריטב"א כמו שכתבתי דמה דנקט לשון ואומר מ"ש כאן אכי מעיד הוא לאו דוקא. אלא כוונתו הוא דאם נותן עדותו בכתב בב"ד מהני לכ"ע משום דבכה"ג שהעד עומד לפני הב"ד כ"ע מודים דאמרינן כל הראוי לבילה כו':

(ה) **סעיף י"ב** חותכין ד"מ בעדות שבשטר. עיין ש"ך ס"ק י"ד שהביא דברי הרמב"ם דאין דנין בעדות שבשטר דיני קנסות דל"ש הטעם דנעילת דלת. והקשה הישיע"ק אהא דפסק הרמב"ם פ' כ"ב מה' עדות דע"י עדות שבשטר מחויב לישבע כדין מודה במקצת מדר"ח קמייתא הרי בעדות שבשטר ל"ש הק"ו דר"ח מה הודאת פיו שאינו מחייבו קנס כו' דהא עדות שבשטר לא מהני בקנס ומה"ט כתב הטו"ז בסי' למ"ד דעדמ"י דלא מהני בקנס אינם מחייבים שבועה מדר"ח עכ"ק עיי"ש. ולפענ"ד אפשר לומר דכיון דתקנו רבנן דעדות שבשטר מהני בד"מ משום נעילת דלת תקנו דלכל ענין מהני עדות שבשטר בממון גם לענין זה שישתבע מדר"ח אף דעדות בשטר אינם מחייבים קנס ול"ש בהם הק"ו דר"ח אפ"ה מחייבים שבועה משום נ"ד [וכעין זה כתב הנתיבות סי' למ"ד סק"ד ליישב קושית התומים על הטו"ז מעדים שא"י בחקירות עיי"ש]. ולא דמי לעדמ"י דכתב הטו"ז דאינם מחייבים שבועה מדר"ח משום דעדמ"י לא מהני בקנס. דשאני עדמ"י דכיון מה דמהני עדמ"י בממון הוא לאו מצד תקנות חכמים דהא מה"ת מהני עדמ"י. וא"כ שוב צריכין אנחנו לבא לחייבו שבועה דר"ח ע"י עדמ"י מכח ק"ו וכיון דל"ש בעדמ"י הק"ו אינם מחייבו שבועה והבן. והן אמת דהתומים בסי' למ"ד ס"ק י"א כתב דמה דמהני עדמ"י בממון הוא ג"כ מתקנות חכמים משום נעילת דלת עיי"ש. אמנם באמת דבריו תמוהים מאוד דהלא בש"ס מכות דף וא"ו ע"ב ילפינן מקרא דעדמ"י כשר בד"מ. וראיתי

בנתיבות שם סוף סק"ד שהעיר בזה וכתב דהא דילפינן במכות מקרא דעדמ"י כשר היינו כשראו מעשה אחת א' מחלון זה וא' מחלון זה והתומים מיירי היכא שכ"א ראה מעשה אחרת עיי"ש. אולם באמת דברי התומים אינם מתיישבים בהכי מלבד דהמעיין בתומים יראה דכוונתו הוא אפילו היכא שראו מעשה אחת א' מחלון זה ואחד מחלון זה הוי מדרבנן. ועוד הא קיי"ל כריב"ק דאפי' הלואה אחר הלואה מצטרפין. ובש"ס סנהדרין דף למ"ד ע"א ילפינן זאת מקרא עיי"ש ודברי התומים צ"ע:

עיין עוד שם בש"ך שהביא בשם הרמב"ן בהשגות בספר המצות שכתב דרגיל הש"ס לקרוא למצות דרבנן תורה וכמו בר"ה דף ט"ז אמרינן מפני מה אמרה תורה נסכו מים בחג כו' ואמרו לפני בר"ה מלכיות זכרונות שופרות כו' והדבר ידוע שאינן אלא מדרבנן עיי"ש ברמב"ן. וקשה לי מהא דאיתא בש"ס ברכות דף כ' ע"ב אר"א ב"א נשים חייבות בקידוש היום דבר תורה. ופריך הש"ס אמאי מ"ע שהזמ"ג הוא ונשים פטורות. ומשני אביי מדרבנן. א"ל רבא והא דבר תורה קאמר עיי"ש. ואי דרגיל הש"ס לקרוא מצות דרבנן בלשון תורה. א"כ מה פריך רבא. אך אין התלונה בזה על הרמב"ן רק על הש"ס גופי' כיון דמצינו בש"ס דנקט לשון תורה במצות דרבנן א"כ מה פריך רבא לאביי מהא דקאמר ראב"א ד"ת. והן אמת דמהא דאמרינן בר"ה שם מפני מה אמרה תורה כו' לק"מ כיון דנסוך המים בחג לאו מדרבנן הוא אלא הלמ"מ וכדאיתא בש"ס סוכה דף מ"ד ע"א. ובזבחים דף ק"י ע"ב איתא דר"ע ס"ל דנסוך המים דאורייתא הוא עיי"ש. ועיין גם בירושלמי סוכה פ"ד ה"א וה"ו ובר"ה פ"א ה"ג. ועיין מזה גם במגילת אסתר בס' המצות שם. וא"כ לא מבעיא אליבא דר"ע דסובר דנסוך המים דאורייתא הוא בודאי ניחא מה דנקטו גבי נסוך המים לשון תורה. אלא אף לדידן דקיי"ל דנסוך המים הוא הלמ"מ וכמ"ש הרמב"ם פ"י מה' תמידין ומוספין ג"כ ניחא וכמ"ש הכ"מ פ"ב מה' טומאת מת ה"י בשם הרמב"ם בהקדמתו לסדר זרעים דהלמ"מ נקרא דין תורה עיי"ש. וכ"כ רש"י בעירובין דף ד' ע"ב ד"ה ד"ת עיי"ש. וגם הרמב"ן ז"ל אין כוונתו להוכיח דגבי מצות דרבנן שייך לשון תורה מדנקט לשון תורה גבי נסוך המים אלא מהא דמסקינן אחר זה ואמרו לפני בר"ה מלכיות זכרונות ושופרות ועליהן כתב הרמב"ן שאינן אלא מדרבנן ודעת הרמב"ן הוא דמה דאמרינן שם מפני מה אמרה תורה כו'. דזה קאי גם על מלכיות זכרונות שופרות. וכ"כ במג"א שם לפרש כוונת הרמב"ן עיי"ש. וא"כ לפי"ז מהש"ס גופי' אין להקשות כלל דהא יש בידינו לפרש כוונת הש"ס מה דאמרו מפני מה אמרה תורה כו' דלא קאי רק על נסוך המים לבד ולא על מלכיות זכרונות שופרות. וכן מבואר בהדיא בפנ"י בר"ה שם דהוא הבין ג"כ כך מה דאמרו מפני מה אמרה תורה כו' דלא קאי רק

על נסוך המים עיי"ש. ועוד אפילו אי נימא דקאי גם על מלכיות זכרונות שופרות ג"כ לק"מ כיון דחשיב שם גם נסוך המים דהוא הלמ"מ ולר"ע דאורייתא הוא שפיר נקט לשון תורה משום נסוך המים וכ"כ התוס' ב"מ דף צ"ב ע"ב בהא דאמרינן שם דצערי' דבנו ובתו הקטנים לא זכי לי' רחמנא והקשו שם בתוס' אמאי נקט רחמנא הלא מציאת קטן ושכרו לאביו הוא רק מדרבנן ותירצו דנקט רחמנא משום בתו דמה"ת מעשה ידי' שלו עיי"ש. אבל על הרמב"ן דהוא הבין דמה דאמרו שם מפני מה אמרה תורה כו' לאו משום נסוך המים לבד הוא דנקט לשון זה אלא גם משום מלכיות זכרונות שופרות ואף דאינן רק מדרבנן מ"מ שייך לשון תורה שפיר קשה כנ"ל. אמנם באמת אכתי קשה ג"כ מהש"ס גופי' מהא דהביא הרמב"ן שם עוד מה דתנינן שם במתני' דל"ב אמר לו ר"ע אם אינו תוקע למלכיות למה הוא מזכיר ופריך הש"ס למה הוא מזכיר רחמנא אמר אידכר והרי התם נקט בהדיא רחמנא אמר אידכר על מלכיות לבד דהוא דרבנן. איברא דנ"ל ליישב דהנה בש"ס ברכות שם דחה רבא לאביי מתרי טעמא חדא דהא דבר תורה קאמר ועוד כל מצות עשה נחייבינהו מדרבנן עיי"ש. והנה ידוע מכללי הש"ס דכל היכא דאמרינן ועוד. הוא משום דיש לפרוך הטעם הראשון ועיין מזה בס' בנין שלמה על מס' ע"ז בדף ס"ז מ"ש שם ליישב שיטת הרבינו יקר עיי"ש. וא"כ י"ל דמש"ה קאמר רבא ועוד כל מ"ע נחייבינהו מדרבנן משום דמה דדחה מתחלה לאביי דמפרש כוונת ראב"א דמדרבנן קאמר מהא דאמר דבר תורה ליכא דחיי' בזה דשפיר י"ל דכוונת ראב"א הוא דמדרבנן נשים חייבות בקידוש היום והא דנקט דבר תורה משום דדרך חכמים להביא במצות דרבנן לשון תורה לכך הוצרך רבא לומר ועוד כל מ"ע נחייבינהו רבנן וא"ש ולק"מ קושיתינו הנ"ל:

(ו) **סעיף ט"ו** אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד. לכאורה עלה בדעתי לומר דבקנס מקבלין עדות שלא בפני בע"ד משום דשמא יודה ויפטור והוי כמו עדיו מבקשים ליילך למדה"י דמקבלין שלא בפניו. אך באמת זה אינו דכיון דהעדים באו להעיד והוא יודה הרי לא מהני הודאתו לפטור כיון דהודאתו הוא מחמת ביעתותא דעדים ואף דאנן קיי"ל כחכמים בב"ק דף ע"ה דראה עדים ממשמשין ובאים והודה פטור וכמ"ש הב"י סי' ע"ט בשם מ"כ עיי"ש. וכן פסק הרמ"א שם סעיף ט'. אולם הא כתבו המחברים דדוקא כשהיו העדים ממשמשין לבא אבל אם כבר באו לא מיפטר בהודאתו שהודה טרם שהעידו העדים. ועיין גם בש"ך ליעיל סי' י"ד ס"ק י"א. ושוב מצאתי ראיתי בהלק"ט ח"ב סי' צ"ט דמבואר שם בהדיא דגם בקנס אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וכתב שם עוד

יותר דאפי' אם הבע"ד נתרצה שיקבלו עדות שלא בפניו לא מהני כיון דהוי כמרשיע את עצמו עיי"ש:

(ז) **שם ברמ"א** וחוזרים ומגידין בפניו הריב"ל ומהרש"ל בתשובה והובא בטו"ז חולקים ע"ז וס"ל שאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו והוא מטעם דעביד איניש לאחזוקי דיבורי' ועיין בתומים סי' ל"ג סק"ח שהוכיח כן נמי מדברי העיטור שכתב דאם נפסק הדין כשהי' קרוב לא יוכל לחזור ולהעיד כשנתרחק כיון דכבר נפסק הדין ועביד אינש לאחזוקי דיבורי' עיי"ש ועיין גם בקצה"ח כאן סק"ז שגם הוא רצה להוכיח מדברי העיטור הנ"ל כדעת הריב"ל ומהרש"ל. אך הקשה שם דדברי העיטור סותרים אהדדי שכתב גבי עדים שהעידו בפני שאינם בקיאים דיחזרו ויעידו בפני בקיאים ולהכי צ"ל דטעמא דעיטור בקרוב ונתרחק הוא משום דכבר איפסק וקם דינא עיי"ש ועיין גם בסי' ל"ג סק"ב בקצה"ח. אמנם לפי"ד התומים שם לק"מ קושית הקצה"ח ואין כאן סתירה כלל דהתומים שם הקשה על דינו דהעיטור בקרוב ונתרחק דאמאי לא מהני שיעיד שנית כשנתרחק מטעם דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' הא לא נחשדו קרובים להעיד שקר רק גזירת המלך הוא שלא יועיל עדותן וא"כ עכשיו שנתרחק ובטל גזירת המלך מה נ"מ דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' הלא גם דבריו הראשונים באמת נאמרים רק ארי' דרביע עליו גזירת המלך. וכ' לתרץ כיון דקרוב פסול מטעם גזירת המלך ולא מהני עדותן ממילא שוב אינו מדקדק בעדותו ואומר בדדמי ועכשיו שהוכשר עבד לחזק דבריו הראשונים. והעיטור מירי שהעד חושב שהב"ד יודעים שהוא קרוב ולא ישגיחו בעדותן ולכך אינם מדקדקים בעדותן משא"כ אם אינם יודעים הב"ד הרי מדקדקים כי הב"ד יפסקו על פיהם ולהעיד שקר בכוונה לא נחשדו עיי"ש. וא"כ י"ל דמה שכתב העיטור דעדים שהעידו בפני שאינם בקיאים דיחזרו ויעידו בפני בקיאים מירי היכא שהעדים לא ידעו שהדיינים אינם בקיאים לכן שפיר דקדקו להעיד האמת ושפיר יכולים אח"כ להעיד בפני בקיאים דל"ש בזה עביד אינש לאחזוקי דיבורי' כיון דגם דבריהם הראשונים שהגידו בפני שאינם בקיאים באמת נאמרים. ועפי"ז לא קשה נמי קושית הקצה"ח שהקשה לשיטת הרש"ל והריב"ל מהא דאיתא בב"ק דף ע"ד עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א מה עפ"י ע"א כי אתא ע"א מצטרף בהדי' כו' וכתבו התוס' דאפי' למ"ד אין מצטרפין הכא השני מצטרף בהדי' היינו שיעידו אח"כ שניהם כאחד בב"ד ואי אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי' כי אתי אח"כ הראשון מה מהני כיון דחשדינן לי' לאחזוקי דיבורי'. וכן מוכח בפ' ז"ב דף למ"ד דאיתא שם גמרו הדבר מכניסין את העדים כמאן דלא כר"נ ופרש"י משום דבתחלה כשבודקים שמעו הדברים של זה בלא זה. הרי מבואר

דחוזר ומגיד בענין המועיל ול"א עביד אינש לאחזוקי דיבורי' עיי"ש. ולפי"ד התומים הנ"ל לק"מ דדוקא כשמעידין שלא בפני בע"ד דאינו מועיל עדותן שפיר חיישינן שמא לא דקדקו בעדותן להעיד האמת. ומה גם דכל הטעם דאמרה תורה והועד בבעליו שיעיד בפני בע"ד הוא משום דשלא בפני בע"ד ישקר בעדותו וכמבואר בתשובת הרי"ף סי' רי"ש וכ"כ בהדיא הרש"ל בתשובה סי' ל"ג עיי"ש. וא"כ בזה שפיר כתבו הרש"ל והריב"ל דלא מהני מה שמעידין אח"כ בפניו כיון דגם עכשיו יעידו שקר כמו בראשונה כדי להחזיק בדבריהם הראשונים. משא"כ בהא דפ' ז"ב שבאו העדים להעיד בב"ד ל"ש לומר דמשום דבשעת בדיקה שומעין דבריו של זה בלא זה. לכן כל אחד ואחד אינו מדקדק בעדותו להעיד האמת דבודאי מדקדק להעיד האמת כיון דיודע דכך הוא דרך גביית העדות לחקור ולדרוש כל אחד בפני עצמו ואם יכוונו עדותן יחייבו את הבע"ד ושפיר אח"כ כשמכניסין אותן ומעידים שניהם ביחד ל"ש בזה עביד אינש לאחזוקי דיבורי' כיון דגם בראשונה בשעת בדיקה שהגידו זה שלא בפני זה ג"כ הגידו האמת. וכן נמי הא דבש"ס ב"ק הנ"ל אף דהתם מיירי שלא באו מתחלה שני העדים ביחד להעיד מ"מ כיון דע"א מהני עכ"פ לענין שבועה שוב שפיר לא חיישינן כלל שמשקר ובודאי גם כשהעיד לבדו שם על לבו לדקדק להעיד האמת לכן שפיר כשמעיד אח"כ ביחד עם העד הב' מהני עדותו לחייב ממון ול"ש בזה עביד אינש לאחזוקי דיבורי' וכנ"ל.

ועפי"ז יש לפרש מה דנחלקו רש"י ותוס' בב"ק שם דרש"י מפרש מה דאמרינן כי אתא ע"א מצטרף בהדי' דאתיא אליבא דריב"ק דאמר שומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר והתוס' כתבו דאתיא אפילו כמ"ד אין מצטרפין אלא דמיירי שמעיד אח"כ ביחד עם העד הב'. וצריך להבין מדוע נדחק רש"י ז"ל לפרש דאתיא אליבא דריב"ק אמאי לא מפרש כפירוש התוס' ואתיא אליבא דכ"ע. ולפי דרכינו הנ"ל ניחא שפיר דהנה מה שכתבתי דהתם לא חיישינן שהעד הראשון העיד שקר מתחלה משום דיש תועלת בעדותו לענין שבועה ובודאי כיוון להעיד האמת. זה אינו מוסכם אליבא דכ"ע דהא התם מיירי בקנס וא"כ הדבר תלוי בפלוגתת הראשונים אי ע"א מחייב שבועה בקנס לדעת הפוסקים דע"א מחייב שבועה בקנס מהני מה שמעיד אח"כ ביחד עם העד הב' וכנ"ל. ולדעת הפוסקים דע"א אינו מחייב שבועה בקנס לא מהני מה שמעיד אח"כ ביחד עם העד הב' כיון דלא הועיל כלל בעדותו שהעיד מתחלה לבדו שוב חיישינן שמא לא דקדק להעיד האמת ושוב שייך לומר עביד אינש לאחזוקי דיבורי'. והנה לפמ"ש בחבורינו לקמן סי' למ"ד סק"ד ליישב מה דנקט רש"י ב"ק שם ריב"ק ולא ר"נ אף דהבעל המימרא דשומעין דבריו של זה היום כו' הוא ר"נ. ולפמ"ש שם עכצ"ל דרש"י סובר דע"א אינו

מחייב שבועה בקנס עיי"ש בדברינו. וכן נ"ל נמי לפרש מ"ש רש"י בב"ק דף מ"א ע"ב ד"ה מודה בקנס כו' וז"ל וה"ה דהו"מ למפרך אעד אחד פשיטא דפטור עיי"ש וכ"ל דכוונתו הוא כמ"ש הרשב"א ב"ק שם דבע"א בקנס אף שכפר אינו חייב שבועה ואי מודה פטור עיי"ש. והלכך שפיר למ"ד דבעינן שיעידו שניהם כאחד אם העיד מתחלה אחד לבדו שוב לא מהני מה שיעיד אח"כ עם העד הב' כיון דחיישינן דמתחלה העיד שקר ועביד אינש לאחזוקי דיבורי' לכך הוכרח רש"י ז"ל לפרושי דאתיא אליבא דריב"ק דס"ל דשומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר ולדידי' לא חיישינן שהעיד שקר אף דבשעה שהעיד לבדו לא הי' מועיל עדותו לענין שבועה מ"מ כיון דהא עכ"פ נגמר עדותו לענין זה שאם יבא מחר העד הב' יצרפו הב"ד את עדותו שהעיד היום ואין הב"ד צריכין לשמוע עוד מפיו כלל ויתחייב הבע"ד לכן בודאי דקדק להעיד האמת. אבל התוס' ס"ל דע"א מחייב שבועה בקנס וכנראה מלשון התוס' ב"ק דף מ"א ד"ה מודה בקנס שכתבו וז"ל. ונראה דהו"מ למפרך אעד אחד דאין סברא לומר שלא יחשוב מרשיע את עצמו כשמודה ואין דרוצה לישבע ואע"ג דע"י העד בא עליו חיוב זה עכ"ל. ומשמע מדבריהם דאם כופר צריך לישבע נגד העד וידעתי דיש להעמיס גם בדברי התוס' דכוונתם הוא דע"א אינו מחייב שבועה בקנס וכן ראיתי בישועות יעקב פ' מרובה סי' כ"ה שהבין כך כוונת התוס' עיי"ש. ועיין גם בס' ים התלמוד בב"ק דף ע"ד ד"ה במתני' עיי"ש. אולם הא אכתי יש לומר דהכא בב"ק דף ע"ד ס"ל התוס' כשיטת הפוסקים דע"א מחייב שבועה בקנס]. וא"כ הרי יש תועלת בעדותו לענין שבועה. וא"כ לא חיישינן שמשקר. לכן שפיר כשמצטרף אח"כ עם העד הב' ומעידין שניהם ביחד מהני גם עדות הראשון לחייב קנס דל"ש בזה עביד אינש לאחזוקי דיבורי' ושפיר פירשו התוס' דהסוגיא אתי' אליבא דכ"ע והבן.

(ח) **עוד שם ברמ"א** אעפ"י שהגידו בראשונה עפ"י החרם. עיין בקצה"ח מה שהאריך בזה. ומ"ש הקצה"ח לבאר ראיית הרשב"א בתשובה עמ"ש לקמן סי' ל"ד ס"ק ה' ומ"ש הקצה"ח דהזיד בשבועות העדות לא נפסל מה"ת כיון דאין לוקין על שבה"ע עיי"ש. יש לי להביא ראי' להיפך דהזיד בשבועות העדות כפסל לעדות מה"ת והוא מהירושלמי שבועות פ"ד ה"ג דאיתא שם היו עשרה וכפרו זה אחר זה הראשון חייב וכולן פטורים והוא משום דכפר הראשון כעשה פסול ונתבטל עדות כולם מחמת צירוף פסול עיי"ש ובפ"מ שם ובחידושינו לקמן סי' ל"ו. הרי ע"כ דהזיד בשבועות העדות נעשה פסול מה"ת דאי לא נפסל רק מדרבנן הרי לא נתבטל עדות הכשרים וכמ"ש הב"י בתשובה בדיני קידושין סי' יו"ד ומובא גם באחרונים דפסול מדרבנן לא אלים כולי האי לבטל עדות הכשרים עיי"ש. ולפי"ז צ"ל כמ"ש התומים סי' צ"ב סק"ב דחיוב קרבן שחייב בשבועות

העדות במקום מלקות קאי עיי"ש. לכן שפיר נפסל מה"ת כמו בלאו שיש בו מלקות. אך אי נימא כדעת הקצה"ח הנ"ל צ"ל דשיטת הירושלמי הוא כדעת התומים בסוף סי' ל"ו שהוכיח מדברי הריטב"א קידושין דגם פסול דרבנן מבטל עדות הכשרים עיי"ש:

(ט) **סעיף כ"ד ברמ"א** מיהו אם קבלם עליהם בעלי דינים וכו' נסתפקתי באופן דמקבלין עדות שלא בפני בע"ד וכמו שנתבאר לעיל סעיף ט"ז וסי"ז. והביא התובע עדיו בלילה ונתרצה לקבל העדות בלילה אי מקבלין בלילה דהא בעינן שיתרצו שניהם וכאן שאין הבע"ד לפנינו ולא נתרצה לא מהני מה שהתובע לבד נתרצה. או דלמא כיון דמקבלין העדות שלא בפניו תו לא בעינן כלל דעתו לענין לקבל עדות בלילה ויש לי בזה סברות לכאן ולכאן וצ"ע כעת:

סימן כט

(א) **סעיף א'** אחר שהעיד כו' אינו יכול לחזור בו כן העלה בב"י וכן הביא בשם הר"ן בתשובה דבד"מ דא"צ דרישה וחקירה א"י לחזור מיד אחר כ"ד מהעדות ובדבר שצריך דו"ח כ"ז שלא נגמר החקירות יכול לחזור בו עיי"ש. ועיין בכנה"ג בהגהות ב"י אות ה' שכתב וז"ל וצ"ע אם העידו בד"מ כו' נ"ב הרא"ם ח"ר סי' נ"ד כתב מחלוקות בזה בשם הרשב"א כתב כדברי הר"ן ובשם רבינו ישעי' כתב שחוזרין ומגידין ועיין במהריב"ל ס"ג סי' כ"ה ובתשו' הרח"ש חאע"ז סי' י"ט עכ"ל. ואין לי כל הספרים האלה שהזכירם הכנה"ג ולא ידעתי על מה דבריהם הוטבעו דבד"מ יכולים לחזור ולהגיד. אך לפענ"ד נ"ל להביא ראי' לדעת הרבינו ישעי' וסייעתו מהתוספתא פ"ו דסנהדרין דמתחלה תני שם דהעדים יכולים לחזור בהן עד שיגמור הדין. ואח"כ תני שם דכל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד יכולים לחזור בהן ומשנחקרו עדותן בב"ד א"י לחזור בהן עיי"ש. והרי הדברים סותרים אהדדי. וכבר עמד בזה בהגהות מג"א שם והניח בצ"ע. אמנם אם נימא דבד"מ דא"צ דו"ח יכולים לחזור בהן אף לאחר כ"ד ניחא שפיר. דמ"ש מתחלה דיכולין לחזור בהן עד שיגמור הדין אייריי בד"מ שא"צ דו"ח וכמבואר שם בתוספתא דקאי בזה על ד"מ עיי"ש ומ"ש אח"כ דמשנחקרה עדותן בב"ד אינם יכולים לחזור בהם אייריי בדבר שצריך דו"ח. וא"ש ואין כאן סתירה כלל. ולפי"ז ליתא נמי למה שעלה על דעת החכם השואל שבתשובת הר"ן סי' ל"ד לומר דבד"מ דא"צ דו"ח לעולם יכולים לחזור בהן גם אחר שיצאו מב"ד. והקשה דא"כ אם נפסק הדין ונפרע החוב או נשאת האשה ויחזרו העדים ויאמרו מבודין היינו החשב ישיב הממון ותצא האשה מאישה וזה מן התימה עכ"ל. וע"ז השיב הר"ן ז"ל דבד"מ דא"צ דו"ח מיד אחר שהעידו א"י לחזור ולהגיד עיי"ש.

ומהתוספתא הנ"ל אנו למידין דבד"מ דא"צ דו"ח דיכולים לחזור בהם דזה הוא דוקא עד שנגמר הדין. אבל משנגמר הדין א"י לחזור בהן וסרה תמיהת השואל שבתשובת הר"ן:

(**ב**) **סעיף ג**' ואמר האחד לא ראיתי הו"ל כאומר לחבירו לא ראית והו"ל הכחשה. צ"ע בזה ממ"ש הרמב"ם פ"א מה' סוטה הי"ד דאם בא ע"א והעיד עלי' שנבעלה לפניו ה"ז אסורה כו' ואפי' הי' עד טומאה זה אחד מעידי הסתירה עיי"ש. וכתב הכ"מ דאינו יודע מה מלמדינו רבינו בזה דמה"ת אדעתין שיגרע מפני שהוא אחד מעידי הסתירה. ועיין בב"ש באע"ז סי' קע"ח ס"ק י"ב שכתב דכוונת הרמב"ם הוא אפי' כשהעד השני אמר שלא ראה שנבעלה עיי"ש. וקשה הרי בכה"ג הוי הכחשה וכמ"ש כאן בש"ע. וי"ל דהא במה דקיי"ל כאן בש"ע דבכה"ג הוי הכחשה היינו דוקא כשהיו שניהם במעמד אחד וכמ"ש הד"מ סוף סי' למ"ד. וא"כ י"ל דהרמב"ם שם מיירי שבשעה שראה העד שנבעלה לא הי' השני עמו במעמד אחד ושפיר לא הוי הכחשה:

סימן ל

(**א**) **סעיף ב**' והשני אומר מנה לבן. הטור כתב בזה דצריך לתבוע שניהם וכמ"ש הרמ"א. ועיין בטו"ז שהקשה מסי' קמ"ה שכתב הטור באחד אומר אכלה חיטין ואחד אומר אכלה שעורין דא"צ שיאמר המחזיק שאכל שתיהן עיי"ש. ולפענ"ד לק"מ דהא התם טעמא הוא משום דבין חיטין ובין שעורין טעו אינשי וכמ"ש הטור שם וכן הוא בגמרא. משא"כ במנה שחור ולבן ס"ל להטור דלא טעו אינשי בין מנה שחור ללבן וכמ"ש הכנה"ג בסי' זה בהגהות הטור אות ל' עיי"ש וא"כ א"ש ולק"מ:

(**ב**) **סעיף ג**' וישבע שבועת התורה על מאה כו'. עיין בש"ך שכתב והא דלא משתבע על הכל מכח דר"ח כיון דאין כאן עדים אלא ע"י צירוף לא אמרינן הכי וכן משמע מדברי הסמ"ע והוא מגמגם בזה עיי"ש בש"ך. והטו"ז כתב טעם אחר דמש"ה לא שייך שבועה דר"ח בעדים ע"י צירוף כיון דלא מהני עדות מיוחדת בקנס כמו דלא מהני באישות וא"כ ל"ש הק"ו דר"ח עיי"ש. ועיין בקצה"ח שחולק על הטו"ז וכתב דאין ענין קנס לאיסור אישות דבאיסור אישות נוגע לד"נ ושפיר בעינן ראי' כאחד והגדה כאחד כמו בד"נ אבל קנס דינו שוה לד"מ והביא ראי' מב"ק דף ע"ד ע"ב דמבואר שם בהדיא דעדמ"י מהני בקנס עיי"ש. וראיתי בס' ים התלמוד בב"ק דף ע"ד שמתרץ קושיא זו וכתב דמה דס"ל להטו"ז דעדמ"י פסול בקנס הוא לאו משום דדמי לאישות אלא דבלא"ה פסול משום דבקנס בעינן עדות שאתה יכול להזימה ובעדמ"י הרי הוי עדות שאאי"ל משום דיכול לומר לחייבו שבועה באתי דלא ידעתי אם יש עוד אחר וכמו דאמרינן בב"ק דף כ"ד

אנן מנא ידעינן דכל דקאי בבי דינא לאסהודי קאתי. וגם בקנס איכא שבועה בעד אחד וכמ"ש האחרונים בשם הרשב"א [באמת ברשב"א ב"ק דף מ"א כתב בהדיא דע"א בקנס אינו מחייב שבועה עיי"ש אך ראיתי באספ"ז ב"ק שם ד"ה מודה בקנס שהביא בשם תוס' שאנץ דכ' כן דע"א בקנס מחייב שבועה עיי"ש] וממילא ל"ק מכאן דכאן מיירי שראו שניהם כאחת רק דהגדה לא הי' כאחת והוי שפיר עדות שאתה יכול להזימה זת"ד עיי"ש והנה מ"ש דהתם בב"ק מיירי שראו שניהם כאחת לא ידעתי איך כתב כן בפשיטות הלא מסתימת לשון הש"ס דקאמר כי אתי עד אחר מצטרף בהדי' משמע אף היכא דלא ראו כאחת רק אחד ראה מחלון זה ואחד ראה מחלון זה ולא ידע אחד מחבירו. וכן יש להוכיח מדברי רש"י ז"ל שם שכתב דהלכה כריב"ק דאמר שומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר. ולכאורה הוא תמוה דהלא מימרא דשומעין דבריו שר זה היום כו' ר"נ קאמר לה ולא ריב"ק וכדאיתא בסנהדרין דף למ"ד ואף דאיתא התם בסנהדרין דמודה ריב"ק לר"נ דשומעין דבריו של זה היום כו' מ"מ הו"ל לרש"י לנקוט ר"נ דהוא בעל המימרא דשומעין כו'. ונ"ל דמש"ה נקט רש"י דייקא ריב"ק ולא ר"כ דאיתא בסנהדרין שם דריב"ק ס"ל דלא בעינן שיראו כאחד ור"נ ס"ל דבעינן שיראו כאחד והלכך נקט רש"י אליבא דריב"ק לאשמעינן דמה דאמרינן התם עפ"י ע"א כי אתי ע"א מצטרף בהדי' מיירי אף דלא ראו כאחת רק אחד ראה מחלון זה ואחד ראה מחלון זה. והן אמת דמהרנ"ש בגליון הש"ס כתב דט"ס נפל ברש"י וצ"ל ר"נ במקום ריב"ק עיי"ש. אמנם לפענ"ד נראה דלאו ט"ס הוא רק בכיוון דקדק רש"י ז"ל בלשונו הקדוש ונקט ריב"ק וכוונתו הוא כמ"ש. ועוד אף אי נימא דט"ס הוא ברש"י וצ"ל ר"נ מ"מ הרי גם אליבא דר"נ דס"ל דבעינן שיראו כאחד מ"מ נוכל לפרש דמיירי בכה"ג שאחד ראה מחלון זה ואחד ראה מחלון זה והוא עפ"י מ"ש הריטב"א מכות דף וא"ו דלא פליגי בסנהדרין שם על ריב"ק אלא בהלואה אחר הלואה. אבל בהלואה אחת רק אחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה כ"ע מודים דכשרה אעפ"י שלא ידע שום אחד מחבירו עיי"ש [עיין בנוב"י מהדו"ת חאע"ז סי' י"ג שהוא כתב ג"כ כן ולא זכר שכ"כ הריטב"א. והן אמת דמדברי הנמוק"י פ"ק דמכות מבואר דפליגי אף בראו הלואה אחת אחד מחלון זה ואחד מחלון זה שכתב שם וז"ל וה"מ דבעינן רואין זה את זה בד"כ אבל בד"מ קיי"ל כריב"ק דאפי' הלואה אחר הלואה מצטרפין כו' כ"ש כשראו שניהם ההלואה ביחד זה מחלון זה וזה מחלון זה וש"מ דמהכא יליף לה ר' יהושע מדחזינן בגמרא דהכשיר קרא עדמ"י בממון עכ"ל. ואי כדברי הריטב"א הנ"ל א"כ מה קאמר דר"י יליף מהכא מדהכשיר קרא עדמ"י הא בכה"ג דמיירי במכות שם כ"ע מודים דכשר. אע"כ דדעת הנמוק"י היא דגם בראו הלואה אחת א' מחלון זה ואחד

מחלון זה ג"כ פליגי. אך באמת מרהיטת הסוגיא בסנהדרין שם מבואר כדברי הריטב"א ודעת הנמוק"י צ"ע כעת אצלי]. וא"כ התם דמיירי שמעידין על הטביחה הרי מעידין על מעשה אחת וכיון דמדמינן זאת לדיני ממונות הרי שפיר נוכל לפרש דמיירי באחד ראה מחלון זה ואחד מחלון זה ולא ידע שום אחד מחבירו ומצטרפין אליבא דכ"ע. אך י"ל דמ"ש הים התלמוד דהש"ס שם מיירי שראו כאחת לא קאמר רק בדרך אפשר דאפשר לומר כן דמיירי היכא שראו כאחת. אולם באמת אף אי נימא כן ג"כ לא יצדק דבריו דהא כוונתו הוא דהיכא דראו כאחת לא יכול לומר דלא בא רק לחייבו שבועה דלא ידע שיש עוד אחר דכיון דראו כאחת הרי ידע שיש עוד אחר. ובאמת ז"א דהרי מה דאנו דנין דיכול לומר כן שלא ידע שיש עוד אחר הוא לענין הזמה דכשהוזם יכול לומר כן והלא אם הוזם הרי לא ראה כלל ולא הי' לו צירוף כלל עם אחר וכמ"ש התוס' מכות דף וא"ו ע"א ד"ה אמר רבא עיי"ש. וא"כ שוב שפיר יכול לומר דלא ידע שיבא עוד אחר. איברא דנ"ל מטעם אחר לומר דהתם אינו יכול לומר לחייבו שבועה באתי דהרי הוא מעיד על הטביחה ושני עדים כבר העידו על הגניבה וכדתני שם במתני' וע"כ גם אותו העד שהעיד על הטביחה ידע מזה שכבר העידו שנים על הגניבה דאל"כ למה העיד על הטביחה וא"כ הרי כבר נעשה חשוד עפ"י העדים שהעידו שגנב ושוב א"י לומר לחייבו שבועה באתי דהא יודע שהוא חשוד וע"כ דביאתו הי' לחייבו קנס כשיצטרף עוד עם ע"א וא"כ שוב שפיר הוי עדות שאתה יכול להזימה. [ועיין גם בים התלמוד שם לעיל במתני' שהקשה דאמאי גנב עפ"י שנים וטבח עפ"י ע"א פטור מדו"ה הרי נעשה חשוד עפ"י העדים שגנב והוי על הטביחה משואיל"מ. ועיין במפה"י שם שתירצו דכאן שהעד יודע שהוא חשוד לא אמרינן מהשאיל"מ עיי"ש]:

אמנם אכתי לא נח רוחי בזה ליישב שיטת הטו"ז דהא מ"ש הים התלמוד דעדמ"י פסול בקנס מטעם דהוי עשאאי"ל זה יתכן רק לשיטת הסוברים דע"א מחייב שבועה בקנס אבל הא דעת רוב פוסקים הוא דע"א אינו מחייב שבועה בקנס וכן קיי"ל להלכה לקמן סי' פ"ז סעיף כ"ו עיי"ש [ואף דבש"ע שם לא נמצא רק היכא דתבעו בלי שום עד כלל דפטור משבועת היסת. אולם ע"כ דין זה הוא כשיטת הפוסקים דע"א אינו מחייב שבועה דאורייתא בקנס דלדעת הפוסקים דע"א מחייב שבועה דאורייתא בקנס בודאי בלא עד חייב שבועת היסת וכמו בממון. וכן ראיתי בבאר הגולה שם שכתב על דינא דהמחבר שם דה"ה אם יש עליו ע"א והוא כופר דפטור משבועה עיי"ש]. וא"כ שוב הוי עדמ"י גם בקנס עשאי"ל דהא לא מצי למימר לחייבו שבועה באתי. וא"כ שוב שורת הדין נותן דיהא עדמ"י כשר בקנס. וראיתי בנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' ע"ב שכתב ג"כ כדברי הים

התלמוד הנ"ל דעדמ"י לא מהני בקנס מטעם דהוי עשאאי"ל דיכול לומר לחייבו שבועה באתי. ובסי' ע"ד שם הביא בשם הגאון מוהרר"י בכר דוד בעל ס' דברי אמת שתמה עליו הא בקנס ל"ש שבועה [הוא כתב כן בפשיטות דבקנס ל"ש שבועה ולא זכר שזה הוא פלוגתא בין הראשונים]. ועי"ז כתב הנוב"י שם לחלק בין קנס לבד בלי חיוב ממון ובין חיוב קנס וממון דהיכא דאין בעדותן רק חיוב קנס לבד ולא שום חיוב ממון עדמ"י כשר דשפיר הוי עשאי"ל דאינו יכול לומר לחייבו שבועה באתי כיון דליכא שבועה בקנס והתם בב"ק בעדי טביחה דליכא בעדותן רק חיוב קנס כשר עדמ"י אבל בעדי קנסות שיש בעדותן ממון כגון באונס ומפתה או גניבה שהקרן ממון והכפל קנס לא מהני עדמ"י לענין הקנס דהוי עשאאי"ל די"ל לחייבו שבועה על ממון באתי עיי"ש. ולפי"ז א"ש דינו של הטו"ז דעדמ"י פסול בקנס אפי' לשיטת הפוסקים דע"א אינו מחייב שבועה בקנס והיינו היכא שיש בעדותן קנס וממון ולק"מ מש"ס ב"ק הנ"ל כיון דהתם מיירי היכא דאין בעדותן רק חיוב קנס לבד וכמ"ש הנוב"י. [ומ"ש הנוב"י מתחלה בסי' ע"ב שם ליישב הקושי' מש"ס ב"ק דהתם הכוונה הוא שיעידו מחדש שניהם כאחד בב"ד וכמ"ש התוס' שם עיי"ש. זה ליתא דהתוס' שם לא כתבו כן רק למ"ד דבעינן גם בד"מ שיעידו שניהם כאחד אבל למ"ד בד"מ דשומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר מבואר שם בתוס' דגם בקנס ס"ל כן וא"צ שיעידו מחדש בב"ד עיי"ש וכ"כ הקצה"ח כאן בדעת התוס' עיי"ש. ואולי לזה כיוון הגאון מוהר"י בכר דוד שהביא הנוב"י בסי' ע"ד וז"ל ורום מעלתו הקשה עלי מדברי התוס' ב"ק דף ע"ד דאף בדיני קנסות הדין כן עכ"ל עיי"ש]:

אך קשיא לי על מ"ש הנוב"י הנ"ל לחלק בין קנס לבד לקנס וממון. הלא גמרא ערוכה הוא דגם בקנס וממון מהני עדמ"י והוא בש"ס ב"ק דף ע"ה דאיתא שם אמר רב המנונא מסתברא מלתא דרב [דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור] באומר גנבתי ובאו עדים שגנב פטור שהרי חייב עצמו בקרן כו' אמר רב אשי מתני' נמי דיקא דתנן גנב עפ"י שנים וטבח ומכר עפ"י ע"א או עפ"י עצמו משלם תשלומי כפל ואינו משלם תשלומי דו"ה ל"ל דתני גנב עפ"י שנים ליתני גנב וטבח עפ"י ע"א או עפ"י עצמו אינו משלם אלא הקרן אלא לאו הא קמ"ל גנב עפ"י שנים וטבח ומכר עפ"י ע"א או עפ"י עצמו דלא מחייב עצמו בקרן הוא דאמרינן עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א מה עפ"י ע"א כי אתא ע"א מצטרף בהדי' מיחייב עפ"י עצמו נמי כי אתו עדים מחייב. אבל גנב וטבח ומכר עפ"י ע"א או עפ"י עצמו דחייב עצמו בקרן לא אמרינן עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א ע"כ. פירוש דאם גנב וטבח ומכר עפ"י ע"א כי אתי ע"א מצטרף בהדי' מחייב אבל גנב וטבח ומכר עפ"י עצמו לא הוי דומיא דעפ"י ע"א וכי אתו עדים אח"כ פטור מכפל

ומתשלומי דו"ה כיון דחייב עצמו בקרן. הרי מבואר בהדיא דאם גנב וטבח ומכר עפ"י ע"א ג"כ כי אתא ע"א מצטרף בהדי' ומחייב אף דהעד מעיד גם על הגניבה דאיכא ג"כ קרן. והיא לכאורה סתירה גדולה לדברי הנוב"י הנ"ל. אולם נ"ל ליישב דהנה הנוב"י בסי' ע"ד שם הביא עוד בשם מוהר"י בכר דוד שהשיג עליו על גוף הדבר שכתב דעדמ"י הוי עשאאי"ל דהעד הראשון יכול לומר לחייבו שבועה באתי הלא מה אהני בעדותו והרי ישבע ויפטור. וכתב הנוב"י להצדיק דבריו דעדיין יכול לומר לחייבו שבועה באתי ולפסלו אח"כ לשבועה אם יהי' עוד ע"א שנשבע לשקר או אפי' עם הבע"ד בעצמו כפי המבואר בפוסקים עיי"ש. והנה מ"ש דיכול העד לומר לחייבו שבועה באתי ולפסלו אח"כ אם יהי' עוד ע"א. אחר נשיקת עפר רגליו אני אומר דבמחילת כבוד הדרת גאונו לא דק בזה. דאיך יכול העד הראשון להתנצל את עצמו לאחר שהוזם לומר דרצונו הי' לפסלו אח"כ כשיבא עוד ע"א הלא כשהוזם הרי שקר העיד וא"כ איך סבר שיבא עוד ע"א שיעיד ג"כ שקר כדבריו וכי מחזקינן לכ"ע להעיד שקר. אך מ"ש דיכול לומר דיצטרף עם הבע"ד בעצמו לפסלו בזה הצדק אתו כיון דחזינן דהבע"ד תבע אותו כעת עם אותו עד בשקר לכן שפיר יש לומר דסבר שיצרף ג"כ עמו בשקר לפסלו. והן אמת דגם בזה יש לי לפקפק דהנה ידוע קושית הים התלמוד שהקשה לפי שיטה זו דהנשבע להכחיש העד יכול העד לצרף עם הבע"ד לפסול את הנשבע א"כ ל"ל קרא דעדמ"י כשר בד"מ הא בלא זה ג"כ יוכל להוציא ממון והיינו שיתבע תחלה עם עד אחד וישבע להכחיש את העד ואזי יפסול אותו בצירוף אותו עד ואח"כ יבא עד הב' ויהי' מחויב שבועה ואיל"מ. ואמרתי תירוץ נכון ומספיק לקושיא זו דהא דכתבו הפוסקים דיכול הבע"ד לצרף עם העד לפסול את הנשבע זה הוא דוקא השתא לאחר דגלי לן קרא דעדמ"י כשר אבל לולא הקרא ודאי נפל בבירא דין זה. והוא דצריך להבין הך דינא דאיך הו"מ בכח הבע"ד לצרף עם העד לפסול את הנשבע הלא הוי נוגע ונהי דהרבינו יקר שהוא המציא דין זה הובא בראש פז"ב ובטור סי' ל"ד מיישב זאת ברמז לשונו דלא הוי נוגע כיון דלאחר השבועה הוי התובע כאחר. בכל זאת אכתי הוי נוגע דיש לחוש שמא יש לו עוד עד אחד ויבא אח"כ את העד הב' ויהי' הנשבע משואיל"מ. אמנם באמת הדבר נכון כיון דעדמ"י כשר לכן לא הוי נוגע דאי יש לו עוד ע"א הרי בלא"ה יוכל להוציא ממון ע"י העדים וא"צ כלל לפסלו מתחלה. וא"כ כל זה ניחא השתא אליבא דאמת דאיכא קרא דעדמ"י כשר אבל לולא הקרא והוי אמרינן דעדמ"י פסול בד"מ לא הי' שייך ש דינו של הר"י כיון דהבע"ד הוי נוגע וכאמור והבן. וא"כ לפי"ז אי נימא דהיכא דאיכא גם חיוב קנס בהדי' חיוב ממון פסול עדמ"י. הרי בכה"ג שוב הבע"ד אינו יכול לצרף עם העד לפסול את הנשבע

כיון דהוא נוגע דמש"ה פסלו כדי שיביא אח"כ את העד הב' לתבוע ממנו הממון ויהא הנשבע מחויב שבועה ואיל"מ ושפיר הוי נוגע. וא"כ בכה"ג שוב אין העד הראשון יכול להתנצל ולומר דלא בא רק לחייבו שבועה על הממון ולצרף אח"כ עם הבע"ד לפסלו דהא אינו יכול לצרף כלל עם הבע"ד לפסלו. אמנם אחר העיון אף שכנים אנחנו בזה בכל זאת גוף דינו של הנוב"י דעדמ"י פסול בקנס וממון משום דהוי עשאאי"ל דיכול לומר לחייבו שבועה על הממון באתי ולפסלו אח"כ בצירוף הבע"ד הוא נכון מאוד. דהנה לפי דרכינו הנ"ל עדמ"י בקנס וממון הוי תרתי דסתרי דאם נימא דלא מהני עדמ"י בכה"ג א"כ הרי אינו יכול הבע"ד לצרף עם העד לפסול את הנשבע וכדאמרן. וא"כ שוב הוי עשאי"ל דהא אינו יכול העד הראשון לומר לחייבו שבועה באתי ולצרף עם הבע"ד לפסלו. וא"כ שוב צ"ל דמהני עדמ"י בכה"ג. ואי נימא דמהני עדמ"י בכה"ג הרי שוב יכול הבע"ד לצרף עם העד לפסלו דהא הבע"ד לא הוי נוגע וכנ"ל. וא"כ שוב הוי עשאאי"ל דיכול לומר לחייבו שבועה באתי ולצרף עם הבע"ד לפסלו. וא"כ שוב צ"ל דלא מהני עדמ"י בכה"ג. והנה תרתי דסתרי הוי ספיקא וכמ"ש התוס' פסחים דף כ"ו ע"ב ד"ה עלה עלי' זכר דבאיסורא אזלינן לחומרא בתרתי דסתרי דספק איסור לחומרא עיי"ש. וא"כ בממונא בכה"ג שפיר אזלינן לקולא לנתבע וכמו בכל ספק ממונא דקיי"ל דקילא לנתבע לכן שפיר עדמ"י בכה"ג לא מהני להוציא הקנס מיד המוחזק ודו"ק. ומעתה כיון דעלה בידינו דמ"ש הנוב"י דעדמ"י פסול בקנס וממון משום דהוי עשאאי"ל דיכול לומר לחייבו שבועה על הממון באתי יתכן רק מטעם זה שכתב שם דיכול לומר דרצה לצרף אח"כ עם הבע"ד לפסלו. א"כ נחזי אנן דזה הוא דוקא היכא דגם הבע"ד בעצמו יודע שהנשבע חייב לו וא"כ הרי יודע הבע"ד שהנתבע נשבע לשקר שפיר יכול העד לצרף עם הבע"ד לפסלו שנשבע לשקר ושפיר הוי עשאאי"ל משום דיכול לומר לחייבו שבועה באתי ולצרף עם הבע"ד לפסלו. משא"כ היכא דהתובע תבעו בספק עפ"י עד דג"כ מחויב הנתבע לישבע נגד העד וכדקיי"ל בסי' ע"ה סעיף כ"ג בזה ודאי דאינו יכול העד לצרף עם הבע"ד לפסלו דהא הבע"ד אינו יודע כלל שנשבע לשקר וא"כ בכה"ג שפיר הוי עשאי"ל דהא העד א"י לומר לחייבו שבועה באתי. ולצרף עם הבע"ד לפסלו. ומעתה שפיר לק"מ מהך דש"ס ב"ק הנ"ל דהא התם מיירי בגנבה והרי סתם גנבה הוא בלא ידיעת בעלים א"כ א"י העד לומר לחייבו שבועה על הקרן באתי ולצרף עם הבע"ד לפסלו דהא הבע"ד אינו יודע כלל שהוא גנב ממנו ושפיר הוי עשאי"ל וכשר עדמ"י ודו"ק:

אפס אף שכנים דברינו הנ"ל להצדיק בזה דינו של הנוב"י דבקנס וממון פסול עדמ"י ולק"מ מש"ס ב"ק דף ע"ה הנ"ל וכמ"ש. אבל הא אכתי על הנוב"י גופי' קושיתינו הנ"ל

במקומה עומדת דלפמ"ש הוא בעצמו דיכול לומר לחייבו שבועה באתי ולפסלו אח"כ אם יהי' עוד ע"א שנשבע לשקר א"כ הרי מטעם זה הוי עשאאי"ל אפי' היכא דטענו בספק עפ"י עד וכמו התם בגנבה. וא"כ שוב שורת הדין נותן דפסול עדמ"י בקנס וממון אף בגניבה דהבעלים אינם יודעים הי' הגנב דמ"מ הוי עשאאי"ל משום דיכול לומר לחייבו שבועה באתי ולפסלו אח"כ לשבועה אם יהי' עוד ע"א שנשבע לשקר. וכ"כ הנוב"י שם בהדיא דגם בגניבה פסול עדמ"י. אכן אחר העיון ראיתי דלק"מ דמה דקאמר הנוב"י דבקנס וממון לא מהני עדמ"י היינו דוקא היכא שמעיד על מעשה אחת ומאותה מעשה בא החיוב ממון והחיוב קנס וכגון באונס ומפתה או גניבה דהחיוב קרן שהוא ממון והחיוב כפל שהוא קנס באו ממעשה אחת מהגניבה ואם הוא מעיד על המעשה שעשה כדי לחייבו שבועה על הממון ממילא מסתעף מעדותו גם חיוב קנס וא"א להעיד כלל על החיוב ממון בלא החיוב קנס ובזה שפיר יכול לומר דלא בא בעדותו רק לחייבו שבועה על הממון ושפיר הוי עשאאי"ל ובכה"ג כי אתי אח"כ עוד ע"א אין מצטרף בהדי' לחייב קנס. משא"כ היכא דהחיוב ממון והחיוב קנס אינם באים ממעשה אחת רק זו ממעשה אחרת. וזו ממעשה אחרת והוא מעיד על שניהם בזה ודאי אינו יכול לומר לחייבו שבועה על הממון באתי דא"כ ל"ל להעיד גם על המעשה אשר ממנה בא החיוב קנס דהרי לחייבו שבועה על הממון הי' די לו להעיד רק על אותה מעשה לבד אשר החיוב ממון בא ממנה ובכה"ג שפיר כי אתי אח"כ עוד ע"א מצטרף בהדי' לחייב קנס דהוי עשאי"ל. וא"כ לק"מ מש"ס ב"ק דף ע"ה הנ"ל דהא התם מיירי הש"ס היכא שהעד מעיד שגנב וטבח ומחמת הגניבה חייב קרן וכפל ומחמת הטביחה חייב בתשלומי דו"ה. ובזה שפיר כי אתי אח"כ עוד ע"א מצטרף בהדי' לחייבו הכפל ותשלומי דו"ה כיון דבכה"ג שפיר הוי עשאי"ל דהא אינו יכול לומר לחייבו שבועה על הקרן באתי דא"כ ל"ל להעיד גם על הטביחה ומדהעיד גם על הטביחה ע"כ דכוונתו הי' לחייבו גם קנס ושפיר הוי עשאי"ל וכי אתי אח"כ עוד ע"א מצטרף בהדי' ומחייב כפל ותשלומי דו"ה וא"ש ולק"מ:

איברא מדברי הטו"ז מוכח דס"ל דבכל ענין פסול עדמ"י בקנס ואפי' היכא דאין בעדותן רק חיוב קנס לבד דהא הטו"ז כתב לתרץ דמש"ה בדינא דש"ע כאן דמיירי בעדמ"י ל"ש שבועה דר"ח כיון דעדמ"י פסול בקנס לכן ל"ש הק"ו דר"ח מה הודאת פיו שאינו מחייבו קנס כו' עיי"ש. ואי נימא דהיכא דאין בעדותן רק חיוב קנס לבד כשר עדמ"י. א"כ שוב שייך גם בעדמ"י הק"ו מפיו דהא פיו לעולם אינו מחייבו קנס אפי' היכא דמודה בחיוב קנס לבד בלא חיוב ממון משא"כ עדמ"י דמחייבין קנס היכא דאין בעדותן רק חיוב קנס בלבד. ולכאורה לפי"ז לא יתכן נמי מ"ש הנתיבות סק"ד להסיר תלונת הקצה"ח

הנ"ל מעל הטו"ז. וכתב דכוונת הטו"ז הוא דעדמ"י פסול בקנס היינו דוקא היכא דכל אחד ראה מעשה אחרת אבל היכא דשניהם ראו מעשה אחת רק אחד מחלון זה ואחד מחלון זה שפיר כשר גם בקנס וא"כ לק"מ מש"ס ב"ק שם דהא התם שניהם ראו מעשה אחת עיי"ש. ולכאורה אכתי לא יצדק בזה תירוץ הטו"ז דהא כיון דעכ"פ כשר עדמ"י בקנס היכא שראו שניהם מעשה אחת א"כ שוב שייך הק"ו גם בעדמ"י דהא בהודאת פיו לעולם אינו מתחייב קנס ועדמ"י מהני לענין קנס עכ"פ היכא שראו שניהם מעשה אחת. אמנם באמת דברי הנתיבות נכונים וברורים ליישב דברי הטו"ז דהא כאן בש"ע מיירי דכל אחד מעיד על הלואה אחרת ובכה"ג בקנס אין מצטרפין ושפיר כתב הטו"ז בזה דל"ש בזה שבועה דר"ח כיון דבכה"ג פסול עדמ"י בקנס. משא"כ בדברי הנוב"י הנ"ל אינו מתיישב דברי הטו"ז דהא לפי דבריו אין חילוק בין אם ראו שניהם מעשה אחת ובין אם כל אחד ראה מעשה אחרת ולעולם היכא דאין בעדותן רק חיוב קנס לבד מצטרפין וא"כ שוב גם בכה"ג דמיירי הש"ע כאן שייך הק"ו ושורת הדין נותן שישתבע מדר"ח. אע"כ דס"ל להטו"ז דבכל ענין פסול עדמ"י ואף היכא דאין בעדותן רק חיוב קנס. ולפי"ז ממילא א"א נמי כלל לומר דכוונת הטו"ז הוא דמש"ה פסול עדמ"י בקנס משום דהוי עשאאי"ל. [והיינו אף לולא החילוק של הנוב"י הנ"ל שמחלק בין קנס לבד ובין קנס דממון. והיינו דנימא דהטו"ז קאי לפי שיטת הסוברים דע"א מחייב שבועה בקנס דלפי"ז אין אנו צריכין לחילוקו של הנוב"י כיון דבלא"ה לק"מ מש"ס ב"ק שם וכמ"ש הים התלמוד הנ"ל מ"מ א"א לומר כן בדעת הטו"ז]. דהא לפי טעם זה הרי מה דפסול עדמ"י בקנס הוא דוקא היכא דלא הגידו כאחת דאז הוי עשאאי"ל דיכול לומר לחייבו שבועה באתי. אבל אם הגידו ביחד אף דהראי' לא הי' ביחד הוי עשאי"ל דכיון דכשבאו ביחד להעיד הרי לא יוכל כל אחד לומר לחייבו שבועה באתי דהא ע"כ באו לחייבו לשלם קנס דשני עדים מחייבין ממון ולא שבועה. וא"כ לא יעלה כהוגן תירוץ הטו"ז הנ"ל דהא כאן בש"ע מיירי דהגידו ביחד והרי כה"ג עדמ"י כשר בקנס כיון דהוי עשאי"ל וא"כ שוב בכה"ג שייך הק"ו דר"ח:

אמנם מצאתי ראיתי להקדמונים שכתבו להיפך מדברי הטו"ז הנ"ל והוא בשו"ת בשמים ראש סי' רל"ז נתווכחו שם הראשונים בהא דנתחבטו כאן הסמ"ע והב"ח והטו"ז והש"ך מדוע בהלואה אחר הלואה אינו משתבע על השאר מדר"ח והחכם השואל שם רצה לומר דגם בהלואה אחר הלואה משתבע מדר"ח והביא בשם הרמ"ה שכתב דלא משתבע מדר"ח משום דא"א לחייבו ממון ושבועה על עדות של זה והוא כדברי הסמ"ע. כתב החכם השואל דאינו יודע למה אין לחייבו ממון ושבועה על עדות של זה עיי"ש. והחכם

המשיב כתב וז"ל תשובה גם אני דנתי מתחלה כדברי מר [דמשתבע מדר"ח] והבאתי ראי' ג"כ מהא דאמרינן התם בהך דר"ח דיליף לה בק"ו מפיו שאינו מחייבו קנס ועדים מחייבים קנס ומ"ט שביק מיתה דחמירא דיש כח ביד שתים לחייבו אלא דבעי לאתויי צירוף דריב"ק כן דנתי לפני מורי הרמב"ן ז"ל ולא הודה לי ואמר דטעם יש לחלק דבשלמא בהך דר"ח משתבע כמודה במקצת כיון דאי לא תבע לי' האי טוען האי תביעתא אוחרי נמי הוי משתלם הני חמשים דאסהידו בגווי'. משא"כ הכא דאי לא תבע לי' לאידך פלגא גם האי מנה לא יהיב לי' דאע"ג דאית לי' תרי סהדי הא הוי עדותן מוכחשת בחקירות. והרי אנו צריכין לבטל דעתינו מפני דעתו כי רבה היא עכ"ל. וכוונתו בהראי' שהביא מהך דר"ח הוא כך דהקשה מדוע עשה ר"ח הק"ו מקנס אמאי לא עשה הק"ו ממיתה מה פיו שאינו מחייבו מיתה אינו מחייבו שבועה עדים שמחייבים מיתה אינו בדין שמחייבו שבועה. ע"ז תירץ דר"ח בעי לאתויי צירוף דריב"ק דגם עדים דהלואה אחר הלואה מחייבו שבועה ובעדים ע"י צירוף לא יכול לעשות הק"ו ממיתה דהא עדים ע"י צירוף אינם מחייבים מיתה. ולכך עשה הק"ו מקנס ושפיר שייך הק"ו גם בעדים ע"י צירוף כי גם עדים ע"י צירוף מחייבים קנס כן הוא כוונתו בהראי' הנ"ל. הרי מפורש יוצא דגם עדים ע"י צירוף מחייבים קנס ולא כשיטת הטו"ז. וגם מהרמב"ן שם שחולק עליו מטעם אחר משמע דגם הרמב"ן מסכים לזה דעדים ע"י צירוף מחייבים קנס:

(ג) **סעיף ו' ברמ"א** וכן דיני עדות דבר איסור. לאו דוקא בדיני איסור והיתר אלא גם בדיני אישות לאסור אשה על בעלה ג"כ מצטרפין ולזה כיוון הרמ"א במה שהראה מקום לאע"ז סי' י"א דשם כתב כן בהדיא בדיני אישות עיי"ש. והנה האחרונים ובראשם הגאון בעל שאגת ארי' בתשובה הנדפס בשו"ת בית אפרים חאע"ז סי' מ"ב הקשה לשיטת הסוברים דעדות מיוחדת מצטרפין לאסור אשה על בעלה מהא דאיתא בסנהדרין דף מ"א עדי נערה המאורסה שהוזמו אינן נהרגין מתוך שיכולים לומר לאסרה על בעלה באנו. והקשה הא ע"כ להרגה באו דאי לאסרה על בעלה ל"ל למימר שראו בב"א עיי"ש. ונ"ל ליישב דיכולין לומר דמש"ה אמרו שראו שניהם מעשה אחת דחששו שמא יבואו עדים ויכחישם ואי הוי אומרים שכל אחד ראה מעשה אחרת הרי הם נפסלים כיון דהוי תרי נגד חד דהא הם אינם מסייעים זה לזה כיון דמה דראה זה לא ראה זה. משא"כ אם אומרים שראו שניהם מעשה אחת אם יבואו עדים ויכחישם לא מיפסלו כיון דהוי תרי נגד תרי וכדקיי"ל כר"ה בשתי כתי עדים המכחישים זא"ז זו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה. אולם אכתי קשה הלא אכתי הו"ל למימר שראו שניהם מעשה אחת רק לא ראו זה את זה שא' ראה מחלון זה וא' ראה מחלון זה דבכה"ג אם

יבואו עדים ויכחישם לא יופסלו דהוי תרי נגד תרי דנהי דהם לא ראו זה את זה. אבל הא שניהם מעידים על מעשה אחת שזה המעשה הי'. ושפיר הוי תרי נגד תרי. וכן ראיתי בשעמ"ש בסי' זה סק"ד שכ"כ דבכה"ג הוי תרי נגד תרי עיי"ש והוא פשוט. ונ"ל ליישב דהנה הרמב"ם פי"ח מהל' עדות פסק דהכחשה בהדי הזמה הוי הכחשה. והנה היכא דלגבי הזמה הוי תרי נגד חד ותרי נגד חד ולגבי הכחשה הוי תרי נגד תרי והיינו בעדות מיוחדת שאחד ראה מחלון זה ואחד ראה מחלון זה ובאו שני עדים והזימם הוי כתרי נגד חד כיון שאין הנזומים מסייעין זה לזה שאין האחד יודע כלום בעדותו של חבירו וכ"כ התוס' ב"ק דף ע"ג לפרש הא דאמרינן שם דאם אסהידו בי' תרי בחד ותרי בחד גם רבא מודי דלמפרע נפסל דתו ליכא חידוש עיי"ש. ובכה"ג אם השנים האחרונים הכחישו ג"כ את המעשה שלא הי' הרי הוי לגבי הכחשה תרי נגד תרי אף דהראשונים הם עדמ"י כיון דעל גוף המעשה מסייע אחד לחבירו שכן הי' וכמש"ל. בזה נ"ל דחשוב הזמה אף דאיכא גם הכחשה בהדי'. והוא דהנה דינא דהרמב"ם הנ"ל צריך ביאור וכי מחמת דאיכא גם הכחשה בהדי' הזמה יגרע כח הזמה. וכתב הלח"מ שם לפרש טעמו של הרמב"ם דכיון דעד זומם חידוש הוא דמה חזית דציית להני ציית להני לכן אין לך בו אלא חידושו. היינו בהזמה לבד אבל לא היכא דאיכא גם הכחשה עיי"ש. וכתבו האחרונים בביאור הדברים כיון דבהזמה נאמנים העדים האחרונים ולא אמרינן מה חזית כו' ולגבי הכחשה אמרינן מה חזית כו' ואין העדים האחרונים נאמנים יותר מהראשונים א"כ אם איכא גם הכחשה בהדי הזמה הרי ההכחשה מתנגדת להזמה וזה ל"ש לומר דכח הזמה ידחה כח ההכחשה דלא נימא גם בהכחשה מה חזית כו' ויהיו העדים האחרונים נאמנים גם לגבי ההכחשה דהא הזמה חידוש הוא. לכן יותר מסתבר לומר דיש בכח ההכחשה דאמרינן בי' מה חזית לדחות כח הזמה דנימא גם בהזמה מה חזית. וא"כ זה הוא דוקא היכא דגם לגבי הזמה הוי תרי נגד תרי דאז הזמה חידוש הוא ובזה שפיר נתבטל הזמה לגבי הכחשה ואמרינן גם בהזמה מה חזית משא"כ היכא דלגבי הזמה הוי תרי נגד חד ותרי נגד חד ולגבי הכחשה הוי תרי נגד תרי הרי אין ההכחשה מתנגדת כלל להזמה דהא בהזמה ל"ש כלל מה חזית דהא שפיר העדים האחרונים נאמנים טפי מהראשונים אף לולא דגלי קרא בהזמה כיון דהם תרי נגד חד וכדאמרינן בש"ס ב"ק שם דאם אסהידו בי' תרי בחד ותרי בחד לא הוי חידוש. וא"כ שפיר חשיב הזמה אף דאיכא גם הכחשה בהדי' ועושין בהו דיני הזמה. והנה בעדי נערה המאורסה לענין עונש העדים מועשיתם לו כאשר זמם אין חילוק בין הזמה ובין הכחשה כיון דגם בהזמה אינן נהרגין וכדאמרינן בגמרא מ"מ אכתי יש חילוק בין הזמה להכחשה לענין פיסול דבהזמה מפסלו עכ"פ וכמו בכל מקום.

ובהכחשה לא מפסלו. וא"כ מיושב שפיר הקושיא הנ"ל דיכולין לומר דמש"ה אמרו שראו כאחד דחששו שמא יבואו עדים ויזומו אותן וגם יכחישו גוף המעשה ואם יאמרו שלא ראו זה את זה הרי יהי' לגבי הזמה תרי נגד חד ויפסלו מכח הזמה לכך אמרו שראו כאחד ושוב לא יפסלו ודו"ק:

ואין לומר דאפי' היכא שאמרו שראו כאחד והוי בהזמה תרי נגד תרי ואיכא גם הכחשה בהדי' נהי דחשיב הכחשה מ"מ מפסלו העדים הראשונים וכמ"ש הריב"ש סי' רס"ו והובא בב"י סי' ל"ח בהזמה שלא בפניהם דאמרינן דהוי הכחשה היינו לענין עונש העדים מועשיתם לו כאשר זמם. אבל עדותן בטילה ופסולים הם לכל עדות שבתורה ולא הוי כב' כתי עדים המכחישות זא"ז עיי"ש. דז"א דשאני הכחשה בהדי הזמה דכיון דהזמה בטלה לגבי הכחשה ואמרינן גם בהזמה מה חזית וכמ"ש בסמוך בשם הלח"מ והאחרונים א"כ הוי כאילו אין כאן רק הכחשה לבד ולא מפסלו. ועוד דבאמת הש"ך בסי' ל"ח והרלב"ח בתשובה סי' קל"א והר"מ אלשקר סי' ס"א ועוד רבים והובא בכנה"ג סי' ל"ח חולקים על הריב"ש דאפי' בהזמה שלא בפניהם לא מפסלו עיי"ש. ועיין גם בנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' ע"ב שהאריך להביא ראיות לסתור דעת הריב"ש עיי"ש. וא"כ כ"ש בהכחשה בהדי הזמה דלא מפסלו:

(ד) **סעיף ט** בד"מ א"צ להעיד שני העדים כאחד כו'. בש"ס ב"ק דף ע"ד ע"ב אמרינן שם גבי קנס עפ"י ע"א כי אתי ע"א מצטרף בהדי'. וכתב רש"י ז"ל דהלכה כריב"ק דאמר בסנהדרין דף למד שומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר ועיין בגליון הש"ס בשם המהרנ"ש שרצה למחוק מ"ש רש"י ריב"ק ולהגי' במקומו ר' נתן דמימרא דשומעין דבריו של זה היום כו' ר' נתן קאמר. אך מאחר דאמרינן בסנהדרין דריב"ק מודה לר"נ נראה דאין למחקו עיי"ש. ועיין מה שכתבתי בזה לעיל סק"ב. וכעת אני אומר לפרש כוונת רש"י ז"ל על דרך אחר דבמכיוון נקט רש"י ז"ל בלשונו הטהור ריב"ק ולא ר"נ. והוא דהנה במכות דף וא"ו ע"ב אמר רב נחמן עדות מיוחדת כשירה בד"מ דכתיב לא יומת עפ"י ע"א בד"נ הוא דאין כשרה אבל בד"מ כשרה. והקשו התוס' שם דנילף ד"מ מד"נ להך מילתא דעדמ"י פסול מדכתיב משפט אחד וכמו דילפינן דקרובים פסולים בד"מ מקרא דלא יומתו אבות על בנים מטעם משפט אחד ותירצו דהאי קרא ע"כ לאו בד"מ קאי דע"א מועיל לממון דלשבועה מיהא איתי' עיי"ש. ולפי"ז לפי מה דקיי"ל דבקנס אין ע"א מחייב שבועה א"כ מהראו שיהא עדמ"י פסול בקנס דהא שוב צריך למילף קנס מד"נ מדכתיב משפט אחד. [והא דעדמ"י כשר בד"מ אף בדברים שאין נשבעים עליהם וכמו שטרות וקרקעות התם שאני כיון דהם בכלל ד"מ וכיון דיש ד"מ שמועיל ע"א לשבועה

שוב לא קאי האי קרא אד"מ כלל וכ"כ בנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' ע"ב. משא"כ דיני קנסות הרי זה אינו בכלל ד"מ]. אמנם דברי התוס' הנ"ל לכאורה צ"ע דמה הקשו דנילף ד"מ מד"נ דעדמ"י פסול הלא ריב"ק יליף בסנהדרין דלא בעינן בד"מ ראי' כאחד מדכתיב והוא עד או ראה או ידע מ"מ עיי"ש. וא"כ כיון דגלי קרא בהדיא דבד"מ כשר עדמ"י איך שייך לומר דנילף מד"נ מטעם משפט אחד דעדמ"י פסול בד"מ. אך באמת דברי התוס' נכונים. והוא דהנה הריטב"א מכות שם והזכרתיו לעיל סק"ב הקשה מאי קמ"ל רב נחמן דעדמ"י כשר בד"מ הא קיי"ל כריב"ק דאפי' הלואה אחר הלואה מצטרפין ואעפ"י שהיו שתי הלואות חלוקות ולא ראו זה את זה וכ"ש זו שהי' מעשה א' וברגע אחד אלא שלא ראו זא"ז. ותירץ שלא נצרכה הא דרב נחמן אלא לרבנן דפליגי עלי' דריב"ק וס"ל דהלואה אחר הלואה אין מצטרפין אפ"ה כל שבהלואה אחת כשרה אעפ"י שלא ידע שום אחד בחבירו עיי"ש. ולפי"ז כיון דרב נחמן קאי אליבא דרבנן דפליגי על ריב"ק והם ילפו שם מקרא דהלואה אחר הלואה אין מצטרפין ורק בהלואה אחת יליף רב נחמן מקרא דלא יומת דדוקא בד"נ פסול עדע"י אבל בד"מ כשרה א"כ שפיר מקשו התוס' דנילף ד"מ מד"נ מטעם משפט אחד דאפי' כה"ג עדמ"י פסול בד"מ דהרי אין כאן קרא בהדיא דכה"ג עדמ"י כשר בד"מ אלא דקאמר מדכתיב רק בד"נ דעדמ"י פסול ש"מ דבד"מ כשר ושפיר מקשו התוס' דמטעם משפט אחד נילף ד"מ מד"נ ונימא דכוונת התורה לא היתה דרק בד"נ פסול אלא דהקרא קאי גם אד"מ וע"ז תירצו דכיון דע"א מועיל לשבועה ע"כ האי קרא לא קאי אד"מ. ומעתה לפי"ז מה שכתבתי בסמוך דלפי תירוץ התוס' הנ"ל יוצא דבקנס דע"א אינו מחייב שבועה פסול עדמ"י זה הוא דוקא לרבנן דפליגי על ריב"ק וס"ל דהלואה אחר הלואה אין מצטרפין ורק בעדמ"י שבהלואה אחת מודים דכשר וכדיליף רב נחמן מקרא דלא יומת ואליבא דידהו שפיר קשה קושית התוס' הנ"ל וכמ"ש. וצ"ל כמו שתירצו התוס' כיון דע"א מועיל לשבועה לכן כשר עדמ"י בד"מ וא"כ לדידהו שפיר בקנס דע"א אינו מחייב שבועה פסול עדמ"י אף היכא שראו שניהם מעשה אחת אלא דלא ראו זה את זה. אבל לריב"ק דס"ל דהלואה אחר הלואה מצטרפין דיליף זאת מקרא דוהוא עד או ראה או ידע וא"כ ל"ק כלל קושית התוס' הנ"ל וכמש"ל וא"כ ממילא דכשר נמי עדמ"י בקנס דהרי מה דכשר עדמ"י בד"מ הוא לאו משום דע"א מועיל לשבועה אלא מצד הקרא דגלי בפירוש דעדמ"י כשר בד"מ ושוב אין לחלק כלל בין ד"מ לדיני קנסות דהא לא תלוי כלל בשבועה ושפיר גם דיני קנסות ילפינן מהאי קרא דוהוא עד או ראה או ידע דעדמ"י כשר אף דע"א אינו מחייב שבועה בקנס ורק בד"נ הוא דפסול עדמ"י כיון דבפירוש גילתה התורה דעדמ"י פסול בד"נ דכתיב לא יומת עפ"י ע"א [ולפי"ז ליתא

כלל לקושית הנוב"י שהבאתי לעיל במוסגר לפי"ד התוס' הנ"ל אמאי קיי"ל דבשטרות וקרקעות נמי עדמ"י כשר הלא בזה ליכא שבועה. ולפימ"ש א"ש דהא קיי"ל כריב"ק א"כ הא דעדמ"י כשר לא תליא כלל בשבועה]. והנה בסנהדרין שם איתא דגם ר' נתן פליג על ריב"ק וס"ל דהלואה אחר הלואה אין מצטרפין דאמרינן שם דכ"ע כרבנן דפליגי עלי' דריב"ק כו' עיי"ש. אך בעדמ"י שבהלואה אחת שלא ראו זה את זה גם ר' נתן מודה דכשר בד"מ מקרא דלא יומת עפ"י ע"א וכדאמר רב נחמן וא"כ גם לר' נתן פסול עדמ"י בקנס אף היכא שראו שניהם מעשה אחת אלא דלא ראו זה את זה וכמש"ל אליבא דרבנן. וכיון שכן שפיר כתב רש"י ז"ל בב"ק שם דהלכה כריב"ק דאמר שומעין דבריו של זה היום כו' דהא התם מיירי בקנס ואמרינן דעדמ"י כשר והרי לר' נתן לעולם פסול עדמ"י בקנס אף היכא שראו שניהם מעשה אחת אלא דלא ראו זה את זה ורק לריב"ק לעולם כשר עדמ"י בקנס וכמ"ש. לכן שפיר נקט רש"י ז"ל דייקא ריב"ק ולא ר' נתן וכוונתו הוא דהלכה כריב"ק בתרתי דשומעין דבריו של זה היום כו' וגם דהלואה אחר הלואה מצטרפין הלכך עדמ"י כשר בקנס ודו"ק ונכון הוא:

ולכאורה יש לפקפק בזה דהרי תירוצינו הנ"ל סובב הולך רק אי נימא דהש"ס בב"ק שם מיירי היכא שראו כאחד רק דלא הגידו כאחד וכמ"ש הים התלמוד והבאתיו לעיל סק"ב דאי מיירי היכא שלא ראו ג"כ כאחד הרי אין אנו צריכין כלל לתירוצינו הנ"ל דבלא"ה ניחא בפשיטות מה דרש"י ז"ל נקט דייקא ריב"ק ולא ר"נ וכמש"ל באות ב' שם. וא"כ כיון דתירוצינו סובב רק לפי מה דנימא דבב"ק שם מיירי שראו כאחד א"כ ליתא כלל לתירוצינו די"ל דבכה"ג גם ר' נתן מו"ה דאפי' בקנס כשר דהא אמרינן בסנהדרין שם דר' נתן סובר דבעינן ראי' כאחד ואפ"ה ס"ל דלא בעינן הגדה כאחד כיון דס"ל לר"נ דלא מקשינן הגדה לראי' וא"כ י"ל דה"נ בקנס דס"ל לר"נ דעדמ"י פסול היינו דוקא היכא שלא ראו כאחד אבל אם ראו כאחד אף דלא הגידו כאחד ס"ל לר"נ דכשר כיון דלא מקיש הגדה לראי'. אמנם ז"א דהרי בד"נ בעינן ראי' כאחד וגם הגדה כאחד וכמ"ש הרמב"ם ז"ל ריש פ"ד מהל' עדות ועיין בכ"מ שם שכתב שהרמב"ם הוציא כן מדאמרינן בסנהדרין ר' נתן אומר בדיני ממונות [נראה דבש"ס שלפני הנ"מ הי' הגרסא בדיני ממונות ובש"ס שלפנינו ליתא כן] שומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר משמע דבדיני נפשות כ"ע מודים דצריכין להעיד כאחד דמקשינן הגדה לראי' עיי"ש. א"כ שוב תקשה כקושית התוס' הנ"ל גם בזה דנילף ד"מ מד"נ מטעם משפט אחד דגם בד"מ ליבעי ראי' וגם הגדה כאחד דהרי אין לו לר' נתן קרא בהדיא דבד"מ לא מקשינן הגדה לראי' וכמבואר בסנהדרין שם. וא"כ שוב צ"ל כתירוץ התוס' דכיון דע"א מועיל לשבועה לכן לא דמי

לד"נ שיהא בעינן גם הגדה כאחד [ודוקא ראי' בעינן כאחד גם בד"מ אף דע"א מועיל לשבועה כיון דגילתה התורה בפירוש וכדקאמרו רבנן בסנהדרין דכתיב והוא עד ואפקי' רחמנא בלשון חד למימר עד דחזו תרוייהו כחד עיי"ש]. ושוב בקנס דע"א אינו מחייב שבועה צ"ל דמקשינן הגדה לראי' כמו בד"נ מטעם משפט אחד ובעינן ג"כ שיעידו כאחד משא"כ לריב"ק דיליף מקרא דוהוא עד או ראה או ידע דלא בעינן בד"מ ראי' כאחד וכ"ש הוא דלא בעינן הגדה כאחד וכמבואר בסנהדרין שם דאמר ר' יוחנן לר' יוסי בר חנינא לזה הצרכתי השתא ומה עיקר ראי' בהדי הדדי אמר ריב"ק לא בעינן הגדה מבעיא עיי"ש. וא"כ כיון דלריב"ק ילפינן מהאי קרא דוהוא עד או ראה או ידע דבד"מ לא בעינן ראי' כאחד ממילא גם קנס ילפינן מהאי קרא דלא בעינן בקנס ראי' כאחד וכמש"ל. א"כ ל"ש כלל להקשות דניליף דיני קנסות מד"נ מטעם משפט אחד דבעינן הגדה כאחד דהרי כיון דלא בעינן ראי' כאחד כ"ש הוא דלא בעינן הגדה כאחד, וא"ש דברי רש"י הנ"ל וכמ"ש והבן היטב. ולא אכחד תחת לשוני דדברי הכ"מ הנ"ל שכתב דבד"נ כ"ע מודים דמקשינן הגדה לראי'. תמוהים בעיני דהרי ר' נתן פליג בסנהדרין שם על הת"ק וקאמר דאעפ"י דכתיב או ראה ואם לא יגיד בחד קרא מ"מ לא בא להורות להקיש הגדה לראי'. וא"כ מנין לנו לומר דבד"נ מקשינן הגדה לראי' דהרי לית לן קרא, אחר בד"נ למילף להקיש הגדה לראי' וצ"ע [וראיתי להגאון מהרב"פ בהגהותיו על ס' טורי אבן בר"ה דף כ"ג שכתב לפרש כוונת הכ"מ דלפי המסקנא בסנהדרין שם דמודה ריב"ק לר' נתן דבד"מ הראי' וגם ההגדה א"צ להיות כאחד י"ל דגם ר' נתן מודה לת"ק דמקשינן הגדה לראי' והא דלא מצריך הגדה כאחד משום דסובר כריב"ק דגם הראי' א"צ להיות כאחד ומינה בד"נ שצריך שתהי' הראי' כאחד שוב גם הגדה צריך להיות כאחד עכ"ד עיי"ש. אמנם זה הוא דוחק מאוד דמרהיטא דהסוגיא שם מבואר דגם אליבא דמסקנא ס"ל לר"נ דבעינן ראי' כאחד ולא כריב"ק וגם ס"ל דלא מקשינן הגדה לראי']. ואנכי רציתי לומר דיצא לו להרמב"ם כן מהא דאמר רב במכות שם מנין לעדות מיוחדת שהיא פסולה בד"נ שנאמר לא יומת עפ"י ע"א כו' אלא מאי אחד אחד. ונ"ל דהרמב"ם ז"ל הבין דכוונת הש"ס למילף מהאי קרא דבין בראי' ובין בהגדה לא יהי' אחד אחד וא"כ שפיר גם ר"נ מודה דבד"נ בעינן ראי' וגם הגדה כאחד דהא גלי קרא לא יומת עפ"י ע"א. וגם לפי"ז נוכל לומר דלר' נתן בעינן גם בקנס הראי' וגם ההגדה כאחד ולריב"ק לא בעינן בקנס שיראו כאחד ולא שיגידו כאחד. דלר' נתן קשה כקו' התוס' דנילף מקרא דלא יומת גם לענין זה דבעינן בד"מ גם הגדה כאחד ולריב"ק לא קשה וכדרך שכתבתי לעיל לפי דברי הכ"מ ואין רצוני לכפול הדברים והמשכיל יבין מעצמו. אמנם אחר העיון קצת ראיתי דא"א

לומר כן דהרמב"ם הוציא דינו הנ"ל מש"ס מכות שם דהא ע"כ מה דיליף רב שם דעדמ"י פסול בד"נ מדכתיב לא יומת עפ"י ע"א כוונתו הוא רק לענין דבעינן ראי' כאחד ולא לענין הגדה כאחד דהא אמרינן שם תניא נמי הכי לא יומת עפ"י ע"א להביא שנים שרואים אותו א' מחלון זה וא' מחלון זה ואין רואין זא"ז שאין מצטרפין עיי"ש. הרי דהברייתא נקט רק ראי' דבעינן שיראו כאחד. ואי נימא דמה דדרש רב מלא יומת עפ"י ע"א דעדמ"י פסול היינו בין בראי' ובין בהגדה בעי צירוף א"כ מאי סייעתא הוא מהברייתא לרב. ואין לומר דהברייתא חדא מינייהו נקט אבל באמת כוונת הברייתא הוא ג"כ דבעינן צירוף בין בראי' ובין בהגדה. דא"כ יותר הו"ל לנקוט דבעינן שיגידו כאחד דבזה הוי רבותא טפי וכדמצינו בסנהדרין שם דס"ל לר"נ גבי ד"מ דבעינן שיראו כאחד ולא בעינן שיגידו כאחד וא"כ הי' צריך הברייתא לנקוט יותר דבעינן צירוף בהגדה וממילא הוי ידעינן דכ"ש דבעי צירוף בראי':

(ה) **סעיף יא** יבא ב"ד אצל ב"ד. כתב הסמ"ע דמקצת מהב"ד האחד ומקצת מהב"ד השני אינם יכולים להצטרף עיי"ש. ועיין בנתיבות שכתב דדוקא אחד מכל ב"ד אינם יכולים להצטרף משא"כ שנים מכל ב"ד יכולים להצטרף עיי"ש. וכדברי הנתיבות מבואר בהג"א בפ' גט פשוט והובא גם בב"י שכתב ג"כ כדברי הסמ"ע והוא כתב בהדיא דאין אחד מב"ד זה ואחד מב"ד זה מצטרפין עיי"ש. אולם ראיתי בשטמ"ק ב"ב דף קס"ה שהביא בשם הרבינו יונה בעליות שכתב בהדיא דאפי' שנים מכל ב"ד אין מצטרפין עיי"ש:

(ו) **שם** ויצטרפו עדותן. עיין בשו"ת מהרי"ט צהלון סי' ק"ו שכתב דמדברי הרשב"ם שמפרש וז"ל שיבא ב"ד אצל ב"ד לצרף עדותן ששמעו וישפטו לפי העדות עכ"ל. משמע דדוקא שאותן הדיינים עצמן ידונו עפ"י העדות שקבלו אבל שיצטרפו עדותן וב"ד אחר ידונו לא מהני ומדברי הרמב"ם שכתב יבא ב"ד אצל ב"ד ויצטרפו עדותן משמע שהם יצטרפו עדותן ויכתבו העדות ואז יכולין לדון עפ"י קבלת עדות זה כל ב"ד שירצה עיי"ש: **שוכט"ס** לכבוד ידידי הרב הגאון המובהק חריף עצום ובקי בחדרי תורה המפורסם ע"פ תבל לכבוד ולתפארת כש"ת מוה' יצחק שמעלקיס, שליט"א אבד"ק פרעמישלא וכעת הוא אבד"ק לבוב:

ע"ד קושיתו שהגיד לי בהיותי במחנתו. בהא דפריך הש"ס כתובות דף ל"א ע"ב מתני' דמכות דתני אלו הן הלוקין הבא על אחותו ועל אחות אביו וכו'. ממתני' דכתובות דקתני בהני דמשלם קנס והא אין לוקין ומשלמין. והקשה כהד"ג לפי מ"ש הקצה"ח סי' ל"ו בשם הר"א אב"ד דבד"מ דעדות מיוחדת מצטרפין ה"נ דמצטרפין לענין אם נמצא אחד מהם קא"פ דנתבטלו גם העדים הכשרים ובד"נ דעדמ"י אין מצטרפין ה"כ לא הוי צירוף

לענין אם נמצא אחד מהם קא"פ ולא נתבטלו העדים הכשרים עיי"ש. וא"כ לפי"ז מה פריך הש"ס שם דלמא מיירי המתני' דמכות הובא שהי' עדמ"י ונמצא אחד מהם קרוב או פסול והרי לענין תשלומין נתבטלו גם העדים הכשרים ולענין מלקות לא נתבטלו העדים הכשרים לכן שפיר קתני דלוקה עכ"ק:

תשובה טרם כל שיח אבאר גוף הקושיא דלכאורה בראשית ההשקפה אין מקום לקושיתו כלל דהא קושית הש"ס שם הוא רק על מתני' דכתובות אמאי משלם קנס הא אין לוקין ומשלם אבל על מתני' דמכות לא מקשה הש"ס כלל אמאי לוקה וכמ"ש התוס' שם ד"ה וקיימא לן דפשיטא לי' להמקשן דמשכחת מלקות בלא קנס כגון בוגרת ומפותה ובעולה עיי"ש. וגם התוס' ישנים שם דכתבו מתחלה דהש"ס פריך על מתני' דמכות אבל הא מסקו אח"כ דהקושיא הוא על מתני' דכתובות עיי"ש. וא"כ כיון דהמקשן פריך רק על מתני' דכתובות ל"ק כלל קושית כהד"ג דהרי המתני' דכתובות ל"ש לשנויי כדברי כהד"ג וכמובן. אך יש להקשות קושיתו אהא דפריך הש"ס על עולא דמשני דמתני' דכתובות מיירי בנערה ומתני' דמכות מיירי בבוגרת דליכא קנס ומקשה הש"ס הא איכא בושת ופגם ובקושיא זו קולע הש"ס על מתני' דמכות ובזה שפיר קשה קושית כהד"ג. אמנם אכתי אין זה קושיא כ"כ דהא י"ל דאין ה"כ דמצי לשנויי כך עפי"ד הר"א אב"ד הנ"ל אך מאי אולמא האי תירוצא מהאי תירוצא דהש"ס. אכן אחרי שובי ראיתי דקושיתו נכונה וגדולה היא על עולא דמשני כאן בנערה כאן בבוגרת ועולא בא לשנויי המתני' דמכות דקתני דלוקה דהא ס"ל לעולא כל היכא דאיכא ממונא ומלקות ממונא משלם מילקא לא לקי וכדאמרינן בגמרא שם. והנה כל המפורשים הראשונים וגם האחרונים טענו על תירוצא דעולא דהוא דוחק מה דלא מוקי גם המתני' דמכות בנערה כי עדיף טפי למוקי גם המתני' דמכות בנערה. וכן נראה ג"כ מלשון הש"ס דקאמר אח"כ השתא דאתית להכי אפי' תימא אחותו נערה. וגם ר"י דמשני כאן בהתרו בו כאן בלא התרו בו קאמר ג"כ לשון זה אפי' תימא אחותו נערה הרי נראה דעדיף טפי למוקי גם המתני' דמכות בנערה. ועיין גם באספ"ז שם ד"ה אפי' תימא שכ"כ. וא"כ שפיר קשה קושית כהד"ג דאמאי דחיק עולא לאוקמי המתני' דמכות בבוגרת הלא הו"ל לאוקמי אידי ואידי בנערה אלא המתני' דמכות מיירי בעדמ"י ונמצא אחד מהם קא"פ וכנ"ל. אך באמת לשיטת הטו"ז בחו"מ סי' ל' דעדמ"י פסול בקנס ל"ק כלל קושיא זו דהא לפי"ז עדמ"י בקנס ונמצא אחד מהם קא"פ ג"כ לא נתבטלו העדים הכשרים וכמו בד"נ. וא"כ לא מצי לשנויי דהמתני' דמכות מיירי בנערה ובעדמ"י ונמצא אחד מהם קא"פ דהרי בנערה איכא קנס ולענין קנס לא נתבטלו העדים הכשרים וא"כ שוב תקשה אמאי לוקה הא מהני עדותן לענין קנס כמו

לענין מלקות ואינו לוקה ומשלם, איברא דהקושיא חזקה היא לשיטת הקצה"ח שחולק על הטו"ז שם והעלה דגם בקנס כשר עדמ"י. וגם אנכי בחידושי לחו"מ שם הראתי לדעת שכן כתבו בהדיא הקדמונים והוא בשו"ת בשמים ראש סי' רל"ז א"כ שפיר קשה הקושיא הנ"ל דהו"ל לעולא לאוקמי גם המתני' דמכות בנערה וכנ"ל:

ועלה ברעיוני ליישב על דרך הפלפול קצת. דהנה ידוע קושית העולם בשם הרב מפיאסק שהקשה אמאי כשנמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטלה הלא הבע"ד מכחיש המעשה ואומר שלא הי' כלל והרי לפי דבריו הוא מודה שלא הי' צירוף קא"פ וא"כ אף שהעדים אומרים שהי' עמהם קא"פ מ"מ הבע"ד נאמן לחובתו וכמו דאמרינן באומר לא לויתי ועדים מעידים שלוה ופרע מחויב לשלם מכח הודאתו דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי. ועיין בחידושי הרי"מ בחו"מ סי' ל"ו שכתב לתרץ דכיון דאין עדותן מועיל בלא דברי הבע"ד וגם הבע"ד בעצמו ג"כ אינו מחייב עצמו כלום א"כ הרי הוי חצי דבר ולא מהני ולא דמי להא דאומר לא לויתי דהתם הם עדות שלם גם בלא הודאתו שמעידין שלוה ופרע עיי"ש. ונחזי אנן דהא תינח בשאר דוכתי' משא"כ כאן בעדמ"י ונמצא אחד מהם קא"פ שמעידין שבא על אחת מחייבי מלקות והבועל מכחיש הרי מהני עדותן לענין מלקות אף בלא צירוף דברי הבע"ד כיון דלענין מלקות לא נתבטלו עדותן מחמת הצירוף קא"פ וא"כ שפיר ממילא מהני עדותן גם לענין קנס וכקושית הרב מפיאסק דכאן ל"ש התירוץ הנ"ל דהוי חצי דבר דהא כיון דמהני עדותן לענין מלקות בלא דברי הבע"ד שוב לא הוי חצי דבר וכמ"ש התוס' ב"ק דף ע' ע"ב ד"ה למעוטי בשם הרי"ף דכיון דמהני סהדותייהו של כל כת בפ"ע לענין הפירות שאכל שחייב לשלם אם לא ימצא עדים יותר לכן לא הוי חצי דבר עיי"ש. ועיין גם בס' ים התלמוד שם שכתב דלשיטת הרי"ף דכל דמועיל עכ"פ לענין איזה דבר שיהי' לאו חצי דבר הוא עיי"ש. וא"כ מיושב שפיר קושית כהד"ג דהא אף אם נוקמי המתני' דמכות בעמ"י ונמצא אחד מהם קא"פ ג"כ תקשה אמאי לוקה דהלא מהני מזומן גם לענין קנס ואין לוקה ומשלם והבן:

אמנם זה ליתא דהנה כבר סקרתי נמק"א אי קושית הרב הנ"ל שייך בקנס די"ל דקושיתו ל"ש רק בממון ולא בקנס כיון דאנו באים לחייבו מכח הודאתו שהודה שלא הי' צירוף קא"פ ביניהם א"כ הוי כמו מודה בקנס אך אמרתי דקושיתו שייך גם בקנס דאין סברא כלל לומר דזה הוי כמו מודה בקנס דהא באמת הוא אינו מודה ולא בא להרשיע את עצמו רק אדרבה הוא מכחיש ואומר שלא הי' המעשה כלל ורוצה לפטור עצמו מכל וכל אך אנו באים לדון מכח דבריו דהרי הודה שלא הי' צירוף קא"פ וממילא הוא חייב קנס מכח העדים וא"כ אין שום סברא כלל לומר שזה חשיב מודה בקנס. איברא

אח"כ ראיתי דזה תליא בפלוגתת הש"ס דידן והירושלמי דמצאתי בהרמב"ן והריטב"א בחידושיהם לשבועות דף ל"ג שכתבו דבהודאה בקנס הבאה מתוך כפירה פליגי הש"ס דידן והירושלמי דשיטת הש"ס דידן היא דבכה"ג חשיב מודה בקנס ופטור ושיטת הירושלמי הוא דכה"ג לא חשיב מודה בקנס וחייב. והוא בהא דאיתא שם בגמרא בש"ס דידן דבממון משכחת ראי' בלא ידיעה דידיעה בלא ראי' ובקנס נהי דידיעה בלא ראי' אשכחן לה אבל ראי' בלא ידיעה מי לא בעי מידע נכרית בעל בת ישראל בעל בתולה בעל בעולה בעל. וכתבו לפרש דבממון משכחת ראי' בלא ידיעה היינו אם הוא אומר מנה מניתי לך בפני פו"פ והלה אומר להד"מ ואם יבואו העדים שמנה בפניהם הרי הוא חייב ואעפ"י שלא ידעו אם הי' מלוה או מתנה או פרעון מ"מ חייב לפי שהוחזק כפרן וכהאי גוונא לא משכחת לה בקנס שאם אמר תובע אנסת ופיתת את בתי בפני פו"פ וא"ל לא אנסתי אשה מעולם ובאו עדים שאנס אשה בפניהם אעפ"י שהוחזק כפרן אינו משלם קנס שזה בכלל אשר ירשיעון פרט למרשיע את עצמו דכיון דבהודאת קנס ממש הוא פטור ה"ה דפטור בהודאה הבאה מכח כפירה והביאו שם בשם הירושלמי שחולק בזה דאיתא שם בירושלמי בהדיא דגם בקנס משכחת ראי' בלא ידיעה בכה"ג שהוא אומר אנסת ופיתית את בתי. והוא אומר לא אנסתי ולא פתיתי מימי ועדים מעידים שאנס או פיתה ולית לן יודעין אם ברתי' או איתתא אוחרי עיי"ש. ולפי"ז לשיטת הש"ס דידן דהודאה בקנס הבאה מתוך כפירה חשיב מודה בקנס א"כ ל"ש קושית הרב הנ"ל גבי קנס דהא זה הוי ג"כ כמו הודאה הבאה מתוך כפירה. אבל לשיטת הירושלמי הנ"ל שייך קושית הרב הנ"ל גם גבי קנס. ולפי"ז ליתא לתירוצינו הנ"ל לקושית כהד"ג על ש"ס דידן. אך אכתי יתכן תירוצינו הנ"ל על הירושלמי כי גם בירושלמי כתובות שם מתרץ ר' נתן בר הושעי' כתירוצא דעולא שבש"ס דידן כאן בנערה כאן בבוגרת וא"כ תקשה קושית כהד"ג גם על ר' נתן בר הושעי' שבירושלמי ולהירושלמי לשיטתי' דס"ל דהודאה בקנס הבאה מתוך כפירה, לא חשיב מודה בקנס א"כ שוב שייך קושית הרב הנ"ל גם בקנס וכאמור. ושוב אתי שפיר תירוצינו הנ"ל אליבא דהירושלמי. אמנם בלא"ה לא נח רוחי בתירוצינו הנ"ל דהא אכתי קשה דמצי לשנויי דהמתני' דמכות מיירי בנערה ומיירי בעדמ"י ונמצא אחד מהם קא"פ והבועל מודה שבעל דאז ל"ש קושית הרב הנ"ל דכיון דגם הבועל מודה שהי' צירוף קא"פ. ושפיר לא מהני עדותן לענין קנס כיון דנתבטל עדותן מחמת צירוף קא"פ ולענין מלקות מהני עדותן דלענין מלקות לא נתבטל עדותן מחמת צירוף קא"פ. ואין לומר דאם הבועל מודה הרי נתחייב בהודאתו בבושת ופגם וא"כ שוב תקשה אמאי קתני דלוקה. דז"א דהא עולא לא בא לשנויי רק לענין קנס דהי'

קשה לי' דאי משלם קנס אמאי לוקה אבל לגבי בושת ופגם הי' ניחא לי' מה דלוקה אף דחייב בבושת ופגם רק הש"ס הוא דפריך על תירוצא דעולא אחותו בוגרת נמי הא איכא בושת ופגם אבל לעולא גופי' נראה דהי'. ניחא לי' מה דלוקה אף דחייב בבושת ופגם ועיין גם בפנ"י כתובות בשמעתין ד"ה אחותו בוגרת דמבואר שם דלעולא דגמר תחת תחת ס"ל דדוקא בקנס הוא דמשלם ואינו לוקה. אבל בבושת ופגם ס"ל דלוקה ואינו משלם ולכן לא קשי' לי' לעולא מבושת ופגם עיי"ש וא"כ שפיר קשה כנ"ל:

איברא דנ"ל לישב בפשיטות עפי"ד הפנ"י בשמעתין בתוס' ד"ה וקיי"ל שהקשה אמאי דחיק עולא לאוקמי מתני' דמכות בבוגרת הא אפי' בנערה מצי לאוקמי וכגון שמודה דקיי"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור מתשלומין ומש"ה חייב מלקות וכתב לתרץ דאכתי תקשה מיהו לאינך אמוראי דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב עיי"ש. וכמו כן יש לישב נמי קושית כהד"ג דמש"ה לא הי' ניחא לי' לעולא לשנויי דמתני' דמכות מיירי בנערה, ובעדמ"י ונמצא אחד מהם קא"פ דהא אכתי תקשה לר"י דאמר בפ"ק דמכות דדוקא בד"נ אם נמצא אחד מהם קא"פ עדותו בטלה אבל בד"מ תתקיים העדות בשאר. ולפי פרש"י שם דטעמא דר"י הוא משום דבד"נ כתיב והצילו העדה משא"כ בד"מ עיי"ש, וא"כ ה"נ בדיני קנסות ס"ל לר"י דתתקיים העדות בשאר דדמי לד"מ דהא לא כתיב בקנס והצילו העדה וי"ל דגם הר"א אב"ד ס"ל כטעמא דרש"י ז"ל וא"כ שפיר, לא מצי עולא לשנויי כמ"ש כהד"ג דאכתי תקשה לר' יוסי אמאי לוקה הא תתקיים העדות בשאר גם לענין קנס. ובעמדי בדברי הפנ"י הנ"ל לא אחדל מלרשום מה שבלבבי דמ"ש לתרץ דתקשי מיהו לאינך אמוראי דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב. דבאמת אף למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב ג"כ הוי מצי לאוקמי המתני' דמכות בנערה ובמודה. והוא עפ"י מה דאיתא בב"ק דף ע"ה ע"ב דאם הודה מקודם ואמר טבחתי ומכרתי בפני פו"פ אז אף אם יבואו העדים אח"כ פטור לכ"ע דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה. וכתב התומים בסי' ל"ח דדוקא בממון ובקנס הוי כה"ג עשאאי"ל כיון דהממון הוא שלו והרי הודה דאמת העידו אבל בדיני מלקות ומיתה לא משגחינן בהודאתו והוי עשאי"ל אפי' בכה"ג עיי"ש. וא"כ למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב קשה דהו"ל לעולא לאוקמי המתני' דמלקות בנערה ובמודה והיינו שאמר בפני פו"פ אנסתי ופתיתי לפלונית וכשבאו העדים אח"כ אינם מחייבין אותו קנס דלענין קנס הוי עשאאי"ל אבל מלקות מחייבים אותו דלענין מלקות הוי עשאי"ל ושפיר קתני דלוקה. אך באמת בתירוצו של הפנ"י הנ"ל מיושב ג"כ קושיא זו דהא זה הוא רק לרבנן. אבל סומכוס פליג שם וס"ל גם בקנס אף אם הודה ואמר בפני פו"פ טבחתי ומכרתי הוי עשאי"ל וא"כ תקשה מיהו

לסומכוס [ובאמת הפנ"י לשיטתו לא יכול להקשות כנ"ל אף אליבא דרבנן דהא הפנ"י במכות דף ה' העלה דגם בחיוב מיתה אם הודה ואמר בפני פו"פ הוי לרבנן עדות שאי אתה יכול להזימה עיי"ש. וא"כ הס"נ בחיוב מלקות לכן שפיר לא מצי הפנ"י להקשות כנ"ל אף אליבא דרבנן. ועיין בשו"ת הרי"ם חחו"מ סי' א' מה שתמה על הפנ"י מכות הנ"ל]. עוד נ"ל לישב קושית כהד"ג בפשיטות דבכה"ג שמעידין בד"נ ובד"מ ביחד ועל מעשה אחת י"ל דאם נתבטל עדותן לגבי ד"מ ממילא נתבטל ג"כ לגבי ד"נ ומטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ויש להאריך עוד בזה:

ולי קשיא בהא דדחק עולא לאוקמי המתני' דמכות בבוגרת. עפ"י מ"ש התוס' בסנהדרין דף ע"ג ע"ב ד"ה ממונא לא משלם בשם י"מ דלא אתרבאי הראה כגמר ביאה אלא לענין עריות וחייבי לאווין וכו' אבל לענין קנס לא אתרבאי ואינו חייב קנס אלא בגמר ביאה ממש עיי"ש. וכ"כ ביבמות דף נ"ט ד"ה אלא עיי"ש. והנה יש להקשות לפי"ז איך משכחת קנס הלא הבועל יכול לומר שלא גמר ביאתו דהא על גמר ביאה ל"ש עדים כלל דא"א לעדים לראות אם גמר ביאתו אי לא וגם חזקה ליכא על גמר ביאה דבודאי יגמור ביאתו דדוקא על הראה איכא חזקה דחזקת צורה זו בודאי הערה בה וכמ"ש הרמב"ם פ"א ד"ה א"ב הי"ט אבל על הגמר ביאה ליכא חזקה וכמבואר בש"ס כריתות דף י"ב ע"ב דאיתא שם אמרו לו שנים בעלת שפחה חרופה והוא אומר לא בעלתי נאמן דאי בעי אמר לא גמרתי ביאתי. והיינו משום דאין העדים יכולין להבחין אם גמר ביאתו אי לא. וגם חזקה ליכא על גמר ביאה. וכן ראיתי בשו"ת מהר"מ מינץ החדש סי' כ"ג וסי' כ"ד שהוציא כן מדברי הש"ס כריתות האלה עיי"ש. וא"כ קשה איך משכחת קנס הלא הבועל יכול לומר שלא גמר ביאתו ולא מתחייב כלל בקנס. וצ"ל דבאמת אינו חייב קנס אלא כשמודה שגמר ביאתו וזה לא חשיב מודה בקנס כיון דאיכא עדים בעיקר הדבר וכמ"ש המשל"מ פי"א מה' אישות דבחרשת ושוטה אינו חייב קנס אלא כשמודה שהיתה בתולה ולא הוי מודה בקנס כיון דאיכא עדים בעיקר הדבר וכ"כ המהרש"א בב"ק ר"פ הפרה דהיכא דיש אומדנא והוא מודה לא חשיב מודה בקנס עיי"ש. ושוב מצאתי ראיתי בישויע"ק באע"ז סי' קע"ז שעמד בקושיא זו וכתב ג"כ כדברינו דאינו חייב קנס אלא כשמודה שגמר ביאתו. ומעתה לפי"ז קשה דהו"ל לעולא לשנויי דאידי ואידי בנערה אלא דמתני' דכתובות מיירי שהודה שגמר ביאתו דאיכא קנס לכן קתני דמשלם קנס והמתני' דמכות מיירי היכא שלא הודה שגמר ביאתו וליכא קנס אבל מלקות איכא כיון דמלקות חייב על הראה והראה יכולין העדים לראות וכדמשמע מלשון הרמב"ם פ"א מהא"ב הי"ט וכמ"ש לקמן. ועוד דאף אם לא ראו העדים שהערו זב"ז חייבין מיתה או מלקות מכח

החזקה דחזקת צורה זו בודאי הערה בה וכמ"ש הרמב"ם שם לכן שפיר קתני במתני' דמכות דלוקה. והיא קושיא נפלאה:

איברא מה שהוכחתי מדברי הש"ס כריתות הנ"ל וכ"כ המהר"ם מינץ והישיע"ק דגמר ביאה א"א לעדים לראות וגם ליכא חזקה דבודאי יגמור ביאתו. שבתי וראיתי דיש סתירה לזה מכמה דוכתא דמבואר דגם על גמר ביאה יכולים עדים לחייבו.

א. בש"ס יבמות דף נ"ד ודף נ"ה ילפינן מקרא הערוה בחייבי מיתות וכריתות ומלקות עיי"ש. ואי נימא דגמר ביאה א"א לעדים לראות וגם ליכא חזקה על גמר ביאה א"כ ל"ל קרא דהרי, ע"כ חייב על הערוה דאי ס"ד דאינו חייב אלא על גמר ביאה א"כ איך משכחת מיתה או מלקות הלא יכול לומר לא גמרתי ביאתו.

ב. הרמב"ם פ"א מה' אישות כתב דהבא על הפנוי' שלא לשם קידושין לוקה משום לאו דקדשה, והוא מטעם שתמלא הארץ זימה דאח ישא אחותו וכמ"ש הרמב"ם פ"ב מה' נערה. וכתבו האחרונים ובראשם המקנה בק"א סי' כ"ו והטעם המלך פי"ח מה' א"ב דלפי טעם זה אינו עובר על לאו דקדשה אלא דוקא בגמר ביאה ולא משעת העראה דאינה יכולה לבא לידי הריון עיי"ש. ועיין מזה גם במנ"ח מצוה תקנ"ט ובס' שושנת העמקים כלל ד'. וא"כ איך משכחת מלקות על לאו זה הא יכול לומר לא גמרתי ביאתי.

ג. בקידושין דף ע"ח ע"א איתא אמר רב יהודה כ"ג באלמנה לוקה שתים אחת משום לא יקח ואחת משום לא יחלל. ופריך הש"ס ולילקי נמי משום לא יחלל זרעו. ומשני בשלא גמר ביאתו עיי"ש. ומבואר דאם גמר ביאתו לוקה נמי משום לא יחלל זרעו. וכ"כ התוס' רי"ד שם והראב"ד והה"מ בפי"ז מהא"ב. ואיך משכחת מלקות על הגמר ביאה הלא יכול לומר לא גמרתי ביאתי. ובכל הנך א"א לומר דמיירי שהודה שגמר ביאתו וכמ"ש בסמוך לענין קנס, דלענין מיתה או מלקות לא מהני הודאתו חדא דהא הוי התראת ספק דלמא לא יודה ואף דקיי"ל ה"ס שמה התראה. אבל אכתי קשה למ"ד ה"ס לא שמה התראה. ועוד דגבי מיתה או מלקות היכא דאינו חייב רק בהודאתו והוא מודה חשוב ג"כ על פיו ואף דאיכא עדים בעיקר הדבר ולא דמי לקנס. וראי' מדברי התוס' כריתות שם שהקשו בהא דקתני שם אמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי נאמן במגו דאי בעי אמר מזיד הייתי. והקשו איך נאמן לומר מזיד הייתי הלא אמרינן דאאמע"ר ותירצו דהתם רצונו לעשות תשובה שלא להביא חולין לעזרה עיי"ש. והרי התם איכא עדים בעיקר הדבר שאכל חלב ואפ"ה הוקשה להו להתוס' דנימא בזה אאמע"ר. וא"כ כ"ש הוא לענין מיתה או מלקות דאין ממיתין או מלקין אותו כשהוא מודה אף דאיכא עדים בעיקר הדבר. ועיין גם במשל"מ פ"ד מה' מלוה ולוה ה"ו ד"ה וכתב בעל כ"ה כו'

שנסתפק שם גם לענין אאמע"ר היכא דאיכא עדים בעיקר הדבר אי שייך לומר אאמע"ר ולא איפשט לי' עיי"ש. הרי דגם הוא אינו מדמה הך דאאמע"ר לקנס. דא"כ הו"ל לפשוט ספיקו מקנס דכתב הוא בעצמו דבכה"ג לא חשוב מודה בקנס. ובאמת אשתמיטתי' דברי התוס' כריתות הנ"ל דמבואר בהדיא דגם בכה"ג אמרינן אאמע"ר וכבר תפס עליו בזה בס' ארעא דרבנן סוף אות י"ז ועיין גם בס' דברי אמת בקונטרסו בענין חשוד. ועיין מזה גם במהרי"ט ח"ב חאע"ז סי' מ"ג ד"ה ועל מה שבא בשאלה עיי"ש. ולפי"ז דמיתה ומלקות אינו חייב כשמודה אף דאיכא עדים בעיקר הדבר א"כ צ"ל אחת משתי אלה או דהעדים יכולים לראות גם הגמר ביאה או דאיכא החזקה גם על הגמר ביאה. ואין להקשות דאי נימא דגם על הגמר ביאה איכא חזקה א"כ מה משני הש"ס בקידושין שם בשלא גמר ביאתו הרי אמרינן דבודאי גמר ביאתו מכח החזקה. דז"א די"ל דמה דמשני בשלא גמר ביאתו היינו היכא שראו העדים שפירש מיד ולא הי' באפשרי בזמן מועט כזה לגמור ביאתו. אבל זאת, קשיא שפיר מה דמבואר דאם גמר ביאתו לוקה איך משכחת שילקה על גמר ביאה וכנ"ל:

אך י"ל דאין מכל זה סתירה כלל, והוא עפ"י מ"ש הנוב"י מהדו"ת חאע"ז סי' י"א לתרץ דעת הבה"ג דס"ל דלאסור אשה על בעלה בעינן שיראו העדים כמכחול בשפופרת והראשונים דחו דבריו שאם לד"נ די כשראו שוכבים זע"ז כדרך המנאפים ק"ו לאסרה על בעלה. וכתב הנוב"י להצדיק דבריו דשאני ד"נ דאיכא התראה וכיון שהתרו בו וקיבל עליו התראה חזינן שרצונו לבעול ממש ואם ראו העדים שנדבקו כדרך המנאפים אמרינן דבודאי עשו אשר זממו לעשות והרי זו כראי' ממש כמב"ש. אבל לאסרה על בעלה דליכא התראה לכן צריך שיראו כמב"ש עיי"ש. ולפי"ז ליכא סתירה כלל מכל הנ"ל למה שהוכחנו מדברי הש"ס כריתות הנ"ל דגמר ביאה א"א לעדים לראות וגם ליכא חזקה על גמר ביאה. דשאני לענין חיוב מיתה או מלקות דאיכא התראה וקיבל עליו התראה [וגם במלקות בעינן שיקבל עליו התראה וכמ"ש הלח"מ פי"ב מה' סנהדרין]. לכן שפיר אמרינן דבודאי עשה אשר זמם לעשות והוי כראי' ממש שגמר ביאתו. משא"כ בש"ס כריתות שם דמיירי לענין קרבן דליכא התראה וגם במזיד חייב קרבן ולא מלקות שפיר לא ידעינן אם גמר ביאתו אם לא לכן שפיר יכול לומר דלא גמר ביאתו וא"ש. ולכאורה מיושב נמי בזה קושיתינו הנ"ל על עולא דהא מדקתני במתני' דמכות דלוקה ע"כ מיירי בהתראה וא"כ כיון דהתרו בו וקיבל עליו התראה שוב אמרינן דבודאי גמר ביאתו וחייב ג"כ קנס אף בלא הודאתו. וא"כ שפיר לא מצי עולא לשנויי כנ"ל דהא כיון דהתרו בו וקיבל עליו התראה חייב קנס אף בלא הודאתו ואמאי קתני דלוקה. אמנם באמת לא עלה

תרופה בזה לקושיתינו הנ"ל על עולא דדוקא היכא דאינו חייב מלקות רק על גמר ביאה הרי מתרין בו על הגמר ביאה שלא יגמור ביאתו ואם יגמור ביאתו ילקה והוא קיבל עליו התראה על הגמר ביאה בזה שפיר אמרינן דבודאי יגמור ביאתו וכסברת הנוב"י הנ"ל. משא"כ בעריות לענין קנס נהי דאיכא התראה אבל הא ההתראה אינו רק על הלאו והחיוב הלאו הוא מיד בתחלת ביאה בשעת הראה. וכיון דקיבל עליו התראה אמרינן דבוודאי יערה בה אבל על החיוב קנס דהוא בגמר ביאה ליכא התראה ושוב אין ראי' דיגמור ביאתו:

מיהא לא הונח לי בדברי הנוב"י הנ"ל אף ליישב הנך סתירות הנ"ל למה שהוכחתי מש"ס כריתות כנ"ל חדא דלדעתי העני' אין זה סברא כ"כ לומר דכיון דקיבל עליו התראה מזה ראי' דבודאי יבעול דשפיר יש סברא לומר דאף דקיבל עליו התראה מ"מ חזר בו ושב בתשובה ולא הערה בה כלל. וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ם שכתב דמש"ה נהרג כשראו ששוכבים זע"ז כדרך המנאפים משום דחזקת צורה זו בודאי שהערה בה. ואי נימא דמזה שקיבל עליו התראה יש ראי' דבודאי יבעול. א"כ הו"ל להרמב"ם לומר גם טעם זה דכיון דקיבל עליו התראה בודאי הערה בה א"ו כדאמרן. ועוד אפי' לסברת הנוב"י אכתי לא נתיישב מה דיש לי להקשות משפחה חרופה גופי' דהרי הבא על שפחה חרופה הוא חייב קרבן והיא חייבת מלקות וכדאיתא במשנה ובגמרא בכריתות דף י"א. והנה בודאי גם היא אינה חייבת מלקות אלא בגמר ביאה דלא מבעיא לשיטת הראב"ד פ"ג מה' א"ב ובפ"ט מה' שגגות דס"ל דתרווייהו איתקשי להדדי איש לאשה ואשה לאיש וכשהיא פטורה הוא פטור וכשהוא פטור היא פטורה. ועיין בלח"מ בה' שגגות שם שהבין כך דעת הראב"ד עיי"ש. בודאי גם היא אינה חייבת מלקות אלא בגמר ביאה כמו הוא. אך אפי' לשיטת הרמב"ם שם והתוס' בכריתות שם ד"ה דהא מקשו להדדי דס"ל דהאיש הוקש לאשה ולא האשה לאיש והיא חייבת מלקות אף היכא שהוא פטור מקרבן והיינו היכא שהבועל הוא קטן והיא גדולה עיי"ש. מ"מ לא ידעתי מהיכי תיתי לומר דהיא חייבת מלקות אפי' בהערה דהא מסתימת הש"ס והפוסקים משמע דגם היא אינה חייבת מלקות אלא בגמר ביאה. וא"כ קשה איך משכחת מלקות להשפחה הרי הוא יכול לומר דלא גמר ביאתו. ונהי דמתרין אותה וקיבלה עלי' ההתראה מ"מ הרי מהא דהיא קבלה עלי' התראה אין ראי' על הבועל שבודאי יגמור הוא ביאתו. ולכאורה בזה שפיר י"ל דמשכחת מלקות לדידה היכא שהוא הודה שגמר ביאתו דמהני הודאתו לגבי דידי' לענין קרבן ממילא מהני ג"כ הודאתו לגבי דידה להלקותה. אולם ז"א חדא דהא הוי ה"ס דלמא לא יורה ואכתי תקשה לר"ל דס"ל ה"ס לא שמה התראה וכמש"ל. ואידך

דבודאי לא מהני הודאתו לגבי דידה להלקותה דהא הוא אינו רק כמו ע"א ולא מהני לענין מלקות. ועוד דהרי בודאי גם היא יודעת אם גמר ביאתו אי לא וכמו דיודעת אם יורה כחץ אי לא וכדאיתא ביבמות דף ס"ח. וא"כ הרי היא בעצמה יכולה להכחישו ולומר דלא גמר ביאתו:

אולם נלע"ד דבאמת יכולים העדים לראות הגמר ביאה. דהנה הרמב"ם פ"א מה' א"ב ה"י כתב דהמכניס ראש העטרה נקרא מערה והמכניס כל האבר נקרא גומר ואעפ"י שלא הוציא שכבת זרע עיי"ש. והנה בהרמב"ם שם הי"ט וברש"י ב"מ דף צ"א מבואר בהדי' דהעראה יכולים העדים לראות דכתב שם הרמב"ם וז"ל אין העדים נזקקין לראות המנאפים שהערו זב"ז והכניס כמכחול בשפופרת כו' עיי"ש. וכ"כ רש"י ז"ל ב"מ שם ד"ה במנאפים וז"ל ואין צריך לעדים שיראו כמכחול בשפופרת דלא הזקיקתן תורה להסתכל כ"כ. הרי משמע בהדיא דהעדים יכולים לראות הראה כמכחול בשפופרת רק דא"צ לראות דלא הזקיקתן תורה להסתכל כ"כ. ועיין גם בתשובת מיימוני ה' אישות סי' א' שכתב דא"א לראות כמכחול בשפופרת דגנאי הוא כו' עיי"ש. ומשמע בהדיא דיכולים לראות כמב"ש רק דגנאי הוא לראות. ואין להקשות על זה מהא דתנינן במכות סוף פ"ק ר"ט ור"ע אומרים אלו היינו בסנהדרין לא הי' נהרג אדם מעולם ואמרינן שם בגמרא בבועל את הערוה היכי הוי עבדי אביי ורבא דאמרו תרווייהו ראיתם כמכחול בשפופרת עיי"ש. ואי נימא דהעדים יכולים לראות כמכחול בשפופרת א"כ הרי הוי נהרג כשאמרו העדים שראו כמב"ש. דז"א דהנה התוס' שם הקשו בהא דאמרינן שם דברציחה שאלו ראיתם טרפה הרג שלם הרג ודלמא במקום סייף נקב הוי והקשו התוס' הא אזלינן בתר רובא בד"נ ולא חיישינן להא ותירצו דודאי לא חיישינן להא אלא דהי' שואל להם כדי שאם יכחישו זא"ז יבטל העדות והא דקאמר לא הי' נהרג אדם מעולם לאו דוקא אלא רוב פעמים לא יהי' נהרג שע"י שהוא מרבה בבדיקות א"א שלא יכחיש אחד את חבירו עיי"ש. והכי נמי י"ל גבי בועל את הערוה דרוב פעמים לא הי' נהרג משום דא"א שלא יכחיש את חבירו. או משום דרוב פעמים אין העדים מסתכלין אם הכניס כמב"ש. אבל באמת אם כיוונו שניהם ואמרו שראו כמב"ש הי' נהרג. ועיין גם ברש"י מכות שם ד"ה ראיתם כמב"ש שכתב וז"ל ואין עדיו מסתכלין בכך עיי"ש ומשמע דאין דרך העדים לראות כמב"ש. אבל באמת יכולים לראות כמב"ש. ושוב האיר ד' את עיני ומצאתי וראיתי בחידושי הרמב"ן מכות שם שכתב בהדיא כדברינו וז"ל שם איכא למימר דהא דאמר ר"ע לא נהרג אדם מעולם לאו דוקא אלא על הרוב וגוזמא בעלמא שהרי אתה מוצא שיהרג בנואף ונואפת שיראו כמב"ש עכ"ל הרי מפורש יוצא כדברינו ושמחתי מאוד.

וא"כ כיון דזאת מצינו מבואר בהדיא דהעראה יכולים העדים לראות שוב יש בידינו לומר דגם הגמר ביאה דהוא הכנסת האבר יכולים העדים לראות דמאן יאמר לחלק בין העראה להכנסת האבר דהעראה אפשר לראות והכנסת האבר א"א לראות. ובפרט לפי מה שהעלה הנוב"י מהדו"ת חאע"ז סי' כ"ג דדעת הרמב"ם הוא דהעראה הוא הכנסת כל העטרה וגמר ביאה הוא הכנסת האבר מעט יותר מן העטרה ולא בעינן שיכניס כל אורך האבר עיי"ש. בודאי כמו שהעדים יכולים לראות ההעראה היינו הכנסת כל העטרה כמו כן יכולים לראות הכנסת האבר מעט יותר מן העטרה. ולפי"ז א"ש מה דמצינו דהעדים יכולים לחייב מיתה או מלקות על גמר ביאה דמיירי היכא שהעדים מעידים שראו הגמר ביאה. והא דאמרינן בש"ס כריתות הנ"ל דיכול לומר לא גמרתי ביאתי י"ל דמיירי היכא דאין העדים מעידין שראו שגמר ביאתו רק הם מעידים סתם שראו שבעל שפחה חרופה והיינו שראו ששוכבים זע"ז כדרך המנאפים והוא מכחישן ואומר שלא הי' דברים מעולם בזה הוא נאמן במגו דאי בעי אמר לא גמרתי ביאתי. אבל היכא שהם מעידים שראו שגמר ביאתו בודאי הם נאמנים ומחייבים אותו קרבן. ואין לומר דמסתימת לשון הש"ס משמע דלעולם אין העדים יכולים לחייבו קרבן בבא על שפחה חרופה. דז"א דהא אמרינן שם נמי בנזיר טמא שאמרו לו שנים נטמאת והוא אומר לא נטמאתי דנאמן דאי בעי אמר נשאלתי על נזירי עיי"ש. והרי בנזיר בודאי יש מציאות שהעדים יכולים לחייבו קרבן והיינו היכא שמעידין העדים ששמעו בשעה שהדיר בנזיר ומיד כטמא ולא זזו ידם מתוך ידו עד שנטמא ולא שאל על נזירו ובכה"ג בודאי העדים נאמנים ומחייבים אותו קרבן. וכן נמי בהא דאמרינן שם גבי חלב דהוא נאמן במגו להכחיש העדים בודאי היכא דהעדים מעידים באופן דל"ש המגו הם נאמנים ומחייבים אותו קרבן וכן נמי הא דאמרינן שם אמרו לו שנים יודע אתה בעדות פלוני והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכוונתי להעיד. בודאי היכא דהעדים מעידין שכיוון ג"כ להעיד מחייבים אותו קרבן. וכן מבואר בשער משפט סי' צ"ב סק"א שכ' שם וז"ל דא"כ יצטרך למיבעי בעדים כו' ויודעים שאותן העדים שכפרו אתו לאסהודי בשעת ראיית המעשה עיי"ש. וא"כ ה"נ בבא על שפחה חרופה היכא דהעדים מעידין שראו שגמר ביאתו חייב קרבן. ולפי האמור יוסר נמי קושית המהר"ם מינץ שם שהקשה לשיטת הרשב"א דבקידושין צריכים העדים לראות הנתינה ולא מהני אומדנא מהא דאיבעיא לן בקדושין דף יו"ד תחלת ביאה קונה או סוף ביאה קונה. ולפי"ד הרשב"א איך ס"ד דסוף ביאה קונה הלא על סוף ביאה ל"ש עדים עיי"ש. ולדרכינו שפיר שייך עדים על גמר ביאה. וכן ליתא נמי

לקושית הישיע"ק הנ"ל לשיטת הי"מ איך משכחת קנס דיכול לומר לא גמרתי ביאתי. דבאמת משכחת קנס היכא שהעדים מעידים שראו שגמר ביאתו:

אמנם עדיין לא נח רוחי בזה בלאו דקדשה ובלאו דלא יחלל זרעו דהא באלו לא סגי בגמר ביאה היינו הכנסת אבר לבד רק בעינן גם שיפליט הזרע דהא הטעם בבא על הפנוי' שלא לשם קדושין עובר על לאו דקדשה הוא משום דגורם שתמלא הארץ זימה ע"כ מטעם זה בעינן נמי שיפליט הזרע דבלא הוצאת זרע אינה יכולה לבא לידי הריון ואינו עובר כלל. וכן בלאו דלא יחלל זרעו אינו עובר עד שיפליט הזרע ועל גמר ביאה בלא הוצאת זרע אינו חייב כלל. וכ"כ במנ"ח מצוה רס"ו וכן מבואר בתוס' רי"ד בקידושין שם שכתב וז"ל אבל אם גמר ביאתו לוקה משום לא יחלל זרעו ואעפ"י שלא נתעברה שאין העיבור תלוי בידו אלא בידי שמים והא מה שיש לו לעשות עשה ועל הביאה הזהירו הבורא עכ"ל. הרי בהדיא דבעינן הוצאת זרע בכדי שיכולה להתעבר, ועיין מזה גם בהרדב"ז חלק ששי סי' ב' אלפים קנ"ג עיי"ש. ואביא דבריו לקמן. וא"כ קשה איך משכחת מלקות בלאו דלא יחלל זרעו ובלאו דקדשה הלא פליטת הזרע בבטן האשה בודאי דא"א לעדים לראות וגם החוש מעיד כן. וא"כ הרי יכול לומר שלא פלט זרעו, וכן נמי מה שכתבתי בסמוך דבשפחה חרופה משכחת מלקות לדידה היכא שראו העדים שגמר ביאתו זה יתכן רק לפמ"ש התוס' יבמות דף נ"ה ע"ב ד"ה אינו חייב דבשפחה חרופה אף דכתיב שכבת זרע מ"מ חייב בגמר ביאה אפי' בלא הוצאת זרע דלא בעינן רק שתהא ביאה הראוי' להזריע עיי"ש. א"כ שפיר אם העדים מעידים שראו שגמר ביאתו היינו הכנסת אבר חייבת היא מלקות והוא קרבן, אבל הא בירושלמי יבמות ר"פ הבע"י איתא בהדיא דבשפחה חרופה דכתיב שכבת זרע אינו חייב אלא עד שיפליט הזרע, א"כ שוב קשה גם בשפחה חרופה איך משכחת מלקות לדידה. וכאשר עיינתי בירושלמי שם ראיתי בשירי קרבן שם שגם הוא נחית לחלק בין גמר ביאה שהוא הכנסת האבר ובין הוצאת זרע דהכנסת האבר יכולים העדים לראות והוצאת הזרע אינם יכולים לראות דתמה שם על שיטת התוס' הנ"ל מהירושלמי דאיתא להדיא דבשפחה חרופה בעינן שיוציא זרע ממש וכתב שם עוד דכן מוכח בבבלי כריתות דאמרינן גבי שפחה חרופה דיכול לומר לא גמרתי ביאתי ואי אמרת בשלמא דגמר ביאה בשפחה חרופה הוא הוצאת הזרע שפיר יכול להכחיש להעדים שהרי א"א לעדים להעיד על זה אלא אי אמרת דגמר ביאה הוא הכנסת האבר הא ודאי מצי העדים לאסהודי שראו שהכניס האבר עיי"ש. הרי מפורש יוצא כדברינו. אך לפענ"ד נראה דשיטת הש"ס דידן הוא כמ"ש התוס' דבשפחה חרופה לא בעינן שיוציא הזרע דהא אמרינן ביבמות שם הערה דחייבי לאווין מנ"ל

מדגלי רחמנא שכבת זרע גבי שפחה חרופה מכלל דחייבי לאווין בהראה כו' עיי"ש. ואי נימא דבשפחה חרופה דכתיב שכבת זרע לא הוי גמר ביאה עד שיפליט הזרע א"כ איך ילפינן חייבי לאווין דחייב על הראה משפחה חרופה דלמא מש"ה גלי קרא שכבת זרע בשפחה חרופה להורות דבעינן בשפחה חרופה שיפליט הזרע אבל בחייבי לאווין באמת אינו חייב על הראה רק בגמר ביאה היינו הכנסת האבר ואעפ"י שלא הוציא הזרע. אלא ודאי דשיטת הש"ס דידן הוא דגם בשפחה חרופה הוי גמר ביאה הכנסת האבר לבד ולא בעינן שיפליט הזרע לכן שפיר יליף חייבי לאווין דחייב על הראה מדגלי רחמנא שכבת זרע בשפחה חרופה והיינו דבשפחה חרופה אינו חייב אלא בגמר ביאה ואעפ"י שלא הוציא הזרע מכלל דבחייבי לאווין חייב על הראה לבד. [באמת ברש"י ז"ל ביבמות שם ד"ה מירוק נראה דסובר דגם שיטת הש"ס דידן הוא דבעינן בשפחה חרופה שיפליט הזרע עיי"ש וכן הבין השירי קרבן שם והמנ"ח מצוה רס"ו דדעת רש"י הוא כן עיי"ש וצ"ע מדברי הש"ס הנ"ל וצ"ע]. ומ"ש השירי קרבן דכן מוכח כהירושלמי בבבלי בכריתות באמת ליכא הוכחה כלל מהתם וכמש"ל דהתם מיירי היכא שהעדים אינם מעידין רק שראו דבוקים זב"ז כדרך המנאפים לכן יכול הוא להכחישם דלא היו דברים מעולם במגו דאי, בעי אמר לא גמרתי ביאתי אבל באמת היכא שהעדים מעידים שראו שגמר ביאתו היינו שהכניס האבר אינו יכול להכחישם ומחייבין אותו קרבן. אמנם הא עכ"פ קשה קושיתינו הנ"ל בשפחה חרופה לשיטת הירושלמי דבעינן שיפליט הזרע איך משכחת מלקות לדידה. וכן קשה בלאו דלא יחלל זרעו ובלאו דקדשה איך משכחת מלקות וכנ"ל:

איברא מכח הני קושיות הנ"ל בע"כ צ"ל דגם על הוצאת זרע יש חזקה דבודאי יפליט זרעו לכן שפיר יש מלקות בשפחה חרופה לדידה לשיטת הירושלמי דבעינן שיפליט הזרע וכן נמי בלאו דלא יחלל זרעו ובלאו דקדשה מכח החזקה. מיהו אף דמכח הקושיות הנ"ל מוכרחין אנו לומר דעל הוצאת זרע איכא ג"כ חזקה אבל זאת אין אנו מוכרחין לומר דגם על גמר ביאה והוא הכנסת האבר יש חזקה דהא מאחר שהעליתי לעיל דגמר ביאה יכולים העדים לראות רק פליטת הזרע היא דאינם יכולים לראות א"כ שפיר יש לומר דהחזקה הוא רק על הוצאת זרע ולא על גמר ביאה ועכ"ז שפיר משכחת מלקות בשפחה חרופה לדידה לשיטת הירושלמי ובלאו דלא יחלל זרעו ובלאו דקדשה אף דבעינן גמר ביאה ג"כ והיינו היכא שראו העדים שהכניס האבר והוא הגמר ביאה ואז יש חזקה על הוצאת זרע דבודאי הוציא זרעו ג"כ לכן שפיר יש מלקות. ושפיר אמרינן ג"כ בכריתות שם דיכול לומר לא גמרתי ביאתי כיון דעל גמר ביאה ליכא חזקה רק בעינן שהעדים

יראו הגמר ביאה והתם מיירי היכא שהעדים לא ראו הגמר ביאה רק שראו ששוכבים זע"ז כדרך המנאפים וכמש"ל לכן שפיר יכול לומר דלא גמר ביאתו:

אכן אכתי לא עלה ארוכה בכל זה לקושיתינו הנ"ל על עולא דהא גם לפי דברינו לא משכחת קנס לשיטת הי"מ הנ"ל אלא היכא שראו העדים גמר ביאה הי שהכניס האבר או שהודה שגמר ביאתו אבל היכא דלא ראו העדים שהכניס האבר ואינו מודה אינו חייב קנס כיון דעל הכנסת האבר ליכא חזקה א"כ שוב קשה דהו"ל לעולא לאוקמי אידי ואידי בנערה אלא דהמתני' דכתובות מיירי היכא שראו העדים הגמר ביאה היינו שהכניס האבר או שהודה שגמר ביאתו ואיכא קנס לכן קתני דמשלם קנס. והמתני' דמכות מיירי היכא שלא ראו העדים הגמר ביאה ואינו מודה רק שראו שהערה בה או שראו רק דבוקים זב"ז כדרך המנאפים דסגי ג"כ לענין מלקות לכן קתני דלוקה. אמנם י"ל עפי"ד הגאון מוהר"ר דוב בעריש חתן הפנ"י בפתיחה לסדר נשים שהקשה על דרך אחר לשיטת הי"מ הנ"ל אמאי דחיק עולא לאוקמי מתני' דמכות בבוגרת הא בנערה נמי איכא מלקות אע"ג דבעלמא כל היכא דאיכא ממונא ומלקות לא לקי הכא שאני דכבר נתחייב מלקות קודם שבא לידי תשלומין דמשעת הערה נתחייב מלקות וקנס לא מחייב אלא בגמר ביאה וכתב לתרץ דעולא ס"ל כר"ל דחייבי מיתות שוגגין פטורין ממלקות א"כ כמו דמקשה הש"ס בסנהדרין על מתני' דכתובות דקתני הבא על אחותו יש להן קנס הא ניתן להצילו בנפשו וחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין כמו כן הי' קשה לי לעולא אמתני' דמכות דקתני דלוקין אמאי לוקין הא ניתן להצילו בנפשו וחייבי מיתות שוגגין פטורין ממלקות וע"כ צריך לשנויי נמי דמשעה שהערה בה מיפטר מקטלא ומלקות מחייב על גמר ביאה וא"כ לא מצי עולא לאוקמי בנערה דממ"נ בהעראה איכא מיתה ובגמר ביאה ממונא משלם מילקי לא לקי ומש"ה מוקי לה בבוגרת עיי"ש. ולפי"ז מיושב נמי קושיתינו דשפיר לא הוי מצי עולא לשנויי כנ"ל דהלא אם לא ראו העדים הגמר ביאה א"כ הוא פטור נמי ממלקות כיון דבהעראה אכתי פטור ממלקות מכח החיוב מיתה וא"כ אכתי תקשה אמאי קתני במתני' דמכות דלוקה וע"כ צ"ל דמתני' דמכות ג"כ מיירי שראו העדים הגמר ביאה דאז שפיר איכא חיוב מלקות והרי כשראו הגמר ביאה ממילא איכא נמי קנס ושוב אינו לוקה רק משלם קנס והבן:

עוד נ"ל לישב עפ"י מ"ש הנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' צ"ה דמ"ש התוס' בשם הי"מ דקנס לא מחייב רק בגמר ביאה משום דלא אתרבאי העראה כגמר ביאה לענין קנס זה הוא דוקא לדידן דאצטריך העראה דאחות אב לבהמה ואין לנו יתור לרבות אונס ומפתה דחייב קנס בהעראה אבל לראב"ש דס"ל דגם ע"ז ומחלל שבת מצילין בנפשן הוא לא

יליף הראה בבהמה מהראה דאחות אב רק יליף מהקישא דר"י וא"כ לדידי' אייתר הראה דאחות אב לאונס ומפתה דמשלם קנס בהראה עיי"ש בדבריו הנחמדים. ולפי"ז כיון דלראב"ש חייב קנס גם בהראה לבד א"כ לק"מ קושיתינו הנ"ל די"ל דמש"ה לא מתרץ עולא כנ"ל דאכתי תקשה מיהו אליבא דראב"ש דס"ל דחייב קנס גם בהראה לבד. וכעין שכתב הפנ"י והבאתיו לעיל לתרץ מה דלא מוקי עולא המתני' דמכות במודה בקנס משום דאכתי תקשה למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב:

ובדרך אגב אזכיר מה שראיתי בנוב"י שם שתמה על הרמב"ם ז"ל שפוסק סתם דהבא על ח"כ משלם קנס ואינו מחלק בין אי יכול להציל באחד מאבריו או שארי החילוקים שמחלק הש"ס בסנהדרין והוא ז"ל מתרץ דעת הרמב"ם ז"ל עפ"י דבריו שהבאתי למעלה עיי"ש. ולדידי ניחא בפשיטות והוא עפ"י מה שראיתי בשו"ת מהר"מ אלשקר סי' צ"ה שכתב דמ"ד הראה זו הכנסת עטרה היינו הכנסת ראש העטרה וכמ"ש רש"י והרמב"ם ז"ל וכל המפרשים מיהו לפי מה דאמרינן בפ' בן סורר ומורה דלמ"ד הראה זו הכנסת עטרה יש בהראה כדי הסרת בתולים נראה דהכנסת עטרה היא הכנסת כל האבר דהא בהכנסת העטרה לבד א"א להסיר הבתולים. אך פשט הלשון דהראה זו הכנסת עטרה מורה כדעת כל המפרשים דהוא רק העטרה לבד ואפי' ההוא דפ' בן סורר ומורה איכא מאן דמפרש דהש"ס קאמר בדרך אם תמצא לומר כלומר דאף את"ל דהכנסת העטרה היא הכנסת האבר והיא שעת הקנס ונמצא מיתה ותשלומין באים כאחד איכא לתירוצא בפנים אחרים כגון בבא עלי' שלא כדרכה וחזר ובא עלי' כדרכה או ביכול להציל באחד מאבריו זה תורף דבריו ולפי"ז דהשקלא וטריא בסנהדרין שם סובב הולך רק לפי מה דנימא דמ"ד הראה זו הכנסת עטרה היינו הכנסת כל האבר וא"כ הרמב"ם דפסק הראה זו הכנסת עטרה היינו רק הכנסת ראש העטרה לבד ולא הכנסת כל האבר וא"כ לדידי' לק"מ קושית הש"ס שם דהא אף דהראה זו הכנסת עטרה מ"מ החיוב מיתה ותשלומין אינן באים כאחד דהחיוב מיתה הוא בהכנסת עטרה לבד והחיוב קנס הוא בהכנסת כל האבר דאז מסיר הבתולים ונתחייב קנס וא"צ הרמב"ם לכל האוקימתות דהש"ס שם לכך שפיר סתם הרמב"ם דהבא על ח"כ משלם קנס וז"ב ונכון לפי"ד הר"מ אלשקר. אך בגוף דברי הר"מ אלשקר יש לי להאריך ואכמ"ל [ועיין בס' סדרי טהרה בה' נדה סי' קצ"ג סק"ג שכתב דבהכנסת עטרה לחוד ליכא השרת בתולים וסיים שם וז"ל אך מסוגי' דסנהדרין דף ע"ג מוכח דבהכנסת עטרה יש השרת בתולים עכ"ל אולם לפי"ד הר"מ אלשקר הנ"ל ליכא סתירה לדבריו מסוגי' דסנהדרין שם]:

ואחר שעברתי על דברינו הנ"ל לבקרם אם אין בהם נפתל ועקש. ראיתי דמה שהוכחתי מש"ס כריתות הנ"ל דעל גמר ביאה היינו הכנסת האבר ליכא חזקה וכן הבאתי בשם הישיע"ק והמהר"ם מינץ, באמת מש"ס כריתות שם יש ראי' להיפוך דגם על גמר ביאה יש חזקה דהא משמע שם דאם לא הוי הוא מכחיש להעדים שאמרו לו בעלת שפחה חרופה רק הוי שותק היו העדים מחייבין אותו קרבן והלא התם מיירי שאין העדים מעידים שראו שגמר ביאתו וכמש"ל. וכן כתבו התוס' שם בהדיא עיי"ש רק הם מעידים שראו שוכבים זע"ז כדרך המנאפים. ואי נימא דעל גמר ביאה ליכא חזקה א"כ מדוע יתחייב קרבן עפ"י העדים אם הוא שותק הלא אף אם אמת הוא שבא עלי' כדרך המנאפים הא אכתי לא יתחייב כלל קרבן בזה דשמא לא גמר ביאתו אע"כ צ"ל דגם על גמר ביאה איכא חזקה וכיון שראו העדים ששוכבים זע"ז כדרך המנאפים אמרינן דבודאי גמר ביאתו מכח החזקה. ולפ"ז שפיר חייב מלקות על לאו דקדשה ועל לאו דלא יחלל זרעו וגם שפחה חרופה חייבת מלקות עפ"י העדים אף דלא ראו הגמר ביאה מכח החזקה דבודאי גמר ביאתו היינו שהכניס האבר והוציא הזרע. אך לפי"ז דאיכא חזקה גם על גמר ביאה א"כ שוב צריך להבין הא דאמרינן בש"ס כריתות שם דיכול לומר לא גמרתי ביאתי. אולם נראה לפענ"ד דיש לחלק בין חיוב קרבן לחיוב מיתה או מלקות דלענין חיוב קרבן שפיר יכול לפטור עצמו בטענת ברי נגד החזקה וכמו הכא בהבא על שפחה חרופה אם טוען ברי נגד החזקה שלא גמר ביאתו פטור מקרבן כיון דאם קושטא קאמר שלא גמר ביאתו א"כ אם יביא קרבן הרי יביא חולין לעזרה ויעשה איסור לכן שפיר אין בידינו לכופו לעשות איסור להביא חולין לעזרה. וכ"כ התוס' ביבמות דף כ"ה ע"ב ד"ה ואאמע"ר עיי"ש. משא"כ לענין חיוב מיתה או מלקות הרי אף אם קושטא קאמר שלא גמר ביאתו מ"נ אם יהרג או ילקה לא יעשה הוא איסור רק להב"ד יש איסור וכיון דדבר זה נמסר לב"ד להמית או להלקות על החזקות שוב גם על הב"ד ליכא איסור ולא משגיחינן כלל על מה שהוא טוען ברי נגד החזקה [והן אמת דהפנ"י כתובות דף כ"ב ובק"א שם הביא בשם הרשב"א שכתב גם לענין חיוב מיתה אם טוען ברי נגד החזקה אין ממיתין אותו. ולפי"ז חידש שם הפנ"י דהבא על א"א אי לאו דקבלו עליהם התראה והודו שהיא א"א אי אפשר להרוג אותם דיכולים לטעון ברי שנתגרשה אף דיש לה חזקת א"א עיי"ש. אמנם באמת דברי הפנ"י תמוהים מכמה דוכתי' וכבר השיגו עליו האחרונים ובראשם אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות וכתב שם דגם הרשב"א לא קאמר דמהני ברי נגד החזקה רק היכא דאתרע החזקה ויש ספק לפנינו וכמו בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת שעלי' קאמר הרשב"א למילתי'. אבל כל היכא שלא אתרע

החזקה ואין ספק לפנינו גם הרשב"א מודה דלא מהני ברי נגד החזקה עיי"ש]. ושוב ראיתי במנ"ח מצוה רס"ו שהוא כתב שם ג"כ דהחזקה היא גם על הגמר ביאה והביא ראי' לזה מש"ס כריתות הנ"ל וז"ל. ועיין כריתות פ' אמרו לו. אם אמרו שני עדים דבעל שפחה חרופה והוא מכחיש פטור מקרבן דאי בעי אמר לא גמרתי ביאתי, ועיין תוס' שם דדבר זה אין העדים יכולין לידע ע"כ צ"ל דהי' בחזקה שגמר וכמ"ש עכ"ל. ודבריו אינם מובנים לכאורה דהא מביא ראי' לסתור דהרי מש"ס כריתות הנ"ל משמע להיפך דעל גמר ביאה ל"ש חזקה מדיכול להכחיש ולומר שלא גמר ביאתו וכמ"ש הישיע"ק והמהר"ם מינץ הנ"ל. אך אפשר שכיון בזה למה שכתבתי ונכונים דבריו וקיצר במקום שהי' לו להאריך. גם מ"ש בשם התוס' דדבר זה אין העדים יכולים לידע. התוס' שם לא כתבו כן בהדיא רק התוס' שם כתבו וז"ל דאי בעי אמר לא גמרתי ביאתי שהעדים אינם מעידין שראו כל המעשה עכ"ל ואין הכרע מדבריהם דכוונתם הוא דאין העדים יכולין לידע אם גמר ביאתו וי"ל דכוונתם הוא שאין מעידין שראו כל המעשה היינו משום דמיירי שלא ראו הגמר ביאה אבל באמת יכולין לראות הגמר ביאה וכמש"ל. אך אף אם דכוונת התוס' הוא כן דיכולין העדים לראות הגמר ביאה רק דכאן מיירי שלא ראו. מ"מ שפיר יש ראי' מש"ס כריתות הנ"ל דאיכא חזקה גם על הגמר ביאה וכמו שכתבתי:

ולפי"ז לכאורה מיושב גם קושיתינו הנ"ל על עולא דהא גם קנס דמי למיתה ומלקות ונתחייב קנס מכח החזקה שגמר ביאתו ולא יוכל לפטור עצמו אף שטוען ברי נגד החזקה שלא גמר ביאתו ולק"מ. אמנם אכתי אינו מיושב בזה. והוא דהנה לפי האמור דגם על הגמר ביאה איכא חזקה דבודאי גמר ביאתו. א"כ קשה מה משני הש"ס בקידושין דף ע"ח בשלא גמר ביאתו הלא אמרינן דבודאי גמר ביאתו מכח:

החזקה וצ"ל דמיירי היכא שראו העדים שפירש מיד ולא הי' באפשרו בזמן מיעוט כזה לגמור ביאתו וכמש"ל, או דמיירי היכא דראו העדים שלא גמר ביאתו וכמש"ל דהעדים יכולין לראות אם גמר ביאתו אי לא. וא"כ אכתי קשה דהו"ל לאוקמי גם המתני' דמכות בנערה ומיירי היכא שראו העדים שפירש מיד או שראו שלא גמר ביאתו דחיוב קנס ליכא וחיוב מלקות איכא. אך קושיתינו על עולא מיושב שפיר בהתירוצים שכתבתי לעיל:

וטרם אשים קנצי למילין ואכלה לדבר כעת בענין הזה. לא אחדול מלרשום מה שיש לי להעיר בהא שהבאתי לעיל דעל לאו דלא יחלל זרעו ועל לאו דקדשה אינו עובר, כ"א בגמר ביאה ובהוצאת זרע דאז היא ראוי' לבא לידי הריון. ועיין בהרדב"ז חלק ששי סי' ב' אלפים קנ"ג שהקשה דאיך לוקה על לאו דלא יחלל זרעו הא הוי התראת ספק שמא לא תתעבר ותירץ דאם מזריע בבטן אשה הוי התראת ודאי כיון דרוב נשים מתעברות

ויולדות עיי"ש. והנה במתני' דיבמות דף נ"ט מבואר דבאלמנה לכ"ג אין חילוק בין אלמנה מן הנשואין. ובין אלמנה מן האירוסין וגם אלמנה מן האירוסין עובר בכל הלאוין עיי"ש. ועיין גם ביבמות דף כ' ע"א ודף ס"א ע"א. והלא באלמנה מן האירוסין מהראוי לומר דבבעילה הראשונה אינו לוקה משום לא יחלל זרעו אף שגמר ביאתו כיון דאינה ראוי' להתעבר דהא אין אשה מתעברת מביאה הראשונה ול"ש הלאו. ואפי' לפמ"ש הר"ן פ"ק דקידושין דדוקא רוב אינן מתעברות מביאה ראשונה אבל זימנין דמתעברת מביאה ראשונה עיי"ש. וכ"כ בנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' כ"ב מסברא דנפשי' עיי"ש מ"מ כיון דרוב אינן מתעברות מביאה ראשונה ניזול בתר רובא ולא יתחייב מלקות. ואפי' בתוס' רי"ד בקדושין שם והבאתיו לעיל. דאם ביאתו לוקה משום לא יחלל זרעו אעפ"י שלא נתעברה שאין העיבור תלוי בידו רק בידי שמים והא מה שהי' לו לעשות עשה, מ"מ י"ל דזה הוא דוקא אם היא באמת ראוי' להתעבר בביאה זו. משא"כ היכא דאינה ראוי' כלל להתעבר בביאה זו וכגון אלמנה מן האירוסין בביאה ראשונה שפיר מהראוי לומר דאינו לוקה משום לא יחלל זרעו. ולע"ע לא מצאתי לשום אחד מהפוסקים שיזכיר דין זה וצ"ע. וכן נמי בלאו דקדשה מהראוי לומר שהבא על הפנוי' שלא לשם קדושין שעדיין היא בתולה שלא היתה לאיש שלא ילקה משום לאו דקדשה בבעילה הראשונה כיון דאינה ראוי' לבא לידי הריון בביאה זו משום דאין אשה מתעברת מביאה ראשונה ול"ש הלאו. ומה נעים לישב בזה מה שהקשה הראב"ד לשיטת הרמב"ם דהבא על הפנוי' שלא לשם קדושין לוקה משום לא תהי' קדשה. והקשה הראב"ד דא"כ איך אונס ומפתה משלם קנס הא אין לוקה ומשלם, ועיין במקנה בק"א סי' כ"ו שכתב לתרץ דכיון דלהרמב"ם אינו עובר על לאו דקדשה אלא בגמר ביאה והרי קנס נתחייב על העראה וא"כ חיוב קנס וחיוב מלקות אינם באים כאחד ושפיר לוקה ומשלם עיי"ש. אולם אכתי אינו מיושב בזה לפמ"ש הנוב"י מהדו"ק סי' צ"ה דהרמב"ם ס"ל כשיטת הי"מ דקנס לא מחייב רק בגמר ביאה עיי"ש, וכ"כ השעה"מ פכ"ד מה' שבת עיי"ש. וא"כ שוב החיוב קנס והחיוב מלקות באים כאחד. אמנם לדרכינו ניחא שפיר מאוד דכיון דעל לאו דקדשה אינו עובר אלא בגמר ביאה והוא משום דבעינן שתהי' ראוי' לבא לידי הריון וא"כ הבא על הבתולה שלא לשם אישות אינו עובר כלל על לאו דקדשה משום דאינה ראוי' לבא לידי הריון דאין אשה מתעברת מביאה ראשונה, והרי חיוב קנס הוא דוקא בבתולה ולא בבעולה לכן שפיר משלם קנס כיון דליכא כלל לאו דקדשה. והוא נכון:

סימן לא

(א) **סעיף א**' שתי כתי עדים המכחישות זו את זו כו'. עיין ש"ך שהביא ראי' מהר"ן כתובות דגם שני עדים המכחישים זה את זה אין ונצטרפין יחד לעדות אחרת עיי"ש ועיין בספר אורח מישור בנזיר סוף פ"ג שהביא ג"כ ראי' לזה מהנמוק"י פ' חזקת עיי"ש ועיין באחרונים שהאריכו בענין זה:

(ב) **שם באותו סעיף** אין כאן עדות כו' עיין סמ"ע שכתב דאע"ג דאית בהו חד דכשר א"צ לישבע נגדו ש"ד וכמ"ש הרשב"א בתשובה הובא בב"י סי' ל"ו עיי"ש והיינו שהרשב"א שם כתב דאם נמצא בעדות אחד מהם קא"פ נתבטל כל העדות לגמרי אפי' לענין שבועה. ועיין באורים סק"ב שהביא דעת הסמ"ע וכתב דזה הוא דוקא אם כיוונו מתחלה להעיד עיי"ש. והנה לשיטת הש"ך בסי' ל"ו סק"ג דאי איכא קרובים ופסולים בהדי כשרים בעינן שהכשרים יכוונו להעיד ובאם הכשרים ג"כ לא כיוונו להעיד כל העדות בטל. וא"כ הדבר פשוט דהה"נ בהך דהכא אם שניהם לא כיוונו להעיד ג"כ נתבטל עדותן ולא מהני אפי' לשבועה מיהו זאת איכא לספוקי בהך דהכא אם אחד מהם כיוון להעיד והשני לא כיוון להעיד אי אמרינן ג"כ דנתבטל עדותן ולא מהני אפי' לשבועה דהא לא ידעינן מי הוא הפסול ביניהם וא"כ לא ידעינן אם מי שכיוון להעיד הוא העד הפסול ונתבטל העד הכשר או הוא העד הכשר שכיוון להעיד ולא נתבטל עדותו כיון דהשני שהוא הפסול לא כיוון להעיד. ובזה אני מסופק אולי לענין שבועה לא מחמרינן כולי האי לבטל העד הכשר מספיקא וצ"ע בזה:

אולם גוף דברי הסמ"ע הנ"ל הם תמוהים דהלא התוס' בסנהדרין דף ל"א ע"א ד"ה שב"ש כתבו דאם לא ידעינן מי הוא הפסול לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וא"כ הכא שלא ידעינן מי הוא הפסול ל"ש לומר עדות שבמב"כ ושפיר מהני העד הכשר לחייבו שבועה. והרשב"א בתשובה שהביא הב"י בסי' ל"ו שכת דבקא"פ נתבטל שאר העדות לגמרי אפי' לשבועה הוא מיירי כשידעינן מי הוא הפסול. ושוב מצאתי בחידושי הרי"ם שעמד בזה ומתרץ עיי"ש, אמנם תירוצו לא מחוור בעיני, ואולי י"ל דהסמ"ע סובר דמ"ש התוס' סנהדרין הנ"ל דכשאינו ידוע מי הוא הפסול לא נתבטל שאר העדות לא כתבו זאת להלכה כיון דלא כתבו שם כן רק בתירוץ הא' וכתבו שם עוד תירוצים אחרים וע"כ משום דלא ס"ל להתוס' כן להלכה הלכך כתבו תירוצים אחרים, אולם בפסקי תוס' שם הביאו זאת דכשלא נודע מי הפסול לא אמרינן עדות שבמב"כ הרי דפסקו כן להלכה וצ"ע:

(ג) **סעיף ב** ואם אח"כ הוציא השטר השני גובה אותו ג"כ. עיין בנתיבות שנסתפק אם הוציאם בזא"ז ופסקו הב"ד על כל אחד שהוא כשר אם מגבין לו הב"ד אח"כ ב' שטרות ביחד אי בעינן שגם הגובייגא מהשטר הראשון יהי' קודם או דלא בעינן רק שיהי' הפס"ד של הראשון קודם להשני. וכן בסעיף ג' יש לספק כן עיי"ש והניח בספק. ועיין בב"ח שנראה מדבריו דאם בא לגבות בשניהם ביחד לעולם לא מגבינן רק לאחד דכתב וז"ל והא לא קשיא האיך גובה בשני כיון שכבר גבה בראשון הלא אחד משני השטרות פסול הוא דכבר כתבנו דכיון דעכשיו אין השטר הראשון ביד המלוה אעפ"י שגבה בראשונה לית לן בה כו' אי נמי דמה שגבה כבר חשבינן לי' כאילו נשרף כיון דעכשיו אינו בעולם עכ"ל הרי מבואר בהדיא מהתירוצים האלו דאם בא לגבות עם שניהם ביחד אף דכבר פסקו הב"ד על כל אחד שהוא כשר לא מגבינן רק לאחד:

סימן לב

(א) **סעיף ב** השוכר עדי שקר להוציא כו'. עיין בשער משפט שכתב דדוקא שוכר עדים להעיד שקר הוא דחייב בד"ש אבל שוכר עדים לכבוש עדותן פטור אף מד"ש כיון דהעדים עצמן שכבשו עדותן אינם חייבין רק בד"ש עיי"ש, ולפע"ד נראה להביא ראי' דאפי' שוכר עדים לכבוש עדותן חייב בד"ש מהא דאיתא בירושלמי שבועות פ"ו ה"ו וז"ל המקרע שטרות חבירו ר' חנניא ור' מנא חד אמר חייב וחד אמר פטור מ"ד חייב משום קנס ומ"ד פטור כסותם פי עדי חבירו עיי"ש. והנה מה דפליגי במקרע שטרות חבירו ע"כ פלוגתתם הוא לענין חיוב בדיני אדם דהא מ"ד דחייב משום קנס בודאי כוונתו הוא דחייב בד"א וכן איתא בהדיא בש"ס דידן בב"ק דף צ"ח ע"ב דלמאן דדאין דינא דגרמי השורף שטרו של חבירו מגבי בי' דמי שטרא מעליא. וא"כ מ"ד בירושלמי שם בהמקרע שטרות חבירו דפטור ע"כ ס"ל דאינו פטור רק מד"א. אבל בד"ש חייב וכמו כל גרמא בנזקין דחייב בד"ש דהא השורף או המקרע שטרות חבירו לא גרע מכל הני גרמא בנזקין דחשיב בתוספתא פ"ג דשבועות והובא בש"ס דידן בב"ק פ' הכונס ובירושלמי פ' הכונס דתני דחייב בד"ש. וכיון שכן מדקאמר דהמקרע שטרות חבירו הוי כסותם פי עדי חבירו. ע"כ צ"ל דגם סותם פי עדי חבירו חייב בד"ש וכמו המקרע שטרות חבירו והיא ראי' גדולה. ולכאורה יש לחלק בין סותם פי עדי חבירו ובין השוכר עדים לכבוש עדותן דמה דקאמר בירושלמי סותם פי עדי חבירו היינו שראה עדים מגלגלין לילך להעיד וסגר אותם בחדר וכן פירש הרמב"ן בדיני דגרמי שלו עיי"ש. ובכה"ג הוי כמו מזיק בידים לכן חייב בד"ש משא"כ בנותן שכר לכבוש עדותן. אולם אין בזה שום סברא כלל לחלק:

(**ב**) **שם ברמ"א** וכן אם לא שכרן אלא פיתה אותן בדברים. כ"כ התוס' ב"ק דף נ"ו דבדברים בעלמא פטור המשלח אף מד"ש. והקשה הש"ך מש"ס קדושין דף מ"ג דאיתא שם האומר לשלוחו צא והרוג את הנפש הוא חייב ושולחו פטור כו' ופריך מכלל דת"ק סבר אפי' מד"ש נמי פטור ומשני דיני רבה ודיני זוטא איכא בינייהו ופרש"י עונש גדול ועונש קטן. הרי בהדיא דאף דאשלד"ע חייב המשלח בד"ש, ולזאת העלה הש"ך לדינא דלעולם חייב בד"ש אפי' לא שכרן רק בדיבורא בעלמא וכן הביא בשם הריטב"א פ' האיש מקדש עיי"ש. ועיין בקצה"ח שכתב לתרץ קושית הש"ך דכאן בפ' הכונס מיירי מחיוב תשלומין בד"ש. והתם בקדושין מיירי בעונש מן השמים ולא בחיוב תשלומין ולענין עונש מן השמים שפיר אין חילוק בין שכרן ובין לא שכרן עיי"ש. וכבר קדמו בזה הח"צ סי' קל"ח. ועיין במקנה בקידושין שהביא דברי הח"צ והשיב על דבריו דבאמת אינו נזכר בדיני שמים חיוב תשלומין אלא דממילא אם ירא לנפשו שלא יענישוהו בדיני שמים צריך לשלם ולפייס להניזק. תדע דמקשה שם הש"ס בכובש עדותו דאורייתא הוא דכתיב אם לא יגיד אף שאינו מפורש בתורה שחייב בתשלומין בד"ש אלא משום דבברייתא נמי אינו מפורש תשלומין ומ"מ ממילא הוא וכנ"ל עכ"ל. והנה מ"ש דבברייתא אינו נזכר חיוב תשלומין בד"ש במחילת כבוד הדרת גאון עזו לא עיין אז בגוף התוספתא בשבועות פ"ג דאיתא שם בהדיא דאין השמים מוחלין להם עד שישלמו עיי"ש, אך בכל זאת גוף ראייתו מהא דפריך הש"ס בכובש עדותו נכונה היא דהרי אינו מפורש בתורה בכובש עדותו שחייב בתשלומין בד"ש ומאי פריך פשיטא דאורייתא הוא וחייב בד"ש. אלא ודאי דכל היכא דירא לנפשו שלא יענישוהו מן השמים צריך לשלם ולפייס להניזק, והתירוץ הנכון והאמתי לקושית הש"ך לפענ"ד הוא מ"ש בשו"ת חות יאיר סי' קס"ו בשם חכם אחד שאמר דגם בש"ס קדושין שם מיירי בשכרו דהכי משמע לישנא דגמרא שם דנקט האומר לשלוחו ולא קאמר האומר לחבירו אלא משום דשלוחו היינו בשכר לכן שפיר חייב בד"ש עיי"ש. ואף שהבעל חו"י פקפק שם על תירוץ זה בכל זאת לפענ"ד דבריו נכונים ואמתים. כי החו"י דחה דבריו בקש כאשר יראה המעיין. וכדבריו מבואר בהדיא ברמב"ם פ"ב מהל' רוצח ה"ב שכתב שם וז"ל אבל השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו כו' חייב מיתה לשמים עכ"ל ומקור הדין זה נובע ממה דאיתא בש"ס קידושין שם האומר לשלוחו צא והרוג את הנפש וכמ"ש בכ"מ שם הרי בהדיא דגם הרמב"ם ז"ל מפרש מה דאיתא האומר לשלוחו כו' דמיירי בשליח בשכר. ואשתמיטתי' להבעל חו"י דברי הרמב"ם האלו, וגם מעיני החכם הנ"ל נעלם דברי הרמב"ם האלו מדלא הזכירם להביא סייעתא לדבריו. ודברי הרמב"ם הנ"ל הי' בהעלם

דבר גם מעיני התומים שכתב כאן וז"ל ונראה דדוקא בשוכר. אבל מי שיש לו משרת בשכר ונוטל פרס ממנו וארוחתו תמיד ומצוה לו שיעיד שקר אין זה בכלל שוכר והראי' דילפינן משלח חייב בד"ש מן דוד גבי אורי' שצוה ליואב לשום אותו בראש הלוחמים אף דיואב הי' על הצבא ונוטל פרס מהמלך כו' אלא הואיל שלא קצב לו בשביל כך פרס ושכר אינו בגדר השוכר כו':

ובתשובת חו"י משמע דביקש לומר דגם שלוחו היינו בשכר וזהו דוחק כמבואר בגמרא שם איברא הדבר ברור לחלק כמ"ש עכ"ל. ובמחכ"ת לא זכר מדברי הרמב"ם הנ"ל דמבואר בהדיא כמ"ש בשו"ת חו"י דשלוחו היינו בשכר וא"כ ליתא לראייתו כלל. ומהגם דהלא הרמב"ם כתב בהדיא או ששלח עבדיו והרגוהו חייב מיתה לשמים הרי בהדיא דדעת הרמב"ם הוא דעבד הוי כמו שליח בשכר, ואין לומר דהרמב"ם מיירי בעבד כנעני דגופו קנוי לו ועדיף יותר משליח בשכר דידו כיד רבו. דז"א חדא דהא כתב המל"מ שם דטעמא דהרמב"ם מ"ש דע"י עבדיו חייב הוא משום דשכורים המה לו עיי"ש. ומבואר בהדיא מדברי המשל"מ דהוא הבין דהרמב"ם מיירי במשרת בשכר ולא בעבד כנעני ומשרת בשכר הוי כמו שליח בשכר. ועוד דנ"ל דמ"ש הרמב"ם דע"י עבדיו חייב מיתה לשמים הוציא כן מדוד ויואב דכתיב אותו הרגת ויואב הי' עבד המלך לכן הוי כאילו דוד שכרו ליואב להרוג לאורי' [ומה דדוד הי' פטור אפי' מד"ש להת"ק וכמ"ש הריטב"א קדושין שם הוא משום דאורי' הי' מורד במלכות וכדאמרינן בגמרא שם] וא"כ ה"ה בכל משרת שנוטל פרס אם מצוה עליו להרוג את חבירו הוי כמו שליח בשכר וחייב בד"ש:

והנה מה שהבאתי בסמוך בשם המל"מ לא אכחד שדבריו תמוהים בעיני שהביא בשם הריטב"א פ' האיש מקדש שכ' דדוקא שוכר דעביד מעשה חייב בד"ש אבל בדיבורא לא מחייב וכתב הוא דאפשר שלזה כיוון רבינו במ"ש או ששלח עבדיו והרגוהו דדוקא עבדיו שהם שכורים לו עכ"ל. והנה מה שהביא בשם הריטב"א צ"ע דהרי הש"ך כאן הביא בשם הריטב"א להיפך דאפי' בדיבורא בעלמא חייב בד"ש. וא"כ דברי הריטב"א סותרים אהדדי. אולם אנכי חפשתי בהריטב"א פ' האיש מקדש ולא מצאתי שם רק דברי הריטב"א שהביא הש"ך אבל דברי הריטב"א שהביא המל"מ לא נמצא שם כלל. גם מ"ש דהרמב"ם כיוון לדברי הריטב"א הנ"ל במ"ש או ששלח עבדיו כו', לא הבינותי כלל דהלא לפי דברי הריטב"א שכתב דמש"ה שוכר חייב בד"ש משום דעביד מעשה. א"כ בעבדיו שורת הדין נותן שלא יהא חייב בד"ש דהא עבדיו נהי דהם שכורים לו. אבל הרי השתא בשעה שמצוה להם להרגוהו לא קעביד מעשה ואמאי יתחייב בד"ש. אך לפענ"ד נראה כמ"ש דהרמב"ם הוציא כן מדוד ויואב וכנ"ל. או י"ל דהרמב"ם סובר כשיטת התוס'

ב"ק הנ"ל שכתבו גבי שוכר עדי שקר דדוקא שוכר חייב בד"ש. אבל אומר פטור אפי' בד"ש כיון דסבור שלא ישמע לו עיי"ש, ומבואר דכוונתם הוא דבשוכר ל"ש לומר דסבור שלא ישמע לו דבודאי סבור שישמע לו כדי ליטול שכרו אבל באומר שפיר שייך לומר שסבור שלא ישמע לו. וכ"כ המפרשים לפרש כוונת התוס'. וא"כ שפיר כתב הרמב"ם דע"י עבדיו חייב בד"ש כיון דעבדיו דהם שכורים לו הרי סבור דבודאי ישמעו לו לכן חייב בד"ש כמו בשוכר:

עיין בשער משפט סק"ב שהביא דעת הש"ך והריטב"א דאפי' לא שכרן חייב בד"ש וסיים הוא על זה ת"ל ועיין בש"ס כתובות דף מ"ו ע"א ותוס' ד"ה אתיא שימה וברמב"ם פ"ג מהל' נערה עכ"ל. ונראה דכוונתו הוא בזה להביא ראי' להריטב"א והש"ך דבגמרא וברמב"ם שם מבואר כדעת הריטב"א והש"ך דאין חילוק בין שכרן ובין לא שכרן דאיתא שם בגמרא גבי מוציא שם רע לא אמר לעדים בואו והעידוני והן מעידין אותו מאליהן הוא אינו לוקה ואינו נותן מאה סלעים טעמא דלא אמר להו הא אמר להו אע"ג דלא אגרינהו לאפוקי מדר"י דתניא ר"י אומר אינו חייב עד שישכור עדים וכ"פ הרמב"ם פ"ג מה' נערה דאפי' לא שכרן רק אמר להו חייב. הרי דאפי' אמר להו להעיד שקר שזינתה ואח"כ הוזמו חייב. והנה לפי מה שהבאתי לעיל בשם הרמב"ם דס"ל ג"כ כדעת התוס' דאיכא חילוק בין שוכר עדים להעיד שקר ובין אומר. א"כ הרמב"ם סותר עצמו. אולם באמת אין ראי' כלל ממוציא ש"ר דהא במוציא ש"ר הרי כתיב בקרא ושם לה עלילת דברים ומשמע דבאמירה בעלמא חייב אלא ר"י יליף שימה שימה דאינו חייב רק בשכרן וכדאמרינן בגמרא שם. אבל רבנן לא ילפו שימה שימה רק הם ס"ל כפשטות לישנא דקרא דחייב אפי' בדיבורא בעלמא. וא"כ אין ראי' כלל מהתם לעלמא דאפי' האומר לעדים שיעידו שקר חייב בד"ש כיון דבמש"ר גלי קרא דחייב בדיבורא בעלמא משא"כ בשאר דוכתי' וז"ב ופשוט. ויש לחלק עוד ואין מהצורך להאריך כי די במה שכתבתי:

(ג) **עוד שם ברמ"א** העדים חייבין לשלם. עיין בש"ך מה שהביא בשם הישו"ש ב"ק פ"ד סי' י"ח. ועיין בתומים ובקצה"ח שחולקים עליו. וגם הש"ך ד בסי' ע"ז ס"ק ט"ו כתב על דברי הישו"ש האלה שאין דבריו נראין לו עיי"ש:

סימן לג

(א) **סעיף א** ושונא שכשרים להעיד. בזה פליגי ר' יהודא ורבנן במתני' בסנהדרין דף כ"ז ואנן קיי"ל כרבנן דאוהב ושונא כשרים להעיד. ולכאורה יש להקשות בהא דתני במתני' ביבמות דף קי"ז דהכל נאמנים להעידה שמת בעלה חוץ מחמותה ובת חמותה כו' וכן

קיי"ל בש"ע אע"ז סי' י"ז והוא מטעם שכל אלו הנשים שונאות אותה ומתכוונות לקלקלה וכמבואר שם בגמרא וכן פירש רש"י ז"ל שם וקשה קיי"ל דשונא כשר להעיד דלא נחשדו ישראל להעיד שקר מחמת שנאה אולם י"ל דהתם הוא לאו מחמת שנאה לחוד אינן נאמנים אלא משום דהם הוויין כנוגעים כיון דהקנאה והשנאה מושך והולך גם להבא כגון חמותה דבכל עת שהיא רואה שאוכלת עמלה יש לה צער וכן כולם לכן מכוונים לקלקלה כדי להציל את נפשם מצער והוי כנוגעים משא"כ בשאר שינא דקיי"ל דכשר להעיד היינו ששונא לו מכבר ממה שעבר ושפיר לא הוי נוגע ולא חיישינן שמשקר מחמת שנאה. ושוב ראיתי בשירי קרבן בירושלמי יבמות שם שהי' קשה לי' קושיתינו הנ"ל וכתב וז"ל מכאן נ"ל אע"ג דקי"ל דשונא כשר להעיד מטעם דלא נחשדו ישראל על כך דוקא באנשים אבל בנשים במקום שהכשירו חכמים עדות אשה אם ידוע שיש שם שנאה פסולות להעיד והטעם דנשים דעתן קלות עכ"ל. אמנם לפע"ד אין להביא ראי' כלל מהתם לפסול נשים לעדות מחמת שנאה דהתם שאני דהוויין כנוגעים וכמ"ש. ואף דאיתא בירושלמי שם דצרתה אפי' נשואה אינה נאמנת להעיד לה וכן פסק הרמב"ם פ"ז מה' גירושין ה"ג וקיי"ל כן באע"ז סי' קמ"א והוא מחמת שנאה הישנה שכבושה ביניהן וכמ"ש המפרשים. והרי בצרתה שנשאת לאחר ל"ש שנאה להבא ושוב אינה נוגע ואינה פסולה רק מחמת שנאה לבד וע"כ צ"ל כמ"ש השירי קרבן דנשים פסולות להעיד מחמת שנאה. אכן י"ל דצרתה שאני דהי' לה צערא דגופה וזה הוא שנאה גדולה וכמ"ש המל"מ פי"ב מה"ג הי"ז עיי"ש והא דעת הרבה פוסקים ובראשם המהרש"ל בתשובה דשונא גדול פסול להעיד ומכאן יש ראי' לדעת המהרש"ל וסייעתו:

(**ב**) **סעיף ב** שלישי בראשון כשר. עיין בהגהות דרישה ופרישה אות קטן וא"ו שטרח ויגע מאוד להעמיס בדברי רש"י ז"ל סנהדרין דף כ"ח ע"א דס"ל ג"כ דשלישי בראשון כשר. ולפענ"ד נראה בפשיטות דמ"ש רש"י שם והלכתא כוותי' דרב דבתראי הוי ט"ס הוא וצ"ל רבא במקום רב והיינו דרבא ס"ל דשלישי בראשון כשר. וגם מ"ש הגאון מהר"י פיק בגליון רש"י שם דצ"ל דשלישי בשני כשר. לפענ"ד אין זה נכון רק נכון יותר כמו שהוא ברש"י שלפנינו דשלישי בראשון כשר והיינו כרבא בפ' י"נ וע"ז קאמר רש"י דהלכתא כוותי' דרבא דבתראי הוי. ועיין גם בהגהות מיימוני פי"ג מה' עדות שכתב שם ג"כ דרש"י ס"ל דשלישי בראשון כשר:

(**ג**) **שם באותו סעיף** האב עם בן בנו פסול. עיין בקצה"ח שהקשה למר בר רב אשי דמכשיר באבא אבא אמאי אינו נאמן לר' יהודא לומר זה בנו ממזר כשיש לו בנים הלא טעמא דא"כ לחכמים על בנו הוא משום דקרוב הוא וכמ"ש רש"י בפ' עשרה יוחסין

וא"כ לר"י דנאמן על בנו משום דכתיב יכיר א"כ על בן בנו נהי דעליו לא קאי הקרא דיכיר הא ממילא כשר כיון דאינו קרוב אלא דכבר תמהו הראשונים על רש"י ז"ל דלמה כתב הטעם משום קרוב ת"ל משום דאין ערעור פחות משנים וא"כ ניחא גם למר בר רב אשי עיי"ש. אמנם אכתי לפי פירוש רש"י ז"ל הקושי' במקומה עומדת אולם ניחא שפיר עפ"י מ"ש זקיני התוי"ט בקידושין שם לתרץ קושית הראשונים הנ"ל על רש"י ז"ל דמשום עובר שאין לו חזקת כשרות דחד נמי מהימן לכך הוצרך רש"י לכתוב הטעם דקרוב עיי"ש. וא"כ כשיש לו בנים הרי כבר הי' לו חזקת כשרות. ושפיר גם לרש"י ז"ל א"נ משום דאין ערעור פחות משנים. והן אמת דזקיני התוי"ט במח"כ הדרת גאון קדשו לא כיוון יפה בתירוצו הנ"ל דהרי בעובר לא נכון הטעם דקרוב דהא קיי"ל דהיכא דע"א נאמן גם קרוב נאמן וא"נ עובר דאין לו חזקת כשרות וע"א נאמן שוב אין לפסול עדות האב משום קרוב. וכן ראיתי בפנ"י קידושין שם שהקשה קושית הראשונים הנ"ל על רש"י משמי' דנפשי' וכתב שם ג"כ דאין לומר דמשום עובר נקט רש"י הטעם דקרוב מטעם שכתבתי עיי"ש. אמנם הפנ"י שם מתרץ דרש"י ז"ל בא לאשמועינן דאפי' עם עד אחר כשר נמי אין מצטרף עיי"ש וכ"כ בס' קול הרמ"ז על משניות עיי"ש ולפי"ז אכתי י"ל דלמר בר רב אשי דמכשר באבא אבא מה דלר"י אינו נאמן כשיש לו בנים היינו הוא לבדו אינו נאמן ומטעם דאין ערעור פחות משנים אבל עם עוד אחר שפיר מצטרף וא"ש:

(ד) **ברמ"א שם** וי"א דקרובי אם נמי אינם פסולים אלא מדרבנן. כן הוא דעת הרמב"ם ועיין בכ"מ שכתב הטעם דכיון דבגמרא ילפינן קרובי האם באם אינו ענין מיקרי ד"ס עיי"ש. ועיין בש"ך ובאחרונים מה שנתווכחו בדעת הרמב"ם. ועיין במראה הפנים בירושלמי סנהדרין פ' ז"ב ה"ט שכתב שם דדברי הרמב"ם הם רק אליבא דר"ע דיליף דקרובים פסולים מקרא דלא יומתו אבות על בנים. אבל לר' ישמעאל בירושלמי שם דיליף מקרא דושפטו העדה והצילו העדה שלא יהיו הדיינים קרובים להנידונים דאל"כ הוי ב"ד גואלי הדם וה"נ עדים קרובים להנידונים. א"כ קרובי האם מדאורייתא כמו קרובי האב דבסתמא דרשינן שלא יהי' הב"ד גואלי הדם עיי"ש. ודבריו תמוהים בעיני דאדרבה דלפי טעם זה שלא יהי' הדיינים והעדים גואלי הדם בודאי דקרובי האם אינם פסולים מדאורייתא דהא גואל הדם אינו רק בקרובי אב ולא בקרובי האם וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"א מהל' רוצח ה"ב דהראוי ליורשו הוא גואל הדם עיי"ש. והיינו קרובי אב ועיין מזה גם בשו"ת צמח צדק סי' קי"א עיי"ש. ושוב ראיתי בתומים כאן סק"ד שהביא ראי' מדברי הירושלמי הנ"ל דקרובי אם כשרים מדאורייתא דהא גואלי הדם

אינו אלא בקרובי אב ולא בקרובי אם עיי"ש. והוא להיפך מדברי המראה הפנים ודברי המה"פ צ"ע:

(ה) **סעיף יו"ד** זה שפסלה התורה עדות הקרובים כו'. במנ"ח מצוה תקפ"ט הקשה על זה מש"ס סנהדרין דף כ"ח ע"ב דאמרינן שם דאינו מעיד לאשתו ארוסה אף דלאשתו ארוסה אינו מטמא דלא הוי קרוב התם בשארו תלה רחמנא אכתי לאו שארו הוא הכא משום אקרובי דעתי' הוא והא אקרובי דעתי' לגבה עיי"ש בגמרא והקשה הוא דהרי קרובים פסולים מצד גזה"כ ולא משום אקרובי דעתי'. א"כ ארוסה דלא הוי קרוב למה לא יעיד והניח בצע"ג. ולפיענ"ד לק"מ דהא אמרינן שם בגמרא דמטעם דאקרובי דעתי' אינו מעיד לה אפי' לאפוקי מינה והיינו לחובה. וצריך להבין אמאי א"נ לחובה משום אקרובי דעתי' הרי לחובה אין לחוש שמשקר. אך נ"ל דמה דאמרינן שם בגמרא דפסול להעיד לה משום קריבות דעת אין הכוונה דמשום קריבות דעת חיישינן שמשקר רק דמשום קריבות דעת הוי קרוב ופסול מצד גזה"כ בין לזכות ובין לחובה ולא משום דחיישינן שמשקר. והוא דרבינא שם קאמר דלאשתו ארוסה לא הוי קרוב לענין עדות וכדמצינו לענין טומאה דאינו מטמא לה כיון דלא הוי קרוב ולכן לאפוקי מינה נאמן ורק לעיולי לה אינו נאמן משום דהוי נוגע דיגיע לו הנאה מזה לאחר שתנשא לו ודחה הש"ס דלא דמי עדות לטומאה דהתם בטומאה בשארו תלה רחמנא ואכתי לאו שארו היא הכא לענין עדות משום אקרובי דעתי' והא אקרובי דעתי' לגבה. וכוונת הש"ס הוא דנהי דלא הוי קרוב לענין טומאה אבל לענין עדות הוי קרוב דהא חזינן דאף הנך דחשובים קרובים לענין עדות אפ"ה לענין טומאה אינם חשובים קרובים ואסור לטמא להם. וע"כ צריך לחלק דלענין טומאה דתלוי בשארו לכן בעינן קרובים ממש והיינו ראשון בראשון וכדחשיב בקרא שם. ואשתו ארוסה דאכתי לאו שארו היא אסור לטמא לה. אבל לענין עדות דפסלה התורה עדות קרובים אף דאינם קרובים ממש דהיינו אפי' שני בשני וכדומה ע"כ דהוא משום קריבת דעת דדעתו קרובה לגבייהו ולכן אף דהם רחוקים קצת מ"מ כיון דדעתו קרובא לגבייהו חשיב קרוב ופסול להעיד בין לזכות ובין לחובה דגזה"כ הוא וה"נ באשתו ארוסה כיון דדעתו קריבא לגבה פסול להעיד לה בין לזכות ובין לחובה מצד גזה"כ וכמו בשאר קרוב כן נ"ל בביאור כוונת הש"ס. ועיין גם בפלפלא חריפתא על הרא"ש פז"ב ריש סי' כ' ד"ה משום אקרובא דעתא דמבואר שם כדברינו עיי"ש היטיב, וא"כ לק"מ קושית המנ"ח והבן:

(ו) **סעיף יב** אם מתה אשתו כו'. עיין ש"ך שכתב דה"ה נתגרשה וכ"כ הרמב"ם בפהמ"ש בפ' ז"ב. ונסתפקתי באונס שגירש דמחויב להחזירה מהו הדין כל זמן שנא החזירה.

אי נימא דכיון דהוא מחויב להחזירה והב"ד כופין אותו להחזירה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"א מהל' נערה א"כ הוי באילו כבר החזירה וחשיב קרוב וכמ"ש התוס' חגיגה דף ד' דחציו עבד וחציו ב"ח כיון דעומד לכוף את רבו לשחררו כמאן דמשחרר דמי. או דלמא כיין דאם היא אמרה לא בעינא ליתא להעשה דולו תהי' לאשה וכדאמרינן בכתובות דף מ' ואין כופין אותו להחזירה א"כ שוב ל"ש לומר דהוי כאילו החזירה וא"כ חשיב רחוק. אמנם הא בורכא דהא אונס שגירש פסול הוא לעדות אפי' לעלמא כיון שעבר על הלאו דלא יוכל לשלחה כל ימיו והרי זה כמו בכל הלאווין הנל"ע דפסול לעדות היכא דמשכחת מלקות וגם בלאו זה משכחת מלקות בין למ"ד קיימו ולא קיימו בין למ"ד ביטלו ולא ביטלו וכדאיתא בש"ס מכות דף ט"ז. אך אכתי איכא לספוקי באונס היכא שעדיין לא נשאה דאז הוא כשר לעדות לעלמא ובזה איכא לספוקי אי לגבי דידה ולקרובותי' הוא פסול להעיד כיון דאיכא עליו המצוה דולו תהי' לאשה והב"ד כופין אותו שישאנה וכנ"ל וצ"ע כעת:

(ז) **שם ברמ"א** מיהו אם נפסק הדין כו'. עיין ש"ך שכתב דכוונת בעל העיטור הוא דוקא כשהעיד מתחילה כשהי' קרוב ומטעם דעביד אינש לאחזוקי דיבורי'. ועיין בקצה"ח שהקשה דדברי העיטור סותרים אהדדי דבדין זה בקרוב ונתרחק כתב דלא מהני מה שיחזור ויעיד. וגבי עדים שהעידו בפני שאינם בקיאים כתב דיחזרו ויעידו בפני בקיאים. ועיין לעיל סי' כ"ח סק"ז שכתבתי לתרץ עפמ"ש התומים כאן דבקרוב ונתרחק מיירי העיטור היכא שהעדים חשבו שהב"ד יודעים שהם קרובים לכן לא דקדקו בעדותן להעיד האמת ושייך לומר עביד אינש לאחזוקי דיבורי'. אבל כשהב"ד אינם יודעים הרי מדקדקים בעדותן להעיד האמת ולא שייך עביד אינש לאחזוקי דיבורי' כיון דגם דבריהם הראשונים באמת נאמרים עיי"ש בתומים ובזה א"ש דברי העיטור ואין כאן סתירה כלל. די"ל דמ"ש העיטור דעדים שהעידו בפני שאינם בקיאים דיחזרו ויעידו בפני בקיאים מיירי היכא שהעדים לא ידעו שהב"ד אינם בקיאים ודקדקו להעיד האמת ושפיר יוכלו לחזור ולהעיד דל"ש בכה"ג עביד אינש לאחזוקי דיבורי'. ולפי"ז העליתי שם דגם העיטור ס"ל כדעת המהרש"ל ומהריב"ל דעדים שהעידו שלא בפני בע"ד לא מהני מה דיחזרו ויעידו בפניו ומטעם דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' וכמ"ש התומים כאן. וגם הקצה"ח בסי' ל"ג סק"ז רצה שם לומר כן מתחלה עיי"ש בחידושינו. אמנם כעת אנה ד' לידי ספר העיטור ומצאתי ראיתי שם אות ק' שכתב בפירוש וז"ל והיכא דאיתקבל סהדותא שלא בפני בע"ד איכא מ"ד עדותן עדות וגמרינן לדיני'. ומסתברא דאי אתו ומסהדי זימנא אחריתא באפי' ואיתכווין קבילנן לי' וגמרינן לדיני' אי לא לא עכ"ל. הרי בהדיא דס"ל

להעיטור דמהני מה שחוזרין ומעידין אח"כ בפניו. [ומ"ש העיטור תיבת ואיתכווין נ"ל דכוונתו הוא בזה דאם שנו בעדותן בפעם שני' ממה שהגידו בראשונה לא מהני ולא כדעת מהר"מ ארוך שהביא הרמ"א בסי' כ"ח] ונפלאתי מאוד על התומים והקצה"ח איך לא ראו דברי העיטור הללו שכתב בפירוש להיפך מדעת המהרש"ל ומהריב"ל. אך לפי"ז שוב קשיא סתירת דברי העיטור אהדדי דבקרוב ונתרחק פסק דלא מהני מה שיחזור ויעיד דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' והיכא דהעידו לפני שאינם בקיאים פסק דיחזרו ויעידו לפני בקיאים. וכן היכא דהעירו שלא בפני בע"ד פסק דיחזרו ויעידו בפניו ולא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי'. והשתא ל"ש תירוצינו הנ"ל דהרי היכא דהעידו שלא בפני בע"ד ג"כ שייך לומר דלא דקדקו להעיד האמת וכמו שכתבתי לעיל בסי' כ"ח שם. ואפי"ה ס"ל להעיטור דלא אמרינן בזה עביד אינש לאחזוקי דיבורי' אך לפימ"ש הקצה"ח דאין כוונת העיטור בקרוב ונתרחק מטעם דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' רק משום דכבר נפסק הדין וקם דינא א"ש ואין כאן סתירה כלל. מיהו לפמ"ש הש"ך דכוונת העיטור הוא משום דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' קשיא. והן אמת דגם לפי"ד הש"ך לק"מ דהא מבואר בש"ך דמה דבקרוב ונתרחק לא מהני שיחזור ויעיד הוא משום דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' וגם משום דכבר נפסק הדין ותרתי בעינן עיי"ש. וכן הבין הנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' כ"ז כוונת הש"ך עיי"ש. וא"כ אין כאן סתירה כלל כיון דהעידו בפני שאינם בקיאים וגם בהעידו שלא בפני בע"ד מיירי העיטור כשלא נפסק הדין עדיין ולכך שפיר מהני שיחזרו ויעידו. ולפי"ז ליתא נמי להראיות שהביא הקצה"ח בסי' ל' וכאן בסי' זה דלא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי'. אמנם באמת אין בזה שום סברא כלל דהא אם אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי' שוב אין לחלק בין שכבר נפסק הדין אי לא. וכ"כ הנוב"י שם והתומים והשער משפט עיי"ש. איברא ראיתי בנתיבות סק"א שהוא הבין כוונת הש"ך דמטעם עביד אינש לאחזוקי דיבורי' לחוד א"י לחזור ולהעיד ואפי' לא נפסק הדין עדיין. ומתרץ שם מה שהקשה התומים על הרמ"א דסותר עצמו דכאן בקרוב ונתרחק פסק דא"י לחזור ולהעיד דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' ולעיל בסי' כ"ח גבי עדים שהעידו שלא בפני בע"ד פסק דיכולים לחזור ולהעיד ומתרץ הוא וכתב להיפך מסברת התומים שהבאתי בסמוך דבמקום דהגדתן לאו כלום הוא ואין עוברין שום איסור בהגדת שקר ל"ש לומר עביד אינש לאחזוקי דיבורי' ובקרוב ונתרחק מיירי העיטור והרמ"א שהעדים לא ידעו בשעה שהעידו שהם קרובים או שידעו שהב"ד אין יודעין מקורבתן ואין להם התנצלות לומר שישקרו מחמת שאין בעדותן ממש ושפיר אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי' עיי"ש וכן ראיתי להרבה אחרונים שכתבו כן. ולפי"ז ממילא מיושב נמי

סתירת דברי העיטור הנ"ל אך לפי"ז צ"ל דמ"ש העיטור גבי עדים שהעידו לפני שאינם בקיאים דיחזרו ויעידו בפני בקיאים מיירי שהעדים ידעו שהדיינים אינם בקיאים לכן ל"ש לומר עביד אינש לאחזוקי דיבורי' וכמו היכא שהעידו שלא בפני בע"ד. אבל היכא שלא ידעו שהדיינים הם אינם בקיאים הרי אינם יכולים להתנצל ולומר שאמרו שקר מחמת שאין בעדותן ממש וא"כ אינם יכולים לחזור ולהעיד בפני בקיאים מטעם דעביד אינש לאחזוקי דיבורי':

(ח) **סעיף ט"ז ברמ"א** קרובי נרצח כו'. עיין בש"ך ס"ק ט"ז שהאריך להביא ראיות דבממון בעינן עדות שאתה יכול להזימן. ועיין בנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' ע"ב שהביא שם ראי' דלא בעינן בממון עשאי"ל מהא דקיי"ל כר"נ דאמר בסנהדרין דף למ"ד שומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר והרי הוי עשאי"ל דיכול העד הראשון לומר דלא בא רק לחייבו שבועה דלא ידע שיבא עוד ע"א. ואין לומר דזה מדרבנן ומטעם נע"ד דהא בקרא פליגי וא"כ פלוגתייהו בדין תורה וע"כ דמדאורייתא ל"ב עשאי"ל עיי"ש. ולפענ"ד אין זה ראי'. והוא דהנה הנוב"י שם בסי' ע"ד הביא בשם הגאון מוהר"י בכר דוד שהשיג עליו אהא דכתב דהוי עשאי"ל דיכול לומר לחייבו שבועה באתי הלא מה אהני בעדותו הרי ישבע ויפטור וכתב הנוב"י להצדיק את עצמו דעדיין יכול לומר לחייבו שבועה באתי ולפסלו אח"כ לשבועה אם יהי' עוד ע"א שנשבע לשקר או אפי' עם הבע"ד בעצמו כפי המבואר בפוסקים עיי"ש. והנה מ"ש דיכול לומר לחייבו שבועה באתי ולפסלו אח"כ לשבועה אם יהי', עוד ע"א כבר כתבתי לעיל בסי' למ"ד סק"ב דזה ליתא דהא כשהוזם הרי שקר העיד ואיך סבר שיבא עוד ע"א להעיד ג"כ שקר כדבריו וכי מחזקינן כ"ע לשקרא. אך מ"ש דיכול לומר שיצטרף עם הבע"ד בעצמו לפסלו בזה הצדק עמו כיון דחזינן דהבע"ד תבע אותו בשקר עם אותו עד שפיר סבור דיצטרף ג"כ עמו אח"כ לפסלו מיהו כתבתי שם דזה הוא דוקא היכא דהבע"ד טוען ג"כ ברי שחייב לו והרי יודע שנשבע לשקר ושפיר יוכל העד לצרף עם הבע"ד לפסלו אבל היכא דטענו בספק עפ"י עד בזה אין הבע"ד יוכל לצרף עמו לפסלו דהא הבע"ד אינו יודע אם נשבע לשקר ובכה"ג שפיר הוי עשאי"ל דהא אינו יכול לומר לחייבו שבועה באתי ולצרף עם הבע"ד לפסלו עיי"ש בדברינו. וא"כ לפי"ז אזדא ראיית הנוב"י הנ"ל דהא י"ל דהקרא דבא להורות דשומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר אתיא לכה"ג היכא שטענו בספק עפ"י העדים דבכה"ג שפיר הוי עשאי"ל ומהני אפי' מדאורייתא:

(ט) **סעיף יז** העדים שקרובים זה לזה כו'. בגמרא סנהדרין דף כ"ח ע"א בנים לעלמא מנ"ל אמר רמי בר חמא סברא הוא כדתניא אין העדים נעשין זוממין עד שיזומו שניהן ואי

ס"ד בנים לעלמא כשרין נמצא עד זומם נהרג בעדות אחיו. ופרש"י בעדות אחיו דאי לאו דאסהיד האי קרובו בהדי' לא הוי מיקטל נמצא בנים מתים זה על זה עיי"ש. וקשה טובא דלמה הוצרך רמב"ם להביא הברייתא דאין העדים נעשין זוממים כו' הרי אפי' אי הוזם רק אחד נהרג ג"כ שייך הסברא דנהרג בעדות אחיו דאי לאו דאסהיד אחיו בהדי' לא הוי רק ע"א ולא הי' הדין נגמר על פיו לחוד ולא הי' מיקטל אם הוזם והוא פליאה נשגבה מאוד. ומצאתי בס' מנחת אהרן על סנהדרין שעמד בקושיא זו. ומתרץ ע"ד החידוד דהנה יש להקשות מנ"ל לרמב"ח היכא דשני אחים העידו עם אחד מן השוק שיהי' העדות בטילה דל"ש הך סברא שנהרג בעדות אחיו דהא אף אם לא הי' מסהיד אחיו עמו הי' מקבלין עדותו עם האחד מן השוק ואם יוזמו אח"כ אינו נהרג בעדות אחיו. וי"ל דגם בשלשה שייך הך סברא דדלמא אח"כ יעיד אחד מן האחים עם עוד ע"א עדות אחר בד"נ ואח"כ יוזמו השני אחים על העדות הראשון ולהשלישי היינו לאחד מן השוק שהעיד עמם יפסלו בגזלנותא ובעדות השני יוזמו שניהם. וי"ל דרמב"ח ס"ל דע"ז מכאן ולהבא נפסל וא"כ נהרג האח מחמת הזמה מעדות השני והרי נהרג בעדות אחיו דהא אי לא הי' אחיו מסהיד עמו בעדות הראשון הי' הזמה תרי בחד והוי מהני לפסלו למפרע ושוב לא הוי נהרג כלל דמחמת הזמה מעדות הראשון לא הי' נהרג כיון שלא הוזם העד השלישי ומחמת הזמה מעדות השני לא הי' נהרג כיון דלא הי' מהני עדותו דהא הי' נפסל למפרע וזה יתכן דוקא אי בעינן שיזומו כולם משא"כ אי נימא דאפי' אם הוזם אחד מהם נהרג הרי הי' נהרג מחמת הזמה הראשונה אף שלא הי' אחיו מסהיד עמו ואף דלא הי' הזמה על השלישי מש"ה הוצרך להביא הברייתא דאין עדים נעשין זוממין כו' זת"ד עיי"ש. אמנם מלבד דמתרץ בדרך רחוק מאוד בלעדי זה גוף דבריו לא נהירא לי דמה דנהרג מחמת הזמה מעדות השני אין זה חשיב דנהרג בעדות אחיו דזה דמי לאחד שהעיד על אשה אחת שהיא א"א ואח"כ בא אחיו עלי' דנהרג ול"ש בזה לומר דנהרג בעדות אחיו כיון דבשעה שאחיו העיד עלי' שהיא א"א עדיין לא נתחייב הוא מיתה רק אח"כ כשבא עלי' נתחייב מיתה והחיוב מיתה בא עליו מחמת דבא על א"א ולא ע"י אחיו בא עליו החיוב מיתה דהא אילו לא הי' בא עלי' לא הי' נתחייב מיתה אף דאחיו העיד עלי' שהיא א"א וה"נ הכא בשעה שהעיד עם אחיו הרי לא נתחייב מיתה כיון דלא הי' הזמה על השלישי ורק אח"כ שהעיד עדות אחרת עם אחר והוזמו נתחייב מיתה הרי אילו לא הי' מעיד עדות אחרת בשקר לא הי' נהרג אף דאחיו העיד עמו בעדות הראשון וא"כ אין זה חשיב דנהרג בעדות אחיו והוא פשוט וברור. ואף דהנמוק"י פ' חזקת במתני' דג' אחים כו' כתב טעם זה אליבא דרבא דדחה לסברת רמב"ח ואמר דהזמה מעלמא קאתי וכתב

הנמוק"י שם דהטעם דאמר רבא דהזמה מעלמא קאתי הוא משום דהוי כמו שראובן העיד על אשה אחת שהיא א"א ואח"כ בא עלי' הוא או אחיו הרי זה נהרג ונמצא זה מת בעדות] עצמו וע"כ משום דחיובא דהשתא היא מילתא אחריתא עיי"ש. וא"כ לפי"ז לרמב"ח דס"ל דהזמה לאו מילתא אחריתא ע"כ דהוא סובר דזה לא דמי לאחד שהעיד על אשה אחת שהיא א"א ואח"כ בא אחיו עלי' דנהרג. וא"כ גם גוונא דצייר המנ"א הנ"ל לכאורה לרמב"ח אין לדמות זאת לאחד שהעיד על אשה אחת שהיא א"א ואח"כ בא אחיו עלי' דנהרג. אולם ז"א דדוקא היכא דנהרג מחמת הזמה מאותו עדות שהעיד עם אחיו בזה שפיר ס"ל לרמב"ח דלא הוי הזמה מילתא אחריתא דבזה שפיר עדיין יש סברא לומר דלא דמי ממש לאחד שהעיד שהיא א"א ואח"כ בא אחיו עלי' דנהרג. אבל בגוונא שצייר המנ"א הרי נהרג מחמת הזמה מעדות אחרת שהעיד עם איש אחר בזה גם רמב"ח מודה דמה דנהרג מחמת הזמה מעדות אחרת הוי מילתא אחריתא ולא חשיב כנהרג בעדות אחיו דכה"ג דמי ממש לאחד שהעיד שהיא א"א ואח"כ בא אחיו עלי' דנהרג וז"ב ופשוט. ושוב מצאתי בשו"ת ברית אברהם חחו"מ סי' ד' שהביא שם תירוץ המנ"א הנ"ל וגם הוא דחה דבריו ומטעם אחר עיי"ש. וגם הוא כתב שם ב' תירוצים לקושיא זו אולם גם דבריו לא ישרו בעיני כי דבריו הם דחוקים מאוד כאשר יראה הרואה עיי"ש:

ולפע"ד נראה ליישב על נכון. והוא דהנה בשני אחים שהעידו עם אחד מן השוק לכאורה ל"ש סברת רמב"ח וכמ"ש המנ"א הנ"ל. ומש"ה הוצרך להביא הברייתא דאין עדים נעשין זוממין עד שיזומו שניהם דלפי"ז שייך הסברא גם היכא שהעידו האחים עם אחד מן השוק. והוא דהנה במתני' מכות פ"ק תנינן ר"ש אומר מה שנים אינן נהרגין עד שיהיו שניהם זוממים אף שלשה אינן נהרגין עד שיהיו שלשתן זוממין ומנין אפילו מאה ת"ל עדים ר"ע אומר לא בא השלישי להקל עליו אלא להחמיר עליו כו'. וכתב הנמוק"י שם בשם ריב"א שמפרש דר"ע חולק על ר"ש וס"ל דאם הוזמו שניהם נהרגין אעפ"י שלא הוזם השלישי עיי"ש. וכ"כ הריטב"א שם. והנה היכא דהוזם רק אחד מהם גם ר"ע מודה דאינו נהרג כיון דבעינן שיהי' הזמה עכ"פ בשנים וכמבואר במתני' שם דתני מה שנים אינן נהרגין עד שיהיו שניהם זוממין ומשמע דזה כ"ע מודים והוא מטעם דכתיב והנה עד שקר העד ואמר מר כל מקום שנאמר עד הרי כאן שנים עד שיפרוט לך הכתוב אחד וכמ"ש רש"י שם ד"ה שהרי אמרו חכמים עיי"ש. וי"ל דרמב"ח ס"ל כר"ע וא"כ שפיר שייך הסברא גם בשני אחים שהעידו עם אחד מן השוק והיינו דדלמא לא יוזמו רק האחים והשלישי לא יוזם כלל ויהיו האחים נהרגין אף שלא הוזם השלישי. וא"כ שפיר נהרג בעדות אחיו דהא אי לאו דאסהיד אחיו בהדייהו לא הוי מיקטל כיון דלא

הי' מוזם רק הוא לחוד דהא איש נכרי לא הוזם כלל והיכא שהוזם רק אחד גם ר"ע מודה דאינו נהרג וכמ"ש בסמוך וא"כ שפיר צריך להביא הברייתא דאין עדים נעשין זוממין עד שיוזמו שניהם דלפי"ז שפיר שייך הסברא גם בשני אחים שהעידו עם אחד מן השוק וכנ"ל. אבל לולא הברייתא והו"א דאם הוזם רק אחד מהם ג"כ נהרג א"כ שוב ל"ש הסברא בשני אחים שהעידו עם אחד מן השוק דהרי בכה"ג לא מיקטל בעדות אחיו דהא אף שלא הי' אחיו מסהיד עמו היו מקבלין עדותו עם האחד מן השוק וכשהוזם הוא לבדו ג"כ הי' נהרג והבן. אך לכאורה אכתי לא יתכן זאת. לפימ"ש רש"י מכות שם ובסנהדרין דף מ"א ע"ב והרמב"ם בפהמ"ש שם דר"ע אינו חולק על ר"ש וס"ל ג"כ דבעינן שיזומו כולם ואפי' הן מאה עיי"ש, א"כ שוב א"א לפרש כנ"ל דסברת רמב"ח הוא גם בשני אחים שהעידו עם אחד מן השוק והוזמו האחים והשלישי לא הוזם דהרי אם השלישי לא הוזם גם האחים אינן נהרגין ואי דהוזם גם השלישי שוב ל"ש הסברא דרמב"ח דהא כיון דגם השלישי הוזם שוב לא נהרג בעדות אחיו דהא אף אם לא הי' אחיו מעיד עמו ג"כ הי' נהרג כיון דגם האחד מן השוק הוזם. אמנם י"ל דרמב"ח סובר דהברייתא דנקטה דאין עדים נעשין זוממין עד שיוזמו שניהם ולא נקטה עד שיזומו כולם ס"ל דהיכא דהי' שלשה עדים או יותר והוזמו שנים מהן נהרגין אף דלא הוזמו כולם והברייתא חולק על ר"ש ור"ע וא"ש. ולפי"ז א"ש נמי מה שיש לדקדק דאמאי הביא רמב"ח הברייתא מדוע לא הביא המתני' דמכות דאין עדים נעשין זוממים עד שיזומו כולם ולדרכינו ניחא שפיר:

אמנם לפי דרכינו אכתי קשה להרי"ף והרא"ש פז"ב שהביאו דברי הירושלמי דקאמר טעמא דקרובים פסולים לעלמא משום הזמה דנמצא עד זומם נהרג בעדות אחיו וכסברת רמב"ח עיי"ש ולדידהו קשה מנ"ל דשני אחים שהעידו עם אחד מן השוק דהעדות בטלה הלא אליבא דהלכתא דקיי"ל דאין עדים נעשין זוממין עד שיזומו כולם ואפי' הן מאה. א"כ ל"ש הסברא כדרך שכתבתי בשני אחים שהעידו עם אחד מן השוק וכמ"ש בסמוך. אולם בלא"ה תמה עליהם הר"ן סוף פ"ב דכתובות דהרי בגמרא דידן בסנהדרין שם דחה רבא טעמא דרמב"ח ומסיק דקרובים פסולים לעלמא מצד גזה"כ ואמאי שבקו גמרא דילן ונקטו טעמא דהירושלמי שנדחה להדיא בגמרא דידן. ותירץ שלא כתבו דברי הירושלמי מפני הטעם הנ"ל אלא ללמוד ממנו עיקר הדין דעדים קרובים לדיינים פסולים עיי"ש. וא"כ לק"מ קושיתינו כיון דבאמת הרי"ף והרא"ש ס"ל ג"כ דמה דקרובים פסולים לעלמא הוא מצד גזה"כ וכדמסיק בגמרא דידן:

(י) **סעיף יח** אם הקהל מינו עדים כו' כשרים להעיד אפי' לקרובים. עיין בתשב"ץ ח"ד בטור הראשון סי' ט"ו שכתב דזה הוא דוקא במילי דממונא אבל בדבר שבערוה בגיטין

וקידושין לא מהני תקנה ובעינן דוקא שני עדים כשרים עיי"ש. וכ"כ התה"ד סי' רכ"ז והביאו הב"ש באע"ז סי' קס"ט סק"ב לענין דיינים בחליצה דאף דבד"מ מהני אם קיבל עליו קא"פ אבל בחליצה לא מהני כיון דהוא מילתא דאיסורא עיי"ש:

(**יא**) **שם ברמ"א** וכן דיינים הממונים בעיר לא ידונו לקרוביהם. עיין בהגהות דרישה ופרישה לעיל סי' כ"ב שכתב דאם התנו הקהל בפירוש שידונו אפי' לקרובים מהני ויכולים לדון לקרובים וכמו בעדים דמהני תנאי הקהל להעיד לקרובים עיי"ש. אמנם ראיתי בתשובת הגאונים סי' ז' שכ' שם וז"ל ואפי' התנו הקהל לדון לקרובים כרחוקים לא יוכל למכפיי' בעבור תנאי זה של הקהל שיקבל עליו דיין זה עכ"ל וזה הוא דלא כדעת הדו"פ דהא כוונת הדו"פ הוא דמהני תנאי הקהל היינו שיכולו לדון לקרובים בכפיי' דאי בלא כפיי' רק מרצונם הטוב הרי א"צ לתנאי הקהל דהא הם מקבלים עליהם בעצמם וצ"ע בזה לדינא:

סימן לד

(**א**) **סעיף א** ואפי' עד כשר שיודע בחבירו שהוא רשע כו'. בתומים סי' פ"ז ס"ק כ"ז כתב דאין אדם נעשה רשע וחשוד כ"א בב' עדים שראו שעבר עבירה והעידו עליו בב"ד וכל כמה דליכא עדים אפי אמת שעבר עבירה מ"מ לא נפסל והביא ראי' לזה מהא דפלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להרגו ואף שהעד השני מעיד שנרבע לרצונו והוא רשע והביא גם בשם התוס' פ"ק דמכות שכתבו כן בהדיא דאותו אחר אמר ג"כ דנרבע לרצונו ומ"מ לא נפסל כיון דאין כאן רק חד עיי"ש. ולפי"ז צ"ל מה דאיתא כאן בש"ע דעד כשר שיודע בחבירו שהוא רשע ואין הדיינים מכירים רשעו אסור להעיד עמו היינו דוקא היכא שיודע שחבירו נעשה רשע בעדים ובב"ד אחר רק אלו הדיינים אינם יודעים רשעו אבל אם לא נעשה רשע בעדים ובב"ד מחויב להעיד עמו אעפ"י שהוא יודע שעבר עבירה כיון דע"י מה שהוא לבדו ראה לא נפסל. וכן ראיתי בשו"ת ח"ס חיו"ד סי' י"א שכתב כדברינו והוא הביא ראי' אחרת לזה עיי"ש:

(**ב**) **סעיף ב** איזה רשע כל שעבר עבירה. בשו"ת הלכות קטנות ח"ב סי' פ"ב כתב שם וז"ל עדים שראו עובר עבירה בתוך מה שנצטייר במראה של זכוכית לבנה והכירו הכל בפירוש מהו. תשובה קצת יש לברר זה מההוא דקידוש החודש מקצתה ברקיע ומקצתה במים עכ"ל. וכוונתו להההוא דת"ר בר"ה דף כ"ד ע"א חציו במים חציו ברקיע אין מעידין עליו. והכ"נ הכא לא הוי עדות. ודבריו צ"ע טובא. חדא מדוע הביא ראי' מהא דחציו במים וחציו ברקיע. אמאי לא הביא מהא דתני שם ברישא ראינהו במים כו'. והיינו

שראו כולו במים אין מעידין עליו וזהו כמו נידון דידי' דראו כל המעשה בתוך מראה הזכוכית. ואידך מדוע לא הביא מהא דתני שם ראינהו בעששית אין מעידין עליו וזה דמי ממש לעובדא דידי' כי ראינהו בעששית היינו שראו דמות של הלבנה שנצטייר בעששית וכמו בראינהו במים וכ"כ המפרש בהרמב"ם פ"ב מהל' קידוש החודש עיי"ש. והנה מה שלא הביא ראי' מעששית זה לא קשיא כ"כ כיון דלעיקרא דמילתא אין חילוק בין עששית למים כיון דגם במים נצטייר המראה כמו בעששית אבל זאת קשיא אמאי הביא רק ההוא דחציו במים וחציו ברקיע מדוע לא הביא ההוא דכולו במים. אמנם י"ל דמההוא דראו כולו במים לא הוי ראי' כ"כ לעובדא דידי' דלא מהני העדות. די"ל דמה דאם ראו כל הלבנה במים אין מעידין טעמא הוא משום דאימור דמות כוביתא דעיבא בעלמא הוא דחזי וכדאמרינן שם בגמרא גבי היכא שראו ולא נתכוונו לראות כדי להעיד דאין מעידין דאימור כוביתא דעיבא בעלמא הוא דחזי ופרש"י כוביתא דעיבא עיגול של עב לבן עיי"ש. וה"נ כשראו כולו במים י"ל דטעמא דאין מעידין דאימור דמות כוביתא דעיבא בעלמא הוא דחזי. משא"כ בעובדא דידי' דראו בתוך מראה הזכוכית כל המעשה בפירוש י"ל דהוי כאילו הביטו ממש על האדם גופי' שעשה המעשה ומהני העדות. ולכך הביא מההוא דחציו במים וחציו ברקיע דבזה ל"ש לומר דטעמא דאין מעידין הוא משום דדמות כוביתא דעיבא הוא דחזי במים דהא כיון דראו גוף הלבנה ממש חציו ברקיע בודאי גם החציו השני שראו במים הי' מן הלבנה ולא מן כוביתא דעיבא ואפ"ה אין מעידין וע"כ דטעמא הוא משום דזה לא חשוב ראי' וא"כ ה"נ בעובדא דידי' לא הוי זה ראי' ולא מהני העדות. כן נ"ל בביאור כוונתו. איברא ראיתי להמפרש הרמב"ם בה' קה"ח שם שכתב טעמא דלא מהני העדות כשראו חציו במים וחציו ברקיע או חציו בעששית וחציו ברקיע משום שכוביתא דעיבא הוא שהרי א"א שיראה בלילה הראשונה על זה הדרך עיי"ש. הרי שכתב גם בחציו במים וחציו ברקיע דמש"ה אין מעידין משום דאימור דכוביתא דעיבא הוא דחזי. וא"כ אין ללמוד כלל מהתם לעדים שראו עובר עבירה שנצטייר בתוך מראה הזכוכית דהא בזה ראו המעשה בבירור גמור: **אך** באמת לפענ"ד נראה דאפי' אי נימא דאפשר לראות הלבנה בלילה הראשונה על זה הדרך אפ"ה שפיר לא מהני עדות כזה לענין קידוש החודש כיון דמצוה לקדש עפ"י ראי' וכדאמרינן בר"ה דף כ' וזה אינו חשיב ראי'. ויש להביא ראי' דזה אינו חשיב ראי' מהא דאיתא בש"ס ברכות דף כ"ה ע"ב צואה בעששית מותר לקרות ק"ש כנגדה דצואה בכיסוי תליא מילתא הא מיכסיא ערוה בעששית אסור לקרות ק"ש כנגדה ולא יראה בך ערות דבר אמר רחמנא והא קא מתחזי עיי"ש וכן קיי"ל בש"ע או"ח סי' ע"ה. ומלשון

הש"ס ויותר מלשון הש"ע שם משמע דדוקא אם הערוה היא תחת העששית והוא רואה גוף הערוה דרך דופן העששית בזה אסור לקרות ק"ש כנגדה אבל אם אינו רואה הערוה גופה מתוך העששית רק דמות הערוה רואה שנצטייר בעששית מותר לקרות ק"ש כנגדה וע"כ דכה"ג לא חשיב ראי' וכן מבואר בהדיא בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קכ"ו עיי"ש וא"כ כיון דזה אינו חשיב ראי' לכן שפיר לא מהני עדות כזה לענין קידוש החודש, ואף דמחמת זה שראו העדים את הלבנה במים או בעששית הרי עכ"פ הוי כידיעה ברורה שהיתה הלבנה נראית אז מ"מ אין מקדשין את החודש דהא הב"ד בעצמם ג"כ יודעים עפ"י החשבון אם נראית הלבנה אי לא ואפ"ה אין מקדשין את החודש עד שיעידו ג"כ העדים שראו את הלבנה ואם העדים אמרו שראו את הלבנה והב"ד יודעים עפ"י חשבון שלא היתה הלבנה נראית אמרינן שהם עדי שקר וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"א מהל' קה"ח ה"ו. וא"כ מה דהעדים ראו דמות הלבנה במים או בעששית דאין זה חשיב ראי נהי דהוי ידיעה עכ"פ אבל האוזה לא עדיף מהידיעה שהב"ד יודעים עפ"י חשבון שהיתה הלבנה נראית ואפ"ה אין מקדשין עפ"י ידיעתם. והנה לפי"ז דכה"ג לא חשיב ראי' רק דהוי כידיעה בלא ראי' א"כ לא מהני עדות כזה בד"נ דבד"נ לא מהני ידיעה בלא ראי' וכמבואר בש"ס סנהדרין דף ל"ז ע"ב וכ"כ הפוסקים. מיהו אכתי צ"ע בזה דהא מה דמבואר בש"ס סנהדרין שם דלא מהני בד"כ ידיעה בלא ראי' היינו כמו אומדנא דר"ש בן שטח שראה אחד שרץ אחר חבירו לחורבה ונמצא הרוג מפרפר ודם מטפטף וחרב בידו עיי"ש אבל יש אומדנא דעדיף טפי מאומדנא דר"ש בן שטח ומהני גם בד"נ והיינו דעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח וכמ"ש התוס' בשבועות דף ל"ד ע"א ד"ה דאי אית לי' עיי"ש ועיין גם בשו"ת צ"צ סי' ע"ט וא"כ י"ל דעדים שראו עובר עבירה שנצטייר בתוך מראה של זכוכית עדיף מאומדנא דר"ש בן שטח והוי כמו אומדנא דעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח דנהרג וצ"ע. אולם זאת נראה פשוט לפענ"ד דלענין לפסול לעדות בודאי מהני אם ראו העדים עובר עבירה שנצטייר בתוך מראה של זכוכית דלענין לפסול לעדות בודאי מהני ידיעה בלא ראי' דלפסול לעדות לא דמי לד"נ דהא מהני עדמ"י לפסול אדם לעדות וכמ"ש הרמ"א בסי' זה סעיף כ"ח. והלק"ט שם בודאי לא מיירי רק לענין מיתה או מלקות אם ממיתין או מלקין ע"י עדות כזה. ושוב ראיתי בפתחי תשובה סי' ל"ה שכתב שהברכי יוסף בסי' ל"ה הביא דברי הלק"ט הנ"ל. ולאשר שבס' בר"י אשר בידי חסר ב' דפים [והוא דף ע' וע"א דפוס וויען] ובתוכם הוא גם סי' ל"ה לזאת אין ביכולתי לעיין מ"ש בזה:

(ג) **שם באותו סעיף** שחייבין עלי' מלקות, בב"י באע"ז סי' מ"ב מביא בשם מ"כ דאם עבר בלאו שאין בו מלקות מחמת התראת ספק לא מיפסל לעדות. ומשמע שם דגם להרמב"ם לא מיפסל עיי"ש. וצ"ע דהלא הרמב"ם פוסק כר' יוחנן דה"ס שמה התראה. וראיתי בתומים סק"א שהעיר בזה וכתב דמיירי בדבר שאין לאו מפורש בתורה דבזה ס"ל להרמב"ם דה"ס לא שמה התראה עיי"ש ולא הבינותי דברי התומים בזה דהרי מ"ש המ"כ דלא נפסל משום דהוי התראת ספק וליכא מלקות כתב זאת היכא דנשבע לפרוע ולא פרע דהוי ה"ס דיכול לומר יש לי שהות לקיים שבועתי עיי"ש. והא שבועה הוי לאו המפורש בתורה ועיין בלח"מ פ"ד מהל' שבועות הי"ז ובפ"ה שם הי"ב עיי"ש. אך י"ל דדעת התומים הוא לפרש כוונת הרמב"ם במ"ש דאין לוקין בה"ס אלא בלאו המפורש בתורה כמו שמפרש הנוב"י מהדו"ת חאע"ז סי' ע"ז דדוקא היכא שאזהרת הלאו לא משכחת רק בספק וכגון לאו הניתק לעשה דתמיד ספק הוא בשעה שעובר על הלאו שמא יקיים העשה שבו ולא יהא עובר על הלאו נמצא דהוי מפורש בתורה שאזהרה זו על הספק הזהירה ובזה פסק הרמב"ם דשמה התראה משא"כ היכא שאזהרת הלאו משכחת על הודאי. בזה היכא דהוי ה"ס לא שמה התראה עיי"ש. וא"כ בשבועת שקר הרי משכחת הלאו על הודאי כגון שנשבע אכלתי או לא אכלתי לכך שפיר היכא דהוי ה"ס כגון שנשבע לפרוע ולא פרע ס"ל להרמב"ם דלא שמה התראה. אמנם באמת דברי הנוב"י תמוהים בזה דהא כתב הרמב"ם פ"ד מהל' שבועות הי"ז בשתי ככרות אחת של איסור ואחת של תנאי דאם אכל שתיהן במזיד חייב. והוא מטעם דהתראת ספק שמה התראה כדאיתא בשבועות דף כ"ח עיי"ש. הרי בהדיא דהרמב"ם ס"ל גם בשבועה דה"ס שמה התראה אף דהלאו משכחת על הודאי. ושוב מצאתי וראיתי בשו"ת מקום שמואל סי' ס"ז שגם הוא כתב כדברי הנוב"י הנ"ל לפרש הא שכתב הרמב"ם דאין לוקין בה"ס כ"א בלאו המפורש בתורה. והוא ז"ל נשמר שם ממה שפסק הרמב"ם גבי שתי ככרות דחייב וכתב לתרץ דחייב האמור בהרמב"ם ובש"ס דשבועות שם אינו אלא לענין קרבן שבועה ולא לענין מלקות ולענין קרבן שפיר ה"ס שמה התראה אפי' במקום שאין הספק מפורש בתורה עיי"ש. ולא ידעתי איך נעלם ממנו דברי הראב"ד שם במקומו שכתב וז"ל שתיהן במזיד חייב א"א הרב הגי' חייב מלקות עכ"ל. ונראה דהראב"ד לא בא בזה להשיג על הרמב"ם רק דהוא מגי' כך בהרמב"ם דצ"ל דחייב מלקות. ועיין גם בהריטב"א שבועות שם ד"ה אמר רבא שכתב שם דכוונת הש"ס הוא גם לענין מלקות עיי"ש. וכ"כ הרמב"ן והרשב"א שם עיי"ש. ועיין גם בהרדב"ז חלק חמישי בלשונות הרמב"ם סי' אלף תקל"ט שמפרש כן בהדיא דכוונת הרמב"ם הוא לענין מלקות. וכ"כ הכ"מ שם במקומו.

ומהתימה איך נעלם ממנו כל דברי הראשונים האלו. ועוד יש סתירה לדברי הנוב"י והמקום שמואל הנ"ל מש"ס זבחים דף ע"ח ע"א דאיתא שם אמר ר"ל פיגול ונותר וטמא שבללן זה בזה ואכלן פטור א"א שלא ירבה מין אחד על חבירו ויבטלנו ואמרינן ש"מ תלת. ש"מ איסורין מבטלין זה את זה כו' וש"מ התראת ספק לא שמה התראה. ולפי דברי הנוב"י והמקום שמואל הנ"ל קשה איך נשמע מזה דר"ל פליג על ר"י וס"ל דה"ס לא שמה:

התראה הא התם שאני דבכל הנך בפיגול ונותר וטמא הזהירה התורה על הודאי ובכה"ג היכא שהוא ספק גם ר"י מודה דלא שמה התראה דר"י לא קאמר דה"ס שמה התראה רק היכא שהזהירה התורה על הספק וכגון בלאו הנל"ע:

ושוב האיר ד' את עיני ומצאתי סברת הנוב"י והמקום שמואל הנ"ל בירושלמי יבמות סוף פרק י"א ודחה הירושלמי סברא זו כעין הדחי' שאנכי דחיתי מש"ס זבחים הנ"ל. דאיתא שם וז"ל הכה שניהם כאחת קילל שניהם כאחת חייב. ר' יודה פוטר ר' יוחנן בעי מחלפה שיטתי' דר' יודה דתנן תמן אכל מזה כזית ומזה כזית סופג שמונים. ר' יודא אומר אינו סופג אלא ארבעים. א"ר קרוספי אינה מחולפת תמן לאוין ספק הי' ברם הכא ודאי הי' ונסתפק לו ר' יודה בעי מעתה נבילה שביטלה בטרפה [בירושלמי איתא נבילה שביטלה בשחוטה. אך הבעל ק"ע בשירי קרבן שם גורס כמ"ש וגרסתו נכונה היא]. מאחר שודאי הי' ונסתפק לו אכל ממנה יהא פטור. אמר ר' יוסי מודה ר' יודה בשאר כל הספיקות שהוא חייב ברם הכא קרא דרש ר' יודה אביו ודאי ולא הספק אמו ודאי ולא הספק עכ"ל הירושלמי. ופירוש דברי הירושלמי הוא כך דת"ק ור' יודה פליגי בספק בן ט' לראשון ובן ז' לאחרון ת"ק סובר הכה או קילל שניהם כאחת חייב ור"י סובר דפטור וסבר ר' יוחנן דטעמא דר' יודא דפוטר הוא משום דאינו ניכר מי הוא אביו הוי התראת ספק ולא שמה התראה והי' קשה לי' מגיד הנשה דס"ל לר' יודה דחייב ואף דאין האיסור ניכר לכן רצה להחליף כתב שם כן דאפי' להר"ח דס"ל דבשבועה דלהבא נפסל מ"מ בנשבע לפרוע ולא פרע לא נפסל כיון דל"ש מלקות דה"ס הוא עיי"ש. והרי הר"ת ס"ל דבשבועה דלהבא נפסל בין כשעובר בקו"ע ובין כשעובר בשוא"ת וכמבואר בריב"ש סי' שי"א עיי"ש. וצריך להבין דעת הר"ת דאמאי נפסל בשבועה דלהבא אפי' היכא דעבר בשוא"ת הרי בכה"ג אף אם התרו בו ל"ש מלקות כיון דאינו עושה מעשה והא אינו נפסל רק בעבירה שיש בה מלקות. וצ"ל דהר"ת ס"ל דאם יש במציאות בלאו זה מלקות כשעובר בקו"ע שוב חשיב לאו שיש בו מלקות ונפסל אף היכא דעובר בשוא"ת דל"ש מלקות וכ"כ הכנה"ג בהגהות ב"י אות כ"ו לדעת הרמב"ם עיי"ש. וא"כ בנשבע לפרוע

נהי דהוי התראת ספק ואין במציאות כלל מלקות אבל הא אכתי שייך מלקות בלאו זה היכא דלא הוי ה"ס והא בכה"ג ס"ל לר"ת דנפסל אף דהשתא הוא התראת ספק ול"ש מלקות וצ"ע. ולפי"ז א"ש מה שיש לתמוה לכאורה על הריב"ש סי' תקט"ו והובא בב"י מחודש ה' שכתב שם דמי שנשבע לפרוע החוב בזמן פלוני ולא פרע אפי' לדעת האומר דהוי חשוד משום שבועת ביטוי דלהבא מ"מ בזה לא הוי חשוד דשמא לא הוי בידו מעות בזמן הפרעון אא"כ אתו סהדי דההוא שעתא הוי זוזא ברשותי' עיי"ש. ולכאורה צ"ע דאמאי דאי אתו סהדי דההוא שעתא הוי זוזא ברשותי' מיפסל הא הוי התראת ספק וכמ"ש המ"כ. אמנם לפי הנ"ל א"ש דהא הריב"ש כתב שם זאת אליבא דהר"ת. ולדעת הר"ת א"א להכשירו בזה מטעם ה"ס כיון דמשכחת בלאו זה מלקות היכא דלא הוי ה"ס וחשיב לאו שיש בו מלקות ונפסל אף דעובר בגוונא דל"ש מלקות וא"ש. עיין בנתיבות סק"א שכתב דאם ביטל מ"ע בשוא"ת אינו נפסל לעדות עיי"ש וכן ראיתי להרדב"ז חלק חמישי בלשונות הרמב"ם סי' אלף תקצ"ג שכתב כן:

(ד) **סעיף ה** אבל בשבועה דלהבא כו'. הריב"ש בסי' שי"א הכריע דבשבועה דלהבא אם עבר בקו"ע נפסל ואם עבר בשוא"ת לא נפסל. והש"ך הביא בשם המ"ב סי' נ"א שכתב דהלכה כהריב"ש דבכ"מ הלכה כהמכריע. ועיין בתומים סק"ג שתמה הא הריב"ש קאמר דלפי שאין בו מעשה לא נפסל כלל ואפי' מדרבנן והרי הרמ"א כתב בסעיף ב' דבעבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן אך הריב"ש אפשר דלא ס"ל כהרמ"א אבל לדידן דקיי"ל כהרמ"א א"כ גם בזו עכ"פ מדרבנן נפסל עיי"ש. ולפע"ד נראה ליישב דהנה מה דפליגי הפוסקים בעובר על שבועה דלהבא אי נפסל הרי פלוגתתם הוא לענין פסול דאורייתא. והנך דס"ל דנפסל היינו שנפסל מדאורייתא. והנה המחבר כאן כותב מתחלה דעת הסוברים דנפסל ואח"כ כותב דעת הסוברים דלא נפסל בלשון וי"א. א"כ דעת המחבר הוא לפסוק כדיעה הראשונה דנפסל מדאורייתא וכמ"ש הש"ך בכמה דוכתי' ושאר פוסקים דהיכא שכותב בש"ע דיעה אחת בסתם ודיעה שני' בלשון י"א דעתו לפסוק כאותה דיעה שכתב בסתם. ועיין מזה בס' יד מלאכי בכללי הש"ע אות י"ז. ולזה כתב הש"ך דהלכה כהריב"ש שהוא מכריע דהיכא דעובר על שבועה דלהבא בשוא"ת לא נפסל. ובאמת לדידן דקיי"ל דאפי' בעבירה שאין בה מלקות פסול עכ"פ מדרבנן א"כ גם בזו נפסל מדרבנן רק דעכ"פ בזה הלכה כהריב"ש דלא נפסל מה"ת. וכמה נפקותא איכא בין פסול דאורייתא ובין פסול דרבנן. ואף דבתשובת מ"ב שם משמע דדעתו הוא דהלכה כדברי הריב"ש ואפי' מדרבנן לא נפסל י"ל דלא כתב כן רק לסניף בעלמא כי בעובדא דידי' יש עוד צדדים לומר דלא נפסל כלל עיי"ש. ולפי"ז צ"ל דהש"ך ס"ל דמ"ש

הרמ"א דבעבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן והוא מרבינו ירוחם והובא בב"י סעיף ד' היינו אפי' אם משכחת בלאו זה מלקות אפי"ה כשעובר בגוונא דל"ש מלקות אינו פסול רק מדרבנן ולא כדעת הכנה"ג שהבאתי לעיל בסק"ג שכתב דדעת הרמב"ם הוא דבכה"ג נפסל מדאורייתא. דאלת"ה שוב תקשה איך כתב הש"ך דהלכה כהריב"ש הרי אכתי לדידן נפסל מדאורייתא אף דעבר בלי מעשה כיון דעכ"פ משכחת בלאו זה מלקות כשעובר בקו"ע. אע"כ צ"ל דהש"ך ס"ל כמו שכתבתי. אמנם ראיתי בהגהות מהרל"ח בסי' זה אות ב' שהביא בשם ד"מ הארוך שכתב בהדיא דאם משכחת בהלאו מלקות אף דעובר בגוונא דליכא מלקות מ"מ חייב מלקות מיקרי וחולק על הריב"ש במ"ש דבשבועת ביטוי היכא דעובר בלי מעשה לא נפסל עיי"ש ומשמע דס"ל להד"מ דנפסל מדאורייתא. ואפשר לומר דהש"ך ס"ל דכיון דהד"מ לא כתב זאת בספר המפה בודאי דלא ס"ל כן להלכה רק דלהלכה ס"ל דאפי' אי משכחת בהלאו מלקות כשעובר בקו"ע מ"מ כש כשעובר בשוא"ת דל"ש מלקות אינו נפסל רק מדרבנן וצ"ע עוד בזה לדינא:

(ה) **שם ברמ"א** אינו נאמן לומר שוגג. עיין ש"ך סק"ז שכתב דזה קאי לסברא ראשונה ועיין בנתיבות ובהגהות אמרי ברוך שכתבו דכוונת הש"ך הוא דהרמ"א מיירי בשבועה דלהבא. ונפלאתי מאוד הלא דינא דהרמ"א כובע מתשובת הרשב"א והובא בב"י מחודש ז' והא דעת הרשב"א הוא כדעת רש"י דבשבועה דלהבא לא נפסל כלל וכמ"ש הב"י מחודש ה' והוא דעה האחרונה שבסעיף זה. וא"כ הרשב"א דקאמר דמי שעבר על שבועה אינו יכול להכשיר עצמו בטענת שוגג ע"כ צ"ל דמיירי בשבועה לשעבר דאי בשבועה דלהבא הרי בלא"ה לא נפסל כלל לדעת הרשב"א. וא"כ ע"כ גם הרמ"א מיירי בשבועה דלשעבר דנפסל אליבא דכ"ע. וע"ז כתב הרמ"א דאינו נאמן לומר שוגג או אונס הייתי וקאי בין לדעה הראשונה ובין לדעה האחרונה כיון דבשבועה דלשעבר כ"ע מודים דנפסל. אמנם עיינתי בגוף תשובת הרשב"א והוא בסי' תר"ע וראיתי דהוא כתב שם כן לענין שבועה דלהבא דבעובדא דידי' שם הי' שעבר על שבועה דלהבא וטען ששוגג הי' ששכח זמן השבועה והשיב הרשב"א דאין להוציאו מדין חשוד מחמת טענת שוגג דאינו נאמן לטעון שוגג הייתי אלא דלא נעשה חשוד משום דבשבועה דלהבא לא נפסל כלל עיי"ש. וא"כ א"ש דברי הש"ך. אך אכתי צריך להבין נהי דהרשב"א שם כ"כ לענין שבועה דלהבא כיון דעובדא דידי' מיירי בשבועה דלהבא אבל הרמ"א מדוע לא נימא דכוונתו הוא גם בשבועה דלשעבר ועיין בנתיבות שמתרץ זאת. אמנם גוף דברי הרשב"א שם צ"ע שכתב שם טעמא דאינו נאמן לטעון שכחתי דא"כ אין לך חשוד אפי' בשבועת העדות דיכול הוא לטעון שכחתי וזכור הייתי שכן הי' וכדאמרינן בפ' אלו

נערות עדים זוממים ממונא משלם מלקי לא לקי משום דלאו בני התראה נינהו אמר רבא תדע כי ניתרו בהו מעיקרא אמרו אישתלין עכ"ל. וצ"ע דהביא ראי' לסתור דהא מהתם מוכח דיכול לטעון שכחתי וכבר עמד בזה הקצה"ח בסי' כ"ח סק"ח. וכתב לתרץ דכוונת הרשב"א הוא להוכיח משם דדוקא לגבי התראה אמרינן דיכול לומר אישתלי. אבל בשאר דוכתי' לא תלינן בשכחה דא"כ עדים זוממים דלא מתרינן בהו אמאי משלמין או לוקין הרי יוכל להיות שהיו שוגגין שלא ידעו שיש איסור בדבר אע"כ דדוקא לגבי התראה יכול לומר אישתלי דחידוש הוא דצריך הבחנה גמורה בין שוגג למזיד. משא"כ בשאר דוכתי' א"י לומר אישתלי זת"ד עיי"ש. וכן נראה ג"כ מדברי העיר שושן כאן שהבין כך כוונת הרשב"א שהביא תורף ראיית הרשב"א הנ"ל בזה הלשון וכן עדים זוממים למה חייבה התורה לשלם הם יאמרו סבורים היינו שכן הי' ושוגגים היינו אלא ש"מ לא מהימן להכשיר עצמו עכ"ל. אכן אכתי צ"ע דהלא גם בעדים זוממים מודיעין להם האיסור דהא מאיימין עליהם ומודיעים להם העונש של המעיד. עדות שקר וכדאיתא במתני' ובגמרא פז"ב. ועיין גם בהרמב"ם בפהמ"ש פז"ב ובפי"ז מהנ' עדות ובט"ו לעיל סי' כ"ח. והא דאמרינן בכתובות שם דלא מתרינן בעדים זוממים היינו שאין אומרים להם שאם יוזמו ישלמו או יהרגו וכ"כ הריטב"א שם וא"כ מה ראי' הוא מעדים זוממים הלא עדים זוממים א"א כלל שיהיו שוגגין באיסור דהא מאיימין עליהם והאיום הוא בשעה שמעידין וכמבואר בריטב"א שם לכן שפיר לא מצי אמרו שהיו שוגגין משא"כ היכא דיוכל להיות שהי' שוגג כגון בשבועה שפיר י"ל דנאמן להכשיר עצמו ע"י טענת שוגג. אולם י"ל דהרשב"א ס"ל כמ"ש האספ"ז כתובות שם דהאיום הוא קודם שמעידין ולא בשעה שמעידין וכן משמע מדברי הרמב"ם פי"ז מהל' עדות ובכה"ג בהתראה שייך לומר אישתלין וכמבואר בגמרא שם. וא"כ שפיר הוכיח הרשב"א דדוקא לענין התראה יכול לומר שכחתי. אבל בשאר דוכתי' וכגון שעבר על השבועה אינו יכול להכשיר עצמו ולומר שכחתי וכמו גבי עדים זוממים דהאיום הי' קודם שהעידו ויוכל להיות ששכחו והיו שוגגים ואפ"ה חייבין בתשלומין ומלקות ומיתה. וע"כ דא"י לומר שכחתי והבן. ולפי"ז נ"ל דגם הרשב"א לא קאמר דא"י לומר שכחתי אלא דוקא היכא שעשה המעשה בזמן קרוב. אבל היכא שהי' זמן רחוק יכול לומר שכחתי וכדעת הר"ן בפ' כל הנשבעין דהא הראי' שהביא הרשב"א מעדים זוממין הרי התם מיירי שהי' בזמן קרוב דהא מודיעין להם האיסור והעונש קודם שמעידין והרי זה הוי זמן קרוב. ובהכי ניחא דברי הע"ש והסמ"ע שתמה עליהם הש"ך בסי' צ"ב שסותרים את עצמם. דבסי' צ"ב. גבי שבועת העדות פסקו דבעינן שיהא בזמן קרוב דאז א"י לומר שכחתי וכדעת הר"ן. וכאן

בסי' זה פסקו כדעת הרשב"א בתשובה דאינו נאמן לומר שוגג הייתי עיי"ש. ולפמ"ש אין כאן סתירה כלל כיון דבאמת גם הרשב"א מודה דאם הי' בזמן רחוק דיכול לומר שכחתי וא"ש:

(ו) **עוד שם ברמ"א** או אנוס הייתי עש"ך סק"ח ועיין בשו"ת ספר יהושע בפסקים וכתבים סי' תק"ה שהקשה מהא דש"ס שבועות דף כ"ו במעשה דרב כהנא ורב אסי דכל אחד הי' משתבע דהכי אמר רב וכי אתו לקמי' דרב אמר כחד מינייהו א"ל אידך ואנא בשיקרא אישתבעי א"ל לבך אנסך הרי להדיא דלא נפסל תלמיד זה ונאמן לומר דאונס הי' כמו שאמר רב ועיי"ש מ"ש לתרץ. ולפענ"ד נראה ליישב דדוקא היכא שבאו עדים והעידו שעבר על שבועתו וכמו דמיירי הרמ"א בזה אינו נאמן להכשיר עצמו בטענת שוגג או אונס. משא"כ היכא דהוא בעצמו בא לברר הדבר אם נשבע אמת או שקר ונתברר שנשבע לשקר וכמו התם בעובדא דרב כהנא ורב אסי בזה שפיר נאמן לומר דאונס הי' ולא מיפסל:

(ז) **סעיף ו** טבח שיצאתה כו'. עיין סמ"ע ס"ק ט"ז שכתב דדעת הטור והרמב"ם הוא דאינו נפסל אם שחט לאחרים חדא דאיכא למימר דטעה וסבר שאינה טריפה ועוד אפי' עשאוה במזיד אכתי לא עבר אלא אלאו דלפ"ע ומפני זה לא נחשד להעיד שקר. וכ"כ הכ"מ פי"ב מהל' עדות עכ"ל הסמ"ע. ועיין בנתיבות שהקשה דנהי דלאו דלפ"ע הוי עבירה שאין בה מלקות אבל הא מ"מ נפסל מדרבנן כמ"ש הרמ"א בס"ב והניח בצ"ע. ולפיענ"ד על הסמ"ע לק"מ די"ל דהוא ס"ל כדעת הריב"ש דהרמב"ם ס"ל דבלאו שאין בו מלקות לא נפסל כלל אפי' מדרבנן ועיין מזה בריב"ש סי' שי"א ובשו"ת לחם רב סי' קי"ט ד"ה ותו קשיא בדבריו כו'. ובתומים סק"ג עיי"ש. אבל על הכ"מ קשה דהרי הוא בעצמו כתב בב"י בסי' זה סעיף ד' דדעת הרמב"ם והטור הוא דעובר על לאו שאין בו מלקות נפסל מדרבנן דכ"ש הוא מעבירה דרבנן דנפסל מדרבנן עיי"ש. וא"כ שוב דבריו בכ"מ צ"ע. אך י"ל בדוחק דמ"ש הכ"מ שם דמשום לפ"ע לא מיפסל כוונתו היא דלא מיפסל מדאורייתא אבל מדרבנן מיהו מפסל ועיין שם ותראה שיש להעמיס כן בדבריו עיי"ש. איברא אכתי קשה על הב"י לדעת הטור שכתב דהטור ס"ל דבעבירה שאין בה מלקות מיפסל מדרבנן והרי הטור כתב בהדיא דשוחט לאחרים והכשיר את הטריפה לא נפסל ומשמע דלא נפסל כלל אפי' מדרבנן והרי עבר על לפ"ע ומהראוי לפסלו עכ"פ מדרבנן. אולם באמת גם מהטור לא קשיא דהא הב"י כתב דטעמא דהטור הוא דמש"ה לא נפסל בשחט לאחרים כיון דאין לו בו הנאת ממון תלינן דשוגג הי' עיי"ש והוא כטעם הראשון של הסמ"ע ולק"מ:

(ח) **סעיף ז** ואעפ"י שהחזירו עד שיעשו תשובה. הטור כתב דהיינו דוקא כשלא שלמו מעצמן אלא בכפיית ב"ד. ועיין בב"ח שכתב דזה אינו אלא במוחזק לגנב ולגזלן. אבל מי שלא גנב או גזל אלא פעם אחת אעפ"י שלא היתה ההשבה אלא ע"י כפיית ב"ד מיד כשהחזיר הגניבה או הגזילה הרי הוא כשר לעדות ולשבועה עכ"ל. והקשה הקצה"ח מהא דאמרינן בפ"ק דב"מ גבי האי רעיא דאתו סהדי דאכל תרתי מנייהו. וא"ר זירא אי איתא לדר"ח משתבע ופריך והא גזלן הוא. ולפי"ד הב"ח קשה דכיון דהני תרתי שאכל ודאי מחויב לשלם וא"כ אמאי הוי פסול עיי"ש. וי"ל דהנה מבואר בהרמב"ם פ"א מהל' גזלה הלכה י"ב דהגוזל עובר על ג' לאווין משום לא תתאוה ולא תחמוד ולא תגזול עיי"ש. ועיין במנ"ח מצוה רכ"ט שכתב דאם גזל והחזיר גוף הגזילה אינו לוקה כלל. אבל אם נשרף גוף הגזילה נהי דאין לוקה משום לאו דלא תגזול כיון דניתן לתשלומין. אבל לוקה משום הלאו דלא תחמוד כיון דלא ניתקן בתשלומין דהא על לאו דלא תחמוד עובר אף דנותן דמים וכמ"ש הרמב"ם שם. ואף דהרמב"ם כתב שם דעל לא תחמוד אין לוקין משום דהוי לאו שאין בו מעשה. אולם לפי"ד הה"מ שם מבואר דזה הוא דוקא כשאמר רוצה אני. אבל כשלא אמר רוצה אני או שגזל ממנו בזה יש בו מעשה ואם נשרף החפץ חייב מלקות משום לא תחמוד עיי"ש במנ"ח. ועיין עוד מזה שם מצוה ל"ח עיי"ש. ולפי"ז לא קשה מידי קושית הקצה"ח על הב"ח דהא התם בהאי רעיא הרי הנך תרתי שגזל כבר אכל וא"כ אף אם משלם נהי דהלאו דלא תגזול נתקן ע"י התשלומין אבל הלאו דלא תחמוד לא נתקן ע"י התשלומין ואכתי הוא פסול לעדות ולשבועה ע"י הגזילה מחמת הלאו דלא תחמוד. אבל הב"ח מיירי היכא דמחזיר גוף הגזילה וכדמשמע מתוך לשונו שכתב מיד כשהחזיר השיטה דר' יודה ס"ל כאן דחייב. ודחה ר' קרוספי ואמר דאינה מחולפת דהתם בגה"נ עיקר הלאו הוא על הספק לכן ס"ל לר' יודה בזה דהתראת ספק שמה התראה משא"כ הכא עיקר הלאו הוא על הודאי והיינו כשהוא ודאי אביו ולא ספק. ובזה היכא שהוא ספק ס"ל לר' יודה דה"ס לא שמ"ה. וע"ז השיב ר' יודה א"כ נבילה שביטלה בטרפה מאחר שודאי הי' ונסתפק לו אכל ממנה יהא פטור. והיינו דהי' פשיטות לי' לר' יודה דנבילה שביטלה בטרפה חייב דה"ס שמה התראה ולא כר"ל בש"ס זבחים הנ"ל דאמר דפטור משום דה"ס לאו שמה התראה עיי"ש בשירי קרבן. וע"ז קאמר ר' יוסי דלעולם ס"ל לר' יודה בכל הספיקות דחייב ואפי' היכא שמשכחת אזהרת הלאו על הודאי רק הכא פטור משום דכתיב אביו ולא כתיב אב ש"מ דאינו חייב אלא כשהוא ודאי אביו ולא ספק הרי בהדיא דר' קרוספי אמר כסברת הנוב"י והמקום שמואל הנ"ל לחלק בין היכא שאזהרת הלאו משכחת על הודאי ובין היכא דלא משכחת רק על

הספק. ור' יודה דחה סברא זו מנבילה שביטלה בטרפה ואכל ממנה דחייב משום דה"ס שמה התראה. והוא כמו שאנכי דחיתי סברא זו מש"ס דידן זבחים הנ"ל. וגם ר' יוסי מסיק דאין לחלק כלל כחילוקו של ר' קרוספי רק דלעולם אמרינן ה"ס שמה התראה אפי' היכא דמשכחת הלאו על הודאי והכא שאני דכתיב אביו ודאי ולא ספק. ודברי הירושלמי הללו הי' בהעלם דבר מעיני הנוב"י והמקום שמואל הנ"ל:

ומ"ש הנוב"י שם ליישב בדבריו הנ"ל מה שהתפלא מאוד על הרמב"ם מדוע לא הזכיר בפ"ה מהל' ממרים דין דספק בן ט' לראשון ובן ז' לאחרון דהכה או קילל זה וחזר והכה או קילל זה עיי"ש בנוב"י. מיהו אכתי לא נתיישב בתירוצו וכמ"ש הנוב"י בעצמו שם מה דלא הביא הרמב"ם דין דהכה או קילל שניהם בב"א דגם בזה איכא תרי תנאי אליבא דר' יהודה ביבמות דף ק"א וזה אינו שייך להתראת ספק דזה התראת ודאי הוא. ולפענ"ד נ"ל ליישב מה דהרמב"ם אינו מזכיר דין דהכה או קילל זה וחזר והכה או קילל זה וגם לא הדין דהכה או קילל שניהם בבת אחת. דהנה הרמב"ם בפ"ה מהל' ממרים ה"ט פוסק דשתוקי חייב על אמו ואינו חייב על אביו עיי"ש ומקורו הוא בת"כ פ' קדושים ובירושלמי יבמות שם ה"ב [והכ"מ לא הראה מקורו] דאיתא שם ר"ע אומר אביו ואמו קילל את שהוא חייב על אביו חייב על אמו ואת שאינו חייב על אביו אינו חייב על אמו ומודה ר"ע בשתוקי שחייב על אמו אעפ"י שאינו חייב על אביו ע"כ. ומלשון הת"כ והירושלמי דקאמרו מודה ר"ע בשתוקי שחייב על אמו אעפ"י שאינו חייב על אביו משמע דשתוקי לעולם פטור על קללת אביו ואפי' כשקילל כל ישראל דאביו בכלל דאל"כ מה קאמר אעפ"י שאינו חייב על אביו הא אכתי חייב על אביו כשקילל כל ישראל. וגם מסתימת לשון הרמב"ם דקאמר דשתוקי אינו חייב על אביו משמע דס"ל דבכל ענין פטור. וכן נראה מדברי הכ"מ שם שהבין כך כוונת הרמב"ם שכתב שם בהלכה יו"ד בהא שכתב הרמב"ם כשם שאינו חייב על אביו כך אינו חייב על אמו וכתב הכ"מ וז"ל כלומר מי שאביו ידוע ואפ"ה אינו חייב עליו אינו חייב על אמו לאפוקי שתוקי דטעמא דלא מחייב אאבוה הוא משום דלא ידעינן מנו עכ"ל וכוונתו הוא דבשתוקי אי אתו סהדי ומסהדי מאן הוא אביו הי' חייב וא"כ חייב על אביו קרינן בי' וכן פירש הקרבן אהרן בת"כ שם והקרבן עדה בירושלמי שם. וע"כ דגם הוא הבין כוונת הרמב"ם דשתוקי פטור על קללת אביו בכל ענין ואפי' כשמקלל כל ישראל דאביו בכלל דאל"כ ל"ל למימר דשתוקי שאני משום דאילו הוי ידעינן מאן הוא אביו הי' חייב הלא הו"ל למימר כיון דשתוקי חייב על אביו כשקילל כל ישראל דאביו בכלל. ונ"ל דזה הוא בין מטעמא דאביו ודאי ולא ספק דדרשו בירושלמי שהבאתי למעלה לענין ספק

ב"ט לראשון וב"ז לאחרון דפטור מטעם זה אפי' כשהכה או קילל שניהם בבת אחת דבודאי הכה או קילל לאביו וכן בת"כ שם דרש הך דאביו אביו ודאי ולא ספק עיי"ש וה"נ בשתוקי פטור מטעם זה אפי' כשקילל כל ישראל דאביו בכלל. ובין מטעמא דש"ס דידן ביבמות שם דאמרינן דמש"ה פוטר ר"י בהכה או קילל שניהם בב"א משום דנאמר ברכה למטה ונאמר ברכה למעלה מה למעלה שאין בה שותפות אף למטה שאין בה שותפות. ג"כ י"ל דמטעם זה אינו חייב שתוקי על אביו אפי' כשקילל כל ישראל דהא מה דאמרינן מה למעלה אין בה שותפות הכוונה היא על הקללה שאין צריך שיהי' בהקללה שותפות וה"פ מה למעלה שאין בה שותפות היינו אם מברך את השם לבד חייב מיתה וא"צ שיצטרף בהקללה עוד אחר לקלל בשותפות אף למטה שאין בה שותפות אם מקלל אביו לבד יהא חייב מיתה ולא שיצטרך לצרף עוד אחר לקללם בשותפות. וזה הוא דוקא היכא שהוא ודאי אביו משא"כ בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון דספק מי הוא אביו וצריך לצרף שניהן בהקללה לקללם בשותפות בזה פטור אף שקילל שניהם דבודאי קילל לאביו. ולפי"ז שפיר גם בשתוקי דא"א לחייבו על קללות אביו כ"א כשמקלל בשותפות והיינו שמקלל כל ישראל דאביו בכלל הלכך פטור אף כשקילל כל ישראל דאביו בכלל. [וראיתי במנ"ח מצוה ר"ס שהוא צידד שם לומר דשתוקי שקילל כל ישראל חייב עיי"ש. אמנם הוא לא ראה דברי הת"כ והירושלמי הנ"ל וכמ"ש הוא בעצמו בהשמטות שם שאינו יודע מהיכן הוציא הרמב"ם דין זה דשתוקי אינו חייב על אביו. ואילו הי' רואה דברי הת"כ והירושלמי הנ"ל לא הי' כותב כן כי מלשון הת"כ והירושלמי משמע בהדיא דשתוקי בכל ענין פטור על קללות אביו. גם מה שרצה המנ"ח שם לומר מתחלה דשתוקי פטור כשקילל כל ישראל דאביו בכלל מטעם דהוי התראת ספק. דבריו אינם מחוורין כאשר יראה הרואה. ולפענ"ד נראה ברור דמש"ה שתוקי פטור אפי' כשקילל כל ישראל מטעם שכתבתי]:

ומעתה שקטה סערת הנוב"י הנ"ל על הרמב"ם דשפיר לא הוצרך הרמב"ם ז"ל להזכיר דין דספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון לענין הכאות וקללות אביו דכיון דפסק בשתוקי שפטור על קללת אביו בכל ענין אף שקילל כל ישראל דאביו בכלל והוא או מטעמא דהת"כ והירושלמי הנ"ל דדרשו אביו ודאי ולא ספק או מטעמא דש"ס דידן דדרשינן סמוכין דברכה למטה וברכה למעלה כו' וכמ"ש א"כ ממילא נשמע דס"ל דגם בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון פטור על הכאות וקללות אביו בכל ענין מהטעמים הנ"ל:

ואין לומר דאכתי לא מתיישב בזה על נכון רק אי נימא דהרמב"ם דפוטר בשתוקי על קללת אביו בכל ענין ואפי' כשקילל כל ישראל סובר כטעמא דהת"כ והירושלמי דדרשו

אביו אביו ודאי ולא ספק דמזה שפיר נשמע דפטור בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון בין בהכאה ובין בקללה כיון דגם לענין הכאה דרשו הת"כ והירושלמי אביו אביו ודאי ולא ספק. אבל אי נימא דהרמב"ם סובר כטעמא דש"ס דידן דדרשינן סמוכין דברכה למטה וברכה למעלה ומש"ה פטור שתוקי על קללת אביו בכל ענין א"כ אכתי קשה דהא מסמוכין דברכה למטה וברכה למעלה ליכא ילפותא רק לענין קללה ולא להכאה דהא ל"ש הכאה כלפי מעלה אלא הכאה ילפינן מהקישא דמקשינן הכאה לקללה וכדאיתא בגמרא שם וא"כ מהא שפוסק הרמב"ם בשתוקי דפטור על קללת אביו אף שקילל כל ישראל מטעם דסובר דרשת הסמוכין דברכה למטה וברכה למעלה אכתי לא נשמע מזה דבספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון פטור גם על הכאה כשהכה שניהם בב"א דהא זה ל"ש לומר דכוונת הרמב"ם היא בשתוקי גם לענין הכאה דפטור בכל ענין דהא א"א להכות כל ישראל וא"כ אין ראי' מפסקו של הרמב"ם דפוסק בשתוקי דפטור על קללת אביו אפי' כשקילל כל ישראל דבספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון פטור גם על הכאה כשהכה שניהם בב"א ושוב הו"ל להרמב"ם להזכיר דין דספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון לענין הכאה עכ"פ. דז"א דבאמת מבואר שם בהרמב"ם בדין אחר דס"ל דמקשינן הכאה לקללה והוא שם בהלכה י"ב עיי"ש ובכ"מ. וא"כ שוב שפיר ממילא נשמע דס"ל בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון דפטור גם על הכאה אפי' כשהכה שניהם בב"א ומטעם דדרש הסמוכין דברכה למטה וברכה למעלה ומקיש הכאה לקללה. [ולא אכחד דראיתי להרמב"ם בפהמ"ש ביבמות סוף פרק י"א שכתב דהכה שניהם זה אחר זה פטור ואם הכה או קילל שניהם בבת אחת חייב עיי"ש. אמנם הא לא כתב כן רק לפרושי אבל לא כתב שם שכן הוא הלכה ושפיר י"ל דלהלכה ס"ל דבכל ענין פטור אפי' שהכה או קילל שניהם בב"א וכמו שכתבתי]:

ובדרך אגב אזכיר מה שראיתי במנ"ח בהשמטות מצוה ר"ס שהביא שם מה שמקשין העולם בהא דילפינן דאזלינן בתר רובא ממכה אביו דדלמא לאו אביו הוא אמאי לא ילפינן ממקלל אביו ומתרצו דמקלל משכחת לה שמקלל אביו בכל מקום שהוא דבודאי יש לו אב וחייב. והוא ז"ל דחה תירוץ זה דאם אינו יודע מי אביו אף דקילל אותו בכל מקום שהוא אינו חייב. דאינו חייב רק במקלל והוא ניכר ומסוים אבל באינו מסוים פטור והביא ראי' לזה ממ"ש הרמב"ם דשתוקי פטור על קללת אביו ולא מחלק אם מקלל בכ"מ שהוא חייב עיי"ש. אמנם לפמש"ל דמקור דינו של הרמב"ם דשתוקי פטור על קללת אביו הוא בת"כ ובירושלמי והוא מטעם דדרשו בת"כ ובירושלמי אביו אביו ודאי ולא ספק או אפי' מטעמא דש"ס דידן דדרשינן סמוכין דברכה למטה וברכה למעלה

וכמש"ל א"כ זה הוא דוקא להאי תנא אליבא דר' יהודה דפוטר בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון אפי' בהכה או קילל שניהם בב"א דהוא דרש הני דרשות אליבא דהירושלמי דרש אביו ודאי ולא ספק ואליבא דש"ס דידן דרש סמוכין דברכה למטה וברכה למעלה והלכך לדידי' שפיר פטור שתוקי בכל ענין אף כשמקלל אביו בכל מקום שהוא. משא"כ להאי תנא אליבא דר' יהודה דסובר בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון אם הכה או קילל שניהם בב"א חייב ומכ"ש הת"ק שבש"ס יבמות שם דסובר דאפי' הכה או קילל זה וחזר והכה או קילל זה חייב הרי הם לא ס"ל הנך דרשות הנ"ל וכמבואר בירושלמי ובש"ס דידן שם וא"כ לדידהו שפיר י"ל דהמקלל אביו בכל מקום שהוא חייב אף דלא ידעינן מי אביו. וא"כ י"ל דמאן דיליף ממכה אביו דאזלינן בתר רובא הוא סובר כהאי תנא אליבא דר"י דהכה או קילל שניהם בב"א חייב או דסובר כת"ק דאפי' הכה או קילל זה וחזר והכה או קילל זה חייב וא"כ לא דרש הוא הך דרשה דאביו אביו ודאי ולא ספק וכן לא דרש סמוכין דברכה למטה וברכה למעלה ושפיר לדידי' אם מקלל אביו בכל מקום שהוא חייב אף דלא ידעינן מי הוא אביו וא"ש תירוץ העולם. איברא ממה דדרשינן בש"ס דידן סמוכין דברכה למטה וברכה למעלה מה למעלה שאין בה שותפות כו' והיינו שא"צ שיקלל בשותפות אלא שיתחייב אם מקלל אחד לבד כמו אם מברך את השם לבד חייב יש ראי דזה הוא דבר פשוט אף בלא קרא דאם לא ידעינן מי אביו פטור אף אם קילל אביו בכל מקום שהוא. דאי נימא דאם לא ידעינן מי אביו ומקלל אותו בכל מקום שהוא חייב א"כ הרי גם בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון משכחת לה שיתחייב על הקללה אף כשאינו מקלל בשותפות והיינו שאם מקלל את אביו בכל מקום שהוא ושוב ממילא מהראוי לומר שאף אם מקלל בשותפות היינו שניהם בב"א יהא חייב וכמו אם מקלל לאביו ודאי בשותפות עם עוד אחר או שמברך את השם בשותפות עם אחר חייב וא"כ איך יליף מברכה למטה וברכה למעלה דבספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון אם הכה או קילל שניהם בב"א פטור. אלא ודאי דזה הוא דבר פשוט דאם לא ידעינן מי אביו ומקלל את אביו בכל מקום שהוא פטור ושפיר יליף מסמוכין דברכה למטה וברכה למעלה דבספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון אם הכה או קלל שניהם בב"א פטור כיון דא"א להתחייב על הקללה כ"א כשמקלל שניהם בשותפות והבן:

ונשוב לקמייתא דכיון דדברי הנוב"י הנ"ל במ"ש לפרש דברי הרמב"ם נפלו בבירא שוב הדרא קושיתינו הנ"ל על המ"כ והתומים לדוכתי'. אך י"ל עפמ"ש עוד שם הנוב"י לפרש כוונת הרמב"ם במ"ש דאין לוקין בה"ס אא"כ הלאו מפורש בתורה היינו היכא דעשיית האיסור אינו תלוי בידו רק ביד אחרים לא נחלק אדם מעולם שיאמר ששמה התראה

וכ"ע מודו דלא חייבה התורה בזה כלל זולת מה שהזהירה התורה בפירוש הלאו על הספק וכגון זר לא יאכל קודש דלאו זה עיקרו על הספק שהרי יש ביד זה שהפריש התרומה לשאול על קריאת שם התרומה עיי"ש. ולפי"ז שפיר בנשבע לפרוע לחבירו לזמן פלוני כ"ע מודים דלא שמה התראה כיון דבנשבע לפרוע הרי עשיית האיסור תלוי ביד אחר והוא המלוה דהא יכול המלוה למחול לו את החוב קודם שיעבור זמן השבועה ולא יעבור הלוה על השבועה כלל דבודאי אם מחל את החוב שוב א"צ לקיים שבועתו וא"כ הרי הוא ספק שמא ימחול המלוה את החוב והוי כמו זר שאכל קודש דספק הוא שמא ישאלו הבעלים על קריאת שם תרומה אלא בזר שאכל קודש הרי עיקר הלאו הוא על הספק דלא משכחת לה בענין אחר לכן שפיר אמרינן בזה ה"ס שמה התראה משא"כ בשבועה הרי משכחת שיהא עבירת הלאו תלוי בידו וכגון שנשבע שיאכל או שלא יאכל ועיין גם בנוב"י שם עיי"ש. לכן שפיר בנשבע לפרוע ולא פרע דעשיית האיסור תלוי ביד אחר כ"ע מודים דלא שמה התראה:

ומה שתמה התומים על המ"כ הנ"ל דמה בכך דהוי התראת ספק הלא אף בלא התרו בו כלל מ"מ נפסל ולמה יגרע זה ודוחק לומר דשם ישנו במציאות למלקות משא"כ גבי התראת ספק דאינו במציאות והניח בצ"ע. ובעיני הדבר תמוה יותר דהא א"א כלל לתרץ דהתם בה"ס אינו במציאות למלקות דהרי המ"כ הגניבה או הגזילה ולשון שהחזיר משמע שהחזיר גוף הגניבה או הגזילה וא"כ הרי נתקן בהשבה כל הלאווין לכך שפיר הוא כשר לעדות ולשבועה. ועפי"ז מיושב נמי בטוב טעם קושית הטו"ז שהקשה על הטור שסותר עצמו מסעיף ט"ו לסעיף מ"ב. דבסעיף מ"ב הביא בשם הרמב"ם וז"ל אע"ג שהחזירו הגנב והגזלן הממון שגנבו וגזלו כו' פסולים. וכתב הטור ע"ז וז"ל ואיני יודע למה לא יוכשרו אחר שהחזירו הממון ואפשר שרצה לומר אעפ"י ששלמו כיון דבכפיית ב"ד שלמו פסולים עד שישיבו מעצמן עד כאן לשונו. ובסעיף מ"ב הביא בשם הרמב"ם וז"ל אבל שאר פסולי עדות שהן מחמת ממון שחמסו או שגזלו אעפ"י ששלמו צריכים תשובה ושתק שם הטור ואינו משיג על זה כלל כמו בסעיף ט"ו עכ"ק בתוספות ביאור. ולפי הנ"ל א"ש ולק"מ דבסעיף ט"ו מיירי הרמב"ם והטור היכא שהחזיר גוף הגניבה או הגזילה וכמ"ש הרמב"ם אעפ"י שהחזירו כו' ומשמע שהחזיר גוף הגניבה או הגזילה וא"כ נתקן גם הלאו דלא תחמוד לכך שפיר אם מחזיר מעצמו בלא כפי' חוזר לכשרותו אף בלא תשובה. ומהגם דהא מיירי שם שגנב או גזל ממון וכמ"ש הרמב"ם שם אעפ"י שהחזירו הגנב והגזלן הממון שגנבו וגזלו ובממון אין חילוק בין אם מחזיר אותו ממון שגנב וגזל או שמחזיר ממון אחר ואף אם מחזיר ממון אחר ג"כ ליכא תו הלאו דלא

תחמוד. משא"כ בסעיף מ"ב שכתב הרמב"ם ששלמו. ומשמע שגנב או גזל חפץ ואינו מחזיר גוף הגניבה או הגזילה רק שמשלם וא"כ נשאר עליו עבירת הלאו דלא תחמוד לכך שפיר אף שמשלם מעצמו בלא כפי' אינו חוזר לכשרותו עד שיעשה תשובה על הלאו דלא תחמוד וא"ש. שוב ראיתי בהגהות אמרי ברוך מהגאון מלייפניק הנדפס על הגליון ש"ע שגם הוא כתב כן לפרש כוונת הרמב"ם שהביא הטור בסעיף ט"ו דמיירי היכא שמחזיר גוף הגניבה או הגזילה. ובסעיף מ"ב מיירי שמשלם בעד הגניבה או הגזילה ודרך בדרך אחר לישב קושית הטו"ז הנ"ל עיי"ש. אך כתב שם דהטור בסעיף ט"ו מפרש דברי הרמב"ם שם דכוונתו הוא שם ג"כ שאינו מחזיר גוף הגניבה והגזילה אלא שמשלם עיי"ש. ולפיענ"ד נראה כמ"ש דבסעיף ט"ו גם הטור מיירי שמחזיר גוף הגניבה והגזילה. ועוד דהא הרמב"ם שהביא הטור בסעיף ט"ו מיירי שגנב או גזל ממון ובממון ל"ש לחלק גם לענין הלאו דלא תגזול בין אם מחזיר דייקא אותו הממון שגנב או גזל ובין אם מחזיר ממון אחר וא"כ ליתא כלל לדברי הגאון מלייפניק ועיי"ש בדבריו ותבין מה שכתבתי:

איברא עדיין יש לפקפק בכל זה. דהנה מ"ש לעיל בשם הרמב"ם דהגוזל עובר על ג' לאוין משום לא תתאוה ולא תחמוד ולא תגזול. הנה הרמב"ם לא כתב כן להדיא אלא שכתב שם דהמתאוה לקנות דבר מחבירו עובר משום לא תתאוה ואם הפציר בו למכור לו ומכר לו עובר משום לא תחמוד ואחר זה כתב בהלכה י"א וי"ב וז"ל התאוה מביא לידי חימוד והחימוד מביא לידי גזל כו' הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד והקונה דבר שהתאוה בהפצר שהפציר בבעלים או בבקשה מהם עובר בשני לאווין לכך נאמר לא תחמוד ולא תתאוה ואם גזל עבר בג' לאווין עכ"ל ועלה בדעתי דמ"ש הרמב"ם ואם גזל עבר בג' לאווין דכוונתו הוא דבכל גזל עובר על כל הני לאווין. וכ"כ המנ"ח מצוה ל"ח ומצוה רכ"ט בכוונת הרמב"ם עיי"ש. אמנם קשה הלא בהדיא כתב הרמב"ם שם בהלכה א' כל הגוזל עובר בלא תעשה שנאמר לא תגזול ומשמע דאינו עובר רק על לא תגזול לבד. וא"כ דברי הרמב"ם סותרים אהדדי. לזאת נ"ל דמ"ש הרמב"ם בהלכה י"ב דאם גזל עבר בג' לאווין כוונתו הוא דוקא אם התאוה מתחלה לקנות דבר זה ואח"כ הפציר בו למכור לו ולא רצה למכור לו וגזל ממנו בכה"ג עבר בג' לאווין והוא כיון דהי' מעורב בזה כל הני שלשה דברים תאוה והפצר וגזל. אבל אם גזל לבד ולא הפציר בו מתחלה למכור לו וגם לא עלה כלל על לבו לקנות ממנו בזה אינו עובר רק משום לא תגזול לבד וזה שכתב הרמב"ם בהלכה א' דהגוזל עובר בלא תגזול ומשמע בלא תגזול לבד. והיינו בכה"ג. ולפי"ז ליתא כלל לתירוצינו לקושית הקצה"ח והטו"ז הנ"ל. אך באמת גוף הדבר צע"ג אצלי מדוע אינו עובר בכל גזל גם על הלאו דלא תתאוה ובשלמא

על הלאו דלא תחמוד י"ל דמש"ה אינו עובר כיון דהלאו דלא תחמוד הוא רק משום ההשתדלות וההפצר. שהפציר בבעלים למכור לו וכמבואר בהרמב"ם ובהה"מ שם ה"ט. וא"כ כשגוזל ולא השתדל מתחלה לקנות ממנו ל"ש הלאו דלא תחמוד. משא"כ הלאו דלא תתאוה דכשמתאוה בלב לקנות דבר זה עובר על לאו זה וכ"ש כשמתאוה ליקח ממנו בחנם בלא מעות בודאי דעובר וא"כ גם כשגוזל ממנו מהראוי לומר שעבר גם על הלאו דלא תתאוה ואמאי לא כתב הרמב"ם שם בהלכה א' דכל הגוזל עובר משום לא תתאוה ומשום לא תגזול וצ"ע:

(ט) **שם ברמ"א** החולק עם הגנב אינו נפסל. דין זה הוא מהריב"ש סי' רס"ו. ועיין בקצה"ח שכתב דבריב"ש משמע שציוה לו לגנוב וחלק עמו ולזאת הקשה עליו מרש"י ז"ל ב"מ דף ח' עיי"ש. [בקצה"ח איתא דף ה' וט"ס הוא]. אולם כאשר אנכי עיינתי בריב"ש לא ראיתי איך משמע כן אלא אדרבה דמשמע שם מדבריו דבדין זה שכתב שחלק עם הגנב עם הגניבה מיירי דלא ציוה לו לגנוב. ומ"ש שם הריב"ש דאפי' האומר לחבירו צא וגנוב לי והלך וגנב ונתן לו דג"כ לא נפסל דאשלד"ע מיירי שנתן לו הגנב כל הגניבה והגנב לא נטל שום חלק מהגניבה ובכה"ג שפיר אשלד"ע כיון דהגנב לא זכי כלל לנפשי' עיי"ש. מיהו מ"ש הריב"ש דאפי' האומר לחבירו צא וגנוב לי והלך וגנב ונתן לו ג"כ לא מיפסל דאשלד"ע. לפענ"ד דבר זה צ"ע לדינא דהא אף דאשלד"ע מ"מ המשלח חייב בדיני שמים וכדאיתא בקידושין דף מ"ג א"כ אכתי פסול המשלח לעדות כיון דחייב בדיני שמים וכמ"ש השטמ"ק ב"ק דף נ"ו בשם המאירי וז"ל ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישוב והדברים נראין שמאחר שהוא חייב להשיב תורת גזילה חלה עליו עד שישוב עכ"ל. אך לפי מה דמבואר בתוס' ב"ק דף נ"ו ד"ה אלא לחברי' דהא דאשלד"ע המשלח חייב בד"ש היינו דוקא אם שכרו להשליח אבל אומר פטור אפי' בדיני שמים עיי"ש. וכן קיי"ל לעיל סי' ל"ב ועיין גם בחידושינו סי' ל"ב שהבאתי בשם החו"י שמפרש גם מה דאמרינן בש"ס קדושין דהאומר לשלוחו צא והרוג את הנפש דחייב המשלח בד"ש מיירי נמי בשכרו דהכי משמע לישנא דגמרא דנקט האומר לשלוחו ולא קאמר האומר לחבירו אלא משום דשלוחו היינו בשכר וכן הוכחתי שם מדברי הרמב"ם עיי"ש. וא"כ שפיר האומר לחבירו צא וגנוב לי והיינו בדיבורא בעלמא ולא בשכר דבכה"ג פטור המשלח אפי' בד"ש ושפיר לא נפסל לעדות כלל. ועפי"ז א"ש מה שיש לדקדק קצת בדברי הריב"ש שם שכתב דהמשלח פטור כדאיתא בפ"ק דב"מ אלא מעתה האומר לאשה ועבד צאו וגנבו לי ה"כ דמחייב שולחן והוא שם דף יו"ד ויל"ד מדוע הביא הך מימרא דאמרינן שם

כן בגמרא בדרך קושיא אמאי לא הביא הא דאמרינן שם לעיל בגמרא דף ח' ע"א מילתא דפסיקא אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנב פטור. ולפי הנ"ל י"ל דבמכיוון נקט הריב"ש הך דהאומר לאשה כו' משום דאי הוי מביא הא דאמר לשלוחו כו' הו"א דאפי' בשכרו ג"כ לא מיפסל המשלח דהא קאמר לשלוחו ומשמע בשכר. ובאמת בשכרו חייב המשלח בד"ש והיכא דחייב בד"ש פסול לעדות לכן הביא הא דהאומר לאשה ועבד כו' דהתם מיירי רק באמירה בלבד ולא בשכר ובכה"ג המשלח פטור אפי' בד"ש ושפיר לא מיפסל לעדות. אמנם לדעת הש"ך בסי' ל"ב שחולק שם על התוס' הנ"ל נכתב דאפי' באמירה בלבד ג"כ חייב המשלח בד"ש והביא כן גם בשם הריטב"א עיי"ש א"כ האומר לחבירו צא וגנוב לי והלך וגנב ונתן לו נפסל המשלח לעדות כיון דחייב בד"ש:

(י) **סעיף י** שלא ברצון הבעלים. עיין בסמ"ע ס"ק ל"ב ובתומים ס"ק י"ג. ועיין בכנה"ג בהגהות ב"י אות נ"ט שכתב לשיטת הסוברים דאפי' ביהיב דמי עובר בלא תחמוד ואפ"ה לא נפסל מה"ת משום דמשמע להו לאינשי דלא תחמוד הוא בלא יהיב דמי. לפי"ז אם התרו בו דע שהאיסור הוא אפי' ביהיב דמי פסול מדאורייתא ומיישב בזה לשין הרמב"ם שנדחק בו הב"י עיי"ש. והנה מה שמייחס זאת גם להרמב"ם דאם התרו בו שהאיסור הוא אפי' ביהיב דמי נפסל מה"ת זה יתכן רק לפי מה שהוא צידד שם בהגהות ב"י אות כ"ו דדעת הרמב"ם הוא דבעבר עבירה שאין בה מלקות ג"כ נפסל מדאורייתא עיי"ש. אבל לפי מ"ש הב"י ושאר פוסקים וכ"כ הכנה"ג בעצמו בתשובה והובא בברכי יוסף דדעת הרמב"ם הוא דבעבירה שאין בה מלקות לא נפסל רק מדרבנן א"כ בלא תחמוד אפי' אם התרו בו לא נפסל רק מדרבנן דהא הרמב"ם כתב בפ"א מהל' גזילה דאין לוקין על לא תחמוד משום שאין בו מעשה. והן אמת דלפי מה שהבאתי לעיל סק"ח בשם המנ"ח שכתב דמ"ש הרמב"ם בלא תחמוד דאין בו מעשה זה הוא דוקא כשאמר המוכר רוצה אני. אבל כשלא אמר רוצה אני יש בו מעשה ולא נפטר ממלקות רק מטעם שחייב בהשבה וכמ"ש הראב"ד וא"כ אם נשרף חייב מלקות משים לא תחמוד עיי"ש. וא"כ חשיב לאו דלא תחמוד לאו שיש בו מלקות וכמ"ש הכנה"ג בהגהות ב"י אות כ"ו שם דאם יש צד שיחייב מלקות על הלאו חשיב לאו שיש בו מלקות עיי"ש וכ"כ האחרונים. ושוב שפיר היכא דהתרו בו שהאיסור דלא תחמוד הוא אפי' ביהיב דמי כ"ע מודים דלהרמב"ם נפסל מדאורייתא. אמנם באמת לפענ"ד ליתא לדברי המנ"ח הנ"ל דהנה המנ"ח הוציא כן ממ"ש הה"מ לפרש פלוגתת הרמב"ם והראב"ד בענין לאו דלא תחמוד דהראב"ד לשיטתו דס"ל דאם אמר המוכר רוצה אני א"ע ודוקא כשלקח שלא ברצון המוכר עובר שפיר יש בו מעשה. אבל הרמב"ם ס"ל שאסור אף ברצון המוכר ע"כ כתב

שאין בו מעשה לפי שנטילת החפץ ברצון המוכר נעשה ורק ההשתדלות שהשתדל כדי לרצותו הוא האיסור ובהשתדלות לא הי' מעשה זת"ד הה"מ. ולפי"ז כתב המנ"ח דאם הי' שלא ברצון המוכר גם להרמב"ם חשיב מעשה עיי"ש. ולפיענ"ד א"א להוציא כן מדברי הה"מ דא"כ קשה לפמ"ש הה"מ פי"ג מהל' שכירות דכל לאו שמשכחת בו מעשה חשיב לאו שיש בו מעשה ולוקה אף היכא שעובר בלי מעשה עיי"ש. ואי נימא דהיכא דלא אמר המוכר רוצה אני הוי מעשה א"כ תקשה לשיטת הה"מ איך כתב הרמב"ם דאין לוקין על לא תחמוד משום דהוי לאו שאין בו מעשה הלא אף כשאמר רוצה אני מיחשב לאו שיש בו מעשה כיון כשלא אמר רוצה אני הוי מעשה ושוב אין לפטרו ממלקות מטעם דהוי לאו שאין בו מעשה אף היכא שאמר רוצה אני. אע"כ צ"ל דכוונת הה"מ הוא כך דהרמב"ם דס"ל דאף שנטל ברצון הבעלים עובר בלא תחמוד ע"כ דעיקר האיסור הוא משום ההשתדלות ולא משום נטילת החפץ דהא נטילת החפץ הוא ברצון ואף דאינו עובר על לא תחמוד עד שיקח החפץ וכמ"ש הרמב"ם שם מ"מ עיקר האיסור הוא רק משום השתדלות ואם לקח החפץ עבר למפרע מכח ההשתדלות. וא"כ שוב אף כשלא אמר רוצה אני חשיב אין בו מעשה כיון דעיקר האיסור הוא רק משום השתדלות ובהשתדלות לעולם ליכא מעשה בין שאמר רוצה אני ובין שלא אמר רוצה אני. ולפי"ז שוב לדעת האומרים דהרמב"ם ס"ל דבלאו שאין בו מלקות לא נפסל רק מדרבנן א"כ גם בלאו דלא תחמוד אף היכא שהתרו בו שהאיסור הוא אפי' ביהיב דמי לא נפסל רק מדרבנן. עיין בתומים ס"ק י"ב מה שתמה על התוס' סנהדרין דף כ"ה ע"ב ד"ה מעיקרא עיי"ש. ולא זכר מה שכתב המהרש"א שם לפרש דברי התוס' ולפי"ד המהרש"א לק"מ עיי"ש:

(**יא**) **סעיף ט"ז** מפריחי יונים עיין טו"ז שכתב וז"ל אבל בגזל דרבנן כגון ארא יש פסול אפי' בלא אכל. וכ"כ התוס' שם דהא דאמרינן ארא מפני דרכי שלום בעלמא היינו למ"ד אי מקדמי אבל למ"ד ארא גזל גמור הוא מדבריהם עכ"ל עיי"ש. ואחרי נשיקת עפרות זהב לו לא כיוון יפה בכוונת התוס' דאיתא בגמרא סנהדרין דף כ"ה ע"ב תנא הוסיפו עליהן הגזלנין והחמסנין ופריך גזלן דאורייתא הוא ומשני לא נצרכה אלא למציאת חשו"ק מעיקרא סבור מציאת חשו"ק לא שכיחא אי נמי מפני דרכי שלום בעלמא כו'. והקשו התוס' שם ד"ה אי נמי מפני דרכי שלום וז"ל תימה למ"ד מפריחי יונים ארא א"כ מעיקרא נמי פסולים מפני דרכי שלום. וי"ל דהא דאמרינן מפני דרכי שלום קאי אלישנא דתקדמי' יונך ליון עכ"ל התוס'. ונראה מדברי הטו"ז דהוא הבין דמ"ש התוס' דהא דאמרינן מפני דרכי שלום קאי אלישנא דתקדמי' יונך ליון. כוונתם הוא דהא דאמרינן שם לעיל עמוד

א' מ"ד אי תקדמי' כו' מ"ט לא אמר ארא אמר לך ארא מפני דרכי שלום בעלמא דרק הך מ"ד אי תקדמי' כו' הוא סובר דלמ"ד ארא הוא רק מפני דרכי שלום. אבל המ"ד ארא הוא גופי' ס"ל דהוא גזל גמור. כן נראה מדברי הטו"ז שהבין כך כוונת התוס'. אמנם במחילת כבוד הדרת גאון עזו לא דק יפה דהא התוס' שם דף כ"ד ע"ב ד"ה ואלו הן כתבו בהדיא דמ"ד ארא מפני דרכי שלום הוא עיי"ש. ולפי הבנת הטו"ז בכוונת התוס' דף כ"ה הנ"ל הרי דברי התוס' סותרים אהדדי. אך כוונת התוס' דף כ"ה הנ"ל הוא כך דמה דאמרינן שם בגמרא במציאת חשו"ק אי נמי מפני דרכי שלום ומש"ה לא פסלו מעיקרא הגוזל מציאת חשו"ק זה קאי אלישנא דתקדמי' כו'. ולמ"ד ארא ל"ש טעם זה כיון דלמ"ד ארא א"כ מעיקרא נמי פסולים מפני דרכי שלום. אלא למ"ד ארא שייך במציאת חשו"ק הטעם הראשון דאמרינן שם בגמרא דמעיקרא סבור מציאת חשו"ק לא שכיחא לכן לא פסלו מעיקרא כנ"ל לפרש כוונת התוס' וז"ב ופשוט וכן מורה לשון התוס' שם וכמובן ולפי"ז ממילא דברי התוס' הנ"ל אינם סותרים אהדדי כיון דבאמת גם התוס' בדף כ"ה הנ"ל ס"ל דמ"ד ארא סובר דהוא רק מפני דרכי שלום והבן:

(**יב**) **סעיף יח ברמ"א** כל מי שנוטל שכר להעיד. עיין טו"ז שכתב דאם כבר ראה לא יטול שכר על ההליכה להגיד עדות ואם יש לו טרחא יכול ליטול שכר על ההליכה. ועיין במחנה אפרים הלכות שכירות סי' י"ז שהאריך בענין זה:

(**יג**) **שם ברמ"א** ונוטל שכר לילך ולראות הענין שיהי' עד מותר. הש"ך ציין לעיין באע"ז סי' ק"ל סכ"א. וכוונתו דשם כתב המחבר דעדי הגט לא יטלו יותר משכר בטילה והרמ"א התיר שם מטעמים אחרים ולא עפי"ד הרשב"א דמותר ליטול שכר לילך ולראות הענין שיהי' עד. ועלה בדעתי ליישב דמה שהתיר הרשב"א ליטול שכר לילך ולראות הענין שיהי' עד היינו דוקא שכר בטילה אבל יותר משכר בטילה אסור ליקח אפי' בכה"ג. ולכך שפיר התיר הרמ"א שם בעדי גט ליקח יותר משכר בטילה מטעמים אחרים. ועפי"ז א"ש נמי מה שיש להקשות מכאן על הש"ך סוף סי' ל"ח שכתב שם דאפי' לדברי הריב"ש דבהזמה שלא בפניהם נפסלים דזה הוא דוקא לענין עדות דאינו נוגע לעצמן אבל לשבועה לא נפסלים כיון דשבועה נוגע להם ואין מחייבין לאדם שלא בפניו עיי"ש. וקשה הלא גם בעדות נוגע להם דהא מותר ליקח שכר לילך ולראות הענין שיהי' עד וכבר עמדו בזה בשו"ת ספר יהושע בפו"כ סי' תקט"ז ובתשובות שבסוף ספר ראש אפרים סי' ל"ד. ולפמ"ש לק"מ דכיון דלילך ולראות הענין שיהי' עד אינו רשאי ליקח רק שכר בטילה ולא יותר וא"כ מה דנפסל לעדות אין מגיע לו היזק מה דלא יוכל לילך ולראות הענין שיהי' עד דהא אם אינו הולך הרי אינו מבטל ממלאכתו ומשתכר במלאכתו.

אמנם שוב ראיתי בהריטב"א סוף פ"ב דקידושין שכתב וז"ל ובכולן לא אסרו שכר אלא במי שאינו בטל ממלאכתו אבל שכר בטילתו הוא נוטל וכדתנן בסיפא כו' עכ"ל. וכ"כ הרבינו ירוחם במשרים נתיב ב' חלק ז' עיי"ש. וא"כ כיון דגם מי שיודע עדות מותר ליקח שכר בטילה שוב צ"ל דמ"ש הרשב"א דמותר ליקח שכר לילך ולראות הענין שיהי' עד היינו אפי' גברא דלית לי' שום מלאכה מותר ליקח שכר ואפי' שכר הרבה. וכן ראיתי בספר גט פשיט סי' ק"כ סק"ט שכתב כן וא"כ שוב הדרא לדוכתי' קושית הש"ך הנ"ל על הרמ"א באע"ז וגם הקושיא הנ"ל על הש"ך. ועיין בנתיבות ובס' תורת גיטין באע"ז סי' ק"ל מ"ש ליישב דברי הרמ"א. והקושיא הנ"ל על הש"ך נ"ל ליישב דמה דלא יוכל ליקח שכר לילך ולראות הענין שיהי' עד זה לא חשיב חוב כיון דהוי רק מניעת הריוח ול"ש בזה לומר אין חבין לאדם שלא בפניו:

(**יד**) **סעיף כ** וא"ל בפני רבים כו'. כ"כ הג"א פרק ז"ב והובא בב"י. ועיין בס' חשק שלמה בהגהות ב"י אות נ"ח שהביא בשם מהר"י באסן סי' פ"ד שכתב דאם לא הי' שם כ"א שני העדים אין זה פרהסיא והוא ז"ל דייק מלשון המרדכי פ' הגוזל בתרא דאפי' אמר כן בפני שנים נפסל לעדות דכתב המרדכי ואמר בפני עדים אזילנא כו' ומשמע דבפני העדים לבד סגי עיי"ש. ובמחכ"ת לא זכרו שניהם דברי הג"א פ' הכונס ששם כתב ג"כ דין זה ושם כתב בהדיא א"ל בפני שנים כו' עיי"ש:

(**טו**) **סעיף כד** אעפ"י שלא התרו בו שהרי אינו לוקה פסול. עיין ש"ך ס"ק כ"ד שהקשה מהא דכתב הרמ"א לעיל סעיף ב' דעבר עבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן וכאן משמע דפסול מדאורייתא. ותירץ בהג"ה דכאן כיון שחייב מלקות על אותו עבירה רק שלא התרו בו פסול מדאורייתא עיי"ש. ולעיל סק"ד כתבתי דהש"ך סובר דמ"ש הרמ"א דעובר עבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן היינו אפי' אם משכחת בלאו זה מלקות כגון שעובר ע"י מעשה מ"מ כשעובר בגוונא דליכא מלקות כגון שעובר שלא ע"י מעשה ג"כ אינו פסול רק מדרבנן. ולכאורה מכאן יש סתירה לדברינו דהרי כאן מבואר בהדיא דהש"ך סובר דאם משכחת בעבירה זו מלקות נפסל מדאורייתא אף דעובר בגוונא דאינו חייב מלקות. אמנם ז"א דיש לחלק טובא בין אם משכחת בעבירה זו מלקות ובין אם לא משכחת בעבירה זו מלקות רק בלאו זה משכחת מלקות דאם משכחת בעבירה זו מלקות וכמו הכא דאם הי' מתרין בו הי' חייב מלקות על עבירה זו שעבר שפיר נפסל מדאורייתא דהא באמת עבר עבירה שיש בה מלקות ומה דאינו לוקה מכה שלא הי' התראה הרי זה הוא דבר מבחוץ משא"כ היכא דבעבירה זו שעובר:

כעת א"א לחייבו מלקות כלל בשום אופן וכגון שעבר שלא ע"י מעשה בזה אף דמשכחת מלקות בלאו זה והיינו אם יעבור ע"י מעשה מ"מ כיון דהשתא בעבירה זו שעבר כעת א"א כלל שיהי' בה חיוב מלקות אינו נפסל רק מדרבנן והוא פשוט:

טז סעיף כה אין אדם נפסל בעבירה עפ"י עצמו כו'. במשל"מ פ"ד מהל' מלוה נסתפק היכא שעדים ראו שעשה המעשה אך יש לתלות שהי' בהיתר אי נאמן לומר שעשה באיסור. ודעתו נוטה שם דנאמן לומר שעשה באיסור עיי"ש. וכבר השיגו עליו המחברים מתוס' כריתות דף י"ב שהקשו שם בהא דתנינן אמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי נאמן במגו דאי בעי אמר מזיד הייתי. והקשו הא אאמע"ר. ותירצו דהתם נאמן משום דאינו רוצה להביא חולין בעזרה. הרי בהדיא דאפי' היכא שהעדים ראו שעשה המעשה ולא יודעים אם עשה באיסור אי לא אינו נאמן לעשות עצמו רשע. אמנם מתוס' ריש פ"ק דמכות משמע כדברי המשל"מ שהקשו שם איך יכולים העדים לחייבו גלות הלא יכול לומר מזיד הייתי עיי"ש. והרי אם אומר מזיד הייתי משים עצמו רשע והאיך נאמן לומר מזיד הייתי אע"כ דהיכא דאיכא עדים בעיקר הדבר נאמן לומר שעשה באיסור וכדעת המשל"מ. אולם הא באמת דברי התוס' הללו סותרים אהדדי וכבר עמד בזה המהרש"א במכות שם. ועיין בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' ק"ע שכתב לתרץ על נכון דמ"ש התוס' מכות שיכול לומר מזיד הייתי היינו אומר מותר דמקרי מזיד להיות פטור מגלות ולא קא משוי נפשי' רשע עיי"ש בדבריו הנחמדים. וא"כ שוב אין ראי' מדברי התוס' מכות הנ"ל לדעת המשל"מ:

יז שם באותו סעיף שאין אדם מע"ר. בכנה"ג בהגהות הטור אות ס"ב הביא בשם הרמ"א בתשובה סי' למ"ד שכתב בשם המרדכי פ' החולץ דהיכא דמעיד לטובתו ועי"ז משים עצמו רשע נאמן:

וכתב הוא ז"ל דבדק במרדכי דהחולץ ולא מצא. ולדעתי נראה דהרמ"א כיוון למ"ש המרדכי בסוף הפרק שם אהא דאיתא בגמרא מעשה באחד שבא לפני ר"י וא"ל נתגיירתי ביני לבין עצמי. א"ל ר"י נאמן אתה לפסול עצמך ואי אתה נאמן לפסול את בניך. וכתב המרדכי וז"ל נאמן אתה לפסול עצמך וא"ת הא אדם קרוב אצל עצמו. וי"ל הכא לא בעי לפסול א"ע אלא אדרבה הוא רוצה להכשיר ולהתגייר היטב עכ"ל. ומזה מבואר בהדיא כדברי הרמ"א בתשובה הנ"ל. אך צ"ע בדברי המרדכי הנ"ל מהא דאיתא בשבועות דף ל"ד דבקנס לא משכחת ראי' בלא ידיעה דמי לא בעי מידע נכרית בעל בת ישראל בעל כו'. וכתבו הרמב"ן והריטב"א בחידושיהם שם והבאתי דבריהם לעיל בסי' א' סק"ג] לפרש דבקנס לא משכחת ראי' בלא ידיעה דאפי' אי אמר לא אנסתי אשה מעולם ובאו

עדים שאנס ואין יודעים אם בתו או אשה אחרת אעפ"י שהוחזק כפרן אינו משלם קנס שזה בכלל אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע א"ע דכיון דבהודאת קנס ממש פטור ה"ה דפטור בהודאה הבאה מתוך כפירה עיי"ש. וקשה הרי מה שהוא כופר ואומר להד"מ הוא מתכווין לטובתו לפטור עצמו מלשלם קנס וא"כ שוב כשבאו עדים והוחזק כפרן מהראוי לחייבו הקנס דלא הוי כמודה בקנס כיון דהוא מתכווין לטובתו וכמ"ש המרדכי לענין אאמע"ר ויש ליישב:

(**יח**) **שם ברמ"א** מי שחשוד על עריות עיין באע"ז סי' מ"ב סעיף ה' ובנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' נ"ז ובשו"ת מהר"ם מינץ סי' יו"ד וי"א.

(**יט**) **סעיף כ**"ז מצטרפין להעיד עליו לפסלו. ידוע קושית הים התלמוד שהקשה לפי שטה זו ל"ל קרא להכשיר עדמ"י בד"מ הא בל"ז נמי יוכל להוציא ממון היינו שיתבענו מתחלה עם עד אחד וישבע הנתבע להכחיש את העד ואז יצטרף הוא עם העד ויפסול אותו לעדות ולשבועה ואח"כ יתבענו עם העד הב' ויהי' מחויב שבועה ואיל"מ. ועיין לעיל בסי' ל' סק"ב שכתבתי תירוץ נכון לקושי' זו. וכעת נראה לי לישב דהנה עדמ"י אף דכשר לממון מ"מ בחייבי מיתות וממון וכגון בהדליק גדיש של חבירו בשבת והי' ע"ז עדמ"י נלע"ד אף דלא מהני עדותן כלל לענין מיתה מ"מ הוא פטור מלשלם כיון דהוי כמו חייבי מיתות שוגגין. ויש להביא ראי' לזה מש"ס כתובות דף ל"ח דקאמר רנב"י קרי בי' אשר לא ארוסה היינו למעוטי ארוסה מקנס ופריך הא ארוסה בת סקילה היא עיי"ש. וקשה לפמ"ש הקצה"ח בסי' ל' דעדמ"י מהני בקנס וכן הבאתי לעיל בסי' ל' בשם הקדמונים א"כ מה פריך הלא משכחת חיוב קנס לבד בלא חיוב מיתה והיינו היכא שהי' עדמ"י דלענין קנס מהני ולענין מיתה לא מהני ושפיר איצטריך קרא למעט ארוסה מקנס. אלא ודאי דגם ע"י עדמ"י פטור מתשלומין כיון דהוי כמו חייבי מיתות שוגגין ושפיר פריך הש"ס דל"ל קרא הא ארוסה בת סקילה היא ולעולם פטור מתשלומין אפי' היכא שהי' עדמ"י והיא ראי' גדולה. מיהו זה הוא דוקא השתא לבתר דגלי קרא דעדמ"י כשר בד"מ אבל לולא הקרא לא הוי מיפטר מתשלומין ע"י עדמ"י מטעם חייבי מיתות שוגגין. והוא דהנה אמינא לך גם טעמא לזה מה דעדמ"י בחייבי מיתות וממון הוי כחייבי מיתות שוגגין ופטורין מתשלומין דאיתא בש"ס שם דף ל"ה ע"א הטעם דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין משום דמקשינן מכה אדם למכה בהמה ישלמנה מה מכה בהמה לא חלקת בה בין בשוגג ובין במזיד כו' לפטרו מממון אלא לחייבו ממון אף מכה אדם לא תחלוק בו בין בשוגג ובין במזיד כו' לחייבו ממון אלא לפטרו ממון עיי"ש. וא"כ ה"נ לענין עדמ"י כיון דבמכה בהמה חייב לשלם אפי' היכא שהי' עדמ"י ממילא בחיוב מיתה

פטור מתשלומין גם היכא שהי' עדמ"י. וא"כ זה הוא דווקא השתא לבתר דגלי קרא דעדמ"י כשר בד"מ וא"כ מכה בהמה חייב לשלם ע"י עדמ"י לכן שפיר ילפינן מהיקשא דחייבי מיתות פטורין מתשלומין היכא שהי' עדמ"י משא"כ לולא הקרא דעדמ"י כשר בד"מ והוי אמרינן דעדמ"י פסול בד"מ א"כ לא הוי מצינן למילף מהיקשא דמכה אדם ומכה בהמה דבחייבי מיתות היכא שהי' עדמ"י פטורין מתשלומין מטעם חייבי מיתות שוגגין כיון דגם במכה בהמה פטור מלשלם היכא שהי' עדמ"י [וא"ל דהא אף לולא הקרא דעדמ"י כשר בד"מ ג"כ יצטרך לשלם במכה בהמה והיינו עפ"י שיטת הרבינו יקר וכדרך שכתב הים התלמוד וא"כ שוב שפיר מצינן למילף מהיקשא דמכה אדם ומכה בהמה דבחייבי מיתות וממון היכא שהי' עדמ"י פטורין מתשלומין מנועם חייבי מיתות שוגגין. דז"א דהא באמת ליכא קרא שיהא חייב לשלם ואף שהוא יכול להוציא ממון ע"י העצה הנ"ל מ"מ משום הא ל"ש למילף דחייבי מיתות פטורין מתשלומין בעדמ"י מטעם חייבי מיתות שוגגין דהא כתיב במכה בהמה ישלמנה ואין להקיש רק היכא שבמכה בהמה הב"ד מחייבו לשלם מיד בזה בחייבי מיתות פטור מתשלומין וז"ב ופשוט]. והנה יש נ"מ טובא בין אם הוא פטור מלשלם בחייבי מיתות וממון בעדמ"י מצד דעדמ"י פסול בד"מ ובין אם הוא פטור מלשלם מטעם חייבי מיתות שוגגין דאם הוא פטור מצד דעדמ"י פסול בד"מ הרי הם חשובים רק כמו עד אחד וחייב הוא שבועה להכחיש את העדים ואם אינו רוצה לישבע חייב לשלם. ואם הוא פטור מטעם חייבי מיתות שוגגין הרי ליכא שבועה כלל ולעולם הוא פטור מתשלומין. ועוד יש נ"מ דהא בקלב"מ מהני תפיסה וכמ"ש הפוסקים ואף למהרש"ל דס"ל דלא מהני תפיסה בקלב"מ היינו דוקא היכא דעבדינן לי' החומרא אבל בחייבי מיתות שוגגין דלא עבדינן לי' החומרא. מודה הוא דמהני תפיסה וכמ"ש ביש"ש פרק הכונס והובא בש"ך לעיל בסי' ל"ב] וא"כ אם הוא פטור מלשלם מטעם דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין מהני תפיסה ואם הוא פטור מצד דעדמ"י פסול בד"מ וחייב לישבע להכחיש את העדים הרי לאחר שנשבע לא מהני תפיסה היכא דל"ל מגו וכמבואר בסי' פ"ז סעיף ל'. ומעתה שפיר איצטרך קרא להכשיר עדמ"י בד"מ כדי שנוכל למילף מהיקשא דמכה אדם ומכה בהמה דבחייבי מיתות וממון היכא שהי' עדמ"י פטורין מתשלומין מטעם חייבי מיתות שוגגין כי יש נ"מ טובא בין אם הוא פטור מתשלומין מטעם חייבי מיתות שוגגין ובין אם הוא פטור מטעם דעדמ"י פסול בד"מ וכאמור ודו"ק:

(כ) **סעיף כט** כל מי שנתחייב מלקות כיון שלקה בב"ד חוזר לכשרותו כן הביא הטור לשון הרמב"ם. ובהרמב"ם שלפנינו פי"ב מהל' עדות ה"ד איתא בזה"ל כל מי שנתחייב

מלקות בין שעשה תשובה ובין שלקה בב"ד חוזר לכשרותו ועיין בכ"מ שם שכתב לפרש הנוסחא שלפנינו וז"ל כל מי שנתחייב מלקות בין שעשה תשובה כלומר אם לא הי', שם התראה או שחסר דבר מהדברים הצריכים לחייבו מלקות בין שלקה בב"ד כלומר שנתחייב כפי הדין מלקות ולקה חוזר לכשרותו כו' ובפ"ב מהל' טוען ונטען כתב דאם הי' עליו עדים שלקה ועשה תשובה יחזור לכשרותו בין לעדות בין לשבועה וביאור דבריו שאם לקה ועודנו לא נכנע לבבו לא חזר לכשרותו עד שתצטרף תשובה עם המלקות ולפי"ז גם אותה הגירסא נפרש דוקא נתחייב מלקות אלא עבר עבירה שאילו נתקיימו בה התנאים הצריכים הי' חייב מלקות עכ"ל. והנה מ"ש בסוף דבריו לפרש הנוסחא שלפנינו בהרמב"ם בהל' עדות אין להם שחר כלל. ונ"ל דטעות נפל בדפוס והתיבות הם מעורבים ונדפסו שלא במקומן וכך צ"ל ולפי"ז אותה גירסא לא נפרש גם נתחייב מלקות אלא דוקא עבר עבירה שאילו נתקיימו בה התנאים הצריכים הי' חייב מלקות. וכוונתו היא בזה דבריש דבריו כתב לפרש דברי הרמב"ם בהל' עדות דמ"ש בין שעשה תשובה מיירי היכא שלא נתחייב מלקות והיינו שהי' חסר התראה וכיוצא בזה. ומ"ש שלקה בב"ד מיירי שנתחייב מלקות והיינו שלא חסר שום דבר מהדברים הצריכים לחייבו מלקות. וא"כ הי' קשה לי' מהא דכתב הרמב"ם פ"ב מהל' טוען דמלקות לבד לא מהני רק צריך תשובה עם המלקות לכך כתב בסוף דבריו דגם מ"ש הרמב"ם בהל' עדות בין שלקה בב"ד מיירי ג"כ דווקא היכא שלא נתחייב מלקות לכן סגי מלקות לבד ובהל' טוען מיירי היכא שנתחייב מלקות לכן בעינן שניהם מלקות ותשובה. כן י"ל בביאור כוונתו. וא"ל דאי מיירי שלא נתחייב מלקות איך כתב הרמב"ם שלקה בב"ד הלא אי אינו מחויב מלקות עפ"י הדין איך שייך לומר שילקה בב"ד. דז"א די"ל דמיירי היכא שהב"ד עברו ולקו אותו וכ"כ האחרונים לתרץ דברי המגי' במל"מ פי"ז מהל' סנהדרין שכתב שם לפרש הא דתנינן חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן דהיינו דוקא אם לא הי' חייב מלקות אבל אם הי' חייב מלקות לא נפטר ע"י המלקות מכרת עיי"ש. והקשו הרי אם לא הי' חייב מלקות אין רשאין הב"ד להלקותו ואף אם הוא בעצמו נתרצה להלקותו אין רשאין להלקותו ותירצו דכוונתו הוא בעברו הב"ד ולקו אותו. וכמו כן י"ל בכוונת הכ"מ בביאור דברי הרמב"ם הנ"ל. עוד נראה לפענ"ד לפרש דברי הכ"מ הנ"ל עד"א. והוא דהנה מ"ש הכ"מ ולפי"ז גם אותה גירסא כו' אין כוונתו בזה כמו שכתבתי בסמוך דרצונו לתרץ בזה דברי הרמב"ם שלא יסתרו דבריו להדדי מהל' עדות להלכות טוען כי סתירת דברי הרמב"ם כבר תירץ הכ"מ במ"ש וז"ל וביאור דבריו שאם לקה ועודנו לא נכנע לבבו לא חזר לכשרותו עד שתצטרף תשובה עם המלקות ובזה כוונתו לתרץ

סתירת דברי הרמב"ם וכמו שמתרץ הב"ח בסי' זה דבהל' עדות מיירי הרמב"ם בסתם אדם דתלינן דמסתמא נכנע לבבו ע"י המלקות והלכך לא בעי תשובה ובהל' טוען מיירי היכא דידוע דלא נכנע לבבו אעפ"י שלקה בב"ד הלכך בעי גם תשובה עיי"ש בב"ח. וכמו כן הוא כוונת הכ"מ במ"ש וביאור דבריו שאם לקה ועודנו לא נכנע לבבו כו' דהתם בהל' טוען מיירי הרמב"ם שאם לקה ועודנו לא נכנע לבבו וכאן בהל' עדות מיירי שנכנע לבבו ע"י המלקות. ולפי"ז י"ל דמ"ש הכ"מ אחר זה ולפי"ז גם אותה גירסא כו' אין התיבות מעורבים ונדפסו כהוגן על מקומן רק מ"ש אלא עבר עבירה כו' תיבת אלא ט"ס הוא וצ"ל ולא עבר עבירה כו' וכוונתו הוא בזה דלפמ"ש דהיכא דלא נכנע לבבו ע"י המלקות צריך גם תשובה והיכא דנכנע לבבו ע"י המלקות א"צ תשובה שוב א"צ לדחוק ולומר דמ"ש הרמב"ם בין שעשה תשובה מיירי היכא דלא נתחייב מלקות וכמ"ש בריש דבריו אלא דמיירי דוקא שנתחייב מלקות וכמו שמורה פשטות לשון הרמב"ם שכתב כל מי שנתחייב מלקות ומשמע דכוונתו שנתחייב מלקות עפ"י הדין ולא כשעבר עבירה שאילו נתקיימו בה התנאים הצריכים הי' חייב מלקות. ומ"ש הרמב"ם בין שעשה תשובה כוונתו היא היכא שלקה וידוע שלא נכנע לבבו ע"י המלקות לכן בעי תשובה ומ"ש בין שלקה בב"ד מיירי בסתם אדם דתלינן דמסתמא נכנע לבבו ע"י המלקות לכן סגי במלקות לבד כן נ"ל עוד בפירוש דברי הכ"מ וזה נ"ל עיקר:

(**כא**) **שם באותו סעיף** שחמסו או שגזלו אעפ"י ששלמו צריכים תשובה. בב"י באהע"ז סי' ל"ח הביא בשם הרבינו ירוחם שכתב בשם י"מ דגזלן אם הרהר בלבו להשיב הגזילה הרי הוא צדיק ועיין בס' בית הילל באע"ז שם שתמה על זה מהא דאיתא כאן בש"ע ולעיל סעיף ז' דגנב וגזלן אעפ"י ששלמו פסולים הם לעדות עד שיעשו תשובה. הרי אף דהחזירו לא מהני עד שיעשה תשובה וכ"ש אם לא החזירו פסולים לעדות עיי"ש. ולכאורה רציתי לומר דדוקא בחזרת ממון לבד בלא תשובה אינו חוזר לכשרותו אבל ע"י תשובה לבד חוזר לכשרותו אף שעדיין לא החזיר הממון. ויש להביא ראי' לזה מהא דאיתא בב"ק דף צ"ד ע"ב הניח להם אביהם פרה וטלית וכל דבר המסוים חייבין להחזיר מפני כבוד אביהם ופריך איקרי כאן ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך ומשני בשעשה תשובה עיי"ש הרי דע"י תשובה לבד אף דעדיין לא החזיר הגזילה חשיב עושה מעשה עמך וחייבין לכבדו. וה"נ י"ל לענין עדות דאם עשה תשובה אף דעדיין לא החזיר הממון חוזר לכשרותו וא"כ לק"מ על הי"מ הנ"ל. אמנם אין ראי' כלל מהתם די"ל דדוקא לענין כיבוד אם עשה תשובה לבד חשיב עושה מעשה עמך וחייבין לכבדו משא"כ לענין עדות אם עשה תשובה לבד ולא החזיר הממון אינו חוזר לכשרותו. ויש להביא ראי' לזה

מהא דאיתא בסנהדרין דף פ"ה ע"ב לכל אין הבן נעשה שליח לאביו להכותו ולקללו ומשמע שם בגמרא דזה הוא דוקא אם עשה תשובה וכ"כ התוס' יבמות דף כ"ב ע"ב ד"ה כשעשה תשובה וכ"כ הריטב"א מכות דף י"ב ע"ש, ומבואר מזה דאם עשה תשובה לא נפטר עם התשובה ממלקות דהא קתני אין הבן נעשה שליח לאביו להכותו ומיירי שעשה תשובה הרי אף שעשה תשובה עכ"ז מחויב הוא מלקות וכ"כ התוס' ביבמות שם בהדיא [ואף דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש פירשו הא דאין הבן נעשה שליח לאביו להכותו בלא עשה תשובה מ"מ לא פליגי בזה על מ"ש התוס' דע"י התשובה לא נפטר ממלקות רק דהם ס"ל דאפי' בלא עשה תשובה איכא איסורא להכותו וכ"כ בס' יעיר אוזן מערכת מ"ם אות כ' עיי"ש שהאריך בזה להשיג על השבות יעקב ח"ב סי' קי"ג עיי"ש] הרי חזינן דלענין כיבוד היכא דעבר עבירה וחייב עלי' מלקות אם עשה תשובה אף דעדיין לא נפטר ממלקות חשוב עושה מעשה עמך וחייבין לכבדו. והרי לענין עדות היכא שעבר עבירה וחייב עלי' מלקות אף אם עשה תשובה איננו חוזר לכשרותו עד שילקה וכמבואר בהרמב"ם פ"ב מהל' טוען ונטען ה"י ועיין גם בס"ק שלפני זה מה שהבאתי בשם הכ"מ פי"ב מהל' עדות וע"כ דאין לדמות כלל ענין כיבוד אב לענין עדות. והן אמת דהלח"מ בהל' טוען שם כתב דמ"ש הרמב"ם שם ועשה תשובה היינו או עשה תשובה דע"י תשובה לבד חוזר לכשרותו עיי"ש. ולפי דבריו שוב אין ראי' לחלק בין ענין כיבוד אב ובין ענין פסול לעדות. איברא תמה אני על הבה"י הנ"ל דלא הי' צריך כלל להוכיח מדברי הש"ע דבגזלה לא מהני תשובה לבד בלא חזרת הממון דהא הוי מצי להקשות על הי"מ הנ"ל מגמרא מפורשת דאיתא בש"ס ברכות דף י"ט ע"א תנא דבי ר"י אם ראית ת"ח שעבר עבירה בלילה אל תהרהר אחריו ביום שמא עשה תשובה שמא ס"ד אלא ודאי עשה תשובה וה"מ בדברים שבגופו אבל בממונא עד דמהדר למרי' עיי"ש. הרי בהדיא דבממונא לא מהני תשובה לבד אלא בעינן גם שיחזיר הממון וקשה על הי"מ הנ"ל. ומזה לכאורה קשה גם אהא דאמרינן בש"ס ב"ק הנ"ל דאם עשה תשובה אף דעדיין לא החזיר הגזילה חשוב עושה מעשה עמך וחייבין לכבדו. מיהו על הש"ס ב"ק הנ"ל לק"מ די"ל דהתשובה גופי' שעושה זה חשוב עושה מעשה עמך וחייבין לכבדו אף דעדיין לא סר ממנו העבירה שלא החזיר הגזילה אבל על הי"מ הנ"ל קשה מש"ס ברכות הנ"ל דמבואר בהדיא דבגזילה אם עשה תשובה לבד ולא החזיר הממון עדיין הוי עבירה בידו ולא חשוב צדיק וממילא קשה על הי"מ הנ"ל גם מדברי הש"ע כאן וכמו שהקשה הבה"י. אך לפי תירוץ הבה"י שם שכ' דלא קאמרי הי"מ דע"י הרהור לשוב

הגזילה הרי הוא צדיק רק לענין קידושין דהחמירו דלהוי ספק קידושין אבל לענין פסול לעדות לא חשוב תשובה עד שיחזרו עיי"ש וא"כ לק"מ נמי מש"ס ברכות הנ"ל:

(**כב**) **שם ברמ"א** אבל מי שגנב וגזל באקראי בעלמא כו' ודוקא אם החזירו מעצמו כו'. הב"ח חולק בזה וכתב דמי שגנב וגזל באקראי אף אם החזיר ע"י כפי' כשר לעדות מיד עיי"ש והבאתיו לעיל סק"ח. ועיין בריב"ש סי' רס"ו בדינא דחולק עם גנב שהביא הרמ"א לעיל סעיף ז' שם מוכח דדעתו הוא כדעת הרמ"א דאף דאינו מוחזק לגנב ולגזלן אלא שגנב וגזל באקראי אם החזיר ע"י כפי' עדיין הוא פסול דהנה עובדא דהריב"ש שם הי' באחד מעידי קידושין שהעידו עליו שנים שחלק עם הגנב והוציאו ממנו בב"ד וכתב הריב"ש דלא מיפסל לעדות בכך כיון דהחולק עם הגנב לא מיפסל לעדות עיי"ש. ונראה דשם מיירי שהעידו עליו שחלק עם הגנב פעם אחת ולא הי' מוחזק ורגיל בכך לחלק עם גנב. וא"כ הו"ל להריב"ש לומר בפשיטות דמש"ה לא מיפסל לעדות משום דכבר החזיר אלא ודאי דדעת הריב"ש הוא כדעת הרמ"א דאף דלא גנב או גזל רק פעם אחת אם החזיר ע"י כפיית ב"ד עדיין לא מתכשר לעדות ולשבועה עד שיעשה תשובה לכן בעובדא דהריב"ש דמיירי שהחזיר ע"י כפיית ב"ד שפיר הוצרך הריב"ש לדון להכשירו מטעם דהחולק עם הגנב לא מיפסל לעדות:

סימן לה

(**א**) **סעיף א** קטן פסול להעיד. רש"י ז"ל בב"ק דף פ"ח ע"א ד"ה פסולה לעדות כתב וז"ל קטן נמי מהכא נפקא לן דכתיב אנשים ולא קטנים ועוד דעדות שאי אתה יכול להזימה היא דלאו בר עונשין הוא עכ"ל. ומזה נראה דדעת רש"י ז"ל היא דגם בד"מ בעינן עדות שאתה יכול להזימה דאל"כ למה כתב הטעם הב' משום דקטן עשאאי"ל היא הלא טעם זה ל"ש בד"מ דהא בד"מ לא בעינן עשאי"ל ולא הול"ל רק טעם הא' דילפינן מקרא דכתיב אנשים ולא קטנים וכן הוא בגמרא ב"ב דף קנ"ה ע"ב וטעם זה שייך גם בד"מ א"ו דרש"י ז"ל סובר דגם בד"מ בעינן עדות שאי"ל. מיהו לפי"ז צ"ע מדוע לא קאמר בגמרא ב"ב שם גם הטעם דהוי עשאאי"ל וכמ"ש רש"י כאן וצ"ע. ועוד קשה לי על רש"י ז"ל לפמ"ש הג"א פ' החובל דקטן שהזיק חייב לשלם כשיגדיל וכתב דכן הוא דעת רש"י ז"ל והוכיח כן ממה שפירש"י בפ' הגוזל עצים בהא דכפיי' רפרם לרב אשי ופרש"י ששרף שטר חבירו בילדותו עיי"ש וא"כ הרי גם בקטן הוי עדות שאתה יכול להזימה דהא נוכל לחייבו לשלם כשיגדיל וזה דוחק לומר דבעינן דוקא שיהי' בר חיובא בתשלומין בשעה שהעיד והוזם דמהיכי תיתי לומר כן דהא כיון דנוכל לחייבו לשלם אח"כ מה שזמם לעשות

לאחיו שפיר הוי עשאי"ל. אך זאת יש ליישב עפ"י מ"ש הרדב"ז חלק ששי סימן ב' אלפים שי"ד שהביא שם כדעת רש"י והג"א הנ"ל בשם הבה"ג וכתב שם דגם הבה"ג לא קאמר אלא בנזקי ממון שלא יהא חבירו נפסד אבל בעבירות שבין אדם למקום מודה הוא שא"צ תשובה דאין מעשה קטן כלום עיי"ש. והנה מה דעדים זוממין חייבין בתשלומין הוא לאו משום שלא יהא הבע"ד נפסד דהא הם משלמין אף קודם שהבע"ד שילם עפ"י עדותן והוא רק מטעם קנס וכדאמרינן רפ"ק דמכות אליבא דר"ע וקאמר ר"כ תדע שהרי ממון ביד בעלים ומשלמין. ואף למאן דפליג שם וקאמר דעדים זוממין ממונא היא ולא קנסא מ"מ סובר דמה דעדים זוממין משלמין הוא לאו משום פסידא דבע"ד דמה פסידא דבע"ד שייך כאן דלא מבעיא מה דהעדים משלמין אף קודם ששילם הבע"ד בודאי דל"ש לומר בזה משום פסידא אלא אפי' מה דעדים זוממין משלמין לאחר ששילם הבע"ד והיינו לדעת רוב פוסקים דבממון אמרינן כאשר זמם ואפי' כאשר עשה ג"כ ל"ש לומר דאז משלמין משום פסידא דבע"ד דהא אם הוזמו העדים לאחר ששולם הבע"ד בודאי מחויב הצד שכנגדו להחזיר להבע"ד ממונו וא"כ אין כאן פסידא להבע"ד אף אם כבר שילם אלא מה דחייבה התורה לעדים זוממין לשלם גזה"כ הוא וא"כ שפיר בקטן שהעיד והוזם כ"ע מודים דפטור מלשלם אף לאחר שהגדיל כיון דבהזמה ליכא משום פסידא דבע"ד:

ובעיקר דברי הג"א הנ"ל שהוציא מפרש"י פ' הגוזל הנ"ל דקטן שהזיק חייב לשלם כשיגדיל עיין בגדולי תרומה שער ל"ו ח"ב דין וא"ו שכ' דאין הכרע כלל מרש"י ז"ל דהא רש"י לא קאמר בקטנותו אלא בילדותו והיינו דכבר יצא מכלל קטן והי' קשה לי' לרש"י ז"ל האיך אפשר דרב אשי הזיק בידים שטר חבירו ולהכי קאמר שעשה זה בימי ילדותו אבל אילו עשה כן בהיותו קטן ודאי לא הי' חייב בגדלותו לשלם עיי"ש ועיין גם בכתובות דף פ"ו ע"א שמפרש רש"י ז"ל שם הא דכפיי' רפרם לרב אשי כו' ע"ד אחר. וז"ל שבא הדין לפני רב אשי וסיבבו והקיפו בראיות ואגבי מדינא דגרמי עכ"ל הרי שמפרש דהדין בא לפני רב אשי והיינו שאחד שרף שטר חבירו ורצה רב אשי לפטרו וכפאו רפרם לחייבו והוא דלא כמו שמפרש רש"י בב"ק שרב אשי שרף שטר חבירו בילדותו. ועיין באספ"ז פ' הגוזל דף צ"ח ד"ה הוה עובדא שהביא בשם רבינו יהונתן שמפרש וז"ל כלומר בא מעשה כה"ג לפני רב אשי ורצה לפטור האדם השורף שטרותיו של חבירו כו' ואכפי' רפרם שהי' זקן ממנו לרב אשי שהי' בחור שיחייב השורף לשלם לניזק ככשורא לצלמי עכ"ל. ולפי פירוש הרבינו יהונתן יש להשוות הני ב' פירושים מרש"י ז"ל בב"ק וכתובות דעל קוטב אחד יסבו דכוונתו הוא בהנך ב' פירושים הנ"ל כפי' רבינו יהונתן ולפי"ז

ממילא אין להוכיח מרש"י ז"ל פ' הגוזל הנ"ל דס"ל דקטן שהזיק חייב לשלם כשיגדיל. אולם הוא דוחק להעמיס כן ברש"י ז"ל פ' הגוזל דכוונתו הוא כפירוש הרבינו יהונתן:

(ב) **שם באותו סעיף** ואם נתמלא זקנו א"צ בדיקה. כ"כ הטור וכתב הב"י שהטור למד כן מהתוס' יבמות דף פ' ועיין באע"ז סי' קע"ב בב"ש שם סק"ה מה שתמה עליו דאין ראי' מהתוס' עיי"ש:

(ג) **סעיף ב** לא יעיד עד רוב שנותיו עיין סמ"ע שכתב והיינו שיהי' בן ל"ו שנה דימי שנותיו של אדם שבעים שנה עכ"ל. וכ"כ הרשב"ם פ' מי שמת דף קנ"ה ע"ב והנמוק"י שם וכן הוא במחבר לקמן סי' רל"ה סעיף י"א ועיין בהגהות אמרי ברוך להגאון מלייפניק שכתב על דברי הסמ"ע וז"ל לא ביאר אם די בשלשים יום בשנת הל"ו ועיין ביומא דף ל"ח כיון שעברו שנותיו [צ"ל רוב שנותיו] ובפי' רש"י שם ובטורי אבן מס' חגיגה דף ה' ד"ה דילמא עכ"ל. והנה מה שנסתפק אם די בשלשים יום בשנת הל"ו הוא משום דבהא שכתב המחבר דאם נולד לו סיוני סריס והגיע לעשרים שנה הרי הוא גדול בזה העלה הסמ"ע לעיל סק"ה דכשהוא בן י"ט שנים ול' יום משנת העשרים מקרי הגיע לעשרים וכאן לא כתב הסמ"ע אם די בשלשים יום בשנת הל"ו ולזאת ציין לעיין ביומא דף ל"ח וברש"י שם ובט"א בחגיגה דהט"א שם הביא מה שפירש"י ביומא שם בהא דאמרינן כיון דעברו רוב שנותיו ולא חטא שוב אינו חוטא ופרש"י רוב שנותיו ל"ו שנה וכתב הט"א דמ"ש רש"י ז"ל ל"ו שנה הוא לאו דוקא אלא מעט יותר על ל"ה הו"ל רוב שנותיו עיי"ש. ונפלאתי על הגאון מלייפניק שלא זכר מהרמב"ם שכתב בהדיא בפ"ב מהל' אישות הי"א גבי סריס דאם הוא בן ל"ה שנה ויום אחד הרי הוא גדול עיי"ש ועיין גם בב"י באע"ז סי' קנ"ה שהביא שם דברי הרמב"ם שכתב שם כן גם גבי איילונית וכתב הב"י דכל שהוא יותר על ל"ה שנה אפי' יום אחד מיקרי רוב שנותיו עיי"ש וקבע כן להלכה בש"ע שם סעיף י"ג גבי איילונית עיי"ש וכן הוא סריס דאיילונית וסריס חד דינא להו וכדאיתא שם בסי' קע"ב סעיף וא"ו עיי"ש. אך ראיתי בריב"ש סי' תס"ח שהביא שם דברי הרמב"ם הנ"ל והביא בשם הרמ"ה שדעתו הוא דבעינן שלשים יום מן שנת הל"ו עיי"ש וכל זה הי' בהעלם דבר מעיני הגאון מלייפניק באותו שעה. גם מה שהביא הט"א בשם רש"י ז"ל יומא לענין מי שעברו רוב שנותיו ולא חטא כו' דפרש"י ל"ו שנה לא נמצא שם כלל ברש"י ז"ל כן וכפי הנראה לא עיין הגאון מלייפניק אז ברש"י ז"ל רק בהט"א לבד וסמך עצמו על הט"א שהביא כן בשם רש"י לכן רמז כאן גם לדברי רש"י ז"ל יומא:

(ד) **סעיף ז** אחר שנתגייר ונשתחרר אינו נאמן. עיין בקצה"ח שכתב דגם בפסול עבירה מדרבנן בעינן תחלתו וסופו בכשרות והביא ראי' מהתוספתא פ"ה דסנהדרין דקתני גבי

סוחרי שביעית דבעינן תחלתו וסופו בכשרות עיי"ש וראי' זו הביא ג"כ התומים סוף סי' ל"ד והשיג בזה על הש"ך שכתב דבפסול עבירה לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות עיי"ש. ולפע"ד אין זה ראי' דכל הטעם דהש"ך שכתב דבפסול עבירה לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות הוא משום דבידו להתכשר עצמו ולעשות תשובה מיד בשעת ראי' וכמו שכתב הפ"ת בסי' ל"ד ס"ק מ"ח בשם ס' מראות הצובאות עיי"ש והא תני בתוספתא שם דסוחר שביעית אינו חוזר לכשרותו עד שתגיע שמטה אחרת ויבדק ויחזור בו חזרה גמורה עיי"ש וכן קי"ל בסי' ל"ד סעיף ל"ב וא"כ סוחר שביעית לא הי' בידו להתכשר עצמו אז בשעת ראי' דהא תשובה לבד לא מהני עד שתגיע שביעית אחרת ושפיר קתני בסוחרי שביעית דבעינן תחלתו וסופו בכשרות. ומ"ש עוד הקצה"ח דאמרינן אאמע"ר אף היכא דלא מיפסל לעדות בשביל הרשעה עיין בברכי יוסף סי' ל"ד אות ל"ג שהביא בשם הרשב"ש בתשובה שכתב דלא אמרי' אאמע"ר רק לענין עדות שלא לפסול לעדות אבל להודות שעבר עבירה ושהוא רשע אין אומרים אאמע"ר עיי"ש הרי דהיכא דלא מפסיל לעדות ע"י הרשעה לא אמרי' אאמע"ר ועיי' בבר"י שם שהאריך קצת בדברי הרשב"ש. ומה שהביא הקצה"ח ראי' לדבריו מהא דעדים שאמרו אמנה היו דברינו אינם נאמנים משום דעולה הוא ולא מצינו שנפסלו לעדות כשחתמו על אמנה אין זה ראי' לפענ"ד כי לפע"ד נראה כדעת התומים בסי' מ"ו שהביא הקצה"ח שם [והוא באורים שם ס"ק קל"א] דעדים שחתמו על אמנה פסולים לעדות עיי"ש דהא כתב הרמב"ם פ"ג מהל' עדות ה"ז וז"ל וכן אם אמרו אמנה הי' דברינו אין נאמנים שהמעיד על שטר אמנה כמעיד שקר עיי"ש וא"כ בודאי עדים שחתמו על אמנה נפסלו לעדות וכמו המעיד שקר דנפסל לעדות [וצ"ע בריב"ש סי' שצ"ו שכתב דעדים שחתמו על אמנה לא משמע להו לסהדי דלהוי רשיעי בהכי כיון שהבעלי דבר נסכמים בה ומ"מ כיון דעולה היא ולא מצי למחתם עלה לא מהימנו לומר אמנה הי' דברינו עיי"ש וצ"ע אי משום דלא משמע להו דלהוי רשיעי בהכי לכן לא מיפסלו כלל לעדות או מיפסלו עכ"פ מדרבנן וכדקי"ל לעיל בסי' ל"ד גבי לאו דלא תחמוד. אמנם לפי"ד הרשב"ש הנ"ל דהיכא דלא מיפסל לעדות לא אמרי' אאמע"ר צ"ל דמיפסלו עכ"פ מדרבנן דאי לא מיפסלו כלל ל"ש לומר אאמע"ר ומדוע לא מהימנו לומר אמנה היו דברינו אבל אי נימא דמיפסלו מדרבנן שפיר שייך לומר בזה אאמע"ר ואינו נאמן וכמ"ש התומים סי' מ"ו ס"ק מ"ב דגם בעבר עבירה דרבנן ונפסל לעדות מדרבנן גם כן א"נ לעשות עצמו רשע עיי"ש ועיין בבר"י סי' ל"ד אות ל"ד שהאריך שם בענין זה אי בעבירה דרבנן אמרי' ג"כ אמרינן אאמע"ר ממ"ש האסף"ז כתובות להקצה"ח דגם היכא דלא מיפסל לעדות ג"כ אמרינן אאמע"ר ממ"ש האסף"ז כתובות

דף י"ט ד"ה מ"ט כיון דעולה הוא בשם הר"מ שהקשה דאמאי לא קאמר דגם המלוה אינו נאמן לומר שטר אמנה הוא משום דאמע"ר ששוהה שטר אמנה בתוך ביתו ועיי"ש מה שתירץ, והרי המלוה בודאי לא מיפסל לעדות בזה שמשהה שטר אמנה בתוך ביתו דדוקא העדים שחתמו על שטר אמנה נפסלו משום דהוי כמעיד שקר אבל לגבי מלוה דליכא טעם זה בודאי דלא מיפסל ואפ"ה הוקשה לו להר"מ דלא יהא נאמן המלוה לומר שטר אמנה הוא משום דאמע"ר. וע"כ דדעתו הוא דאף היכא דלא מיפסל לעדות ע"י הרשעה ג"כ אמרינן אמע"ר. ושוב ראיתי להקצה"ח בספרו שב שמעתתא שמעתתא ז' פרק ה' שחזר בעצמו והביא ראי' מש"ס יבמות דף כ"ה דדוקא היכא דמפסיל לעדות אמרינן אמע"ר עיי"ש. ויש לי להאריך בדבריו שם אך אכמ"ל:

(ה) **סעיף יב** אעפ"י שמכיר הקול. עיין בשער משפט סק"ד שהביא מה שהוכיחו הפוסקים דלא מהני טביעת עין דקלא לענין עדות מהא דאי' בסנהדרין דף ס"ז גבי מסית דמדליקין לו את הנר כדי שיהי' רואין אותו ושומעין את קולו. וכתב הוא דאישתמיט להו הירושלמי פ' בתרא דיבמות דאיתא להדיא דמה דבעינן רואין אותו הוא כדי שלא יברח אבל טביעת עין דקלא י"ל דמהני אף בלא אמר אני עיי"ש. ואיני מבין דבריו דהא בירושלמי שם קאמר שניא הכא דאמר אני ומשמע בהדיא דאם לא אמר אני לא מהני טביעת עין דקלא. ועיין בקצה"ח סי' פ"א ס"ק י"ג ובנתיבות שם סק"ז מה שכתבו בענין זה:

סימן לו

(א) **סעיף א** כשראיתם דבר זה באתם כדי להעיד כו' עיין ש"ך סק"ג שכתב דאם כולם לא נתכוונו להעיד אף עדות הכשרים נתבטל דלא מסתבר לומר דקרובים שלא נתכוונו להעיד לא יחשבו עדות וכשרים יחשבו לעדות. ועיין בקצה"ח סק"ב שהקשה על הש"ך מסנהדרין דף כ"ג ועפ"י דברי הר"א אב"ד שהביא הריטב"א פ"ק דמכות דבד"מ דעדמ"י מצטרפין בכשרותן מצטרפין נמי בפסלותן עיי"ש. ולפענ"ד לק"מ דעד כאן לא קאמר הר"א אב"ד דבד"מ אף בעדמ"י אם נמצא אחד מהם קא"פ נתבטל גם הכשרים רק בכת אחת והיינו שהי' שלשה או ארבעה עדים ולא ראו ביחד רק א' מחלון זה ואחד מחלון זה אבל בשתי כתי עדים והיינו שראו שנים מחלון זה ושנים מחלון זה אם נמצא בכת אחת א' קא"פ לא נתבטלה כת שני' כיון דשתי כתי עדים כל חדא חשוב עדות בפ"ע ואין צריכין זה לזה לכן אין מצטרפין לענין לפסול כולם בקא"פ. וכן מבואר בתוס' מכות דף ו' ע"ב סוף ד"ה תניא נמי הכי עיי"ש היטב וכן מצאתי בס' שער משפט בסי' זה סק"א

שהביא בשם שו"ת לחם רב שכתב דבד"מ דעדמ"י מצטרפין ה"ה דמצטרפין בשתי כתי עדים לענין זוממין וקא"פ והוא ז"ל דחה דבריו מדברי התוס' מכות הנ"ל עיי"ש. ועיין עוד שם בס' שעמ"ש שהביא כדברי הר"א אב"ד בשם הנמוק"י ונראה דהבין ג"כ כך כוונת הנמוק"י דדוקא בכת אחת הוא דמצטרפין בד"מ גם לענין קא"פ אבל לא בשתי כתות עיי"ש. וא"כ לק"מ קושית הקצה"ח מהא דסנהדרין שם דהא שם מיירי בשתי כתי עדים והיינו שלא ראו ביחד וא"ש:

ולפי הבנת הקצה"ח בדעת הר"א אב"ד דגם בשתי כתי עדים מצטרפין בד"מ לענין קא"פ וכן הוא דעת שו"ת לחם רב הנ"ל. יש להקשות דהא דעת כל הפוסקים הראשונים הוא דעדמ"י כשר לאסור אשה על בעלה ועיין מזה בנוב"י מהדו"ק חאע"ז סי' ע"ב בסתירת היתר ג' וא"כ עדמ"י שבאים לאסור אשה על בעלה ונמצא ביניהם אחד קא"פ עדות כולן בטילה וכמו גבי ד"מ א"כ מה מקשה הש"ס סנהדרין דף מ"א אלא אשה חבירה היכי משכחת לה דמיקטלא הא יכולו לומר לאוסרה על בעלה באנו הרי שפיר משכחת בכה"ג שהי' עדמ"י ונמצא אחד מהם קא"פ דבזה א"א לומר שבאו לאוסרה על בעלה דהא יש ביניהם קא"פ ונתבטלה עדותן לענין לאוסרה על בעלה א"ו דלהרגה באו דלזה לא נתבטלה עדותן. ובשלמא לפמ"ש דכוונת הר"א אב"ד הוא דווקא בכת אחת ולא בשתי כתי עדים לק"מ דהא ע"כ קושי' זו ל"ש להקשות רק דוקא בשתי כתי עדים ובכת אחת הי' אחד מהם קא"פ דאי בכת אחת והיינו שהי' הרבה עדים ולא ראו ביחד רק אחד מחלון זה ואחד מחלון זה אין מצטרפין כלל בד"נ ואין מחייבין מיתה כלל וכיון דהקושי' אינה אלא דוקא בשנוקמי בשתי כתי עדים א"כ לפי דברינו אין כאן התחלת הקושי' כלל דהא בשתי כתי עדים גם בד"מ אם נמצא אחד מהם קא"פ לא נתבטלה כת שני' ושוב שפיר יכולו לומר לאוסרה על בעלה באנו אף שנמצא בכת אחת קא"פ כיון דלא נתבטלה עדותן גם לענין לאוסרה על בעלה אבל לפי דעת הלחם רב והקצה"ח שפיר קשה והיא קושי' נפלאה:

ואמרתי ליישב דהנה במתני' דמכות פליגי ר' יוסי ורבי בהא דנמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה ר"י אומר בד"א בד"נ אבל בד"נ תתקיים העדות בשאר ורבי אומר אחד ד"מ ואחד ד"נ. והנה ידוע דסתם ר' יוסי המוזכר במשנה ובגמרא הוא ר' יוסי בר חלפתא אולם מצינו בכמה מקומות בש"ס דאף דאיתא סתם ר' יוסי אמרינן דהוא ר' יוסי בר' יהודה וכן הוא בש"ס מכות דף ו' ע"ב ועוד בכמה דוכתי' ועיין מזה בס' אורח מישור בנזיר דף ס"ו עיי"ש. וא"כ י"ל דהאי ר' יוסי דפליג עם רבי במתני' מכות שם ואמר דבד"מ תתקיים העדות בשאר הוא ר' יוסי בר' יהודה ולא ר' יוסי בר חלפתא וכן מצינו עוד

בדוכתי' אחריתא דרבי פליג עם ר"י בר"י והוא בר"ה דף ל"ב ע"א ובסוכה דף נ' ע"ב ובחגיגה דף כ"ד ע"א וגם יש להביא ראי' לזה דהאי ר' יוסי הוא ר"י בר"י עפי"מ שראיתי בכללי הגמרא למרן הב"י שבס' הליכות עולם שכתב שם בשער ה' דרבי ור' יוסי הלכה כר' יוסי דהוא רבו דרבי עיי"ש וקשה דהא קאמר ר"נ במכות שם בפלוגתא דר"י ורבי הנ"ל דהלכה כרבי וקיי"ל כן כאן בש"ע וע"כ צ"ל דר"י במכות שם דפליג עם רבי הוא ר"י בר"י ורבי ור"י בר"י הלכה כרבי וכ"כ במבוא התלמוד לרבינו שמואל הנגיד עיי"ש. ומ"ש מרן ז"ל דרבי ור"י הלכה כר' יוסי כוונתו על ר' יוסי בר חלפתא דהוא הי' רבו של רבי וכמבואר בש"ס בכמה דוכתי'. והנה כי כן דר"י דקאמר במתני' דמכות דבד"מ תתקיים העדות בשאר הוא ר"י בר"י א"כ לק"מ קושיתינו הנ"ל דהא טעמיי' דהפוסקים דעדמ"י כשר לאסור אשה על בעלה הוא משום דדמי' לד"מ מצד הכתובה ועיין בב"י סי' למ"ד. ולפי"ז לר"י בר"י דס"ל דבד"מ תתקיים העדות בשאר ה"ה בעדים שהעידו לאסור אשה על בעלה ונמצא אחד מהם קא"פ ג"כ תתקיים העדות בשאר וכמו בד"מ. והרי התם בסנהדרין דפריך הש"ס אשה חבירה דמיקטלא היכי משכחת לה מקשה זאת אליבא דר"י בר"י דאמר חבר א"צ התראה וא"כ לק"מ קושיתינו הנ"ל דהא לר"י בר"י לשיטתו אף אם נוקמי בעדמ"י ונמצא אחד מהם קא"פ ג"כ יכולו לומר לאוסרה על בעלה באנו כיון דלדידי' תתקיים העדות בשאר:

איברא ראיתי בתוס' סנהדרין דף ט' ע"א ד"ה בזמן שהתרו בהן שכתבו בשם הרשב"א דהאי ר' יוסי דפליג עם רבי במתני' במכות דף וא"ו ע"א לענין נמצא קא"פ הוא הך ר' יוסי דקאמר שם במתני' בעמוד ב' דלעולם אין נהרגין עד שיהיו שני עדיו מתרין בו עיי"ש והרי אמרינן שם בגמ' מכות דהאי ר' יוסי דאמר דאין נהרגין עד שיהיו שני עדיו מתרין בו הוא לאו ר' יוסי בר"י דר"י בר"י ס"ל דחבר א"צ התראה אלא ר' יוסי בר חלפתא הוא עיי"ש ובהריטב"א שם. וא"כ לפי"ד התוס' בשם הרשב"א הנ"ל ממילא ר' יוסי דפליג עם רבי לענין נמצא אחד קא"פ הוא ג"כ ר' יוסי בר חלפתא ולא ר"י בר"י וא"כ ליתא לתירוצנו על קושיתנו הנ"ל. ושוב הדק"ל. וצ"ע:

וגם לפי"ד התוס' בשם הרשב"א הנ"ל שוב קשה על מרן ז"ל שכתב דרבי ור' יוסי והיינו ר' יוסי בר חלפתא הלכה כר' יוסי הלא הכא קיי"ל כרבי לגבי ר' יוסי בר חלפתא והן אמת דמדברי התוס' ב"ב דף מ"א ע"ב ד"ה נחלקה נראה דפסקו כר' יוסי דבד"מ תתקיים העדות בשאר שכתבו שם וז"ל ואומר ר"י דב"ש כר' יוסי ס"ל דאמר בד"א בד"נ אבל בד"מ תתקיים העדות בשאר והכי הלכתא דפסק ר"נ כוותי' עיי"ש. וא"כ ליכא תפיסה כלל על מרן ז"ל מהתוס' בשם הרשב"א הנ"ל דהא באמת התוס' ס"ל דהלכה בזה כר'

יוסי ולא כרבי ושפיר י"ל דהוא משום דהתוס' ס"ל דהך ר' יוסי הוא ר' יוסי בר חלפתא וכמ"ש בשם הרשב"א ורבי ור' יוסי בר חלפתא הלכה כר' יוסי וכמ"ש מרן ז"ל. ושאר פוסקים דס"ל בזה כרבי דגם בד"מ עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכן קיי"ל כאן בש"ע בכל הסימן י"ל דהם ס"ל דר יוסי דפליג עם רבי ואמר דבד"מ תתקיים העדות בשאר הוא ר' יוסי בר' יהודה ולא כהרשב"א הנ"ל לכך שפיר פסקו בזה כרבי כיון דרבי ור"י בר"י הלכה כרבי וכמש"ל בשם המבוא התלמוד. אולם באמת דברי התוס' ב"ב שם תמוהים דאיך כתבו דר"נ פסק כוותי' הלא ר"נ פוסק בהדיא במכות דף וא"ו כרבי ולא כר' יוסי וכבר עמד בזה הגאון מהר"י פיק בהגהותיו על הגליון שם וראיתי פירוש נכון על דברי התוס' אלו בחידושי הרי"ם על חו"מ סוף סי' זה שכ' דמ"ש התוס' והכי הלכתא לא קאי על ר' יוסי רק כוונתם הוא על ר"ש בן אלעזר היינו דהלכה הוא כר"ש בן אלעזר כיון דלדידי' רק ב"ש ס"ל כר' יוסי אבל ב"ה ס"ל כרבי וכהלכתא ור"נ פסק כוותי' היינו כר"ש בן אלעזר מדפסק דהלכה הוא כרבי וע"כ דגם ב"ה ס"ל כרבי אבל למאן דפליג על רשב"א [והוא בנזיר דף כ' ע"א במתני'] הרי תקשה קושית התוס' שם גם אליבא דב"ה וצ"ל דגם ב"ה ס"ל כר' יוסי וכתירוץ התוס' שם אליבא דב"ש ואליבא דרשב"א וא"כ תקשה הלכתא אהלכתא כיון דהלכה כב"ה וסברי כר' יוסי ואיך פוסק ר"כ כרבי עיי"ש בדבריו הנחמדים ודבריו אמיתים המה בפירוש כוונת התוס'. וא"כ ממילא מבואר להיפך מהתוס' ב"ב הנ"ל דהם פוסקים ג"כ כרבי ולא כר' יוסי ושוב שפיר קשה על מרן ז"ל קושיתנו הנ"ל לפי"ד התוס' בשם הרשב"א הנ"ל וצ"ע:

(**ב**) **שם באותו סעיף** אם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קא"פ עדותן בטילה. דברי המחבר כאן הם לשון הרמב"ם ועיין סמ"ע סק"ד שכתב דעדותן בטילה אפי' אם לא העידו כלל עיי"ש ועיין ש"ך ריש סק"ו שהסכים עם הסמ"ע דכן הוא דעת הרמב"ם והיינו כפרש"י ורשב"ם עיי"ש וכ"כ בשו"ת מהר"ם אלשקר סי' ט"ז. אולם ראיתי בשו"ת מהרשד"ם חאע"ז סי' ס"ח שכתב דדעת הרמב"ם הוא כדעת התוס' והרא"ש דתרתי בעינן צירוף בראי' ובהגדה והוכיח כן מלשון הרמב"ם שכתב נמצא אחד מהם קא"פ בטל העדות ומדנקט ונמצא נראה שכבר העידו ואח"כ נמצא אחד קא"פ ועכ"ז כתב אח"כ בד"א בזמן שנתכוונו כולם להעיד כו' הרי בפי' שאפי' כשהעידו כבר בב"ד ונמצא אחד פסול אח"כ אין העדות בטל אלא אחר שנבדקו העדים ונודע כשראו המעשה נצטרפו כולם להעיד וא"ל דוקא כשהעידו בב"ד ונמצא אחד פסול אז לא נתבטל העדות אלא אם נודע כו' אבל אם נודע שבשעת ראי' נתכוונו כולם להעיד אפי' שלא העידו אח"כ הפסולים בב"ד העדות בטל הא ודאי ליכא למימר הכי שהרי יותר חמור שעת הגדת העדות בב"ד משעת

ראי' דעיקר קרא בשעת הגדה כתיב עכ"ל. אך באמת דעת הש"ך הוא לחלק כן דדוקא כשהעידו בב"ד ונמצא אחד קא"פ אז לא נתבטל העדות אלא אם כיוון מתחלה בשעת ראי' להעיד אבל אם בשעת ראי' כיוונו להעיד אפי' שלא העידו אח"כ הפסולים בב"ד ג"כ העדות בטל וכן נראה מדברי הש"ך ריש סק"י וס"ק י"ז עיי"ש [ומ"ש הש"ך סק"י שם תיבת לכ"ע הוא לאו דווקא דהא הרמ"ה כתב בהדיא ומובא בטור ובש"ך סק"ו דבצירוף בהגדה לבד פוסל אף דלא כיוונו בשעת ראי' להעיד וגם לא ראו כאחד אלא כוונת הש"ך הוא בזה לדעת רוב הפוסקים וכמ"ש הש"ך בסק"ו דהפוסקים חולקים על הרמ"ה. ומ"ש הש"ך בסק"ו דאם הוזמו הפסולים כיון שאינם אומרים אמת ולא הי' להם צירוף בשעת ראי' בעינן שיעידו תכ"ד עיי"ש עיין בשו"ת ושב הכהן סי' כ"ב שהביא ראי' לדבריו מתוס' כתובות דף ל"ג ד"ה וניתרי בהו שכתבו שם התוס' דלענין קא"פ בעינן שיעידו תכ"ד והרי התוס' במכות כתבו דלענין קא"פ לא בעינן שיעידו תכ"ד וא"כ דברי התוס' סותרים להדדי. ולפי"ד הש"ך א"ש דהתוס' בכתובות שם קאי אעדים זוממין ובזוממין שפיר בעינן גם לענין קא"פ שיעידו תכ"ד עיי"ש:

(ג) **עוד שם באותו סעיף** ואם היו כל העדים כשרים כו' ואחד שלא נתכוון להעיד כו'. כאן מבואר דלא בעינן כוונה להעיד ורבים מקשים על זה מש"ס כריתות דף י"ב דאי' התם אמרו לו שנים יודע אתה עדות לפלוני והוא אומר לא ידעתי פטור במגו דאי בעי אמר לא נתכוונתי להעיד הרי בהדיא דבעינן כוונה להעיד וכ"כ התו"י שם דבעינן כוונה להעיד. ועיין בשער משפט סי' צ"ב סק"א שמתרץ והוא דהנה יש להקשות דאף בלא המגו איך יכולים העדים שמעידין שיודע עדות לפלוני לחייבו קרבן הלא עכצ"ל דהנך עדים יודעים ג"כ אותו עדות שגם המה היו שם בשעת ראיית המעשה וא"כ ממ"נ אי איתנהו קמן בשעה שהשביעו הבע"ד הרי פטור מקרבן שבועות העדות דהא הכופר בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן לכ"ע פטור וכמ"ש התוס' שבועות דף ל"ג ואי מיירי שלא היו קמן בשעה שהשביעו הרי הוי חצי דבר דהא בעינן גם לעדות הנך עדים שמעידין ששמעו שהשביעו הבע"ד והוא אמר שאינו יודע וא"כ אינם יכולים לחייבו מטעם דהוי חצי דבר. ובעכצ"ל דמיירי שהעדים שמעידים שיודע עדות לפלוני איתנהו קמן בשעה שהשביעו רק דהם קרובים להבע"ד ורחוקים לאותו עד שכפר ולא כיוונו להעיד ושוב לא נתבטל העד הכשר מחמת צירופן לכן שפיר לולא המגו היו יכולים לחייבו. והנה דעת הש"ך הוא דהיכא דהוי קא"פ עם הכשרים צריכים הכשרים לכוון להעיד ובאם לאו ג"כ נתבטל העדות אף דהפסולים לא כיוונו להעיד. וא"כ הכי הוא כוונת הש"ס דאי בעי אמר לא נתכוונתי להעיד וא"כ נתבטל גם עדותו מכח צירוף הקרובים ופטור מקרבן זת"ד עיי"ש.

אמנם לא ניחא לי בזה עפימ"ש הנתיבות סק"א דגם הש"ך לא קאמר דאם לא נתכוונו כולם נתבטלו גם עדות הכשרים אלא דווקא כשהעידו ג"כ הכשרים והפסולים בב"ד אבל אם לא העידו הפסולים בב"ד לא נתבטלו הכשרים אף שראו ביחד ולא נתכוונו כולם להעיד עיי"ש וא"כ הרי התם הקרובים אינם מעידין עדות זה בב"ד ושוב אף אם הכשר לא כיוון להעיד לא נתבטל עדותו ושוב א"א לפרש כונת הש"ס כדברי השעמ"ש: **ולפענ"ד** נראה לפרש כוונת הש"ס ע"ד אחר. והוא דהנה לכאורה קשה כנ"ל דאיך יכולים העדים שמעידין שיודע בעדות פלוני לחייבו קרבן אף בלא המגו דממ"נ אי איתנהו קמן הרי כופר בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן פטור ואי ליתנהו קמן הרי הוי חצי דבר. אמנם באמת ז"א והוא דבאמת מיירי דאיתנהו קמן ומיירי ג"כ שהנך עדים שהעידו עליו שיודע בעדות פלוני שראו ביחד הם ג"כ רחוקים להבע"ד ואפ"ה לולא המגו הי' חייב קרבן. והוא עפ"י מה דאיתא בירושלמי שבועות פ"ד ה"ג הי' עשרה עדים וכפרו בזה אחר זה אית תניי תני הראשון חייב וכולן פטורין ואית תניי תני האחרון פטור וכולן חייבין וקאמר שם דזה תליא בפלוגתא דרבי ור' יוסי אי אמרינן בד"מ עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה עיי"ש ועיין בסק"ד שכתבתי לפרש כוונת הירושלמי דמש"ה שייך לומר בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משום שהראשון שכפר והזיד בשבועות העדות נעשה פסול ולכן מבטל גם שאר העדים הכשרים למ"ד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה בד"מ והבאתי ראי' מזה להנתיבות שכתב דלשיטת הרמב"ם דקא"פ פוסל עדות הכשרים בצירוף ראי' לבד הה"נ אפי' היכא דבשעת ראי' כשר הי' ואח"כ נעשה פסול ג"כ פוסל עדות הכשרים אף דלא העיד הפסול בב"ד ודלא כהקצה"ח שכתב דבכה"ג לכ"ע בעינן צירוף בשעת הגדה עיי"ש. וא"כ הכא שכפר ונעשה פסול שוב נתבטל גם העדים הכשרים המעידין עליו שראו ביחד העדות ויודע בעדות פלוני מכח צירוף פסול לכן שפיר נתחייב בקרבן שבועות העדות אף שהעדים שמעידין עליו שיודע בעדות פלוני שראו ביחד איתנהו קמן והם רחוקים להבע"ד כיון דלא יועיל כלל תו עדותן אחרי דנתבטל מחמת צירופו שהוא נעשה פסול. ומ"ש התוס' שבועות שם דהכופר בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן כ"ע מודים דפטור הם מיירי בב' כתי עדים דהם סובבים על המתני' שם דתני הי' שתי כתי עדים ובכה"ג הרי לא הי' צירוף כלל לא בראי ולא בהגדה ושפיר אף אם כת הראשונה כפרו ונפסלו לא נתבטלה הכת שני' לכן שפיר כת הראשונה פטורה היכא דהכת שני' ראוין להעיד. וכן מבואר בהדיא בהירושלמי שם דאיתא שם אמר ר"י מתני' אמרה כן היו שתי כתי עדים לא אמר אלא שתים הא אחת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה עיי"ש הרי בהדיא דבשתי כתי עדים אף דכפרה כת

ראשונה לא נתבטלה כת שניי' [באמת לשיטת התוס' אין אנו צריכין לזה דהא אף אי נימא דכוונת התוס' הוא דאפי' בכת אחת וכפר אחד ואיכא עוד עדים קמן פטור ג"כ ניחא דהא פירושינו הנ"ל בדברי הירושלמי הנ"ל יתכן רק לשיטת הרמב"ם וסייעתו דבצירוף בראי' לחוד סגי אבל להתוס' והרא"ש דס"ל דתרתי בעינן צירוף בראי' ובהגדה א"כ אף בכת אחת שכפר אחד ונעשה פסול לא נתבטלו שאר עדים כיון דלא הי' להם צירוף בשעת הגדה דהא כפר ולא העיד כלל ועיין לקמן סק"ד ולכן שפיר להתוס' לשיטתם אפי' בכת אחת פטור מי שכפר אי איכא עוד עדים קמן. אך אכתי אנו צריכין לחילוקינו הנ"ל בין כת אחת ובין שתי כתות אליבא דהרמב"ם דהוא פוסק ג"כ בפ"י מהל' שבועות הט"ו דהכופר בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן פטור והרי הרמב"ם סובר דבצירוף בראי' לחוד סגי וא"כ לדידי' לכאורה קשה דאמאי פטור הלא כיון שכפר נעשה פסול ונתבטלו שאר העדים ולא יועילו עוד כלל בעדותן וא"כ מהראוי לומר שהוא חייב אף דנשארו עוד עדים וכדאיתא בירושלמי הנ"ל ואליבא דהרמב"ם שפיר צריכין אנו לחלק בין כת אחת לשני כתות ועיין גם ברמב"ם שם שהוא כתב כן בהדיא דווקא בשני כתי עדים עיי"ש. והן אמת דלפמ"ש בסק"ד לתרץ דברי רש"י והרמב"ם שהבאתי שם דלשיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן פטור לא נעשה ג"כ פסול ע"י כפירתו היכא שיש עוד עדים קמן ורק במושבע מפי עצמו נעשה פסול אפי' בכה"ג מכח השבועה שנשבע לשקר עיי"ש וא"כ לפי דרכינו כאן דבש"ס כריתות שם מיירי שהעדים המעידין עליו שיודע בעדות פלוני הם רחוקים להבע"ד ואיתנהו קמן בשעת השבועה אלא ע"י כפירתו נתבטל גם עדותן ולא יועיל שוב עדותן א"כ צ"ל דהש"ס כריתות שם מיירי במושבע מפי עצמו דאז נתבטלו גם שאר עדים ע"י כפירתו שנשבע לשקר. וא"כ י"ל דהרמב"ם שם מיירי במושבע מפי אחרים ושפיר לשיטת הש"ס דידן והרמב"ם לא נפסלה הכת הראשונה ע"י כפירתם כיון דנשארו עוד כת שני' וממילא לא נתבטלה הכת שני'. אולם לפמ"ש לחלק בין כת אחת ובין כתי כתות אין אנו צריכין לומר דהרמב"ם מיירי דוקא במושבע מפי אחרים דשפיר י"ל דמיירי אפי' במושבע מפי עצמו ואפ"ה ניחא כיון דמיירי בשתי כתי עדים וכמ"ש הרמב"ם בהדיא וא"ש והבן] והנה קרוב או פסול אינו מבטל עדות הכשרים אא"כ שכיוון להעיד וא"כ הכ"נ היכא שנעשה פסול אח"כ מכח שהזיד בשבועות העדות ובשעת ראי' כשר הי' ג"כ אינו מבטל עדות הכשרים שראו ביחד אא"כ כיון להעיד אז בשעת ראי' דהרי הוא לא גרע משאר קא"פ היכא דהי קא"פ מתחלה מיד בשעת ראי' דבעינן שיכוון להעיד. וכן מבואר בהדי' בתוס' ב"ב דף מ"א ע"ב ד"ה נחלקה עדותן שהקשו דכיון דבכת אחת נחלקה עדותן שוב בב' כתי

עדים תיבטל עדותן דהוי אחד מהם פסול ותירצו שם בחד תירוצא דמיירי דאתי למחזי עיי"ש והרי התם בשעת ראי' כשר הי' אלא דהשתא הוא דנפסל ובזה כתבו התוס' דבעינן שיכוון להעיד ואי אתי למיחזי לא מבטל העדות. ומעתה י"ל דהכי הוא כוונת הש"ס דאי בעי אמר לא נתכוונתי להעיד היינו דאם הוא לא כיוון להעיד הרי לא נתבטלו מכח כפירתו הנך עדים שראו ביחד המעידין עליו שיודע בעדות פלוני ושוב שפיר תיהני בם עדותן לחייב ממון וא"כ הרי כפר הוא בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן ובכה"ג פטור מקרבן שבועת העדות ודו"ק ונכון הוא:

(ד) **עוד שם באותו סעיף** אא"כ בא לב"ד והעיד דתרתי בעינן. הקצה"ח נסתפק בנמצא אחד מהם קא"פ ובשעת ראי' כשר הי' אי נתבטל כל העדות והעלה דאפי' למ"ד דתרתי בעינן כמי בטל כל העדות אפי' בכה"ג והביא ראי' לזה ממה שהקשו התוס' ב"ב דף מ"א ובסנהדרין דף ל"א דלב"ש דאמרו דבכת אחת א' אומר מנה ואחד אומר מאתים נחלקה עדותן א"כ בשתי כתי עדים נמי תיבטל עדותן דכת אחת הוא פסול והא דעת התוס' הוא דבעינן תרתי ראי' והגדה ומדלא תירצו התוס' דהתם בשעת ראי' כשר הי' ע"כ דאפי' היכא שהי' כשר בשעת ראי' אם נעשה פסול אח"כ נתבטל כל העדות עיי"ש. והנתיבות סוף סק"א הסכים עמו אך מ"ש הקצה"ח שם דבכה"ג בעינן אליבא דכ"ע צירוף בשעת הגדה שיעידו תכ"ד. בזה חולק הנתיבות וכתב וז"ל לא נראה לי כן ונראה דאפי' לא העידו כלל נפסל להרמב"ם. ולהרא"ש כשהעידו אפי' אחר כ"ד דכן הוא גזה"כ דכל שנצטרפו העדים בשעת ראי' ונתבטל מקצתן מחמת פסול שנתבטל כל הקישור והצירוף מחמת עדות שבטלה מקצתה דהא התוס' בסנהדרין [מ"ש בב"ב ט"ס היא] גבי אחד אומר מנה ואחד אומר מאתים לא חילקו בין הגידו בב"א רק בתירוץ א' ולכל התירוצים שם משמע דאפי' בכה"ג פסול עכ"ל. וכוונתו בזה הוא מדכתבו שם התוס' תירוצים אחרים ולא ניחא להו במה שתירצו דלא אמרינן נמצא קא"פ עדותן בטלה רק כשהעידו בב"א והתם מיירי שלא העידו בב"א משמע דכוונתם הוא דאף דהתם מיירי שלא העידו בב"א מ"מ כיון דבנמצא קא"פ לא בעינן שיגידו בב"א א"כ שוב קשה קושייתם לכך הצריכו להתירוצים אחרים. וא"כ נשמע דאף בכה"ג שהי' כשר מתחלה בשעת ראי' אם נעשה פסול אח"כ נתבטל כל העדות אף דלא העידו ביחד זהו תורף כוונת הנתיבות. ועיין במשובב שהשיב הקצה"ח על דברי הנתיבות הנ"ל דמה דלא ניחא להו להתוס' בתירוץ ההוא דלא אמרינן נמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה רק כשהעידו בב"א והתם מיירי שלא העידו בב"א הוא לאו משום דבקא"פ נתבטל העדות אף דלא הגידו בב"א דז"א דבאמת דעת התוס' הוא דתרתי בעינן ראי' והגדה וכל שלא הגידו כאחד בודאי דלא נצטרפו אלא דלא ניחא

להו להתוס' לאוקמי דשם מיירי דהגידו בזה אחר זה מש"ה כתבו תירוצים אחרים היינו אף אי נימא דמיירי שהגידו בב"א אפ"ה לא תקשה קושיתם עפ"י התירוצים האחרים עכ"ד ובתוספת ביאור קצת. ותמה אני על בעל הקצה"ח שכתב במשובב דשיטת התוס' הוא דבקא"פ לא נתבטל העדות עד שיעידו ג"כ בב"א הלא מפורש יוצא בתוס' מכות דף ו' ע"א ד"ה אמר רבא דבקא"פ לא בעינן שיגידו בב"א עיי"ש. ומ"ש התוס' שם ד"ה שמואל דבשביל ראי' לחודא לא מבטל העדות בקא"פ אלא בעינן שיגידו ג"כ בב"ד אין כוונתם דבעינן שיגידו בב"א רק כוונתם דבעינן שגם הפסולים יגידו עדותן בב"ד אבל באמת אף אם הגידו בזה אחר זה ג"כ נתבטל כל העדות וכן מבואר בתוס' שם ועיין גם בדרישה ופרישה בסי' זה שכ"כ בשיטת התוס' ועיין גם בתוס' סנהדרין דף ט' ע"א ד"ה בזמן שהתרו בהן שכתבו שם ג"כ כן בהדיא עיי"ש:

אך אף דדעת התוס' הוא דבקא"פ לא בעינן שיגידו בב"א עכ"ז נ"ל דאין כוונת התוס' כמ"ש הנתיבות דמש"ה תירצו התוס' תירוצים אחרים ולא ניחא להו במנה שתירצו דהתם מיירי שהגידו בזא"ז משום דבקא"פ לא בעינן הגדה בב"א. דז"א די"ל דהתם שפיר בעינן שיגידו בב"א כיון דמיירי בשתי כתי עדים א"כ לא הי' להם צירוף בשעת ראי' [ולא כמו שנראה מהקצה"ח והנתיבות כאן שהבינו דכוונת התוס' הוא דאף דמיירי בשתי כתי עדים עכ"ז מיירי דהי' להם צירוף בשעת ראי'] לכך שפיר בעינן צירוף בשעת הגדה אלא מה דתירצו התוס' תירוצים אחרים הוא משום דלא ניחא להו לאוקמי דשם מיירי שהגידו בזא"ז וכמ"ש במשובב, ולדרכינו א"ש נמי דלכאורה דברי התוס' סותרים אהדדי דהא התוס' בכמה דוכתא וכמו שהבאתי בסמוך כתבו דבקא"פ לא בעינן צירוף בשעת הגדה שיגידו בב"א ובסנהדרין דף ל"א שם כתבו דבעינן שיגידו בב"א ועיין במלמ"ל פ"כ מהל' עדות ה"ג דנראה שם מדבריו דדעתו הוא דהתוס' סותרים אהדדי בזה וכן הבינו עוד כמה אחרונים דהתוס' סותרים להדדי. אמנם לפי הנ"ל ליכא שום סתירה כלל דמ"ש התוס' בכמה דוכתא דלא בעינן שיגידו בב"א מיירי היכא דהי' צירוף בשעת ראי' אבל בסנהדרין דף ל"א שם דמיירי בשתי כתי עדים דלא הי' להם צירוף בשעת ראי' לכך שפיר בעינן צירוף בשעת הגדה שיגידו ביחד תכ"ד וא"ש. אמנם הרי לפי"ז ליתא כלל לגוף ראי' הקצה"ח שהוכיח מהתוס' ב"ב וסנהדרין הנ"ל דהיכא דהי' כשר בשעת ראי' ונפסל אח"כ נתבטל כל העדות אף להפוסקים דס"ל דתרתי בעינן ולפמ"ש ליכא שום הוכחה כלל מהתוס' דהא לפי דברינו דהתם בב"ב וסנהדרין מיירי דלא הי' להם צירוף בשעת ראי' א"כ ע"כ דעת התוס' הוא כדעת הרמ"ה דאף דלא הי' וצירוף בשעת ראי' רק בשעת הגדה לבד ג"כ נתבטל כל העדות. ומ"ש הפוסקים בשם התוס' דתרתי בעינן

צ"ל דהיינו דבצירוף בראי' לבד לא נתבטל רק בעינן גם הגדה ולא כדעת רש"י והרשב"ם והרמב"ם דבצירוף בראי' לבד סגי. אבל באמת אי הוי צירוף בהגדה לבד ס"ל להתוס' דג"כ נתבטל כל העדות כיון דעיקר קרא בשעת הגדה קאי וכמ"ש הרמ"ה. וא"כ שוב אין ראי' מהתוס' לשיטת הרא"ש שחולק בהדיא על הרמ"ה והובא בטור וס"ל דבעינן צירוף בראי' ובהגדה דבכה"ג היכא שהי' כשר בשעת ראי' ג"כ נתבטל כל העדות אם הי' צירוף בשעת הגדה כיון דדעת התוס' הוא כשיטת הרמ"ה ולהרמ"ה בודאי אפי' היכא שהי' כשר בשעת ראי' ונעשה פסול אח"כ והי' צירוף בשעת הגדה נתבטל העדות וליכא שום ספק כלל בזה דהא לא בעינן כלל צירוף בשעת ראי' וכ"כ בקצה"ח. וא"כ אין ראי' מהתוס' הנ"ל להרא"ש:

איברא באמת י"ל דדעת התוס' הוא דצירוף בהגדה לבד לא מהני לבטל העדות הכשרים ולא כדעת הרמ"ה ועיין גם בש"ך סק"ו דמבואר שם בדבריו דהתוס' לא ס"ל כהרמ"ה. ואף דלפי"ז הרי שוב צ"ל דדעת התוס' הוא דבסנהדרין וב"ב שם מיירי דהי' להם צירוף לשתי כתי עדים בשעת ראי' ואפ"ה כתבו התוס' בסנהדרין שם דבעינן שיגידו בב"א וא"כ שוב דברי התוס' סתרי אהדדי דהא דעת התוס' הוא בכ"מ דאם הי' צירוף בשעת ראי' לא בעינן שיגידו בב"א. אמנם באמת אי נימא כדעת הקצה"ח דהיכא דבשעת ראי' כשר הי' ונפסל אח"כ לכ"ע בעינן צירוף בשעת הגדה שיגידו בב"א תכ"ד ניחא שפיר ואין כאן סתירה כלל דהא דכתבו התוס' בכ"מ דבקא"פ אם הי' צירוף בשעת ראי' לא בעינן שיגידו ביחד תכ"ד מיירי היכא דהי' פסול מתחלה עוד בשעת ראי' אבל התם בסנהדרין דף ל"א דמיירי דבשעת ראי' כשר הי' בכה"ג שפיר כתבו התוס' דבעינן שיגידו בב"א אף דהי' להם צירוף בשעת ראי'. וא"כ שפיר הוכיח הקצה"ח מהתוס' הנ"ל דבכה"ג שהי' כשר בשעת ראי' ונעשה אח"כ קא"פ דנתבטל כל העדות אף לשיטת הפוסקים דתרתי בעינן. ויש ג"כ הוכחה לדבריו מהתוס' הנ"ל דבכה"ג בעינן צירוף בהגדה שיגידו ביחד תכ"ד דאי כדעת הנתיבות הרי דברי התוס' סתרי אהדדי. ועיין גם בכנה"ג בהגהות הטור אות י"ז שהביא בשם תשובה אחת כ"י שכ' דאם בשעת ראי' כשר הי' אלא שאח"כ נפסל כל שלא בא לב"ד והעיד אפי' להרמ"ה תתקיים העדות בשאר עיי"ש ולא מתבאר בדבריו אם בעינן בזה שיעידו ביחד תכ"ד כדעת הקצה"ח או לא בעינן שיעידו ביחד וכדעת הנתיבות אולם זאת מבואר מדבריו דגם להרמב"ם דס"ל דבצירוף בראי' לבד מהני מ"מ בכה"ג שהי' כשר בשעת ראי' ונפסל אח"כ גם להרמב"ם בעינן שיבוא להעיד בב"ד דהא גם דעת הרמ"ה הוא דבצירוף בראי' לבד סגי ואפ"ה כשהי' כשר בשעת ראי' ונפסל אח"כ כתב בתשובה הנ"ל דגם הרמ"ה מודה דבעינן שיעיד בב"ד וא"כ ממילא גם להרמב"ם

הוא כן וזה דלא כהנתיבות שכתב דלהרמב"ם אף בכה"ג שהי' כשר בשעת ראי' ונפסל אח"כ נתבטל כל העדות אף כשלא העיד הפסול בב"ד והבן היטב כל זה:

אפס יש בידי להביא ראי' דהיכא דהי' כשר בשעת ראי' ונפסל אח"כ נתבטל כל העדות בצירוף ראי' לבד אף דלא העיד כלל בב"ד. והוא מהירושלמי שבועות פ"ד ה"ג בהא דתני במתני' שם בכת אחת וכפרו בזא"ז הראשון חייב והשני פטור וקאמר בירושלמי היו עשרה אית תניי תני הראשון חייב וכולן פטורין אות תניי תני האחרון פטור וכולן חייבין מ"ד ראשון חייב וכולן פטורין כמ"ד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מ"ד אחרון פטור וכולן חייבין כמ"ד תתקיים העדות בשאר [כן הוא גרסת הפ"מ ובירושלמי איתא להיפך] ועיין פ"מ שמפרש דהירושלמי מדמה דינא דהכא להא דפליגי ר"י ורבי גבי נמצא אחד מהם קא"פ דר"י אומר דבד"מ תתקיים העדות בשאר ורבי אומר אחד ד"מ ואחד ד"נ עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה למ"ד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון שכפר הראשון בטלה כל העדות ואין בכפירת האחרונים כלום לכן הראשון חייב וכולן פטורין ולמ"ד תתקיים העדות בשאר כולן חייבין מלבד האחרון שנשאר יחידי ואין עדותו מועיל כלום עיי"ש. אמנם הפ"מ אכתי לא יצא ידי חובת ביאור דאמאי מדמה הירושלמי זאת לנמצא קא"פ ואטו אם הי' הרבה עדים ומת אחד מהם ג"כ ידמה לנמצא קא"פ דיתבטלו שאר העדים למ"ד בקא"פ עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וזה לא שמענו [והא דתנינן בגיטין ס"פ התקבל כולכם חתומו ומת אחד מהם הגט בטל ור"ל אמר שם בפ"ב דף י"ח ע"ב דכולם משום עדים עיי"ש. התם שאני כיון דאמר כולכם ורצונו הי' שיהי' כולם עדים משא"כ הכא הרי אין רצונו שיהי' כולם עדים רק שנים מהם] ומאי שנא הא מהא [וא"ל דהירושלמי מדמה זאת להא דפליגי רבי ורשב"ג בסוגי' דבטלו מבוטל דרבי סובר דעדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה ורשב"ג סובר דבטלה כולה דהתם הרי מבטל הוא בעצמו ולא דמי כלל להך דהכא]. ונראה לפענ"ד דבאמת כאן הוי ג"כ פסול ממש והוא דכיון דכפר הראשון הרי הזיד בשבועת העדות ונעשה פסול ושפיר תליא בפלוגתא דר"י ורבי בנמצא אחד מהם קא"פ. ולפי"ז הרי הכא בשעת ראי' כשר הי' אלא אח"כ כשכפר נפסל וגם הרי לא הי' להם צירוף כלל בשעת הגדה דהא לא הגיד כלל ואפ"ה קאמר בירושלמי דלמ"ד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה גם כאן נתבטל כל העדות מכח האי פסול והוא כדעת הנתיבות אליבא דהרמב"ם וסייעתו:

ובפתחי ספרים ראיתי בח"ס חחו"מ סי' י"ג שכתב שם ג"כ כדברי הקצה"ח הנ"ל דאם הי' כשר בשעת ראי' ונפסל אח"כ בעינן צירוף בשעת הגדה והביא ראי' לזה ממה דמוקמינן בש"ס שבועות דף ל"ג דכת שני' הי' קרובים בנשותיהן בשעה שכפרה הראשונה הלכך

גם כת הראשונה חייבין כשכפרו ומשמע בודאי בשעת ראיית המעשה נועדו יחדיו וידעו הני מהני ואפ"ה אח"כ כשנעשו קרובים בנשותיהן לא פסלו את הכשרים וע"כ דבכה"ג בעינן צירוף בשעת הגדה עיי"ש. אמנם דעת הירושלמי הנ"ל ולפי מה שפירשתי כוונת הירושלמי הוא דאפי' בכה"ג שהי' כשר בשעת ראי' נתבטל העדות אף דלא העידו כלל בב"ד. ועפי"ז א"ש מה שהעיר במראה הפנים בירושלמי שם על רש"י והרמב"ם דבירושלמי שם מסיק דאם היו עשרה עדים וכפרו בזא"ז הראשון חייב וכולן פטורין דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכדאמר ר' יוסי שם מתני' אמרה כן היו שתי כתי עדים לא אמר אלא שתים הא אחת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ומרש"י והרמב"ם מוכח דס"ל דאם היו עשרה עדים וכפרו בזא"ז כולן חייבין רק האחרון פטור מדכ' רש"י ז"ל בשבועות דף ל"א ע"ב במתני' והרמב"ם ז"ל בפ"י מה' שבועות הי"ג הטעם דבכת אחת וכפרו בזא"ז הראשון חייב והשני פטור כיון שכפר הראשון שוב אין עד יחידי ראוי להגיד. ומשמע דאם הי' נשארים הרבה עדים אחר שכפר הראשון וכפרו בזא"ז כולן חייבין חוץ מהאחרון והוא דלא כמסקנת הירושלמי עיי"ש. [ובאמת לפמ"ש לפרש כוונת הירושלמי דמש"ה קאמר כאן עדות שבטלה:

מקצתה בטלה כולה משום דע"י כפירת הראשון נעשה פסול ומבטל שאר העדים מכח צירוף פסול יש להקשות קושי' זו על רש"י והרמב"ם ז"ל אף בלא מסקנת הירושלמי הנ"ל דבזה אמרי' עדות שבמב"כ. דהא אנן קי"ל כרבי דגם בד"מ עדות שבמב"כ וא"כ ממילא גם בזה מהראוי לומר עדות שבמב"כ ואם היו עשרה וכפרו בזא"ז הראשון חייב וכולן פטורין] אמנם לפמ"ש דכוונת הירושלמי הוא דמש"ה אמרינן בזה עדות שבמב"כ כיון דכשכפר הראשון נעשה פסול ונתבטל שאר העדים אף דהי' כשר בשעת ראי' ולא העיד כלל בב"ד וא"כ כיון דמש"ס דידן שבועות הנ"ל יש ראי' דהיכא דהי' כשר בשעת ראי' ונעשה קא"פ אח"כ:

אינו מבטל שאר העדים הכשרים אא"כ שהעיד הקא"פ בב"ד עם הכשרים וכדעת הקצה"ח וכמ"ש הח"ס. וא"כ לשיטת הש"ס דידן אם היו הרבה עדים בכת אחת וכפרו בזא"ז כולן חייבין ורק האחרון היא פטור כיון דלא אמרינן בכה"ג עדות שבמב"כ אחרי דלא העיד כלל הפסול בב"ד וא"כ לק"מ על רש"י והרמב"ם מהירושלמי הנ"ל כיון דרש"י והרמב"ם אזלו בשיטת הש"ס דידן נגד הירושלמי והבן:

אולם באמת נראה לפע"ד לומר דגם הש"ס דידן סובר כהירושלמי דאף בלא הגדה כלל נתבטל עדות הכשרים אפי' בכה"ג שהי' כשר בשעת ראי' ואפ"ה לא קשה קושית הח"ס הנ"ל דאמאי הראשונה חייבין הרי נצטרפו בשעת ראי' עם כת שניי' ונעשו אח"כ קרובים

בנשותיהן. והוא עפ"י שיטת הרמב"ם ז"ל דקרובי אישות הוא רק מדרבנן פסול והא כתב הב"י בתשובה בדיני קידושין סי' יו"ד דקא"פ מדרבנן אינו פוסל את העדים הכשרים וא"כ שפיר לא נתבטלה הכת הראשונה מחמת הכת שני' שהיו קרובים בנשותיהן ושפיר הראשונה חייבין. וגם בזה יהי' מיושב בטוב טעם דעת רש"י והרמב"ם הנ"ל ולא קשה מידי מהירושלמי הנ"ל והוא דהנה לעיל סי' כ"ח סק"ח הקשיתי בהא דהירושלמי הנ"ל דאמאי אם כפר הראשון נתבטלו העדים הנשארים מחמת צירוף הפסול והוא אותו עד שכפר וכמו שכתבתי הלא הזיד בשבועות העדות לא מיפסיל לעדות רק מדרבנן כיון דאין לוקין על שבועות העדות וכמ"ש הקצה"ח בסי' כ"ח סק"ח ופסול מדרבנן אינו מבטל עדות הכשרים וכמש"ל בשם הב"י בתשובה. וצ"ל דהירושלמי סובר כדעת התומים בסוף סי' זה דגם קא"פ דרבנן מבטל עדות הכשרים עיי"ש. ומעתה כיון דלהש"ס דידן שבועות הנ"ל צ"ל דע"כ ס"ל כדעת הב"י דקא"פ דרבנן אינו מבטל עדות הכשרים וכאמור. וכיון שכן שפיר ס"ל לרש"י והרמב"ם דאם היו הרבה עדים וכפרו בזא"ז כולן חייבין חוץ מהאחרון כיון דמה שהעד שכפר נעשה פסול מכח כפירתו אינו רק פסול דרבנן וכיון דשיטת הש"ס דידן הוא דקא"פ דרבנן אינו מבטל עדות הכשרים שפיר ס"ל לרש"י והרמב"ם דלא אמרי' בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכשיטת הש"ס דידן והבן:

איברא גוף דברי הח"ס הנ"ל לא הבינותי דלא ידעתי מהיכן משמע לי' דכוונת הש"ס דידן בשבועות מה דמוקמינין הא דקתני בשתי כתי עדים וכפרה הראשונה ואח"כ כפרה שני' שתיהן חייבות שהי' כת שני' קרובים בנשותיהן דמיירי דהי' להם לשתי כתי עדים צירוף בשעת ראי' הלא בכ"מ דנקט שתי כתי עדים היינו דלא הי' להם צירוף בשעת ראי' וגם בירושלמי הנ"ל מפרש ר"י בהדיא דשתי כתי עדים דתני במתני' מיירי דלא הי' להם צירוף בשעת ראי' לכן לא נתבטלה כת שני' מחמת כפירה דהכת הראשונה. וא"כ שפיר נוכל לומר דגם הש"ס דידן מפרש המתני' דתני שתי כתי עדים שכפרו בזו אחר זו שתיהן חייבות דמיירי שלא הי' להם צירוף בשעת ראי' ומש"ה לא נתבטלה כת הראשונה מכח מה שהי' כת שני' קרובים בנשותיהם כיון דלא הי' להם צירוף לא בראי' ולא בהגדה וא"כ ממילא שוב שפיר י"ל דש"ס דידן אינו מחולק כלל עם הירושלמי וגם ש"ס דידן סובר כהירושלמי בהנך תרתי דאפי' היכא שהי' כשר בשעת ראי' ונעשה אח"כ קא"פ מבטל עדות הכשרים אף דלא העידו כלל וגם סובר דקא"פ דרבנן ג"כ מבטל עדות הכשרים ואין ראי' כלל מש"ס דידן שבועות הנ"ל דש"ס דידן מחולק בזה עם הירושלמי

אחרי דש"ס דידן מיירי בשתי כתי עדים דלא הי' להם צירוף כלל לא בראי' ולא בהגדה והירושלמי מיירי בכת אחת דהי' להם צירוף בשעת ראי' והבן:

אכן לפי"ז אחרי שהעליתי דגם ש"ס דידן סובר כהירושלמי בהנך תרתי שוב התמי' קיימת על רש"י והרמב"ם דס"ל דהיכא שהיו הרבה עדים בכת אחת וכפרו בזא"ז כולן חייבין חוץ מהאחרון דהלא בירושלמי הנ"ל איתא להדיא להיפך:

איברא אחרי שובי ראיתי דא"א לדייק כלל מדברי רש"י והרמב"ם הנ"ל כמו שמדייק המראה פנים דס"ל דאם היו הרבה עדים בכת אחת וכפרו בזא"ז כולן חייבין חוץ מהאחרון דהוא פטור דהלא מבואר בש"ס דידן בשבועות שם דבשתי כתי עדים שכפרו בזו אחר זו ושתיהן ראויות להעיד כת הראשונה פטורה כיון דקיימא שני' והכופר בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן לכ"ע פטור וכמ"ש התוס' שם וא"כ ה"ה נמי אם הי' הרבה עדים בכת אחת וכולן ראוין להעיד וכפרו בזא"ז אינו חייב רק אחד והוא הראשון מאותן שנים האחרונים אבל הראשונים כולן פטורים כיון דבשעה שכפרו נשארו עוד עדים שיוכל להתקיים העדות על פיהם. והן אמת דלפי"ז הרי יש לתמוה טובא על הך ברייתא שבירושלמי הנ"ל דסוברת דתתקיים העדות בשאר והלכך קתני דאם היו עשרה וכפרו בזא"ז כולן חייבין ורק האחרון פטור דאמאי שמנה הראשונים חייבין הלא הם לא הפסידו ממון כלל בכפירתן דהא נשארו עוד שני עדים האחרונים וא"ל דהברייתא שם מיירי היכא שהיו כולן קרובים בנשותיהן וכל אחד קודם שכפר נתרחק לכן שפיר כולן חייבין וכדמוקי הש"ס דידן בשבועות המתני' דתני בשתי כתי עדים שכפרו בזו אחר זו שתיהן חייבות דכת שני' היו קרובים בנשותיהם דזה דוחק מאוד לפרש עד"ז הברייתא הנ"ל. וגם זה הוא דוחק לומר דהברייתא מיירי שהשביע לכל או"א בפ"ע ולא הי' אז האחרים קמן ובכה"ג שפיר חייבין דקיי"ל כר"י בש"ס דידן בשבועות דף ל"ז ע"ב דהכופר בממון שיש עליו עדים וליתנהו קמן חייב. דזה דוחק דהא הירושלמי שם הביא הך ברייתא על המתני' שם והרי המתני' מיירי בדאיתא קמן וכמבואר בתוס' דף ל"ג שם [ול"ש כאן לדון מטעם חצי דבר וכמש"ל סק"ג בשם השעמ"ש שכתב בהא דכריתות דף י"ב דאי העדים שמעידין עליו שיודע בעדות פלוני ליתנהו קמן בשעה שהשביעו אינם יכולים לחייבו קרבן דהוי חצי דבר. דדוקא התם בכריתות דמיירי לענין לחייב אותו קרבן בב"ד בזה שפיר שייך לדון דאין יכולין לחייבו מטעם חצי דבר משא"כ בהברייתא שבירושלמי שם אנו דנין לענין אם הוא מצד עצמו מחויב להביא קרבן אי לא וא"כ אין צריכין העדים להעיד עליו שיודע בעדות פלוני ול"ש לדון בזה מטעם חצי דבר והבן] אולם צ"ל דהברייתא הנ"ל חולק על הש"ס דידן בזה וס"ל להך ברייתא דהכופר בממון

שיש עליו עדים חייב אפי' באיתנהו קמן. ושוב פקחתי עיני וראיתי בירושלמי ריש פרק שבועות הפקדון שמקשה שם הירושלמי ג"כ קושי' הש"ס דידן בהא דשתי כתי עדים דשתיהן חייבות דאמאי הראשונה חייבת הא קיימא שני' ומשני משום דמצוין לשכח עדותן לכן גם הראשונה חייבת עיי"ש ולא משני כמו דמשני הש"ס דידן דכת שני' היו קרובים בנשותיהן. הרי בהדיא דהירושלמי חולק בזה עם ש"ס דידן וסובר דהכופר בממון שיש עליו עדים חייב אפי' בדאיתנהו קמן ומטעם דחיישינן לשכחה. וא"כ שפיר י"ל דגם הברייתא הנ"ל סוברת כשיטת הירושלמי. אבל רש"י והרמב"ם דהם אזלו בשיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן פטור וכמ"ש התוס' הנ"ל ועיין גם ברמב"ם פ"י מהל' שבועות הט"ו שפסק כן בהדיא גבי שתי כתי עדים ושתיהן ראויות להעיד וכפרה הראשונה ואח"כ כפרה שכי' הראשונה פטורה כיון דקיימא שני' עיי"ש וא"כ שוב א"א לומר דדעת רש"י והרמב"ם הוא דאם הי' הרבה עדים בכת אחת וכפרו בזא"ז דכולן חייבין ורק האחרון פטור דהא קי"ל כשיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים ואיתנהו קמן פטור וא"כ אם הי' הרבה עדים בכת אחת ואיתנהו קמן וכפרו בזא"ז כולן פטורים ואינו חייב רק אחד והוא הראשון מאותן שנים האחרונים והבן היטב:

אפס לכאורה אכתי סוף סוף קשה מדוע לא כתבו רש"י והרמב"ם ז"ל הטעם דהעד השני פטור משום דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכדאמרו בירושלמי הרי טעם זה שייך גם לשיטת הש"ס דידן וכנ"ל והלא יש נ"ע טובא בין טעם הירושלמי משום עדות שבמב"כ ובין טעם רש"י והרמב"ם ז"ל משום דאין עד יחידי ראוי להגיד והיינו היכא דגם ע"א מחייב בשבועות העדות וכגון היכא שהתובע והנתבע חשודין על השבועה וכדומה וכדאיתא בשבועות דף ל"ב וכ"פ הרמב"ם פ"י מהל' שבועות שפיר העד השני ג"כ חייב דהא הפסיד ממון בכפירתו משא"כ לטעמא דהירושלמי משום עדות שבמב"כ העד השני לעולם פטור אף בכה"ג כיון דהיכא דנתבטל העדות מחמת שנמצא אחד קא"פ אינו מועיל עדות הכשר אפי' לשבועה וכמ"ש הרשב"א בתשובה והובא בב"י סי' זה וכן מבואר גם במחבר סעיף ב'. אמנם באמת ז"א דהא לשיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור א"כ ל"ש כלל לומר דמחמת שכפר נפסל ונתבטל גם שאר העדים הכשרים אלא דוקא בשני עדים והיכא דע"א הנשאר לא יועיל לממון דאז הוי כופר בממון שאין עליו עדים ונעשה פסול משא"כ היכא דע"א הנשאר יועיל להוציא ממון וכגון היכא שהוא חשוד לשבועה ואמרינן מתוך שאיל"מ וכדומה בכה"ג הרי העד הראשון שכפר הוי כופר בממון שיש עליו עדים דהא כיון דהע"א הנשאר יועיל לממון

א"כ הוי כמו אילו הי' עוד הרבה עדים שיכול להוציא ממון על פי עדותם. וא"כ לא נעשה פסול כלל ול"ש כלל לומר בכה"ג עדות שבמב"כ וא"כ הרי לשיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור לא שייך טעמא דעדות שבמב"כ אלא דוקא היכא דהע"א הנשאר לא יועיל לממון דבזה הוי העד הראשון שכפר כופר בממון שאין עליו עדים וחייב והרי בזה שוב שייך גם טעמא דאין עד יחידי ראוי להגיד לפטור העד השני אם כפר ואין חילוק בזה בין טעמא דעדות שבמב"כ ובין טעמא דאין עד יחידי ראוי להגיד וא"כ שפיר לק"מ על רש"י והרמב"ם שכ' טעמא דאין עד יחידי ראוי להגיד ולא כתבו טעם הירושלמי דעדות שבמב"כ אחרי דלשיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור אין חילוק כלל בין טעם רש"י והרמב"ם ובין טעם הירושלמי וחדא מינייהו נקטו והבן היטב. ויש לומר עוד נ"מ אחרת בין טעם רש"י והרמב"ם ובין טעם הירושלמי אך לפי האמור אין כאן שום נ"מ לפי שיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור ואין ברצוני להאריך כי המשכיל יבין. [ולפי האמור צ"ל דגם הברייי' הב' שבירושלמי שם דתני היו עשרה וכפרו זא"ז הראשון חייב וכולן פטורין מטעם עדות שבמב"כ ע"כ סוברת ג"כ כשיטת הירושלמי דהכופר בממון שיש עליו עדים חייב אפי' בדאיתנהו קמן דאל"כ הרי ל"ש לומר בכה"ג עדות שבמב"כ כיון דנשארו עוד הרבה עדים אחרים והוי כופר בממון שיש עליו עדים ולא נעשה פסול כלל וכאמור. ועיין בהריטב"א בשבועות שדעתו הוא דמה דמוקמינן בגמ' שהי' כת שני' קרובים בנשותיהן זה הוא אליבא דרבה דס"ל הכופר בממון שיש עליו עדים פטור אבל לדידן דקיי"ל כר' יוחנן דהכופר בממון שיש עליו עדים חייב מוקמינן המתני' כפשטא עיי"ש בדף ל"ב ע"ב ד"ה בשלמא שני' ובדף ל"ז ע"א ד"ה ת"ש עיי"ש. וזה היא דלא כשיטת התוס' והרמב"ם הנ"ל. ולפי"ד שפיר הש"ס דידן אינו מחולק בזה עם הירושלמי דהא באמת גם ש"ס דידן ס"ל אליבא דהלכתא דהכופר בממון שיש עליו עדים חייב אפי' בדאיתנהו קמן. וי"ל דזה הוא ג"כ מטעמא דהירושלמי הנ"ל משום דמצוין לשכח עדותן. ולולא מה שאנכי איני כדאי להכריע בין הרים גדולים הייתי אומר דעיקר הוא בזה כדעת הריטב"א למען שלא יהי' שיטת הש"ס דידן היפך מהנך ב' ברייתות שבירושלמי הנ"ל]:

אמנם דע שדברינו אלו יצדקו רק דוקא במושבע מפי אחרים דבזה לא נעשה פסול מכח השבועה וכמ"ש התומים סי' כ"ח ס"ק י"ט עיי"ש ורק מכח מה שכפר שאינו יודע עדות יש לפסלו ובזה שפיר צדקו דברינו הנ"ל דלשיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור לא נעשה פסול מצד מה שכפר בעדותו אבל במושבע מפי עצמו הרי אף לשיטת הש"ס דידן דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור מ"מ נעשה פסול מכח השבועה

שנשבע לשקר. אך עכ"ז א"ש תירוצינו הנ"ל על רש"י והרמב"ם ז"ל חדא דהתומים שם מפרש כוונת המתני' במושבע מפי אחרים ולא מפי עצמו עיי"ש. ועוד אף לפי"מ דמבואר בתוס' ובר"ן שם והובא בקצה"ח סי' כ"ח סק"ח דהמתני' מיירי גם במושבע מפי עצמו ג"כ א"ש תירוצינו דכיון דבמושבע מפי אחרים ל"ש לשיטת הש"ס דידן טעמא דעדות שבמב"כ וכנ"ל לכן שפיר כתבו רש"י והרמב"ם הטעם דאין עד יחידי ראוי להגיד דטעם זה מספיק אפי' במושבע מפי אחרים. עוד י"ל דהנה באמת יש להעיר בדברי הירושלמי לפי פירושינו הנ"ל דאיך שייך לומר עדות שבמב"כ משום דכשכפר נעשה פסול נתבטל שאר העדות הרי יכול לומר שכחתי ואי במודה הרי אאמע"ר וכן הקשה הר"ן בפ' כל הנשבעין בהא דתנינן שכנגדו חשוד על השבועה אחד שבועות העדות. וצ"ל דהירושלמי מיירי בזמן קרוב דאינו יכול לומר שכחתי וכמו שתירץ הר"ן שם המתני' עיי"ש או כמ"ש הקצה"ח בסי' כ"ח לחלק דדוקא אם אומר איני יודע לך עדות יכול להתנצל ולומר שכחתי אבל אם אמר לא ידעתי לך עדות אינו נאמן לטעון שכחתי עיי"ש והירושלמי הנ"ל מיירי כשאמר לא ידעתי לך עדות וא"כ כיון דל"ש לומר בזה עדות שבמב"כ כ"א בזמן קרוב או כשאמר לא ידעתי אבל כשאומר איני יודע והי' בזמן רחוק ל"ש לומר עדות שבמב"כ לכן שפיר כ' רש"י והרמב"ם ז"ל הטעם דאין עד יחידי ראוי להגיד דטעם זה שייך אפי' כשאמר הראשון איני יודע והי' בזמן רחוק:

אולם לפי פירושינו הנ"ל דכוונת הירושלמי הוא דמש"ה שייך לומר בזה עדות שבמב"כ כיון דהראשון שכפר הזיד בשבועות העדות ונעשה פסול ונתבטלו כולם א"כ קשה מדברי הירושלמי אלו על התוס' והרא"ש וסייעתם דסוברים דתרתי בעינן צירוף בראי' ובהגדה הלא מדברי הירושלמי הנ"ל מבואר דצירוף בראי' לבד סגי וצ"ע:

ומ"ש הקצה"ח והנתיבות דלשיטת הרי"ף דבעינן שיכיר הכשר בפסול א"כ אם הי' כשר בשעת ראי' ונעשה פסול אח"כ לא נתבטל שאר עדות כיון דלא הכיר בפסולו דהא בשעת ראי' כשר הי' עיי"ש. עיין בשו"ת בית אפרים חאע"ז סי' נ"ד שחולק בזה וכ' דאפי' לדעת הרי"ף ג"כ נתבטל שאר העדות בכה"ג עיי"ש. וגם לפי"ד הקצה"ח והנתיבות דלדעת הרי"ף לא נתבטל שאר העדות בכה"ג א"כ מ"ש הנתיבות דלהרמב"ם דבצירוף בראי' בלחוד נתבטל שאר העדות מדין נמצא קא"פ אף דלא העידו כלל בב"ד הה"נ בכה"ג נתבטל שאר העדות אף דלא העיד אח"כ הפסול בב"ד. הוא שלא בדיקדוק דהא דעת הרמב"ם הוא כדעת הרי"ף דבעינן שיכיר הכשר בהפסול וכדמשמע מדברי הש"ך סק"ז וס"ק כ"א עיי"ש היטב וכ"כ בהדיא התומים בסי' ל"ח וא"כ גם להרמב"ם בעינן בכה"ג צירוף בשעת הגדה. אלא דהו"ל להנתיבות לומר זאת לדעת רש"י ורשב"ם דהם סוברים

ג"כ דבצירוף בראי' לחוד פוסל וזה לא מצינו דרש"י ורשב"ם יסברו כדעת הרי"ף הנ"ל. ואולי י"ל דדעת הנתיבות הוא דהרמב"ם אינו סובר כהרי"ף וכן הוא ג"כ דעת הטו"ז ריש סי' זה עיי"ש:

עיין בשער משפט סק"ד שחקר לדעת התוס' והרא"ש דתרתי בעינן ומבואר בתוס' דאף דלא העידו תכ"ד מ"מ נתבטל כל העדות אי בעינן שיעידו בב"ד יחד זה בפני זה אלא דלא בעינן תכ"ד או אף שמעידין זה שלא בפני זה ג"כ נתבטל כל העדות עיי"ש ונלע"ד להביא ראי' דאף שמעידין זה שלא בפני זה ג"כ נתבטל והוא ממ"ש התוס' בשבועות דף ל"ה ע"א בהא דתנן שם במתני' או שהי' אחד מהם קא"פ הרי אלו פטורין. והקשו בתוס' מה קמ"ל הא כבר שמענו דאין נוהגת אלא בראוין להעיד ותירצו דקמ"ל דאפי' יש שלשה עדים ואחד מהם קא"פ השנים כשרין פטורין דעדות שבמב"כ עיי"ש. ותימה הא דעת התוס' היא דתרתי בעינן והרי התם לא הי' צירוף רק בראי' לבד דהא עדיין לא העידו כלל. אולם ראיתי בתומים סק"ז שכתב דבאמת התוס' דס"ל דתרתי בעינן פירשו התם היכא שכבר העיד הפסול בב"ד ולכך אלו פטורים להעיד דאם יעידו נתבטל עדותן עיי"ש וא"כ עכצ"ל דדעת התוס' הוא דאף שמעידין זה שלא בפני זה ג"כ נתבטל עדותן דאל"כ אמאי פטורין הכשרים מלהעיד כיון דכבר העיד הפסול הלא עדיין יכולו להעיד שלא בפני הפסול ולא יתבטל עדותן אלא ודאי כדאמרן והיא ראי' נכונה:

(ה) **סעיף ב** ואין הרחוק יודע מקרבתו של זה י"א שעדות הרחוק כשרה. עפי"ז יש לישב הקושי' הידוע בשער בת רבים בהא דתנינן בר"ה דף כ"ב ע"א מעשה בטובי' הרופא שראה את החודש הוא ובנו ועבדו משוחרר וקבלו הכהנים אותו ואת בנו ופסלו את עבדו וכשבאו לב"ד קבלו אותו ואת עבדו ופסלו את בנו וק' איך הכשירו הכהנים אותו ואת בנו וכן הבית דין איך הכשירו אותו ואת עבדו הלא נתבטלה כל העדות כיון דנמצא אחד מהם קא"פ. ולשיטת הרי"ף דבעי שיכיר הכשר בהפסול ניחא דהרי התם בשעת ראיית העדות לא ידעו אם יש פסול ביניהם עד שהורו הכהנים והב"ד דהא הכהנים והב"ד נתווכחו זע"ז דהכהנים הכשירו את בנו ופסלו את עבדו והב"ד הכשירו את עבדו ופסלו את בנו וא"כ העדים בעצמן לא ידעו כלל אם יש ביניהם מי שפסול להעיד והוי כלא הכיר בקורבתו או בפיסולו ובכה"ג לא אמרי' עדות שבמב"כ. ובדרך אגב אזכיר מה ששמעתי בשם כ"ק מוח"ז הגה"ק ז"ל שאמר לתרץ הקושי' הנ"ל עפימ"ש הרא"ש וכן קיי"ל כאן בש"ע ס"א דאם הזמין התובע עדים כשרים ועמדו שם קרובים ופסולים אפי' נתכוונו להעיד והעידו לא נתבטלו העדות הכשרים. והרי בקידוש החודש הקב"ה הוא הבע"ד ורצון הש"י הוא שיעידו כשרים ולא בצירוף קא"פ. וא"כ הוי כהזמין הבע"ד

עדים כשרים דלא אמרינן בכה"ג נמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטלה עכ"ד ודפח"ח. וכעין סברא זו כתב האוה"ח בפ' משפטים על פסוק כי יתן איש אל רעהו כו' שנותן טעם למה שאמרו ז"ל רעהו ולא של הקדש כיון דבשל הקדש הקב"ה הוא הבעלים והוי שמירה בבעלים ופטור עיי"ש:

סימן לז

(א) **סעיף א** שיש לאדם הנאה בה כו' נסתפקתי היכא דיש לו הנאה רק על פחות משו"פ אי חשיב נוגע אי נימא כיון דפחות משו"פ לא חשיב ממון לא הוי נוגע או דלמא כיון דלא בעינן לענין נוגע בעדות הנאת ממון לדעת רוב פוסקים ועיין בש"ך סק"י ובכנה"ג א"כ גם בפחות משו"פ חשיב נוגע. ואמרתי לפשוט זאת דחשיב נוגע אפי' בפחות משו"פ מהא דאיתא בירושלמי קידושין פ"ב בסוגי' דשליח נעשה עד אמר ר' אבין נראין הדברים בשקידשה בשטר אבל אם קדשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו עיי"ש והרי התם איירי בשני שלוחים עיי"ש והרי בקידושין סגי בפרוטה וא"כ אינו מגיע לכל אחד רק חצי פרוטה וכדאמרי' בש"ס דידן בקידושין דף מ"ג ע"ב דבממונא מפלג פלגי וע"כ דאפי' בפחות משו"פ חשיב נוגע. אולם לפי"ז קשה הא דקאמר בירושלמי שם דבקדושי שטר שליח נעשה עד דלא הוי נוגע ואי נימא דאפי' בפחות מש"פ חשיב נוגע א"כ שוב אין לחלק בין קידושי כסף לקידושי שטר דהא אף דבשטר לא בעינן שיהי' בו שו"פ מ"מ חשיב נוגע. ואין לומר דמיירי היכא דכתב השטר על איסורי הנאה דג"כ מקודשת היא לשיטת הירושלמי ועיין בב"ש באע"ז סי' ל"ב סק"ח דזה דוחק. איברא באמת אין ראי' כלל מהירושלמי הנ"ל דאפי' בפחות משו"פ חשיב נוגע דהנה התוס' בקידושין שם ד"ה וכן בדיני ממונות כתבו דמה דאיתא בירושלמי אבל בכסף לא מיירי לאחר שתקנו רבנן שבועת היסת עיי"ש וא"כ כיון דכוונת הירושלמי הוא דמש"ה בקידושי כסף חשיבי נוגעים בעדותם הוא מפאת השבועה וא"כ שוב אין ראי' כלל דהא אף דקידושי כסף סגי בפרוטה ואינו מגיע לכל אחד ואחד רק חצי פרוטה מ"מ חשיבי נוגעים מכח השבועה כיון דהשבועה הוא על שניהם. ושוב ראיתי בהר"ן פ' האיש מקדש שכתב וז"ל ומ"מ נראה דכיון דמסקינן דהשתא דתיקן רבנן שבועת היסת לא אמרינן בממונא הן הן שלוחיו הן הן עדיו ואף בקידושין לא אמרינן הכי אלא בקידושי שטר שאין בו שו"פ אבל בכסף לא דנוגעין בעדותן הן ולא מהימני עיי"ש הרי מבואר בהדיא בהר"ן ז"ל דבפחות משו"פ לא חשיב נוגע דהא כתב דבקידושי שטר שאין בו שו"פ לא חשיב נוגע:

ולפי הנ"ל א"ש מה שהקשו האחרונים על הר"ן שם שהקשה על ר' יוסי דפליג בירושלמי שם על ר' אבין ואמר דכיון שהאמינתו תורה אפי' קדשה בכסף אינו כנוגע בעדותו וכתב הר"ן דדברי ר"י תמוהים דנהי דמה"ת מהימן מ"מ כיון דתקנו רבנן שבועת היסת שוב הוי נוגע בעדות ותירץ דאפשר דלהצריכה גט קאמר עיי"ש. והקשו האחרונים דאמאי לא מתרץ דבירושלמי שם מיירי קודם שתקנו רבנן שבועת היסת ופלוגתתם הוא כשקיבל השליח כסף קידושין בעדים ופליגי במלוה את חבירו בעדים אי צריך לפרעו בעדים וכדאמרינן בש"ס דידן בהסוגי' שם דלמ"ד צריך לפרעו בעדים הוי נוגע ולמ"ד א"צ לפרעו בעדים לא הוי נוגע. ולהנ"ל ניחא דהא ע"כ פלוגתתם הוא לאחר שתקנו רבנן שבועת היסת דאי קודם שתקנו רבנן שבועת היסת א"כ שוב צ"ל דמ"ד דבקידושי כסף חשובים נוגעים דהוא משום דאפי' בפחות משו"פ חשוב נוגע וכמש"ל מתחלה וא"כ שוב קשה כנ"ל דאמאי בקידושי שטר אינם חשובים נוגעים הלא אף דאין בשטר שו"פ אפ"ה חשובים נוגעים וכמו בכסף [וכבר כתבתי לעיל דזה דוחק לאוקמי בשטר שכתבו על איסורי הנאה] אע"כ צ"ל דפלוגתתם הוא לאחר שתקנו רבנן שבועת היסת ומש"ה ס"ל לר' אבין דבכסף חשיבי נוגעים דהוא מפאת השבועה כיון דנתן להם שו"פ חייבים שניהם לישבע משא"כ בקידושי שטר דמיירי דאין בו שו"פ וכמ"ש הר"ן א"כ ליכא שבועה לכך שפיר אינם חשובים נוגעים והבן:

אולם המרדכי פ' האיש מקדש הביא בשם הראבי' שכתב דהירושלמי שם מיירי קודם שתקנו רבנן שבועת היסת עיי"ש ולפי"ז הרי שוב ע"כ צ"ל דאפי' בפחות משו"פ חשיב נוגע ומה דבקידושי שטר לא חשיבי נוגעים מוכרחין אנו לדחוק ולומר דמיירי בשטר שכתבו על איסורי הנאה. אמנם באמת דברי הראבי' תמוהים דאי מיירי קודם שנתקנה שבועת היסת א"כ אמאי חשובי נוגעים בקידושי כסף הלא אי ליכא שבועה אינם נוגעים דיש להם מגו דאי בעי אמרו אהדרינהו להמשלח וכדאיתא בש"ס דידן בהסוגי' שם. וראיתי באבני מלואים סי' ל"ה סק"ה שעמד בזה ומיישב דעת הראבי' דאף קודם שנתקנה שבועת היסת חשיבי נוגעים דצריכים לישבע שבועת המשנה וכמ"ש הרמב"ם וכן קיי"ל בסי' צ"ג דכל שליח צריך לישבע שבועת המשנה וכמו בשותפים עיי"ש באב"מ. וא"כ שוב שפיר גם לפי"ד הראבי' אין ראי' מהירושלמי דאפי' בפחות משו"פ חשיב נוגע:

(**ב**) **סעיף ג ברמ"א** קודם שהעידו עיין בש"ך סק"ו מ"ש על דברי המשרים דדוקא כשאין הכת שני' לפנינו אז אין יכול הבע"ד לפסול הכת הראשונה אבל אם הכת שני' הם לפנינו יכול הבע"ד לפסול הכת הראשונה דלאו נוגע הוא עיי"ש ועיין באורים שכתב דהיינו

דוקא אם הכת הב' אינם אומרים שראו המעשה ביחד עם כת הא' אבל אם אומרים שראו כאחד הרי ע"י שפוסל לאלו כל העדות בטל דהו"ל נמצא אחד מהם קא"פ והרי זה נוגע בעדות עיי"ש וכ"כ הנתיבות אך הוא כתב דאם הכת שרוצה לפוסלם אומרים שראו כאחד עם כת שני הוי נוגע וא"י לפוסלן. ותמה עליו בעל פתחי תשובה דהלא אם יפסלו הכת הא' לא יהיו נאמנים גם בדבר הזה שראו כאחד וממילא כת הב' כשר ושוב לא הוי נוגע עיי"ש. ולדעתי אין זה תימה דהא קא"פ אינו מבטל עדות הכשרים אא"כ שכיוונו הפסולים בשעת ראי' להעיד ושואלין להם אי למחזי אתי אי לאסהודי אתי וכדאיתא בש"ס מכות דף וא"ו ולעיל בסי' ל"ו הרי דהתורה האמינם להפסולים בהא שאומרים לאסהודי או למחזי אתי לענין להתבטל העדות או להתקיים על פיהם וא"כ כמו כן נאמנים הפסולים גם בזה לומר שראו ביחד ונתבטל שאר העדות או לא ראו ביחד ולא נתבטל שאר העדות. אך גוף הדבר שכתבו האורים והנתיבות דאם אמרו שראו כאחד אינו יכול לפוסלן דהוי נוגע אין זה מוסכם אליבא דכ"ע דהא מה דאנו דנין אם הבע"ד נאמן לפסול כת הא' הרי הוא דווקא כשהכת הב' אין יודעים מהפסול של כת הא' רק הבע"ד לבד עם עוד עד אחר מעידין עליהם שהם פסולין דאי גם הכת הב' יודעין מפסולן ומעידין עליהם שהם פסולין הרי אין אנו צריכין כלל לעדותו של הבע"ד ובודאי הם פסולים וא"כ כיון דמירי שהכת הב' אינם יודעין אם הכת הא' הן פסולים הרי אף שראו שני הכתות ביחד מ"מ אי נתבטלה גם הכת הב' מחמת צירוף הכת הא' תליא בפלוגתת הרי"ף והרא"ש שהביא הטור והמחבר לעיל בסי' ל"ו דעת הרי"ף הוא דהיכא דאין הכשר הכיר בקורבתו או בפיסולו לא נתבטל העד הכשר והרא"ש חולק וא"כ גם הכא לדעת הרא"ש נתבטלה כת שני' בכה"ג ואינו נאמן הבע"ד לפוסלן דהוי נוגע ולהרי"ף לא נתבטלה כת שני' ונאמן הבע"ד לפסול הכת הא' דלא הוי נוגע:

(ג) **סעיף ט ברמ"א** וכ"ש שקרוביהם כשרים להעיד כו' עיין ש"ך מה שהקשה על הרמ"א ועיין בקצה"ח שכתב דכ"ז ל"ק עפ"י מ"ש המהרי"ט דבעינן דוקא הנאת ממון לענין עדות ומה דאמרינן בש"ס ב"ב דף מ"ה דהוי נוגע משום דלא ניחא לי' דלהוי לוה רשע ולא ישלם הוי ג"כ נגיעת ממון כיון דהתם בודאי אם אין לו במה לפרוע לא מקרי לוה רשע אלא במה שיש לו לשלם מירי וה"ק דלא ניחא לי שאהי' כל ימי בצער שאם יהי' לי יתר על מזונותי בצימצום אני מתחייב לתת לבע"ח וא"א לצמצם ואהי' לוה רשע והשתא הנאת ממון הוא עיי"ש במהרי"ט בשניות סי' פ' ובקצה"ח מביא דבריו בקיצור. אמנם הראשונים לא נחתו לפרש כן כוונת הש"ס ב"ב הנ"ל כדברי המהרי"ט ועיין באספ"ז שם שהביא בשם הר"י מג"ש שכתב וז"ל דמה דאמרינן דלא ניחא לי' דלהוי לוה רשע

ולא ישלם לא להוציא עצמו ידי שמים הוא דלא ניחא לי' דהא אנוס הוא ואונס רחמנא פטרי' אלא האי דלא ניחא לי' בהכי לצאת ידי הבריות דכיון דחזי לי' דלוה רשע ולא משלם קרי לי' רשע עיי"ש ועיין גם בש"ך ססק"א. הרי בהדיא דלא כהמהרי"ט. ועוד דלפי פירוש המהרי"ט הנ"ל תקשה קושי' המפורשים בהא דפריך שם הש"ס סוף סוף לגבי אידך נמי לוה רשע ולא ישלם ולא הוי נוגע בעדות והקשו הא אכתי הוי נוגע דהא אם השדה היא לאו של המערער ויגבה הבע"ח את השדה מהלוקח לא יהי' לוה רשע רק גבי לוקח אבל אם יודה שהוא של המערער יהא לוה רשע לגבי בע"ח ולגבי לוקח וא"כ בזה שמעיד שהשדה אינה של המערער בכדי שיגבה הבע"ח הוי שפיר נוגע וכתבו לתרץ דכיון דהוא לוה רשע שוב אין נ"מ לו אם הוא לגבי אחד או לגבי הרבה ועיין גם במהרש"א כתובות דף צ"ב בתוס' ד"ה דינא הוא ואביא דבריו לקמן סק"ד עייש"ה. וזה יתכן עפ"י פירוש הר"י מג"ש הנ"ל דלא ניחא לי' במה שיהא נקרא בפי הבריות לוה רשע לכן שפיר אין נ"מ לו בין אם נקרא לוה רשע בשביל אחד בין בשביל שנים. אבל לפי פירוש המהרי"ט הנ"ל שפיר נ"מ הוא לו אם הוא לוה רשע לגבי אחד ובין הוא לוה רשע לגבי שנים וכמובן. ושוב קשה קושית המפורשים הכ"ל. ובלעדי זאת אכתי קשה קושית הש"ך לדעת רוב פוסקים שחולקים על המהרי"ט דלא בעינן הכאת ממון לענין עדות. ועיין בתומים שמתרץ קושית הש"ך על נכון עיי"ש ועיין גם במח"א הלכות עדות סי' א':

ומ"ש הקצה"ח דהיכא דהגזבר מחלק הממון למי שירצה אעפ"י דטוה"נ א"מ וקרובי הגזבר יכולין להעיד אבל גזבר גופי' אין יכול להעיד וכן משמע מדברי הרמ"א שכתב קרובי הגזבר אבל גזבר גופי' לא עיי"ש. לכאורה מה שהוכיח כן מדברי הרמ"א דבריו תמוהים דהא הרמ"א כתב וכ"ש שקרוביהם כשרים להעיד וקאי על דברי המחבר דמיירי בגזבר ומשמע דגם גזבר גופי' יכול להעיד אף דמחלק הממון למי שירצה וכן ראיתי להגאון מלייפניק בהגהותיו כ"י על הקצה"ח שדחה בזה דברי הקצה"ח. ולכאורה גם מדברי הש"ך כאן שחולק על הרמ"א יש להוכיח שהוא הבין ג"כ כוונת הרמ"א כמ"ש הקצה"ח דרק קרובי הגזבר כשרים להעיד אבל גזבר גופי' לא והוא ממה שכתב הש"ך וז"ל כ"ש הכא שמעיד כדי שיהי' לגזבר טוה"נ עיי"ש והרי הש"ך סובב להקשות דהאיך הקרובים כשרים להעיד כיון דיש לו להגזבר טוה"נ וע"כ דהבין דכוונת הרמ"א הוא דרק הקרובים כשרים להעיד ולא הגזבר גופי' דאל"כ טפי הו"ל להקשות דאיך הגזבר גופי' כשר להעיד כיון דיש לו טוה"נ. אולם י"ל דאין ראי' מהש"ך דהוא קאי שם על הריטב"א דמשם הוא מקור דינו של הרמ"א והריטב"א לא איירי מהגזבר רק מהקרובים לבד.

איברא באמת דברי הקצה"ח נכונים וברורים. דבאמת מ"ש הרמ"א וכ"ש שקרוביהם כשרים להעיד קאי על המחבר אבל מ"ש אח"כ אעפ"י שהגזבר מחלק הממון למי שירצה בזה סובב הולך רק על קרובים דדוקא קרובים כשרים להעיד בכה"ג אבל גזבר גופי' לא. והוא דהנה מדברי המחבר שכתב שאין להם להגזברים שום זכות משמע דגם אין בידם לחלק הממון למי שהם רוצים. ומה גם דהא דברי המחבר הם דברי הרשב"א בתשובה סי' תרמ"ב ודעת הרשב"א הוא דטוה"נ ממון וכמ"ש בחידושיו לקידושין דף נ"ח עיי"ש. וא"כ ע"כ כוונתו הוא בזה דאין להם להגזברים שום זכות היינו דאין להם טוה"נ. ושוב מצאתי וראיתי כן בהדיא להרשב"א בתשובה סי' תקס"ג דהיכא דאית לי' טוה"נ פסול להעיד שכתב שם וז"ל וכן אם המקדיש עשה שליח ליתן למי שירצה אינו יכול להעיד דנוגע בעדות הוא דטוה"נ שלו הוא דקיי"ל טוה"נ ממון כו' עיי"ש. וכיון שכן אי נימא דכוונת הרמ"א הוא דלמ"ד טוה"נ אינו ממון אף הגזבר גופי' יכול להעיד ואף שמחלק הממון למי שירצה א"כ הו"ל להרמ"א להגיה מיד אחר דברי המחבר דמיירי בגזבר תיבות אלו "דלמ"ד טוה"נ אינו ממון יוכל להעיד אעפ"י שמחלק הממון למי שירצה" ואח"כ הו"ל לכתוב וכ"ש שקרוביהם כשרים להעיד. אע"כ צריך לומר דגם דעת הרמ"א הוא דאם מחלק למי שירצה אינו יכול הגזבר גופי' להעיד אף למ"ד טוה"נ א"מ [ומ"ש הרשב"א הנ"ל בתשובה סי' תקס"ג דהשליח אינו יכול להעיד דקיי"ל טוה"נ ממון קושטא דמלתא קאמר דקיי"ל כן. אבל באמת דגם למ"ד טוה"נ א"מ ג"כ השליח גופי' אינו יכול להעיד וכ"כ הש"ך כאן על דברי הריטב"א דמה דנקט טוה"נ ממון קושטא דמלתא קאמר לפי דס"ל להלכה טוה"נ ממון עיי"ש] ורק קרוביהם כשרים להעיד למ"ד טוה"נ א"מ אף שמחלק הממון למי שירצה. ומ"ש וכ"ש שקרוביהם כשרים להעיד שפיר קאי על המחבר דמיירי היכא דאין הגזבר מחלק למי שירצה והבן וז"ב:

(ד) **סעיף יו"ד** כל היכא דהשתא אינו נוגע בעדות כו' עיין סמ"ע וש"ך שהקשו דמה נ"מ הא אכתי הוי נוגע כדי שלא יהא לוה רשע וכדאמרינן בגמרא ועיי"ש שכתבו לפרש כוונת המחבר בגוונא דלא הוי נוגע משום שלא יהא לוה רשע עיי"ש ועיין בס' גאון צבי שהקשה על הסמ"ע והש"ך דאכתי לא נתיישב בתירוצם דהא השתא שתקנו הגאונים שבועת אין לי א"כ לא יתכן להיות עד דהא אם לא הי' מעיד הי' צריך לישבע שאין לו ואם לא נשביענו השתא כשמעיד נוגע בעדות הוא ואם ישבע הא אינו יכול להעיד דעד הצריך שבועה אינו עד וכדקי"ל לקמן בסי' קכ"א. ותירץ שלא נאמר דין זה דעד שצריך שבועה אינו עד אלא בשבועה מחכמי התלמוד אבל שבועת הגאונים לא מבטל מעדות עיי"ש. ולפע"ד קושיתו על הסמ"ע והש"ך חזקה היא וכראי מוצק דמ"ש לתרץ דשבועת הגאונים

לא מבטל מעדות זה נכון לחלק כן רק לענין שיהי' נאמן לאחר השבועה והיינו דדוקא אם צריך לישבע שבועה מחכמי התלמוד הוא דלא הוי עליו תו תורת עד ואינו נאמן לאחר השבועה אבל בשבועת הגאונים נאמן לאחר השבועה כיון דגם לאחר השבועה הוי עליו תורת עד וזה נכון בסברא, משא"כ לענין נוגע ליכא שום סברא כלל לחלק בין שבועה מחכמי התלמוד ובין שבועת הגאונים אלא כל שבא להעיד כדי לפטור עצמו משבועה ואפי' משבועת הגאונים חשיב נוגע. וא"כ לפי"ז הרי צ"ל דכוונת המחבר הוא כאן דלא מהני עדותו כ"א כשמשתבע שבועת אין לי דאז שוב לא הוי נוגע מפאת השבועה ואפ"ה תורת עד עליו אף דמשתבע כיון דשבועת הגאונים לא מבטל העדות והרי מסתימת לשון המחבר משמע דהוא נאמן להעיד בלא שבועה כלל. ולפענ"ד נראה לפרש כוונת המחבר על אופן אחר והוא דהנה הבאתי לעיל בסק"ג בשם המפורשים דאם הוא נקרא לוה רשע אין נ"מ לו אם נקרא לוה רשע בשביל אחד או בשביל שנים ותו לא הוי נוגע אם מעמידה בפני בע"ח אחד. ולפי"ז יש לפרש כוונת המחבר היכא שהי' לו לפנינו שני בע"ח והקרקע שמכר אינה שוה רק כחוב אחד וא"כ אף אם בע"ח אחד יגבה הקרקע שהוא ביד הלוקח אכתי יהי' נקרא לוה רשע בשביל הבע"ח השני לכן שפיר יכול להעיד שאינה של המערער ולא הוי כוגע משום שלא יהא לוה רשע. ועוד י"ל כנ"ל גם בבע"ח אחד שהוא לפנינו אלא דהחוב הוא יותר מדמי שיווי הקרקע שהוא ביד הלוקח וא"כ אף אם יגבה הבע"ח את הקרקע מהלוקח אכתי יהא נקרא לוה רשע בשביל שאר החוב שלא שילם ושפיר לא הוי נוגע משום שלא יהא לוה רשע ויכול להעיד. ובהא דאמרנו לפרש כוונת המחבר לא קשי' קושי' הגאון צבי הנ"ל דהא אף אם תיקום הקרקע ביד הלוקח ויגבה אותה הבע"ח מ"מ מחויב לישבע שבועת אין לי לבע"ח הב' לפי הגוונא הא'. או לאותו בע"ח גופי' בשביל שאר החוב לפי הגיונא הב':

עיין בקצה"ח שהקשה על דברי התוס' כתובות דף צ"ב דאמאי קרובי ראובן לא יעידו דהא התם משמע שאין לו לראובן כלום דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין וא"כ ליכא נפקותא לראובן דהשתא אין לו ולשמא יתעשר לא חיישינן עיי"ש. ולק"מ חדא דבתוס' שם מבואר בהדיא דהם פירשו דמיירי דאית לי' נכסים אחרים שכתבו שם אח"כ בסמוך וז"ל ועוד דמסיק איכא דאמרי אפי' שלא באחריות נמי כו' הא אפי' איהו גופי' אמרי' בב"ב המוכר שדה שלא באחריות מעיד עלי' אי אית לי' ארעא אחריתא כו' כ"ש קרובים עיי"ש. הרי בהדיא דדעת התוס' הוא דהתם מיירי דאית לי' נכסים אחרים בני חורין. והא דקשיא דאי אית לי' נכסים אחרים בני חורין איך גובה הבע"ח ממשעבדי י"ל דמיירי שעשאה אפותקי לבע"ח דאז לא הדר על ארעא אחריתא.

וכן ראיתי באספ"ז כתובות שם ובב"ק דף ח' ע"ב ד"ה לא ניחא לי שכ"כ בשם מהר"י כ"ץ בהא דאיתא שם א"ד אפי' שלא באחריות נמי דמיירי שיש לו עוד נכסים אחרים ועשאה אפותקי עיי"ש. ואף דמהר"י כ"ץ וגם התוס' לא כתבו דמיירי דאית לי' נכסים אחרים רק אליבא דאיכא דאמרי דאפי' שלא באחריות מ"מ נ"ל דגם ללישנא קמא דאמרי דוקא באחריות מיירי ג"כ שיש לו נכסים אחרים ועשאה אפותקי וכן משמע ג"כ מלשון הש"ס שם דקאמר משום דאמר דאי מפקת לי' מיני' עלי הדר ומזה משמע דאית לי' נכסים אחרים. והן אמת דבאספ"ז שם ד"ה אי מפקת מיני' עלי הדר הביא בשם הרבינו יהונתן שכתב וז"ל כלומר אם אקנה קרקעות מיום זה ואילך ידחקני ויגבה אותם ממני שהרי קבלתי לו אחריות כו' עכ"ל. ונראה דדעתו הוא דהתם מיירי דלית לי' נכסים אחרים לכן נדחק לפרש דכוונת הש"ס הוא לכשיקנה. אולם לשון הש"ס סובל יותר לפרש דמיירי דאית לי' נכסים אחרים ב"ח ואפ"ה שפיר גובה הבע"ח ממשעבדי כיון דמיירי שעשאה אפותקי וכן נ"ל שכן הוא דעת התוס' וכמ"ש התוס' ומהר"י כ"ץ אליבא דאיכא דאמרי כנלפע"ד. וא"כ ליתא כלל לקושית הקצה"ח. ועוד י"ל דאף אי נימא דהתם מיירי דלית לי' נכסים אחרים ג"כ ל"ק קושית הקצה"ח דהא באמת הקשו הסמ"ע והש"ך על דינא דהמחבר כאן דאכתי הוי נוגע אף דלית לי' ארעא אחריתא כדי להעמידה בפני בע"ח שלא יהא לוה רשע וכתבו לפרש כוונת המחבר בגוונא דלא הוי נוגע משום דלא יהא לוה רשע. והרי כוונת התוס' בכתובות הוא לפרש היכא דהדבר נוגע לראובן והוי הוא הבעל דבר עיש"ה וא"כ שפיר אף דלית לי' ארעא אחריתא בעכצ"ל דכוונת התוס' הוא לפרושי בגוונא דיהא לוה רשע ולכן הוי ראובן הבעל דבר משום דנוגע לו עכ"פ כדי שלא יהא לוה רשע. ומה גם דהא ללישנא קמא שם מיירי שמכרה באחריות וא"כ אם הבע"ח יוציאה מיד שמעון הלוקח הרי יהי' ראובן לוה רשע לגבי הלוקח וכמבואר בב"ב דף מ"ג ע"א דהמוכר באחריות וטרפוה מן הלוקח ואינו משלם לו מיקרי לוה רשע וא"כ שפיר אף דלית לי' לראובן ארעא אחריתא מ"מ הוי הוא הבעל דבר דנוגע לו כדי שלא יהא לוה רשע לגבי הלוקח [ומה דאמרינן בגמרא דאמר לי' דמפקת מיני' עלי הדר היינו שיהדר עליו שישלם לו ואם לא ישלם לו יהי' לוה רשע]. איברא ראיתי למהרש"א שם שכתב דהתם ל"ש לפסול העדים הקרובים לראובן מטעם דמעידים לחובתו כדי שיהא לוה רשע כיון דהתם מיירי שהוא טוען נגד בע"ח והו"ל נגד בע"ח אחר לוה רשע עיי"ש. אולם באמת דבריו תמוהים וכמ"ש ההפלאה שם דהרי לגבי בע"ח זה שטוען עליו לא הוי לוה רשע אחרי שהוא טוען שהשטר הוא מזויף משא"כ לגבי בע"ח אחר שיהי' בידו שטר מקויים ולא יוכל לטעון שהוא מזויף שפיר יהא לוה רשע עיי"ש וכ"כ המהר"ם שי"ף

שם עיי"ש. ואף דהמהר"ם שי"ף שם סיים דאין לפסול קרובים מטעם דמעידים לחובתו כדי שיהא לוה רשע דדוקא הוא בעצמו פסול מטעם דמעמיד בפני בעל חובו דאדם יודע בעצמו בע"ח שלו משא"כ הקרובים עיי"ש. אמנם הוא סובב שם אליבא דאיכא דאמרי שמכרה שלא באחריות ואנו דנין לפסול קרובי ראובן מטעם דמעידין לחובתו שלא יוכל להעמידה בפני בע"ח אחר ובזה שפיר קאמר המהר"ם שי"ף דהקרובים אינם יודעים מהבע"ח ואין לפוסלם. משא"כ ללישנא קמא דמיירי שמכרה באחריות א"כ הרי הוי לוה רשע לגבי הלוקח וכמ"ש בסמוך והקרובים יודעים ג"כ מזה שמכרה באחריות ושפיר יש לפסול קרובי ראובן מלהעיד משום דמעידים לחובתו שיהא לוה רשע לגבי הלוקח וא"ש דברי התוס' ודוק היטב כי קצרתי:

(ה) **סעיף ט"**ז שקנאה מגזלן יכול ראובן להעיד לו עיין סמ"ע שכתב דבזה אפי' טוען שראובן בעצמו גזלה לא מיחשב נוגע כדי שלא לקרוי' גזלנא דבמטלטלין יכול לומר אני קניתיהו מאחר וסברתי שהוא שלו עיי"ש והקשה הטו"ז מהא דב"מ דף ט"ז דטרח הש"ס למצוא מאי בינייהו בין מ"ד דלא לקרוי' גזלן ובין מ"ד דליקו בהימנותא ואמאי לא קאמר דא"ב מטלטלין דלמ"ד משום גזלנא ליכא חשש ולמ"ד משום נאמנות יש חשש גם במטלטלין עיי"ש. ובאמת כדברי הסמ"ע מבואר בהרמ"א כאן שהביא בשם הטור וז"ל אבל אם יהודה טוען שראובן גזלה בעצמו לא יוכל ראובן להעיד עלי' במקום שהמערער צריך ליתן לשמעון מעותיו משום תקנת השוק כו' ומשמע בהדיא דבמקום דל"ש תקנות השוק יכול ראובן להעיד אפי' כשהמערער טוען שראובן בעצמו גזלה והוא כדעת הסמ"ע. והטו"ז בעצמו הרגיש בזה וכתב די"ל דמיירי דמכיר בה הלוקח שהוא של ראובן המוכר עיי"ש אמנם באמת זה דוחק דהא הטור שם פוסק בהך דינא דפרה וטלית כרב זביד דא"צ שיהי' מכיר בה שהוא שלו עיי"ש בטור וא"כ הכ"נ מ"ש דאם יהודה טוען שראובן בעצמו גזלה אינו מעיד עלי' משום תקנת השוק ומשמע דבמקום דל"ש תקנת השוק מעיד עלי' אף שטוען שראובן בעצמו גזלה בודאי כוונתו הוא ג"כ אפי' שאינו מכיר בה שהוא של ראובן:

ועיין בקצה"ח שמתרץ קושית הטו"ז דהא אמרינן שם עד אימת ניחא לי' דליקו בהימנותא עד שעת העמדה בדין והא התם מיירי שלא הכיר בה הלוקח שהיא גזולה וכמ"ש הראשונים ובודאי צריך העמדה בדין לברר שהיא גזולה וא"כ לא משכחת כלל הא דחזר ולקחה מבעלים הראשונים במטלטלין כיון דכל זמן שלא עמד בדין הוי דשא"ב עיי"ש. ועיין בס' יד יוסף בב"מ שם שכתב דהקצה"ח שגג כאן וטעות נזדקר לפניו שסבר דעד שעת העמדה בדין קאי על העמדה בדין שבין הנגזל ולוקח ולא כן הוא אלא דמיירי

שכבר טרפה הנגזל וקאי על העמדה בדין שבין הלוקח והמוכר עכ"ל. ויפה השיג עליו. אך ראיתי באספ"ז ב"מ שם שהביא בשם י"מ דהעמדה בדין קאי על נגזל ולוקח והוא כדעת הקצה"ח. איברא כל הראשונים לא פירשו כך אלא דהעמדה בדין קאי על לוקח וגזלן וכן מבואר ברש"י ז"ל וכ"כ האספ"ז שם. ואף דהש"ס שם מיירי היכא שחזר ולקחה מבעלים הראשונים בעודה הקרקע ביד הלוקח וכמבואר ברש"י ז"ל שם בהסוגי' בכמה דוכתי עיי"ש. מ"מ אכתי הוי מצי הש"ס לומר דאיכא בינייהו מטלטלין והיכא דלקח מבעלים הראשונים אחר שטרפם הנגזל. ועיין באספ"ז שם שהביא בשם הרבינו יהונתן שמפרש דמיירי שחזר ולקחה מבעלים הראשונים אחר שטרפה הנגזל וכ"כ הריטב"א שם בשם רבינו אפרים עיי"ש. ולפי פירושם בודאי ליתא לתירוץ הקצה"ח דהא כיון דמיירי שחזר ולקחה אחר שטרפה הנגזל וא"כ שפיר יוכל לאוקמי גם במטלטלין. אך אפי' לפרש"י ז"ל דמיירי שחזר ולקחה מבעלים הראשונים בזמן שהקרקע היא עדיין ביד הלוקח ג"כ לא יתכן תירוץ הקצה"ח וכאמור:

ולא אכחד מה דקשי' לי לפי פירוש הרבינו אפרים והרבינו יהונתן הנ"ל דמיירי שחזר ולקחה מבעלים הראשונים אחר שטרפה הנגזל א"כ איך קאמר מר זוטרא טעמא משום דניחא לי' דלא לקרוי' גזלן והיינו דהלוקח לא יקרא אותו גזלן הרי כיון דכבר טרפה הנגזל בב"ד א"כ כבר הוא נקרא גזלן על העולם בפי הבריות וממילא גם הלוקח יקרא אותו גזלן אף אם תיקום הקרקע ביד הלוקח וכמו שהוא נקרא גזלן בפי הבריות שלא הי' להם מעולם שום מגע ומשא עמו. ועיין גם באספ"ז שם ד"ה פשיטא זבנה אורתא מ"ש בשם הרמב"ן דאם חזר וזבנה לאחר גם הלוקח שני לא קנה ול"ש דניחא לי' דלא לקרוי' גזלן גבי שני כיון דסוף סוף לוקח ראשון קרי לי' גזלן עיי"ש והכ"נ אם נקרא גזלן בפי הבריות שוב ל"ש לומר דניחא לי' דלא לקרוי' גזלן לגבי הלוקח. ואין לומר דאם טרפה הנגזל שוב לא נקרא גזלן בפי הבריות כיון שבא הגזילה בחזרה ליד בעליו אבל הלוקח יקראהו גזלן כ"ז שאינו מחזיר לו מעותיו. דז"א דאף אם טרפה הנגזל לא סר ממנו שם גזלן גם בפי הבריות וכמבואר בטור ובפרישה בסי' זה שכתב הטור במכר שדה דאם המערער טוען שראובן בעצמו גזלה אינו יכול ראובן להעיד עלי' משום דניחא לי' דלא לקרוי' גזלנא וכתב הפרישה וז"ל פירוש הבריות שרואין שמוציאין מיד שמעון הלוקח בעדים שמעידים שראובן גזלה יחזיקו לראובן גזלן עיי"ש. ומהגם דהא אם טרפה הנגזל בב"ד עדיין הוא פסול לעדות ולשבועה וכמ"ש הט"ו לעיל בסי' ל"ד. ולכאורה קושי' זו יש להקשות גם לפרש"י ז"ל ושאר מפורשים דמיירי דחזר ולקחה מבעלים הראשונים בעודה הקרקע ביד הלוקח הלא כיון דהגזלן חזר ולקחה מהנגזל הרי נתברר שגזל ושוב

נקרא גזלן בפי הבריות ואיך שייך לומר דניחא לי' לאוקמי' קמי ליקח כדי שלא לקרוי' גזלנא. אולם ז"א דכיון דלקח מהגזלן הרי עשה תשובה והוי כאילו החזיר הגזילה מרצונו הטוב ליד בעליו וחזר לכשרותו ושוב לא נקרא גזלן משא"כ לפי פירוש הרבינו אפרים ורבינו יהונתן הנ"ל. דמיירי דחזר ולקחה מבעלים הראשונים אחר שטרפה הנגזל בב"ד הרי שפיר נקרא גזלן בפי הבריות ושפיר קשה כנ"ל:

אמנם אין התלונה בזה על הרבינו אפרים והרבינו יהונתן לבד כי גם בגמרא גופה שם מבואר כן דאחר שטרפה הנגזל ג"כ שייך לומר דניחא לי' דלא לקרוי' גזלן לגבי הלוקח דהא קאמר שם הש"ס עד אימת ניחא לי' דליקו בהימנותא אמר ר"ה עד שעת העמדה בדין חייא בר רב אמר עד דמטא אדרכתא לידי' ר"פ אמר עד דמתחילין יומא אכרזתא. ונראה דפלוגתתם סובב הולך גם על טעמא דניחא לי' שלא לקרוי' גזלנא והיינו עד אימת ניחא לי' שלא לקרוי' גזלנא והא דנקט הש"ס רק טעמא דניחא לי' דליקו בהימנותא הוא כיון דקאי אליבא דהלכתא דקי"ל כמ"ד משום דניחא לי' דליקו בהימנותא וכ"כ הראשונים בהא דנקט הש"ס שם ארצי קמי' כי היכי דליקו בהימנותא עיי"ש בתוס' וברא"ש. וגם עכצ"ל כן דפלוגתתם הוא גם דעד אימת ניחא לי' שלא לקרוי' גזלנא דאי נימא דפליגי רק דייקא בטעמא דליקו בהימנותא אבל טעמא שלא לקרוי' גזלנא אינו שוה בזמן עם טעמא דליקו בהימנותא והיינו דלא לקרוי' גזלנא שייך לר"ה אפי' אחר העמדה בדין וכן לחייא בר רב אפי' אחר דמטא אדרכתא לידי' וכן לר"פ אפי' אחר יומא דאכרזתא. או דנימא להיפך דטעמא שלא לקרוי' גזלנא ל"ש לכ"ע אפי' עד העמדה בדין רק עד זמן אחר והוא עוד קודם העמדה בדין א"כ הו"ל להש"ס למימר דאיכא בינייהו בין מ"ד משום דלא לקרוי' גזלנא ובין מ"ד משום דליקו בהימנותא היכא שחזר ולקחה מבעלים הראשונים בזמן שלא שייך רק משום דלא לקרוי' גזלנא או להיפך בזמן דל"ש רק משום דליקו בהימנותא. אע"כ צ"ל כדאמרן דפלוגתת ר"ה וחייא בר רב ור"פ הוא גם דעד אימת ניחא לי' שלא לקרוי' גזלנא. וא"כ קשה כנ"ל כשטרפה הנגזל איך שייך לומר דניחא לי' שלא לקרוי' גזלנא לגבי הלוקח אחרי דגם אם תיקום הארעא ביד הלוקח מיקרי הוא גזלן בפי הבריות. איברא אחר העיון לק"מ דהא אמרינן בגמ' שם דמש"ה אם חזר הגזלן ולקחה מבעלים הראשונים אינו יכול להוציאה מיד הלוקח כיון דמכר לו כל זכות שתבוא לידו והיינו דבשעת המכירה שמכר הגזלן ללוקח את הקרקע מכר לו כל זכות שתבוא לידו כדי שלא לקרוי' גזלנא או כדי דליקו בהימנותא והרי אז בשעה שמכר הגזלן ללוקח הקרקע הרי לא ידע הגזלן עדיין שיטרפוה הנגזל מיד הלוקח ויתודע שהוא גזלן ושפיר אז הי' שייך טעמא שלא לקרוי' גזלנא והבן. [ואין להקשות מהא דאמרינן

בש"ס שם דאם מכרה אח"כ לאחר דל"ש דניחא לי' שלא לקרוי' גזלנא וליקו בהימנותא ולא קנאה הלוקח הראשון ויכול להוציאה מידו אם חזר ולקחה מבעלים הראשונים והרי גם התם בשעה שמכר הגזלן את השדה ללוקח ראשון שייך לומר שמכר לו כל זכות שתבוא לידו כדי שלא לקרוי' גזלנא וליקו בהימנותא דהא אז עדיין לא מכר להשני רק לו לבדו ושפיר הי' ניחא לי' אז שלא לקרוי' גזלנא או דליקו בהימנותא. דז"א דהתם כיון דחזינן שמכר להשני אמרינן דאיגלאי מלתא למפרע דגם בשעה שמכר להראשון לא הי' ניחא לי' שלא לקרוי' גזלנא או דליקו בהימנותא דהא חזינן שרצונו הוא שיהא נקרא גזלן או שלא ליקו בהימנותא וכן מבואר ברש"י שם ד"ה זבנה אורתא עיי"ש משא"כ כשטרפה הנגזל וחזר ולקחה ממנו הרי מזה שטרפה הנגזל לא איגלאי מלתא למפרע דמעיקרא בשעה שמכרה הגזלן להלוקח לא הי' ניחא לי' שלא לקרוי' גזלנא והבן]:

וקושית הטו"ז הנ"ל עיין בס' יד יוסף שם שמתרץ על נכון. וגם אנכי אענה חלקי דלק"מ עפי"ד הר"ש פ"ו דתרומות מ"ג שהביא בשם הירושלמי שם דמוכר חפץ לחבירו ונמצא שאינו שלו חייב להעמיד לו מקחו וכתב הוא ע"ז וז"ל ובפ"ק דב"מ לא משמע כן שיהא חייב להעמיד לו מקחו דקאמר התם גבי גזלן שמכר וחזר ולקחה מבעלים הראשונים לאוקמי קמי לוקח בעי נפלה לו בירושה ירושה ממילא הוא ולאו לאוקמי גבי לוקח בעי משמע דקאמר בין שהכיר שאינה שלו ובין לא הכיר ושמא יש לחלק ק קבין מטלטלי לקרקע עכ"ל [עיין בהרשב"א שהביא האספ"ז ב"ב דף ס"ט ע"ב ד"ה הא דאמרינן כו' שגם הוא עמד בזה ומתרץ בענין אחר עיי"ש] ולפי"ז הרי לא מצי הש"ס בב"מ שם למימר דאיכא בינייהו מטלטלין דהא במטלטלין אף דל"ש טעמא דלא לקרוי' גזלנא וכמ"ש הסמ"ע אבל הרי בלא"ה מחויב הוא להעמיד לו מקחו א"כ כ"ש כשחזר ולקחם מבעלים הראשונים דאינו יכול להוציאם מיד הלוקח אך גוף דברי הר"ש תמוהים וכמו שתמה עליו בעל פני משה במראה פנים בירושלמי שם ויש אתי אריכות דברים בזה ואכמ"ל:

(ו) **סעיף יט ברמ"א** כגון בהכ"נ עיין ש"ך ס"ק ל"ג שהביא בשם הרשד"ם בתשובה סי' ט"ז שכתב דה"ה כלי קודש ותפוחי זהב שהם כוי ס"ת וכיוצא בזה עיי"ש. ואנכי עיינתי בתשו' מהרשד"ם וראיתי שהחכם השואל שם כתב כן אבל הרשד"ם אינו מסכים עמו והעלה דבכל תכשיטי הס"ת וכלי הקודש חשובים בני העיר נוגעים ואפי' שהם רבים ואפי' סילוק לא מהני עיי"ש:

סימן לח

(א) **סעיף א'** והכחישום או הזימום. הרמב"ם ז"ל פי"ח מהל' סנהדרין פוסק דהכחשה והזמה היינו שבאו עדים ואמרו להם אתם וגם הלוה הי' עמנו ולא לוה כלל הוי הכחשה. ומסתימת לשון הרמב"ם נראה דלאו דוקא דאין עושין להו דין הזמה אלא דדינו הוא כמו הכחשה לבד בלא הזמה ואין העדים האחרונים נאמנים יותר מהראשונים והוי כמו שתי כתי עדים המכחישות זו את זו. ויש להקשות דהנה התוס' בכתובות דף י"ט ע"ב ועוד בכמה דוכתי' הקשו בשתי כתי עדים המכחישות זא"ז דאמאי לא מהימני בתראי במגו דאי בעי פסלו לקמאי בגזלנותא ותירצו דלא אמרינן מגו בשנים דאין אחד יודע מה שבלב חבירו עיי"ש והנה מגו דאי בעי שתק אמרינן גם בשנים וכמ"ש התוס' שם דף י"ח ע"ב ד"ה אין נאמנים. וא"כ בהכחשה והזמה אמאי לא מהימני בתראי במגו דאי בעי הוי שתקו מההכחשה ולא היו רק מזימים לבד ובהזמה לבד היו הם נאמנים ובזה ל"ש לומר דלא אמרינן מגו בשנים דהא מגו דאי בעי שתק אמרינן גם בשנים:

ולכאורה י"ל דלק"מ עפמ"ש התוס' ב"ב דף ל"א ע"ב בשתי כתי עדים המכחישות זא"ז דליכא להמנינהו לבתראי במגו דאי בעי הוי מזמי להו דיראים להזימן פן יוזמו גם הם עיי"ש וא"כ י"ל דמש"ה ל"ש לומר בהכחשה והזמה מגו דאי. בעי הוי שתקו מההכחשה ולא היו רק מזימים לבד דיראים להזים פן יוזמו גם הם. אולם אחר העיון קצת ז"א דהנה נלע"ד דסברת התוס' מה דבהכחשה או בפיסול גזלנותא אינם יראים פן יוזמו ובהזמה יראים פן יוזמו גם הם. הוא משום דבהכחשה הרי אין אנו דנין שלא היו שם העדים האחרונים רק אנו דנין דמה שהם מכחישין את הראשונים ואומרים שלא לוה זה הוא שקר אבל זאת יוכל להיות שבאמת היו הם ג"כ שם. וא"כ כשמכחישין אינם יראים פן יוזמו דהא באמת היו שם במקום הלוה והמלוה ולא חיישו להא דיבואו עדי שקר ויאמרו להם עמנו הייתם במקום אחר. וכן נמי כשיופסלו להראשונים בגזלנותא הרי יכולו לומר שגזלו שם במקום שהם מעידין שהיתה ההלואה או אפי' שיאמרו שגזלו במקום אחר ביום פלוני שיודעים העדים האחרונים שהם היו אז שם במקום ההוא שאמרו ששם גזלו ושפיר אינם יראים שיוזמו בשקר שהיו במקום אחר. משא"כ כשיוזמו להעדים הראשונים ויאמרו עמנו הייתם במקום אחר ולא במקום ההוא שמעידין העדים הראשונים ששם היתה ההלואה שפיר י"ל דיראים להזים פן יוזמו גם הם דהא יוכל להיות שהעדים האחרונים באמת היו שם אז במקום ההוא שמעידין הראשונים ששם היתה ההלואה ולא היו אז במקום אחר ושפיר יראים להזים פן יוזמו גם הם שיבואו עדי אמת ויאמרו להם עמנו הייתם שם במקום ההוא שמעידין העדים הראשונים ששם היתה

ההלואה והבן. וא"כ הכא בהכחשה והזמה שבאמת הזימו להראשונים ואמרו להם עמנו הייתם במקום אחר הרי יוכל להיות שבאמת היו העדים האחרונים שם במקום ההוא שאומרים שגם העדים הראשונים הי' עמהם. וא"כ שוב ל"ש לומר דיראים להזים לבד פן יוזמו גם הם. ושפיר קשה קושיתינו הנ"ל על הרמב"ם:

איברא נלע"ד לישב דהנה האחרונים הקשו על התוס' דמאי מקשו דלהימני לבתראי במגו דאי בעי פסלו לקמאי בגזלנותא דלמא רצו דוקא להכחישם דחששו פן יבואו כת שלישי ויאמרו ג"כ כהעדים הראשונים ואם יפסלו לקמאי בגזלנותא הרי יהיו הכת שלישי נאמנים לזאת ניחא להו יותר להכחישן כיון דכשמכחישין אף אם יבואו אח"כ כמה כתי עדים ויעידו ככת הא' יהיו מוכחשין מהם דתרי כמאה ולא יהיו נאמנים. ונלע"ד דכוונת התוס' בקושיתם הוא שיפסלו לקמאי בגזלנותא ויכחישו ג"כ וא"כ שוב אם יבואו אח"כ כת שלישי ויאמרו ג"כ ככת הא' לא יהיו נאמנים כיון דהכת הב' הכחישו ג"כ שלא הי' כן. ולפי"ז ניחא שפיר ולק"מ קושיתינו על הרמב"ם דהא תינח התם בשתי כתי עדים המכחישות זו את זו שפיר מקשו התוס' דלהימני לבתראי במגו דאי בעי פסלו לקמאי בגזלנותא והיינו שיופסלון בגזלנותא וגם יכחישו שלא הי' כן וכמ"ש. משא"כ בדינא דהרמב"ם הנ"ל בהכחשה והזמה הרי קושיתינו הוא שיהי' העדים האחרונים נאמנים במגו דאי בעי מזמי להו לבד ולא שיכחישו ג"כ המעשה שלא הי' כן דא"כ הרי תו הוי הכחשה בהדי הזמה וא"כ בזה שוב שפיר לא שייך לומר מגו דאי בעי הוי שתקי מההכחשה דדלמא מש"ה רצו דוקא להכחיש ג"כ כדי שאם יבואו כת שלישי ויאמרו ככת הא' שלוה לא יהיו נאמנים משא"כ אם יזימו לבד הרי כת השלישי יהי' נאמנים והבן. ויש אתי אריכות דברים לישב עוד עפ"י מ"ש הש"ך בכללי המגו ובסי' מ"ו ס"ק צ"ז הסברא מה דמגו דאי בעי שתק אמרינן גם בשנים משום דהברירה הוא ביד אחד לשתוק ולא תלוי כלל בדעת חבירו עיי"ש. אך עדיין לא צרפתי הדברים בכור הבחינה ואין להאריך כעת:

(**ב**) **בספר** יראים מצוה רמ"ג הקשה מנ"ל דבעדים זוממין נותנין הממון למי שהעידו עליו מאחר שהוא קנס יתנהו הב"ד למי שירצו עיי"ש ועיין בהרדב"ז ח"ג סי' תרכ"ד שכתב על זה וז"ל ואי לא דמסתפינא לדרוש בכתוב מה שלא נמצא בדברי רז"ל הוי דרישנא לי' מקרא יתירה דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ואחיו יתירה הוא וה"ק ועשיתם לו כאשר זמם לעשות והאי עשיי' תהי' לאחיו עכ"ל, ודבריו תמוהים בעיני מאוד הלא כבר דרשו רז"ל בסנהדרין דף צ' ע"א הא דכתיב לאחיו דזוממי בת כהן נידונים בחנק אף דהיא בשריפה דכתיב לעשות לאחיו ולא לאחותו ובועלה הוא בחנק.

וא"כ איך מצינן למידרש עוד לאחיו לענין שישלמו הממון לאחיו וצ"ע. ולפענ"ד נראה עיקר כטעם הראשון שכתב הרדב"ז שם עיי"ש:

(ג) **בתשובת רע"א** סי' קע"ט נסתפק באם קיבל עליו קא"פ והוזמו אי חייבין בדין הזמה עיי"ש שהאריך קצת ועיין מזה גם בס' מנ"ח מצוה ל"ז. ולפענ"ד נראה להביא ראי' דאין חייבין בדין הזמה מהא דאיתא במכות דף ח' ע"ב עבד וכותי גולה ולוקה ע"י ישראל וישראל גולה ולוקה ע"י כותי ועבד כו' אלא ישראל גולה ולוקה ע"י כותי בשלמא גולה דקטלי' אלא לוקה אמאי דלטיי' ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך אלא אמר ראב"י כגון שהעיד בו והוזם דכוותי' גבי עבד שהעיד בו והוזם עבד בר עדות הוא אלא כגון שהכהו הכאה שאין בו שו"פ עיי"ש. וקשה מדוע לא ניחא לאוקמי גם גבי עבד שהעיד בו והוזם מטעם דעבד לאו בר עדות הוא הלא נהי דלאו בר עדות הוא עכ"ז משכחת שיהא חייב מלקות כשהעיד והוזם ובאופן שקיבל עליו את העבד להעיד דבכה"ג מהני עדותו דהא אפי' אם קיבל עליו עכו"ם לעדות מהני וכדקיי"ל לעיל בסי' כ"ב ס"ב. אלא ודאי דאם קיבל עליו קא"פ והוזם אין עושין בו דין הזמה והיא ראי' גדולה לפע"ד. אך עדיין יש לפקפק בזה דהא מה דמוקמינן דלוקה כשהעיד בו והוזם הוא כשהעיד בו שחייב מלקות וכמו שפירש רש"י שם והא בחיוב מלקות ל"ש לומר שקיבל עליו את הפסול להעיד כיון דזה הוא כאילו מחייב א"ע מלקות והרי אין ממיתין ומלקין על פיו ועיין גם בתומים סי' ז' סק"א שכתב דבד"נ לא מהני לקבל ע"ע קא"פ עיי"ש. אמנם ז"א חדא עפ"י מ"ש הר"י בי רב הובא בתשו' הרלב"ח בקונטרס הסמיכה שרשות הוא לב"ד שאינם סמוכים להלקות למי שבא בעצמו לב"ד להלקותו עיי"ש. וא"כ שפיר י"ל דהכ"נ לענין להכשיר על עצמו קא"פ לעדות למלקות מהני. וגם התומים שם לא קאמר דלא מהני בד"נ לקבל על עצמו קא"פ אלא דוקא בחיוב מיתה ולא לענין מלקות עיי"ש. ועוד דאפי' לפי דעת הרלב"ח שהשיג שם על הר"י בי רב וכתב דב"ד שאינם סמוכים אינם רשאים להלקות אף שהוא ברצון הנלקה. וא"כ ה"נ דלא מהני לקבל עליו קא"פ לעדות לענין מלקות. מ"מ ראייתנו הנ"ל נכונה היא דבאמת מה דנקט רש"י ז"ל שהעיד בו שהוא חייב מלקות הוא לאו דוקא דהא משכחת עוד מלקות בהזמה וכדתני בברייתא שם רפ"ק ד' דברים נאמרו בעדים זוממין אין נעשין ב"ג וב"ח ואין גולין לערי מקלט ואין משלמין את הכופר ואין נמכרין בעבד עברי ובכל הנך אם הוזמו לוקין וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"כ מה' עדות ה"ח. והרי לענין שיהא חייב לשלם כופר או שיהא נמכר בעבד עברי בודאי יכול להכשיר על עצמו קא"פ וא"כ שפיר נוכל למוקמי גם בעבד שהעיד בו והוזם היינו שקיבל על עצמו שהעבד יעיד בו ששורו הרג את הנפש או שגנב ואין לו לשלם

דנמכר בגניבתו והוזם העבד חייב מלקות אע"כ דאם קיבל עליו קא"פ להעיד והוזם אינו חייב בדין הזמה:

תם ונשלם חלק ראשון